

Diálogos Filosóficos e Jurídicos

Organizadores

Clodomiro José Bannwart Junior

Elve Miguel Cenci

Gilvan Luiz Hansen

Júlia Maria Feliciano

Laís Alves de Oliveira

Maria Eduarda Gobbo Andrades

Prefácio

Patrícia Ayub da Costa



ENGENHO
DAS LETRAS



Organizadores

Clodomiro José Bannwart Junior
Elve Miguel Cenci
Gilvan Luiz Hansen
Júlia Maria Feliciano
Laís Alves de Oliveira
Maria Eduarda Gobbo Andrades

Prefácio

Patrícia Ayub da Costa

Diálogos Filosóficos e Jurídicos



2024

Direção Editorial: Michele Christiane de Souza Bannwart
Diagramação e projeto gráfico: Eduardo Bueno Rodrigues & Bruna Faria
Capa: Marcelo Inez
Formato: PDF

Corpo Editorial

Dr. Anton Lois Fernandez Alvarez — UniVigo/Espanha
Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior — UEL/PR
Dr. Gilvan Luiz Hansen — UFF/RJ
Dr. Jairo Néia Lima — UENP/PR
Dr. Jonathn Michelson de Menezes — FTSA/PR
Dra. Karla Christina Martins Borges Furlaneto — ESPM/SP
Dra. Maria Cristina Muller — UEL/PR
Dr. Ricardo Lebbos Favoreto — UEL/PR
Dr. Tiago Gagliano Pinto Alberto — PUC/PR
Dra. Vanessa Vilela Berbel — IFPR/PR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Diálogos filosóficos e jurídicos [livro
eletrônico] / organizadores Clodomiro José
Bannwart Junior...[et al.]. -- Londrina, PR :
Engenho das Letras, 2024.
PDF

Vários autores.

Outros organizadores: Elve Miguel Cenci, Gilvan
Luiz Hansen, Júlia Maria Feliciano, Laís Alves de
Oliveira, Maria Eduarda Gobbo Andrades.

Bibliografia.

ISBN 978-65-86457-86-5

1. Democracia 2. Direito 3. Direito - Filosofia
4. Direitos humanos 5. Globalização 6. Relações
internacionais 7. Trabalho I. Bannwart Junior,
Clodomiro José. II. Cenci, Elve Miguel.
III. Hansen, Gilvan Luiz. IV. Feliciano, Júlia Maria.
V. Oliveira, Laís Alves de. VI. Andrades, Maria
Eduarda Gobbo.

25-258135

CDU-34

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 34

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Nota: Esta obra ocupou-se de zelo e técnica para citar adequadamente e conferir os créditos a todos os detentores de direitos autorais e dos materiais utilizados, observando a normalização e a coerência. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão e quaisquer outros erros ou omissões. Diante disso, a Engenho das Letras e os autores colocam-se à disposição para corrigir eventuais equívocos junto ao livro. Nem a Engenho das Letras, nem os autores assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso dessa publicação.

Direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610 de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial sem autorização por escrito da editora.

1ª EDIÇÃO

Copyright © 2025 ENGENHO DAS LETRAS
www.engenhodasletras.com.br



SUMÁRIO

PREFÁCIO	11

LOS VERDADEROS ORÍGENES DE LA GLOBALIZACIÓN	14

Prof. Dr. Dr. h. c. Luis Rodríguez Ennes

OS DESAFIOS DA GLOBALIZAÇÃO NA GESTÃO EMPRESARIAL, NAS RELAÇÕES LABORAIS E NOS DIREITOS SOCIAIS ORGANIZADORES

RELAÇÕES DE TRABALHO: RAZÃO INSTRUMENTAL E RAZÃO COMUNICATIVA.....	35

José Antonio Callegari

DESAFIOS PARA A REDE TRANSLABORAL NOS DIREITOS INDÍGENAS COMO FERRAMENTA PARA COMPENSAÇÃO SIMÉTRICA NAS DEMANDAS TRABALHISTAS.	62

*Renata Vieira Meda
Lourival José de Oliveira*

NEGOCIAÇÕES COLETIVAS, REDES SINDICAIS TRANSNACIONAIS E O PLANEJAMENTO FAMILIAR: UMA ANÁLISE DO CONGELAMENTO DE ÓVULOS COMO BENEFÍCIO TRABALHISTA NO BRASIL	86

*Júlia Maria Feliciano
Lourival José de Oliveira
Luís Felipe Assunção de Oliveira Santos*

RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA: UM PROJETO DE DIGNIDADE OU UMA OPORTUNIDADE PARA O CAPITALISMO?	105

*Alessandro Severino Vallér Zenni
Marlon do Nascimento Barbosa*

DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL E O TRABALHO NO MUNDO GLOBALIZADO	128

*Henrique Pinho de Sousa Cruz
Lourival José de Oliveira
Elve Miguel Cenci*

DEMOCRACIA, GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

COLAPSO DO SISTEMA LIBERAL OU CORRUPÇÃO ENDÊMICA: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA DEMOCRACIA LIBERAL BRASILEIRA.....	146

Cleber da Cruz Cunha

PARA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO PÓS-SECULAR	171
A FÉ COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA	

Dorival Assi Junior

Clodomiro José Bannwart Junior

O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, O ESTADO LAICO, E O INSTITUTO DO REFÚGIO, COMO GARANTIAS DO EXERCÍCIO AO DIREITO DE CRENÇA FRENTE A NOVOS CENÁRIOS MIGRATÓRIOS MUNDIAIS.....	191

Cleber da Cruz Cunha

Mônica Alves de Carvalho Cunha

ENFRAQUECIMENTO DAS ESFERAS INTERNACIONAIS NA TOMADA DE DECISÕES HUMANITÁRIAS EM CONTEXTOS DE CRISE.....	221

ANÁLISE DA PROPOSTA BRASILEIRA JUNTO AO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU QUANTO AO CONFLITO HAMAS X ISRAEL	

Juliana Ducatti Scodro

Mayara Ribeiro Simaro

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO 241 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza

O ENSINO JURÍDICO E OS IMPACTOS DA CULTURA JURÍDICA LIMITADORA NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO 263

UMA CRÍTICA EM FACE DA ÓTICA DA MODERNIDADE LÍQUIDA

*Ewerton Alberto Ost
Kátia Rocha Salomão*

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS 289

*Jussara Romero Sanches
Maria Eduarda Dantas Grou*

A LINGUÍSTICA COGNITIVA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS 312

UMA ANÁLISE DO DISCURSO GEOPOLÍTICO FRENTE À PROGRESSIVA (DES)CONSOLIDAÇÃO DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

*Maria Eduarda Galvão Corrêa
Cássius Guimarães Chai*

DA RAZÃO INSTRUMENTAL DO SISTEMA CIVIL LAW À RAZÃO COMUNICATIVA DOS PRECEDENTES 333

*Clodomiro José Bannwart Junior
Guilherme Borges Cilião*

DEMOCRACIA E DESAFIOS AMBIENTAIS EM CENÁRIOS GLOBAIS

EPISTEME DA CIRCULARIDADE ECONÔMICA DIANTE O PÓS-EXTRATIVISMO E DECRESCIMENTO.....355

*Renato Zanolla Montefusco
Maristella Rossi Tomazeli*

PANORAMA DOS MIGRANTES AMBIENTAIS EM MEIO A CRISE CLIMÁTICA QUE AFETA OS PEQUENOS ESTADOS INSULARES 385

*Claudio Cesar Machado Moreno
Rafael Moure
Rayana Ribeiro Santos*

OS REFUGIADOS AMBIENTAIS PELA ÓTICA TRANSGERACIONAL: UMA ANÁLISE FILOSÓFICO-JURÍDICA DO CENÁRIO INTERNACIONAL 401

*Jussara Romero Sanches
Maurício Lerand Araujo Oliveira
Vinícius Gazola Valim*

GESTÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NA PERSPECTIVA ESG: O PAPEL DO DESIGN DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS NA AGENDA 2030 422

*Anna Luiza Massarutti Cremonesi
Luís Fernando Ferreira Marques
Patrícia Ayub da Costa*

ESTADO AMBIENTAL: ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO DE TERCEIRA GERAÇÃO COMPLEXIDADE PÓS-MODERNA DOS DIREITOS DIFUSOS 444

*Vinício Carrilho Martinez
João Paulo Laranjo Velho
Vinícius Alves Scherch*

(IN) EFETIVIDADE DA JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL EM FACE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO IMPACTO DES PROPORCIONAL. 470

*Regina Vera Villas Bôas
Paulo Alvarenga*

ÉTICA E POLÍTICAS SOCIAIS NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

A COLABORAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO COMO O NEGÓCIO JURÍDICO PÚBLICO ENTRE ENTES FEDERATIVOS E ENTIDADES RELIGIOSAS PODE SER UM MECANISMO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES 489

*Marcos Antônio Striquer Soares
Camila Carniato Genta
Fernanda Batelochi Santos*

DA VONTADE COLETIVA À NORMA JURÍDICA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A PARTIR DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS 510

*Amanda Camargo Rocha
Liury Pereira Nascimento Silva*

O COMPLIANCE COMO LIMITES AO PROSELITISMO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. 539

*Clodomiro José Bannwart Junior
João Luiz Martins Esteves
Priscila Aparecida da Silva*

COMPLIANCE E O FORTALECIMENTO DA PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR 561

*Flávia Dantas Soares
Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado
Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira*

A DEMOCRACIA LIBERAL, O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 580

*Bruno Ponich Ruzon
Sérgio Alvim Rezende de Oliveira*

NOVAS TECNOLOGIAS, COMUNICAÇÃO DEMOCRÁTICA E DESAFIOS PARA PROTEÇÃO DE DADOS GLOBAIS

**ALGORÉTIMICA: A BUSCA PELA TRANSPARÊNCIA NA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 599**

Rachel Bruno Anastácio

**APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E DA
LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA DIRETA 624**

Anna Luiza Massarutti Cremonesi

Luís Fernando Ferreira Marques

Patrícia Ayub da Costa

**NEUTRALIDADE DA REDE: DESAFIOS JURÍDICOS E
IMPACTOS NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INOVAÇÃO 645**

Cildo Giolo Júnior

Lorena Bertonha

Pietra Lima Lopes

DEMOCRACIA E JUSTIÇA GLOBAL: PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA CRIMINAL INTERNACIONAL NA SOCIEDADE DO SÉCULO XXI

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE CRÍTICA
À LUZ DO ABOLICIONISMO PENAL E DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA 666**

Isabela Orelli dos Santos

Kátia R. Salomão

**O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E O ARQUIVAMENTO DO
INQUÉRITO SEGUNDO O STF, UM SEGREDO
DE POLICHINELO 687**

Prof. Dr. Ozéas Corrêa Lopes Filho

Acad. Cauany Bastos Garcia

SOBRE OS ORGANIZADORES 706

SOBRE OS AUTORES..... 707

PREFÁCIO

Esta obra promete transformar sua visão a respeito de temas impactantes, polêmicos e transnacionais, como Democracia, Direitos Humanos e Globalização, traçando diálogos entre a Filosofia e o Direito, com profundidade teórica e aplicação pragmática, resultado da reunião de pesquisadores e profissionais que participaram do XIV Diálogos Filosóficos e Jurídicos, ocorrido em novembro de 2023, promovido pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina em conjunto com a Universidade de Vigo (Espanha) e a Universidade Federal Fluminense.

A jornada que se inicia no capítulo intitulado de **“Os desafios da globalização na gestão empresarial, nas relações laborais e nos direitos sociais”** faz uma imersão nas relações de trabalho contemporâneas sob o ponto de vista da razão instrumental e comunicativa, passeando pelos direitos dos trabalhadores indígenas em uma abordagem vanguardista, inovando ao relacionar negociações coletivas e as redes sindicais transnacionais com planejamento familiar e o congelamento de óvulos. O capítulo ainda convida para uma análise da responsabilidade social corporativa, questionando sua efetividade e estratégia, terminando por apresentar uma perspectiva de desenvolvimento sustentável, que se tornou um imperativo ético e uma vantagem competitiva no mundo globalizado.

Continuando o caminho, o capítulo da **“Democracia, Globalização e Direitos Humanos”** retrata que a democracia é um projeto inacabado, constantemente moldado pelas forças da globalização e pela luta incessante pela efetivação dos direitos humanos, iniciando pelo debate sobre a democracia liberal brasileira, deparando-se com a dualidade entre o colapso do sistema liberal e a corrupção endêmica. Avançando, o capítulo explora a construção de um Estado pós-secular, onde a tolerância se estabelece como pilar central para a legitimação da democracia, tratando também do princípio da impessoalidade e do Estado laico frente aos novos cenários migratórios mundiais. Por último, debruça-se sobre o enfraquecimento das esferas internacionais na tomada de decisões humanitárias, retratando o conflito entre Hamas e Israel.

O capítulo do **“Constitucionalismo Democrático, Instituições Jurídico-Políticas e Relações Internacionais”** revela a expansão da Constituição para além do direito público, infundindo um espírito democrático e protetivo nas relações privadas, o que gera grandes desafios, que, inclusive, repercutem no ensino e na cultura jurídica em tempos de modernidade líquida. Essa visão mais ampla do direito e das instituições jurídico-políticas é transportada para o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na resolução de litígios estruturais. No campo das relações internacionais, oferece a linguística cognitiva como um prisma analítico para entender o discurso geopolítico e sua influência na (des)consolidação dos estados democráticos de direito. Ainda, finalizando o capítulo, confronta a razão instrumental do sistema da *civil law* com a razão comunicativa dos precedentes, propondo um diálogo entre tradições jurídicas distintas.

Na toada dos grandes desafios contemporâneos, o capítulo da **“Democracia e Desafios ambientais em cenários globais”** propõe explorar a complexa relação entre democracia e questões ambientais em um cenário global em que a sustentabilidade não é apenas uma aspiração, mas uma necessidade urgente. A episteme da circularidade econômica se apresenta como um contraponto necessário ao modelo extrativista tradicional, conversando com conceitos de Estado ambiental e justiça socioambiental. No contexto desta crise ambiental aflora o problema de os pequenos Estados insulares serem severamente devastados pelas mudanças climáticas, trazendo à voga um importante debate sobre refugiados ambientais. O capítulo ainda propõe a gestão de conflitos socioambientais à luz da agenda ESG (Ambiental, Social e Governança), destacando o papel do design de solução de disputas como uma ferramenta estratégica para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.

O estudo da **“Ética e Políticas Sociais nos Estados Democráticos de Direito”** é fundamental em um momento histórico onde as desigualdades sociais são exacerbadas por crises econômicas e ambientais e o tecido social é tensionado por visões de mundo polarizadas. A ação de interesse público, por meio de negócios jurídicos entre entes federativos e entidades religiosas pode emergir como um mecanismo efetivo para a redução destas desigualdades.

Outro ponto de destaque é a aplicação do pensamento de Jürgen Habermas aos direitos das crianças e adolescentes. O tema do compliance surge como um mecanismo de salvaguarda dos princípios democráticos e éticos, seja ao limitar o proselitismo religioso nas escolas públicas, preservando a laicidade estatal e a diversidade de crenças, seja ao fortalecer a proteção de dados do consumidor, um direito fundamental na era digital. Para finalizar, o capítulo enfrenta o paradoxo da tolerância dentro da democracia liberal e os limites dos direitos fundamentais.

O capítulo das **“Novas tecnologias, comunicação democrática e desafios para proteção de dados globais”** traz a urgência e a sensibilidade de tratar da proteção de dados de crianças e adolescentes no meio cibernético, bem como da *algorética*, enquanto necessária busca por ética e transparência na sociedade de informação que enfrenta desafios jurídicos e impactos na liberdade de expressão e inovação. A administração pública direta também é examinada sob a lente da Lei Geral de Proteção de Dados e da Lei de Acesso à Informação.

O último capítulo, denominado **“Democracia e Justiça Global: Perspectivas da justiça criminal internacional na sociedade do século XXI”**, trata com a assertividade que o tema requer, sobre a violência contra a mulher, o abolicionismo penal e a justiça restaurativa, bem como instiga a curiosidade e a seriedade sobre o segredo do Polichinelo no sistema criminal acusatório e os procedimentos de arquivamento de inquérito, tal como interpretados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Este livro é um convite aos leitores para embarcarem nesta exploração crítica e reflexiva, que é tanto um espelho das tensões atuais quanto uma lente da filosofia jurídica para enxergar possíveis futuros mais justos e equilibrados para as relações interpessoais, institucionais e transnacionais. Que esta coletânea inspire debates, fomenta novas pesquisas e, acima de tudo, contribua para o desenvolvimento socioeconômico sustentável, fincado na efetividade dos direitos humanos, na ética e na democracia, em todos os cantos do globo.

Patrícia Ayub da Costa
Janeiro de 2025

LOS VERDADEROS ORÍGENES DE LA GLOBALIZACIÓN¹

Prof. Dr. Dr. h. c. Luis Rodríguez Ennes
Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas
Jurídicos Comparados. Universidad de Vigo (Espanha)

1 Conferencia de apertura en el V Congresso Internacional sobre Globalização, Ética y Direito organizado por el CEGED, Universidade de Vigo, Universidade Federal Fluminense, Direito Negocial y Universidade Estadual de Londrina, el día 13 de noviembre de 2023 en Londrina (Paraná-Brasil).

1 EL IMPERIO ROMANO COMO ANTECEDENTE GLOBALIZADOR

La interconexión entre personas que vivían distantes unas de otras, ha sido muy diversa en función del periodo histórico de la humanidad que analicemos, así como del espacio geográfico sobre el que recaiga su estudio. Por tanto, la historia habrá que estudiarla necesariamente dentro de su particular contexto, siendo complejo conciliar puntos de vista académicos frente a un neologismo como el de globalización que lo inunda todo. Así, hay autores que la identifican como un rasgo distintivo del mundo moderno frente a otros que manifiestan que se remonta a siglos atrás, o incluso quien defiende que han existido múltiples globalizaciones.

Lo inequívoco frente a la historia, es que Roma en su máxima expansión territorial, política, económica y social ocupaba la mayor parte del Orbis Terrarum, e hizo a Augusto dueño de un Imperio interconectado y en proceso de integración social; razones bastantes para considerar legítimo su estudio desde una perspectiva teórica sobre globalización. Teniendo en cuenta que las calzadas romanas o la expansión de la vía férrea integró regiones aisladas del Planeta, en tanto el advenimiento del telégrafo, revolucionó las comunicaciones achicando el Mundo, no se puede presentar la globalización como un proceso reciente, de ser así, se olvidarían sus lazos históricos y tendríamos una visión parcial de su inconcluso proceso.

Pues, Roma al tiempo que se expandía territorialmente, también lo vertebraba y lo ordenaba para apropiárselo, primero construyendo una red vial en tres continentes que alcanzó los 80.000 kilómetros o 120.000 según otras estimaciones, definiéndolo Staccioli como el “monumento más largo”, al menos hasta finales del siglo XVIII muchas de las vías, que integraban la red de carreteras europea, seguía siendo obra romana, prologando sus vestigios y en ocasiones utilidad hasta la actualidad. Como resultado de tan magna obra, el complejo vial resultante, fue la de unir ciudades costeras con sus respectivos puertos marítimos, que a su vez servían para comunicarse con las rutas navales a través del Mare Nostrum que constituían el centro neurálgico del Imperio. Según Delgado “dibujaba una elipse de tierras, ríos y mares que abarcaba desde los desiertos de Siria y el Sáhara

en el Este y en el Sur, hasta el mar Negro, el río Danubio y el río Rin en el Norte, y el océano Atlántico en el Oeste”. Esta red de intercomunicación marítima, más rápida, económica y cuidadosa con las mercancías más delicadas o aquellos otros productos que necesitaban de envasado para su transporte, conectaba los distintos portus que eran complejos orientados al comercio marítimo.

El producto resultante fue un todo orgánico que unió los núcleos urbanos interiores entre sí, estos con los costeros y esto a su vez a través de las rutas marítimas con otras ciudades sitas en otros continentes, favoreciendo que la “tiranía de la distancia” se achicase acortando el tiempo y el espacio. En consecuencia, dada la importancia estratégica de las mismas, el cuidado, vigilancia e inspección de las vías corría a cargo de funcionarios especiales con poderes coercitivos, ya que lo que se encontraba en juego era la consolidación de la autoridad de Roma.

De otro lado, a la construcción de las calzadas, le seguía la ordenación del territorio, los topógrafos o medidores de tierras –agrimensores- utilizando la groma –instrumento del que se servían para la medición del terreno- tras esta operación, lo clasificaban en lotes para posteriormente registrarlo a modo de catastro. Junto a éste tipo de trabajadores, se unieron los ingenieros para la construcción de puentes, túneles, acueductos, desagües, ciudades de nueva planta... cuyo sello distintivo era original de Roma. Todos ellos, habían dejado huella en el mundo mediterráneo al igual que en el interior de las provincias romanas, que ahora se encontraban entrelazadas bajo la dominación común de un Imperio.

En síntesis, la conquista y subsiguiente división política territorial del Imperio, es considerado por Hitchner, como el acto transformador clave de la conquista romana al unir un sistema altamente fragmentado de antiguos estados en un sistema interdependiente de entidades territoriales –provincias- no soberanas, del cual había emergido un estado mundial bajo la autoridad de un único gobernante con extraordinario poder. Siendo en este punto, un signo diferenciador de la globalización contemporánea, pues esta, debe enfrentarse a un sistema dividido en Estados-Nación en pugna interestatal continua.

Otro de los aspectos cohesionadores de la cultura romana fue la concesión progresiva de la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio, lo que constituyó un acto de integración política y reconocimiento jurídico sin precedentes en la antigüedad. Lo singular de tal concesión, además de que formalmente pasaron a pertenecer a una comunidad organizada como la romana en igualdad de derechos y obligaciones, fue que permitió mantener doble ciudadanía, la local, y global –romana– de este modo convivían de forma armónica e integradora. Esta peculiar fórmula de integración y posesión de dos ciudadanía ha sido resuelto en el ámbito de la Unión Europea, primero en Maastricht y luego Niza, al crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países, y que además será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. Tan sólo XVIII siglos después se repite tal deseo integrador, con todo lo implica.

Otro aspecto subrayable, es el cometido asignado a la ciudad en la globalización –actual y pretérita–, Roma había apostado inequívocamente por la vida urbana, las urbes se habían convertido en las “células del imperio”, instituyéndose como centro de la vida política, cultural, social y jurídica, además de símbolo e imagen de dominio con su presencia en los territorios que había conquistado. Lo diferenciador con respecto a otro tipo de invasiones, fue que los romanos a medida que avanzaban construían para hacer su presencia permanente, llevando a cabo la fundación de ciudades de nueva planta que según Aulo Gelio eran “pequeñas y modestas copias de Roma”.

Sólo en el occidente latino pudieron existir entre 2000 a 2500 ciudades del rango de colonias o municipios, en Hispania alrededor de 400 núcleos urbanos habían alcanzado tal estatuto político, de entre todas ellas, las hubo de nueva construcción y otras sufrieron grandes transformaciones con respecto de las edificaciones autóctonas. Para ello, seguían un patrón único de construcción influenciada por el modelo etrusco y griego de plano geométrico y estructura reticular (en forma de red). A su vez, las ciudades tuvieron un papel clave en la tranquilidad interior del Imperio, pues apenas hubo confrontación social entre las poblaciones originarias y lo universal romano. Entre otros servicios, construían pensando en la higiene y la seguridad

pública (traída de aguas, baños públicos, redes subterráneas de cloacas) cuya construcción y mantenimiento era competencia del gobierno local sufragadas con su caja pública. Incluso, aunque la medicina podía ser ejercida de modo privado, el gobierno local venía obligado a disponer de asistencia médica. Además, la educación era responsabilidad de la ciudad, la sostenibilidad de las escuelas corrían a cargo del erario público local. De todas estas propiedades, que hacían genuinas las ciudades romanas, según Urbano Espinosa, se afirma que fueron las transmisoras de las formas mediterráneas de cultura y sociedad tanto de Europa y Norte de África, además de “la plataforma básica desde la que se irradiaron todas las realidades de la Romanidad”, remata, atribuyéndole un rol cohesionador sin el cual el Imperio no se hubiese podido desarrollar ni administrar.

En consideración con la economía, las exigencias de la nueva política institucional del Imperio provocó el crecimiento agrícola extensivo e intensivo, e incluso el no agrícola. La escala geográfica de comercio aumentó sustancialmente en extensión y magnitud, que llevó aparejado –ya mencionado– un gran desarrollo urbano a lo largo de todas las redes comerciales, exteriorizado en el norte de África, la Europa central y occidental, así como Asia Menor. La evidencia arqueológica indica un aumento notable de extracción y procesamiento de metales, que correspondía con las emisiones masivas de acuñación de moneda que sustentaba un crecimiento exponencial de las herramientas crediticias, lo que presumía flujos de capital y crédito significativos para la inversión, que aunque difícilmente comparable con la globalización financiera actual, no fue igualada hasta el siglo XVIII.

Wilson, nos dice respecto de la agricultura que siguió siendo fundamental para la economía romana, sin embargo, el autor nos aclara que el Imperio, en los primeros siglos de la era cristiana experimentó un crecimiento económico tanto en valor agregado como per cápita, creyendo que fue debido al significativo proceso tecnológico experimentado –entre otros el uso de la energía hidráulica– tanto en el ámbito agrícola –que facilitó su despegue– como de la minería –dadas las tasas de extracción de metales alcanzadas–, lo que no presume de que se esté hablando de una revolución industrial en el siglo I. Lo que

sí demuestra la evidencia arqueológica, literaria y epigráfica, es que en aquella época existía un clima intelectual abierto al desarrollo tecnológico, así como disponibilidad de inversores y capital, lo que no implica que estos factores desencadenasen una revolución industrial del tipo de la surgida en el siglo XVIII, sino que en ésta última, han existido factores adicionales que la hacen distinta.

1.1 Unidad jurídica.

Esta breve introducción representa la evolución jurídica alcanzada en el Imperio, partimos de una sociedad protourbana cuyas normas de comportamiento consuetudinarias parecen obedecer a la necesidad de organizarse en su convivencia, y cuando se transgreden, son castigadas por una autoridad en la figura de una autoridad central, monarca, sacerdote o jefe tribal. Pocos siglos después, no basta vivir acorde con tales normas –por insuficientes– para hacer frente a la resolución de conflictos originados en una sociedad heterogénea y compleja. De tal forma que, se decide fijar determinadas reglas de conducta y sus consecuencias en un código para regular la susodicha convivencia. De modo añadido, los órganos legislativos se encargan de acomodar tales normas a la realidad existente en cada fase que crecía en complejidad y diversidad.

Así, se materializa un ordenamiento jurídico –el Romano– que reguló la vida pública y privada de los habitantes del Imperio o de aquellos otros que entraban en relación con los primeros. Un cuerpo de magistrados a los que se les había conferido el poder de juzgar y dictar sentencia, así como procedimientos jurisdiccionales para aplicar la norma al caso enjuiciado. Se cierra el círculo porque tanto normas, operadores jurídicos, como procedimientos, son reconocidos y aceptados de modo generalizado tanto por los ciudadanos romanos, como los que progresivamente adquirirían tal condición, e incluso los extranjeros que entraban en negocios mercantiles, o cualquier otra circunstancia que necesitase de una solución jurídica con los primeros.

Se logró seguridad y certeza jurídica, cuando el nuevo rico romano Trimalchio había hecho fortuna con el comercio marítimo,

su inversión era relativamente fiable, pues sus barcos, no sólo cruzaban las aguas de modo seguro por haber puesto a raya la maquinaria romana a los piratas, sino que además, la vigencia de las leyes romanas les daba protección. Aunque al final de la historia del Imperio, los emperadores se habían convertido en la fuente de poder legislativo y judicial al estilo absolutista, no nos exime afirmar que las instituciones romanas habían proporcionado estándares de seguridad jurídica únicos en la antigüedad, sino en todo el mundo pre-moderno. Aunque Roma no había impuesto su derecho, respetaba los derechos locales en aquellos asuntos que no interferían en tradiciones legales romanas, provocaba de facto que el dominio de la ley imperial –por su superioridad técnica- se expandiese hasta los lugares más apartados del núcleo de poder. Parejo a esta razón, se unió la difusión de la ciudadanía –fuerte crecimiento entre Augusto y el emperador Vespasiano-, pues su adquisición proporcionaba ciertos privilegios –sobre todo protección jurídica- e incluso prestigio social –en ciertos periodos se vio como un verdadero premio a la lealtad de Roma-, lo que la convirtió en un verdadero elemento de integración jurídica global.

Se concluye, que la relación establecida entre globalización y Derecho encuentra acomodo en Roma, particularmente en el periodo que coincide con el auge de su influencia, la última etapa de la República hasta el Principado, entre los años 130 a. C y el 230 d. C. Una época que concuerda con la edad del Derecho Romano universal donde germina según Pimentel “un derecho transformado respecto de la tradición anterior, que de local, personal y exclusivo, pasó a ser derecho común, que de derecho civil pasa a derecho supra ciudadano, y que de formal se convierte en producto de la argumentación”. Un derecho que supo adaptarse a la nueva realidad producto de la expansión territorial, y subsiguiente contacto con entornos culturales, sociales y económicos de características muy dispares implementando un sistema procesal, terminología jurídica, así como una metodología propia para la creación y aplicación del mismo.

Esta es la herencia de la Roma protoglobal, en su seno se crearon instituciones jurídicas que perviven en nuestros días y han servido de inspiración y base sobre la que el derecho ha

ido evolucionando, una cultura occidental grecorromana y la construcción de un mundo urbano cosmopolita prototípico de la postmodernidad.

En síntesis, la globalización posee como rasgo más característico la interdependencia económica e intercambio a gran escala del comercio, pero también tiene impacto, dada la fluidez de las comunicaciones, de movimiento de personas, en aspectos como los sociales, culturales e incluso políticos.

1.2 Globalización política.

Tras la caída del Imperio Romano, la autarquía se extendió provocando que la resolución de las controversias de la actividad económica, civil y social de las personas que residían en determinado Estado fuesen administradas por éste en exclusiva. Esta situación se prolongó hasta el modelo de Estado-Nación westfaliano en 1648 fruto del final de la guerra de los 30 años mediante el tratado de Westfalia, en la que el monopolio del poder era ejercido de modo vertical y en exclusiva por el propio estado soberano.

Sin embargo, en una fase postmoderna de la historia, esta realidad se encuentra en periodo de transformación profunda para adaptarse a un modelo más horizontal y moldeable. Un hecho que provoca que la estructura monocéntrica de poder de los Estados nacionales rivales, se vaya sustituyendo por un reparto de poder policéntrico que hace que un gran número de actores transnacionales y nacionales-estatales compitan o cooperen entre sí.

Expresión tangible de estos escenarios de reparto de poder en este escenario de emergencia global, son los procesos de integración regional que se expanden por toda la geografía mundial, y que según Serrano son respuesta a la tensión ocasionada entre el binomio local-global –ya referenciado- y ser solución intermedia a una reorganización de las comunidades políticas. A modo de ejemplo citamos los que siguen: en América Latina (Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Comunidad Andina de Naciones (CAN), CARICOM (Comunidad del Caribe), Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), Alianza Bolivariana para los Pueblos de

Nuestra América (ALBA), Alianza del Pacífico (AdP), Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC); en África, entre otras (Unión Africana (UA) y la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO); en Asia la Organización de Cooperación Regional de los países de Asia del Sur (SAARC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), el Programa Regional de Cooperación Económica de Asia Central (CAREC), entre otros; en ámbito territoriales que integran distintos continentes la Unión por el Mediterráneo (UpM) ; e incluso integraciones que trascienden el ámbito económico, político o social, sino de carácter étnico religioso como la Organización de la Conferencia Islámica (OCI).

Dado los vínculos que se forjan entre actores políticos y los ámbitos sobre los que recaen las decisiones –necesariamente- el poder no sólo se comparte, sino que además se divide y equilibra. Así, los órganos de poder estatal ceden el monopolio de influencia en favor de órganos supranacionales en ese nuevo escenario espacial y territorial, siendo la configuración y puesta en práctica de poder diversa.

1.3 Globalización jurídica.

El binomio globalización -derecho desafía a la sociedad humana- no desde una concepción de conflicto interestatal- sino como un reto. Un objetivo que implica aunar voluntades en el marco de la esfera geopolítica mundial. El derecho global ha de ser útil para aportar soluciones jurídicas a conflictos legales globales, pues la intensificación y alcance geográfico de las relaciones humanas ha superado la dimensión política estatal. Los estados por sí solos no pueden establecer normas que regulen el comercio mundial, derecho del mar, el derecho penal internacional, derecho medioambiental internacional..., ya que las decisiones que pueda adoptar –fruto de las limitaciones que emanan del principio de soberanía- carecen de eficacia. Dotarlas de validez es un asunto nuclear para tutelar las relaciones jurídicas que trascienden el ámbito estatal.

No obstante, el intento de la unificación jurídica transnacional no es un rasgo propio del mundo contemporáneo, sino que a lo largo de la historia –sobre todo el ámbito europeo– se han sucedido intentos que han tratado de superar los obstáculos que dificultan tal proyecto. Si bien, la fragmentación y diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales y/o locales existentes, han dificultado su integración en un sistema jurídico más elaborado fruto del trabajo dogmático de juristas, que han dado lugar a corrientes doctrinales como el iusnaturalismo, realismo o positivismo jurídico.

Así, encontramos el antecedente más remoto a esta tarea unificadora, en el Derecho Romano hasta la muerte del emperador Justiniano, en aquella realidad política, social y económica, menciona Pimentel que: “la terminología jurídico-latina obedeció, por origen y método de acomodación a realidades cambiantes, a una realidad global de la idea de ius, y a un entorno social que les daba función y razón de ser”. Sirvió en aquel periodo histórico como elemento indispensable de la unificación social, permitió a las poblaciones continuar con su propio derecho y costumbres, si bien, se impuso al derecho local debido a que poseían un ordenamiento jurídico técnicamente muy superior. Mostró la inequívoca voluntad de superarse desde que en origen se gestara en un ámbito político de monarquía absoluta, para desplegar toda su capacidad en el periodo de la República, mostrarse útil al Principado de Augusto, para retroceder con el Dominado –monarquía absoluta– manteniéndose en el Oriente del Imperio con el emperador Justiniano al frente de la elaboración del Corpus Iuris, y resurgir en el siglo XI para servir a juristas de la Baja Edad Media, a humanistas, racionalistas y pandectistas, de base para la elaboración doctrinal de sus respectivos ordenamientos.

Como se ha señalado, el periodo que comprende la República romana, es origen del modo en cómo se crea, piensa y aplica el derecho, un campo productivo para jurisprudentes, que de modo sobresaliente intervienen en el ámbito del ius honorarium, un derecho de producción jurisprudencial que había evolucionado a partir del ius civile. También, el ius Gentium, que nacido en suelo de Roma, fue clave para el apogeo y expansión del Imperio, un derecho accesible a los extranjeros, para todos los

hombres, con vocación universal y con el ideal de normativizar el derecho entre pueblos.

A su vez, de la necesidad de establecer un procedimiento judicial que crease normas procesales que agilizaran la aplicación del *ius Gentium*, surge el procedimiento formulario para dar solución a las controversias surgidas entre ciudadanos romanos y peregrinos –extranjeros que mantenían relaciones comerciales con Roma- y la pretoria encargada de dar solución al caso, sería el pretor peregrino que en su jurisdicción aplicaba el derecho entre romanos y extranjeros así como entre estos últimos.

Con la caída del Imperio Romano, la autarquía, no sólo cerró las fronteras comerciales sino que propició la desconexión entre otras comunidades, y no es hasta el Renacimiento cuando aparece en la escena el germen del Estado y una nueva evolución del derecho globalizador. En aquella época histórica los fuertes conflictos que enfrentaron a los estados europeos en la Guerra de los Treinta Años, desembocaron en la Paz de Westfalia, que representó el nacimiento de un orden internacional basado en el equilibrio de poderes y, la desaparición del poder del Sacro Imperio Romano Germánico y del Papado, muy a diferencia del Tratado de Versalles que impuso un orden basado en la norma vencedor contra vencido.

Fruto de la mencionada Paz en 1648, surgió el Estado-Nación, cuyas características centrales fueron el nacimiento de dos conceptos, soberanía y nacionalidad, lo que provocó que se iniciase una relación Estado-sociedad y la base para el desarrollo y consolidación del Estado democrático liberal, pasando posteriormente por el Estado de bienestar iniciado en los años cuarenta hasta el actual Estado postmoderno.

Desde entonces, aunque el marco jurídico del Estado soberano ha servido como escenario paradigmático para la gobernabilidad política y el intercambio económico, esta situación ha cambiado. A partir de la II Guerra Mundial, ha existido una tendencia a difundir normas con vocación universal, los derechos humanos, comercio internacional... También, el cumplimiento de resoluciones dictadas por tribunales internacionales, que de modo creciente, han ido enjuiciando cuestiones que hasta hace escasas décadas

eran competencia exclusiva de las jurisdicciones nacionales. Un hecho que ha tornado permeable las paredes de la soberanía, y en ocasiones, ante la falta de regulación internacional que permitía solucionar los problemas de aplicación estatal, provocada por los propios límites que le impone el principio de legalidad al que se encuentran sometidos los sistemas jurídicos tradicionales derivados de la concepción clásica de soberanía de Estado-Nación, crearon crisis de legitimidad por la imposibilidad de dar solución a determinadas situaciones de hecho.

Si aceptamos que esto está ocurriendo, deben favorecerse las sinergias necesarias para que los Estados cooperen al objeto de crear un entorno jurídico internacional, la de construir referencias jurídicas conceptuales de carácter o vocación global, un contexto jurídico uniforme que permita dar respuesta a las crecientes demandas en esta nueva configuración espacial.

Nos relata Victoria Sansón, que la buena fe objetiva brota en Roma de las relaciones protegidas con iudicia bonae fidei, en particular, de las que surgían de los cuatro contratos consensuales, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

2 MANIFESTACIONES JURÍDICAS DEL IUS GENTIUM: LOS CONTRATOS CONSENSUALES Y LA EXPANSIÓN TERRITORIAL DEL IMPERIO.

Los límites del Imperio se habían ensanchado, el epicentro de poder que se encontraba concentrado en Roma se había desarrollado de tal forma que logró extenderse y asentarse hasta límites impensables, quedando patente que en su progresión llegó a convertir al Imperio en una superpotencia económica. En sus provincias, forjó una red de comunicaciones terrestres que vertebraban todo el territorio, construyó puertos fluviales y marítimos enlazados por rutas que discurrían por el mar Mediterráneo, Atlántico, Egeo, Negro, sobre los ríos más importantes de Europa, y en España, entre otros, a través del Guadalquivir que llegaban al puerto fluvial de Híspalis e incluso de Córdoba. Se cimentó así, una vasta red de comercio que unía a las ciudades del litoral e interior.

Los negocios que discurrían por tales rutas llegaron a extenderse hasta lejano Oriente, pues el historiador Plinio el Viejo,

narraba el gasto que acarrearía poseer lujos como la seda y las especias procedentes de tales lugares.

“Para el cálculo más bajo, India, Seres y la península Arábiga toman de nuestro Imperio 100 millones de sesteracios cada año: es decir, eso es cuánto nos cuestan nuestros lujos y mujeres”.

“...minimaque computatione miliens centena milia sestertium annis omnibus India et Seres et paeninsula illa imperio nostro adimunt: tanti nobis deliciae et feminae constant.”

En síntesis, la expansión propició que Roma tomase el control del comercio mediterráneo occidental y oriental, condición que facilitó el transporte de mercancías hasta Britannia por el océano Atlántico, y por el Egeo cruzando el estrecho del Bósforo para navegar por el mar Muerto, al mar de Azov y llegar a la ciudad de Tanais que se encontraba situada en la desembocadura del actual río Don. También el comercio terrestre, que transitaba por la red interior de calzadas de la Europa occidental y meridional, norte de África y Asia Menor, además de la lejana Asia Oriental llegando a China como se ha dicho.

Este modo de actuar, situó a la bona fides como principio de buena fe, y al ius Gentium el medio sobre el que pudieron desarrollarse los contratos consensuales, cuya validez dependía en exclusiva de la voluntad de acuerdo entre las partes. Tras esta breve introducción, en los sucesivos acápitres, se describirán y desarrollarán los distintos contratos consensuales: la compraventa, la sociedad, el mandato y el arrendamiento. También el foenus nauticum, contrato de mutuo cuya función económica era la de favorecer el comercio marítimo, y la creación de personas jurídicas, que permitía la unificación de un grupo de personas con propósitos comerciales.

Con todo, la locatio conductio operarum, apoyando la tesis seguida por Ennes, Raymond afirma que es un “claro antecedente del actual contrato de trabajo”, no sólo desde un punto de vista estrictamente material donde existe una prestación de servicios por cuenta ajena, sino que los elementos básicos que configuran tal contrato coinciden en lo esencial, un acuerdo de voluntades donde las partes acuerdan que uno de ellos preste un servicio a cambio de un salario. Si bien, en este punto el autor hace notar

que la *locatio conductio operarum* se caracterizaba por la “más absoluta sumisión del locador”, cuestión ya abordada, pues en la antigüedad ni existía la conciencia social actual ni el grado de protección laboral del trabajador actual.

Hasta la concesión por Caracalla en el siglo III de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, el acceso al derecho romano se limitó normalmente al nivel intermedio de la latinidad, y fue entendido siempre como una recompensa específica a particulares en el supuesto de otorgarles esa latinidad o la plena ciudadanía. Bajo tales supuestos hay que contemplar la progresiva adquisición a través del *ius latii* del derecho romano, primero por individuos aislados, posteriormente por grupos enteros y, finalmente, por los habitantes de enteras provincias. El disfrute de la latinidad fue además un paso intermedio, para adquirir la ciudadanía en el caso de desempeñar magistraturas municipales, cuyos titulares y familias quedaban auténticamente convertidas en ciudadanos romanos. Por otra parte, la concesión del *ius latii* a una ciudad permitía que se organizara de modo análogo a las colonias de ciudadanos romanos, disfrutando sus habitantes de una condición similar a la de éstos. Vespasiano –hacia el 73 o 74 d.C.- otorgó la latinidad a todos los *hispani*. Al ser suficiente la pertenencia a los amplios consejos municipales para acceder a la ciudadanía romana, y al hacerse además extensivo a sus familias, la ciudadanía debía alcanzar durante los cien años que transcurrieron de Adriano a Caracalla a la inmensa mayoría de los indígenas.

Con todo, cuando el Imperio se había convertido en un mercado global, movido por su fuerza propulsora, surgen según la clasificación gayana distintos tipos de contratos, esto es, reales (*re*), verbales (*verbis*), literales (*litteris*) y consensuales (*consensu*). Esta noción de *contractus* como acuerdo de voluntades creadores de obligaciones sancionadas por el *ius civile* (en los tres primeros modelos), se configuran según Ennes “como eje la idea de *contrahere obligationem*”, sin embargo, en el supuesto de las “*obligationes consensu contractae*, responden a la idea de *contrahere negotium*, que procede de otra línea evolutiva, los *iudicia bonae fidei* que reflejan una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio*”. Según el autor, tal mención de

reciprocidad obligatio ex fide bona rompe con el binomio actio-obligatio civiles que le permite superar “la tipicidad imperante en el sistema contractual romano”.

Por consiguiente, los contratos consensuales, (la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato), de cuyo mero consentimiento nace la obligación, transitan hacia el ius Gentium.

Un derecho flexible, libre de formalismos, que consintió al pretor en el seno de los bona fidei iudicia, ejercer un alto grado de discrecionalidad judicial, en el instante de examinar las conductas seguidas por las partes en sus relaciones contractuales, y subsiguiente atribución de responsabilidad, claro está, siempre a examen del caso concreto. Una labor de carácter eminentemente práctica y casuística que se convirtió en generalizada, y posteriormente sistematizada en derecho justinianeo. Suceso que ha de considerarse capital para la expansión del comercio, al ser los contratos más comunes en el tráfico de los negocios, e instrumentos útiles a disposición de las partes. Ahora, la relación obligatoria no pendía de la observancia rigurosa de las formalidades específicas de cada contrato, sino del consenso, que como signo de expresión de la voluntad contractual, era suficiente para dar validez a la relación contractual.

De esta suerte, tales contratos consensuales se extienden por todo el Imperio, elemento que unido a la aparición de la moneda acuñada en Roma, logra que el comercio se expanda a la vez que se facilita el acceso al crédito comercial.

La jurisprudencia clásica construye un andamiaje jurídico en torno a los contratos consensuales, una labor de tal envergadura que logró tutelar los intereses de las partes contratantes en cualquier circunstancia. Sin este soporte, la compraventa, principal vehículo de intercambio de riqueza, no hubiese desplegado todo su potencial. Partió siendo una permuta, pues antes de que hubiese aparecido la moneda, difícilmente se podría hablar de intercambio de precio por cosa, que el momento en que de las partes estuviesen de acuerdo en estos dos elementos, se perfeccionaba el contrato.

Se puede afirmar de esta modalidad contractual, a pesar de su progresiva evolución hasta nuestros días, que ha conservado y nos hemos servido de los elementos estructurales que el derecho

romano instituyó en su nacimiento, para ir adaptándola a la realidad jurídica de cada época donde opera el comercio.

Con el contrato de arrendamiento, se consiguió aglutinar y dar forma contractual a las diversas necesidades de negocio, que forman parte de la vida económica cotidiana. Así, se desarrolló en su tres modalidades: la *locatio conductio rei* o arrendamiento de cosa, un contrato en el que una persona, *locator*, conviene entregar una cosa mueble o inmueble no consumible para su uso y disfrute; el de *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios, contrato en virtud del cual una persona denominada *locator*, *operarius*, arrendador, se obliga a prestar determinados servicios, *operae*, en favor de otra, conductor, arrendatario, por cierto tiempo y a cambio de una remuneración, *salarium*; y la de *locatio conductio operis* o arrendamiento de obra, dónde el *locator operis faciendi* suministra los materiales al conductor *operis* para que éste realice una obra completa a cambio de la merced, que en este caso abonará el *locator*; de otro lado, lo que importa es el resultado final, no la actividad en sí misma, no pudiendo entregar la cosa por partes sino indivisible y en el plazo convenido.

Con el mandato, se puso a disposición de los *cives et peregrini* una herramienta que les permitía realizar y controlar negocios de modo remoto, y así facilitar las exportaciones e importaciones. Dado que para su perfeccionamiento, al igual que los demás contratos consensuales, se admitía como válido cualquier modo de expresar la voluntad, de modo tácito, presunto, una *seña* (*nutus*), por medio de *nuntius*, por carta. Elemento que añadido a la innecesariedad de que las partes se encontrasen presentes, permitían al mandatario, que fuese el que se obligase a cumplir con el encargo del mandante en interés de este o del tercero, o de ambos conjuntamente.

Y con el contrato de sociedad, forjar alianzas empresariales que abrían la oportunidad a nuevas formas de inversión. De este contrato de sociedad, se ha desarrollado una especialidad de particular utilidad para el periodo republicano, la *societas publicanorum*. Grandes sociedades de capital privado, que en simbiosis con el Estado, permitió a éste hacer frente a las grandes obras públicas a lo largo y ancho de todo el Imperio, así como la explotación de recursos considerados estratégicos. Su fin llega

con Augusto, puesto que de favorecer una economía productiva, pasan a colaborar activamente para convertirla en una economía especulativa, sin utilidad productiva para la economía romana.

Se ha visto, como la necesidad de financiación, que en origen era interna, requiere también de otra externa, dónde brota la actividad bancaria tanto para facilitar crédito como de cambio de divisas.

El nuevo paradigma, exige incluir modelos contractuales que se extraen de la modalidad del contrato real, esto es, el de mutuo, un préstamo singular que financiaba las actividades relacionadas con el comercio marítimo denominado *foenus nauticum*. Un sector de extraordinaria importancia para el Imperio por dos razones, la capacidad de carga de mercancías y la rapidez en su traslado, lo convertían en más rentable que el terrestre.

Préstamo de gran ventaja para el mutuuario, ya que si la nave comercial no completaba su travesía por causas de fuerza mayor o caso fortuito, no debía nada al acreedor. Pero también lucrativa para éste, ya que de completar el trayecto comercial, exigía el pago de intereses cuyo límite fija Justiniano en el doce por ciento anual, empréstito cuyo rendimiento financiero no tenía igual en aquel entonces.

Llegamos al contrato de depósito, en la modalidad de irregular, del que se beneficiaba el depositante y depositario, el primero obtenía intereses a cambio, y la garantía de custodia y disponibilidad del dinero cuando lo solicitase; en cuanto al segundo, al transferírsele el dominio del dinero, contaba con una fuente de financiación que podía trasladar a los sectores productivos que requerían de financiación.

Por último, procedente de Grecia, la sociedad romana introduce y desarrolla una institución jurídica, el arbitraje, que permite a las partes someter una cuestión litigiosa, de común acuerdo y voluntariamente, a un tercero particular, que voluntariamente acepta dirimir el asunto. En un principio, el escenario sobre el que el cual se desarrolla el proceso tiene un componente de confianza, tanto en el acatamiento a la decisión emitida, como que el árbitro tutelaré el proceso conforme a una persona honesta. Pronto, la naturaleza de las cuestiones litigiosas son más complejas,

y el arbitraje evoluciona en el sentido que pasa a ser tutelado por los pretores peregrino y urbano. Con el arbitraje, se logró, además de resolver cuestiones litigiosas de distinta índole, se agilizaba el proceso, en concreto los sometidos por disputas contractuales, pues su sencillez ante la falta de un procedimiento reglado facilitaba la rapidez de la solución controvertida. Así, se va configurando hasta la época justiniana, época en la cual la sentencia del laudo debía ser acatada, de no ser así, debía pagar la pena pecuniaria impuesta el arbitrar, incluso, cabía la posibilidad de continuar con el proceso por la vía ordinaria.

3 EPÍLOGO

El Imperio Romano ejercía jurisdicción sobre todo su territorio, se había constituido como una gran comunidad política de la que emanaba su legitimidad. Una vasta demarcación, que tras las sucesivas conquistas, se había convertido en integrado, vertebrado y pacificado al momento de la llegada de Augusto al poder. Una población que en un proceso gradual de ósmosis había ido asimilando e impuesto mediante transferencia de la cultura expansionista tendencias uniformadoras globales, aunque manteniendo y respetando ciertos rasgos culturales propios. Un gobierno central, Augusto había diseñado una administración que se había extendido a la justicia, el magistrado-juez se había convertido en un funcionario judicial representante del Estado; en el ámbito político había sometido a su control directo las provincias imperiales e indirectamente las senatoriales; un ejército profesionalizado que garantizaba la independencia y soberanía del Imperio, una administración financiera que dependía directamente del poder central. En síntesis, un todo coordinado que garantizaba la gobernabilidad del Imperio sin perder la centralidad del poder político.

Un Súper Estado que a pesar de lo descrito, sucumbió por la crisis de cada uno de los pilares sobre los que se sostenía como entidad política diferenciada, esto es: pérdida de control físico sobre el territorio, quiebra de la confianza por parte de sus habitantes generando falta legitimidad ciudadana, carencia de centralidad de poder político originado por la subdivisión en

cuatro áreas territoriales, y división definitiva posterior en dos mitades que desestabilizó el aparato de control administrativo, por ende, su núcleo de poder. Así, lo que nos enseña el recorrido histórico del Imperio es una visión completa del modo en cómo una Ciudad-Estado se transforma en Súper Estado con tendencias expansionistas globalizadoras. Un aprendizaje para las unidades políticas posmodernas, que en la era global, necesitan reevaluarse en el sentido de si cumplen con las funcionalidades que se le exigen en un contexto de política globalizada, al fin de mantener su unidad política diferenciada y sostener su legitimidad interna y externa.

Además de, y sobre todo, lo cardinal de esta investigación es la de dar respuesta al por qué y para qué de remontarse a periodos históricos tan pretéritos, bien podría ser útil para dar contestación a lo enunciado en la conclusión anterior. Si bien, su carácter jurídico establece que la relación ha de dirigirse por esta vía, siendo el soporte que la sustenta, las ideas fundamentales que han propiciado, entre otros hechos, la libre circulación de bienes y servicios en una etapa de expansión territorial global. Que a pesar de su rapidez y complejidad, no fue caótica, ya que el Derecho Romano mutó y se adaptó al tornadizo devenir de la sociedad, cumpliendo con el encargo de ordenar las relaciones jurídicas de sus miembros. En consecuencia, la respuesta al por qué es sencilla, no se podría hacer frente al estudio de las instituciones jurídicas que aquí se desarrollan sino no nos retrotrajésemos a su origen. Cada institución de Derecho Romano posee su proyección histórica, que de obviar su recorrido, conducirá inexorablemente a interpretaciones erróneas por presentar la información sesgada, al ser vista de modo miope. El para qué es patente, el Derecho Romano ha sido la fuente de la cual se han servido los juristas para ir ofreciendo soluciones legales justas a cada época que les tocó vivir, su superioridad científica y cultural ha influido decisivamente en el civil law y de inspiración al common law, que habiendo descartado incorporar en su sistema jurídico un derecho procedente de comentaristas y glosadores, decidieron elaborar por sí mismos uno propio de juristas de la Corte. De este anhelo, lo convirtieron en un derecho de creación judicial como lo era el Derecho Romano clásico del

que importaron algunos de sus principios y procedimientos. Pero es que además, la continuidad histórica del Derecho Romano sigue presente en sistemas que evolucionan al abrigo del mismo, tal como el derecho chino o el japonés.

**OS DESAFIOS DA
GLOBALIZAÇÃO
NA GESTÃO
EMPRESARIAL, NAS
RELAÇÕES LABORAIS
E NOS DIREITOS
SOCIAIS ORGANIZADORES**

**RELAÇÕES DE TRABALHO:
RAZÃO INSTRUMENTAL E RAZÃO COMUNICATIVA.**

José Antonio Callegari
Universidade Federal Fluminense, Professor
Adjunto, Departamento de Direito, Macaé,
Brasil, joseantoniocallegari@id.uff.br

RESUMO: Com este ensaio, analisamos as relações de trabalho a partir de dois paradigmas: razão instrumental e razão comunicativa. No momento em que se discute o fortalecimento da democracia brasileira e a participação social, justifica-se analisar as relações de trabalho como parte integrante desse contexto. Em razão disto, adotamos a tese de que as relações de trabalho integram o conceito de cidadania, uma cidadania laboral que se expande para além da relação capitalista de produção. Para tanto, utilizamos referências teóricas que permitiram discorrer sobre o tema. Com essa metodologia, desenvolvemos um breve estudo sobre as relações de trabalho e o impacto da razão instrumental na formação da cidadania laboral. Ao final, apresentamos algumas considerações sobre os efeitos das relações instrumentais e comunicativas sobre a emancipação políticas dos trabalhadores na esfera pública.

Palavras-chave: cidadania; não retrocesso social; relações de trabalho; razão instrumental; razão comunicativa.

ABSTRACT: With this essay, we analyze work relations from two paradigms: instrumental reason and communicative reason. At a time when the strengthening of democracy and social participation are being discussed, it is justified to analyze labor relations as an integral part of this context. Because of this, we adopt the thesis that labor relations are part of the concept of citizenship, a labor citizenship that expands beyond the capitalist relationship of production. To this end, we used theoretical references that allowed us to discuss the topic. Using this methodology, we developed a brief study on labor relations in Brazil and the impact of instrumental reason on the formation of labor citizenship. At the end, we present some considerations about the effects of instrumental and communicative relationships on the political emancipation of workers in the public sphere.

Keywords: citizenship; communicative reason; instrumental reason; no social regression; work relationships.

INTRODUÇÃO

Nesse artigo, intuimos haver uso da razão instrumental nas relações de trabalho; e que, em razão disto, o trabalhador não tem condições de exercer a cidadania plena, tal como proposta na Constituição de 1988.

Assim sendo, com apoio em Habermas (2012), propomos verificar a possibilidade do uso da razão comunicativa como elemento de emancipação do trabalhador, na construção de uma cidadania laboral ativa.

A partir da Reforma Trabalhista, introduzida com a Lei n. 13.467/2017, observamos a implementação de regras jurídicas, sem que os trabalhadores tenham participado efetivamente das discussões e deliberações que permitiram a flexibilização, a desregulamentação e a precarização de seus direitos.

Por esta razão, intuimos que a Reforma Trabalhista fortaleceu relações instrumentais que debilitam a cidadania laboral.

O tema é relevante, pois trata de uma questão central para a democracia brasileira: a formação de uma classe social esclarecida, e, por consequência, mais participativa.

De alguma forma, todos nós estamos envolvidos em relações de trabalho, dentro ou fora das relações formais de emprego, o que realça a importância deste ensaio.

Nas relações de trabalho, sobretudo as profissionais, dedicamos parte considerável de nossa existência, em ambientes que integram a nossa visão de mundo e nossa capacidade de entendimento sobre nossas circunstâncias. Numa palavra, as relações de trabalho dão sentido existencial à cidadania política.

A partir de breves análises históricas, supomos haver o uso da razão instrumental nas relações de trabalho, atuando como óbice à emancipação do trabalhador brasileiro.

Com esta hipótese, propomos o uso da razão comunicativa como fator de esclarecimento e emancipação do trabalhador, elevado à categoria de ator participante da esfera pública.

Neste ensaio, inserimos aportes teóricos de autores que nos permitiram observar o uso da razão instrumental na formação tardia ou deformação da cidadania brasileira, sobretudo

da cidadania laboral. No contraponto, colhemos em Habermas reflexões que nos permitem almejar um futuro melhor para os trabalhadores através da razão comunicativa.

1 RAZÃO INSTRUMENTAL E DOMINAÇÃO

Incluir a cidadania no texto constitucional não equivale à sua efetivação plena no mundo da vida, pois:

O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas é a voga que assumiu a palavra cidadania. Políticos, jornalistas, intelectuais, líderes sindicais, dirigentes de associações, simples cidadãos, todos a adotaram. A cidadania, literalmente, caiu na retórica política. Não se diz mais “o povo quer isto ou aquilo”, diz-se “a cidadania quer”. Cidadania virou gente (CARVALHO, 2023, p. 15).

A partir da Constituinte de 1987, desenvolvemos a crença de que a democracia, por si só, resolveria os problemas estruturais do país:

Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seria garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social (CARVALHO, 2023, p. 15).

Não foi bem assim.

Sendo realista, por trás da cidadania constitucional, há uma carga semântica estabelecida pelos e a favor daqueles que dominam o sistema de produção e a burocracia estatal. A partir de Faoro (2001), percebe-se que os “donos do poder” utilizam a sintaxe e a semântica jurídica para instrumentalizar as estruturas sociais a seu favor, alienando a classe trabalhadora do jogo político da nação.

Não obstante, a nuvem ideológica tenta encobrir a carga histórica, profundamente arraigada ao sistema de produção escravagista, no qual o trabalhador se viu excluído da “condição humana”, e, por conseguinte, da cidadania.

Desse modo, e com base em fatos históricos, percebe-se que um texto constitucional não rompe, pela semântica normativa, com a estrutura social dominante. Em termos pragmáticos, fal-

ta-nos a vontade de constituição, aquele ânimo de concretizar os direitos sociais nela inseridos (HESSE, 1991).

Ao não efetivar a semântica constitucional, a descrença com o sistema democrático cresce e compromete a estrutura de uma Constituição erigida sobre as bases dos direitos fundamentais, uma vez que:

Problemas centrais de nossa sociedade, como violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos serviços de saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas, ou continuam sem solução, ou se agravam, ou quando melhoram é em ritmo muito lento. Em consequência, os próprios mecanismos e agentes do sistema democrático, como as eleições, os partidos, o Congresso, os políticos, se desgastam e perdem a confiança dos cidadãos (CARVALHO, 2023, p. 15).

A partir de Carvalho (2003), intuímos que cidadania é um conceito dinâmico que atravessa todas as estruturas e práticas sociais.

Por conseguinte, a cidadania, no contexto histórico e no texto da Constituição brasileira, coloca em questão as relações instrumentais e as relações comunicativas, sobretudo nas relações de trabalho. As primeiras são mais comuns nas relações de dominação, ao passo que as segundas são mais adequadas nos espaços sociais deliberativos, participativos e democráticos.

Se, no contexto atual, o déficit de realização prática dos direitos sociais tende a produzir um descrédito quanto ao Estado Democrático de Direito, abrindo espaços para aspirações não democráticas, é na defesa do Estado Democrático de Direito que iremos fortalecer as relações comunicativas, necessárias à ampliação pragmática da cidadania; pois “o exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego” (CARVALHO, 2023, p. 16).

Considerando os direitos trabalhistas como direitos sociais, inscritos na Constituição Federal, podemos dizer que:

os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A ideia central em que se baseiam é a justiça social (CARVALHO, 2023, p. 18)

Como intuímos linhas acima:

o surgimento sequencial dos direitos sugere que a própria ideia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico. O ponto de chegada, o ideal da cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre seguem linha reta (CARVALHO, 2023, p. 19).

Em termos de relações de trabalho instrumentais, podemos afirmar que “o fator mais negativo para a cidadania foi a escravidão” (CARVALHO, 2023, p. 27).

Para termos um quadro simplificado:

Na época da independência, numa população de cerca de 5 milhões, incluindo uns 800 mil índios, havia mais de um 1 milhão de escravos. Embora concentrados nas áreas de grande agricultura exportadora e de mineração, havia escravos em todas as atividades, inclusive urbanas. Nas cidades eles exerciam várias tarefas dentro das casas e na rua. Nas casas, as escravas faziam o serviço doméstico, amamentavam os filhos das senhas, satisfaziam a concupiscência dos senhores. Os filhos dos escravos faziam pequenos trabalhos e serviam de montaria nos brinquedos dos senhores. Na rua, trabalhavam para os senhores ou eram por ele alugados. Em muitos casos, eram a única fonte de renda de viúvas. Trabalhavam de carregadores, vendedores, artesãos, barbeiros, prostitutas. Alguns eram alugados para mendigar. Toda pessoa com algum recurso possuía um ou mais escravos. O Estado, os funcionários públicos, as ordens religiosas, os padres, todos eram proprietários de escravos. Era tão grande a força da escravidão que os próprios libertos, uma vez livres, adquiriam escravos. A escravidão penetrava em todas as classes, em todos os lugares, em todos os desvios da sociedade: a sociedade colonial era escravista de alto a baixo (CARVALHO, 2023, p. 28).

Em termos de cidadania:

Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. Os escravos não eram cidadãos, não tinham direitos civis básicos à integridade física (podiam ser espancados), à liberdade e, em casos extremos, à própria vida, já que a lei os considerava propriedade do senhor, equiparando-os a animais. Entre escravos e senhores existia uma população legalmente livre, mas a que faltavam quase todas as condições para o exercício dos direitos civis, sobretudo a educação. Ela dependia dos grandes proprietários para morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários (CARVALHO, 2023, p. 29).

Carvalho (2023) acrescenta que, naquela época, o descaso com a educação primária dificultava o desenvolvimento de uma consciência de direitos. A persistência desse quadro atualmente revela um projeto cultural histórico de subcidadania (NEVES, 1994).

Esse projeto vem atuando com enorme eficácia, sujeitando os trabalhadores às mais diversas formas de dominação; reduzindo o tempo-espaco para uma educação cidadã emancipadora, principalmente nas periferias brasileiras, arquiteturas urbanas das “novas senzalas”.

Retrocedendo no tempo, e considerando o nascimento do período republicano, Carvalho (2023) questiona que tipo de cidadão se apresentava para exercer os seus direitos políticos. Um cidadão jurídico, cuja cidadania real fora obstada e/ou reduzida desde os primórdios do sistema de produção escravocrata.

De certo, não seria um golpe de estado republicano e militar que iria alterar os fundamentos do patriarcalismo e do patrimonialismo brasileiros, forjados sobre as bases de relações instrumentais de dominação e de obediência, muitas das vezes sob o fio da espada positivista que “unificou” a nação.

Para retratar essa continuidade, Carvalho (2022, pg. 39) afirma que “os brasileiros tornados cidadãos pela Constituição eram as mesmas pessoas que tinham vivido os três séculos de colonização nas condições” de não cidadãos.

Como antecipou Joaquim Nabuco (2015), em termos de exclusão social e política, as consequências da escravidão seriam duradouras. Para exemplificar:

Até hoje essa população ocupa posição inferior em todos os indicadores de qualidade de vida. É a parcela menos educada da população, com os empregos menos qualificados, ou menores salários, os piores índices de ascensão social. Nem mesmo o objetivo dos defensores da razão nacional de formar uma população homogênea, sem grandes diferenças sociais foi atingido. A população negra teve que enfrentar sozinha o desafio da ascensão social, e frequentemente precisou fazê-lo por rotas originais, como o esporte, a música e a dança, sobretudo o carnaval, foram os principais canais de ascensão social dos negros até recentemente (CARVALHO, 2023, p. 60)

Na linha do tempo, a escravidão projetou seus efeitos sobre a República nascida “sem povo”, e que ainda se mantém presentes.

O racismo estrutural (ALMEIDA, 2019), por exemplo, é uma das causas e consequências dessas relações instrumentais de exclusão e dominação do trabalhador.

Para contextualizar:

No Brasil, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram a suas fazendas ou fazendas vizinhas para retomar o trabalho por baixo salário. Dezenas de anos após a abolição, os descendentes de escravos ainda viviam nas fazendas, uma vida pouco melhor do que a de seus antepassados escravos. Outros se dirigiam às cidades, como o Rio de Janeiro, onde foram engrossar a grande parcela da população sem emprego fixo. Onde havia dinamismo econômico provocado pela expansão do café como em São Paulo, os novos empregos, tanto na agricultura como na indústria, foram ocupados pelos milhares de imigrantes italianos que o governo atraía para o país. Lá, os ex-escravos foram expulsos ou relegados aos trabalhos mais brutos e mais mal pagos (CARVALHO, 2023, p. 60).

Na mesma linha, recordemos que:

A manutenção da escravatura no Brasil durante a maior parte do século passado produziu imenso atraso sócio-econômico, que singularizou o País na América Latina até mesmo depois do século XX. E os trabalhadores brasileiros pagam até hoje um preço pesado pelas profundas marcas que a escravatura deixou na cultura e no relacionamento social, sobretudo sob a forma de um racismo pertinaz, que, nem por ser em geral inconfessado, é menos efetivo (SINGER, 1988, p.50).

No avançar do período republicano, Carvalho (2023) descreve a cidadania operária.

Reconhecendo a escravidão como forte obstáculo social e político, podemos observar que o surgimento da classe operária urbana, formada por imigrantes europeus, permitiu um gradual avanço da cidadania, pois:

Do ponto de vista da cidadania, o movimento operário significou um avanço inegável, sobretudo no que se refere aos direitos civis. O movimento lutava por direitos básicos, como o de organizar-se, de manifestar-se, de escolher o trabalho, de fazer greve. Os operários lutaram também por uma legislação trabalhista que regulasse o horário de trabalho, o descanso semanal, as férias, e por direitos sociais como o seguro de acidentes de trabalho e aposentadoria. No que se refere aos direitos políticos, deu-se algo contraditório. Os setores operários menos

agressivos, mais próximos do governo, chamados na época de “amarelos”, eram os que mais votavam, embora o fizessem dentro de um espírito clientelista (CARVALHO, 2023, p. 60)

Nesse contexto, “os principais obstáculos à cidadania, sobretudo civil, eram a escravidão e a grande propriedade rural” (CARVALHO, 2023, p. 65).

No entanto, o surgimento de uma classe operária urbana significou a formação de cidadãos mais ativos?

Analisando a composição inicial da classe operária, Carvalho (2023, pg. 66) destaca que na cidade do Rio de Janeiro predominava a classe operária negra, ao passo que em São Paulo predominavam os imigrantes europeus. Em razão disso, ele identificou comportamentos diferentes nas duas cidades. No Rio de Janeiro, por exemplo, os operários do Estado e das empresas públicas mantinham ligações com o governo. No setor não governamental, havia mais independência política. No setor portuário, havia mais diálogos com os patrões, mais organização e mais independência.

Além de questões internas, a classe operária em formação “tinha que enfrentar a repressão comandada por patrões e pelo governo” (CARVALHO, 2023, p. 67).

Pensando a cidadania como atributo para relações não instrumentais, importa destacar que:

Do ponto de vista da cidadania, o movimento operário significou um avanço inegável, sobretudo no que se refere aos direitos civis. O movimento lutava por direitos básicos, como o de organizar-se, de manifestar-se, de escolher o trabalho, de fazer greve. Os operários lutaram também por uma legislação trabalhista que regulasse o horário de trabalho, o descanso semanal, as férias, e por direitos sociais como o seguro acidente de trabalho e aposentadoria (CARVALHO, 2023, p. 67)

Não se pode negar a permanência de relações instrumentais, subordinadas aos interesses estatais, tal como praticadas pelos setores operários mais ligados ao governo, os chamados “amarelos”, que atuavam com espírito clientelista, como destaca Carvalho (2023, p. 67).

Anarquistas, “amarelos”, socialistas, dentre outros, compunham o quadro do operariado nacional em formação. Cada qual

com sua visão de mundo e métodos de ação, de reivindicação, de luta, de resistência e até de revolução social.

Em verdade, nessa fase inicial do operariado nacional, “o governo pouco cogitava de legislação trabalhista e de proteção ao trabalhador. Houve mesmo retrocesso na legislação” (CARVALHO, 2023, p. 69).

Destaque-se que, na fase inicial da República brasileira (1891), predominava a visão liberal e a não interferência do Estado nas relações de trabalho.

Se de um lado, a interferência estatal gerou relações instrumentais de controle da classe operária; por outro lado, justifica-se a interferência estatal para equilibrar, no plano jurídico, a assimetria natural nas relações entre capital e trabalho, promovendo a proteção social do trabalhador.

Em termos de aprimoramento, o reconhecimento e a legitimação dos sindicatos como representantes dos operários abriram o caminho para relações trabalhistas menos instrumentalizadas.

Como destacou Carvalho (2023, pg. 70), o ingresso do Brasil na OIT em 1919 permitiu o avanço da legislação trabalhista. Com isso, emergiram as relações tripartites entre governo, patrões e empregados, ampliando os espaços para soluções negociadas entre sujeitos coletivos de direitos (sindicatos patronais e sindicatos dos empregados).

Por outro lado, no campo, predominava a relação instrumental e de dominação dos “coronéis”, típicas do patriarcalismo brasileiro. A saber:

A dominação exercida pelos coronéis incluía esses aspectos paternalistas que lhe davam alguma legitimidade. Por mais desigual que fosse a relação entre coronel e trabalhador existia um mínimo de reciprocidade. Em troca do trabalho e da lealdade, o trabalhador recebia proteção contra a polícia e a assistência em momentos de necessidade. Havia um entendimento implícito a respeito dessas obrigações mútuas. Esse lado das relações mascarava a exploração do trabalhador e ajuda a explicar a durabilidade do poder dos coronéis (CARVALHO, 2023, p. 71)

Com base na escravidão e no movimento operário embrionário, faltava organização política e uma opinião pública, sobretudo

na classe trabalhadora. Prevalecia, no Brasil de 1881 a 1925, o cidadão negativo, nas palavras de Carvalho (2023, p. 72), ou a figura do subcidadão (NEVES, 1994).

Em que pese a fragilidade cívica em formação, Carvalho (2023, p. 93) destaca que a partir de 1930 ocorreram avanços sociais, sendo criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Não obstante, prevalecia o poder das oligarquias regionais, que o exerciam com base em relações de dominação instrumental. Nesse aspecto, o aparato estatal era utilizado como instrumento de poder e não como instrumento de emancipação do trabalhador.

Para ilustrar, vejamos:

Um dos aspectos do autoritarismo estado-novista revelou-se no esforço de organizar patrões e operários por meio de uma versão local do corporativismo. Empregados e patrões eram obrigados a filiar-se a sindicatos colocados sob o controle do governo. Tudo se passava dentro de uma visão que rejeitava o conflito social e insistia na cooperação entre trabalhadores e patrões, supervisionada pelo Estado. Complementando este arranjo, o governo criou órgãos técnicos para substituir o Congresso. Desses órgãos participavam representantes dos empresários e especialistas do próprio governo. A política era eliminada, tudo se discutia como se tratasse de assunto puramente técnico, a ser decidido por especialistas (CARVALHO, 2023, p. 116).

Esta é uma leitura histórica que descreve um quadro social, econômico e político muito grave. Numa perspectiva foucaultiana, o governo reduzia os trabalhadores a corpos dóceis, manipulando sua existência por uma lógica tecnicista e instrumental. Numa perspectiva positivista, a razão instrumental da técnica prevalecia sobre as questões sociais. Por outro lado, numa perspectiva habermasiana, a eliminação da política anulava a cidadania laboral, pela exclusão direta dos trabalhadores e pela exclusão indireta, uma vez que o Congresso Nacional não participava e não deliberava sobre as decisões técnicas do governo.

Já em 1943, surge a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzida pelo Estado Novo de Getúlio Vargas. Ela surge por força e vontade instrumental do Estado varguista. Em que pese consolidar leis trabalhistas, era despida da participação popular; logo não contribuiu para o “desenvolvimento de uma cidadania ativa” (CARVALHO, 2023, p. 116).

Naquele ambiente político, a CLT foi redigida ora com viés contratual-liberal, ora com viés estatal-intervencionista. Um paradoxo vigente até os dias atuais, sobretudo com a Lei n. 13.467/2017, um dos mais ousados projetos liberais que introduziu a Reforma trabalhista, cujo propósito foi a desregulamentação, a flexibilização e a precarização de direitos sociais dos trabalhadores.

A partir de Carvalho (2023), intuímos que o positivismo “brasileiro” tratou a questão social dos trabalhadores com paternalismo, que ao invés de emancipar o trabalhador e ativar sua cidadania, estabeleceu uma forma de proteção e de menoridade cívica, atrelando a questão trabalhista à razão instrumental do Estado, baseada sobretudo em doutrina econômica liberal.

Para contextualizar:

O positivismo afastava-se das correntes socialistas ao enfatizar a cooperação entre trabalhadores e patrões e ao buscar a solução pacífica dos conflitos. Ambos deviam agir de acordo com o interesse da sociedade, que era superior aos seus. Os operários deviam respeitar os patrões, os patrões deviam tratar bem os operários. Os positivistas ortodoxos brasileiros seguiram ao pé da letra essa orientação (CARVALHO, 2023, p. 117)

Como indicativo da razão instrumental nas relações trabalhistas, vejamos o papel do Estado brasileiro na década de 30:

As relações entre capital e trabalho deveriam ser harmônicas, e cabia ao Estado garantir a harmonia, exercendo papel de regulação e arbitramento. A organização sindical deveria ser o instrumento da harmonia. O sindicato não deveria ser um órgão de representação dos interesses dos operários e patrões, mas de cooperação entre as duas classes e o Estado (CARVALHO, 2023, p. 121).

A relação instrumental, imposta pelo Estado Novo, reduzia e ou neutralizava o elemento central da cidadania: o diálogo social entre empregados, empregadores e o Estado. Como identificado por Paul Singer (1988, p. 73), o Estado paternalista ampliava sua interferência, à medida que impunha a menoridade política dos trabalhadores.

No contexto deste ensaio, prevalecia a razão instrumental sobre a razão comunicativa de viés habermasiano.

Em Carvalho (2023, p. 121), encontramos outros exemplos da razão instrumental do Estado, dentre elas: sindicato com personalidade jurídica pública; sindicado como “órgão consultivo e técnico”, ao invés de representante dos interesses da categoria profissional, e a unicidade sindical que inibe a eleição, pelos trabalhadores, do sindicato mais representativo da categoria profissional.

Importante realçar que “os sindicatos funcionavam sob estrita vigilância, podendo o governo intervir caso suspeitasse de alguma irregularidade” (CARVALHO, 2023, p. 122).

Registre-se que a irregularidade identificada pelo governo poderia ser mais uma forma de uso instrumental da burocracia estatal. Por este mecanismo, interessaria vergar os sindicatos aos interesses governamentais, exercendo uma forma de patulhamento ideológico dos trabalhadores.

Acrescentemos agora a figura do pelego sindical, “funcionário que procurava beneficiar-se do sistema, bajulando o governo e o empregador e negligenciando a defesa dos interesses de classe” (CARVALHO, 2023, p. 128).

A junção de um sistema sindical único, da Justiça do Trabalho, composta por juízes classistas, oriundos dos sindicatos dos empregados e dos empregadores, formava, nas palavras de Carvalho (2023, p. 128), um “viveiro de pelegos”, no qual esses trabalhadores atuavam como “aliados do governo e dos empregadores, de quem recebiam favores”.

Em termo de cidadania:

O governo invertera a ordem de surgimento dos direitos descrita por Marshall, introduzira o direito social, antes da expansão dos direitos políticos. Os trabalhadores foram incorporados à sociedade por virtude das leis sociais e não de sua ação sindical e política independente (CARVALHO, 2023, p. 130)

Portanto, o uso da razão instrumental pelo Governo Vargas, antecipando os direitos sociais, fez com que:

os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca da qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora (CARVALHO, 2023, p. 132).

A situação coletiva e individual dos trabalhadores, no Estado Novo, dava seguimento ao uso instrumental da pessoa humana, despojada de esclarecimento sobre direitos fundamentais, desde a escravidão, e que persiste ainda hoje.

Oportuno dizer que:

Esclarecimento [<Aufklärung>] é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem (KANT, 1985, p. 100).

Considerando a base escravocrata da classe trabalhadora brasileira, a força da chibata, o fio da espada imperial e republicana, o sistema jurídico e judiciário, a ação governamental e os vícios do sindicalismo atrelado ao Estado, a menoridade do trabalhador brasileiro, na lição de Kant, não decorre da culpa, nem da ausência de coragem, mas dessa razão instrumental, simbolicamente estruturada, que lhe obsta o entendimento.

Daí, podemos intuir a força deletéria da razão instrumental das elites brasileiras na formação incipiente, retardatária, ou até mesmo deformação da cidadania laboral.

Numa estrutura social patriarcal, paternalista, militarizada, burocrática e discriminadora “é difícil portanto para um homem em particular desvencilhar-se da menoridade que para ele se tornou quase uma natureza” (KANT, 1985, p. 102).

O homem, nessas condições sociais, chega mesmo:

a criar amor a ela, sendo por ora realmente incapaz de utilizar seu próprio entendimento, porque nunca o deixaram fazer a tentativa de assim proceder. Preceitos, fórmulas, estes instrumentos mecânicos do uso racional, ou antes do abuso, de seus dons naturais, são os grilhões de uma perpétua menoridade. Quem deles se livrasse só seria capaz de dar um salto inseguro sobre o mais estreito fosso, porque não está habituado a este movimento livre. Por isso são muito poucos aqueles que conseguiram, pela transformação do próprio espírito, emergir da menoridade e empreender então uma marcha segura (KANT, 1985, p. 102).

A descrição histórica que apresentamos demonstra o acerto de Kant, uma vez que o trabalhador brasileiro, a partir da escravidão, não estava habituado ao movimento livre de reflexão e de transformação do próprio espírito.

Na escravidão, o trabalhador fora alienado como propriedade de outrem; e, no capitalismo, sua força de trabalho tem sido alienada como mercadoria, insumo da produção. Por conseguinte, historicamente, faltam-lhe as condições para sair da menoridade, ainda mais quando sobre ele atua a razão instrumental das elites brasileiras, manipulando a burocracia estatal e o sistema normativo.

Realçando o papel do Estado, como óbice ao esclarecimento laboral, podemos afirmar que:

Para muitas profissões que se exercem no interesse da comunidade, é necessário certo mecanismo, em virtude do qual alguns membros da comunidade devem comportar-se de modo exclusivamente passivo para serem conduzidos pelo governo, mediante uma unanimidade artificial, para finalidades públicas, ou pelo menos devem ser contidos para não destruir essa finalidade (KANT, 1985, p. 104).

Esse comportamento diretor (Estado e empresas) e subordinado (funcionários estatais e empregados privados), na estrutura governamental ou empresarial, pode ter alguma razão de ser, dentro dos limites funcionais da burocracia estatal ou da gestão empresarial.

O problema se agrava quando esse comportamento passivo, subordinado e, por vezes servil, excede os limites de uma relação jurídica profissional para introjetar no trabalhador uma passividade tal que inibia sua busca pelo entendimento e pelo esclarecimento refletido; o que supomos não deveria ocorrer numa esfera privada e pública livre de coerções abusivas.

O esclarecimento kantiano e a esfera pública habermasiana, calcada na ação comunicativa e na ética do discurso, não encontram solo fértil numa sociedade não dialógica, na qual o trabalhador está submetido à diversas formas de silenciamento cívico ou de menoridade imposta.

Assim, aos trancos e barrancos, a construção de uma cidadania laboral desafia as estruturas de dominação, agora forjadas sobre um sistema capitalista que se apodera cada vez

mais da força do trabalho humano e do seu tempo existencial, agravada pela tecnologia informacional, pelo uso dos aplicativos, pelo teletrabalho e pela conexão permanente.

De período Vargas até a Constituição de 88, o cenário não mudou drasticamente; o que permite um salto temporal para verificar que o nascimento da Constituição de 88, analítica e robusta em direitos sociais, não modificou substancialmente a realidade do trabalhador brasileiro, em sua maioria com baixa escolaridade e sem as ferramentas cognitivas que lhe permita a busca pelo entendimento.

Um exemplo disso foi a Reforma Trabalhista, que flexibilizou, desregulamentou e precarizou as condições sociais dos trabalhadores. A Reforma Trabalhista ainda inseriu a figura do negociado sobre o legislado, permitindo a exploração do trabalhador, mediante negociações coletivas com sindicatos cada vez mais fragilizados, sem representatividade adequada, com baixa sindicalização, sem capacidade de mobilização, e, portanto, sem capacidade negocial plena.

2 RAZÃO COMUNICATIVA E ESFERA PÚBLICA

Nesse ensaio, observamos que, no Brasil, os direitos sociais dos trabalhadores têm assento constitucional. Em razão disto, procuramos analisar o uso da razão instrumental nas relações de trabalho e os efeitos na formação da cidadania laboral.

A questão transcende o mundo do trabalho, pois repercute até mesmo na participação política dos trabalhadores.

Neste aspecto, a cidadania laboral integra a esfera pública que “não constitui uma estrutura normativa” (HABERMAS, 2003, p. 92).

Considerando a especificidade das relações de trabalho, no sistema de produção capitalista, a esfera pública constitui:

uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 2003, p. 92).

Em termos de participação política, a organização dos trabalhadores, a partir do meio ambiente laboral, deliberações profissionais em assembleias sindicais, negociações coletivas com os empregadores, participação em colegiados tripartites (governo, empregadores e empregados) forma essa rede de comunicações de conteúdos e de tomada de posições.

Esse fluxo de comunicação, condensando opiniões públicas a partir de temas laborais específicos, conecta os grandes temas existenciais que, partindo do mundo da vida, projetam *in puts* no sistema político, que, por sua vez, produz normas jurídicas que afetam a vida dos trabalhadores.

Na esfera pública laboral, nos sindicatos, nas empresas, colegiados governamentais etc., os trabalhadores tendem a participar de “processos de formação de opinião” (HABERMAS, 2003, p. 93).

Em casos de negociação coletiva, precedidas ou não de greve, as manifestações dos trabalhadores:

São escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição pró ou contra; as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas. Tais opiniões enfeixadas são transformadas em opinião pública através do modo como surgem e através do amplo assentimento de que “gozam” (HABERMAS, 2003, p. 94).

Em espaços públicos dessa natureza circulam mensagens que devem assegurar, a princípio, “uma inclusão suficiente dos participantes” (HABERMAS, 2003, p. 94).

Essa participação tem um efeito pedagógico e expansionista, pois o hábito da deliberação e tomada de posição coletiva e consensual projeta efeitos em outras esferas sociais das quais participa o trabalhador.

Em termos de participação política, podemos considerar que:

Na esfera pública luta-se por influência, pois ela se forma nessa esfera. Nessa luta não se aplica somente a influência política já adquirida (de funcionários comprovados, de partidos estabelecidos ou de grupos conhecidos, tais como Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também o prestígio de grupos de pessoas e de especialistas (por exemplo, a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas,

a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, do *showbusiness*, etc. (HABERMAS, 2003, p. 96).

Na interação social, da qual participam os trabalhadores:

Há uma união pessoal entre os *cidadãos do Estado*, enquanto titulares da esfera pública política, e os membros da sociedade, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes do fisco e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito etc. – eles estão expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação (HABERMAS, 2003, p. 98).

Como destaca Habermas (2003, p. 98), há um engate entre os canais de comunicação (esfera privada e esfera pública), formando uma densa rede de interações (família, círculo de amigos, colegas de trabalho etc.).

Por esta razão, a cidadania laboral decorre de um tipo especial de interação simples que pode ser ampliada, tal como dito por Habermas (2003, p. 98).

Em termos normativos, a Constituição de 1988 projetou uma esfera pública com base nos direitos fundamentais, destacando a liberdade de opinião e de associação. Essa estrutura normativa privilegia a atuação sindical e o direito de associação dos trabalhadores.

Desse modo, trabalhadores concernidos em associações e sindicatos tendem a projetar suas opiniões e pretensões tematizadas para a esfera política, consolidando a cidadania laboral.

Em sentido contrário, como já destacamos, o Estado Novo, paternalista e intervencionista, inibia/neutralizava a capacidade política e a ação comunicativa dos trabalhadores. A respeito, podemos considerar que:

O nexo estreito entre cidadania autônoma e esfera privada intacta revela-se claramente, quando a compararmos com sociedades totalitárias onde existe o socialismo de Estado. Nelas, um Estado pan-óptico controla diretamente a base privada dessa esfera pública. Intervenções administrativas e supervisão constante desintegram a estrutura comunicativa do dia-a-dia na família, na escola, na comuna e na vizinhança. A destruição de condições solidárias e a quebra da iniciativa e da independência em domínios que se caracterizam pela super-regulação e pela inse-

gurança jurídica, implicam o aniquilamento de grupos sociais, de associações e de redes, a dissolução de identidades sociais através de doutrinação, bem como o sufoco da comunicação pública espontânea. A racionalidade comunicativa é destruída, tanto nos contextos públicos de entendimento, como nos privados. E quanto mais se prejudica a força socializadora do agir comunicativo, sufocando a fagulha da liberdade comunicativa nos domínios da vida privada, tanto mais fácil se torna formar uma massa de atores isolados e alienados entre si, fiscalizáveis e mobilizáveis plebiscitariamente (HABERMAS, 2003, p. 102).

Com Habermas (2003, p 102), é certo dizer que “as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações”, tal como ocorreu no Brasil no período de 2018 à 2022, e na tentativa de golpe de estado em 08 de janeiro de 2023.

Em razão disso, a cidadania ampla decorre da junção de várias esferas privadas de cidadania, tal como a cidadania laboral, formando o engate comunicativo habermasiano.

No campo da ação social não institucionalizada, somente a densidade da opinião pública, como resultante das opiniões públicas tematizadas em espaços comunicativos específicos, é que pode exercer o poder de influência necessário e suficiente para limitar, atenuar ou neutralizar “as barreiras e as estruturas de poder que surgem no interior da esfera pública” (HABERMAS, 2003, p. 106).

Como vimos em Habermas (2003, p. 107), “a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções”.

Ainda com Habermas (2003, p. 107), percebemos que as relações entre as diversas esfera públicas parciais são porosas e abertas cognitivamente a formas dialógicas de resolução de conflitos, especialmente na esfera pública laboral, onde prevalecem os princípios da negociação e da conciliação.

No plano normativo, a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho preveem espaços e formas dialógicas para a resolução de conflitos, a saber: liberdade sindical; a não interferência e a não intervenção estatal nos sindicatos; legitimidade ativa dos sindicatos para defender direitos e interesses

coletivos ou individuais da categoria, seja na via judicial, seja na via administrativa; liberdade de associação sindical; participação obrigatória de sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados públicos nos quais ocorram discussão e deliberação sobre interesses profissionais ou previdenciários; entendimento direto entre trabalhadores e empregadores, mediante eleição de um representante dos trabalhadores; reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho; comissões de conciliação prévia e a possibilidade de acordos extrajudiciais a serem homologados pela Justiça do Trabalho.

Nesse ambiente, supomos haver espaço para o desenvolvimento de uma cidadania laboral esclarecida, através da qual, e pela ação individual e coletiva, os trabalhadores assumam o papel de protagonistas no sistema de produção e no sistema político.

Não obstante, devemos considerar que os sistemas de produção tendem a excluir os trabalhadores do círculo programático de suas ações, bem como dos círculos de gestão e de decisão, alienando os trabalhadores com ações violentas ou com ações diversionistas.

Criticando a razão instrumental, Habermas (2012, p. 631) demonstra que “as sociedades capitalistas avançadas, em situações de crise, são capazes de reagir ao perigo de uma mudança revolucionária com a reconstrução do sistema político e de absorver a resistência dos trabalhadores organizados”.

A partir desta análise, podemos supor que certas concessões aos trabalhadores, como conquistas de direitos, podem, na verdade, encobrir uma razão instrumental para estabilizar o sistema, mediante mutações estruturais e normativas que perpetuam a dominação e a alienação do trabalhador.

Para resistir à razão instrumental das elites dominantes:

caberia ao trabalhador assalariado elevar-se acima de seu papel de objeto, e por que o proletariado como um todo deveria constituir uma consciência com a qual (e sobre a qual) se pudesse concretizar o autodesenvolvimento de uma sociedade fundada sobre a produção de mercadorias (HABERMAS, 2012, p. 633).

Por conseguinte, não interessa ao sistema dominante que o trabalhador entenda sua condição social subalterna:

Exatamente pelo fato de o trabalhador individual estar coagido a separar sua força de trabalho como função de sua personalidade plena, e a objetivá-la como mercadoria, como algo que precisa ser literalmente externado, sua subjetividade esvaziada e transformada de forma abstrata (HABERMAS, 2012, p. 633).

Perpetuando a menoridade cívica, o sistema de dominação, calcado na razão instrumental, não oferece ao trabalhador as condições para entender o seu papel como trabalhador-cidadão.

Dentre outras razões, os agentes que controlam a esfera pública, muitos deles a serviço do capital, traçam estratégias jurídicas e operacionais que inibem a formação de uma classe trabalhadora esclarecida e, por conseguinte, emancipada.

Tendo em conta a razão instrumental e o papel dos trabalhadores na dinâmica social, podemos evocar um outro contexto histórico:

Os nazistas manipularam os desejos reprimidos do povo alemão. Quando os nazistas e as forças industriais e militares que lhes davam retaguarda lançaram seu movimento, precisaram conquistar as massas, cujos interesses materiais não eram os deles. Apelaram às classes desfavorecidas, condenadas mediante o desenvolvimento industrial, ou seja, exauridas as técnicas da produção de massa. Aqui, entre camponeses, artesãos de classe média, comerciantes de varejo, donas de casa e pequenos empresários, podiam ser encontrados os precursores que lutariam em favor da natureza reprimida, as vítimas da razão instrumental. Sem o apoio desses grupos, os nazistas jamais teriam podido tomar o poder (HABERMAS, 2012, p. 635).

No contexto brasileiro atual, observamos como os trabalhadores em particular estão sujeitos à manipulação política, figurando como vítimas da razão instrumental, assumindo como seus os interesses de uma elite dominante.

Integrado no sistema capitalista, o trabalhador “desposuído” de subjetividade (esclarecimento) e reduzido à condição de mercadoria ou insumo da produção, aliena-se e é alienado por forças cada vez mais fluídas. É “forçado”, a título de lazer ou de informação rápida, agradável e acessível, a alienar o seu tempo (livre ou até mesmo de trabalho), sem dar-se conta de

que sobre ele atua uma nova razão instrumental, uma tática de disciplinamento e arregimentação cada vez mais dispersa nas redes sociais, forma atual de controle e dominação das massas.

Quando Habermas (2012, p. 640) analisa a razão instrumental, especificamente na comunicação das massas, ele identifica que o “capitalismo intensifica as forças produtivas e ao mesmo tempo abrandando as forças de resistência subjetiva”.

Ao equiparar os seres humanos, pela via da comunicação direta nas redes sociais, por exemplo, dá-se o efeito alienante do ser: isolamento social. Socializado pelas redes, o indivíduo se vê isolado e cada vez mais distante do solidarismo social. Nessa esfera pública digital, a razão instrumental enfraquece a resistência subjetiva com sua dominação simbólica.

Nesse aspecto:

O pensamento identitário, que no início havia sido ampliado até tornar-se razão instrumental, amplia-se novamente para tornar-se agora uma lógica do domínio exercido sobre coisas e pessoas (HABERMAS, 2012, p. 653).

Importante registrar que:

A razão instrumental é uma razão “subjetiva” também no sentido de que ela dá expressão às relações entre sujeito e objeto sob a perspectiva do sujeito que conhece e age, e não do objeto que foi percebido e manipulado. Por isso, ela não coloca à disposição instrumentos explicativos que possam esclarecer o que significa afinal a instrumentalização de relações sociais e intrapsíquicas *sob a perspectiva de contextos vitais violados e deformados* (HABERMAS, 2012, p. 670).

Em termos de relações trabalhistas, o empregador detém o poder diretivo, que lhe permite instrumentalizar a relação de emprego, otimizar resultados, reduzir custos operacionais e obstar a progressão social dos trabalhadores.

No plano judiciário, as ações trabalhistas revelam que, na maioria dos casos, os trabalhadores reclamam direitos sociais após anos de trabalho, sem acesso aos instrumentos explicativos a respeito desses direitos e de como exercê-los no tempo devido.

Premidos pelas necessidades existenciais, restam subjugados em relações de empregos que se desenvolvem em “contextos vitais violados e deformados”, como sugere Habermas (2012).

Como alternativa e com Habermas (2012), pensamos que a mudança estrutural na esfera pública deve incorporar as pretensões de pertencimento e de inclusão social dos trabalhadores, atenuando as razões instrumentais e dinamizando a cidadania laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando relatos históricos e reflexões filosóficas, procuramos identificar óbices que impedem o acesso do trabalhador aos instrumentos explicativos que lhe permitam entender a instrumentalização das relações sociais, sobretudo das relações de produção.

A partir de uma estrutura escravocrata e da formação de um Estado centralizador e intervencionista, identificamos um modelo capitalista excludente que dificulta, quando não anula, a participação política e a formação de uma classe trabalhadora com poder de negociação e de influência.

Com Nancy Frazer (2018), podemos dizer que o modelo capitalista brasileiro, erigido sobre o resíduo social e cultural do sistema de produção escravagista, gera crises e contradições, sobretudo quando instrumentaliza o poder público a serviço do “mercado” e das elites nacionais e estrangeiras.

Essa razão instrumental, que desde o modelo colonial reduziu a capacidade de esclarecimento do trabalhador brasileiro, pretende, nos dias de hoje, desprogramar um sistema de proteção, precedido pelo bem-estar-social do pós-Segunda Guerra Mundial e adotado pela Constituição federal de 1988.

Numa palavra, a instrumentalidade racional objetiva um novo *laissez faire*, para o qual é necessário manter alienado um contingente expressivo da classe trabalhadora, que presta serviços sem entender as bases da exploração na qual está inserida.

Com esse propósito, alinham-se as pautas conservadoras e reacionárias de um lado e as pautas liberalizantes de outro, alienando cada vez mais os trabalhadores que, premidos pelo

desemprego e baixos salários, priorizam suas necessidades existenciais, uma vez que a política supostamente no põe comida na mesa do trabalhador.

Em linhas gerais, o ensaio procurou revelar que a razão instrumental do Estado, ditada pela razão instrumental do mercado, são óbices de entendimento e de emancipação dos trabalhadores, alienados de sua importância como atores participantes no sistema de produção e no sistema político nacional.

Esse papel social dos trabalhadores leva-nos a considerar a razão comunicativa como instrumento de participação na esfera pública. Através da razão comunicativa, o trabalhador pode desenvolver sua cidadania e participar ativamente das estruturas políticas que ditam até mesmo as regras trabalhistas que sobre ele incidem.

No sistema social brasileiro, o “mercado” infiltra seus prepos- tos na alta burocracia estatal, enquanto os trabalhadores ficam alijados do jogo político, premidos pela necessidade existencial e precarização da vida nas periferias: novas “senzalas urbanas”.

Num plano geral, tanto nas economias periféricas como nas economias centrais do capitalismo, os trabalhadores sofrem retrocessos importantes, como ocorreu no Brasil com as reformas da previdência e a trabalhista e com a reforma da previdência em França.

Por conseguinte, importa destacar a necessidade de ampliar a consciência da classe trabalhadora quanto ao seu papel de ator político central no sistema capitalista e na democracia constitucional.

Não obstante, essa consciência individual e coletiva coloca em risco o papel que o sistema capitalista destina aos trabalhadores: reprodução social da força de trabalho com base no mínimo existencial.

Deslocando a questão para a atuação do Estado, observamos que “a acumulação de capital é inconcebível na ausência de uma estrutura jurídica que sustente a empresa privada e a troca no mercado” (FRASER, 2018, p. 157).

Portanto, o “mercado” depende dos poderes públicos como garantidor do sistema de produção, evidenciando ações ambíguas que visam manter os trabalhadores como classe social subalterna, tal como restou demonstrado no período varguista, quando a

“proteção social” dos trabalhadores funcionou como instrumento de alienação política, atrelada a um sistema de exploração enraizado na escravidão

Mesmo após a Constituição de 1988, é possível afirmar que:

arranjos eleitorais inclusivos podem servir como uma força estabilizadora em tempos de normalidade, assegurando a lealdade das massas ao sistema, alertando as elites da necessidade de reforma e propelindo esforços para disciplinar o capital para o próprio bem dele (FRASER, 2018, p 158).

É nesse contexto, que a razão instrumental aparentemente cede espaços em negociações diretas com a classe trabalhadora ou negociações indiretas na esfera pública estatal. Encena promover a progressão social dos trabalhadores, quando na verdade ganha tempo para reorganizar o sistema de produção, de exploração e de alienação dos trabalhadores.

Como exemplo, no Brasil, a Reforma Trabalhista provocou a flexibilização e a desregulamentação de direitos trabalhistas, bem como a prevalência do negociado sobre o legislado.

Em tal contexto, sindicatos fragilizados e sem representatividade autêntica sucumbiram às negociações assimétricas com empresas que, desde então, reduzem direitos sociais, colocando na mesa de negociações temas como dispensa coletiva, desemprego estrutural e reengenharia de produção (uberização, pejotização e precarização).

Usando as crises como argumento e tática instrumental, o “mercado”, por meio dos seus prepostos infiltrados na burocracia estatal, vem dirigindo as pautas no cenário político, aprovando leis flexíveis em flagrante retrocesso social e sem a participação dos trabalhadores.

O contexto atual revela uma tendência de enfraquecimento dos trabalhadores em sua dimensão coletiva (ação sindical) e individual (contrato de emprego).

O itinerário, percorrido até aqui, procurou revelar que a razão instrumental vem atuando fortemente no processo de alienação dos trabalhadores e de manutenção de sua menoridade política.

Revela, porém, uma esperança. Com Habermas (2012), podemos dizer que a conscientização política dos trabalhadores

pode ativar ainda mais a razão comunicativa e sua participação na esfera pública.

O trabalhador esclarecido tende a agir como intérprete do “mundo da vida simbolicamente estruturado” (HABERMAS, 2012, p. 684).

Desse modo, há expectativa quanto à superação da “razão instrumental asselvajada” por ‘uma socialização por via comunicativa’ (HABERMAS, 2012, p. 685).

Deslocando o trabalhador da condição social de homem-objeto ou de homem-mercadoria para a condição social de homem-sujeito ou trabalhador-cidadão, podemos introduzir a razão comunicativa como elemento de emancipação individual e coletiva, como também um fator de estabilização do sistema de produção e do sistema político.

Ao cabo dessas reflexões, podemos concluir que a força do trabalho se expande para além das relações de produção. Se o trabalho envolve a existência humana; na mesma medida repercute na dimensão política, seja pela alienação instrumentalizada, seja pelo esclarecimento com base na ação comunicativa.

Resta saber se alcançamos ou alcançaremos, no plano individual e coletivo, um estágio tal de esclarecimento que nos permita integrar o trabalhador como sujeito de direitos, pela razão comunicativa, e não como mercadoria e/ou insumo da produção, como vítima da razão instrumental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Jandaíra, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 15 jan. 2024, 20:07.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 15 jan. 2024, 20:11.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 28. ed. ampl. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro político brasileiro*. 3. ed., rev. São Paulo: Globo, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRASER, N., & Sousa Filho, J. I. R. de. (2018). *Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado*. *Cadernos De Filosofia Alemã: Crítica E Modernidade*, 23(2), 153-188. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v23i2p153-188>

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade II*; tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*; tradução de Paulo Astor Soethe; rev. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *Textos seletos*; tradução de Raimundo Vier e Floriano de Souza Fernandes. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

NABUCO, Joaquim. *Minha formação*. Introdução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

SINGER, Paul. *A formação da classe operária*. São Paulo: Atual; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1988.



DESAFIOS PARA A REDE TRANSLABORAL NOS DIREITOS INDÍGENAS COMO FERRAMENTA PARA COMPENSAÇÃO SIMÉTRICA NAS DEMANDAS TRABALHISTAS.

Renata Vieira Meda

Universidade Estadual de Londrina, Prof^ª. Dpto de
Direito Público; Londrina, Brasil; e Universidade
Veiga de Almeida, Prof^ª do Curso de Direito da UVA,
Rio de Janeiro, Brasil, renatameda@uel.br

Lourival José de Oliveira

Universidade Estadual de Londrina, Prof^º. Dpto
de Direito Público e Pós-Graduação Estrito Sensu
(Mestrado e Doutorado) em Direito Negocial da UEL,
Londrina, BR, lourival.oliveira40@hotmail.com

RESUMO: Partindo-se da Convenção 169 da OIT que respingou na internalização dos direitos coletivos indígenas reconhecidos no texto constitucional, povos indígenas em vias de integração, insurgem-se em demandas trabalhistas pretendendo a aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos coletivos em face dos direitos individuais. No cenário contemporâneo, com a ausência gradual do Estado, a luta dos movimentos indígenas pelo reconhecimento dos direitos não hegemônicos tem gerado um corpo de ação que em torno de sua relação com os movimentos transnacionais, busca por obter reconhecimento como sujeito de direitos coletivos em muitos países latinoamericanos. Na rede transnacional, as organizações indígenas partem a gerar acordos políticos em torno de suas demandas em cada país, pela capacidade da política de identidade em mobilizar-se e articular politicamente os sujeitos indígenas locais, ao tempo em que se criam redes transnacionais de apoio com o contexto de globalização. Com o contexto pós-colonial, os movimentos indígenas alcançam as legislações trabalhistas, no entanto, diante da política de identidade deve-se raciocinar no alcance dos direitos coletivos para possibilitar a flexibilização da legislação trabalhista.

Palavras-chave: Convenção 169 da OIT; Povos indígenas; Constituição Federal; Relações de trabalho; rede transnacional.

ABSTRACT: A partir del Convenio 169 de la OIT, que resultó en la internalización de los derechos colectivos indígenas reconocidos en el texto constitucional, los pueblos indígenas en proceso de integración, se alzan en demandas laborales buscando la aplicación por parte del Poder Judicial de los derechos colectivos frente a los derechos individuales. En el escenario contemporáneo, con la paulatina ausencia del Estado, la lucha de los movimientos indígenas por el reconocimiento de derechos no hegemónicos ha generado un cuerpo de acción que, en torno a su relación con los movimientos transnacionales, busca obtener el reconocimiento como sujeto de derechos colectivos. derechos en muchos países latinoamericanos. En la red transnacional, las organizaciones indígenas comienzan a generar acuerdos políticos en torno a sus demandas en cada país, a través de la capacidad de las políticas identitarias para movilizar y articular políticamente a los sujetos indígenas locales, al mismo tiempo que se crean redes de apoyo transnacionales con el contexto de la globalización. En el contexto poscolonial, los movimientos indígenas alcanzan la legislación laboral, sin embargo, frente a las políticas identitarias, hay que razonar sobre el alcance de los derechos colectivos para permitir la flexibilidad de la legislación laboral.

Key-words: Convenio 169 de la OIT; Gente India; Constitución Federal; Relaciones laborales; red transnacional.

INTRODUÇÃO

No momento de estruturação da sociedade brasileira, a questão racial da miscigenação foi considerada, sendo distribuída na hierarquia dos vértices de uma estrutura piramidal, em que os índios puros, não-aculturados, estariam localizados na base; no meio estariam os decorrentes da miscigenação, provindo das misturas de índios com brancos ou com negros, que compreendia a assimilação/aculturação dos índios; o ápice, sob o domínio da raça branca pura, os colonizadores.

O tema da modernidade ocidental manifesta-se com a concepção própria de convivência entre os seres humanos e destes com a natureza, a qual vai pautar as normas pelas quais ocorrem as relações sociais no âmbito político, que determina os limites da convivência à unidade de medida do ser humano, universalizando os direitos civis, econômicos e de solidariedade – sendo resultado dos modelos coloniais, como é o caso do modelo patriarcal do Brasil Colônia.

A relevância social do modelo colonial reduziu-nos à unidade de medida do cidadão como indivíduo, naturalizando a universalização da deliberação democrática como único - o que trouxe uma maior preocupação a respeito da diversidade de formas de deliberação democrática, particularmente, no que diz respeito ao reconhecimento de um novo direito, direitos dos povos indígenas, que não rara vezes se formou em sistema que não admite concorrência e por isso mesmo privilegia uma única fonte, descartando como não-direito tudo aquilo que não está claramente inserido no sistema.

Dentro da determinação da lógica “nós” e “eles” que pressupõe a relação interétnica decorrente da presença de grupos na descrição das formas de manifestação das identidades étnicas, ou seja, como se percebe o “outro” e como os sujeitos sociais concebem o “nós”, determinam-se valores diferentes, nos quais naturalmente podem indicar um confronto.

No contexto de descolonização e culturalização da constituição brasileira (promulgada com os reflexos dos movimentos que criaram a Convenção 169 da OIT), em que se identifica que o Outro pode estar ao nosso lado, sem deixar de ser Outro, ou

ser o Eu e o Outro ao mesmo tempo, deve-se pensar no acesso diferenciado ao conjunto de direitos universais e não no conjunto de direitos de cidadania diferenciados.

Pensando no acesso diferenciado a direitos universais, parte-se pela necessidade de articular medidas para atender aos novos desafios impostos pelo fenômeno global, considerando que o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano, estando ameaçado e sujeito à críticas visto que os fenômenos novos serão ineficazes se tratados dentro do espaço tradicional.

No contexto contemporâneo, a luta indígena, embora vinculada a luta colonial, contra os projetos políticos globais eurocêtricos, emerge em movimentos indígenas com o apoio do bloco de constitucionalidade da Convenção 169 da OIT, que articula movimentos transnacionais indígenas, a impactar e criar regulamentações legais, mobilizar discursos locais em identidades transfronteiriças, criar processos de solidariedade internacional e instalar na agenda global diferentes temas que desde suas próprias visões de mundo desafiam os discursos, normas e práticas da civilização ocidental.

Buscando a superação da dicotomia nós/eles, sobretudo da dialética amigo/inimigo, e das perspectivas antropológicas, busca-se demonstrar que o movimento indígena transnacional detém capacidade para influenciar a sua constituição subjetiva como sujeitos políticos com uma variedade de temas.

Desse modo, justifica-se que o caso emblemático pretende percorrer as regulamentações legais internacionais para compreender a valoração simétrica de compensação na seara trabalhista, pelo impacto do reconhecimento do direito coletivo transnacional. A demanda judicial trabalhista envolveu como empregado - o professor da etnia macuxi; como empregadores, a entidade de classe e ente público; e o ambiente de trabalho ocorreu na comunidade wapichana, onde estavam presentes pais e filhos.

Insurge-se a percorrer a temática da autonomia dos povos indígenas de forma a manter suas tradições, costumes ou sistemas próprios, aplicando o processo legal insculpido em norma sancionatória como forma de reparação, marcado pelo não Eu-rocentrismo.

O artigo foi fundamentado no método hipotético-indutivo, utilizando-se do método hermenêutico jurídico, por meio de premissas gerais jurídicas que estruturaram o objeto do direito coletivo dos povos indígenas na Constituição como uma premissa indutiva para delimitar a rede transnacional indígena.

1 A PASSAGEM DA CONVENÇÃO 107 PARA A CONVENÇÃO 169 DA OIT

A Organização Internacional do Trabalho - OIT convidou representantes indígenas para participar como observadores na Reunião de Peritos para a realização da revisão da Convenção 107 da OIT que foi substituída pela Convenção 169 da OIT.

O caráter tripartite da OIT acrescentou o elemento de discussão para com os povos indígenas: questões de legitimidade e participação, envolvendo a participação ativa de delegados de empregadores e trabalhadores. O grupo de empregadores assumiu uma posição rígida, juntando-se a posição dos estados mais obstinados a negar qualquer afirmação de direitos indígenas no instrumento revisado, pedindo até mesmo a suspensão do processo de revisão no que tange ao reconhecimento de direitos indígenas. Em contraste com os empregadores, o grupo de trabalhadores desempenhou papel central de apoio às propostas apresentadas pelo grupo indígena, endossando a maioria delas. “Na maioria das vezes, os delegados dos trabalhadores deram total apoio às propostas da bancada indígena” (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005, p. 306) de forma que as propostas apresentadas pelo grupo de trabalhadores era o mesmo procedimento documental do grupo indígena, como participante político da organização.

O consenso normativo, proposto pelo eleitorado tripartite da OIT, sobre o reconhecimento de direitos indígenas, tornou-se o elemento central na consolidação de um corpo de normas internacionais consuetudinárias relativas aos direitos das populações indígenas. A mudança de perspectiva sobre as questões indígenas, abordadas na Convenção 107 para a Convenção 109, foi tratada como a transição derivada da abordagem política para a abordagem de direitos na Convenção como sendo um processo problemático e, em certa medida, inconcluso.

Da perspectiva política, a Convenção 169 pode ser atualmente lida como uma continuação da antiga convenção por outros significados, com exceção a previsões sobre cooperação transfronteiriça, do qual se projetará adiante. Já na perspectiva de direitos, a Convenção 169 poderá e deverá ser propriamente interpretada no sentido que transcende sua própria história e se conecta ao desenvolvimento jurídico e político no âmbito dos direitos humanos em relação aos povos indígenas, e em um diálogo normativo que passa a envolver os próprios povos indígenas, sem deixar de considerar a relação tripartite que promoveu a movimentação da culturalização da Constituição de 1988.

2 OS DESAFIOS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO COLETIVO NO CONTEXTO DA JUSTIÇA TRABALHISTA

Parte-se da premissa a reconhecer os direitos coletivos dos povos indígenas no contexto pós-colonial brasileiro, direitos que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo. Esses direitos se comparam aos direitos nacionais quanto à titularidade, sendo titulares somente os membros da comunidade.

Dentro do sistema, a dificuldade está em aceitar os direitos coletivos, notadamente os pressupostos da legitimidade e da representatividade para a tomada de decisões pelo Poder Judiciário que se torna impotente para reconhecê-los no exercício dos direitos coletivos.

Este tópico visa demonstrar a incompreensão dos tribunais frente a resolução de disputas interétnicas e intraétnicas, para “fazer prevalecer os coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes porque seus poderes, faculdades e direitos estão descritos na lei” (SOUZA FILHO, 2018, p. 81).

Pretendendo atender a aplicação dos direitos coletivos em relações entre etnias, em 17 de abril de 2012, o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região publicou, no Diário Oficial da União, o edital n. 001/2012 que tornou público o Concurso de Provas e Títulos para provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto C-073. O certame insurgiu-se a compreender a valoração jurídica considerada pelos tribunais frente a análises de relações inte-

réticas (relações entre etnias diferentes) e intraéticas (etnias indígenas e a sociedade).

A prova dissertativa teve como cerne um caso gerador referente ao índio de etnia Macuxi, Adalto da Silva, que ajuizou reclamatória trabalhista em face de Associação dos Amigos de Roraima e contra o Município de Pacaraima (RR), sustentando que trabalhou para a primeira ré - Associação, exercendo a função de professor de escola do ensino fundamental de comunidade indígena localizada na região rural do Município de Pacaraima (RR), pelo período de 02/05/2011 a 25/11/2011. A primeira empregadora foi contratada pelo segundo réu - Município, após processo licitatório, para atuar em serviços médicos e educacionais dirigidos à população indígena, residente naquele município.

Durante o período do contrato de trabalho, o empregado indígena Adalto da Silva atuava em regime de confinamento, com 7 dias corridos de folga a cada mês, laborando das 07h às 11h30 e das 13h00 às 15h30. Aduziu que o local de trabalho era de difícil acesso e percebia de remuneração de R\$ 1.000,00 mensais. Suscitou que foi comunicado da dispensa mediante aviso prévio, discriminatória e sem o pagamento das verbas rescisórias. Enfatizou a dispensa discriminatória por parte do empregador, em razão da Associação e Município (Empregadores) atenderem a solicitação dos pais dos alunos indígenas da etnia Wapichana, que não concordavam em ter um professor de etnia Macuxi, lecionando para seus filhos wapichanos.

Alegou o empregado indígena tratar-se de discriminação odiosa, em função de sua etnia, abalando a sua honra e dignidade, pressupondo violação aos artigos 5º, caput e inciso IV artigo 3º, ambos da Constituição Federal de 1988, devendo a Associação e o Município serem condenados a reparar o dano moral infligido com indenização, em quantum que estabeleça verdadeiro efeito pedagógico.

Adalto da Silva, autor indígena, requereu: o reconhecimento da responsabilidade solidária ou subsidiária do Município de Pacaraima (RR) quanto ao pagamento dos créditos trabalhistas e indenização que lhe são devidos; o reconhecimento do vínculo empregatício e declaração de nulidade da rescisão contratual e da dispensa, com a respectiva reintegração ao serviço, com

pagamento dos salários vencidos e vincendos, 13º salários e depósitos do FGTS, com relação ao pedido do afastamento até sua efetiva reintegração; e sucessivamente ao pedido retro de reintegração, que fosse reconhecida a mora patronal do pagamento dos créditos trabalhistas devidos, bem como a condenação da Associação ao pagamento de aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% de todo o período trabalhado; incluindo ainda o pagamento das multas dos artigos 467 e 477 (parágrafo 8º) da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; (iv) pagamento de adicional de confinamento, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, na proporção de 30% sobre o salário pago durante todo o período laboral e respectivos reflexos sobre as verbas rescisórias. Para fins de compensação simétrica entre as etnas, o empregado indígena pleiteou indenização por dano moral, decorrente da dispensa discriminatória, na importância de R\$ 200.000,00. Por fim requereu, a assinatura e baixa na CTPS, com recolhimento previdenciário do período trabalhado, acrescido de juros e correção monetária. Do acesso à justiça, requereu a justiça gratuita e honorários advocatícios na proporção de 15% sobre o valor da condenação. Valor da causa arbitrado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). A primeira proposta conciliatória entre as partes litigantes foi recusada.

A Associação dos Amigos de Roraima apresentou sua defesa, alegando a incidência de carência de ação por legitimidade ad causam, uma vez que inexistia vínculo empregatício entre as partes, de forma que o empregado indígena atuava como professor-voluntário em comunidade indígena, nos termos da Lei n. 9.608/98, e que a alegada remuneração referia-se a uma ajuda de custo. Em seguida, enfatizou ser uma entidade sem fins lucrativos, que admite como incontroversos o período de jornada de trabalho, bem como a atividade desenvolvida, sendo o empregado figurado como voluntário, como tantos outros que buscam colaborar com o sistema de ensino de populações indígenas.

Ainda, a Associação reconheceu que a cessação dos serviços do professor indígena ocorreu devido à exigência dos pais indígenas da etnia Wapichana que não aceitam seus filhos serem ensinados por índios de outra etnia (Macuxi); logo, justificando que deve ser respeitado os processos próprios de aprendizagem

dos índios de etnia Wapichana, nos termos do §2º do artigo 210 da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Quanto aos alegados danos morais, a Associação opôs-se ao pedido de danos morais, alegando que não houve dispensa discriminatória, sendo o valor da indenização desprovida de qualquer razoabilidade. Acrescentou ainda que “não é devedora de qualquer verba trabalhista ao reclamante, ressaltando que os pedidos de adicional de confinamento e honorários advocatícios são desprovidos de amparo legal”. Ao final, a Associação requereu o acolhimento da preliminar e, no mérito, a improcedência de todos os pedidos articulados na inicial.

O Município de Pacaraima (RR), na qualidade de litisconsorte passivo, arguiu sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do processo, justificando que a relação de trabalho foi mantida com a primeira reclamada – Associação dos Amigos de Roraima, entidade vencedora de licitação pública para atuar na prestação de serviços médicos e educacionais dirigidos à comunidade indígena residente no município; sendo assim, não havia o que se falar na possibilidade de condenação solidária ou subsidiária, nos termos da Lei n. 8.666/93, sendo a primeira ré responsável pelo pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários atinentes à execução do contrato de prestação de serviços. Em seguida, defendeu a impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício alegado na inicial, uma vez que o professor indígena não prestou serviço a partir da aprovação em certame público. Propugnou ao final pela rejeição integral de todos os pedidos articulados na inicial.

Considerando o caso emblemático referente a relações interétnicas decorrentes de direitos próprios de indígenas entre etnias distintas, analisa-se o caso emblemático na interface entre a sociologia e o direito, no intuito da compensação simétrica entre as etnias, a partir do reconhecimento da jusdiversidade de cada comunidade indígena.

3 A COMPENSAÇÃO SIMÉTRICA ENTRE AS ETNIAS DISTINTAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Trata-se, em síntese, de pedido de condenação da primeira ré Associação dos Amigos de Roraima e subsidiariamente da segunda

ré – Município de Pacaraíma (RR), na obrigação de pagar a quantia referente a créditos trabalhistas em decorrência do reconhecimento do vínculo empregatício e do termo de rescisão do contrato de trabalho, bem como do pedido de condenação à indenização por danos morais pela dispensa discriminatória motivada pelo cumprimento do direito coletivo, no sentido da jusdiversidade.

O pedido de indenização pela despedida discriminatória requerido pelo professor indígena trata-se de despedida arbitrária pela Associação, ora Reclamados, que decidiram em rescindir o contrato de trabalho com o indígena macuxi, visto que a prestação de serviços de professor da etnia macuxi não poderia ser dada continuidade, tendo em vista que os pais dos alunos indígenas da etnia wapichana não concordavam mais em ter um professor de etnia diferente lecionando para seus filhos.

A premissa da dispensa do empregado pela Associação pode-se justificar pelo atendimento a disposição do art. 215 da CF/1988. Mas se de um lado, a Associação compensou a comunidade indígena wapichana ao rescindir o contrato, por outro lado, não atendeu o direito coletivo do sujeito de direito do professor da etnia macuxi, qual seja, o direito à auto-organização própria da etnia indígena do professor.

Em relação à análise quanto ao pedido de indenização em decorrência da dispensa do professor indígena pelos reclamados, tem-se que a caracterização da discriminação odiosa em função da etnia do empregado, afrontou os preceitos dos arts. 5º caput, e inciso IV do art. 3º da CF/88, sendo o risco do contrato de trabalho a ser suportado pelo empregador(es), ora Associação e Município.

O pedido de compensação requerido envolve o cumprimento ou não de decisão dos pais dos alunos da etnia Wapichana - o próprio local em que o empregado prestava serviços, qual seja, uma etnia indígena distinta da etnia do empregado, que por conservarem a sua identidade étnica e pessoal no convívio com outras etnias e com os não-índios - não concordaram em ter um professor de etnia distinta no aprendizado de seus filhos, sendo o risco da presente atividade econômica a ser assumido pelo empregador (es), não podendo ser transferido para o empregado.

Desse modo, para atender a finalidade da compensação simétrica entre as etnias, busca-se, neste artigo, percorrer a aplicação do direito coletivo que não se amolda às configurações jurídicas formais do direito hegemônico (que, para cumprir a decisão dos pais dos alunos da etnia wapichana, afastaria o direito à indenização do professor indígena macuxi). Contrariamente, o direito não-hegemônico, ou ainda, o estudo da interface entre a sociologia e o direito visam promover o reconhecimento da jusdiversidade.

A prática de discriminação constitui crime, segundo a lei federal 9.029, de 13 de abril de 1995, igualmente na CF/88 que, enquanto Estado democrático e social de direito, tem, dentre outros fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, objetivos fundamentais da República para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sendo que, ao prever as garantias individuais e coletivas fundamentais, dispõe sobre o direito à igualdade.

Com efeito, a Convenção 111 da OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, define a discriminação como (art. 1º) “a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão”; e ainda compreende, “b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão (...)”, “após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados”.

A Convenção 169 da OIT tem grande relevância para enfrentar o embate da discriminação por raça, que “exige adotar medidas especiais para satisfazer as necessidades particulares dos grupos indígenas e outros grupos que são vítimas da discriminação” (Um guia da Convenção 169 da OIT, 2009, p. 159), como por exemplo, subsídios especiais para a educação ou empregos reservados no setor público.

De outra parte, a Constituição reconhece a jusdiversidade como sendo “aos índios sua organização social, costumes, línguas,

crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231), portanto, notadamente, para além de um conflito, existe uma harmonização que parte da premissa de que a classe dos direitos humanos fundamentais previstos na CF/88 consubstancia-se em vetores de influências recíprocas.

Segundo Carlos Maximiliano (2008, p. 105), entre a norma-princípio de proteção dos trabalhadores e a norma princípio de tutela da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, enfim, no direito coletivo de cada etnia indígena cabe ao aplicador adotar “a interdependência metódica”.

No sentido de ceder às tentações de abolir as conquistas minoritárias em benefício próprio, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu art. 34, dispôs que os “povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos”.

Na mesma linha, dispôs o art. 8º da Convenção n.169 da OIT que, “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário” (inc. I) e, ainda, que referidos “povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos” (inciso II), ressaltando, enfim, que “sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio”.

Ao seu turno, urge pontuar a norma inscrita no art.1º da Lei n. 6.001/1973, o Estatuto do Índio, que regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, assinalado no artigo 6º que serão “respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família,

na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”.

Diante do positivismo encartado no ordenamento jurídico proposto pelo monismo estatal, alerta Daniel Sarmento (2014) que diante do embate envolvendo relações intraétnicas, a solução estaria na CF/88 que detém em seu ápice a construção de um constitucionalismo democrático, devendo, por isso, irradiar a sua força normativa para a validade de toda a organização política, administrativa, legislativa ou jurisdicional, e conclui que “além de valorar positivamente o fato de a Constituição ser dotada de supremacia, procura atribuir importância devida às deliberações populares” (SARMENTO, 2014, p. 9).

A resolução da problemática envolvendo indígenas de etnias diferentes e o Estado encontra-se permeada por uma questão de suposto choque cultural, porque as teses jurídicas relacionadas à espécie parecem se desconhecerem do direito dos povos indígenas. Os discursos revelam o desapeço de fazer prevalecer os direitos coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes, porque seus poderes estão positivados na legislação comum, mantendo um padrão ideológico e cultural ao aplicar o direito hegemônico.

Na perspectiva de comprovar o fato constitutivo do direito do professor indígena da etnia Macuxi pela procedência da indenização por danos morais, em razão da violação à jusdiversidade relacionada a sua etnia Macuxi, bem como assegurar a tradição da etnia Wapichana na qual um índio não pode ser alfabetizado por professor de outra etnia senão a Wapichana, há que se reconhecer a o direito interno de cada etnia, conforme previsto no art. 231 da Constituição.

Deve-se raciocinar, portanto, na linha de pensamento que se articula, outras possibilidades direcionadas ao reconhecimento das decisões e das práticas originárias dos povos indígenas, que certamente contrasta com o formato do Estado moderno como fonte de produção hegemônica, o que também foi apontado por Thaís Maria Lutterback Saporette Azevedo:

Esse cenário contrasta, de certo modo, com a fundação dita moderna da compreensão do Estado como fonte de produção

hegemônica das normas jurídicas que pela retórica da cidadania, da igualdade e da soberania que tratou de forças homogeneizações culturais – a supervalorização da identidade nacional – ou tornar ilegais (no sentido de desvios), práticas e comportamentos que não seguiam a cartilha dos valores instituídos com status de lei. (AZEVEDO, 2017, p. 424).

Cabe elucidar que, se aplicado somente o direito nacional do Estado aos povos indígenas e, portanto, culturalmente diverso de forças heterogêneas, se abonaria o direito próprio da diversidade (jusdiversidade), perpetuando-se um modelo colonialista cujo nascedouro destoa da cultura que se mostra intrínseca e peculiar aos povos indígenas, eliminando a própria cultura, além de distorcer princípios milenares, ensejando uma protrusão na estrutura social.

4 A REDE TRANSNACIONAL DOS DIREITOS INDÍGENAS

Pretendendo atender a aplicação dos direitos coletivos em casos de judicialização envolvendo direitos individuais e coletivos, buscando decisões judiciais no sentido da valoração simétrica em relação às diferentes etnias, e ainda em relação às etnias e a comunidade nacional, busca-se a aplicação do direito coletivo que não se amolda às configurações jurídicas formais do direito hegemônico.

Samuel Barbosa e Manoela da Cunha (2018) consideram a ausência e deturpação dos Tribunais para aplicar os direitos coletivos sobre os individuais, mesmo diante do resultado de um longo processo de reivindicação dos povos indígenas para o reconhecimento dos direitos coletivos que foram incorporados pelas Constituições nacionais e no sistema internacional de direitos humanos:

Nem as Constituições da América Latina, nem as leis que os regulamentaram descrevem com clareza o conceito dos direitos coletivos. O que é esta evidente é que os direitos coletivos estão em oposição aos direitos individuais, especialmente o direito de propriedade, ou, melhor ainda, os direitos de propriedade, incluindo a propriedade intelectual e a propriedade da terra com seus derivativos, posse, uso, gozo, fruição e disponibilidade. Nem mesmo os poderes ou faculdades dos sujeitos dos direitos coletivos estão descritos. Essa ausência facilita a não aplicação ou deturpação, especialmente porque os tribunais,

acostumados cultural e ideologicamente a aplicar os direitos individuais, têm dificuldade, no caso concreto, de fazer prevalecer os coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes porque seus poderes, faculdades e direitos estão descritos na lei. Por causa dessa incompreensão, há uma insistência em aplicar os princípios dos direitos individuais nos coletivos, como a determinação do momento do nascimento e morte do direito. Os direitos de propriedade individuais não nascem com o nascimento da pessoa, se adquirem, mas os direitos de uma comunidade, como as indígenas e quilombolas, que se criou em função de uma terra determinada, nascem com ela. (2018, p. 81).

Os conflitos dos direitos coletivos com os direitos individuais e mesmo com sua realização em direitos individuais gera dificuldades, especialmente para a categoria de direito dos povos indígenas como sujeitos de direitos, isto é, o sujeito coletivo de direitos (povos indígenas) tem uma formação natural sendo reconhecido quando “nasce o povo ou a comunidade, por isso, quando o Estado e os organismos internacionais reconhecem a existência do povo ou comunidade como portador de direitos, reconhecem seus direitos coletivos” (BARBOSA, CUNHA; 2018, p. 84).

Considerando que esses sujeitos são naturalmente constituídos, seus direitos são originários e frutos da sua própria existência, de modo que o que os define é a autoidentificação o que conflita com fortes interesses econômicos:

O direito de existir como grupo diferenciado inclui usar o idioma, cultura a religião, praticar as festas, em liberdade. Portanto, não se trata do direito de não ser morto por causa da etnia, raça, prática religiosa ou grupo a que pertence, já tipificado no genocídio, trata-se do direito de praticar livremente seus usos, costumes e tradições, e mantê-los. O direito é de ser e continuar sendo. É portanto, um direito muito amplo e cuja realização conflita muitas vezes com fortes interesses econômicos.

Conforme parecer de José Afonso da Silva (2008), os direitos coletivos dos povos estão arraigados aos direitos individuais, de modo que os direitos fundamentais dos índios podem ser classificados como direitos de solidariedade, detendo ao mesmo tempo uma dimensão ‘individual’ e dimensão ‘coletiva’, uma vez que concerne ao índio como pessoa humana, bem como às

coletividades humanas: comunidades indígenas. No mesmo trilha, Souza Filho (2006) aponta que os direitos individuais refletem os direitos coletivos, como os direitos culturais, à organização social, ao idioma – mas que o Direito nacional poderá não os reconhecer, sendo omitidos, e desconsiderados pelo direito estatal.

Embora reconhecidos os direitos dos povos indígenas, “ao existir um povo, existe o direito, reconhecido ou não” (BARBOSA, CUNHA; 2018, p. 89), resta evidente que o Estado pode negar todos os direitos coletivos, embora continuem existindo para o determinado povo, e neste sentido, não se tratam de criação de direitos, mas de reconhecimento de existência de direitos coletivos, ou declaração:

Aliás, quando um direito ou um povo não é reconhecido por um Estado Nacional, já há instâncias internacionais para tentar reverter a situação de negação de direitos. Por isso, não é correto dizer que o reconhecimento de direitos coletivos sejam “novos” direitos; ao contrário, são velhos direitos agora reconhecidos. (2018, p. 89).

Portanto, o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano, estando ameaçado e sujeito à críticas visto que os fenômenos novos serão ineficazes se tratados dentro do espaço tradicional, e sendo assim, surge a necessidade de articular medidas para atender aos novos desafios impostos pelo fenômeno global.

Devido às condições especiais do direito dos povos indígenas, reconhecidos nos processos de positivação, generalização, internalização e especificação, entretanto falhos ao que tange ao processo de internalização, diante da “falta de um poder coercitivo acima dos Estados e na falta de homogeneidade entre os países e os seus interesses”, Marcos Leite Garcia denota a necessidade de articular novas medidas para a efetividade dos “novos” direitos, pelo fenômeno da transnacionalização:

A internacionalização dos direitos fundamentais em direitos humanos é um fenômeno ainda incompleto e para muitos um falido processo de tentativa de internacionalizar a questão. Sua principal crítica situa-se na falta de um poder coercitivo acima dos Estados e na falta de homogeneidade entre os países e os seus interesses, que leva a uma carência de democracia no contexto da Comunidade Internacional: o que deixa infelizmente prevalecer a situação tradicional, primitiva, sel-

vagem lei do mais forte, que impõe sua vontade. Esse processo incompleto situa-se exatamente em um âmbito jurídico que carece de um Poder político, que garanta plenamente a eficácia do ordenamento internacional dos diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos, ainda que as tentativas sejam válidas e muito interessantes. (GARCIA, 2011, p. 178)

Segundo Joaquim Herrera Flores (2011) o fenômeno das demandas transnacionais identificam-se com os chamados novos direitos ou novos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são um fenômeno da Modernidade, pois as condições para o seu florescimento dão-se no chamado trânsito à modernidade, conforme a tese das linhas de evolução desenvolvidas pelo professor Peces-Barba. Assim, depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes, os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação. Os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção. (FLORES, 2011, p. 176). (grifo meu).

Novos direitos fundamentais emergiram e para tratar de questões referentes a fenômenos novos justificam-se as demandas transnacionais, a partir da necessidade de criação de espaços públicos.

Os chamados novos direitos ou direitos fundamentais de terceira geração detêm condições especiais diferentes dos demais direitos fundamentais, sendo: individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso são considerados transindividuais, destacando-se que “São transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado Nacional” (FLORES, 2011, p. 179).

A percepção da transformação de direitos fundamentais em “novos” direitos como a declaração do reconhecimento do direito dos povos indígenas, traz a conscientização e legislação ambiental que denotam ter “um tratamento transnacional e ser compartilhada entre todos os membros da comunidade – seja regional ou internacional – para cuidar das questões ambientais e de outras questões dos direitos provenientes do processo

de especificação” (GARCIA, 2011, p. 181). Como processo de especificação, explica o autor:

Poderíamos até falar de um processo de concreção, uma vez que supõe não somente a seleção e matização dos processos anteriores, senão que a inclusão de novos elementos que levam ao enriquecimento e a complementação dos anteriores grupos de direitos fundamentais. O jusfilósofo italiano Norberto Bobbio destaca que a especificação se produz na direção dos titulares e o jusfilósofo espanhol Gregorio Peces-Barba também considera a direção dos titulares e destaca que a especificação dos “novos” direitos em relação ao conteúdo dos mesmos. Ambos os jusfilósofos concordam que a especificação dos direitos se insere como transformadora da visão dos direitos fundamentais e por isso que dá uma nova face à cultura política e jurídica moderna: ou como diz o professor Pérez Luño: agora já pós-moderna. Em nossa opinião o fenômeno da transnacionalização está intimamente conectado com o processo de especificação quanto ao conteúdo, ainda que não devemos olvidar que as questões de especificação quanto aos titulares também são de direitos fundamentais transnacionais. (GARCIA, 2011, p. 182).

As demandas transnacionais de direitos indígenas tratam-se questões polêmicas, sobretudo porque para sociedades de modernidade tardia, como a brasileira que está acostumada ao descaso que sofrem os menos favorecidos, como os povos indígenas que estão sujeitos a uma condição social e cultural, em situação de inferioridade nas relações sociais, como no caso do mercado de trabalho, na qual necessitam de uma proteção especial para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade.

A questão dos povos indígenas como titulares de direitos fundamentais indigenistas tem sua relevância na transnacionalidade, visto que denota pensar no Direito de forma diferente, no sentido de reforçar a defesa dos direitos fundamentais, e proteger os seus titulares.

Considerando que o fenômeno da transnacionalização do direito encontra-se intimamente conectado com o processo de especificação do titular quanto ao conteúdo, Garcia (2011) aponta a necessidade de demanda transnacional relativa aos povos indígenas: “As demandas relativas ao processo de especificação quanto ao conteúdo em princípio são em um primeiro momento basicamente três: o direito à paz, a questão ambiental e o direito ao desenvolvimento dos povos” (2011, p. 185).

O tema do direito ao desenvolvimento dos povos está amplamente vinculado com o direito à paz e a importância do direito ambiental, tratando-se de um tema fundamental para o futuro da humanidade e do planeta, onde no cerne do direito ao desenvolvimento encontram-se valores de fraternidade e igualdade, dependentes da aplicação de direitos econômicos, sociais e culturais, para fins de generalizar as liberdades e a democracia tanto nas suas relações como no interior dos países:

O direito ao desenvolvimento internamente traduz-se em direitos sociais vistos de uma perspectiva global e são os direitos sociais como uma vida digna, a uma morada descente, a uma saúde pública, à previdência social, à educação, etc. É o chamado direito coletivo dos povos e nações e que por culpa da pobreza, da ignorância, da imigração econômica para os países mais ricos, das guerras por motivos algumas vezes étnicos ou por outros tipos de intolerâncias radicais, que levam a genocídios e matanças sem precedentes, da exploração econômica de forma primitiva da natureza, que leva à deterioração das últimas reservas que o planeta possui etc., certamente é um direito difuso, transfronteiriço e por isso uma questão transnacional. (GARCIA, 2011, p. 191) (grifo meu).

A proteção dos direitos dos povos indígenas trata-se de um típico tema que necessita da fundamentação moral da transnacionalização do direito através do direito de solidariedade, que exige a superação do etnocentrismo presente no Estado hegemônico, “sobretudo a superação da dicotomia nós/eles, sobretudo da dialética amigo/inimigo, e das perspectivas antropológicas, que vêm ao homem como um ser isolado que não pode ou que não deve estabelecer laços de união com seu entorno” (GARCIA, 2011, p. 194).

As lutas transnacionais instaladas na prática política internacional se converteram em uma das expressões mais novas de resistência contra-hegemônica global, insurgindo-se no contexto contemporâneo para denunciar o paradigma estatal que fomenta a produção da sociedade hegemônica de risco, conduzida pelo desenvolvimento, pela ciência e tecnologia, pelo mercado e instituições políticas liberais.

Ao que tange o transnacionalismo indígena, Gabriel Andrés Arévalo Robles (2011) aponta que a luta indígena iniciada no século XV e perpetrada até o momento contemporâneo, tem se caracterizado por incitar redes transnacionais:

por estar vinculado a redes transnacionais, impactar e criar regulamentações legais, mobilizar discursos locais protegidos em identidades transfronteiriças, criar processos de solidariedade internacional e instalar na agenda global diferentes temas que desde suas próprias visões de mundo desafiam os discursos, normas e práticas da civilização ocidental. (ROBRES, 2011, p. 44).

As atribuições e significados derivados das normativas da Organização Internacional do Trabalho - OIT orientaram os movimentos sociais e o desenvolvimento de políticas de governo, as quais Ronaldo Siqueira Lobão (2018) denominou de regimes de acoplamento, produzindo desdobramentos na positivação das demandas sociais, como acordos e documentos celebrados.

Desse modo, no contexto brasileiro contemporâneo, a fonte de engajamento e acoplamento foi promovida pela Convenção 169 aprovada em 1989 pela OIT, visando “assegurar aos grupos nativos ou tribais, nos estados democráticos de direitos contemporâneos, direitos à sua reprodução social, cultural e material de forma autônoma, apesar da atribuição heterônoma desses direitos” (LOBÃO, 2018, p. 380).

Buscando efetivar a hipótese de direitos indígenas que não-hegemônicos, Alison Brysh (2009) busca demonstrar que a possibilidade de sucesso do movimento indígena não pode ser explicada unicamente pela capacidade das organizações povos indígenas para gerar acordos políticos em torno de suas demandas em cada país, mas pela capacidade da política de identidade em mobilizar e articular politicamente os sujeitos povos indígenas locais, ao mesmo tempo em que cria redes de apoio transnacionais no contexto da globalização.

A estratégia do movimento indígena transnacional pretende evidenciar os elementos para ajudar a interpretar a natureza dos direitos políticos representados e a emergência dos atores políticos de caráter étnico, e ao mesmo tempo, desenvolver estratégias para enfrentar o poder e o mercado, e para moldar os fluxos de informação a seu favor.

Para tanto, no âmbito normativo internacional, o bloco de constitucionalidade da Convenção 169 da OIT tem sido referência na construção discursiva da defesa jurídica dos direitos dos povos indígenas para estabelecer o reconhecimento constitucional dos

direitos políticos, econômicos e cultural para povos indígenas, ou ao menos a sua negociação.

O caso emblemático ajuizado na Justiça do Trabalho que envolveu a aplicação dos direitos coletivos em relação a diferentes etnias (intraétnicas) e interétnicas (etnia e comunidade nacional), quando considerado no âmbito do movimento transnacional em defesa dos direitos indígenas denota um impacto nas leis trabalhistas tuteladas pelo Estado Contemporâneo.

O comando judicial como determinado, ao contrário do que se pretende alcançar pelo estado, poderá trazer insegurança às relações desenvolvidas diante de duas etnias distintas e da Reclamada estar inserida na comunidade nacional, relação (eles x eles x nós), podendo inclusive gerar uma situação de conflito. Isso porque, as práticas reiteradas por gerações seriam suplantadas pelo regramento estatal, que não se revela ao entendido de todos os integrantes da comunidade indígena.

Desse modo, diante do enfraquecimento do poder estatal, no contexto da politização do movimento transnacional em defesa dos direitos indígenas, em atenção ao caso emblemático, não se deve raciocinar na linha de pensamento de existência de conflito de normas, visto se tratar de caso típico de colisão que admite conformação do direito fundamental da saúde e segurança dos trabalhadores, insurgindo-se pela flexibilização do Direito Internacional do Trabalho, aplicando-se subsidiariamente ao Direito próprio dos povos indígenas.

CONCLUSÃO

Parte-se da premissa a reconhecer os direitos coletivos dos povos indígenas no contexto pós-colonial brasileiro, direitos que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo, onde destaca-se o art. 4º da Convenção 169 da OIT de grande relevância para enfrentar o embate de fazer prevalecer os direitos coletivos sobre os direitos individuais, que exige adotar medidas especiais para satisfazer as necessidades particulares dos grupos indígenas e outros grupos que são vítimas da discriminação.

A resolução do caso emblemático envolvendo indígenas de etnias diferentes e o Estado encontra-se permeada por uma

questão de suposto choque cultural, porque as teses jurídicas relacionadas à espécie parecem se desconhecer do direito dos povos indígenas. Os discursos revelam o desprezo de fazer prevalecer os direitos coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes, porque seus poderes estão positivados na legislação comum, mantendo um padrão ideológico e cultural ao aplicar o direito hegemônico.

De outra parte, a Constituição reconhece o direito coletivo próprio dos indígenas como sendo “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Quanto ao caso emblemático, cabe ressaltar que o obreiro professor indígena encontra-se inserido no âmbito de proteção das normas do direito laboral, como os demais trabalhadores. Todavia, a contratação deverá obedecer a certos requisitos previstos em lei especial a fim de prevenir contra a violação de seus direitos dada à condição de tutelado.

Não se pode discriminar ou excluir o indígena da proteção legal trabalhista em razão da origem autóctone, e não atentar-se quanto aos princípios albergados na Convenção 169 da OIT, incorporados no ordenamento jurídico nacional, que pensado como um bloco de constitucionalidade, conforme interpretação de Ministro Celso de Mello, o direito laboral indígena também encontra-se protegido pelo bloco de constitucionalidade, devendo-se pensar na flexibilização do Direito do Trabalho, para aplicar subsidiariamente o Direito próprio dos povos indígenas, mediante prévia consulta, conforme previsto no art. 8º da Convenção 169 da OIT.

Ainda no campo do bloco de constitucionalidade da Convenção 169 da OIT, que estendendo-se para os demais direitos e garantias fundamentais, têm sido referências na construção discursiva da defesa jurídica dos direitos dos povos indígenas, promovendo o reconhecimento constitucional, através da aliança internacional consubstanciada na alta politização do movimento transnacional em defesa dos direitos indígenas, para modificar as relações de poder no âmbito político, no âmbito econômico e no âmbito da informação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Thaís Maria Lutterback Saporetti. *Direito e causas indígenas: o Supremo Tribunal Federal como campo de observação*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. UFF. Niterói, 2017.

BRYSK, Alison. *De la tribu a la aldea global. Derechos de los pueblos indígenas, redes transnacionales y relaciones internacionales en América Latina*. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis) n.º 131, 2010, pp. 133-144. Barcelona, Espanha.

GARCIA, Marcos Leite. *Direitos fundamentais e transnacionalidade: Um estudo preliminar*. Direito e Transnacionalidade. /Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: História da doutrina e da legislação. In: *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. Manuela Carneiro da Cunha, Samuel Rodrigues Barbosa (Orgs.). – São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FLORES, Joaquim Herrera. In: *Direitos fundamentais e transnacionalidade: Um estudo preliminar*. Direito e Transnacionalidade. /Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GUIA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

LOBÃO, Ronaldo. Notas revisadas em favor de um programa de pesquisa de antropologia no direito em contextos de jusdiversidade. In: *Revista Juris Poiesis* ano 19, nº 20, jun-set.2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105).

ROBLES, Gabriel Andrés Arévalo. *La lucha transnacional indígena: Articulaciones transfronterizas*

para interpelar a la civilización occidental. Revistas Conjeturas 12. Pensar los movimientos sociales, las prácticas colectivas, y las subjetividades. Bogotá, Colombia, 2011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: The ILO Regime (1919-1989)*. New York: Oxford University Press, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de Trabalho*. ed. Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. item n. 3, 30a ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

STELZER, Joana. *O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. Direito e Transnacionalidade. /Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

STF. ADI 3239/TO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Celso de Mello. DJ: 08/02/2018. p.3787. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203239%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso: 03 dez. 2020

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 1a Ed. 1998.

_____. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 1a Ed. 2001.

_____. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 5a Tiragem, 2006.

**NEGOCIAÇÕES COLETIVAS, REDES SINDICAIS
TRANSNACIONAIS E O PLANEJAMENTO FAMILIAR:
UMA ANÁLISE DO CONGELAMENTO DE ÓVULOS
COMO BENEFÍCIO TRABALHISTA NO BRASIL**

Júlia Maria Feliciano

Universidade Estadual de Londrina, mestranda,
Londrina, Paraná, Brasil, juliam10@gmail.com.

Lourival José de Oliveira

Universidade Estadual de Londrina, Professor, Londrina,
Paraná, Brasil, lourival.oliveira40@hotmail.com

Luís Felipe Assunção de Oliveira Santos

Universidade Estadual de Londrina, mestrando, Londrina,
Paraná, Brasil, assuncaoluísfelipe@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho, busca analisar o congelamento de óvulos como benefício trabalhista no Brasil, considerando as implicações de gênero, sociais e trabalhistas envolvidas nessa prática. Assim, busca trazer reflexões sobre o tema e discutir questões como planejamento familiar, direitos reprodutivos das mulheres, subordinação no vínculo empregatício e atuação sindical. Assim, busca esclarecer como o congelamento de óvulos pode ser considerado um benefício trabalhista no Brasil, entende-se que as negociações coletivas têm papel fundamental para tanto. Com esse fim, é realizada uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método com levantamento bibliográfico com base em periódicos indexados, base de dados de teses e dissertações, bem como compilado de notícias nacionais e internacionais que trazem o tema, aplicando a metodologia de revisão e análise bibliográfica.

Palavras-chaves: Planejamento Familiar; Congelamento de óvulos; Negociações Coletivas.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze egg freezing as a labor benefit in Brazil, considering the gender, social and labor implications involved in this practice. Thus, it seeks to bring reflections on the subject and discuss issues such as family planning, women's reproductive rights, subordination in the employment relationship and union action. It seeks to clarify how egg freezing can be considered a labor benefit in Brazil, understanding that collective bargaining plays a fundamental role in this regard. To this end, a qualitative study was carried out, using the bibliographic survey method based on indexed journals, databases of theses and dissertations, as well as a compilation of national and international news on the subject. The methodology applied is that of a bibliographical review and analysis.

Key-words: Family planning; Egg freezing; Collective Negotiations.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, empresas passaram a adotar como política interna a concessão do pagamento de procedimentos de congelamento de óvulos para as funcionárias que não desejam ter descendentes biológicos no momento. Para tanto, aquelas pessoas que desejam ter o benefício concedido precisam cumprir alguns requisitos, como tempo de empresa ou a realização do procedimento em uma clínica específica conveniada à empresa.

À vista disso, o presente trabalho busca expor que, apesar do benefício ser favorável aquelas que desejam adiar a criação ou aumento da prole, ainda possuem algumas problemática que devem ser analisadas quando trazidas à luz do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. Uma das questões trabalhistas é a disparidade de armas existentes entre empregadores e empregadas, em considerando a inexistência de liberdade das empregadas na manifestação de suas vontades, sem falar do elemento subordinação, justificado pelo poder diretivo do empregador.

Por essa razão, a oferta desse benefício congelamento de ovos para as empregadas, pode ser vista em primeiro momento como uma imposição da empresa às funcionárias para que haja maior dedicação ou dedicação exclusiva ao trabalho. Nesse sentido, invoca-se o princípio do planejamento familiar como garantia constitucional às pessoas decidirem sobre se querem formar uma família, quando querem e qual o tamanho dela. Dessa forma, tem-se citado o princípio como base possibilitadora à concessão do benefício para congelamento dos óvulos, como empresarial. algo a ser decidido pelo casal ou empregada e não como fazendo parte de uma política

Não obstante, considerando que o Direito do Trabalho, no que refere aos seus estatutos básicos, é matéria constitucional, apenas com a aplicação genérica do princípio do planejamento familiar não é possível legitimar tal prática, em especial porque nas relações de trabalho, no caso vínculo trabalhista, existem outros princípios, que buscam compensar no plano jurídico a existência da disparidade de armas. Com isso, considera-se a possibilidade de regulamentação do benefício via negociação coletiva, uma vez que por meio desse instrumento jurídico, tor-

na-se possível dar um tratamento específico, contextualização, à categoria profissional envolvida, resultando em um acordo e ou convenção coletiva de trabalho.

Para tanto, é realizado uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método levantamento bibliográfico com base em periódicos indexados, base de dados de teses e dissertações, bem como compilado de notícias nacionais e internacionais que trazem o tema. Em seguida, a metodologia aplicada é a de a revisão e análise bibliográfica com perspectiva de gênero, tratando com base epistemológica em autoras como Flávia Biroli e Silvia Federici, das quais expõem, explicam e correlacionam as injustiças de gênero. Ademais, como base jurídica é utilizado textos como da autora Daniela Braga Paiano, Rita Tarifa Espolafor e Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filhos, entre outros.

Assim, o trabalho inicialmente explica o princípio do planejamento familiar e seus correlatos, tais como a parentalidade responsável e os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Em seguida, trata especificamente do procedimento de congelamento de óvulos ou criopreservação, abordando alguns casos mais conhecidos de empresas que já concedem o benefício. Por fim, expõe-se os aspectos que podem ser problemáticos na esfera trabalhista, trazendo as negociações coletivas como um negócio jurídico complexo que podem proporcionar maior segurança jurídica na prática.

Em considerações finais, entende-se que as negociações coletivas tem como base jurídica o princípio da autorregulamentação, devendo ser realizada por representantes sindicais que defendam os interesses coletivos da categoria, bem como viabilize o exercício da ponderação de interesses entre empregador e empregadas. Assim, sendo uma negociação coletiva legítima, é possível regulamentar o congelamento de óvulos como um benefício do qual leva em consideração tanto o princípio do planejamento familiar quanto o princípio de autonomia privada coletiva do trabalho.

1 O PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O princípio do planejamento familiar possui diversas perspectivas quanto a sua conceituação. Raphael Ribeiro expõe quatro

conceituações sobre o tema, separando-as entre a oficial, sendo o conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família; a da Constituição Federal, o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal; aquela disposta na Lei nº 9.263/1996, sendo as ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade; e, da autora Andrea Aldrovandi, do qual se trata sobre o direito de decidir o número de filhos e o momento mais adequado. (RIBEIRO, 2020, p. 142- 143)

Portanto, compreende-se que o planejamento familiar apesar de ser constituído por um conjunto de ações, ele não está limitado apenas a uma ação de planejar, mas sim atrelado a diversos institutos e questionamentos, tais como o que constitui família e quais os direitos que esses princípios produz. À vista disso, estabelece-se o posicionamento, da ampliação da definição de família tradicional heterossexual, uma vez que esta definição de casal entre homem e mulher exclui as demais formas familiares, das quais também são constituídas por relações afetivas e de conjugalidade (BIROLI, 2018, p. 129). Logo, os efeitos jurídicos desse princípio não devem estar limitados aos casais hêteros e casados, de modo que o termo “família” deve englobar desde uma só pessoa até a constituição multiparental dela (PAIANO, 2016).

Dito isso, o planejamento familiar é um dispositivo que concede às pessoas o livre exercício de controle de sua reprodução, portanto, abrangendo normativas jurídicas da autonomia e direitos reprodutivos e sexuais; da saúde reprodutiva; da igualdade de gênero; do bem-estar das famílias; da educação e conscientização; bem como do acesso aos métodos contraceptivos, uma vez que esse dispositivo não trata apenas do direito a procriar, mas também do direito a escolha de não ter descendentes (COUTO, 2007).

Logo, em associação ao tema principal do congelamento dos óvulos como benefício trabalhista, o princípio do planejamento familiar serve como fundamento para que as empresas possam conceder esses benefícios sem ferir a autonomia das pessoas. Isso porque, o princípio não se limita a proteger apenas aquelas que

desejam ter filhos. Desse modo, a proteção abrange as decisões de não ter filhos ou de adiar a procriação, independentemente do motivo.

Nada obstante, também se encontra como princípio afim a parentalidade¹ responsável, da qual consiste na liberdade de qualquer pessoa que pretenda gerar descendentes possa realizar seu projeto conforme desejar. Assim, é via esse princípio que o ordenamento jurídico prevê que as pessoas têm direitos as condições necessárias para procriar, inclusive se utilizando de meios artificiais como o congelamento de óvulos e a fertilização *in vitro*.

Nessa lógica, compreende-se que os direitos de procriar são das pessoas, sendo parte da obrigação do Estado de prover as condições, desde a manutenção e bom funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) com profissionais que possam fornecer serviços de ginecologia, urologia, exames de imagem até a regulamentação devida de serviços e ações como as técnicas de reproduções assistidas, das quais podem ser desde a retirada e congelamento dos óvulos até a fertilização fora do corpo. Porém, apesar do Estado possuir parte das obrigações no que tange as constituições de famílias, ele não pode intervir nas decisões das pessoas (RIBEIRO, 2020, p. 142), sejam elas de querer não ter descendentes ou ter mais de um ou não ter descendentes biológicos, apenas via adoção, etc.

Ademais, para que o princípio do planejamento familiar seja concretizado, faz-se necessário que as pessoas, principalmente aquelas que gestam, tenham seus direitos reprodutivos reconhecidos e garantidos. Nesse sentido, ao analisar a temática do congelamento de óvulos como benefício trabalhista se encontra a problemática mais específica da divisão sexual do trabalho. Isso porque, a maternidade também é um divisor entre homens e mulheres, portanto, para elas na maternidade encontra-se a dificuldade de conciliar o trabalho remunerado e o não pago de cuidado (BIROLI, 2018, p. 129).

1 Ressalta-se neste ponto que a presente pesquisa se encontra em acordo com a corrente apresentada por Raphael Ribeiro (2020, p.145) quanto ao termo ser “parentalidade” ao invés de paternidade, uma vez que a instituição familiar não está necessariamente ligada à figura paterna.

Assim, antes de analisar a temática, leva-se em consideração o discurso de parte das mulheres, principalmente aquelas com maiores acessos à educação, dirigidos ao de adiar ou não ter descendentes, da mesma forma a questão da instituição casamento. Por conta disso, ressalta-se que há pouco tempo histórico o “casamento era visto como uma verdadeira carreira para uma mulher” (FEDERECI, 2017 p. 184). Logo, a elas não era reconhecido a capacidade de independência financeira. Essa ressalva se faz necessária haja vista que os problemas de injustiça de gênero enfrentados pelas mulheres até hoje são estruturais da sociedade (FRASER, 2007), de forma que a desvalorização do trabalho feminino ainda gera efeitos negativos. Por exemplo, a sub-representatividade delas na política e o desequilíbrio salarial para com os homens (BOLOGNESI, 2012).

Dito isso, Sílvia Federici expõe que ao “negar às mulheres o controle sobre seus corpos, o Estado privou-as da condição fundamental de sua integridade física e psicológica” (FEDERICI, 2017, p. 181-182). Portanto, o reconhecimento, disposição e garantia dos direitos reprodutivos e sexuais são essenciais não apenas como meio de exercer o princípio do planejamento familiar, mas também como exercício livre da autonomia da sua vontade.

Assim, atualmente a matéria quanto aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres ainda gera muitas discussões e poucas regulamentações. À título de exemplo lateral à temática, encontra-se o julgamento que corre no Superior Tribunal Federal (STF) onde a Ministra Rosa Weber apresentou voto favorável a descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação e, com isso, o debate retomou as redes sociais com opiniões diversas².

Nada obstante, o Congresso Nacional apesar de promulgar a Lei nº 9.263 em 1996 regulando sobre o planejamento familiar, ainda não dispôs sobre todas as técnicas de reproduções assistidas, deixando-as à margem da legislação uma vez que apenas há a Resolução nº 2.168/2017, substituída pela nº 2.294/2021, do Conselho Nacional de Medicina (CNM), que regulamenta temas gerais, como a quantidade limite de embriões que serão

2 Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1> >. Acesso em: 25 de set. de 2023.

implantados a mulher dependendo da sua idade até as formas que devem ser feito alguns procedimentos (BRANCO, 2020).

Portanto, torna-se explícito que os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres não são regulamentados pelas vias devidas, ou seja, o processo legislativo. Consequentemente, as normativas encontradas são de Conselhos profissionais e decisões jurisprudências, de forma que torna dificultoso a análise e aplicação de políticas internas das empresas que possam beneficiar as mulheres. Em razão disso, o tópico seguinte aborda como se dá o benefício dentro de algumas empresas. Após, questiona-se os problemas que podem surgir, por exemplo, o do custeio e procedimento, caso a trabalhadora tenha o contrato de trabalho rescindido sem justa causa durante o procedimento. Ainda, considera-se a possibilidade da necessária regulamentação via as negociações coletivas legítimas.

2 O CONGELAMENTO SOCIAL DE ÓVULOS: UM NOVO BENEFÍCIO TRABALHISTA

A técnica reprodutiva de congelamento de óvulos pode ser dividida entre duas razões: (I) o congelamento de óvulos médico, ou seja, quando a mulher mesmo em idade fértil possui algum problema de saúde que irá reduzir sua fertilidade. Como exemplo, mulheres que começarão tratamento com quimioterapia normalmente tem a indicação médica para realizar o procedimento como forma de garantir o desejo gestacional e de ser mãe frente a uma possível infertilidade decorrente das altas doses de medicamentos. Outra razão (II) é o congelamento de óvulos social ocorrer para a proteção contra a infertilidade ocasionada pela idade. Isto é, mulheres que não possuem doença que pode afetar seu sistema reprodutor, contudo, não querem ter filhos dentro da idade fértil indicada por médicos, que no caso é até os 35 anos (BRANCO, 2020). Não obstante, o procedimento é o mesmo, independentemente das razões que levaram aquela mulher a escolha da criopreservação.

Pensando nisso, empresas passaram a ofertar como benefício trabalhista o custeio integral ou parcial do procedimento. Um dos casos é do Mercado Livre com a adoção desse benefício trabalhista

em 2018. Nele, estabeleceu-se as seguintes condições: mulheres a partir de 33 anos que estejam saudáveis e tenham no mínimo um ano de empresa. Cumprido as condições, a empresa custeia até 75% com um teto de R\$17,5 mil reais do procedimento, mas no custo anual de manutenção do acondicionamento clínico deverá ser pago pela mulher (PACELLI, 2023), resultando em custo anual em torno de mil reais.

Além do Mercado Livre, empresas como a META, proprietária do *Facebook*, *Instagram* e *Whatsapp*, fornece esse benefício desde 2022 para todas as funcionárias, inclusive para os cônjuges dos funcionários. O valor disponível é vitalício e pode ser utilizado para consultas, diagnósticos, exames e o procedimento em si. Contudo, o benefício somente pode ser utilizado com a empresa parceira *Carrot Fertility*. Outras empresas também ofertam planos mais expansivos como a Amazon que oferecem o pagamento de um ciclo para tratamento de (in)fertilidade, a criopreservação dos óvulos, espermatozoides e embriões e o armazenamento por até um ano (HUTTO, 2022).

Esses procedimentos concedidos são conhecidos como congelamento de óvulos ou de criopreservação de óvulos que é uma técnica que surgiu no final do século XX. Decorre da demanda advinda da Fertilização *in Vitro* (FIV), da qual consiste em realizar a fecundação em laboratório para posteriormente implantar o embrião na mulher. Tal demanda surge uma vez que as mulheres ingressaram no mercado de trabalho e não possuíam interesse em ter filhos naquele momento, seja por trabalho, falta de cônjuge/companheiro ou outro motivo (BRANCO, 2020). Entretanto, por se tratar de um procedimento de elevado custo e técnica, apenas parcela da sociedade possui acesso, além disso, ele era considerado prática experimental até 2012 pela American Society for Reproductive Medicine (ASRM).

A cautela em declarar uma técnica efetiva permeia o método e os altos riscos de danificar os óvulos. Isto é, após a retirada dos óvulos ocorre a vitrificação, quando os óvulos são rapidamente mergulhados em uma substância congelante para a redução dos danos celulares durante o congelamento. Em razão disso, a probabilidade de uma gestação bem-sucedida é de 14%, enquanto, o procedimento direto, sem congelamento, pela FIV é de 25%,

conforme dados disponibilizados pela *British Human Fertilization and Embryology Authority* (BRANCO, 2020).

Além disso, antes da retirada dos óvulos a mulher deve passar pela etapa de estimulação ovariana. Consiste em aplicação medicamentosa diária via injeções no abdômen ou nas nádegas para que haja ciclo menstrual maduro, ou seja, aumento da produção mensal de óvulos. Contudo, a aplicação desses medicamentos pode gerar fortes efeitos colaterais, como fadiga, náuseas, dores de cabeça, irritabilidade, dentre outros. O período dura no mínimo 10 ciclos menstruais. Durante esse período os médicos também realizam o monitoramento através de exames de sangue e ultrassonografia.

Com a permissão médica de que a estimulação fora bem sucedida, a etapa seguinte é a de coleta dos óvulos, quando a mulher recebe uma injeção para a maturação dos folículos ovarianos e em 36 horas a coleta deve ocorrer. Após a coleta, há a preparação e a criopreservação para longo prazo, sendo recomendado o máximo de 10 anos (BRANCO, 2020).

À vista disso, percebe-se que a funcionária que deseja passar pelo procedimento precisa não apenas do custeio da empresa, mas também da concessão, por exemplo, de flexibilização de jornada já que precisa de pelo menos 10 ciclos de aplicação apenas na fase preparatória para então retirada dos óvulos. Além disso, os efeitos colaterais de tais injeções podem levar a redução de produtividade pela necessidade de ir ao médico ou mal estar físico.

Portanto, uma das problemáticas encontradas na existência e concessão desse benefício é que as mulheres devem entender claro e consciente as consequências físicas e mentais da realização desse procedimento. Nesse sentido, elas não podem se sentir coagidas a aceitar o benefício e serem categorizadas como funcionárias que dão menos importância a carreira por não querer adiar a vontade de ser mãe para construção da vida profissional naquela empresa (MERTES, 2015).

Já como principal efeito positivo desse benefício é a utilidade de mulheres mais novas que não possuem intenção na gestação e maternidade antes dos 30 anos. Nesse sentido, essas mulheres que estão iniciando no mercado de trabalho tem a possibilidade

de se dedicarem integralmente à construção de suas carreiras. Por conta disso, estão mais propensas a aceitar maiores metas, jornadas e cobranças da empresa, haja vista que a divisão entre o privado doméstico e público empresarial foi diminuída.

Não obstante, dentro desse ponto favorável, encontra-se o problema (MERTES, 2015) do discurso neoliberal de que a mulher pode conquistar o mercado de trabalho, mas não consegue sair da marginalização à esfera privada. Isso porque, o ideal de autodeterminação reprodutiva das mulheres para que elas priorizem a carreira não rompe com a estrutura androcêntrica de mulher-mãe. Em sentido contrário disso, reforça a posição delas como reprodutoras sociais, bem como segue impondo a necessário e constante produção econômica. Logo, fortalecendo a divisão sexual do trabalho, onde as mulheres possuem duplas ou triplas jornadas (BIROLI, 2018, p. 129).

Ressalta-se que o presente trabalho não se posiciona em termos contrários ao congelamento de óvulos como benefício trabalhista. Porém, compreende-se necessário apontar que tais benefícios podem proporcionar mais escolhas às mulheres, mas que não retira ou às aproxima de uma igualdade gênero, em razão da desigualdade de gênero ser um problema estrutural da sociedade (FRASER, 2007).

Ademais, faz-se necessário a regulamentação legislativa dos procedimentos de reprodução assistida, uma vez que a criopreservação permite a fecundação *post morderm* da proprietária dos óvulos ou a implantação dos embriões irmãos da pessoa gerada pela FIV³. O primeiro caso já foi discutido pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº1.918.421 com origem no Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a viúva, esposa do terceiro casamento do falecido, decidiu implantar os embriões, mas teve o procedimento contestado pelos filhos, frutos do primeiro casamento. O pedido dos filhos foi acatado, tendo a sentença proibido a implantação daqueles embriões com

3 “Sou adulta e fui gerada por FIV. Agora, quero implantar meus irmãos gêmeos em mim.” Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/tentantes/reproducao-assistida/noticia/2023/07/sou-adulta-e-fui-gerada-por-fiv-agora-quero-implantar-meus-irmaos-gemeos-em-mim.ghml>. Acesso em: 09 de set. de 2023.

fundamentação na falta manifestação expressa e inequívoca do falecido⁴.

Além de algumas decisões esparsas, a matéria é tratada na Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) onde define normas éticas para os médicos quanto a utilização das técnicas de reprodução assistida. Portanto, não tratando especificamente da matéria de criopreservação de óvulos, mas sim de questões como os critérios para a cessão temporária do útero; o prazo para o descarte de embriões; e, a quantidade de embriões que serão implantados. Por exemplo, para mulheres até 35 serão 2 embriões, já para mulheres com 40 anos ou mais até 4 embriões (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Já a definição etária para a gravidez é abordada pelo Enunciado 41 do Conselho Nacional de Justiça⁵, onde define o limite de 50 anos para a mulher se submeter ao procedimento gestacional por reprodução assistida. Nesse ponto, a Resolução nº 2.1687/2017 do CFM colide com o enunciado, uma vez que nela é disponível exceções ao limite etário “desde haja embasamento técnico e científico, com a comprovação de que a mulher interessada não possui enfermidades” (BRANCO, 2020). Não obstante, a limitação institucional fere o princípio do planejamento familiar. Isso porque, o planejamento familiar está conectado diretamente ao exercício dos direitos reprodutivos das mulheres, de forma que ao existir uma limitação etária, sem levar em consideração a saúde e possibilidade de gestacional da mulher, acaba por limitar o princípio constitucional, consequentemente, limitando o exercício dos direitos das mulheres.

3 AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS COMO VIA PARA REGULAMENTAR ESSE BENEFÍCIO

Exposto o funcionamento do benefício e do procedimento do congelamento de óvulos, passa-se a expor e analisar a problemática dentro do aspecto do Direito do Trabalho. Isso porque,

4 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>. Acesso em: 09 de set. de 2023.

5 Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b-2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf> >. Acesso em: 09 de set. 2023.

compreende-se que o custeio por parte das empresas desses procedimentos para as funcionárias e funcionários, nos casos como da META, são positivos uma vez que abrange a parcela da população da qual busca primeiro a estabilidade financeira para, então, aumentar a família com filhos e filhas.

Não obstante, apesar da concessão do benefício ser positivo, há alguns pontos que devem ser analisados quando trazidos à luz do direito brasileiro, especificamente da aplicação das leis trabalhistas. Isso porque, o ordenamento jurídico brasileiro posiciona a matéria trabalhista no âmbito constitucional (BRASIL, 1988), onde promulga representações aos princípios, tais como o princípio da valorização do trabalho e do emprego, da não discriminação, da irredutibilidade salarial, vedação ao retrocesso social, autorregulamentação, entre outros (FILHO VASCONCELOS, 2017).

Nesse sentido, o presente trabalho questiona a viabilidade desse benefício quando da rescisão do contrato de trabalho durante o procedimento, por exemplo, dentro do período das 10 aplicações medicamentosas em caso de rescisão sem justa causa. Além disso, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) no artigo 457 e seguintes (BRASIL, 1943) prevê que na remuneração do trabalhador e trabalhadora engloba outros valores além dos salários, tais como o valor das horas extras, as gorjetas, o vale alimentação quando pago em dinheiro, entre outros. Portanto, uma das problemáticas encontradas permeia como fica o cálculo desse benefício na remuneração final da trabalhadora. Haja vista que há a possibilidade de não ter reflexos como ocorre com a concessão de vale alimentação via cartão ou se haveria reflexos de forma a serem contabilizados à trabalhadoras.

Assim, parte-se da premissa que há no ordenamento jurídico brasileiro um instrumento contratual que pode estabelecer regras específicas para o funcionamento e disposição de cada categoria, contudo, deve ser feito via um procedimento legítimo de negociação coletiva. Isto é, o instrumento contratual deve incorporar políticas e ações que reduzem e busquem eliminar as desigualdades, sejam sociais, de gênero, econômicas ou políticas. Para tanto, não se pode deixar de lado a vulnerabilidade da trabalhadora, haja vista que se há desigualdade fática no momento da negociação,

por exemplo, sem atuação sindical, logo, a negociação coletiva que estabelecer o benefício de congelamento de óvulos não seria legítima ou justa (OLIVEIRA; FIGUEIREDO, 2017).

Nessa lógica, Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho afirma que o processo negocial possui três níveis para a viabilização do acordo ou convenção, sendo eles o (I) nível fechado, do qual engloba um núcleo de direitos que não podem ser negociados, portanto, indisponíveis; (II) o nível aberto, onde se encontra os direitos disponíveis; e (III) o nível intermediário, do qual reside “as convenções de interpretação e que se propõe a conectar os dois outros níveis, entrelaçando-os” (FILHO VASCONCELOS, 2017). Portanto, dentro das negociações coletivas de trabalho há direitos que os representantes sindicais não podem dispor, dos quais estão, em sua maioria, previstos e garantidos no artigo 7º da Constituição Federal.

Ainda, o autor explica que a negociação coletiva quando utilizada como um método de autocomposição de solução de conflitos coletivos de trabalho deve ser feita via representação sindical que defenda as reivindicações dos trabalhadores e trabalhadoras, ao invés dos interesses pessoais dos líderes. Por conta disso, para que haja uma negociação coletiva legítima é necessário a fiscalização dos órgãos estatais responsáveis. Contudo, tal atuação não pode ferir o princípio da intervenção mínima da autonomia privada coletiva, exceto se houver direitos indisponíveis sendo negociados (FILHO VASCONCELOS, 2017).

Nesse sentido, compreende-se que o benefício de congelamento de óvulos pode ser objeto de negociação coletiva, uma vez que o princípio do planejamento familiar garanta às pessoas a disposição de se, quando, como e quantos se dará a criação da sua prole. Logo, servindo de base para a disposição desse direito dentro do âmbito trabalhista.

Não obstante, durante a negociação e na aplicação do acordo ou convenção, a mulher deve se sentir segura para recusar o benefício. Para tanto, ela não pode ser marginalizada em razão de não aceitar uma prorrogação da maternidade para dedicar exclusivamente aqueles anos à empresa. Ainda, conforme apontado no tópico anterior, ela deve ter pleno conhecimento de como o procedimento afeta seu corpo, uma vez que para a retiradas dos

óvulos há primeiro o estímulo hormonal do qual afeta desde o seu humor até sua condição física.

Ademais, cabe aos representantes sindicais demandar que as empresas estabeleçam em acordo ou convenção coletiva benefícios pós-procedimentais, haja vista que a mulher precisará de flexibilização de jornada e, possivelmente, de modalidade para a realização de consultas prévias, exames, a própria aplicação dos medicamentos, entre outros que afetam diretamente na sua produtividade empresarial.

Tão logo, essa responsabilidade sindical por vezes é deixada de lado. Isto é, conforme Leonardo Mello e Silva, Ricardo Framil Filho e Raphael Freston, o sindicato no Brasil possui uma alta fragmentação, do qual é fruto da desconfiança entre a base dos trabalhadores e aqueles que estão nas cadeiras de liderança. Em razão disso, ao abordar a relação base – sindicato – empregadores, os autores expõem que a forma como se dá a estrutura sindical atual também dificulta a construção de uma pauta adequada, isso porque, nas negociações coletivas a interação se dá apenas entre sindicato e empresa. Logo, concedendo uma certa soberania sindical frente aos trabalhadores (SILVA; FILHO; FRESTON, 2015).

Além disso, versando sobre as condutas de empresas estrangeiras, como a META, nas contratações e trabalho no Brasil, pode-se conferir uma dificuldade em estabelecer demandas e regulamentações dentro da negociação coletiva, haja vista que empregador e empregados estão em ordenamentos jurídicos diferentes. Isso se dá pelo “conjunto de profundas e contínuas transformações econômicas e políticas”, ou seja, pela globalização que possibilita uma contratação longínqua (SILVA; FILHO; FRESTON, 2015, p.8). Não obstante, a globalização também proporciona maiores desregulamentação do trabalho, uma vez que a falta de legislação específica acaba deixando lacunas permissivas para empresas multinacionais exigirem jornadas e metas excessivas com remunerações inadequadas.

Assim, trazendo para a problemática do presente trabalho de forma hipotética, a regulamentação do benefício do congelamento de óvulos já não está existente de forma adequada no Brasil e um dos caminhos de regulamentar seria pelas negociações coletivas,

conforme apontado anteriormente. Então, caso o benefício seja concedido por uma empresa estrangeira com funcionárias no Brasil, a problemática foge dos limites territoriais do Estado brasileiro, consequentemente, deixando em segundo plano as normas de trabalho já existente no país (AVILÉS. 2017).

Nesse sentido, Leonardo Mello e Silva, Ricardo Framil Filho e Raphael Freston tratam do movimento sindical internacional com objetivo de “unificar os trabalhadores além das fronteiras nacionais, numa solidariedade de classe que acompanhe a expansão geométrica das empresas” (SILVA; FILHO; FRESTON, 2015, p.7). Para tanto, os autores trazem a rede sindical como uma organização horizontal dos trabalhadores visando a melhor interação entre a base de empregados e os líderes sindicais gerando um espaço de troca para, então, estabelecer um diálogo com a empresa.

Tal instrumentalização é possível através do Direito Transnacional do Trabalho que traz um tratamento sistemático para disciplinar essas relações (AVILÉS. 2017). Desse modo, a rede sindical é um instrumento flexível composto por trabalhadores e trabalhadoras no âmbito internacional buscando estabelecer uma essência das demandas para que haja um comprometimento das empresas transnacionais. Assim, respeitando os princípios e direitos trabalhistas dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Posto isso, afirma-se que o congelamento de óvulos como benefício trabalhista pode ser aplicado, desde que seja regulamentado via uma negociação coletiva legítima que a viabilize o exercício democrático da autonomia privada coletiva e siga as recomendações e normativas do Conselho Nacional de Justiça, bem como, quando tiver, os requisitos legais de regulamentação desses procedimentos.

CONCLUSÃO

Foram estudados os princípios do planejamento familiar, a parentalidade responsável e os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, uma vez que todos eles se movem em conjunto e de forma harmônica. Após, concluiu-se que esses princípios servem como fundamento basilar para a possibilidade de as empresas custearem integral ou parcialmente o procedimento de congelamento de óvulos ou criopreservação das suas empregadas.

Isso porque, as pessoas beneficiadas possuem o livre exercício de planejamento familiar, constituição e quantidade da prole, logo, sendo favorável àquelas que desejam realizar o procedimento, independentemente dos motivos.

Não obstante, deve-se também levar em conta os princípios do Direito do Trabalho, em especial o da proteção ao empregado, considerando-se que existe uma desigualdade factual entre empregador e empregado, o que de certa forma limita a autonomia da vontade, gerando uma crítica em relação ao congelamento de óvulos tratar-se de uma política empresarial.

Em seguida, versou sobre o procedimento para congelar os óvulos apontando que não é apenas ir à clínica, retirar os óvulos e congelar, de forma que as mulheres se submetem ao um processo longo de fertilização com aplicações hormonais para somente após 10 ciclos terem os óvulos retirados e vitrificados.

Isso se fez necessário para expor que não basta o custeio por parte da empresa, mas também é necessário a flexibilização de jornadas e metas ao longo desse período, haja vista que as consequências físicas e mentais da constante injeção hormonal podem possuir efeitos negativos, como fadiga e dores. Consequentemente, a produtividade dela pode cair dentro do período de aplicação e após a retirada, uma vez que o corpo humano leva tempo para se reestruturar.

Manifesto tudo isso, conclui-se que o benefício pode ser regulamentado e definido via negociação coletiva pela falta legislativa de regramento, bem como a possibilidade da regulação via negociação coletiva poder contextualizar e atender a situação concreta de determinada categoria de empregadas. Contudo, para tanto, faz-se necessário ser uma negociação coletiva que viabilize o exercício livre e democrático de representação e defesa dos interesses, a argumentação e proteção das empregadas frente à disparidade de armas. Ainda, da necessária fiscalização dos órgãos estatais responsáveis para a garantir que direitos indisponíveis não estejam sendo objetos de discussão.

Além disso, expõe-se a negociação coletiva transnacional como um instrumento possível nos casos de contratações de multinacionais no Brasil. Sendo, portanto, necessário uma

sistemática disciplina aplicada à esse casos, de forma que os princípios e direitos trabalhistas previstos internacionalmente, tais como aqueles debatidos pela Organização Internacional do Trabalho, tenham exigibilidade no Estados.

Logo, defende-se que a concessão do pagamento desses procedimentos é favorável as mulheres, porém, não conquistam uma igualdade de gênero. Posto que, o problema da desigualdade de gênero é estrutural da sociedade, portanto, não será conquistado sem a ruptura dos padrões androcêntricos que marginalizam às mulheres aos trabalhos domésticos e de cuidado não pago.

REFERÊNCIAS

AVILÉS, Antonio Ojeda. Direito transnacional do trabalho e constituição global. *Teoria jurídica contemporânea*. UFRJ, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/17807>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018. p.129

Bolognesi, B. (2012). A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral? Paraná Eleitoral: *revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, 1(2), 113-129.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 19 de set. de 2023

BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhista*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 28 de set. de 2023.

COUTO, Michele Cristine Assis. Existe um direito de ter filhos?. *Dissertação* (mestrado), 2007. Universidade Federal da Bahia (UFBA). Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8971/1/MICHELLE%20CRISTINE%20ASSIS%20COUTO%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O%20FINAL.pdf> >. Acesso em: 28 de set. 2023.

FILHO VASCONCELOS, Paulo Américo Maia de. Negociação coletiva, transnacionalização e procedimentalidade. *Tese* (doutorado). Univer-

cidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), 2017. Disponível em: <<https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/9349/1/Tese%20-%20Paulo%20Americo%20Maia%20de%20Vasconcelos%20Filho%20-%202017%20-%20Completa.pdf>>. Acesso em: 27 de set. 2023.

Fraser, N. (2007). Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *Estudos feministas*, 15(2), 291-308. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2007000200002/1781>. Acesso em: 28 de set. 2023.

Fraser, N. (2007). Reconhecimento sem ética? *Lua nova*, São Paulo, 70, 102-220. Disponível em: <<http://www.cedec.org.br/mediacoes-dificeis---ano-2007---no-70>>. Acesso em: 28 de set. De 2023

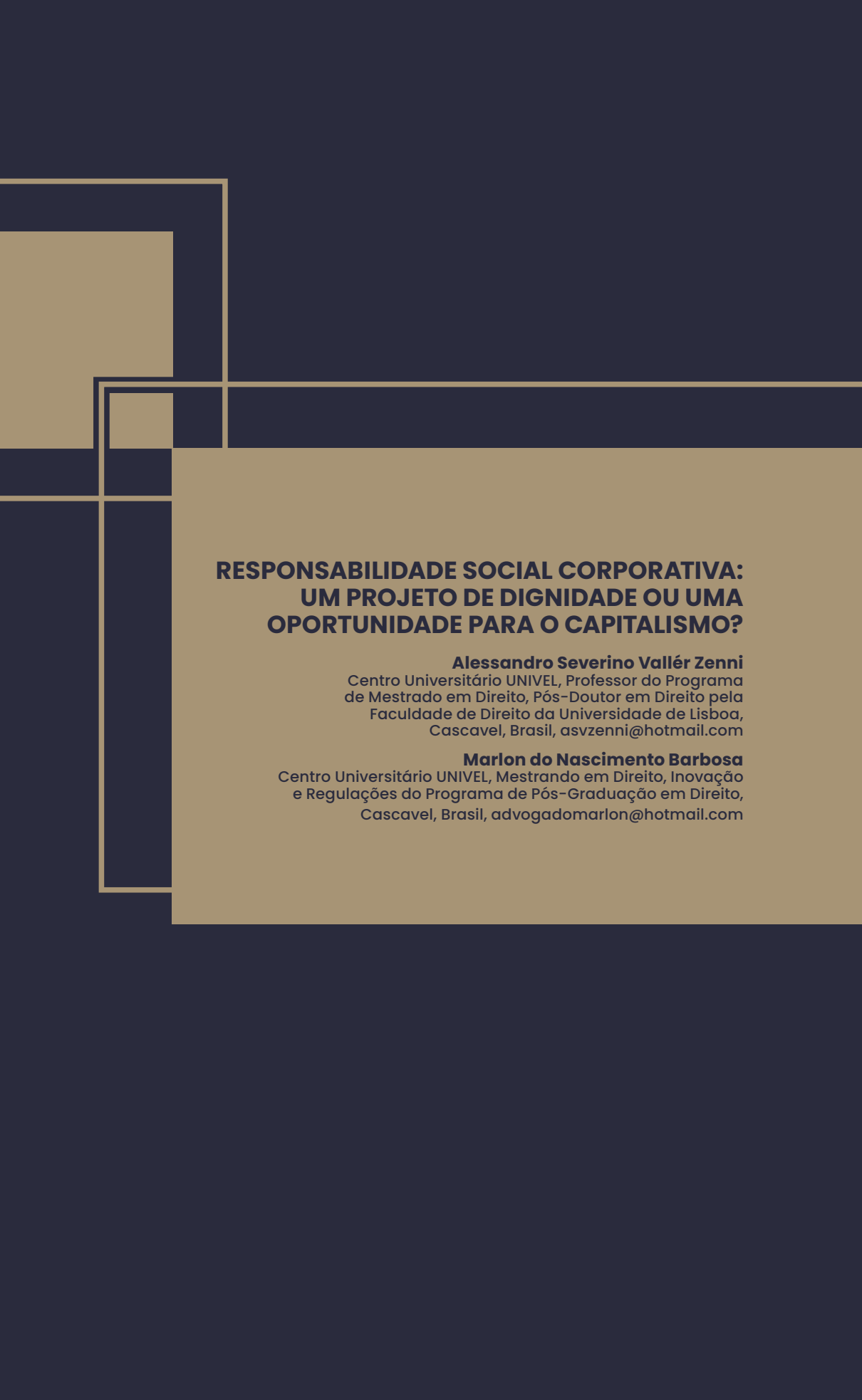
MERTES, Heide. Does company-sponsored egg freezing promote or confinen women's reproductive autonomy. *Springer*. 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10815-015-0500-8>. Acesso em: 06 de set. de 2023.

PAIANO, Daniela Braga. O Direito de filiação nas famílias contemporâneas. *Tese* (doutorado). Universidade de São Paulo (USP): São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29072016174709/publico/Daniela_braga_paiano_integral.pdf. Acesso em: 27 de set. 2023

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Planejamento familiar e reprodução assistida. *CONPEDI Law Review*. 2020. p.142. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/6970>. Acesso em: 23 de set. de 2023.

SILVA, Leonardo Mello e; FILHO FRAMIL, Ricardo; FRESTON, Raphael. Redes sindicais em empresas transnacionais: enfrentando a globalização do ponto de vista dos trabalhadores. *Friedrich Ebert stiftung Brasil*. 2015.

OLIVEIRA, Lourival José de; FIGUEIREDO, Mayra Freire de. A reforma trabalhista e liberdade contratual: o direito ao trabalho sob a perspectiva puramente econômica. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*. Curitiba: 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6311971>. Acesso em: 04 de ago. de 2023.



RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA: UM PROJETO DE DIGNIDADE OU UMA OPORTUNIDADE PARA O CAPITALISMO?

Alessandro Severino Vallér Zenni

Centro Universitário UNIVEL, Professor do Programa
de Mestrado em Direito, Pós-Doutor em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,
Cascavel, Brasil, asvzenni@hotmail.com

Marlon do Nascimento Barbosa

Centro Universitário UNIVEL, Mestrando em Direito, Inovação
e Regulações do Programa de Pós-Graduação em Direito,
Cascavel, Brasil, advogadomarlon@hotmail.com

RESUMO: O artigo objetiva analisar a responsabilidade social corporativa sob dois prismas: o de exaltação dos valores éticos atinentes à dignidade da pessoa humana e o de subsunção aos objetivos capitalistas, assim vistos como obtenção de vantagens econômicas competitivas. Justifica-se o estudo como uma forma de reflexão crítica acerca dessa postura da responsabilidade social corporativa, trazendo à tona concepções importantes sobre a relação entre o capitalismo e a dignidade. O método de abordagem é o dialético, fixando-se como tese a responsabilidade social corporativa vista sob o manto dos atributos da dignidade em si, enquanto valor orientador da sociedade brasileira, e como antítese a responsabilidade social corporativa como uma oportunidade de negócios eminentemente capitalista. Quanto ao método procedimental, será utilizado o método tipológico, focado nos modelos de dignidade enquanto valor fundamental e utilização da dignidade como justificativa para a acumulação de capital. Foram desenvolvidos três tópicos, sendo o primeiro referente à dignidade da pessoa humana enquanto valor essencial, o segundo referente ao capitalismo e a realização de interesses individuais por meio do poder econômico e o terceiro referente à responsabilidade social corporativa como sistema de sobrevivência capitalista. Como conclusão, verifica-se que a promoção de valores sociais relevantes, dentre eles a dignidade, não é o elemento motivador desse engajamento empresarial, mas sim um meio utilizado para a acumulação do capital e como estratégia de vantagem competitiva, utilizando-se as técnicas de negociação para o engajamento e a propaganda. Diante desse quadro, a responsabilidade social corporativa é uma oportunidade de negócios eminentemente capitalista, não sendo motivada pelos atributos da dignidade em si.

Palavras-chave: Dignidade; Capitalismo; Oportunidade; Dominação; Propaganda.

ABSTRACT: The article aims to analyze corporate social responsibility from two perspectives: the exaltation of ethical values related to human dignity and the subordination to capitalist objectives, seen as the pursuit of competitive economic advantages. The study is justified as a form of critical reflection on this stance of corporate social responsibility, bringing to light important conceptions about the relationship between capitalism and dignity. The methodological approach is dialectical, with corporate social responsibility viewed as the thesis under the mantle of the attributes of dignity itself, as a guiding value of Brazilian society, and as the antithesis, corporate social responsibility as an eminently capitalist business opportunity. Regarding the procedural method, the typological method will be used, focusing on models of dignity as a fundamental value and the use of dignity as a justification for the accumulation of capital. Three topics were developed, the first concerning human dignity as an essential value, the second concerning capitalism and the realization of individual interests through economic power, and the third concerning corporate social responsibility as a capitalist survival system. In conclusion, it is observed that the promotion of relevant social values, including dignity, is not the motivating factor behind this corporate engagement, but rather a means used for capital accumulation and as a competitive advantage strategy, employing negotiation techniques for engagement and propaganda. In this context, corporate social responsibility is an eminently capitalist business opportunity, not motivated by the attributes of dignity itself.

Keywords: Dignity; Capitalism; Opportunity; Domination; Propaganda.

INTRODUÇÃO

No preâmbulo da Constituição de 1988, tem-se o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos para uma sociedade fraterna (BRASIL, 1988).

Na realidade brasileira, o rol de desigualdades e de injustiças, que redundam na impossibilidade do alcance do bem-estar, é extenso e afastado dos ideais da fraternidade.

Nesse contexto, sujeitos desinteressantes, sob o ponto de vista econômico, são colocados à margem da oferta de condições de igualdade, justiça e bem-estar, mesmo diante das reflexões em torno da dignidade da pessoa humana, as quais contemplam um resgate ao essencialismo humano.

O sistema econômico, engolfado pelas estatísticas, instrumentalizou a razão e torna o mundo circundante um jogo de dados, cálculos e estatísticas, reificando sujeitos, e não permite sequer o reconhecimento de um mínimo patamar civilizatório ao contexto humano.

Sob o manto capitalista, tem-se um sistema injusto e individualista, com a mercantilização de tudo e de todos.

Apar dessas considerações, muitas empresas, nos dias atuais, têm-se empenhado em implementar a responsabilidade social corporativa, diante do mandamento constitucional da livre iniciativa e da justiça social, ressaltando a busca da dignidade no desenvolvimento de suas atividades.

Apresentado esse cenário, surge a seguinte questão: o que move o interesse das empresas no desenvolvimento de pautas de responsabilidade social corporativa, trazendo a reboque a oferta de oportunidades de dignidade às pessoas economicamente desfavorecidas?

Duas são as hipóteses que se apresentam para o problema levantado: ou o interesse no desenvolvimento de pautas de responsabilidade social corporativa traz consigo uma mudança de postura na atividade empresarial com base nos valores constitucionalmente eleitos atinentes ao bem-estar, igualdade, justiça e fraternidade, representativos de deveres de virtude, ou as pautas de responsabilidade social corporativa representam uma reafirmação

do próprio sistema capitalista, funcionando como um meio de dominação baseado em propaganda, algo puramente ideológico.

Justifica-se o estudo como uma forma de reflexão crítica acerca dessa postura da responsabilidade social corporativa, trazendo à tona concepções importantes sobre a relação entre o capitalismo e a dignidade.

Seria a dignidade um valor desejado no desenvolvimento da atividade empresarial ou uma simples oportunidade de negócios, usada tão somente para a obtenção de vantagem competitiva no embate capitalista?

Considerando o problema, as hipóteses e a justificativa, verifica-se que o tema adquire relevância na medida em que a dignidade, seja por si mesma, ou como imperativo econômico analítico, poderá ser cada vez mais inserida na pauta social, tornando alcançável bem-estar, justiça e isonomia.

O que de fato importa é o alcance da dignidade, ainda que o seja como uma oportunidade capitalista, regime econômico constitucionalmente assegurado.

No desenvolvimento do trabalho, será utilizado o método de abordagem dialético, fixando-se como tese a responsabilidade social corporativa vista sob o manto dos atributos da dignidade em si, enquanto valor orientador da sociedade brasileira, e como antítese a responsabilidade social corporativa como uma oportunidade de negócios eminentemente capitalista.

Quanto ao método procedimental, será utilizado o método tipológico, focado nos modelos de dignidade enquanto valor fundamental e utilização da dignidade como justificativa para a acumulação de capital.

Apesquisa será teórica e terá como marcos teóricos as concepções sobre dignidade, capitalismo e responsabilidade social corporativa.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO VALOR ESSENCIAL

Ao abordar o tema dignidade da pessoa humana, pode-se pensar, num primeiro momento, no núcleo de direitos eleitos como fundamentais à própria existência dos seres humanos pelos

mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo e altamente protegido por eles.

De acordo com Barcellos (2011, p. 125): “um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano”.

Entretanto, essa concepção de coletividade, conferindo os direitos dos seres humanos como se todos fossem integrantes de um grande todo, foi substituída, em termos das construções jurídicas pós-modernas, pelo individualismo, de modo que a dignidade da pessoa humana passou a ser vista em relação ao indivíduo em si, independentemente de seu posicionamento social ou em determinado ordenamento jurídico, e sem quaisquer condicionantes derivadas disso.

É a garantia do mínimo existencial a cada ser humano, com a estreita relação com a eficácia jurídica das respectivas normas asseguradoras, já que quanto mais socialmente fundamental e relevante for a proteção passível de ser conferida, mais eficaz deverá ser o aparato normativo.

Conforme Barcellos (2011, p. 135), acerca do mínimo existencial: “nada mais é do que um conjunto formado por uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade, dentre outros critérios”.

A essencialidade do mínimo existencial na seara da dignidade da pessoa humana o coloca como fundamento dos sistemas jurídicos mundiais, sendo elementar à própria existência dos seres humanos.

Segundo Barcellos (2011, p. 164-165): “não há autor, de direito público ou privado, que não destaque a dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, bem como sua superior fundamentalidade, se comparada a outros bens constitucionais”.

Mesmo assim, ainda que o direito interno e o direito internacional demonstrem a fundamentalidade jurídica da dignidade da pessoa humana, Sarmiento (2020, p. 69) destaca o seguinte: “a invocação da dignidade tornou-se moeda corrente no discurso internacional, a ponto de suscitar legítimas preocupações quanto à sua banalização”.

A banalização traz consigo o discurso recorrente de defesa da dignidade da pessoa humana, ainda que meramente retórico e totalmente desprovido de efetividade.

Apregoa-se a dignidade como adjetivo para tornar tudo mais atrativo e justificável: desde o transporte coletivo até o atendimento de saúde, os quais, nos grandes centros, a despeito dos *slogans* de dignidade, não tem nada de muito digno.

E mais: o discurso é usado não como aclamação autêntica da importância essencial da dignidade da pessoa humana, mas sim para finalidades outras totalmente dissociadas disso e destinadas exclusivamente a diversos interesses.

No Brasil, embora a dignidade da pessoa humana seja socialmente fundamental e conte com ampla proteção por parte do texto constitucional, é importante ressaltar que a existência de estamentos sociais funciona como uma identidade para os indivíduos que estão neles inseridos (Sarmiento, 2020, p. 70), o que não redunde, necessariamente, numa proteção mais integral em razão das maiores vulnerabilidades.

A propagação da dignidade como valor não possui, ao contrário do que se gostaria, o alcance que a teoria fornece ao tema.

Diante desse quadro, a desigualdade apresenta-se como um dos mais crônicos problemas da sociedade brasileira, sendo mais fácil cogitar-se da proteção à dignidade da pessoa humana em localidades mais abastadas do que em zonas periféricas e pobres.

Conforme Sarmiento (2020, p. 70), o enraizamento dos indivíduos nas diversas classes sociais não é sinônimo da emancipação e nem de maior proteção, notadamente para as classes mais vulneráveis, o que vai concretamente em sentido oposto à fundamentalidade social e jurídica.

Trata-se da “desigualdade multidimensional”, a qual, segundo Sarmiento, “se manifesta em outros planos, como na falta de acesso universal às liberdades básicas e aos serviços públicos, no tratamento dispensado às pessoas por agentes estatais e por particulares [...]” (2020, p. 71), trazendo um descompasso entre a previsão normativa da dignidade da pessoa humana e sua efetiva proteção e concretização.

Segundo Sarmento (2020, p. 71-72), a desigualdade no Brasil é acentuada por traços culturais, inclusive pela cordialidade do povo brasileiro, a qual traz consigo a dificuldade de serem observadas regras impessoais de conduta, preferindo-se as relações pessoais e subjetivas fortemente marcadas pelo patrimonialismo, em lugar das relações objetivas.

É por essa razão que os mais ricos são admirados pelos mais pobres, de modo que qualquer sinal de riqueza é elogiado e enaltecido e funciona como um atestado de inserção em camadas aparentemente mais relevantes da sociedade, formando quase verdadeiras castas, muito embora, na essência da fundamentalidade social e jurídica, o mais pobre dos seres humanos brasileiros possua o mesmo arcabouço de dignidade que o mais rico dos brasileiros.

E o que é mais importante: sejam ricos ou pobres, considerando o ordenamento jurídico nacional, todos podem, igualmente, reivindicar os direitos relativos à dignidade.

Em verdade, o que essa nítida divisão entre ricos e pobres revela, com privilégios aos primeiros, é uma dominação capitalista altamente arraigada na sociedade, e não só brasileira, mas mundial.

De qualquer forma, menos ou mais efetiva, considerando a inserção dos indivíduos nos estamentos sociais brasileiros, a dignidade da pessoa humana está presente na ordem constitucional como um fim da ordem jurídica e do Estado.

Sob essa perspectiva, a dignidade da pessoa humana possui valor fundamental e norteador na ordem jurídica brasileira, desdobrando-se no plano da legitimação moral e no plano hermenêutico.

Destacando-se a legitimação moral, de acordo com Sarmento (2020, p. 91), a dignidade “confere fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica, ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana, e não o contrário”.

Nesse ponto, a dignidade, como fundamento moral do Estado com foco na pessoa humana, identifica-se com as leis morais kantianas, as quais são aquelas leis incondicionais, formando os chamados imperativos categóricos, representando uma ação como objetivamente necessária por si só.

De acordo com Kant, o comando ético universal é o seguinte: “aja em conformidade com o dever por dever” (2003, p. 234). É o agir sem qualquer valoração orientada por elementos externos circunstanciais ou afetada por impulsos humanos sensíveis, notadamente os ruins e ignóbeis.

É o proporcionar a dignidade a todos sem considerar que alguns seriam mais dignos do que outros. É considerar a essencialidade humana sem perpetrar, realmente, qualquer tipo de discriminação.

Os impulsos humanos afastam o imperativo categórico, o qual se consubstancia no seguinte, segundo Kant: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal” (2003, p. 67-68).

Se todos os seres possuem a mesma condição humana, seria uma lei universal conceder aos encarcerados condições degradantes no cárcere? Diriam alguns que sim, já que criminosos merecem o pior.

Todavia, e se no lugar de um criminoso contumaz encarcerado tivéssemos um indivíduo honesto e dotado de valores éticos fosse preso por engano durante uma semana? Será que seria justificável o mesmo tratamento degradante no cárcere?

Trazendo essa ideia de imperativo categórico para a concretude da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que esta seja prevista normativamente e conferida a todo e qualquer ser humano, independentemente de qualquer posicionamento em determinada classe social, sem quaisquer outras digressões.

Desse modo, considerando a individualização da dignidade da pessoa humana, o imperativo categórico respectivo é o de promover a mais ampla proteção dela, como legitimação moral do Estado, promovendo-se a paulatina redução da desigualdade, ainda hoje existente e latente.

É o agir com o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana pela simples existência do ser humano enquanto indivíduo, de modo a voltar toda a ordem jurídica e toda a ação estatal para essa finalidade.

No que concerne ao alcance da dignidade da pessoa humana, conforme Sarmiento (2020, p. 97):

O princípio da dignidade da pessoa humana se presta também ao papel de parâmetro para controle de atos estatais – normativos, administrativos e jurisdicionais – e mesmo de atos particulares, como contratos e negócios jurídicos em geral. Em síntese, são inválidos os atos que ofenderem a dignidade humana.

Isto é, como fundamento hermenêutico, a dignidade da pessoa humana é orientação normativa e jurisdicional, funcionando sempre como o parâmetro balizador a ser observado e alcançado.

Como fundamento moral do Estado, a dignidade da pessoa humana deve orientar a atuação administrativa concreta, de modo que o aparato estatal deve oportunizar a todos, observadas as restrições econômicas estatais, e sem distinção entre estratos sociais, idênticas condições de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Sob o ponto de vista dos atos particulares, a dignidade da pessoa humana não deve ser maculada em qualquer tipo de situação, com cuidados especiais atinentes à desigualdade inerente à própria sociedade brasileira.

Em relação à desigualdade socialmente consolidada, a atenção e o cuidado dos particulares com a dignidade da pessoa humana ganham destaque, já que a liberdade de atuação na seara particular é bem maior do que na seara pública, considerando o art. 5º, *caput*, II da Constituição Federal, nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Segundo Sarmento (2020, p. 106):

Dessa compreensão emergem, *prima facie*, os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

Esses aspectos são relevantes no que tange à interação entre os temas responsabilidade social, capitalismo e dignidade da

pessoa humana, notadamente diante da constatação de que esta possui raízes no valor absoluto e incondicional do ser humano.

O capitalismo, com suas lutas internas e com o privilégio aos vencedores, e a responsabilidade social, que contempla uma ferramenta da expansão da apropriação do capital representada por uma vantagem competitiva, são externalidades típicas e que acentuam as desigualdades, condicionando a dignidade da pessoa humana a outros valores dissociados do valor maior da essencialidade humana.

2 O CAPITALISMO E A REALIZAÇÃO DE INTERESSES INDIVIDUAIS POR MEIO DO PODER ECONÔMICO

Com foco na liberdade, a qual seria, em tese, capaz de assegurar existência digna ao ser humano livre para atuar conforme melhor lhe conviesse, o capitalismo, com sua lógica impessoal, aparentemente abriu a possibilidade de que todos pudessem ter melhores condições de vida.

Todavia, as melhores condições de vida, na seara capitalista, são circunstanciais e não se coadunam com o caráter absoluto e imprescindível da dignidade da pessoa humana como fundamento moral, posto que estão abertas apenas àqueles que, de alguma forma, alcançam sucesso nas relações mercadológicas.

Desde o fim do Século XIX, e começo do Século XX, o capitalismo mostrou-se ineficiente em promover a garantia da dignidade da pessoa humana a todos.

Conforme Barcellos (2011, p. 136): “a lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho que se pudesse empregar para obter tais bens”.

Ainda que o capitalismo favoreça uma parte dos indivíduos na busca pela dignidade, deixando de fora outro grande contingente de seres humanos, verifica-se que um dos grandes inimigos à consecução concreta e universal da dignidade da pessoa humana é o utilitarismo, o qual, amalgamado com o ideal capitalista, intensifica e perpetua a desigualdade que resulta na alocação dos indivíduos nas quase que intransponíveis classes sociais.

Segundo Sarmiento (2020, p. 142), o utilitarismo é um adversário à ideia de valor intrínseco da pessoa, já que é uma teoria moral que preconiza que a melhor solução para os problemas humanos é a que traz felicidade para o maior número de pessoas.

Isto é, o utilitarismo não se preocupa com o todo, mas sim com parte dele, de modo que, considerando as desigualdades sociais, e sobretudo o culto ao patrimonialismo, a melhor solução, muito provavelmente, será aquela que traz felicidade aos que possuam acesso ao consumo.

O utilitarismo não está preocupado com os imperativos categóricos ou com as máximas universais do agir pelo agir com foco no fato de que todo o ser humano é portador de dignidade, mas sim no que traz de proveito para grande parte das pessoas, geralmente pertencentes às classes dominantes.

Conforme Sarmiento (2020, p. 143), “o utilitarismo adota uma moralidade consequencialista. Em outras palavras, ele julga o valor de uma ação ou regra pelas consequências que produz sobre a vida das pessoas, e não pela sua adequação a princípios morais universais [...]”.

Sob a perspectiva utilitarista, poderia ser mais oportuno oferecer melhores condições de saneamento e de segurança pública aos bairros nobres das cidades, nos quais vivem pessoas formadoras de opinião e que possuem laços com os governantes, do que oferecer as mesmas condições para os “invisíveis” bairros periféricos.

Afastado dos princípios morais – os quais conduzem ao agir incondicional em busca da dignidade da pessoa humana – o utilitarismo dirige-se ao que agrada a maior parte das pessoas, o que nem sempre se coaduna com o interesse de todos os indivíduos que compõem a coletividade.

De todo modo, ainda que capitalismo – que traz consigo a dignidade apenas para os vencedores das relações mercadológicas – e o utilitarismo – o qual, por sua vez, traz consigo o alcance da felicidade para parte das pessoas, muito provavelmente as mesmas vencedoras das relações capitalistas – não estejam necessariamente alinhados com a ampla garantia da dignidade a todos os seres humanos, indistintamente, verifica-se que o capitalismo é o regime econômico constitucionalmente assegurado.

Segundo Bresser-Pereira (2014, p. 289): “hoje o capitalismo impera em toda parte, tudo se tornou mercadoria, quase tudo se submeteu à lógica do lucro e da acumulação de capital, ou seja, à lógica do mercado”.

O capitalismo atua como um sistema e traz consigo uma consciência coletiva com valores subconscientes, de modo que o ato de repensar os valores morais atinentes à dignidade da pessoa humana, estendendo-a a todos indistintamente, notadamente em proveito dos indivíduos pertencentes aos estamentos sociais menos favorecidos, requer um esforço de superação na direção contrária do sistema.

Conforme Comparato (2011, p. 252):

Os indivíduos passam, mas a consciência coletiva permanece viva e atuante, de geração em geração. O importante é frisar que esse conjunto de ideias, sentimentos, crenças e valores predominantes forma um sistema, que atua na mente de cada um de nós como uma espécie de reator automático, no julgamento de fatos ou pessoas.

Pensar nos seres humanos enquanto portadores incondicionais de dignidade é valorizá-los em suas respectivas essências, o que vai no sentido oposto ao espírito do capitalismo, que é justamente o de transformar tudo em mercadoria, inclusive as pessoas.

No embate capitalista, os seres humanos desprovidos de bens materiais ou de condições de trocar sua mão de obra por dinheiro não possuem valor algum, já que o capitalismo reifica as pessoas.

Segundo Comparato (2011, p. 256):

Ora, o “espírito” material do capitalismo – para usarmos novamente a expressão consagrada de Max Weber – consiste, como Karl Marx bem advertiu, em tudo transformar em mercadoria: bens, ofícios públicos, concessões administrativas e até pessoas, como os trabalhadores assalariados ou os consumidores. Deparamos, aí, com uma radical desumanização da vida. O capital, como valor supremo, é transformado em pessoa ficta, dita entre nós pessoa jurídica, e em outras legislações pessoa moral. Os homens, ao contrário, quando despidos da posse ou propriedade de bens materiais, são aviltados à condição de mercadorias vivas, quando não excluídos da sociedade capitalista como pesos mortos.

E como no embate capitalista é vencedor aquele que possui mais posses, o instituto da propriedade é o mais importante do capitalismo, de modo que há uma busca incessante pela apropriação de bens.

E nessa busca incessante pela apropriação, o capitalismo conduz à realização do próprio interesse econômico egoístico, já que quanto mais propriedade determinado indivíduo tiver, mas vencedor será e mais respeito social adquirirá.

Notadamente no Brasil, onde a desigualdade social é bem acentuada e cultural, quanto mais apropriação tiver determinado indivíduo, mais admirado será e mais protegido estará, já que o Estado o enxergará mais do que se estivesse em posições sociais sem destaque algum.

Diante desse quadro, o capitalismo, enquanto regime econômico constitucionalmente assegurado, presta-se à realização de interesses pessoais, com foco no eu (“eu consigo”, “eu acumulo” e “eu me destaco”), sem qualquer vinculação com a oportunidade de condições idênticas de dignidade a todos.

E nem poderia ser diferente, já que na gênese do capitalismo a burguesia passou a exercer um poder factual, e não jurídico.

Segundo Comparato (2011, p. 264-265):

Ora, o poder que a burguesia principiou a exercer na sociedade medieval não era de índole jurídica, mas puramente factual; tanto mais que a riqueza dos primitivos burgueses fundava-se, como assinalado, não na terra, mas no dinheiro e outros bens móveis. Tratava-se, portanto, de uma riqueza ignóbil, no sentido histórico, isto é, possuída por alguém que não pertencia à nobreza. Por isso mesmo, esse poder econômico, desde as origens, não visava à realização do bem comum, mas unicamente à satisfação do interesse próprio do seu titular.

Como resultado da atuação do capitalismo, tem-se que o poder econômico é o elemento central, haja vista a garantia de que, quanto mais acumulação existir, mais sobrevivência e mais destaque terá o indivíduo, sendo-lhe abertas todas as portas possíveis de dignidade.

De acordo com Comparato (2011, p. 267):

Ora, o que importa notar é que a contínua acumulação de capital é uma condição indispensável à sobrevivência do poder de cada empresa ou grupo empresarial, em um mercado competitivo. Se o capital permanece o mesmo, o poder da empresa no mercado se enfraquece.

Noutras palavras, a ausência de contínua acumulação funciona como uma ameaça ao indivíduo no modelo capitalista, e isso por duas razões: com menos recursos disponíveis, não terá a garantia de acesso às condições de vida digna que entende como as mais adequadas a si e aos que convivem consigo; além disso, o desprestígio social baterá incessantemente a sua porta, direta ou indiretamente, trazendo-lhes sérias aflições.

Dado esse panorama, é necessário que o indivíduo acumule continuamente, reiterando sua inserção e permanência nos estamentos sociais superiores, utilizando-se de toda a potencialidade das ferramentas postas pelo capitalismo, dentre elas a transformação de tudo em mercadoria – inclusive as pessoas, sejam trabalhadores ou consumidores – para poder usufruir delas as respectivas vantagens.

3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA COMO SISTEMA DE SOBREVIVÊNCIA CAPITALISTA

Embora os postulados da dignidade da pessoa humana possuam fundamentalidade social e jurídica e estejam focados na essencialidade humana, guardando estreita relação com princípios morais de altruísmo e no agir pelo agir em prol da oferta efetiva do mínimo existencial de modo indistinto a todos os seres humanos, é fato que o capitalismo é o regime econômico predominante, com todas as suas mazelas trazidas a reboque.

Dentre essas mazelas, uma delas é a busca incessante da expansão da apropriação, já que a acumulação de bens é objetivo nítido dos ideais capitalistas.

A acumulação de capital é o motivo determinante da atividade econômica e tudo gira em torno disso.

Diante desse contexto, a responsabilidade social surge como uma ferramenta colocada à disposição do capitalismo representando uma vantagem competitiva.

A busca por vantagens competitivas e a criação de melhores oportunidades é típica dos embates capitalistas, haja vista as crises que lhe são inerentes.

Conforme Serpa e Fourneau (2007, p. 84), a responsabilidade social passa dos debates em torno da caridade e do altruísmo para uma vantagem competitiva cultivada no meio empresarial e perante os consumidores – os quais, ressalte-se, nada mais são do que bens no mundo capitalista.

As empresas passaram a enxergar na responsabilidade social uma forma poderosa de propaganda para obterem vantagens junto aos seus consumidores, a fim de conquistá-los na batalha capitalista travada no mercado competitivo.

Além da vantagem capitalista em si, a responsabilidade social encontra campo fértil na medida em que o Estado, embora tenha eleito a dignidade como fundamento moral, não consegue – ou não deseja – efetivá-la concretamente.

Segundo Alvarado e Santos (2018, p. 5): “O Estado diminui sua atuação na intervenção social; em lugar de constituir uma rede universal de proteção social que expanda o Estado na garantia dos direitos sociais, o bem-estar social recai em outros âmbitos privados”.

Como o capitalismo necessita de novas ferramentas para sua subsistência e expansão, a diminuição da interferência do aparato estatal quanto à consecução da dignidade da pessoa humana e a atribuição dessa tarefa às empresas, por meio da responsabilidade social, é uma ação muito proveitosa aos interesses capitalistas.

É evidente que essa forma de atuação empresarial não é ostensiva e declarada – e nem precisa ser – já que o capitalismo e seus concepções estão arraigados culturalmente nos mais diversos setores da sociedade.

Segundo Comparato (2011, p. 252): “nesse sentido, é uma realidade mental muitas vezes subconsciente e, quando reconhecida pelo sujeito, é não raro por ele ocultada, ou então expressa de modo enganoso”.

É a “sociedade sem oposição” referida por Herbert Marcuse, na qual os seres humanos – no caso os consumidores – integrados ao sistema capitalista, aceitam sem contestação a propaganda

empresarial de uma aparente importância dada à dignidade, mas que no fundo é apenas uma forma de expansão mercadológica dos que vendem essa ideia.

Conforme Peixoto (2011):

Segundo Marcuse, esta sociedade industrial pode ser denominada também de “sociedade sem oposição”: nela tudo está padronizado, uniformizado, perfeitamente integrado segundo normas comuns. Tudo nela, homens e coisas, aparece como produto do conformismo social. Neste estágio, os direitos e as liberdades perdem sua vitalidade e se esvaziam de seu conteúdo. A independência de pensamento e o direito à oposição política perdem sua função crítica, no momento em que a organização dessa sociedade a torna cada vez mais apta a satisfazer as necessidades individuais.

E de que forma esses ideais capitalistas adentram no íntimo dos consumidores para fazer-lhes acreditar que a dignidade da pessoa humana é realmente um valor em si – embora não o seja – defendido pela responsabilidade social?

Nesse aspecto, as empresas utilizam técnicas importantes para fazer valer os seus interesses e arrebatar consumidores sob o manto da responsabilidade social que defende, promete concretizar e até mesmo concretiza a dignidade da pessoa humana em algumas situações.

Dentre essas técnicas, destaca-se notadamente o perfil negociador das empresas, que consiste na capacidade de estabelecer um ótimo diálogo com os consumidores para fazê-los aderir a determinadas propostas (PAULA : 2020, p. 66).

De acordo com Serpa e Fourneau (2007, p. 84):

A busca por uma atitude de responsabilidade social corporativa, intensificada a partir da década de noventa, fez surgir um campo de estudo amplo dentro da administração e do marketing. Estudos nesta área partem do interesse em se entender como a percepção dos consumidores a respeito das empresas e de suas ofertas é formada e influenciada.

A autorresponsabilidade privada, em contraponto à consecução das políticas sociais estatais, nelas incluídas as garantias necessárias à efetividade da dignidade, faz com o que os consumidores adiram aos projetos das empresas que estabelecem o diálogo em

torno da responsabilidade social como meio necessário à efetiva realização do bem-estar social.

Conforme Alvarado e Santos (2018, p. 5 e 6):

O ideário neoliberal cumpre sua função político-ideológico esvaziando a dimensão de direito universal de cidadania em relação às políticas sociais estatais, criando uma cultura de auto-responsabilidade e de autoajuda para o enfrentamento das refrações da questão social.

Trata-se de um mecanismo engenhoso para a doutrinação da sociedade, posto que o capitalismo manipula as necessidades dos consumidores, sob os mais diversos pretextos – inclusive os ligados a valores éticos, típicos da responsabilidade social – para que passem a agir e atuar de acordo com o que o mercado deseje, e não de acordo com suas reais necessidades.

Conforme Serpa e Fourneau (2007, p. 85):

Por outro lado, a visão socioeconômica defende o papel da organização na promoção do bem-estar social, com objetivos mais amplos do que a obtenção de lucros corporativos e geração de empregos, sem contudo ignorá-los. Alguns de seus princípios são: foco nos lucros de longo prazo para o negócio; obtenção de melhor imagem junto à sociedade e menor regulamentação governamental para o negócio; incorporação de maiores obrigações sociais para o negócio; promoção de melhor ambiente para todos. De acordo com esta abordagem, a empresa estará cumprindo sua responsabilidade social na medida em que proporcionar uma melhora nas condições de vida da sociedade.

E para conquistar o convencimento dos consumidores em torno desse projeto de promover acumulação de capital por meio de oportunidades chanceladas pelos valores éticos, utiliza-se com muita ênfase a propaganda.

Acerca da propaganda, verifica-se que esta é um instrumento poderoso do capitalismo, elegendo-se a satisfação dos desejos dos indivíduos como sinônimo de felicidade – e de dignidade.

Conforme Bittencourt (2016, p. 32):

Tanto a atividade publicitária como o jornalismo corporativo não estão comprometidos com o esclarecimento cultural e a emancipação cultural das massas: esses dois segmentos midiáticos prosperam economicamente através da alienação coletiva, da despersonalização dos caracteres, da formatação do

cidadão em consumidor, da apologia do mercado como o soberano condutor da vida humana rumo ao progresso material.

Carregada com grande dose de retórica, a propaganda da responsabilidade social manipula os consumidores/receptores com o discurso de exaltação da defesa de valores éticos e da dignidade da pessoa humana, muito embora tenha o objetivo subliminar de obter mais vantagens mercadológicas, com a consequente acumulação de capital para as empresas.

Conforme Bittencourt (2016, p. 32):

A retórica, técnica de discurso pautada no postulado epistemológico de inexistência da verdade absoluta e no convencimento persuasivo do locutor sobre os receptores, manipulando suas paixões contraditórias, encontrou no antigo mundo grego grande importância no desenvolvimento de sua gestão social, influenciando as atividades filosóficas, políticas, jurídicas e comerciais.

Afinal, são emocionantes e altamente convincentes propagandas de empresas que, ao lado de seus produtos, ostentam imagens de respeito ao meio ambiente e à saúde, por exemplo.

Isso vai desde o “beba com moderação” até o “consumo consciente”, passando pelo “respeito absoluto ao consumidor”, sempre com a utilização de fortes apelos publicitários inconscientes, das mais variadas matizes.

E outro ponto é bem interessante, no que tange à ética na propaganda, já que esta é necessariamente submetida a mudanças em razão dos próprios comportamentos éticos desenvolvidos pela sociedade.

Segundo Borden (1967, p. 161):

O problema ético da propaganda realmente importante não é o de saber se a persuasão deve ser exercida, mas como ela deve ser exercida. Em outros termos, qual é a ética da influência nas relações econômicas? Não somente os padrões éticos mudam com o passar do tempo, como já foi sugerido, mas também são pragmáticos em um outro sentido.

Nesse caso, mesmo a mais ostensiva propaganda com o nítido intuito capitalista estará a salvo de debates éticos se, ao lado das relações econômicas, colocar também a defesa dos valores concernentes à dignidade, haja vista que esta se situa nos

mais nobres patamares da fundamentalidade social e jurídica no ordenamento jurídico nacional e internacional.

De toda sorte, o fato é que ainda que a atividade das empresas traga melhores condições sociais, verifica-se que a promoção de valores sociais relevantes, dentre eles a dignidade, não é o elemento motivador desse engajamento empresarial, mas sim um meio utilizado para a acumulação do capital e como estratégia de vantagem competitiva, utilizando-se as técnicas de negociação para o engajamento e a propaganda.

De acordo com Comparato (2011, p. 271 e 272):

O método capitalista de autopropaganda foi inspirado na publicidade comercial, e se reveste das mesmas características: convencer o público não pela razão, mas pelos sentimentos; caprichar na aparência das mensagens, sem grandes explicações sobre o seu conteúdo; insistir em que a aceitação do que é proposto não demanda grandes esforços nem custos ingentes, e somente produz benefícios, ao contrário do que propõem os concorrentes.

A propaganda capitalista propaga que é bom, justo e oportuno que se estabeleçam relações comerciais e de consumo com empresas que defendam valores éticos e que promovam a concretização da dignidade da pessoa humana, fazendo-o de forma engenhosa para colher os resultados economicamente interessantes a si.

E como no Brasil o elemento subjetivo da cordialidade é marcante, cordialmente são acolhidos os argumentos dessa propaganda por meio do estabelecimento de vínculos de consumo com as empresas praticantes da responsabilidade social, as quais até podem, efetivamente, reverter parte dos lucros acumulados em ações concretas de promoção da dignidade, mas cujo objetivo principal é a expansão capitalista.

CONCLUSÃO

A essencialidade do mínimo existencial na seara da dignidade da pessoa humana o coloca como fundamento dos sistemas jurídicos mundiais, sendo elementar à própria existência dos seres humanos.

Ainda que o mínimo existencial seja muito relevante, o discurso de propagação da dignidade suscita legítima preocupação

quanto à banalização, trazendo uma carga retórica ao tema na medida em que a concretização dela não é efetiva.

O discurso é usado não como aclamação autêntica da importância essencial da dignidade da pessoa humana, mas sim para finalidades outras totalmente dissociadas disso e destinadas exclusivamente a diversos interesses.

A propagação da dignidade como valor não possui, ao contrário do que se gostaria, o alcance que a teoria fornece ao tema.

A desigualdade no Brasil é acentuada por traços culturais, inclusive pela cordialidade do povo brasileiro, preferindo-se as relações pessoais e subjetivas fortemente marcadas pelo patrimonialismo, em lugar das relações objetivas de defesa da dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental social e jurídico.

A dignidade, como fundamento moral do Estado com foco na pessoa humana, identifica-se com as leis morais kantianas, as quais são aquelas leis incondicionais, formando os chamados imperativos categóricos, representando uma ação como objetivamente necessária por si só.

Trazendo essa ideia de imperativo categórico para a dignidade da pessoa humana, é imprescindível que esta seja prevista normativamente e conferida a todo e qualquer ser humano, independentemente de qualquer posicionamento em determinada classe social, sem quaisquer outras digressões, e que a dignidade seja vista como um valor fundamental de todo o agir, pois esse é seu fundamento.

A seu turno, o capitalismo, com foco na liberdade, teria aparentemente aberto a possibilidade de que todos pudessem ter melhores condições de vida.

Por sua vez, o utilitarismo, considerando as desigualdades sociais, e sobretudo o culto ao patrimonialismo, traz dignidade aos que possuam acesso ao consumo.

Tanto o capitalismo quanto o utilitarismo, portanto, não estão necessariamente alinhados com a ampla garantia da dignidade a todos os seres humanos.

O capitalismo atua como um sistema e traz consigo uma consciência coletiva com valores subconscientes, transformando tudo em mercadoria, inclusive as pessoas.

Na busca incessante pela apropriação, o capitalismo conduz à realização do próprio interesse econômico do indivíduo, já que a acumulação é o objetivo.

Como resultado da atuação do capitalismo, tem-se que o poder econômico é o elemento central, haja vista a garantia de que, quanto mais acumulação existir, mais sobrevivência e mais destaque terá o indivíduo, sendo-lhe abertas todas as portas possíveis de dignidade.

A responsabilidade social surge como uma ferramenta colocada à disposição do capitalismo, representando uma vantagem competitiva, possibilitando a acumulação de capital.

As empresas passaram a enxergar na responsabilidade social uma forma poderosa de propaganda para obterem vantagens junto aos seus consumidores, a fim de conquistá-los na batalha capitalista travada no mercado competitivo, utilizando técnicas importantes para fazer valer os seus interesses e arrebatar consumidores.

Para conquistar o convencimento dos consumidores em torno desse projeto de promover acumulação de capital por meio de oportunidades chanceladas pelos valores éticos, utiliza-se com muita ênfase a propaganda, a qual, com grande dose de retórica, manipula os consumidores/receptores com o discurso de exaltação da defesa da dignidade da pessoa humana, muito embora tenha o objetivo subliminar de obter mais vantagens mercadológicas, com a consequente acumulação de capital para as empresas.

De todo modo, o fato é que ainda que a atividade das empresas traga melhores condições sociais, verifica-se que a promoção de valores sociais relevantes, dentre eles a dignidade, não é o elemento motivador desse engajamento empresarial, mas sim um meio utilizado para a acumulação do capital e como estratégia de vantagem competitiva, utilizando-se as técnicas de negociação para o engajamento e a propaganda.

Diante desse quadro, a responsabilidade social corporativa é uma oportunidade de negócios eminentemente capitalista, não sendo motivada pelos atributos da dignidade em si.

Todavia, ainda que a motivação seja capitalista, verifica-se que a responsabilidade social corporativa contribui para o alcance da dignidade.

Ainda que os meios não seja os mais éticos, os fins acabam sendo.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, Mariangel Sanchez. SANTOS, Tânia Maria Santana dos. A responsabilidade social como tendência contemporânea das políticas sociais no capitalismo na América Latina. In: *Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, Vitória : UFES, 2018. Disponível em <<https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/38552/25236>>, Acesso em 13 fev 2024, 23:15:00.

ARMANI, Amanda Bogert. PETRINI, Maira. SANTOS, Ana Clarissa. Quais são os atributos da liderança sustentável? *Revista Brasileira de Gestão de Negócios. São Paulo*, v. 22, n.4, out/dez 2020, p. 820-835.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo : Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Renato Nunes. A indignidade da publicidade. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 178, mar/2016, p. 31-42. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/31103/16204>>, Acesso em: 15 fev 2024, 14:50:00.

BORDEN, Neil H. Os efeitos econômicos da propaganda. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, 7 (24), set 1967, p. 149-185. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rae/a/F6LWj-j7k4BrFwtKgd3tvw9d/>>, Acesso em: 15 fev 2024, 15:25:00

BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Constituição (1988)*. Brasília : Senado, 1988.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Uma alternativa para o capitalismo? *Estudos Avançados*, São Paulo, 28(80), 2014, p. 289-294. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/79700/83702>>, Acesso em: 28 out 2023, 18:25:00.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. *Estudos Avançados*, São Paulo, 25(72), 2011, p. 251-276. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10585>>, Acesso em: 28 out 2023, 16:32:00.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru : Edipro, 2003.

PAULA, Ricardo Zimbrão Affonso de. *Capitalismo: definições*. São Luís, EDUFMA : 2020.

PEIXOTO, Luiz Antonio da Silva. Marcuse: cultura, ideologia e emancipação no capitalismo tardio. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, abr 2011, p. 1 a 8. Disponível em <<http://www.revispsi.uerj.br/v11n1/artigos/html/v11n1a08.html>>, Acesso em: 14 fev 2024, 20:20:00.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte : Fórum, 2021.

SERPA, Daniela Abrantes Ferreira. FOURNEAU, Lucelena Ferreira. Responsabilidade Social Corporativa: uma Investigação Sobre a Percepção do Consumidor. *Revista de Administração Contemporânea*, Maringá, v. 11, n. 3, jul/set 2007, p. 83-103. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rac/a/8qyLFBVV4FvyKqDKQWsZSrc/>>, Acesso em: 14 fev 2024, 19:53:00.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL E O TRABALHO NO MUNDO GLOBALIZADO

Henrique Pinho de Sousa Cruz

Universidade Estadual de Londrina,
Mestrando em Direito Negocial, Londrina,
Brasil. henrique.pinho.sousa.cruz@gmail.com

Lourival José de Oliveira

Universidade Estadual de Londrina, Docente do programa
de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Negocial,
Londrina, Brasil, lourival.oliveira40@hotmail.com.

Elve Miguel Cenci

Universidade Estadual de Londrina, Docente do
programa de Pós-graduação Stricto Sensu em
Direito Negocial, Londrina, Brasil, elve@uel.br.

RESUMO: No atual contexto globalizado, este resumo destaca a importância da justiça ambiental e do desenvolvimento sustentável. Muitas vezes, em momentos de crise econômica, a culpa recai sobre o Estado devido às restrições à exploração dos recursos naturais. Em resposta, o Estado intensifica as sanções devido à má gestão desses recursos e à degradação ambiental provocada pela intervenção humana, que muitas vezes ultrapassa as fronteiras de soberania, tornando-se um desafio global. Nesse cenário, é crucial considerar políticas de desenvolvimento sustentável e o papel das convenções e protocolos internacionais na proteção do meio ambiente. É preciso abordar o equilíbrio entre o comércio, que busca o crescimento econômico e o lucro para manter a estabilidade financeira, e a proteção ambiental, fundamental para a sobrevivência do planeta. A análise e o objetivo é alcançar a justiça ambiental por meio de um desenvolvimento sustentável que reconcilie esses aspectos, garantindo a coexistência de prosperidade econômica e preservação ambiental. Portanto, o desenvolvimento sustentável emerge como a solução para os desafios do mundo globalizado e do capitalismo desenfreado. A implementação de princípios de ESG (Governança, Sustentabilidade, Compliance) é fundamental nesse processo, assegurando que o crescimento econômico ocorra de maneira responsável, respeitando os limites da natureza e promovendo um equilíbrio essencial para a continuidade da vida na Terra.

PALAVRA-CHAVE: Desenvolvimento econômico. Globalização. Justiça Social. Trabalho Sustentável. ESG.

ABSTRACT: In the current globalized context, this summary highlights the importance of environmental justice and sustainable development. Often, in times of economic crisis, the blame falls on the State due to restrictions on the exploitation of natural resources. In response, the State intensifies sanctions due to the mismanagement of these resources and the environmental degradation caused by human intervention, which often goes beyond the borders of sovereignty, becoming a global challenge. In this scenario, it is crucial to consider sustainable development policies and the role of international conventions and protocols in protecting the environment. It is necessary to address the balance between trade, which seeks economic growth and profit to maintain financial stability, and environmental protection, which is fundamental for the survival of the planet. The analysis and the objective is to achieve environmental justice through sustainable development that reconciles these aspects, ensuring the coexistence of economic prosperity and environmental preservation. Therefore, sustainable development emerges as the solution to the challenges of the globalized world and unbridled capitalism. The implementation of ESG (Governance, Sustainability, Compliance) principles is fundamental in this process, ensuring that economic growth occurs in a responsible manner, respecting the limits of nature and promoting an essential balance for the continuity of life on Earth.

KEYWORDS: Economic development. Globalization. Social justice. Sustainable Work. ESG.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o século XXI tem experimentado um notável avanço científico, tecnológico em busca de desenvolvimento econômico. No entanto, esse período também tem deixado marcas nos direitos sociais, tais como o direito do trabalho e ao meio ambiente, à medida que o rápido desenvolvimento econômico com a criação de novas tecnologias, frequentemente se traduzia em precarização do trabalho com diminuição dos direitos sociais e nos danos ambientais significativos pela exploração antrópica. Um exemplo notável desse impacto negativo é o trágico acidente de 1989 envolvendo o navio Exxon Valdez, que resultou no derramamento de cerca de 41 milhões de litros de petróleo no oceano Ártico, causando estragos no ecossistema local e danos globais de proporções incalculáveis e intoxicação das águas para a pesca. Isso ocorreu devido à busca desenfreada pelo crescimento econômico, sem a devida consideração ao meio ambiente, que naquela época ainda não estava no centro das discussões sobre sustentabilidade, sendo visto meramente como um recurso a ser explorado pelo ultraliberalismo mercantil.

Diante desses eventos impactantes, tornou-se urgente a necessidade de uma reunião global das nações, conduzida por convenções e iniciativas da ONU, para estabelecer uma agenda que priorizasse a proteção do meio ambiente e seu equilíbrio. Convenções cruciais, como a Convenção de Estocolmo em 1972 e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Eco-92, realizada no Rio de Janeiro, repetidamente destacaram os mesmos debates. De um lado, alguns países defendiam a necessidade do desenvolvimento econômico, enquanto outros abraçavam a ideia de preservação ambiental, exigindo a interrupção das atividades econômicas prejudiciais ao meio ambiente. Foi desse dilema que surgiu a noção de crescimento sustentável, um conceito que evoluiu e se refinou ao longo dos anos.

Hoje, enfrentamos um mundo globalizado em que o capitalismo predatório ainda persiste, mas a hipótese de saída reside na implementação de princípios de Governança, Sustentabilidade e Responsabilidade Corporativa (ESG), que reconhecem a necessidade

de equilibrar o crescimento econômico com a proteção do meio ambiente. E em meio a isso, alguns defendem a inexistência de problemas ambientais gerados pela exploração antrópica da natureza e afirmam não haver aquecimento global qualquer, isto baseados em falácias e *Fake News*. O desenvolvimento sustentável emerge como a solução vital para a coexistência harmoniosa entre o progresso econômico e a preservação do nosso planeta, garantindo que não comprometamos o futuro em nome do presente.

1 O AQUECIMENTO GLOBALE A CONSTANTE NEGAÇÃO DE SUA EXISTÊNCIA

Nos últimos anos o planeta terra tem experimentado catástrofes cada vez mais severas e irreversíveis ao ponto que a destruição antrópica avança sobre novas formas de exploração da natureza em busca de lucratividade econômica e viabilização das tecnologias.

Com o avanço da tecnologia e o acesso massificado do conhecimento, também tivemos o crescimento exponencial da conexão de pessoas pelo mundo através das redes sociais, formando por assim dizer uma nova esfera semipública de debates e de produção de conhecimento. (HABERMAS, 2023, p. 18)

Entretanto, o conhecimento e o debate produzido nas redes viraram fonte de lucro e dominação econômica para alguns setores de maneira que o pensamento produzido por vezes nesse ambiente nem sempre é expandido ou capaz de atingir toda uma rede, isto por que os algoritmos por trás da estrutura informática destas redes, faz com que as suas escolhas e definições ideológicas fiquem restritas a um público que compactua com posições semelhantes as suas, formando-se uma espécie de bolha de pensamentos ou por assim dizer grupos isolados de uma nova forma de pensar.

Com o crescimento destas bolhas, tivemos também o crescimento das notícias falsas que visam a obtenção de público para que as produza, posto que a quantidade de acessos sobre estas notícias, ditas *Fake News*, são uma forma de visibilidade e pagamento pelos sites que divulgam o conteúdo.

“Dentro da lógica dessas esferas semipúblicas, temas e contribuições não são de antemão passíveis de crítica discursiva. Sobretudo porque a finalidade da comunicação digitalizada em seu interior não é, fundamentalmente, a capacitação de uma deliberação crítica e reflexiva. Embora Habermas não exclua que as mídias sociais sejam ocupadas por participantes preocupados em qualificar democraticamente a formação pública da opinião, o formato tecnológico da comunicação digitalizada levanta barreiras para potencialidades democráticas das mídias. Trata-se menos de deliberar em prol da verdade de enunciados objetivos ou de critérios de correção normativa, e sim de reforçar opiniões ideologicamente convincentes entre os membros de seu próprio público fragmentado – mesmo que isso se erija sobre a difusão de *fake News*. (HABERMAS, 2023, p. 20)

Nesse contexto, insere-se uma parcela da sociedade que por muitas vezes é levada ao engano por tais conteúdos falsos de maneira que negam o embasamento científico de diversos países que se encontram preocupados com o aquecimento global e com os danos que lhes tem causado.

Quando se busca nas revistas e nos relatórios climáticos, percebemos que os dados científicos demonstram seriedade e robustez, assim como um artigo publicado no site WRI Brasil, que trás com clareza os eventos relacionados com os níveis de aumento global e o aumento alarmante que ele vem obtendo em razão da inércia dos grandes países a não enxergar os relatórios climáticos:

“As manchetes recentes relacionadas ao clima extremo parecem ter saído de um livro de ficção científica: mesmo os países mais ricos do mundo não conseguem controlar incêndios generalizados – que estão queimando até o Ártico. Inundações mortais na Alemanha e na Bélgica em julho de 2021 destruíram completamente edifícios e carros, e mais de 1.000 pessoas continuam desaparecidas. Centenas morreram em enchentes na China. O noroeste dos Estados Unidos, conhecido por seu clima frio, atingiu mais de 38°C por vários dias. E o Ártico perdeu uma área de gelo marinho equivalente ao tamanho da Flórida entre junho e meados de julho de 2021. As catástrofes que estamos experimentando hoje é com um aquecimento médio de apenas 1,1°C em relação aos níveis pré-industriais. O mais recente relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), o órgão de maior autoridade do mundo em ciência do clima, conclui que isso é apenas uma amostra do que está por vir.

O sexto relatório do Grupo de Trabalho I do IPCC mostra que o mundo provavelmente atingirá ou excederá 1,5 °C de aquecimento nas próximas duas décadas – mais cedo do que em

avaliações anteriores. Limitar o aquecimento a este nível e evitar os impactos climáticos mais severos depende de ações nesta década. (WASKOW. GERHOLDT. 2021, 2)

O aquecimento global se configura como um dos maiores desafios da humanidade no século XXI. Pois a temperatura média da Terra vem subindo de forma alarmante, principalmente desde a Revolução Industrial, com impactos cada vez mais nítidos em diversos sistemas naturais e socioeconômicos. Neste capítulo, abordaremos as principais causas e consequências do aquecimento global, com base em pesquisas científicas recentes, buscando desvendar a trajetória climática do planeta e os desafios que se impõem à sociedade global.

Como combate da desinformação e o negacionismo climático, é preciso ir direto ao ponto e dizer em alto e bom som que a crise climática não é *fake news*. Mais do que isso, se antes achávamos que era uma questão para as futuras gerações, agora sabemos que se trata de algo do presente e que já vivemos efeitos colaterais, pois como mencionado no texto acima sobre o relatório climático, vivemos dias temerosos que poderão se tornar irreversíveis a partir de nossas condutas.

Logo, a ameaça climática exige ação urgente e ambiciosa para evitar o pior. Assim, para limitar o aquecimento global é crucial para evitar catástrofes, e os países signatários do Acordo de Paris se comprometeram a manter o aumento da temperatura abaixo de 2°C, buscando idealmente 1,5°C até o final do século. Mas como as metas e ações atuais não estão sendo suficientes e sofrem uma desinformação pública muito grande, a ONU alerta que é necessário reduzir as emissões globais em 45% até 2030 e alcançar a neutralidade de carbono até 2050 com o estancamento da principal causa da crise climática, o uso de combustíveis fósseis.

Por outro lado, a pandemia da COVID-19 representou um desafio adicional, interrompendo ou revertendo o progresso em direção aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, aprofundando desigualdades, fome, pobreza e degradação ambiental.

Para superarmos esses desafios, a recuperação da crise sanitária e econômica haverá uma necessidade de aumento das práticas sustentáveis e inclusivas de meio ambiente e dignificação do

trabalho priorizando a proteção social, a cooperação internacional e o fortalecimento das instituições democráticas para conscientização e inibição das *fake news* e assim ser possível alcançar as metas da Agenda 2030.

2 A SUSTENTABILIDADE PARA UMA ECONOMIA DURADOURA

O conceito de sustentabilidade aqui utilizado é um dos mais abrangentes, é o do professor Juarez Freitas, que de maneira axiológica o constrói a partir de um direito fundante e basilar aos demais, pois assim o descreve:

“Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (FREITAS, 2012, p. 41)

A ideia de sustentabilidade na visão do autor nasce não somente como um princípio, mas de igual maneira como uma visão axiológica valorativa que o ser humano tem pelo planeta em que vive, destacando que este ambiente o qual ele habita mesmo sendo fonte o desenvolvimento de sua produção de alimentos ou quaisquer outros bens materiais, deverá permanecer habitável, sob pena de ser um fim em si mesmo, ou por assim dizer, destruir para sobreviver.

“O crescimento econômico, sem respeito ao direito fundamental ao ambiente limpo e ecologicamente sadio, provoca danos irreparáveis ou de difícil reparação. É chegada a hora de precificar a inércia perante esses males tenebrosos. Com efeito, o homem não pode exercer o papel do asteroide. (FREITAS, 2012, p. 44)

Essa definição transcende a visão clássica da economia de Adam Smith e John Maynard Keynes, pois implica que a economia pode ser baseada em uma produção sustentável e não finita, com respeito aos limites da natureza e à responsabilidade ontológica

pela continuidade da espécie, como observado por Hans Jonas (JONAS, 1990, p. 61).

Economicamente falando, como já se viu na história da economia liberal, e seguindo a máxima do economista austro-húngaro Karl Polany (FARIA, 2011, p. 48), a ideia de não intervenção estatal e o livre jogo de mercado com acumulação irrestrita de riquezas abstratas constituem um “moinho satânico” que destrói a capacidade produtiva das nações e tritura as condições de vida dos indivíduos, gerando, por consequência, exclusão social e injustiças socioambientais.

Na mesma linha, o professor Juarez Freitas ao pesquisar o economista Thomas Robert Malthus, afirmou que o mesmo errou na extrapolação alimentar, todavia não pode ser considerado falho naquilo que enxergou como dificuldade na expansão populacional desenfreada – o que não se sustenta indefinidamente –, pois em menos de 50 anos, no século XX, o mundo multiplicou por três a sua população e consumo de energia aumentou várias vezes mais e isto não acontece de forma natural sem enorme impacto negativo, o que ao se negligenciar tal fenômeno poderá ser fatal. (FREITAS, 2012, p. 45)

Neste enfoque o desenvolvimento sustentável também abará a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade econômica (assim como a social na garantia dos direitos mínimos ao trabalho digno), que devem sempre se pautar de maneira paralela, respeitando os freios principiológicos de cada uma e utilizando as ferramentas necessárias para que haja desenvolvimento não somente de uma, mas de todas as áreas ao mesmo tempo, seja no campo econômico, no campo cultural ou comportamental da sociedade.

3 UM DIREITO TRANSNACIONAL AO MEIO AMBIENTE AO TRABALHO DIGNO

Em 1956 um professor vinculado a Universidade de Columbia inaugurou em seu livro chamado Direito Transnacional o conceito que viria a contribuir com as celeumas geradas pela globalização, Philip Jessup, trouxe a reflexão para criação de um direito transnacional a partir do esgotamento e superação

internacional do direito público de cada país com a globalização. (JESSUP. 1956, 15)

Observando que o desenvolvimento de grandes países, assim como os Estados Unidos se dava com a exploração de mão de obra barata e da degradação de países onde estas áreas não tinham legislação protetiva, fazia com esses países saíssem a frente em seus PIBs e com um lucro real para suas empresas, entretanto, deixavam um rastro de efeitos deletérios trabalhistas e ambientais aos países explorados.

Para tanto, nos anos seguintes, tais práticas comerciais deletérias tanto para os direitos trabalhistas e ambientais, quanto para o direito concorrencial internacional baseados em um Dumping Social e Ambiental, caíram na opinião pública e não muito depois as empresas multinacionais europeias, japonesas e coreanas, que usam das mesmas práticas de dumping apareceram no cenário internacional, destacando e escancarando a necessidade de uma regulação ou de mais atenção dos organismos internacionais tais como OIT e GATT. (AVILÉS. 2017, p. 12)

Com isso as matrizes jurídicas de *Hard Law*, passaram a ter uma forte influência para uma *soft law* e mecanismos de coibição de tais práticas que não fossem barrados por uma soberania estatal de um país, que se utilizava como salvaguarda, e que fossem aderidos pela opinião pública, que com a tecnologia e a internet poderiam ter muito mais pressão popular sobre as marcas e empresas que se utilizassem de tais práticas.

Assim, surge por exemplo o Direito Transnacional do Trabalho (DTT) emerge como um campo jurídico complexo e dinâmico, buscando regular as relações de trabalho que transcendem as fronteiras nacionais. Sua relevância se intensifica no contexto da globalização, marcada pela internacionalização da produção, migração de trabalhadores e crescente interdependência das economias, reconhecendo-se autonomia em relação ao direito internacional público e privado tradicional.

Algumas fontes do DTT, foram alcançadas a partir das convenções e tratados internacionais, sendo elas plurais e heterogêneas, abrangendo: Tratados internacionais: como a Convenção 143 da OIT sobre Migrações em Condições Abusivas e a Promoção da

Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores Migrantes (2014); Direito internacional consuetudinário: princípios e normas internacionais que se consolidam pela prática reiterada dos Estados; Direito da União Europeia: com destaque para a Diretiva sobre o destacamento de trabalhadores (2014/54/UE); *Soft law*: instrumentos não vinculantes, como as Diretrizes Tripartites da OIT sobre Empresas Multinacionais e Política Social (2017).

Veja que o direito ambiental com seus protocolos e tratados também poderão ser alçados a um patamar transnacional a partir do momento que forem guiados pela formação da opinião pública e pela conscientização de uma *soft law*, assim como as práticas corporativas de ESG, tem demonstrado apreço pelas grandes empresas multinacionais em ter uma visão mais cosmopolita e melhor avaliada aos olhos de seus acionistas ou consumidores de seus produtos.

Nesta linha, o professor Jared Diamond, busca uma conscientização e uma mudança paradigmática na moral empresarial global, visando a continuidade de produção mas também da manutenção do meio ambiente coletivo:

“Atualmente todo o nosso mundo se tornou um polder de modo que os eventos ocorridos em qualquer parte afetam outras partes independente da distância geográfica. O mundo inteiro é atualmente uma unidade autocontida e isolada, assim como era o Japão da era Tokugawa. Precisamos entender que não temos outra ilha/planeta para recorrer ou exportar nossos problemas. Temos de apreender a viver com nossos meios.” (DIAMOND. 2005, p. 615)

De igual ponto de partida o professor François Ost traz para o debate pós-moderno elementos convergentes de diversas teorias filosóficas éticas e morais predecessoras, para numa síntese estabelecer o dever ser intergeracional pela salvaguarda do patrimônio ambiental global em um estatuto jurídico para o meio. Logo, aproveita o que entende ser imprescindível, de dever ser para com a humanidade: “[...] não corremos quaisquer riscos em sustentar que a responsabilidade em relação as gerações futuras é um corolário lógico e necessário do conceito kantiano de humanidade” (OST. 1997, p. 318).

Olhando para tais fontes e princípios, podemos constatar que o DTT é um campo jurídico em constante evolução, com grande potencial para garantir a justiça social e a proteção dos trabalhadores no contexto globalizado. A compreensão de seus elementos, desafios e perspectivas é essencial para a construção de um futuro do trabalho mais justo e humano para todos, podendo ser lido também com uma visão abrangente para um direito transnacional do meio ambiente, posto que o trabalho não existirá sem o meio ambiente.

O desenvolvimento sustentável é uma questão crucial no mundo contemporâneo, e suas múltiplas vertentes merecem atenção. Para compreender essa temática de forma mais aprofundada, é fundamental considerar as formas de trabalho que historicamente causaram danos ao meio ambiente e a conscientização necessária para promover a sustentabilidade nas relações de trabalho. Além disso, a implementação de práticas de governança, sustentabilidade e responsabilidade corporativa (ESG) é vital para alcançar um desenvolvimento sustentável.

Sabemos que a história registra severos danos e acidentes ambientais que levaram à conscientização e à promulgação de direitos ambientais. Isso é uma resposta à necessidade fundamental de manter um ambiente equilibrado para a sobrevivência da humanidade, o que muitas vezes entra em conflito com os interesses dos ultraliberais, que buscam o crescimento econômico desenfreado. Portanto, enfrentamos uma luta pela sobrevivência humana contra o egocentrismo do capital.

No entanto, é importante destacar que a economia não pode estagnar, pois isso acarretaria sérios riscos de crise que afetariam a população em geral. Portanto, é necessário encontrar um equilíbrio entre o crescimento econômico e a sustentabilidade. O conceito de sustentabilidade tem evoluído ao longo dos anos, à medida que a tecnologia avança, mas podemos defini-lo como a capacidade de um ecossistema de absorver danos ambientais sem mudar perceptivelmente seu estado ecológico.

Além disso, para entender a sustentabilidade ambiental, é necessário considerar não apenas o que é sustentável, mas também como esse conceito se relaciona com a educação ambiental

crítica, a justiça ambiental e a ecologia política, como destacado por Frederico Loureiro e Philippe Layrargues. Assim, a sustentabilidade é uma questão complexa que requer uma abordagem abrangente, envolvendo educação ambiental, cultura, economia e política, a fim de garantir um ambiente equilibrado tanto do ponto de vista ecológico quanto econômico.

É inegável que as empresas transnacionais são peças importantes no desenvolvimento dos países onde operam. Elas geram empregos, investimentos e acesso a tecnologias e inovações. No entanto, seu impacto nem sempre é positivo. A influência delas nos sistemas regulatórios pode levar à criação de leis e normas que colocam em risco o bem-estar social, especialmente no que diz respeito ao Direito do Trabalho e à proteção dos trabalhadores e ao meio ambiente, por isso algumas diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais foram criadas para auxiliar nesse desafio. Elas fornecem um conjunto de princípios e normas para que estas atuem de maneira responsável e contribuam para o desenvolvimento sustentável dos países onde operam. Por isso é fundamental compreender o desenvolvimento como um direito humano fundamental. O desenvolvimento não se trata apenas de crescimento econômico, mas também de garantir o bem-estar social e a proteção dos direitos humanos com um meio ambiente equilibrado.

Portanto, a busca pelo desenvolvimento sustentável é a resposta necessária para o mundo globalizado e a pressão do capitalismo, e a implementação de princípios de ESG (Governança, Sustentabilidade, Compliance) é o caminho para alcançar esse equilíbrio tão essencial para o futuro do nosso planeta e da humanidade. Logo, a sustentabilidade é o princípio síntese que determina a proteção do direito ao futuro ou intergeracional.

4 A PRÁTICA DE ESG (GOVERNANÇA, SUSTENTABILIDADE, COMPLIANCE) COMO MUDANÇA DE PARADIGMA

Como visto anteriormente o meio ambiente equilibrado, evidentemente, é de responsabilidade universal. Entretanto, as convenções e rodadas de acordos internacionais por muitos anos ficam à mercê da devida atenção pelos entes internacionais. O que

não se parece enxergar é que as consequências da deterioração desse bem único (meio ambiente) possui consequências gravíssimas para todas as nações e para cada um individualmente, de modo a fazer com que a antropia dos recursos naturais e as práticas de ilícitos comerciais e ambientais não seja atrativa, diante disso algumas políticas corporativas surgiram de modo a coibir tais avanços deletérios sobre o meio ambiente, e uma delas, a prática dos princípios de ESG (Governança, Sustentabilidade, Compliance).

O acrônimo ESG, abreviação em inglês de *Environmental, Social and Governance* (Ambiental, Social e Governança), e corresponde às práticas ambientais, sociais e de governança de uma organização. (TRIPATHI, BHANDARI. 2014, p. 16), definem o ESG como sendo caracterizado por fatores ambientais, sociais e de governança utilizados para medir o desempenho sustentável das organizações.

Com esse mecanismo, podendo ser interpretado como uma *soft law*, onde a empresa buscará uma mudança de busca apenas do lucro para uma empresa responsável com lucros satisfatórios, que assumirá uma Dimensão Ambiental, uma Dimensão Social e Governamental.

Na Dimensão Ambiental de *Enviromental* serão analisados pontos de como é realizado o descarte de resíduos do processo industrial, como recursos naturais são utilizados, como é a emissão de gases na atmosfera, como é realizada a utilização de água, o tipo de energia utilizada e outros, de maneira que reduzam o impacto ambiental da empresa e passem a se preocupar com questões como aquecimento global e emissão de carbono, eficiência energética, gestão de resíduos, poluição e recursos naturais.

Olhando para a Dimensão Social, a empresa levará em conta políticas de trabalho, a relação da empresa com a comunidade na qual se encontra, o relacionamento com os colaboradores e o grau de comprometimento com o propósito da empresa, ou seja, como ela trata os direitos humanos e a legislação trabalhista. Os fatores sociais refletem ainda como a empresa respeita os seus parceiros, seus clientes e funcionários. Cada vez mais têm-se envolvido nesta pauta temas como a inclusão e diversidade, os direitos humanos, o engajamento dos funcionários, a privacidade

e proteção de dados e políticas e relações de trabalho, para assim evitar *burnouts* nos colaboradores, doenças ocupacionais, etc.

No que tange a Dimensão Governamental, serão objetivos da empresa o modo como o conselho administrativo é composto e qual seu nível de independência, como é a remuneração dos executivos, como o grupo que realiza auditorias é formado, transparência na divulgação de dados, relação da empresa com governos, analisando assim analisa como a empresa adotará por exemplo as melhores práticas de gestão corporativa, como a diversidade no conselho, a ética e a transparência, o compliance, a estrutura dos comitês de auditoria e fiscal, canais de denúncias e política de remuneração da alta administração.

Nestes aspectos o paradigma ESG representa uma profunda mudança na forma como as empresas poderão se relacionar com o meio ambiente, com as relações trabalhistas, a sociedade e os seus stakeholders. Pois sua implementação funciona como um selo, por meio de critérios de conduta praticados por empresas que possuem o interesse em serem socialmente conscientes, ambientalmente sustentáveis e corretamente gerenciadas. Ou seja, funcionam como uma forma de medir se a empresa está de acordo com as práticas de sustentabilidade e comprometida fielmente com as causas que defende.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é evidente que a sustentabilidade ambiental e econômica deve caminhar lado a lado no processo de desenvolvimento, respeitando os princípios fundamentais de cada uma delas e utilizando as ferramentas necessárias. O objetivo é alcançar um desenvolvimento que não se limite ao aspecto material, mas que abranja uma transformação cultural e comportamental na esfera econômica, sempre com um olhar atento ao equilíbrio ambiental.

Em relação ao aspecto econômico da sustentabilidade, deve-se maximizar a renda enquanto se mantêm constantes os estoques de capital. Quanto ao ecológico, deve-se buscar manter a resiliência dos sistemas biológicos e físicos. Sob o aspecto cultural, por sua vez, busca-se manter a estabilidade dos sistemas social e cultural. Correlacionar estas três esferas sem que haja predominância de

uma sobre a outra se torna o grande desafio da sustentabilidade, pois a ação dos três termos interfere diretamente uns nos outros e em seus valores.

Assim, a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade econômica (assim como a social na garantia dos direitos mínimos ao trabalho digno) devem sempre se pautar de maneira paralela, respeitando os freios principiológicos de cada uma e utilizando as ferramentas necessárias para que haja desenvolvimento, não somente no campo econômico, mas também no campo cultural e comportamental da sociedade.

Vemos ainda que, atualmente, a conservação do meio ambiente e a consequente garantia de sobrevivência humana está estritamente ligada à necessidade econômica do comércio internacional que, em busca de fuga das crises econômicas ou meramente na busca desenfreada pelo lucro, adota medidas insustentáveis e altamente prejudiciais ao meio ambiente e as relações do trabalhistas, acabando por valorizar o mercado em detrimento da preservação dos recursos naturais e o sucateamento dos direitos trabalhistas no mundo.

Outrossim, por serem economia e meio ambiente fatores que direta ou indiretamente, em razão do processo de globalização, interligam e afetam a todas as nações, faz-se necessária uma incidência efetiva da comunidade internacional, em especial dos órgãos internacionais reguladores do comércio para que seja observado o crescimento econômico respeitoso aos direitos ambientais. O meio ambiente, por ser um bem intergeracional e que cujos reflexos e efeitos não se prendem a fronteiras, deve ser salvaguardado dos danos não apenas de maneira interna, mas sim com uma visão universal

Para atingir esse equilíbrio, é essencial considerar três dimensões fundamentais. Em primeiro lugar, a educação ambiental desempenha um papel crucial, formando critérios e imperativos subjetivos que promovem a consciência ecológica. Em segundo lugar, a justiça ambiental é vital, buscando equidade na distribuição dos recursos naturais entre todos os seres vivos. Por fim, a ecologia ambiental desempenha o papel de harmonizar as

interações entre grupos sociais e ecossistemas, garantindo que ambos permaneçam saudáveis e preservem suas identidades.

Portanto, a busca pelo desenvolvimento sustentável, guiada pelos princípios de ESG (Governança, Sustentabilidade, Compliance), surge como a resposta viável para os desafios do mundo globalizado e a pressão do capital. É por meio desse equilíbrio entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental que podemos garantir um futuro próspero e sustentável para as gerações presentes e futuras e relações trabalhistas mais dignas aos seres humanos.

REFERÊNCIAS

AVILÉS, A. OJEDA; *Revista Teoria Jurídica Contemporânea: Direito Transnacional do Direito do Trabalho e Constituição Global*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

AYALA, A. Patrick; RODRIGUES, W. M, Eveline. *Diálogo Intercultural e Proteção do Meio Ambiente: Por um princípio de sustentabilidade integrado pela ideia de bem viver*. 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. Cuiabá: 2010.

BECK, Urick. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. 34. ed. São Paulo: 2010.

CASTRO, J. Carlos. *Sustainable Development: Mainstream and Critical Perspectives*. 2004. <<http://oae.sagepub.com/cgi/content/abstract/17/2/195>> Acesso em 21 de janeiro de 2024.

DANG, R.; BRUNA, M.; HOUANTI, H.; MANITA, R. Board gender diversity and ESG disclosure: Evidence from the US, *Journal of applied accounting research*, Vol. 19, nº 2, p. 206-224, 2018.

DIAMOND, Jared. *Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

FARIA, José Eduardo de. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FOLADORI, Guillermo. *Limites do Desenvolvimento Sustentável* – Trad. Marise Manoel. São Paulo: Editora Unicamp, 2001.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade direito ao futuro*. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2021.

HABERMAS, Jürgen. Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2023.

JESSUP, Philip. *Transnacional Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

JONAS, Hans. *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Trad. francesa de J. Greisch. Paris: Cerf. 1990.

LEMOIS, F. I. Patricia. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2 ed. rev. atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOUREIRO, B. Carlos Frederico; LAYRARGUES, P. Philippe. *Ecologia política, justiça e educação ambiental crítica: perspectivas de aliança contra hegemônica*. Trab. Educ. Saúde, v. 11 n. 1, Rio de Janeiro, 2013.

MAY, Peter Herman; LUSTOSA, Maria Cecília; VINHA, Valéria da. Organizadores. *Economia do meio ambiente: Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

MAROCCO, Armando. *Construindo valores: uma resposta ao problema dos contravalores e da falta de valores*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos): São Leopoldo, 2008.

OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro. Garamond, 2009, p. 96.

TRIPATHI, V.; BHANDARI, V. *Socially responsible investing—An emerging concept in investment management*. FIIB Business Review, 2014.

<https://www.wribrasil.org.br/noticias/mudancas-climaticas-alar-mantes-veja-5-grandes-resultados-do-relatorio-do-ipcc?> Acesso em 21/02/2024

**DEMOCRACIA,
GLOBALIZAÇÃO E
DIREITOS HUMANOS**

**COLAPSO DO SISTEMA LIBERAL
OU CORRUPÇÃO ENDÊMICA:
UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA
DEMOCRACIA LIBERAL BRASILEIRA.**

Cleber da Cruz Cunha

UFF, doutorando - PPGDIN, Niterói/RJ,
Brasil, teto.mateto@gmail.com

RESUMO: O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma república democrática de Direito, assumindo uma série compromissos umbilicalmente ligada aos valores do trabalho e da livre iniciativa, com temperos das princípios da doutrina do bem estar social, abrangendo vetores como a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação de pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem estar de todos. Apesar disso, observa-se uma efetiva disparidade entre essas normas e a realidade social pátria, com uma efetiva má distribuição de renda, serviços públicos mal prestados e não acessíveis a todos os cidadãos, altos índices de pobreza e marginalização, e acentuadas desigualdades sociais e regionais. A doutrina vem apontando que esses fatos são decorrentes de uma desnaturação da ideia do livre comércio e sua resposta às desigualdades materiais, bem como ao colapso do estado de bem-estar social. Porém, vê-se, na história recente do Brasil, diversas ocorrências de escândalos envolvendo esquemas de corrupção. O presente trabalho, com isso, visa a, com fulcro em uma revisão bibliográfica e análise de dados referentes a ações judiciais e inquéritos policiais, verificar se os fatos supracitados são decorrentes de um colapso da democracia liberal ou do estado social, ou consequência de uma corrupção sistêmica instalada no seio social brasileiro.

Palavras-chave: Constituição; Sistema Econômico; Estado Social; Livre Iniciativa; Corrupção.

ABSTRACT: Brazil, with the legal renaissance that occurred with the Federal Constitution of 1988, restructured itself as a democratic republic of Law, assuming a series of commitments umbilically linked to the values of work and free enterprise, with seasonings of the principles of the doctrine of social well-being, covering vectors such as the construction of a fair and supportive society, ensuring national development, eradicating poverty, reducing social and regional inequalities, and promoting the well-being of all. Despite this, there is an effective disparity between these norms and the social reality of the country, with an effective poor distribution of income, public services that are poorly provided and not accessible to all citizens, high rates of poverty and marginalization, and accentuated social inequalities and regional. The doctrine has been pointing out that these facts are the result of a denaturation of the idea of free trade and its response to material inequalities, as well as the collapse of the welfare state. However, in the recent history of Brazil, we see several occurrences of scandals involving corruption schemes. The present work, therefore, aims to, based on a bibliographical review and analysis of data relating to legal actions and police investigations, verify whether the aforementioned facts are the result of a collapse of liberal democracy, or of the social state, or a consequence of systemic corruption installed within Brazilian society.

Keywords: Constitution; Economic System; Social State; Free Initiative; Corruption.

INTRODUÇÃO

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de Direito, formatação que traz em seu bojo uma série de compromissos umbilicalmente ligada aos valores do trabalho e da livre iniciativa, com temperos principiológicos da doutrina do bem estar social, abrangendo vetores como a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação de pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem estar de todos.

Há de se registrar que, a despeito da Constituição Federal firmar como fundamento o princípio da livre iniciativa, apontando para uma ordem político-econômica capitalista e liberal, o texto constitucional ressalva, principiológicamente, como já aventado, que a ordem econômica deve se pautar nos ditames da justiça social, implicando, entre outras coisas, a observância da função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução de desigualdades regionais e sociais, e a busca de pleno emprego.

A estruturação constitucional, como posto, aponta para a concretização de fatores cujo fim seria a realização dos direitos humanos, o que, inclusive pauta o Brasil em sede de compromisso internacional, nos termos do art. 4º, II, da Carta Maior, o que parece se amoldar aos ditames internacionais vinculados à dignidade da pessoa humana e, assim, como dito, à materialização dos direitos do homem.

Ocorre que, a despeito das disposições constitucionais, há uma efetiva disparidade entre essas normas e a realidade social brasileira, observando-se uma má distribuição de renda, serviços públicos mal prestados e não acessíveis a todos os cidadãos, altos índices de pobreza e marginalização, e acentuadas desigualdades sociais e regionais, parecendo apontar para uma desnaturação da ideia do livre comércio e sua resposta às desigualdades materiais, bem como ao colapso do estado de bem-estar social.

A análise posta, apesar de parecer alinhada com os problemas mundialmente enfrentados por outros Estados quanto ao

sistema econômico, há de ser melhor analisada no que tange à realidade brasileira, uma vez que os fatos negativos supra postos não seriam, parece, consequência da legislação e da adoção de uma perspectiva econômica liberal, mas de um sistema corruptivo que, perpassando por governos, sistemas econômicos, ideologias, e partidarismos, aparenta permear a estrutura orgânica e social do Brasil, o que fica evidente, entre outros dados, nas milhares de ações de improbidade administrativas que são instauradas todos os anos no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o presente trabalho, em sede de problema, visa a analisar se no Brasil, os problemas e contradições que hoje ameaçam a própria ideia de democracia liberal viriam do colapso desse sistema em si, ou, em sede de hipótese, da corrupção que se percebe endêmica no país, pelos números que serão apresentados no trabalho final.

A justificativa deste trabalho está na importância de analisar se a não observância dos direitos humanos, sobretudo no que tange à dignidade da pessoa humana, com reflexos no bem estar de todos, dá-se, como posto, pelo colapso do sistema liberal, ou por um sistema corruptivo que impera na realidade brasileira; análise que permitirá, ao final, uma orientação quanto aos rumos a serem tomados para o efetivo combate a não observância dos direitos humanos, conjunto que não só justifica como apõe a relevância deste trabalho.

O objetivo primário, assim, do presente *paper* seria analisar se, no Brasil, há a noção de colapso do sistema liberal, na perspectiva de uma democracia liberal, ou se a não observância dos ditames vinculados aos direitos humanos decorria da corrupção sistêmica existente no país.

A fim de alcançar o objetivo primevo, em sede secundária, analisar-se-á os conceitos de república, de democracia e de estado de Direito, e os direitos fundamentais postos na Constituição Federal de 1988 pertinentes ao tema, sobretudo no que tange aos conceitos de livre iniciativa e os ditames da justiça social que devem reger o sistema econômico brasileiro; outrossim, analisar-se-ão dados referentes a corrupção no Brasil, sobretudo a partir dos dados referentes às ações de improbidade administrativa e seus reflexos criminais e vice-versa.

A busca dos objetivos propostos se baseará, em sede metodológica, por uma revisão bibliográfica sobre o tema, tendo como marco teórico, entre outras, a obra Teoria Geral do Estado de MALUF, como posto na indicação bibliográfica deste trabalho; outrossim, analisar-se-ão dados referentes à instauração de inquéritos policiais e ações judiciais referentes a crimes de corrupção, entre outros, para se verificar a influência dessa realidade na situação econômica e social pátria, tudo com o fim, como posto, de alcançar os objetivos pretendidos.

DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho, com fim de alcançar os objetivos propostos, como apontados na Introdução, irá, inicialmente, analisar o Sistema econômico e a Constituição Federal de 1988; em seguida, com o mesmo fim, analisará o liberalismo e a Constituição Federal de 1988; após, será estudado se o problema seria corrupção ou crise da democracia liberal, através de uma abordagem sistemática; e, por fim, será apresentado uma conclusão resumitiva.

1 O SISTEMA ECONÔMICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como uma República Democrática de Direito, assumindo uma série de compromissos umbilicalmente ligados a essa formatação estatal, como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional e de erradicar a pobreza.

A noção de república nos remonta à antiguidade clássica, em que pensadores como Platão estudavam o “Estado”, estabelecendo seus vetores básicos, como se deu na obra “A República”, na qual o referido autor apontava a república como uma cidade estruturalmente justa, governada por homens que abnegam de si em prol do Estado (PLATÃO, 2012, p. 207) , o que, por utópico, era criticado.

A república, enquanto regime de governo, traz, em seu bojo, outro aspecto que tem sua noção primeva advinda do Império

Romano, quando Cícero, ao analisar o tema, na Obra “Da República”, apontou que os bens que suportam a existência do Estado são *res publica*, e, portanto, coisa do povo, voltada ao bem comum (CÍCERO, p. 45), o que, mantidas as devidas proporções, haja vista o contexto inicial, é o fim do Estado.

O conceito de república é revisitado por ocasião do renascimento, fundamentando as contraposições aos regimes monárquicos absolutistas, em que o líder (presidente, governador, ou o próprio rei) deixa de ser o “dominus” e passa a ser um servidor abnegado, podendo ser responsabilizado por seus atos, enquanto gestor da coisa pública (MARTINS, 2023, p. 1093), escolhido e substituído, normalmente através de eleições; e, em que os bens migram de titularidade de um – o rei, para todos – o povo, daí *res publica*.

O Brasil também se estruturou como uma democracia, conceito que, igualmente, tem seus marcos iniciais na antiguidade clássica, quando, por exemplo, Aristóteles, em sua obra “A Política”, trabalhou conceitos como a igualdade, apontando o nascimento como fato nivelador do ser humano, pois, todos os seres humanos nascem de mulher, independentemente de qualquer fator culturalmente desnivelador; tendo, ainda, como fator de isonomia, a capacidade de falar, e, conseqüentemente, através do discurso, construir seu meio social (CUNHA, 2017, pp. 13-20).

Esses vetores primários analisados por Aristóteles foram, outrossim, revisitados por ocasião do renascimento, mais uma vez, como elementos de contraposição aos governos monárquicos absolutistas, em que a titularidade do poder deixou de ser de um – *mono arche*, e passou a ser do povo – *demo cratos*, firmando os esteios fundantes da democracia em sua concepção atual, em que o todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou através de representantes eleitos, como apõe a Constituição da República Federativa do Brasil.

Há de se ver, ainda, que o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, firmou-se como um Estado de Direito, elencando, assim, a lei como o instrumento estruturador e regulador da sociedade, implicando, por um lado, o dever de submissão de todos, inclusive o próprio Estado, aos ditames legais; e, por outro, a garantia de que, nos termos do art. 5º, II, da CRFB, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

MARTINS (2023, p. 1099), ao tratar sobre Estado Democrático de Direito, nessa mesma direção, entre outras coisas, apontou que:

Primeiramente, o Brasil é um “Estado de Direito”, expressão surgida na Alemanha (Rechtsstaat), no início do século XIX. Portanto, é um país regido pelo princípio da legalidade, seja para as pessoas, seja para (e principalmente para) o Estado. Assim, enquanto as pessoas podem fazer o que a lei não proíbe, o Estado deve fazer aquilo que a lei determina, o que a lei impõe (MARTINS, 2023, p.1099).

Não se pode olvidar que a submissão de todos aos ditames legais advém da força da norma, cuja a legitimidade tem - ou deveria ter - sua fonte na construção discursiva, em que todo o povo, diretamente ou através de seus representantes, participa da elaboração da mesma, em mesmo nível de poder de fala, contraposição, voto, etc., ou seja, em plena participação no processo elaborativo.

O Brasil, a partir dessa estruturação, assumiu, enquanto Estado, uma série de compromissos voltados ao indivíduo, enquanto elemento nuclear de sua massa subjetiva, ou seja, o povo, apondo como um de seus fundamentos à dignidade da pessoa humana, e, como objetivos fundamentais, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

MALUF (2023, p. 620), parecendo ir nessa mesma direção, ao tratar sobre a democracia em sentido formal e substancial, apontou, entre outras coisas, que:

O fim do Estado não consiste simplesmente em realizar a democracia. O Estado tem um fim imediato, que é o de manter a ordem sócio-ético-jurídica; e também um fim mediato, que é o de estabelecer, para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana. A grande vocação do Estado, como afirmou Angelo Bruculleri, é servir à pessoa humana. O Estado não visa a realizar a democracia apenas para ser democrático, assim como o indivíduo não pode pretender a liberdade apenas para ser livre. A democracia para o Estado, assim como a liberdade para o indivíduo, é um meio e não um fim. Procuram, o Estado e o homem, atingir os seus fins pelo caminho do ideal democrático. Portanto, a concepção de democracia lança suas raízes na própria natureza humana (MALUF, 2023, p.620).

A busca pelos objetivos citados perpassa, nessa perspectiva, pela estruturação econômica do Estado, que, como meio para a consecução ou alcance de um fim, firma-se, no caso brasileiro, no fundamento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB), estrutura que alinha-se, salvo melhor juízo, pela concepção liberal da economia, da iniciativa privada, do capitalismo, e, assim, do Estado Liberal (MARTINS, 2023, p. 1119).

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição Federal de 1988, através de seus julgados, aponta, na mesma linha, que a livre iniciativa não se revelaria um fim em si mesmo, *mas um meio para atingir os objetivos fundamentais da República* (STF, ADI 6.218, 2023), reconhecendo, outrossim, a liberdade econômica como fundamento do Brasil enquanto república (STF, ADC 66, 2021).

O Estado Liberal, em sua concepção clássica, firmada nas bases filosóficas do século XVIII, tinha um ideal libertário e igualitário, em que todos os indivíduos tinham os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, devendo a vida social e econômica desenvolver-se naturalmente com fulcro na iniciativa individual, no liberalismo econômico, lei da oferta e procura, livre concorrência, entre outras diretrizes, conjunto que conduziria a sociedade a ordem ideal desejada por todos (MALUF, 2023, p. 666).

Não se pode olvidar que o liberalismo econômico advém, como posto, dos direitos de primeira geração, ou seja, aqueles que afirmam liberdades de índole civil e política, conferindo, assim, poderes aos cidadãos e limites ao Estado, consagrando as chamadas liberdades públicas negativas, em que o Estado deveria defender esses direitos, porém, sem qualquer interferência arbitrária nas relações sociais, ou seja um Estado absenteísta, o que marcou a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal (VASCONCELOS, 2022, p. 454).

O liberalismo econômico, assim, firma-se nos conceitos do livre-arbítrio dos indivíduos e da iniciativa econômica, ao ponto dos líderes desse sistema, como J. B. Say, D. Ricardo, Adam Smith, e Stuart Mill, Bestiat, entre outros, afirmarem que a livre-iniciativa conduziria a humanidade para o progresso social e a prosperidade econômica (MALUF, 2023, p.708).

Nesse sentido, BESTIAT (apud MALUF, 2023, p.708) afirma, *in verbis*, que:

Deixemos que os homens trabalhem, aprendam, unam-se, negociem, se combatam, pois de conformidade com os decretos da Providência, da espontaneidade inteligente só poderão resultar a ordem, a harmonia, o progresso e o bem comum, evoluindo sempre até o melhor, do melhor ao ótimo e do ótimo ao infinito (MALUF, 2023, p.708).

O liberalismo, nesse sentido, a partir de seus vetores primários, firma-se, na perspectiva teórica, pelas ideias de que todos os fenômenos sociais são coordenados, ligando-se entre si por certas relações, que cumpre descobrir; que o interesse individual, abandonado a si próprio, acha o que lhe é mais vantajoso, e ao mesmo tempo o que é vantajoso para todos; e, que a livre concorrência, com a lei da oferta e procura, estabelece os bons preços, isto é, os preços geralmente mais vantajosos, suprimindo os lucros excessivos; e, sob o ponto de vista prático, adota os seguintes vetores norteadores: a liberdade de trabalho; a liberdade de comércio; a neutralidade do poder público; e a preferência aos impostos diretos sobre os indiretos (MALUF, 2023, p.708).

O Estado, nesse sistema econômico, deveria se restringir a policiar a ordem jurídica, deixando a economia, o mercado e as relações de trabalho desenvolverem-se, como já posto, naturalmente, refletindo a frase de Gournay que se tornou célebre, qual seja, *laissez-faire, laissez-passer, et le monde va la lui même* (MALUF, 2023, p.708), havendo, assim, um Estado neutro, indiferente aos binômios capital-trabalho e classe patronal-classe obreira, sendo, inclusive, todo plano normativo relativo as relações de natureza econômica firmada e estruturada nos estatutos do Direito Privado (MALUF, 2023, p. 666).

A estruturação de um Estado Liberal alinha-se, por lógica, ao capitalismo, enquanto sistema econômico, em que a liberdade de iniciativa e de concorrência, sem a interferência do Estado, através de movimentos naturais de mercado, atingiriam os fins estatais pretendidos, entre os quais o bem estar de todos, em que cada indivíduo teria a liberdade de escolher sua profissão e cada empreendedor, em plano de igualdade com outros empreende-

dores, poderia constituir livremente sua empresa (MARTINS, 2023, p. 4429).

MARTINS (2023, p. 4429), ao analisar a livre iniciativa, nesse sentido, entre outras coisas, apontou que:

A livre-iniciativa é fundamento que estabelece a possibilidade de qualquer pessoa participar do mercado, seja como trabalhador, seja como empreendedor, sem a necessidade de autorização ou aprovação do Estado. Qualquer um pode abrir uma empresa, vender um produto, negociar o preço mais justo, contratar outras pessoas como empregados etc. [...] Nas palavras de Fernando Facury Scaff, “liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão para trabalhadores, e da liberdade de uma atividade econômica, para empresas” (MARTINS, 2023, p.4429).

A livre concorrência, por sua vez, na esteira dos ensinamentos do referido autor, diferenciando-se da livre iniciativa, visaria equilibrar as forças do poder econômico empresarial, senão vejamos:

A livre concorrência consiste no princípio destinado a equilibrar as forças do poder econômico empresarial, valorizando as práticas comerciais lícitas, transparentes e éticas, de acordo com os ditames constitucionais e legais do país. É a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem livremente, de forma lícita, objetivando o êxito econômico pelas leis do mercado, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis. Não se confunde com o princípio da “livre-iniciativa”, que explicamos anteriormente. Como afirmam Castro e Genovez, “A liberdade de iniciativa econômica tem a ver com o livre exercício da atividade econômica, enquanto que a livre concorrência pauta-se no princípio da isonomia, onde as empresas estarão no mesmo patamar, sem que existam favorecimentos a umas em detrimentos de outras,” (MARTINS, 2023, p.4446)

O Brasil, assim, com todo o exposto, ao reestruturar-se a partir da Constituição Federal de 1988, assume como um de seus fundamentos a livre iniciativa, princípio que, tendo como esteio primevo a ideia de liberdade da primeira geração de direitos, vincula-se com a ideia de liberdade econômica, e, consequentemente, com a do Estado Liberal, o que, em associação com o capitalismo, aponta para um Estado neutro, absenteísta, que deixa o mercado naturalmente se autorregular.

A despeito do exposto, há de se ver que essa posição liberal foi salpicada com valores que, aproximando-se de direitos de segunda geração, voltam-se para o social, com um intervencionismo maior do Estado, seja na regulação das relações de trabalho ou de produção, seja na própria atuação no mercado, tudo com o fim de cumprir os objetivos constitucionais estabelecidos, como melhor se verá abaixo.

2 O LIBERALISMO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA.

O Brasil, como visto acima, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1998, reestruturou-se como uma república democrática de Direito, assumindo uma série de compromissos umbilicalmente ligados a essa formatação estatal, estando entre eles a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem-estar de todos.

Há de se observar que o Brasil, outrossim, no escopo de sua formatação estatal, tem como fundamento a livre iniciativa, ideia vinculada à primeira geração de direitos, que tem a liberdade como esteio fundante, e, decorrente disso, a ideia de liberdade econômica, e, conseqüentemente, a do Estado Liberal, o que, em associação com o capitalismo, aponta para um Estado neutro, absenteísta, que deixa o mercado naturalmente se autorregular.

Não se pode olvidar que um Estado, enquanto sociedade de natureza política, não tem um fim em si mesmo, tendo, ao revés, a finalidade de buscar o bem comum de certo povo (LENZA, 2023, p. 48), e, conseqüentemente, fornecer subsídios para que os indivíduos que compõem essa massa subjetiva do Estado vivam com dignidade própria de sua natureza, enquanto ser humano (MALUF, 2023, p.620).

A Constituição Federal de 1988, nesse viés, a despeito de apontar como um de seus fundamentos a livre iniciativa, como visto acima, temperou esse pilar, e, conseqüentemente todo o sistema econômico, com o princípio do valor social, em que a busca do bem-estar do indivíduo, através da construção de uma sociedade justa, que vise a erradicar a pobreza, a

marginalização e as desigualdades sociais, garantido, ainda, o desenvolvimento nacional, passou a ser objetivo do Estado que, nessa perspectiva, deixa de ser menos neutro, absenteísta, e passa a ser mais intervencionista.

O art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao regular a ordem financeira, em particular, os princípios gerais da atividade econômica, aponta que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, reforçando o compromisso do Brasil de temperar os princípios de um Estado Liberal, com os vetores do valor e da justiça sociais.

Os princípios de uma intervenção social no liberalismo econômico parecem ter suas raízes no Estado social, que teve suas origens no século XVII e seu ápice pós 2ª Guerra Mundial (BUCCI, 2023, p. 11), tendo várias manifestações em diferentes experiências históricas, como o Estado providência - Alemanha, sec. XIX; *welfare state*, Estado de bem-estar social - Europa, pós-guerra; Estado administrativo - EUA, pós *New Deal*; e Estado intervencionista - Estado indutor, Estado regulador (BUCCI, 2023, P. 6).

BUCCI (2023, p. 6), ao analisar as características do Estado social, aponta, *in verbis*, que:

Algumas características são recorrentes nas várias experiências históricas, podendo-se destacar as seguintes: (1) surge em contextos de industrialização da economia, onde ocorre também a urbanização; (2) guia-se por reformismo político como antídoto para ameaças de ruptura revolucionária; (3) expressa compromisso entre capital e trabalho; (4) efetiva direitos e políticas sociais: inicialmente previdência e proteção do trabalho; (5) adota políticas redistributivas, em que alguns recebem sem ter contribuído; (6) tributa mais os mais ricos (BUCCI, 2023, p. 6).

O Brasil, assim, com o salpico dos princípios do Estado social, deixa de ser um Estado neutro e indiferente e se transforma, pelo menos formalmente, em um Estado atuante que, dentro do regramento legal, intervém na economia com o objetivo de estabelecer uma harmonia entre o capital e o trabalho (MALUF,

2023, p.666), tudo com o fim de alcançar seus objetivos constitucionais, entre os quais a existência digna de todos.

A partir desse norte, a Constituição Federal de 1988 autoriza o Estado intervir na ordem econômica, seja na função de agente normativo e regulador, quando exercerá, na forma da lei, a fiscalização, o incentivo e o planejamento (art. 174, caput, CF/88); seja, ainda que excepcionalmente, na exploração direta de atividade econômica, quando houver, por exemplo, relevante interesse coletivo (art. 173, caput, CF/88).

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o artigo 170 da CF/88, a partir de seus julgados, parecendo ir nessa mesma direção, entre outras coisas, afirmou que:

A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional (STF, RE 597.165 AgR, 2014).

A ordem democrática, a partir do tempero principiológico da função e justiça sociais, impõe, como já posto, um Estado atuante, que acolhe institutos, entidades e estruturas que têm por fim equalizar as relações sociais envoltas no sistema econômico, como cooperativas, sindicatos, associações classistas de toda natureza e as instituições de previdência (MALUF, 2023, p.666).

Outrossim, há criação de leis específicas que, entre outras coisas, regulamentam o direito de greve; dirigirem as condições de trabalho, fixam bases salariais mínimas, impõem contratos coletivos de trabalho e que prestam assistência efetiva ao trabalhador; verificando-se, ainda, migração de institutos do direito privado para o domínio de direito público, como, para a maioria da doutrina, no Direito do Trabalho; com a ampliação, outrossim, do direito penal na definição e punição dos crimes contra a economia popular (MALUF, 2023, p.666).

MALUF (2023, p.666), ao analisar a transição de um Estado neutro para um intervencionista, afirma que:

O Estado intervém, inclusive, nas indústrias essenciais, nacionalizando-as; nas empresas de serviços de interesse coletivo, regulamentando-as ou incorporando-as ao patrimônio público; nas fontes de produção, amparando-as mediante assistência técnica e financeira; no comércio, estatutando normas de distribuição e consumo; e no próprio direito de propriedade, impondo as restrições ditadas pelo interesse da sociedade (MALUF, 2023, p.666).

A perspectiva política da atuação estatal, sob o viés dos princípios norteadores do Estado social, aponta para o fato que a sua sustentação se dá na democracia, com ciclos de reformas, competição e de cooperação política compromissados com as instituições em que a democracia se desenvolve, com modificações estruturais que visa a todos e não apenas a classes favorecidas, como a burguesia (BUCCI, 2023, p. 5).

O Estado social, sob a perspectiva econômica, induz e fomenta o desenvolvimento com base na negociação entre o capital e o trabalho, contrapondo-se, assim, ao princípio do *laissez faire* base do Estado liberal, e às ideias de que qualquer interferência estatal na vida privada tinha sempre por fim proteger interesses especiais, e, de que os indivíduos conseguem, a partir de suas capacidades, organizarem-se livremente (BUCCI, 2023, p. 5).

A perspectiva social, por sua vez, volta-se para as políticas públicas e visam a coesão social, com foco em assegurar direitos que proporcionem inclusão e participação nos frutos sociais em consonância com a produtividade do trabalho, o que se contrastaria com temor do comprometimento da liberdade individual em decorrência dos programas de governo e o eventual privilégio indevido de determinados setores da sociedade, próprios do Estado liberal (BUCCI, 2023, pp. 5-6).

O aspecto jurídico do Estado social, nessa mesma leitura, centraliza-se no conceito de cidadania e de direitos sociais, bem com instrumentos de intervenção e pactuação voltados ao interesse coletivo, o que se contraporía aos ditames liberais da legalidade que se firmariam nas relações individuais ou entre indivíduos em uma perspectiva eminentemente privada (BUCCI, 2023, p. 6).

O aparelhamento estatal, sob o viés do Estado social, firma-se na burocracia pública que seria capaz de concretizar as funções próprias do Estado de forma impessoal, com foco na atuação estratégica de orientação e direção da ação pública, o que iria de encontro ao pensado na perspectiva liberal, haja vista que nessa prefere-se a delegação para setores da sociedade a regulação de suas atividades sempre com vistas a preservação da liberdade da ação privada (BUCCI, 2023, p.6).

A análise posta mostra que, reitera-se, a despeito do Brasil se reestruturar, a partir da Constituição Federal de 1988, sob o fundamento da livre iniciativa, e, consequentemente, da liberdade econômica, fundamentos de um Estado liberal, o próprio texto constitucional trouxe diversos elementos normativos que balizam o sistema econômico com diretrizes de um Estado social, em amálgama que, dependendo do ponto de vista, não se consegue saber se se está diante de um sistema liberal ou social.

FERREReROSSIGNOLI (2020, p. 142), nesse sentido, apontam que:

O histórico anteriormente apresentado demonstra ser de fundamental importância para analisar o duplo aspecto presente no texto da Constituição Federal de 1988, se por um lado apresenta com bastante ênfase a livre concorrência, influenciada pelo cenário descrito no tópico anterior, por outro, reforça a questão da redução das desigualdades regionais e sociais, bastante discutidas nos artigos presentes nos direitos e garantias fundamentais e nas atuais políticas públicas (FERRER; ROSSIGNOLI, 2020, p. 142).

A previsão, portanto, no texto constitucional, dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, primeira parte), da determinação que a propriedade deve atender ao seu fim social (art. 5º, XXIII), da previsão de direitos sociais como a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, previdência social, proteção à maternidade e à infância (art. 6º, caput), da garantia de salário mínimo (art. 7º, IV), do direito à greve (art. 9º, caput), da possibilidade de atuação do Estado na economia (art. 173), e da função de agente normativo e regulador do Estado (art. 174), entre outros, mostram que o Brasil não tem um sistema econômico puramente liberal, mas, sim, parece, uma mescla principiológica que transita entre o liberal e o social.

Há de se observar que o texto constitucional, quando se trata de direitos sociais, não sofreu redução desde sua promulgação, ao revés, houve constantes acréscimo no que tange à direitos que se voltam a firmar as características de um Estado social, como a inclusão da moradia (Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fev. de 2000), da alimentação (Emenda Constitucional nº 64 de 4 de fev. de 2010), e do transporte (Emenda Constitucional nº 90 de 15 de set. de 2015), demonstrando, parece, uma efetiva incidência dos princípios do Estado social no sistema econômico brasileiro.

A análise posta mostra uma realidade constitucional que não se firma sobre o viés liberalismo econômico, nem tampouco do Estado social, mas, em um amálgama normativo que permite a livre iniciativa, mas, resguarda direitos sociais, que estrutura uma democracia liberal, mas forja um Estado de bem estar social, apondo como fim, em sede de objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a erradicação da pobreza da redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem estar de todos, com prevalência normativa dos direitos humanos e, em associação, da dignidade da pessoa humana.

As crescentes desigualdades materiais, a inobservância de mudanças estatais estruturais, e a não prevalência dos direitos humanos não teriam sua origem, assim, parece, estritamente em um fracasso do Estado liberal (MALUF, 2023, p. 666), ou de um colapso do estado de bem-estar social, ou mesmo de eventuais problemas e contradições que hoje ameaçam a ideia de democracia liberal, mas em um sistema de corrupção que permeia a estrutura societária brasileira, transpassando governos, partidos e ideologias, solapando não apenas o sistema econômico, porém, também, a própria formatação do Brasil, enquanto república democrática de direito, como melhor veremos abaixo.

3 CORRUPÇÃO OU CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL (?): UMA ABORDAGEM SISTEMÁTICA.

O Brasil, ao (re)estruturar-se como uma república, democrática, de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, firmou-se em fundamentos que perpassam pela noção de soberania,

cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, e, a livre iniciativa conjugada com o valor social do trabalho.

Essa formatação basilar, por si, parece indicar que a estruturação do Estado brasileiro não se alinhou a um sistema específico, seja jurídico, político, social ou econômico, observando-se, em leitura sistemática, um grande amálgama entre direitos da 1ª, 2ª e 3ª Gerações de Direitos, destacando-se, respectivamente, os direitos da liberdade, da igualdade - direitos sociais, e da fraternidade - direitos difusos ou metaindividuais (NOVELINO, 2012, pp. 403-404), além de outras gerações hodiernamente apontadas pela doutrina, como a 4ª Geração, vinculada a pesquisa biológica e manipulação do patrimônio genético das pessoas; 5ª Geração, com vistas ao direito à paz (BARRETO, 2022, pp. 54-55); e, a 6ª Geração, voltada ao direito à água (FERNANDES, 2019, p. 355).

Nesse sentido, a múltipla estruturação estatal brasileira não se orientou, parece, sobre um sistema único, mas, sim, em um amálgama de sistemas, que abarca, na perspectiva econômica, uma perspectiva liberal, mas, também, uma ligada à ideia de bem estar social, e, assim, respectivamente à noção de um Estado Liberal, e de um Estado Social, situação que se “acomodou” a realidade estatal brasileira, haja vista não se identificar, mesmo na alternância do poder, com lideranças políticas de todas as vertentes ideológicas, uma tendência específica a um sistema, mas sempre uma mescla dos mesmos.

A partir dessa análise inicial, na realidade brasileira, há de se questionar, como posto acima, se as crescentes desigualdades materiais, a inobservância de mudanças estatais estruturais, e a não prevalência dos direitos humanos teriam sua origem em um fracasso do Estado liberal (MALUF, 2023, p. 666), ou de um colapso do Estado de Bem-Estar Social, ou mesmo de eventuais problemas e contradições que hoje ameaçam a ideia de Democracia Liberal; ou esses fatos teriam outra causa fundamental, como, por exemplo, uma corrupção sistêmica.

A história recente do Brasil, particularmente a partir da Constituição Federal de 1988, mostra, em diversos momentos, escândalos envolvendo uma espécie de corrupção sistêmica e estrutural, amplamente divulgados pelos meios de comunicação, como, a título de exemplo, mostra-se na tabela abaixo:

ANO	CASO	RESUMO.
1992	Caso Collor.	Durante seu mandato, surgiram alegações de corrupção envolvendo seu tesoureiro de campanha, Paulo César Farias (PC Farias). O escândalo incluiu a acusação de PC Farias de desvio de fundos e lavagem de dinheiro, o que culminou no impeachment de Collor em 1992.
1992	Escândalo dos Anões do Orçamento.	Esse escândalo envolveu um grupo de parlamentares que manipularam o orçamento federal em benefício próprio. Eles direcionaram recursos públicos para projetos fictícios em troca de propina.
1997	Caso SUDAM.	O Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) foi alvo de um grande escândalo de corrupção. Funcionários públicos e empresários estavam envolvidos em desvios de fundos destinados ao desenvolvimento da região amazônica.
1997	Caso Precatórios.	Vários governadores de estados brasileiros foram acusados de desviar recursos de precatórios, que são dívidas reconhecidas judicialmente pelo Estado. Os recursos destinados ao pagamento de precatórios foram desviados para fins pessoais e políticos.
2003	Caso Banestado.	Embora tenha se desenrolado na década de 1990, esse caso só veio à tona mais tarde. Envolveu a evasão de bilhões de dólares para o exterior por meio do Banco do Estado do Paraná (Banestado). Muitos políticos e empresários foram implicados nas operações ilegais de lavagem de dinheiro.
2005	Escândalo do “Mensalão”	Embora tenha eclodido em 2005, algumas de suas origens remontam aos anos 90. O caso envolveu o pagamento de propinas a parlamentares em troca de apoio político ao governo do então presidente do Brasil. Foi um dos maiores escândalos de corrupção da história recente do Brasil e resultou em várias condenações de figuras políticas proeminentes.
2006	Caso Mensalinho.	Esse caso envolveu a Câmara Municipal de São Paulo, onde vereadores foram acusados de receber propinas para votar a favor de projetos de lei específicos. O escândalo resultou na cassação de mandatos e na prisão de alguns vereadores.
2008	Operação Satiagraha.	A operação visava combater crimes financeiros e desvendou um esquema de corrupção envolvendo banqueiros, empresários e políticos.

Fonte: autor

A análise da tabela mostra que diversos fatos são amoldados ao tipo corrupção, não apenas ao que tange à catalogação penal, mas, para além, a um tipo de degeneração moral e ética de diversas ordens e níveis, perpassando por todos os entes e poderes estatais, homens públicos – políticos e/ou servidores de alto escalão, empresários, banqueiros, etc., ora com vistas ao poder pelo poder (WEBER 2013, pp. 56-58), ora com fim de, tergiversando o princípio da impessoalidade, princípio vetor da *res publica*, apropriar-se, direta ou indiretamente, dos bens públicos.

Há de se observar que este trabalho não tem por fim analisar as questões judiciais, sejam formais ou processuais, dos respectivos casos, mas, partindo da situação que não houve desconstituição fática dos fatos, analisar o sistema corruptivo em si, independentemente de qualquer absolvição por aspectos formais que tenha ocorrido nos diversos e respectivos casos.

Nesse viés, no ano de 2014, eclodiu no Brasil a “Operação Lava-Jato”, que teria descortinado um grande esquema de corrupção que envolvia empreiteiras, funcionários de empresas estatais, como a Petrobras, operadores financeiros, e, ainda, agentes políticos, com movimentação espúria de bilhões de reais, em que grande parte era de haveres públicos.

O Ministério Público Federal, ao descrever, em sede de “entendimento”, a “Operação Lava-Jato”, entre outras coisas, afirmou que:

A Operação Lava Jato, uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil, teve início em março de 2014. Na época, quatro organizações criminosas que teriam a participação de agentes públicos, empresários e doleiros passaram a ser investigadas perante a Justiça Federal em Curitiba. A operação apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, e contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. [...] O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora os trabalhos tenham avançado para outros rumos, o nome inicial se consagrou. No primeiro momento, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propi-

na para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa. (BRASIL. Ministério Público Federal. Entenda o Caso).

Há de se ver que decorreram da referida operação 104 denúncias apresentadas, 180 acordos de colaboração, 104 ações penais, 9 acordos de leniência, redundando em 183 condenados em 1ª e 2ª instâncias, num total de 56 operações, sendo que a soma, somente dos valores identificados nas ações desenvolvidas em Curitiba e no Rio de Janeiro, foi de R\$ 39.131.292.236,53, além dos US\$ 136.926.125, 00, e € 1. 443, 026,00, apontando para uma patrimonialização dos bens estatais que atingem não meros princípios administrativos, mas os próprios esteios fundantes do Brasil, como se tem posto neste trabalho (CUNHA, 2023, p. 41).

Há de se observar, ainda, que, além das ações que envolveram à “Operação Lava-Jato”, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através do Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa – justiça criminal, impunidade e prescrição, com base em dados obtidos junto à Polícia Federal que, entre os anos de 2013 e 2018, período que abarca, em parte, a “Operação Lava Jato”, 2.610 Inquéritos Policiais foram instaurados para investigar crimes de corrupção, e 2.336 foram relatados (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 80.).

Outrossim, Conselho Nacional de Justiça, com fulcro em dados fornecidos pela Polícia Federal, aponta que, entre os anos de 2013 e 2018, foram instaurados 4.068 inquéritos e relatados 3.033 inquéritos policiais relativos ao crime de lavagem de dinheiro, nos termos da Lei nº 9613/1998, que, assim, como a corrupção, atinge direta ou indiretamente a Administração Pública, como expôs o MPF ao descrever a Operação “Lava-Jato”, como posto acima (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 80.).

A tergiversação da ordem econômica, com a inobservância das exigências coletivas, descortina-se, parece, com os dados obtidos junto à Polícia Federal, nos quais se extrai, inicialmente, que, nos últimos 22 anos, 56.652 inquéritos foram instaurados, tendo, atualmente, 9.948 inquéritos em andamento, que

direta ou indiretamente afetam a ordem econômica (BRASIL. Polícia Federal, 2022).

Há de se observar que, entre o ano de 2019 e 2022, foram instaurados 12.847 inquéritos policiais em virtude de fatos, em tese, ilícitos, que ocorreram após promulgação da Lei nº 13.874/2019, a qual, ao instituir a declaração de direitos de liberdade econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, aponta, entre seus princípios norteadores, a boa-fé, seja como parâmetro de interpretação (Art. 1º, § 2º), seja quanto atuação do particular perante o poder público (Art. 2º, II). (BRASIL. Polícia Federal, 2022).

A análise dos dados supra citados aponta que há um per-meio corruptivo no âmbito da sociedade brasileira, que, com efetiva incidência do âmbito da Administração Pública, parece desnaturar os princípios éticos e morais que firmam o Brasil, enquanto República Democrática de Direito, sobretudo quando se está diante do princípio da impessoalidade e sua relação com a coisa pública, em que interesses privados e/ou pessoais se sobrepõe ao interesse públicos, com efetiva patrimonialização dos bens públicos.

Há de se observar que os fatos, como visto acima, transpassam governos, ideologias diferentes, partidos distintos, o que mostra, parece, que não se trata de uma questão ligada à certa linha estrutural de Estado, seja no viés político, econômico, ou no jurídico, mas, sim, de uma mácula corruptiva inserida e incorporada na sociedade, que, degenerando o Estado por dentro, devia-o de seu fim, ou seja, a busca do bem comum, do interesse público, da concretização dos direitos humanos, e, sobretudo, a dignificação do ser humano.

Nesse sentido, na perspectiva brasileira, não se mostra razoável afirmar, parece, que as crescentes desigualdades materiais, a inobservância de mudanças estatais estruturais, e a não prevalência dos direitos humanos teriam sua origem em um fracasso do Estado liberal (MALUF, 2023, p. 666), ou de um colapso do Estado de Bem-Estar Social, ou mesmo de eventuais problemas e contradições que hoje ameaçam a ideia de Democracia Liberal, mas, sim, em uma corrupção sistêmica que macula todo o sistema econômico pátrio, desestruturando-o

por dentro, em certa autofagia que não permiti que qualquer leitura do sistema, seja sob o viés liberal ou social, por melhor que seja, alcance o que seria o seu fim último, ou seja, o bem comum de todos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por fim analisar se houve um colapso do sistema liberal, na realidade brasileira, ou se os fatos negativos observados, como disparidade entre essas normas e a realidade social pátria, com uma efetiva má distribuição de renda, serviços públicos mal prestados e não acessíveis a todos os cidadãos, altos índices de pobreza e marginalização, e acentuadas desigualdades sociais e regionais, seriam decorrência de uma corrupção sistêmica ou mesmo endêmica instalada na realidade brasileira.

Viu-se, nesse sentindo, que o Brasil, ao reestruturar-se a partir da Constituição Federal de 1988, assumiu como um de seus fundamentos a livre iniciativa, princípio que, tendo como esteio primevo a ideia de liberdade da primeira geração de direitos, vincula-se com a liberdade econômica, e, consequentemente, com a do Estado Liberal, o que, em associação com o capitalismo, aponta para um Estado neutro, absenteísta, que deixa o mercado naturalmente se autorregular, situação que, no entanto, foi salpicada com valores os quais, aproximando-se de direitos de segunda geração, voltam-se para o social, com um intervencionismo maior do Estado, seja na regulação das relações de trabalho ou de produção, seja na própria atuação no mercado, tudo com o fim de cumprir os objetivos constitucionais estabelecidos.

Verificou-se, ainda, a partir da análise do liberalismo à luz da Constituição Federal de 1988, que as crescentes desigualdades materiais, a inobservância de mudanças estatais estruturais, e a não prevalência dos direitos humanos não teriam sua origem estritamente em um fracasso do Estado liberal, ou de um colapso do estado de bem-estar social, ou mesmo de eventuais problemas e contradições que hoje ameaçam a ideia de democracia liberal, mas, sim, em um sistema de corrupção que permeia a estrutura societária brasileira, transpassando governos, partidos e ideologias, solapando não apenas o sistema econômico, mas, também, a

própria formatação do Brasil, enquanto república democrática de direito, como melhor veremos abaixo.

A partir disso, analisou-se a corrupção e a eventual crise da democracia liberal, verificando-se diversos casos de corrupção que ocorreram na história recente do Brasil, quando se concluiu, em síntese eminentemente discursiva, que, na perspectiva brasileira, não haveria um fracasso do Estado liberal, ou de um colapso do Estado de Bem-Estar Social, ou mesmo de eventuais problemas e contradições que hoje ameaçam a ideia de Democracia Liberal, mas, a existência de uma corrupção sistêmica que macula todo o sistema econômico pátrio, desestruturando-o por dentro, em certa autofagia que não permitiu que qualquer leitura do sistema, seja sob o viés liberal ou social, por melhor que seja, alcance o que seria o seu fim último, ou seja, o bem comum de todos.

Há de se registrar, por fim, que o presente trabalho firma-se em uma análise discursiva, que pela complexidade do tema, mostra-se eminentemente superficial, exigindo um estudo muito mais profundo, o que refugiria ao objetivo deste *paper*, que, no entanto, em singela contribuição, propôs apontar um contraponto ao que se levanta de forma ordinário na doutrina e nos meios acadêmicos quanto à realidade da Democracia Liberal, do Estado do Bem Estar Social e da realidade brasileira, abrindo janela para novas contribuições sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Rafael. Direitos Humanos. 11^a ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo e Associação Brasileira de Jurimetria. Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa – justiça criminal, impunidade e prescrição. CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/02/11d012fd8332bc85be276afad1e32cc6.pdf>. Acesso em 08 de fev. 2024, 11:49:00.

BRASIL. Ministério Público Federal. Entenda o Caso. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 08 de fev. 2024, 11:41:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. A Constituição e o Supremo. RE 597.165 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 4-11-2014, 2ª T, DJE de 9-12-2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/constituicao.asp>>, Acesso em: 01 fev. 2024, 23:01:00.

BUCCI, Maria Paula Dallari. ESTADO SOCIAL: UMA SISTEMATIZAÇÃO PARA PENSAR A RECONSTRUÇÃO. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, Vol. 8, N. 1, 2023. e-ISSN 2525-8036 | ISSN 2595-6051. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e46716>. Acesso 05 de fev 2024 08:57.

CÍCERO. Da República. Edição Ridendo Castigar Mores (1947-2002). [S. l.]: eBooksBrasil, [201-]. eBook.

CUNHA, Cleber da Cruz. A tergiversação do princípio da impessoalidade sob a ótica constitucional / Del. PF Cleber da Cruz Cunha. – Rio de Janeiro: ESG, 2023.

CUNHA, Cleber da Cruz. Os desafios da manifestação de pensamento no estado democrático de direito: uma abordagem discursiva. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRER, W. M. H., & ROSSIGNOLI, M. (2020). O ESTADO BRASILEIRO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: Uma análise pela perspectiva da economia política. Revista Húmus, 10(28). Recuperado de <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12632>

LENZA, P.; MORAES, C.A.D. Direito Financeiro e Econômico Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MALUF, S. Teoria Geral do Estado. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

MARTINS, F. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6. ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

PLATÃO. A República. Organização: Daniel Alves Machado. Brasília: Editora Kiron, 2012.

VASCONCELOS, C. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. Prefácio de Manoel T. Berlinck. Tradução de Leonidas Hengenberg e Octany Silveria da Mota. 20 ed. São Paulo, 2013.

**PARA CONSTRUÇÃO DE UM
ESTADO PÓS-SECULAR
A FÉ COMO ELEMENTO DE
LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA**

Dorival Assi Junior

Universidade Estadual de Londrina, Mestrando em Direito
Negocial, Londrina, Brasil, dorivalassijr.1992@uel.br

Clodomiro José Bannwart Junior

Universidade Estadual de Londrina, Professor Associado ao
Departamento de Filosofia, Londrina, Brasil, bannwart@uel.br

INTRODUÇÃO

Este artigo busca compreender as aproximações entre líderes religiosos e os Estados contemporâneos. Em diversos países, vê-se tentativas desses líderes de influenciarem fiéis em eleições, de formarem partidos políticos com suas cosmovisões e, em alguns casos de ocuparem o *status* de representantes da nação. Alguns exemplos são a aproximação de pastores neopentecostais de líderes da extrema direita, a formação de partidos com orientação religiosa ao redor do mundo (Partido Social Cristão (PSC) no Brasil; União Demócrata-Cristã (CDU) na Alemanha; Shas em Israel) e os países teocráticos, especialmente no Oriente Médio e em África. A partir deste estado de coisas, irá se abordar o conceito de pós-secularidade em Jürgen Habermas e sua concepção de tolerância religiosa como decorrência da neutralidade Estatal. Propõe-se que as crises das democracias contemporâneas ocasionadas por líderes populistas e os conflitos geopolíticos constantes no Oriente Médio e em África decorrem da reaproximação da religiosidade dos Estados seculares. Não se despreza a importância da religião e a presença de conteúdo cognitivo em seus argumentos, porém é necessário que o Estado não se valha de cosmovisões particulares para se orientar na busca pelo bem-estar de todos os cidadãos, religiosos, agnósticos e ateus.

Com esse quadro em mente, o problema que se propõe é: as crises das democracias modernas decorrem da decadência da neutralidade no seio dos Estados contemporâneos? E como hipótese, acredita-se ser possível demonstrar que a crise das democracias modernas decorre do aprofundamento da parcialidade religiosa estatal, o que leva a ruína do princípio de tolerância e ao redimensionamento dos direitos culturais e acaba por solapar a legitimidade democrática.

Como objetivo geral, irá se buscar demonstrar que a reaproximação entre cosmovisões religiosas e a organização estatal acabam por retirar a legitimidade dos representantes eleitos pelo voto popular e gerar crises institucionais que desestabilizam as organizações democráticas e, por vezes, arruinar a democracia. E, como específicos, irá se analisar a concepção de pós-secularidade, com enfoque nas ideias de tolerância e

neutralidade do Estado para Habermas. Também se analisará a reaproximação da religiosidade do centro de poder do Estado contemporâneo e a sua influência no declínio da neutralidade estatal e na intolerância religiosa. Ao final, irá se analisar como a ideia de pós-secularidade habermasiana pode auxiliar no enfrentamento às crises da democracia.

No que tange a metodologia iremos utilizar o método reconstitutivo habermasiano, onde buscaremos através da análise do modelo social vigente reconstruir uma teoria normativa com potencial de emancipação, baseada na ação comunicativa que construa consensos racionalmente motivados a partir de pretensões de validade levantadas em contextos comunicativos livres.

1 A REAPROXIMAÇÃO DO PODER RELIGIOSO DO CENTRO DE PODER DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DO ESTADO BRASILEIRO

A influência religiosa na política não se trata de um fenômeno recente, desde o Iluminismo a separação entre Estado e religião foi uma das características marcantes das democracias modernas. Ainda sobrevive uma exceção dessa separação, as monarquias constitucionais, em que o monarca ainda reserva um vínculo transcendental até os dias de hoje, mas, mesmo nesses casos, existe uma representante do povo que exercerá a função de primeiro-ministro ou presidente, conforme a sua organização política.

Esse fenômeno, conhecido por secularidade, trouxe grande avanço para a representação da população e o reconhecimento da soberania do povo. A partir daí, reconheceu-se que todo poder do Estado deveria emanar de seu povo e não de uma “escolha divina”. Indo além, decidiu-se que, estes líderes, sequer deveriam influenciar a política, devendo se reservar apenas ao sacerdócio.

Como enfatiza Habermas, “[...] as bases legitimadoras de um poder ideologicamente neutro do Estado provêm, em última análise, das fontes profanas da filosofia dos séculos XVII e XVIII” (2007, p. 28). Entretanto, reconhece que “a história da teologia cristã da Idade Média, em especial da escolástica espanhola tardia, faz parte naturalmente da genealogia dos direitos humanos”

(2007, p. 27-28). O autor reconhece, portanto, que há conteúdos religiosos que guardam racionalidade.

O modelo constitucional descrito por Habermas é o utilizado na grande maioria das democracias contemporâneas, porém, o que tem se percebido, é um “desvio da rota” dos líderes políticos que tem, com o objetivo de aumentar sua *clientela eleitoral*, buscado se aproximar de líderes religiosos para obter seu apoio.

As últimas eleições no Brasil demonstraram um ganho de influência entre os líderes religiosos no debate político. Não foram raras as aparições do ex-Presidente da República, Jair Bolsonaro, com líderes religiosos durante as campanhas eleitorais de 2018 e 2022. Da mesma maneira que, Luiz Inácio Lula da Silva, sentiu a necessidade de angariar religiosos para estarem ao seu lado durante a campanha de 2022.

Amy Erica Smith vê que “nas últimas três décadas, as congregações religiosas no Brasil têm desempenhado um papel crescente na política democrática” (2023, p. 63). Corbi e Miessi também enfatizam que o “[...] aumento de votos compartilhados por evangélicos é ainda mais dramático, com a bancada evangélica (FPE) recebendo menos de 7% dos votos entre todos os congressistas eleitos em 1998 e mais de 37% dos votos em 2018” (2022, p. 36).

A ignição desse fenômeno, para Smith, são as *guerras culturais*. Este conceito é trabalhado por James Davidson Hunter que em seus estudos percebeu que manifestações sociais em um primeiro momento desconexas, apresentavam uma interligação. Questões como a energia nuclear e o direito da população LGBTQIAPN+, em um primeiro momento, não guardam qualquer conexão, porém, Hunter, percebeu que “[...] contra o antigo eixo de tensão e conflito que estava enraizado na economia política, surgiu um “novo” eixo de tensão e conflito de natureza fundamentalmente cultural” (2022, p. 31).

O pluralismo cultural garantido constitucionalmente, torna a convivência cada vez mais difícil. O que poderia significar uma maior liberdade de expressão de crenças e valores, mostrou-se complexo, pois, para além de manifestar, quis-se subjugar. As forças contrárias perceberam que o “o poder da cultural é o poder

de nomear as coisas, de definir a realidade, de criar e moldar mundos de significado” (HUNTER, 2022, p. 56). Assim, as guerras culturais advêm de “[...] conflitos democráticos generalizados e prolongados dentro das sociedades, entre grupos sociais que consideram suas visões de mundo como fundamental e mutuamente incompatíveis” (SMITH, 2023, p. 26).

Dentro dessa dinâmica, parecem-nos centrais nos debates, ao menos no Brasil, três eixos que envolvem a religiosidade, quais sejam: a sexualidade, a família e as relações entre Estado e organizações religiosas. Temas que envolvem questões sobre a imposição de modos de vida de comunidades religiosas para vivências seculares.

O envolvimento de padres, pastores e outros líderes religiosos na política brasileira teve como força motriz a mudança de concepções pela sociedade e a criação de políticas públicas indesejadas pela comunidade confessional envolvendo a sexualidade, gênero e papéis na família. Outro elemento relevante decorre da crescente competição por fiéis por diferentes denominações religiosas, sejam elas protestantes, evangélicos ou pentecostais (SMITH, 2023, p. 27).

A democracia recente brasileira (pós 1985) é uma história de instabilidade. O primeiro presidente eleito democraticamente, Fernando Collor de Mello, sofreu um *impeachment* pela prática de crimes de responsabilidade. Itamar Franco cumpriu o restante do mandato e Fernando Henrique Cardoso (FHC) foi eleito na sequência. Para continuar no poder, FHC propôs uma emenda à constituição que permitiu a reeleição. Terminado seus mandatos, Luiz Inácio Lula da Silva foi eleito em 2002 e reeleito em 2006. Dilma Rousseff foi eleita em 2010 e reeleita em 2014, porém teve seu mandato cassado em processo de *impeachment* em 2016. Em 2018, Jair Messias Bolsonaro foi eleito. Nessa disputa eleitoral Lula foi retirado do pleito pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) por uma condenação por corrupção, sem que houvesse a condenação penal transitada em julgado. Lula foi preso e retirado da disputa com uma condenação em segunda instância. Uma reviravolta aconteceu e o Supremo Tribunal Federal (STF) anulou os processos contra Lula em razão da imparcialidade do Juiz que conduziu o processo. Então, Lula readquiriu seus

direitos políticos e disputou a eleição presidencial de 2022 e, novamente, foi eleito.

A história política brasileira é complexa e cheia de reviravoltas, entretanto, o apoio de comunidades religiosas é algo que sempre foi buscado por presidentiáveis, especialmente no passado recente. A disputa nas eleições gerais de 2018 e 2022 estiveram envoltas em questões de ordem moral, como a descriminalização do aborto, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a cirurgia de redesignação sexual em pessoas transsexuais, a política nacional de educação sexual, o direito de pais definirem se seus filhos serão, ou não, vacinados, a descriminalização de drogas, entre outros assuntos. Questões como essa exigem dos candidatos, além de uma declaração pública, uma validação de líderes religiosos. E, nesse cenário, é que os candidatos lutaram para obter apoio.

O Partido dos Trabalhadores (PT), o qual esteve por mais tempo com representantes na Presidência da República no período democrático recente, teve o apoio de líderes católicos e pentecostais até o *impeachment* de Dilma Rousseff em 2016. Na disputa presidencial de 2010, o segundo turno teve como oponentes Dilma Rousseff e José Serra, ocasião em que foi trazido a público uma entrevista com a candidata petista dizendo que apoiava o aborto. Em razão disso, a emissora de TV católica, Canção Nova, transmitiu um sermão em que um padre pedia que não votassem na candidata (SANTOS, 2010). De outro lado, em resposta, a *Folha Universal* vinculada a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) publicou uma matéria com o título *Sete razões para votar em Dilma*, no mesmo ano (JORNAL, 2010).

Trouxemos essas notícias com o intuito de ilustrar o cenário de disputa eleitoral existente nos últimos anos no Brasil. As *guerras culturais*, apontadas por Hunter, tem como marco inicial as décadas de 1970 e 1980. O mesmo momento em que estava se reconstituindo a democracia brasileira.

Esses líderes religiosos não se movem, unicamente, em busca de oportunidade e benefícios, reconhecemos que há uma busca por manutenção de suas cosmovisões. Contudo, em um segundo plano, estes se alinham com grupos políticos para angariarem mais almas no mercado da fé. Como lembra Smith, “a competição

entre religiões e a necessidade de manter e aumentar o número de almas de seu grupo influenciam criticamente o comportamento das lideranças religiosas” (2023, p. 77).

Durante o governo de Jair Bolsonaro, pastores pentecostais exerceram uma grande influência na política e escancaram a busca para impor sua visão de mundo. Algo emblemático foi o escândalo de corrupção encabeçado pelo Ministro da Educação, Milton Ribeiro, o qual tinha os recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) controlados por dois pastores que cobravam propinas, até mesmo em barras de ouro, para liberar os recursos a prefeitos (PROPINA, 2022).

A infiltração da influência desses pastores, ambos da Assembleia de Deus, no Ministério da Educação denotam a busca pelo controle em questões que envolviam a educação e a cultura. A liberação, ou não, de verbas para projetos e a organização curricular permitem uma infiltração religiosa direta na formação de crianças e adolescentes.

Em 2023, o ex-presidente Jair Bolsonaro foi condenado pelo uso indevido dos meios de comunicação e pelo abuso de poder político, tendo sido declarado inelegível por 8 anos. Neste mesmo ano, diversas ações penais foram instauradas contra ele e seus filhos. Em 2024, uma operação denominada de *Tempus Veritas* realizada pela Polícia Federal apreendeu documentos e equipamentos eletrônicos de Jair Bolsonaro, do seu candidato a vice em 2022, General Braga Netto, dos ex-ministros Augusto Heleno e Paulo Sérgio Nogueira, do presidente do Partido Liberal (PL), Valdemar da Costa Neto, além de assessores e advogados investigados pelo envolvimento no ataque aos Palácios dos Três Poderes da República em 08 de janeiro de 2023 (SARDINHA; SOARES, 2024). Em resposta, o ex-presidente convocou um ato para 25 de fevereiro de 2024 para se defender das acusações que tem sofrido por diversos crimes. O que chama a atenção é que o evento foi financiado, conforme declarado pelo próprio líder da Assembleia de Deus Vitória em Cristo, por Silas Malafaia (NÃO, 2024), o qual disse não ter convidado nenhum outro líder evangélico.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos da Religião (REIS, 2023, p. 197), dentre os 513 representantes

eleitos para a Câmara dos Deputados, em 2022, 403 declararam professar uma religião, o que representa 75,55% (setenta e cinco inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento). A prática religiosa não é algo que deve, necessariamente, ser expurgada da política. Como Habermas já identificou, é preciso reconhecer a finitude da razão e a existência de conteúdos cognitivos em preceitos religiosos (2007). O que é preciso extirpar, é o uso da política por líderes religiosos como instrumento de obtenção de poder com a “negociação de fiéis” por vantagens comparativas para concorrer no “mercado da fé”.

A resposta para esse fenômeno depende da garantia de uma neutralidade pelo Estado, e acreditamos que isso pode ser produzido em um cenário *pós-secular* como defendido por Habermas.

2 PÓS-SECULARIDADE EM HABERMAS: A NEUTRALIDADE DO ESTADO COMO ELEMENTO ESSENCIAL A TOLERÂNCIA RELIGIOSA

Em sua obra *Entre o naturalismo e a religião*, Habermas traz reflexões importantes para a discussão da influência da religião nos Estados seculares. Para ele o Estado construído sob os alicerces seculares não enfrenta problemas quanto a sua infraestrutura, isto é, não existem fraquezas internas neste sistema democrático. Porém, o mesmo não pode ser dito quanto aos fatores externos, pois “uma modernização “descarrilhadora” da sociedade poderia muito bem esgarçar, em sua totalidade, o laço democrático e consumir o tipo de solidariedade da qual o Estado democrático depende e a qual ele não pode obter pela força” (HABERMAS, 2007, p. 121).

A partir disso, o autor reconhece a importância da religião para a democracia. A filosofia deveria, portanto, reconhecer a existência de outras fontes de conhecimento, pois somente “uma razão que se torna consciente dos seus limites consegue sobrepujar-se a si mesma” (HABERMAS, 2007, p. 123-124). Assim, para Habermas,

uma filosofia consciente de sua falibilidade e de sua posição frágil no interior da estrutura diferenciada da sociedade moderna, insiste na distinção genérica – não pejorativa – entre a fala discursiva secular, a qual pretende ser acessível a todos

em geral e a fala religiosa que é dependente de verdades reveladas (2007, p. 124).

Essa “nova” forma de pensar a filosofia funda-se no respeito, abstendo-se de emitir juízos valor sobre cosmovisões que dependam de um modo de vida religioso. A filosofia, a partir da metafísica grega, já agiu de modo a se apropriar de conceitos religiosos para formulação de princípios, um exemplo citado por Habermas, é a dignidade do homem que surge como uma derivação do pressuposto de que o homem é semelhante a Deus. Nesse contexto há o que Habermas denomina de “um parto secularizador de potenciais de significação encapsulados” (2007, p. 126).

O que se desdobra do reconhecimento da finitude da razão e da existência de conteúdos cognitivos em preceitos religiosos é a *pós-secularidade*. É preciso, conforme defendeu Habermas, “[...] prestar às comunidades religiosas reconhecimento público pela contribuição funcional relevante prestada no contexto da reprodução de enfoques e motivos desejados” (2007, p. 126).

Como consequência aparece a necessidade de se intermediar a relação entre cidadãos crentes e não crentes, ambos os lados terão de reconhecer os potenciais cognitivos nas falas do outro lado e levar esses temas para discussão em uma esfera pública.

Para a construção de uma esfera pública habermasiana é necessário que partamos da adoção de sua teoria social, onde se reconheça um processo de *modernização* que divorcia mundo da vida e sistemas. Onde, neste primeiro, opera uma racionalidade comunicativa que é orientada ao entendimento, enquanto, no segundo, uma razão instrumental que é voltada ao êxito. Com isso, podemos estabelecer que o Direito, nas sociedades modernas complexas e funcionalmente diferenciadas, constitui um espaço verdadeiro de conexão entre sistemas e mundo da vida.

O Direito não deve se eximir de uma análise da tensão entre facticidade e validade, pois “uma *tensão* entre a *validade* positiva das normas constitucionais coercitivas e a *realidade* constitucional penetra na *realidade das próprias* sociedades modernas e, em casos de dissonância drasticamente visível, pode desencadear uma dinâmica de protesto que mobiliza em massa” (HABERMAS, 2023, p. 36-37). É nesse aspecto que a tarefa *reconstrutiva* de uma teoria da democracia deve operar para garantir a fundação

de um Estado em que haja a “*distribuição igualitária dos direitos subjetivos segundo leis universais*” (HABERMAS, 2023, p. 37).

É neste modelo de Estado em que reconhecemos a necessidade da construção da *pós-secularidade* para o trato com as comunidades religiosas. Para isso, é preciso o reconhecimento de um modelo de conhecimento *pós-metafísico*, ou seja, que reconheça a finitude da razão e a existência de conteúdos cognitivos nas verdades professadas pela religião. Isso não quer dizer que deverá o Estado assumir como verdadeiras as premissas religiosas, existirá a necessidade de uma *reserva de tradução institucional* da linguagem religiosa para a forma racional, onde esteja acessível a todos (HABERMAS, 2007, p. 147). A tradução é uma tarefa que competirá ao Estado e a esfera pública.

Para Habermas “cidadãos secularizados não podem, à proporção que se apresentam no seu papel de cidadãos do Estado, negar que haja, em princípio, um potencial de racionalidade embutido nas cosmovisões religiosas [...]” (2007, p. 128).

O sucesso desse modelo depende de que os argumentos estejam acessíveis para todos os envolvidos na esfera pública. E, é para isso, que a tradução deverá ocorrer para uma linguagem secular compreensível por todos. Não dependendo de verdades reveladas. É fundamental, ainda, que a tradução institucional converta os argumentos religiosos para uma linguagem secular em que a justificação que estejam acessíveis a todos (2007, p. 154).

A *reserva de tradução institucional* decorre do princípio de neutralidade do Estado, de modo que devem ser admitidas tanto pretensões seculares como religiosas. E, no caso da linguagem religiosa a tradução deverá ocorrer na esfera pública, evitando, assim, a imposição de uma sobrecarga argumentativa para os concidadãos religiosos.

Para que exista um diálogo entre Estado e religião e que se mantenha a tolerância entre os cidadãos, exige-se a manutenção, de forma irredutível, da neutralidade quanto às religiões. Na visão de Habermas, “o Estado secular, em todo caso, só pode garantir, de modo imparcial, tolerância quando for capaz de assegurar, na esfera pública política, que o pluralismo de cosmovisões se desenvolva sobre a base do respeito mútuo” (2007, p. 293). O

respeito a neutralidade criaria, então, um *laço unificador de solidariedade*, em que “[...] os cidadãos não conseguem entender-se como participantes, com iguais direitos, de uma prática comum que possibilita a formação de opinião e da vontade na qual *uns devem aos outros argumentos* [...]” (2007, p. 154).

Nesse ponto argumentativo, o pensamento *pós-metafísico* é essencial para que se reconheça uma posição agnóstica em que se esteja disposto ao aprendizado com a religião e a diferenciação entre certezas de fé e pretensões de validade (HABERMAS, 2007, p. 162).

A compatibilização de pensamentos seculares e religiosos depende da obtenção de condições mínimas desses cidadãos para que façam um *uso público da razão*. Para Habermas, esse uso exige pressuposições cognitivas que não são inerentes ao diálogo. A política deliberativa, no contexto de Estados democráticos de direito, exige que sejam criados mecanismos para proporcionar um debate que seja orientado ao entendimento (2007, p. 163). É preciso que cidadãos estejam dispostos a, de forma livre e consciente, a buscar um consenso racionalmente motivado. Somente partindo desse método é que se torna possível superar a polarização de cosmovisões.

A descrença nesse sistema implica na ruptura com a possibilidade de construção de consensos formulados de pretensões de validades em um ambiente em que há a tradução institucional de preceitos religiosos.

Não descartamos a necessidade de formação de competências para que os cidadãos consigam empregar a mentalidade requerida para um debate que seja pautado em premissas pós-seculares, mas, como Habermas, acreditamos que estes “[...] podem adquirir as mentalidades funcionalmente requeridas pelo caminho de “processos de aprendizagem complementares” (2007, p. 164).

A construção da *pós-secularidade*, portanto, depende de algumas compreensões por parte dos cidadãos seculares e religiosos e da existência de uma neutralidade, o que garantiria a tolerância entre os cidadãos, que, por sua vez, legitimariam o poder estatal. De modo sucinto, “a substância moral dos princípios da constituição é assegurada por procedimentos que devem sua

força legitimadora a imparcialidade e à consideração equitativa de interesses [...]” (HABERMAS, 2007, p. 295).

3 A RUÍNA DA NEUTRALIDADE E O AVANÇO DAS CRISES DEMOCRÁTICAS NO SÉCULO XXI

Frente a este estado de coisas, percebe-se que o Estado constitucional democrático contemporâneo falhou em manter sua neutralidade. No Brasil, especialmente, vê-se um aumento exponencial do poder político por parte de grupos religiosos, o que tem produzido um fenômeno de descrença na neutralidade do Estado e, por conseguinte, de rompimento com a tolerância. Cidadãos seculares passaram a defender a supressão da liberdade religiosa e os religiosos a adoção de suas visões particulares como fundamentos do Estado.

As disputas entre segmentos religiosos tem produzido grupos que vociferam seu ódio às minorias, especialmente quando se trata da população LGBTQIAPN+. Os ataques ao feminismo e a reprodução de ideias baseadas na submissão da mulher ao homem tem crescido. Grupos carismáticos têm “elevado sua voz” para defender o não uso de métodos contraceptivos para produzir uma predominância cristã no longo prazo.

Todos esses exemplos apenas demonstram que a tolerância, aqui não compreendida apenas como o respeito a diferentes matizes religiosas, mas também ao respeito as visões seculares, tem ruído. E sua ruína tem mostrado a perda da neutralidade pelo Estado contemporâneo.

O professor Clodomiro Bannwart destaca que

Hoje os detentores de púlpitos sacrificam a problematização das questões que realmente importam para uma sociabilidade sadia e plural em benefício da conquista do poder a qualquer custo. No altar da fé, sacrificam o cidadão para parir rebanhos sob o cabresto de discursos antidemocráticos. (BANNWART JUNIOR, 2022, p. 105)

A reconstrução da tolerância deve partir, então, da esfera pública, de cidadãos seculares e religiosas que entendam a necessidade de construir consensos racionalmente motivados

assumindo a perspectiva do outro. É preciso também proteger, antecipando-se ao que Habermas chama de *inimigos da constituição*.

Para ele, a Constituição deve tolerar as forças contrárias a ela, “[...] com a reserva, no entanto, de que os cidadãos “desobedientes” conseguem [sic] justificar sua resistência apoiados em princípios da constituição e em meios não-violentos” (HABERMAS, 2007, p. 284). Por princípios, compreendemos as pretensões de validade que buscam a universalidade. E são eles que garantem a tolerância, pois, como explicita Habermas, “[...] a concorrência entre verdades éticas, ao contrário do que ocorre quando de uma concorrência entre valores, obriga à tolerância” (2007, p. 293).

O respeito ao outro passa por um processo de reconhecimento. O reconhecer-se no outro é que garante o sentimento de pertencimento ao grupo e, como decorrência, garante a assunção de perspectiva deste outro. Estes indivíduos socializados “[...] só conseguem formar e estabilizar sua identidade no interior de uma rede de relações de reconhecimento recíproco” (HABERMAS, 2007, p. 299).

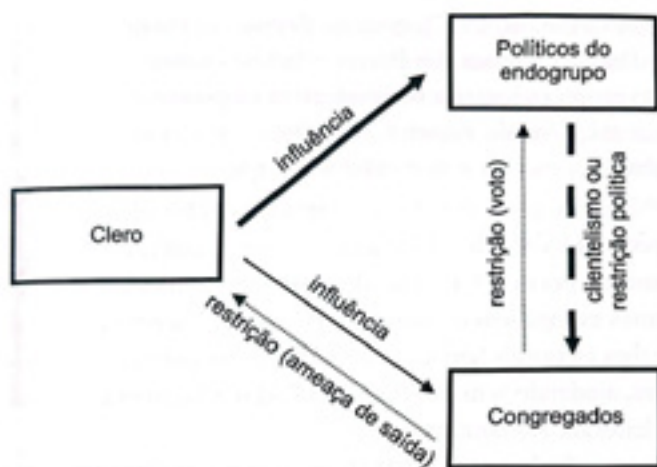
É preciso lembrar que, para Habermas, direitos culturais são ofendidos quando é impedido o pertencimento dos cidadãos. Diferente dos direitos sociais que buscam prover direitos básicos substanciais aos cidadãos, o direito cultural busca a integração do sujeito na sociabilidade. Destaca o autor que, “o princípio da igualdade cidadã é ferido na dimensão da pertença, não na da justiça social” (2007, p. 327).

Aliberdade religiosa constitui um desdobramento dos direitos culturais. E garanti-los significa a defesa intransigente de um multiculturalismo inclusivo, onde diferentes sujeitos aceitam “o reconhecimento recíproco de membros com iguais direitos, o qual constitui o alvo do multiculturalismo, pressupõe relações interpessoais modificadas que se produzem pela via do agir comunicativo e do discurso e se harmonizam na esfera pública democrática [...]” (2007, p. 326).

Esse reconhecimento é muito importante no cenário atual, pois o reconhecer-se nos outros permite que congregados se reconheçam como membros de um grupo que detém o poder de oferecer resistência tanto aos líderes religiosos como aos

políticos que se formam na base religiosa. Smith reconhece na relação triádica com os líderes religiosos o poder de influência e o poder de restrição (2023, p. 101). Para ela as relações formam-se da seguinte maneira:

Figura 1 - Relações de influência e representação dentro de grupos religiosos



Fonte: SMITH, 2023, p. 101

O reconhecimento entre congregados da necessidade da construção de um Estado *pós-secular* impõe aos líderes religiosos cautela em sua influência para que os congregados não lhe imponham restrições, seja no aspecto da continuidade da fé ou na confiança de depositar os votos nos líderes políticos.

Essa consciência em torno da necessidade de moldar cidadãos que reconheçam o cenário em que seculares e religiosos devem dialogar motivados a obter um consenso racionalmente motivado, a partir de uma dinâmica em que os termos religiosos são convertidos de forma universalista e que haja a assunção da perspectiva do outro, permite o reconhecimento no outro. E, esse reconhecimento, torna possível a mediação da tensão entre facticidade e validade.

O uso da influência dentro de organizações religiosas fomenta a desconfiança entre religiosos e seculares. E, como lembra Smith, “o aumento da polarização efetiva e a intolerância mútua podem potencialmente levar a um colapso democrático” (2023, p. 265).

A democracia depende, agora, de uma posição firme de neutralidade por parte dos Estados. O não beneficiamento de grupos religiosos mantém a crença de cidadãos seculares e de religiosos de outras congregações nessa neutralidade e, por consequência, mantém a tolerância.

A própria laicidade, como empregada no Brasil, acaba por inviabilizar uma posição de neutralidade, pois implica na ausência de adoção de uma visão de mundo pelo Estado, mas, ao mesmo tempo, fomenta a liberdade para o reconhecimento de todas essas visões. A laicidade viabiliza a assunção de posturas positivas que fazem com que os líderes religiosos busquem utilizar de seu capital político-religioso para obter maiores vantagens concorrenciais (isenções de tributos, concessão de frequências de rádio e TV etc.). A neutralidade exige uma postura negativa do Estado, o reconhecimento de diferentes cosmovisões sem o fornecimento de qualquer espécie de benefício.

A manutenção da neutralidade, preserva a tolerância e garante a legitimidade do Estado, trata-se de um ciclo virtuoso. Para esclarecer essa concepção apresentamos a figura abaixo:



Figura 2 - Ciclo virtuoso da neutralidade

Por um acaso, parte desse texto foi escrito em 25 de fevereiro de 2024, momento em ocorre a manifestação convocada por Bolsonaro e financiada pelo pastor Silas Malafaia, líder da Assembleia de Deus Vitória em Cristo. Durante esse evento,

manifestantes cantaram hinos gospels e “defenderam” o Estado democrático de Direito. Esta “defesa” se deve aos inquéritos que foram instaurados contra Bolsonaro e seus apoiadores pela tentativa de golpe de Estado que ocorreu em 8 de janeiro de 2023 com ataques aos palácios dos três poderes.

Lideranças religiosas sempre estiveram interligadas ao governo e às campanhas de Bolsonaro. O seu maior financiador, pessoa física, na campanha presidencial de 2022, foi o pastor Fabiano Campos Zettel da mesma congregação de Silas Malafaia. O valor doado foi de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) (BRASIL, 2024).

Algo que gerou muito embate em janeiro de 2024 foi a revogação pelo presente eleito, Lula, da isenção de imposto de renda que havia sido concedida por Bolsonaro aos líderes religiosos. Esse debate levanta um aspecto importante de reflexão da razão desses líderes buscarem se infiltrar na política, pois uma pessoa física tem a permissão legal de doar para uma campanha política até 10% (dez por cento) dos rendimentos que auferiu no ano anterior a eleição. Ou seja, para que o pastor Fabiano Zettel tenha doado a Bolsonaro aquele valor, ele precisa ter tido rendimentos em 2021 de, ao menos, R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Imiscuir-se na política com o objetivo de obter vantagens comparativas acaba por retirar afetar a neutralidade. Cidadãos seculares e de outras religiões passam a questionar o posicionamento do Estado e isso leva a um ambiente altamente polarizado. E, como Levitsky e Ziblatt já afirmaram, “o retrocesso democrático hoje começa nas urnas” (2018, p. 16).

A manutenção da legitimidade de um Estado, portanto, perpassa pela visão de sua neutralidade dos cidadãos seculares e religiosos. A neutralidade mantém a tolerância e o respeito por todos. E, é através de um diálogo institucional livre de coerções, que se forma uma esfera pública em que todos levantem suas pretensões de validade. Os cidadãos religiosos levarão suas pretensões em linguagem religiosa e, dentro da esfera pública, haverá a sua tradução em linguagem secular para verificar a existência de um conteúdo universalista nela. Habermas afirma que “a modernização da consciência pública na Europa como um processo de aprendizagem que envolve, simultaneamente, as mentalidades seculares e as religiosas [...]” (2007, p. 346).

Ao assumir essas premissas de integração da religião a esfera pública, a fé adquire a condição de um elemento legitimador do Estado Democrático de Direito por sujeitar-se ao diálogo de forma a encontrar os princípios que irão reger a sociabilidade entre seculares e religiosos.

CONCLUSÃO

Acreditamos que a neutralidade do Estado tem ruído. E que isso tem levado a um cenário de intolerância religiosa e de perda da legitimidade dos governantes eleitos democraticamente que passam a adotar líderes religiosas em seus palanques. Para obter esse apoio, esses líderes religiosos têm cobrado o seu preço e buscado, nesse “mercado da fé”, novas maneiras para obter seu financiamento para que então alcancem mais almas.

Como prognóstico, entendemos que a garantia dos direitos culturais, da neutralidade do Estado e da tolerância religiosa produzem um exercício funcional da fé na perspectiva democrática, inserindo-a em um contexto de ação comunicativa. Afastando, assim, as vozes bestiais que vociferam pela instituição de regimes autoritários.

A política deliberativa é a forma propícia para construção de uma esfera pública que possibilite a integração de cidadãos seculares e religiosos, os quais apresentarão suas pretensões de validade que serão submetidas a uma *tradução institucional* para termos seculares e universalistas. Esse cenário possibilita que a religião exerça um papel legítimo na esfera política.

Essa interação garante a neutralidade do Estado e produz sociedades tolerantes. Por consequência, reconhecem a legitimidade de uma teoria da democracia *reconstruída racionalmente*. Esse ciclo entre neutralidade, tolerância e legitimidade é o que viabiliza o reconhecimento de um exercício funcional de grupos religiosos na política.

Para construir essas bases, é fundamental que reconheçamos os limites da razão e a existência de conteúdos cognitivos na religião, porém, de outro lado, temos, também, de reconhecer que as verdades reveladas assumidas pela religião não devem se inserir no ambiente político. O Estado que assume uma pos-

tura *pós-secular* continua a utilizar da linguagem secular em seu interior, uma linguagem que é racional, mas que garante aos cidadãos que tragam seus argumentos de forma religiosa, desde que reconheçam uma *reserva de tradução institucional* onde seus argumentos serão traduzidos para termos seculares na esfera pública.

O grande objetivo desse modelo é garantir, conforme já citado, “liberdades subjetivas exercidas individualmente e a soberania popular exercida intersubjetivamente” (HABERMAS, 2023, p. 37), a fim de proporcionar uma “*distribuição igualitária dos direitos subjetivos segundo leis universais*” (2023, p. 37).

A superação das crises ocasionadas pela influência religiosa na esfera pública da democracia brasileira, assim como em diversos outros locais do mundo, só poderá ser afastada através da constituição de um Estado *pós-secular* em que se formem consensos de fundo baseados em uma sociabilidade que integre religiosos e seculares.

REFERÊNCIAS

BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *Política sem ofensa, por gentileza!* Londrina: Engenho das Letras, 2022.

BRASIL. Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais (DIVULGACAND). Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/candidato/2022/2040602022/BR/280001618036>. Acesso em: 25 fev. 2024.

ESTEVES, João Pissarra. *A ética da comunicação e os media modernos: legitimidade e poder nas sociedades complexas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Entre o naturalismo e a religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora da Unesp, 2020.

_____. *Fé e saber*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

_____. *Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa*. São Paulo: Editora da Unesp, 2023.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Dialética da secularização: sobre a razão e religião*. Aparecida: Ideias & Letras, 2007.

HUNTER, J. D.; ZANON, C. A guerra cultural contínua. *Políticas Culturais em Revista*, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 22–62, 2022. DOI: 10.9771/pcr.v15i1.48385. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/pculturais/article/view/48385>. Acesso em: 18 fev. 2024.

JORNAL da Igreja Universal publica “sete razões para votar em Dilma”. *Folha de São Paulo*, 2010. Disponível em <https://m.folha.uol.com.br/poder/2010/11/824028-jornal-da-igreja-universal-publica-sete-razoes-para-votar-em-dilma.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2024.

LAGO, Davi. *Brasil polifônico: os evangélicos e as estruturas de poder*. São Paulo: Mundo Cristão, 2018.

LATOURE, Bruno. *Júbilo ou os tormentos do discurso religioso*. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2020.

NÃO convidei líderes religiosos evangélicos para ato de Bolsonaro, diz Malafaia. *Poder 360*, 2024. Disponível em <https://www.poder360.com.br/brasil/nao-convidei-lideres-evangelicos-para-ato-de-bolsonaro-diz-malafaia/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

PROPINA em ouro, via bíblia e no pneu: entenda o escândalo dos pastores e ‘gabinete paralelo’ no MEC. *Estadão*, 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/propina-em-ouro-via-biblia-e-no-pneu-entenda-o-escandalo-dos-pastores-e-gabinete-paralelo-no-mec/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

REIS, Livia et. al. *Religião e política: um olhar a partir das pesquisas do ISER (2022-2023)*. Rio de Janeiro: ISER, 2023.

SANTOS, Débora. PT fecha acordo com emissora católica para ter direito de resposta. *G1*, 2010. Disponível em: <https://glo.bo/1R-jB2bG>. Acesso em: 18 fev. 2024.

SARDINHA, Eduardo; SOARES, Gabriella. Entenda como as novas investigações da PF aumentam o cerco a Bolsonaro. *Congresso em Foco*, 2024. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/entenda-como-a-operacao-da-pf-desta-quinta-aumenta-o-cerco-a-bolsonaro/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

SIQUEIRA, Gutierres Fernandes. *Quem tem medo dos evangélicos: religião e democracia no Brasil de hoje*. São Paulo: Mundo Cristão, 2022.

SMITH, Amy Erica. *Religião e a democracia brasileira: dos bancos das igrejas para as urnas*. Petrópolis: Editora Vozes, p. 2023.

**O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, O
ESTADO LAICO, E O INSTITUTO DO REFÚGIO,
COMO GARANTIAS DO EXERCÍCIO AO
DIREITO DE CRENÇA FRENTE A NOVOS
CENÁRIOS MIGRATÓRIOS MUNDIAIS.**

Cleber da Cruz Cunha

UFF, doutorando - PPGDIN, Niterói/RJ,
Brasil, teto.mateto@gmail.com

Mônica Alves de Carvalho Cunha

Advogada, Niterói/RJ, Brasil, kinhakunha@gmail.com

RESUMO: O Brasil, a partir da com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de Direito, formatação que traz em seu bojo uma série de compromissos umbilicalmente ligada ao conceito de direitos humanos, estando entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como macro orientador, abrange vetores como a igualdade, a liberdade, a segurança, o bem estar de todos e a não discriminação. Há de se observar que, nesse contexto, entre os diversos direitos garantidos na ordem jurídica pátria, está o direito de crença, abrangendo não só a profissão de fé em si como também a proteção a toda liturgia do respectivo culto. Ocorre que, com os atuais cenários de guerra no mundo, advindos de extremismos religiosos, que geram mortes, segregação, discriminações, e toda sorte males que decorrem desses contextos, pode haver migrações e deslocamentos humanos, inclusive para o Brasil, com reflexos diretos sobre questões identitárias locais e internacionais, controle de fronteira, migrantes e refugiados, e Direitos Humanos. O presente trabalho, assim, visa a analisar se o Brasil, enquanto Estado laico, está preparado para novos cenários mundiais quanto a migrações e deslocamentos humanos, sobretudo quando se está diante de cenários de perseguição e extremismos religiosos; bem como, buscará verificar se há equalização do instituto do refúgio, com a proteção da pessoa humana, e o controle de fronteira, cujo o amálgama tangencia o conceito de segurança pública.

Palavras-chave: Estado laico; direitos humanos; direito à religião; refúgio; segurança.

ABSTRACT: Brazil, following the Federal Constitution of 1988, restructures itself as a democratic republic of law, a format that brings within it a series of commitments umbilically linked to the concept of human rights, including the principle of human dignity. human, which, as a macro guide, covers vectors such as equality, freedom, security, the well-being of all and non-discrimination. It should be noted that, in this context, among the various rights guaranteed in the national legal order, there is the right to belief, covering not only the profession of faith itself but also the protection of the entire liturgy of the respective cult. It turns out that, with the current scenarios of war in the world, arising from religious extremism, which generate deaths, segregation, discrimination, and all sorts of evils that result from these contexts, there may be migrations and human displacements, including to Brazil, with direct consequences on local and international identity issues, border control, migrants and refugees, and Human Rights. The present work, therefore, aims to analyze whether Brazil, as a secular State, is prepared for new global scenarios regarding migration and human displacement, especially when faced with scenarios of persecution and religious extremism; as well as, it will seek to verify whether there is equalization of the institute of refuge, with the protection of the human person, and border control, whose amalgam touches the concept of public security.

Keywords: Laic State; human rights; right to religion; refuge; security.

INTRODUÇÃO

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de Direito, formatação que traz em seu bojo uma série de compromissos umbilicalmente ligada ao conceito de direitos humanos, estando entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como macro orientador, abrange vetores como a igualdade, a liberdade, a segurança, o bem estar de todos e a não discriminação.

Há de se observar que, entre os diversos direitos garantidos na ordem jurídica pátria, está o direito de crença, abrangendo não só a profissão de fé em si como também a proteção a toda liturgia do respectivo culto, o que reflete uma diretriz maior dos direitos humanos estampada em paradigmas de uma ordem internacional que se baseia na proteção dos direitos humanos, fundado na ideia relativamente nova de um direito internacional, que abarca, como posto, o direito à religião, o que fica evidente na leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica.

Não se pode olvidar que o Brasil, neste cenário, pôs-se como um Estado laico, implicando, por um lado, a sobreposição do princípio da impessoalidade no que tange a uma religião oficial; e, por outro, o dever de garantir a todos o gozo pleno do exercício de sua fé, independentemente da matriz religiosa, o que talvez seja o grande desafio de uma democracia quanto ao convívio de religiões distintas no mesmo ambiente societário, situação que ganha ares exponenciais quando se está diante de uma constituição social complexa e plúrima como a brasileira.

O cenário posto se torna ainda mais denso devido à grande mobilidade social advinda com o desenvolvimento tecnológico; seja no que quanto a mobilidade física que, com a expansão e popularização dos meios de transporte, possibilitou e facilitou migrações para todos os mais longínquos contões do mundo; seja quanto “mobilidade virtual”, que, com os novos meios de comunicação, permite uma efetiva interação de todo mundo

através das redes sociais, conjunto que parece se amoldar ao conceito habermasiano de porosidade fronteiriça.

O tema ganha contornos especiais quando se veem vários cenários de guerra no mundo advindos de extremismos religiosos, gerando mortes, segregação, discriminações, e toda sorte males que decorrem desses contextos, como se observa na atual situação vivida entre Israel e a Palestina, especialmente no que tange à Faixa de Gaza, o que pode redundar em migrações e deslocamentos humanos, inclusive para o Brasil, com reflexos diretos sobre questões identitárias locais e internacionais, controle de fronteira, migrantes e refugiados, e Direitos Humanos, haja vista, como visto acima, o compromisso do Brasil, com o combate à exclusão social e às discriminações, o que se põe como verdadeiro desafios à cidadania cosmopolita, ao comunitarismos e universalismos ético-políticos e seus impactos no direito internacional.

Nesse sentido, o presente trabalho, em sede de problema, visa a analisar se o Brasil, enquanto Estado laico, está preparado para novos cenários mundiais quanto a migrações e deslocamentos humanos, sobretudo quando se está diante de cenários de perseguição e extremismos religiosos; bem como, buscará, em sede de hipótese, verificar – se há – a equalização do instituto do refúgio, com a proteção da pessoa humana, e o controle de fronteira, cujo o amálgama tangencia o conceito de segurança pública.

A justificativa deste trabalho está na importância do complexo e difícil desafio democrático de compor um cenário social que, por um lado deve garantir o exercício interno à profissão e à prática de crença, e a dignidade da pessoa humana migrante de cenários de guerras, que, entre outros, pedem refúgio ao Brasil, sobretudo quando se está diante de extremismos e perseguições religiosas; e, por outro, deve fazer um efetivo controle fronteiriço de modo a não permitir a entrada de pessoas que possam comprometer a segurança nacional adentrem ao território nacional, conjunto que não só justifica como apõe a relevância deste trabalho.

O objetivo primário, assim, do presente *paper* seria analisar se o Brasil, como Estado laico, estaria preparado para, diante de novos cenários mundiais quanto a migrações e deslocamentos humanos, sobretudo quando se está diante de cenários de perseguição e extremismos religiosos, garantir direitos humanos

a migrantes, conformando essa proteção com o controle de fronteira, e o consequente dever de segurança pública interno.

A fim de alcançar o objetivo primevo, analisar-se-á os conceitos de Estado democrático de Direito, e os direitos fundamentais postos na Constituição Federal de 1988, pertinente ao tema, com comparação com normas de direito Internacional, como posto acima; outrossim, analisar-se-á a estruturação do Brasil enquanto Estado laico e as implicações dessa formatação no que tange à garantia do direito ao exercício de crença; por fim, verificar-se-á a equalização do direito ao refúgio, como uma matriz garantidora dos direitos humanos, com o controle fronteiriço, sobretudo no que tange à não permissão de entrada no país de *persona non grata*.

A busca dos objetivos propostos se baseará, em sede metodológica, por uma revisão bibliográfica sobre o tema, tendo como marco teórico primário, a obra *Entre o Naturalismo e a Religião: estudos filosóficos*, de Jürgen Habermas, além dos suporte de outras obras, como posto na indicação bibliográfica deste trabalho; outrossim, analisar-se-á a jurisprudência pátria, sobretudo no que tange às decisões do Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema, de modo a verificar o alinhamento das decisões com as prescrições legais e doutrinária, tudo com o fim, como posto, de alcançar os objetivos pretendidos.

DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho, assim, visando a alcançar os objetivos propostos, dentro da metodologia definida, buscará, em seu desenvolvimento, analisar o Estado laico e o direito de crença na Constituição Federal brasileira; outrossim, buscará concatenar, através de uma análise sistemática, o direito de crença e o princípio da segurança; e, por fim, examinará a coexistência do direito de crença, o instituto do refúgio e o princípio da segurança frente aos novos cenários mundiais.

1 O ESTADO LAICO E O DIREITO DE CRENÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Brasil, com a renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestruturou-se como um República

Democrática de Direito, assumindo uma série de compromissos estatais que perpassam pela dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento estatal, pelos objetivos fundamentais da construção de uma sociedade livre e busca do bem estar de todos sem qualquer tipo de preconceito, pelo assunção principiológica, em sede de relações internacionais, da prevalência dos direitos humanos, e pelos direitos fundamentais da liberdade e de crença, em um complexo e extenso conglomerado normativo.

O entendimento da estruturação do Brasil, enquanto Estado laico e o alcance do direito à liberdade de crença, há de ser buscado, inicialmente, através da lente de uma República Democrática de Direito, em uma leitura que, principiada pelos normativos internos, a esses não se limita, haja vista a porosa fronteira do Direito constitucional pátrio sobre o tema, uma vez que, nos termos do Art. 5º, § 2º, da CRFB, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A república, nesse sentido, enquanto regime de governo, tem a origens de sua formatação na antiguidade clássica, sobretudo na antiguidade grega, quanto pensadores como Platão apontavam, entre diversas outras coisas, que a república implicaria uma cidade justa (VIEIRA, 2010), ainda que, nas próprias palavras do referido autor, em construção utópica (PLATÃO, 2012, p. 207). A noção de República, perpassa, ainda, na antiguidade, por Cícero, que estudando o Império Romano, entendeu que os bens que suportam a existência estatal são *res publica*, coisa do povo voltada para o povo, apontando para a noção de impessoalidade no trato dos bens estatais (CÍCERO, p. 45).

Essa concepção foi relida por ocasião do renascimento, fundamentando as grandes revoluções dos Séculos XVII e XVIII, como a Revolução Francesa, estabelecendo a República como um contraponto à monarquia, sobretudo as monarquias absolutistas, em vários aspectos como a responsabilidade do dirigente estatal, a periodicidade do comando estatal, e a transferência do domínio dos bens estatais de um – o monarca, para todos – o povo, daí *res publica*, coisa do povo, o que, mantidas as devidas proporções, formata o conceito hodierno de república.

A democracia, outrossim, tem suas origens na antiguidade clássica, quando autores como Aristóteles, ao tratar sobre “A Política”, apontou o que seria os marcos primevos desse regime de governo, enquanto poder estatal exercido pelo povo, o que exigia, por um lado, a igualdade dos indivíduos, o que o referido filósofo apontou que se daria pelo nascimento – pois todos os seres humanos nascem de mulher, e, nesse sentido, seriam iguais; e, por outro lado, pela capacidade de fala, enquanto potencialidade intrínseca do ser humano (CUNHA, 2017, pp. 13-20).

A despeito das críticas a Aristóteles, não se pode olvidar que essa estrutura mínima foi retomada, da mesma forma, no renascimento, estruturando regime que transporia o poder das mãos de um – *mono arquia*, para as mãos de todo o povo – *democracia*, implicando que todo o poder do Estado emana do povo, seu único e efetivo titular, cujo exercício, firmado nos vetores primevos, exige igualdade entre todos os indivíduos, bem como o binômio liberdade-possibilidade de falar, em conjunto fomentador da construção e do desenvolvimento estatais.

Não se pode esquecer, ainda, da discussão entorno no alcance do indivíduo que comporia a massa estatal reconhecida como povo, e que, nesse sentido, seria titular do referido poder estatal, o que perpassaria por conceitos como nacional, estrangeiro, apátrida, equiparados, cidadão, eleitor, conscritos, o que, dentro do escopo deste trabalho, será melhor analisado abaixo.

O Brasil, república democrática, estrutura-se, ainda, como estado de Direito, importando que a norma em sentido lato, enquanto emanção do poder estatal, foi estabelecida como elemento regulador de todo o conglomerado estatal, seja quanto os comportamentos individuais ou quanto às interações entre os indivíduos, em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CRFB), ou entre esses e o Estado (art. 37, caput), de forma que todos devem se submeter à força da norma, cuja legitimação advém, ou deveria advir, da participação direta ou indireta dos indivíduos que compõem a massa subjetiva do Estado, ou seja, o povo, como posto, titular do poder estatal.

O Brasil, a partir de seu renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, enquanto república democrática

de Direito, firmando, parece, o princípio da impessoalidade na estrutura estatal, haja vista ser essa coisa pública, titularizada pelo povo, e voltada ao bem comum, apõe-se como um Estado laico, ou seja, um Estado a quem é vedado “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”, nos termos do art. 19, I, CRFB.

A laicidade, na perspectiva constitucional, impõe, sob o viés do princípio da impessoalidade neste aspecto específico, como posto acima, uma neutralidade e independência do Estado em relação a todas as matrizes religiosas, respeitando, no entanto, o pluralismo religioso existente no seio social (NOVELINO, 2012, p. 517), sem embaraçar o funcionamento das diversas manifestações religiosas, direito esse que, aliás, deve ser protegido pelo próprio Estado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 494.601 do Rio Grande do Sul, confrontando do direito de liberdade de religião com o maus tratos e morte de animais, parece ter ido no mesmo sentido, ao firmar a tese que “é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”, e ao apontar, ainda, entre outras coisas, que:

Apática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais [...] A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade [...] O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações [...] A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos [...] A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado (BRASIL. STF, RE 494.601 – Rio Grande do Sul, 2019).

Há de se registrar que essa proteção deve abarcar todas as manifestações religiosas existentes no âmbito do referido Estado, no caso particular, no território brasileiro, não se podendo criminalizar, por exemplo, manifestações de pensamento religioso que se ampare nos respectivos dogmas, inclusive em debates de ideias que visem ao convencimento e conversão de outrem, sob o risco de, acontecendo, negar-se o direito ao exercício da fé.

O Supremo Tribunal Federal parece ter ido nesse mesmo sentido ao firmar, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566 do Distrito Federal, entre outras coisas, que:

A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa [...] A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações [...] O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária (STF, ADIN 2.566 - Distrito Federal, 2018).

Um Estado laico, nessa perspectiva, marcado pela neutralidade religiosa, não pode impor obrigações que vão de encontro a uma forma de existência religiosas, impondo ao indivíduo algo que vá de encontro a sua crença (HABERMAS, 2007, p. 142); outrossim, as decisões políticas devem ser pautadas por argumentos acessíveis em geral, abarcando indivíduos religiosos e não religiosos, em atitude imparcial e, nesse sentido, legítima do Estado (HABERMAS, 2007, p. 138).

O direito, assim, da inviolabilidade de crença, além de assegurar o livre exercício dos cultos religiosos, com a proteção, na forma da lei, dos locais de culto e de suas liturgia, garante, parece, o livre manifestar de pensamento, o que não deve ultrapassar o livre debate discursivo pautado nos respectivos dogmas, como visto acima, impedindo-se, por exemplo, atos que atentem, por lógica sistemática, contra a vida, enquanto bem maior do ser humano.

Há de se observar que, além desse espectro normativo interno, o Brasil, como posto acima, assume o compromisso de reger suas

relações internacionais observando o princípio da prevalência dos direitos humanos, nos termos do art. 4º, II, da CRFB, o que, por um lado, tem um aspecto institucional, voltado para os entes e atores que compõem o cenário da comunidade internacional e do Direito Internacional, e, por outro, tem um aspecto individual, voltado para o indivíduo, enquanto ser humano.

O Supremo Tribunal Federal, ao comentar a Constituição Federal através dos seus julgados, na conhecida publicação “A Constituição e o Supremo”, reconhece essa dupla face da proteção aos Direitos Humanos, senão vejamos:

Controvérsia inédita no âmbito desta Suprema Corte, estando em questão a derrotabilidade de regra imunizante de jurisdição em relação a atos de império praticados por Estado soberano, por conta de graves delitos ocorridos em confronto à proteção internacional da pessoa natural, nos termos do art. 4º, II e V, do Texto Constitucional. (...) Nos casos em que há violação à direitos humanos, ao negar às vítimas e seus familiares a possibilidade de responsabilização do agressor, a imunidade estatal obsta o acesso à justiça, direito com guarida no art. 5º, XXXV, da CRFB; nos arts. 8 e 10, da Declaração Universal; e no art. 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (art. 4º, II), devem prevalecer os direitos humanos - à vida, à verdade e ao acesso à justiça -, afastada a imunidade de jurisdição no caso. Possibilidade de relativização da imunidade de jurisdição estatal em caso de atos ilícitos praticados no território do foro em violação à direitos humanos. (...) ‘Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição. (BRASIL. STF - ARE 954.858, rel. min. Edson Fachin, j. 23-8-2021, P, DJE de 24-9-2021, Tema 944.)

A perspectiva individual, além de todos os direitos e garantias apostos Constituição Federal, é reconhecida explicitamente no art. 5º, § 2º, da Carta Maior, quando o Brasil apõe “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A garantia da prevalência dos direitos humanos, no escopo deste trabalho, através da lente constitucional, impõe ao Brasil o reconhecimento do direito de crença, não somente no que tange

aos indivíduos que estejam sob sua jurisdição, mas, como um direito mais pleno, transfronteiriço, universal, vinculado, assim, a dignidade da pessoa humana, o que tem reflexo direto no caso de refugiados, como melhor será analisado abaixo.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, nessa perspectiva, reconhecendo a dignidade inerente a todos os membros da família humana, e exaltando a inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano, que, com base no princípio da igualdade, fundamenta a liberdade, a justiça e a paz no mundo, afirma, entre outras coisas que “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular” (Art. 18, da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH)

Nesse mesmo viés, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aponta como direito de todo ser humano à liberdade de crença, apondo, no seu artigo 18, *in verbis*, que:

Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino [...] Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha [...] A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas [...] Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções (BRASIL, Dec. nº 592 de 6 de julho de 1992).

Há de se registrar, ainda, que, em âmbito regional, o Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário, replica, no seu art. 12, o direito ao exercício de crença e a liberdade da prática de religião como um direito inalienável do homem, devendo ser, nesse sentido, protegido como parte integrante do complexo conceito de dignidade da pessoa humana.

O conjunto posto mostra que, no âmbito do território e da jurisdição brasileiros, é reconhecido e garantido o direito à liberdade de crença e de culto, direito inalienável uma vez que ligado à própria dignidade da pessoa humana, o que deve ser garantido a todos, nacionais, estrangeiros, apátridas, pessoas com residência ou em trânsito no território nacional.

Não se pode olvidar que, a despeito da amplitude e alcance do referido direito, o mesmo não ganha ares de absoluto, havendo limitações que envolvem a proteção à vida e, assim, vinculadas ao conceito de segurança, seja no âmbito interno, seja no âmbito externo, o que, a despeito de exceção, é reconhecido, como deixa claro o art. 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, em repetição pedagógica, *in verbis*, afirma que “a liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”, o que será melhor analisado no próximo tópico.

2 O DIREITO DE CRENÇA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA

O Brasil, como visto acima, com a Constituição Federal de 1988, assumiu uma série de compromissos ligados ao macro conceito da dignidade da pessoa humana, estando, entre eles, o direito à liberdade de crença e de culto, direitos inalienáveis e de amplo espectro, cuja eventual limitação só se justifica na busca do bem comum em casos vinculados à segurança, à ordem, à saúde ou à moral públicas ou aos direitos e às liberdades das demais pessoas.

O exercício e gozo de qualquer direito, no âmbito de uma República Democrática de Direito, nos moldes em que se estruturou o Brasil com a Constituição Federal de 1988, devem sempre se implementar sob a noção de que todos os bens que suportam a existência estatal são *res publica*, e, assim, voltados ao bem comum, cuja responsabilidade pela estruturação, manutenção e desenvolvimento, é de todos, enquanto detentores do poder estatal, e que a norma, ente regulador do sistema, deve se legitimar,

em construção discursiva, nesse cenário de fim – bem estar de todos, e dever de todos – responsabilidade.

A partir dessa perspectiva, evidencia-se que todo o direito transita e um complexo sistema que busca equilibrar o absoluto e o relativo, o todo e o unitário, o povo – enquanto massa subjetiva e plúrima do Estado - e o indivíduo, em que por um lado, os direitos fundamentais, vinculados à dignidade da pessoa humana, hão de ser preservados, respeitados e garantido, e, por outro, limitações voltadas ao bem comum devem ser estabelecidas.

A análise da jurisprudência pátria, sobretudo dos Tribunais Superiores, parece ir nessa mesma direção como fica evidente na discussão desenvolvida no âmbito do Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, senão vejamos:

Os direitos à vida privada e à intimidade fazem parte do núcleo de direitos relacionados às liberdades individuais, sendo, portanto, protegidos em diversos países e em praticamente todos os documentos importantes de tutela dos direitos humanos [...] A ideia de sigilo expressa verdadeiro direito da personalidade, notadamente porque se traduz em garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e informações inerentes a pessoa, advindas também de suas relações no âmbito digital [...] Mesmo com tal característica, o direito ao sigilo não possui, na compreensão da jurisprudência pátria, dimensão absoluta. De fato, embora deva ser preservado na sua essência, este Superior Tribunal de Justiça, assim como a Suprema Corte, entende que é possível afastar sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, suficientes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública (BRASIL. STF, Plenário Virtual, 2021)

Há de se registrar que, a despeito da relativização posta, a doutrina, com base em tratados e convenções, como, por exemplo, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991), afirma existirem direitos de caráter absoluto, como no caso da proibição da tortura (BARRETTO, 2022, p. 39), como disposto no art. 2º, n. 2, da referida convenção, onde se lê que “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias

excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura”.

Há de se observar, ainda, que se verificam dois níveis de relativização de direitos: o primeiro vinculado à colisão de bens jurídicos individuais em que um direito fundamental, vinculado aos direitos humanos, deve ceder a outro direito em virtude de valores coexistentes na respectiva ordem jurídica, o que ocorre, por exemplo, quando o direito de liberdade de expressão de alguém pode ser relativizado para se harmonizar com o direito à proteção da vida privada e à imagem de outrem (BARRETTO, 2022, pp. 38-39).

O segundo nível de relativização de direitos fundamentais, vinculados aos direitos humanos, dar-se-ia em um aspecto mais geral, quando um indivíduo ou um grupo – que poderia perfar-se por uma instituição ou pelo próprio Estado, no gozo de um direito, atentem contra o bem comum, em casos, como visto acima, vinculados à segurança, à ordem, à saúde ou à moral públicas ou aos direitos e às liberdades das demais pessoas.

Nesse segundo aspecto, a restrição ou relativização de um direito fundamental, vinculado aos direitos humanos, alça-se a patamar efetivamente mais complexo, pois envolve aspectos de ordem pública, o que pode afetar o bem comum e até mesmo os esteios fundantes de uma república democrática de Direito, como a brasileira.

Há de se ver que a análise e atuação neste segundo nível deve ser eminentemente restritiva, implicando limitações a direitos fundamentais só podem ocorrer quando situações fáticas atentem contra o coletivo, o geral, o bem comum, o interesse público, ou seja, afeta a estrutura social de modo a desarmonizar todo o sistema, quando, guardando os direitos eminentemente absolutos, como visto acima, o direito fundamental individual deve ceder ao coletivo.

A partir dessa ótica, o direito à liberdade de crença e culto, escopo primevo deste trabalho, direito fundamental reconhecido, seja no âmbito normativo interno, seja no externo, como visto acima, deve ser eminentemente garantido pelo Estado, que, no

caso brasileiro, não pode embaraçar o seu gozo, nem das entidades pelas quais esse direito é exercido, assegurando o livre exercício dos cultos, bem como garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Há de se observar que o gozo do direito de crença e culto, quando mantido no nível das discussões, da dialética, do convencimento, suportado pelas doutrinas que amparam a respectiva religião, crença ou fé, com formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos, seja no privado ou no espaço público, inclusive quanto à tentativa de convencer outrem, sem qualquer imputação individual ou agressão a outros valores “absolutos”, como a vida, não podem, parece, sofrer restrições, sob o risco de se anular, em sua base nucleadora, o exercício do direito.

A realidade do gozo do direito de crença e culto muda de perspectiva quando atos materiais de agressão são identificados e, sob o manto da religião, práticas que atentam contra o ser humano, são materializadas, como homicídios, genocídios, torturas, perseguições a praticantes de outras religiões, etc., o que, saindo do campo do discurso persuasivo e do uso de argumentos críticos, torna-se uma realidade que vai de encontro ao bem comum, alçando-se, além da agressão aos direitos e às liberdades das demais pessoas, ao nível de segurança, ordem, saúde ou de moral públicas.

A segurança, nessa perspectiva, enquanto direito fundamental, abarca um conjunto de elementos que perpassam, entre outros, por segurança jurídica, alimentar, sanitária, e segurança pública, implicando um dever do Estado de fomentar meios para estruturar os diversos matizes desse direito, a partir do qual outros direitos fundamentais podem ser plenamente gozados.

A segurança pública, enquanto uma das vigas mestras do direito fundamental da segurança, visa a garantir, nos termos do art. 144, *caput*, da CRFB, a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, o que, pela descrição do texto constitucional abarcaria, entre outras coisas, a apuração de infrações penais social, infrações cuja prática tenha repercussão internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, além das funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

O Supremo Tribunal Federal, ao comentar o art. 144, *caput*, da CRFB, na leitura constitucional feita através de seus julgados (STF, A Constituição e o Supremo), aponta, nesse viés, que “a segurança pública é corolário do direito à vida. É a tutela prestada pelo Estado em favor da vida digna, livre do medo, livre dos atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade (BRASIL. STF. ADI 6.680 MC, rel. min. Rosa Weber, j. 3-7-2023, P, DJE de 5-9-2023), sendo uma das “obrigações assumidas pelo Estado brasileiro perante o direito internacional dos direitos humanos” que aprofundaria “a semântica dos direitos à vida e à segurança” (BRASIL. STF. ADI 6.446, rel. min. Edson Fachin, j. 3-7-2023, P, DJE de 5-9-2023), cujo conceito jurídico de ordem pública não se confundiria com incolumidade das pessoas e do patrimônio, mas, indo além, constituir-se-ia bem jurídico voltado para a imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes (BRASIL. STF. HC 101.300, rel. min. Ayres Britto, j. 5-10-2010, 2ª T, DJE 18-11-2010).

O direito fundamental da segurança, materializado através do viés da segurança pública, assim, visaria a proteger a sociedade, além dos atos perpetrados contra os indivíduos no dia a dia, de atos graves contra o meio social, resguardando o povo de atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade, implicando não só a preservação da vida, mais para além, permitindo o gozo de uma vida digna e livre.

O Estado, assim, através de seus órgãos, deve promover a segurança pública, impondo, inclusive, limitações previstas em lei com o fim de proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas, como posto acima, o que, lógico, deve se dar em casos eminentemente graves, que, indo para além das discussões, da dialética, do convencimento, avançam para agressão a outros valores “absolutos”, como a vida.

A análise dos ensinamentos de MEIRELLES (2000, pp. 120 e seguintes) sobre o Poder de Polícia, um dos poderes administrativos do Estado, a despeito de ser assunto mais específico, dentro do tema maior segurança e policiamento, permite-nos entender os elementos nucleares da necessária intervenção do Estado contra

abusos que se perpetram contra a ordem pública, uma vez que, para esse doutrinador, o Poder de Polícia seria “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2000, p. 122), o que, em linguagem menos técnica, seria dizer que:

O poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade de particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional (MEIRELLES, 2000, p. 122).

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966), ao regulamentar o Poder de Polícia, no seu art. 78, *caput* e parágrafo único, apõe que:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos [...] Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (BRASIL, Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966).

A análise sistemática desenvolvida apresenta, parece, os elementos estruturantes de uma justificada e legítima intervenção estatal no âmbito do gozo do direito de liberdade de crença e culto, perpassando por uma atuação do Estado que, baseada nos termos da lei, com observância do devido processo legal, e, ainda, sem abuso ou desvio de poder, vise a contrapor-se a atos materiais graves que, refugindo ao nível das discussões, da dialética, do convencimento, suportado pelas doutrinas que amparam a respectiva religião, crença ou fé, com formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos, seja no privado ou no espaço público, atentem, primariamente, contra

a vida do indivíduo e, secundariamente, contra a ordem e o interesse públicos, e, assim, ao bem comum.

A partir do exposto, vê-se que o gozo do direito de crença e de exercício de culto, em situação eminentemente excepcional, pode ser restringido, seja no que tange a um indivíduo, seja quanto a um grupo, podendo incidir sobre nacionais, estrangeiros, equiparados, apátridas, residentes ou apenas em trânsito no território brasileiro, com implicações e consequência que podem se dar no âmbito civil, como, por exemplo, com condenação ao pagamento de dano moral, e, também, no âmbito criminal, com a imposição de pena, inclusive de reclusão, a depender do tipo penal.

Um cenário específico que se ressaltou nos últimos tempos diz respeito aos refugiados que fogem de seu país de origem em decorrência de perseguições religiosas, implicando o trânsito e a recepção em outros Estados, entre os quais, o Brasil que, aderente aos normativos das Organizações das Nações Unidas, deve receber na condição de refugiados todos que, chegando ao território brasileiro, assim se declaram.

Nesse sentido, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, firmada sob primado que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, em seu art. 4º, apõe, ao tratar sobre a religião, que “os Estados Contratantes proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos” (ACNUR/ONU, 1951).

Esse dispositivo foi recepcionado, no âmbito interno brasileiro, através da Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997, que, definindo mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determinando outras providências, em seu art. 48, dispõe, *in verbis*, que:

Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacio-

nal de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido. (BRASIL, Lei nº 9474/1997).

A condição de refugiado parte de uma manifestação de vontade do indivíduo, a qualquer autoridade migratória (art. 7º, Lei nº 9474/1997), alegando, entre outras coisas, fundados temores de perseguição por motivos de religião (Art. 1º, I, Lei nº 9747/1997), que, a partir disso, seguirá o devido processo legal, nos termos do referido normativo.

Há de se registrar que, a despeito de toda norma protetiva posta, no que tange aos refugiados, o Estado pode indeferir a entrada em seu território nacional, do refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil (Art. 7º, § 2º, da Lei nº 9474/1997), o que, entre outros fatores, pode se dar nos casos em que o indivíduo “tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas”, ou “sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas”(art. 3º, III e IV, da Lei nº 9474/1997), amoldando-se, mantidas as devidas proporções, ao conceito de *persona non grata*, nos termos do art. 9º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, internalizada através do Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965.

Nesse sentido, vê-se que, no Brasil, a despeito do direito de crença e prática religiosa serem direitos fundamentais garantidos a todos, abarcando, inclusive, a condição de refugiado, pode haver, excepcionalmente, restrições ao gozo desse direito, até mesmo com o impedimento de entrada no território nacional, ou a retirada compulsória do indivíduo que, *persona non grata*, tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas, tenham, outrossim, sido considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas, sob o risco de, adentrando ou permanecendo no território nacional, atentar contra a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou aos direitos e as liberdades das demais pessoas, o que ganha contornos nevrálgicos com os novos cenários de conflitos mundo a fora, como melhor se analisará abaixo.

3 O DIREITO DE CRENÇA, O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA, O INSTITUTO DO REFÚGIO E OS NOVOS CENÁRIOS MUNDIAIS.

O Brasil assumiu, com a Constituição Federal de 1988, uma série de compromissos ligados à dignidade da pessoa humana, reafirmando, positivando e internalizando diversos preceitos, com eminente prevalência dos direitos humanos, estando entre eles o direito fundamental à liberdade de crença e ao exercício do culto.

Há de se observar que o direito à crença e ao culto é garantido, nos termos constitucionais, a todos, sejam brasileiros, sejam estrangeiros, residentes ou em trânsito, e, mesmos a apátridas, observando-se, ainda que, quanto aos estrangeiros e apátridas, o referido direito é garantido independentemente da condição jurídica em que se encontrem, desde um mero turista, até aquele que, aportando às fronteiras nacionais, solicita refúgio.

O direito ao exercício de uma religião, abarcando a liberdade de crença e de culto, em uma democracia, sobretudo quando há uma massa subjetiva eminentemente plúrima, como a brasileira, parece exigir um efetivo grau de tolerância, através do qual, o respeito ao direito do outro é legitimado, inclusive diante de discursos proselitistas.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura- UNESCO, ao tratar sobre princípios de tolerância, em sua Declaração de Princípios Sobre a Tolerância, fundando-se, entre outros documentos, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual, em seu artigo 18, firma, entre outros, o direito de liberdade de religião, aponta que:

A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não é só um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz (UNESCO, 1995, p. 11).

Há de se registrar, outrossim, que a tolerância, nos termos do referido documento, seria o sustentáculo dos direitos humanos,

do pluralismo, inclusive do cultural, da democracia e do estado de Direito, afirmando, a partir disso, a rejeição ao dogmatismo e ao absolutismo, implicando não ser a tolerância concessão, condescendência ou indulgência, ao revés, é uma atitude ativa fundada nos direitos universais da pessoa humana e na liberdade do outro (UNESCO, 1995, pp. 11-12).

O direito à liberdade de crença e culto, a partir de todo o exposto pode vir a sofrer, parece, limitações por parte do Estado para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoa, e, assim, a democracia e o próprio estado de Direito, quando o comportamento do indivíduo, indo além das discussões, da dialética, do convencimento, suportado pelas doutrinas que amparam a respectiva religião, crença ou fé, com formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos, materializam em atos contra bens nucleares da existência humana, como a vida.

Essa realidade ganha contornos nevrálgicos na atualidade em que diversos conflitos ao redor mundo têm como pano de fundo a questão religiosa, quando grupos extremistas, sob, supostamente o manto da religião, impõe agressão contra a vida e a liberdade das pessoas, impondo migrações forçadas e ingressos em países receptores como o Brasil, que, em sua história recente, tem acolhido indivíduos dos mais diversos países do mundo na condição refugiados.

A Agência da ONU para refugiados apontou, na última edição do Relatório Anual do ACNUR, “Tendências Globais”, de junho de 2023, que 108,4 milhões de pessoas passaram por deslocamentos forçados, fugindo de guerras, violência, perseguições e violações de direitos humanos, implicando, ainda segundo o referido relatório, que 1 em cada 74 pessoas no mundo estão em situação de deslocamento forçado, em cujo período foram reportados 35,3 milhões de pessoas refugiadas, 5,4 milhões de solicitantes dessa condição, além de pessoas que perpassam por outras necessidades de proteção internacional, e por deslocadas internamente (ACNUR, Relatório-CSVM, 2023).

Há de se ver que a condição de refúgio pode advir de diversas causas como perseguição, conflito, violência, graves violações de direitos humanos ou outros eventos que perturbam seriamente

a ordem pública (ACNUR, Brasil, 2023), fatores que, em parte, tem como pano de fundo perseguições fundadas em radicalismos religiosos, com materialização, por exemplo, de atos que atentam contra a vida.

Nesse sentido, um relatório da Comissão Internacional de Liberdade Religiosa dos Estados Unidos, em pesquisa que abarcaria 33 países, aponta que violações de direitos humanos decorrentes de práticas religiosas aconteceriam de forma mais sistemática em 27 desses países, destacando, com maior ênfase, países como o Iraque, a Síria, a Nigéria, a República Centro-Africana e Myanmar (ACNUR, 2016).

Essa realidade reflete, ao que tudo indica, a intolerância que minam a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas, solapando, ainda, os esteios fundantes da democracia e do Estado de Direito, o que implica não só um atentado contra o indivíduo, mas, também, contra o próprio Estado, que, no do Brasil, amolda-se como uma república democrática de Direito.

Não se pode olvidar, ainda, do recente conflito na Faixa de Gaza, que, entre seus fatores determinantes, estaria a questão religiosa, sobretudo em função de grupos radicais que querem impor à força suas decisões políticas, com fulcro em ditames que partiriam de práticas e decisões religiosas fundamentalistas, implicando o trânsito forçado de milhares de indivíduos, como amplamente divulgado midiaticamente.

Há de se registrar que o Estado brasileiro, através da Operação Voltando em Paz, com o apoio da Força Aérea, em vários voos, coordenados pelo Governo Federal, resgatou um total de 1.555 pessoas, entre brasileiros e parentes que estavam em Israel, em Gaza e na região da Cisjordânia, o que, a despeito da maior parte se tratar de repatriação, ou seja, do retorno de indivíduos que têm a nacionalidade brasileira, envolvia, parece, situação de refúgio, com base em perseguição religiosa, embora, pela acolhida primeva feita por parentes, não se tenha se identificado pedido formal do referido instituto (PLANALTO, 2023).

O Brasil, nesse cenário, concretizando seus compromissos constitucionais, como visto acima, tem se colocado como um

país receptor de refugiados, chegando ao reconhecimento, no final do ano de 2022, de 65.840 pessoas nessa condição (ACNUR, 20 de junho de 2023), parte das quais advindas de situações de perseguição religiosa, implicando, inclusive, no estabelecimento de um abrigo exclusivo para acolher refugiados vítimas da perseguição religiosa, conhecido como a “Cidade de Refúgio”, projeto que, idealizado pela organização não-governamental Mais, está sendo construída na região metropolitana de Curitiba (PR), em uma área de 250 mil m², com capacidade para receber 150 refugiados por vez (ACNUR, 2016).

Esse posicionamento do Estado brasileiro alinha-se com a responsabilidade coletiva dos Estados em relação à defesa dos princípios da dignidade da pessoa humana, como disposto pela Organização das Nações Unidas em sua Declaração do Milênio das Nações Unidas (BARRETTO, 2022, p. 213), em atuação transfronteiriça que vem cada vez mais se impondo aos países.

Há de se registrar que, a despeito dos compromissos assumidos pelo Brasil, a partir da Constituição Federal de 1998, seja no âmbito interno, seja no internacional, e da legislação de refúgio que parte de um ato declaratório do indivíduo que, em tese, está sendo perseguido em seu país de origem, a solicitação de qualquer entrada no território nacional, mas sobretudo do refúgio, pelo seu apelo humanitário, há de ser vista *cum grano salis*, haja vista o princípio da segurança e a proteção da ordem, da saúde ou da moral públicas ou dos direitos e das liberdades das demais pessoa, e, assim, do bem estar de todos.

Essa ressalva há de ser considerada, e, assim, vista sob a luz maior do princípio da segurança, quando indivíduos, perpetradores de atentados contra a vida, contra a liberdade de crença e culto, agressores, assim, dos direitos humanos, em seus países de origem tentam adentrar ao território nacional sob o manto de refugiado, burlando todo o processo de trânsito migratório pela gênese declaratória da condição do refúgio e por todo apelo humanitário que essa condição apõe.

Não se pode olvidar que a tolerância, enquanto fator matriz da sustentação dos direitos humanos, sobretudo no que tange ao direito de crença, culto, e, assim, religião, não é concessão, condescendência ou indulgência (UNESCO, 1995, p. 11), com

atitudes que vão de encontro aos direitos fundamentais, ainda mais quando a atitude do indivíduo vai além do discurso, perfazendo-se em atos de agressão física que atentem contra a vida, a integridade física, a saúde ou a liberdade de outrem.

Nessa perspectiva, o artigo 144 da CRFB aponta que a segurança pública, enquanto dever do Estado, visa a preservação da ordem pública, apondo como atribuição da Polícia Federal, entre outras, as funções de polícia de fronteira, o que traz, em seu bojo, o trato inicial em diversas situações que envolvem trânsito migratório, inclusive, potencialmente, a abordagem inicial do refúgio.

A lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração, aponta os casos em que a pessoa poderá ser impedida de ingressar no país, estando entre eles:

A pessoa [...] condenada ou respondendo a processo por ato de terrorismo ou por crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998 [...] condenada ou respondendo a processo em outro país por crime doloso passível de extradição segundo a lei brasileira [...] que tenha o nome incluído em lista de restrições por ordem judicial ou por compromisso assumido pelo Brasil perante organismo internacional [...] que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. (BRASIL, Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017)

GUERRA (2017, p. 1727), ao tratar sobre a nova lei de migração no Brasil seus avanços e melhorias no campo dos direitos humanos, parece ir no mesmo sentido, quando afirma, *in verbis*, que:

O ato de ingresso e permanência do estrangeiro em território nacional relaciona-se à discricionariedade do Estado, podendo este aceitar ou não que uma determinada pessoa permaneça em seu território, como por exemplo, no caso em que um indivíduo tenha atentado contra a segurança do Estado (como na prática de atos terroristas). Há de ressaltar que o Estado não pode se prender a questões relativas a raça, sexo, idioma ou religião (GUERRA, 2017, p. 1727),

A análise sistemática posta demonstra, parece, que o Brasil pode, e, sob a égide do princípio da segurança, deve, impedir a entrada em território nacional do indivíduo que, mesmo alegando, ou melhor, camuflando-se sob a condição de refugiado, põe em

risco a ordem, a saúde ou a moral públicas ou aos direitos e as liberdades das demais pessoas, sobretudo, no objeto específico deste trabalho, quando evidente que sua conduta, no exterior, feria o direito de crença e liberdade de culto, com agressões e atentados contra vida, sendo, assim, perpetrador de perseguições geradoras de trânsito forçado de indivíduos como visto acima.

Não se pode olvidar que a regra geral, estabelecida na Convenção Relativa ao Estatuto dos refugiados, quanto ao tratamento dado aos refugiados, é a consagração do princípio de *non-refoulement*, ou seja, a não devolução – expulsão, deportação, extradição, etc., do indivíduo que está sobre a condição de refugiado, preservando-o, assim, de um retorno a um território onde esteja sendo, ou foi, perseguido (BARRETTO, 2022, p. 217).

A despeito do exposto, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados abre uma janela de possibilidade de não recepção ou “devolução” de indivíduos que, como pessoas não gratas, atentam contra os direitos humanos, com práticas de crimes e outros atos contra princípios da ONU, senão vejamos:

As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. (ONU, 1951, p. 4).

Não se pode olvidar que o Brasil, aderindo à referida Convenção, através da Lei nº 9474/97, como já visto outrora, previu que não se beneficiarão da condição de refugiado, entre outras situações, os indivíduos que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas, e, ainda, sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas, apondo-se a eles, logo, a condição de “exclusão” da referida proteção.

O Brasil, assim, enquanto República Democrática de Direito, com o fim de preservar essa estrutura e garantir o direito fundamental do exercício de crença, culto e, logo, de religião, pode

impedir que adentre em seu território, sob o “manto sagrado” do refúgio, indivíduo que, indo de encontro a esses direitos fundamentais, tenha cometido atos de agressão contra outrem, sobretudo quando essa agressão advém de intolerância religiosa, fundamentalismo, extremismo ou qualquer outro ato que vai além da discussão, da retórica, da persuasão através da palavra.

O impedimento de entrada de indivíduos, nesse contexto, protege, como já posto, não só o direito humano individual relacionado à crença, e, assim, abarcado pela dignidade da pessoa humana, mas, também, a própria estrutura do Estado enquanto democracia e estado de Direito, firmando a necessária noção de tolerância e construção da realidade social por meio do discurso, sobretudo em questão tão plúrima e sensível como a questão de fé, crença, culto e religião.

Essa situação, assim, guarda, protege, garante o direito de todos, crentes e não crentes, à vida, à liberdade, e à segurança, firmando a noção de um Estado laico que tem como desafio, justamente, a convivência mútua e pacífica de toda sociedade, mesmo diante de situações fáticas plúrimas e complexas, como a religiosa, o que se alinha à prevalência dos direitos humanos e ao macro princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto conceitos universais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, com o fulcro de alcançar os objetivos propostos na parte introdutória, mostrou que o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, assumiu uma série de compromissos ligados ao macro conceito da dignidade da pessoa humana, estando, entre eles, o direito à liberdade de crença e de culto, direitos inalienáveis e de amplo espectro, cuja eventual limitação só se justifica na busca do bem comum em casos vinculados à segurança, à ordem, à saúde ou à moral públicas ou aos direitos e às liberdades das demais pessoas

Verificou-se, nesse sentido, que, a despeito da amplitude e alcance do referido direito, o mesmo não ganha ares de absoluto, havendo limitações vinculadas ao conceito de segurança, seja no âmbito interno, seja no âmbito externo, o que, a despeito de

exceção, é reconhecido, como deixou claro o art. 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Outrossim, viu-se que, no Brasil, a despeito do direito de crença e prática religiosa serem direitos fundamentais garantidos a todos, abarcando, inclusive, a condição de refugiado, pode haver, excepcionalmente, restrições ao gozo desse direito, até mesmo com o impedimento de entrada no território nacional, ou a retirada compulsória do indivíduo que, *persona non grata*, tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas, tenham, outrossim, sido considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Verificou-se, por fim, que o impedimento de entrada, assim, de indivíduos, protegeria não só o direito humano individual relacionado à crença, e, assim, abarcado pela dignidade da pessoa humana; mas, também, a própria estrutura do Estado enquanto democracia e estado de Direito, garantindo, logo, o direito de todos, crentes e não crentes, à vida, à liberdade, e à segurança, firmando a noção de um Estado laico que tem como desafio, justamente, a convivência mútua e pacífica de toda sociedade, mesmo diante de situações fáticas plúrimas e complexas, como a religiosa.

A despeito da aferição da possibilidade de controle e impedimento de entrada em território nacional de indivíduos que atentem contra os direitos humanos, ainda que acobertado pela situação de refúgio, o Brasil, a despeito de uma legislação robusta quanto aos direitos humanos, uma jurisprudência tendente a garantir os direitos humanos, sobretudo no que tange ao exercício de crença religiosa, parece que não estaria preparado para enfrentar uma migração decorrente de perseguição religiosas, equalizando o direito ao refúgio, com o controle fronteiriço e devida barragem de “*persona non grata*”, e a segurança pública interna, como uma matiz dos direitos fundamentais, o que, no entanto, pela complexidade, exige a análise em trabalhos subsequentes.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>, Acesso em: 14 jan. 2024, 11:07:00.

BARRETTO, Rafael. Direitos Humanos. 11^a ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/constituicao.asp>>, Acesso em: 13 jan. 2024, 13:10:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso Extraordinário 494.601 Rio Grande do Sul Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>>, Acesso em: 10 jan. 2024, 18:10:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566 Distrito Federal Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216>>, Acesso em: 10 jan. 2024, 18:55:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ARE 954.858, rel. min. Edson Fachin, j. 23-8-2021, P, DJE de 24-9-2021, Tema 944. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/constituicao.asp#titulo3>>, Acesso em: 11 jan. 2024, 10:39:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Plenário Virtual. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9416294>>, Acesso em: 12 jan. 2024, 09:03:00.

BRASIL. Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 14 jan. 2024, 11:14:00.

BRASIL. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 14 jan. 2024, 11:45:00.

BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>, Acesso em: 13 jan. 2024, 14:13:00.

BRASIL. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, Acesso em: 11 jan. 2024, 10:39:00.

BRASIL. Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>, Acesso em: 12 jan. 2024, 09:23:00.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>, Acesso em: 11 jan. 2024, 12:35:00.

CÍCERO. Da República. Edição Ridendo Castigar Mores (1947-2002). [S. l.]: eBooksBrasil, [201-]. eBook.

CUNHA, Cleber da Cruz. Os desafios da manifestação de pensamento no estado democrático de direito: uma abordagem discursiva. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. Revista de Direito da Cidade, vol. 09, nº 4. ISSN 2317-772 DOI: 10.12957/rdc.2017.28937, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/issue/view/1580>>, Acesso em: 16 jan. 2024, 20:12:00.

HABERMAS, Jürgen. Entre o naturalismo e a religião: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Alexo e, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6. ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ONU. Convenção relativa ao estatuto dos refugiados. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>, Acesso em: 23 jan. 2024, 19:18:00.

PLATÃO. A República. Organização: Daniel Alves Machado. Brasília: Editora Kiron, 2012.

UNESCO. Declaração de princípios sobre a tolerância. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1995%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Princ%C3%ADpios%20sobre%20a%20Toler%C3%A2ncia%20da%20UNESCO.pdf>>, Acesso em: 23 jan. 2024, 17:15:00.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>, Acesso em: 11 jan. 2024, 11:31:00.

VIEIRA, Valtério. Resenha do Livro: A República de Platão. São Bento do Sul, 2010. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/resenhasdelivros/3685778>>. Acesso em 12 de dez. 2019. 10:15:00.

ENFRAQUECIMENTO DAS ESFERAS INTERNACIONAIS NA TOMADA DE DECISÕES HUMANITÁRIAS EM CONTEXTOS DE CRISE

ANÁLISE DA PROPOSTA BRASILEIRA JUNTO AO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU QUANTO AO CONFLITO HAMAS X ISRAEL

Juliana Ducatti Scodro

Aluna regular do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Castelo Branco (UCB). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada. E-mail: juliana.ducatti@uel.br.

Mayara Ribeiro Simaro

Aluna regular do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Direito do Estado pela UEL. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná (EMATRA-9). Advogada. E-mail: maysimaro@gmail.com.

RESUMO: Este artigo aborda a complexa dinâmica da tomada de decisões internacionais em matéria de direitos humanos, destacando a necessidade de uma abordagem global e cooperativa. O texto ressalta a importância do diálogo entre estados soberanos, instituições supranacionais e atores globais na implementação efetiva dos direitos humanos, transcendendo fronteiras nacionais. Argumenta-se que a proteção dos direitos humanos deve ser uma preocupação compartilhada e que a criação de um constitucionalismo global é essencial para garantir a harmonia e a expansão desses direitos. Além disso, discute-se o papel do Conselho de Segurança da ONU, destacando a proposta apresentada pelo Brasil para resolver o conflito entre Israel e o Hamas, enfatizando a necessidade de soluções pacíficas e humanitárias. No entanto, o veto dos EUA impediu a aprovação da proposta, evidenciando os desafios enfrentados na busca por consenso e cooperação internacional em questões de direitos humanos e segurança global.

Palavras-chave: Tomada de decisões internacionais, direitos humanos, Conselho de Segurança da ONU, soberania, conflito Israel-Hamas, proposta, veto.

ABSTRACT: This article addresses the complex dynamics of international decision-making regarding human rights, emphasizing the need for a global and cooperative approach. It highlights the importance of dialogue among sovereign states, supranational institutions, and global actors in effectively implementing human rights, transcending national borders. The argument is made that human rights protection should be a shared concern and that the establishment of global constitutionalism is essential to ensure the harmony and expansion of these rights. Additionally, it discusses the role of the UN Security Council, focusing on Brazil's proposal to resolve the conflict between Israel and Hamas, emphasizing the need for peaceful and humanitarian solutions. However, the US veto prevented the proposal's approval, highlighting the challenges faced in seeking consensus and international cooperation on human rights and global security issues.

Keywords: International decision-making, human rights, UN Security Council, sovereignty, Israel-Hamas conflict, proposal, veto.

INTRODUÇÃO

Inúmeros entraves decorrentes do avanço da globalização acentuam-se na contemporaneidade, especialmente em processos de decisões internacionais envolvendo estados em contextos de crises globais e conflitos armados.

Com os avanços da globalização e a crescente complexidade de um mundo transnacional, diversas mudanças despontam no que tange ao estabelecimento de regras, normas, princípios e diretrizes em matéria de direito internacional, especialmente a criação de institutos jurídicos de defesa e implementação efetiva de direitos humanos.

Neste novo cenário globalizado, diversos Estados dialogam a respeito de temas sensíveis, que ultrapassam as discussões meramente econômicas, como, por exemplo, no contexto de guerras, em que políticas humanitárias de proteção aos civis e refugiados são amplamente debatidas, sem, contudo, possuir ampla efetividade aos seus principais destinatários.

O trabalho aborda, a partir de uma análise do papel do Brasil na apresentação de proposta para a resolução do conflito Israel-Hamas junto ao Conselho de Segurança da ONU, quais as dificuldades enfrentadas por organismos internacionais, majoritariamente criados em um contexto de globalização, para conferir efetividade às políticas humanitárias em conflitos internacionais que extrapolam as respectivas fronteiras nacionais, como a flexibilização de instituições jurídicas e mecanismos normativos que circundam a soberania estatal dos envolvidos com a finalidade de solucionar situações de crises envolvendo aspectos humanitários.

A solução de problemas globais por meio de uma união política entre Estados Soberanos deve passar pelo fortalecimento de instâncias supranacionais com poderes de decisão, com o objetivo de trazer resultados a partir de uma coordenação positiva de esforços que não se enfraqueça pela sobreposição de forças Estatais voltadas para interesses primordialmente particulares, e não humanitários.

1 ENVOLVIMENTO DOS ESTADOS, ESFERA SUPRANACIONAL E COSMOPOLITISMO GLOBAL NA TOMADA DE DECISÕES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Com os avanços da globalização e a crescente complexidade de um mundo transnacional, diversas mudanças despontam no que tange ao estabelecimento de normas em matéria de direito internacional, especialmente a necessidade de criação de institutos jurídicos de defesa e implementação efetiva de direitos humanos cujas decisões não fiquem concentradas em determinados Estados, mas que sejam harmônicas entre si, de modo a consolidar a expansão desses direitos por meio de um constitucionalismo e democrático.

Nesse sentido, Melina Fachin destaca que a atual concepção de proteção aos direitos humanos engloba o diálogo e o envolvimento de diversos atores para a implementação efetiva desses direitos, que não devem ficar restritos à soberania constitucional e estatal, ou seja, o constitucionalismo local deve estar em harmonia com os diversos planos protetivos em âmbito global, especialmente com o direito internacional dos direitos humanos (BOLZANI; FACHIN, 2018, p. 210 e 211).

A autora destaca, ainda, a necessidade de construção na contemporaneidade de um direito internacional constitucionalizado, a fim de “proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais”, de maneira a possibilitar por meio de um somatório de esforços um direito público internacional centrado no princípio da humanidade (BOLZANI; FACHIN, 2018, p. 212).

Nesse contexto, o objetivo é a construção de um constitucionalismo global que garanta a expansão da proteção dos direitos humanos, em um cenário de diálogos entre as jurisdições (BOLZANI; FACHIN, 2018, p. 213 e 214).

No que se refere à necessidade de diálogos entre as nações e jurisdições, tal concepção nasce a partir do referencial ético que deve orientar a ordem internacional contemporânea em matéria de direitos humanos, uma vez se tratar de tema de legítimo interesse internacional, que não se restringe às decisões de domínio de

cada ente estatal, ou seja, a soberania estatal não pode encarar problemas internacionais como meramente domésticos e de seu interesse (GONZAGA; PIOVESAN, 2018, p. 86).

Por se tratar de tema marcado pela universalidade e indivisibilidade, os direitos humanos fomentam a criação de uma consciência ética contemporânea que deve ser compartilhada por todos os Estados, “na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos” (GONZAGA; PIOVESAN, 2018, p. 87).

No contexto do conflito inaugurado com o ataque terrorista praticado pelo Hamas em face de Israel, em que se inicia uma guerra civil na região da Palestina, diversos civis são afetados pelas forças armadas e ataques sucessivos de ambos os lados.

Nesse sentido, a criação de corredores humanitários representa desafio e tentativa de proteção dos civis, ou seja, de medida de luta e de proteção dos direitos humanos em cenários de guerra, de modo a proteger a dignidade humana e evitar maiores desdobramentos dos sofrimentos das pessoas vitimadas na região pela brutalidade da guerra (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 124).

Reforça-se, assim, em contextos de guerra, a necessidade de fortalecimento do chamado movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surgiu a partir do pós-guerra e das atrocidades do nazismo, ou a concepção contemporânea de direitos humanos introduzida pela Declaração Universal de 1948 e em seguida reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 124).

Ainda em atenção ao conflito inaugurado pelos ataques terroristas do Hamas em Israel, atraindo-se novamente a ideia de que a instituição de corredores humanitário corrobora com a necessidade de reforço de um paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 124). Ou seja, diante da lógica da destruição e de momentos em que os seres humanos são profundamente afetados e vitimados, saídas devem ser buscadas pela ordem internacional contemporânea para evitar maiores desdobramentos negativos das violações aos direitos humanos (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 124).

Nesse sentido, para as autoras “a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional” (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 125).

Ato contínuo, relativamente à construção de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos consensual, em que diversos atores internacionais dialogam em harmonia para a sua construção e efetividade, não restritos aos interesses circunscritos às suas respectivas soberanias, as autoras assim discorrem:

“(…) O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”. (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 125).

Instaura-se, assim, um sistema jurídico multinível em que todos os atores internacionais interagem para que se alcance maior efetividade possível na tutela dos direitos humanos, tendo como valor a primazia da pessoa humana, lastreado, ainda, “pela coexistência de diversas ordens paralelas e harmônicas entre si – que devem dialogar em torno do princípio *pro persona*” (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 125).

Ocorre que, em atenção aos conflitos armados atuais, também desponta em dadas situações a interpretação lockeana inversa dos direitos humanos, em que muitas vezes as deliberações em prol da proteção dos direitos humanos em contextos de ataques terroristas e guerras, envolvem a justificativa para a ocorrência de outras violações para não envolvimento dos atores internacionais em situações paralelas ao conflito de flagrante ofensiva aos direitos humanos (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 126).

Para as autoras, a saída para evitar a chamada interpretação inversa dos direitos humanos em contextos de guerras e conflitos armados, em que se enfrenta o terrorismo com práticas que acabam por restringir direitos e acentuar violações, é a criação de um efetivo Estado de Direito Internacional “sob o primado da

legalidade, com o império do Direito, com o poder da palavra e a legitimidade do consenso” (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 127).

Para tanto, alguns desafios devem ser enfrentados, como, por exemplo, a criação de uma Convenção Internacional específica para tratar de temas como o terrorismo e os conflitos dele oriundos, em que a existência de um padrão normativo de responsabilidades, prevenção e combate ao terrorismo contribuiria para a consolidação e expansão de limites necessários para evitar maiores desdobramentos e violações de direitos humanos (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 128).

Destacam, ainda, que é a atuação de toda a comunidade internacional na soma de esforços e ações articuladas para a criação de normativas e saídas que acarretam solidariedade da sociedade internacional na busca de resoluções diante de situações de violação de direitos humanos (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 128).

É somente por meio do combate ao terrorismo com o respeito dos direitos humanos, ou seja, rechaçando eventual tentativa de combate ao terror com mais violência e situações de flagrante ofensa aos direitos humanos que a consolidação de tais direitos será alcançada. Não se combate o terrorismo, guerras e quaisquer espécies de conflitos armados por meio de “atos de terrorismo e barbárie cometidos pelo próprio aparato estatal em nome da ordem e segurança” (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 130).

Nesse sentido, indispensável a transcrição do entendimento das autoras:

“(...) As estratégias antiterror devem ser compatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Humanitário e Direito dos Refugiados, justamente para coibir que a proteção dos direitos se torne, paradoxalmente, a razão de sua inobservância (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 130)”.

Para proteger o núcleo Internacional dos Direitos Humanos em situações de conflitos, há que se exigir de todos os Estados união de esforços para a fiel observância de tratados em matéria de direitos humanos, principalmente seu núcleo inderrogável (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 130).

Por fim, destacam a necessidade de fomento de boas práticas de prevenção e repressão ao terrorismo, ao mesmo tempo em que respeitem e fortaleçam, em âmbito global, uma cultura de direitos humanos e sua manutenção, ainda que em tempos de guerras, conflitos e terrorismo, o que reforça a ideia de “*dialogue among civilizations*” (FACHIN; PIOVESAN, 2023, p. 132).

Para Flávia Piovesan, contudo, o desafio do diálogo e de uma ideia universal e solidária no combate às violações de direitos humanos e seus desdobramentos, concentra-se na noção de relativismo cultural concernente ao tema, uma vez que fatores como sistemas político, econômico, cultural, social e moral vigentes em determinada sociedade impedem que a universalidade quanto ao tema seja alcançada, na medida em que cada cultura e estado possui seu próprio discurso e estratégia de enfrentamento (PIOVESAN, 2023, p. 80).

Sobre a crítica dos universalistas aos que relativizam situações de violações ou inércia diante de flagrantes violações, com argumentos políticos, econômicos, sociais, históricos, culturais ou morais, a autora esclarece o seguinte:

“(...) A essa crítica reagem os universalistas, alegando que a posição relativista revela o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional. Argumentam que a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana constitui exigência do mundo contemporâneo. Acrescentam ainda que, se diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais” (PIOVESAN, 2023, p. 80).

É nesse sentido a noção trazida por Jurgen Habermas, de que a construção de instituições supranacionais, universais e solidárias, independente da temática que endossam, sejam elas vinculadas a direitos humanos ou não, permitirão a tomada de decisões harmônicas e em cooperação para a defesa de interesses comuns, de modo a construir alianças defensivas contra o resto do mundo (HABERMAS, 2001, p. 70), bem como contra violações

de direitos humanos que, no contexto atual, dizem respeito a conflitos de guerra e armados em dadas regiões.

Nesse sentido, cumpre transcrever o entendimento de Habermas quanto à atuação de atores políticos em nível global:

“Com cada novo regime supranacional diminui o número de atores políticos e preenche-se o clube dos poucos capazes de agir globalmente, ou seja, também dos atores capazes de cooperação que têm condições de assumir acordos que estabelecem obrigações quanto às condições gerais, pressupondo-se que haja uma vontade política correspondente” (HABERMAS, 2001, p. 70).

Segundo Habermas, a dificuldade de ação em âmbito global esbarra na ausência de cooperação e coordenação positiva entre Estados soberanos em matérias de interesse e influência internacional. As funções econômicas, sociais e de garantia da paz estão estabelecidas, mas não há função reguladora que traga efetividade (HABERMAS, 2001, p. 71).

Continua o autor esclarecendo que a sociedade mundial atual se encontra estratificada, são inúmeros os interesses e assimetrias entre os envolvidos, o que impede a conciliação e o encontro de interesses comuns (HABERMAS, 2001, p. 71).

Nesse sentido, dificulta-se o encontro pelos Estados singulares de soluções cooperativas e comprometidas com o cosmopolitismo, sendo necessária a criação de uma consciência no sentido de que todos fazem parte de uma comunidade internacional e que se encontram submetidos a uma cooperação que é incontornável e que deve respeitar o interesse de todos os envolvidos (HABERMAS, 2001, p. 73), devendo ser igualmente observada no contexto de situações que envolvam os direitos humanos.

Por fim, destaca o autor que a sintonização mundial e universalização de interesses deverá considerar as peculiaridades de Estados soberanos, da sociedade civil e dos envolvidos nas mais diversas situações de âmbito internacional, não bastando a criação de um Estado mundial, mas sim da criação de uma solidariedade cosmopolita que leva em consideração o interesse de todos os envolvidos, não apenas a força de alguns e de interesses isolados (HABERMAS, 2001, p. 74).

Em vista disso, a situação enfrentada para o estabelecimento de corredores humanitários em contextos de guerra, especialmente no conflito deflagrado pelo ataque terrorista do grupo Hamas em face de Israel, representa um dos atuais desafios das esferas internacionais, entes e Estados soberanos envolvidos para a construção de uma sociedade cosmopolita e da universalização irrestrita da proteção aos direitos humanos sem ressalvas, com destaque para o veto dos EUA no Conselho de Segurança da ONU à proposta brasileira para a instituição dos corredores e do cessar-fogo nas regiões ocupada por civis.

2 O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU E O PAPEL DO BRASIL

A ONU, como consequência da II Guerra Mundial, surgindo do interesse dos Estados que venceram o conflito para evitar novos ocorridos armados, tem, entre suas principais bases a promoção da dignidade humana, o respeito a direitos fundamentais e a proibição do uso da força nas relações internacionais.

Nas palavras de Paulo Henrique Gonçalves Portela, as controvérsias internacionais consistem em litígios envolvendo Estados e organizações internacionais, podendo se revestir de qualquer natureza, seja econômica, política, jurídica, dentre outras. (PORTELA, 2016, p. 609)

Para solucionar as controvérsias que surgem envolvendo esses Estados ou organizações internacionais, desenvolveu-se meios voluntários – característicos do Direito Internacional – que podem ser acionados.

Tomando-se por base o principal documento da ONU, que é a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU), chega-se ao seu artigo 33, que prevê que as partes envolvidas em conflitos que possam constituir ameaça à paz e à segurança internacional devem procurar, antes de tudo, solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, dentre outros meios pacíficos.

O rol, não taxativo, não prevê hierarquia entre os meios, mas se classificam, quanto à compulsoriedade de suas decisões, em facultativos e obrigatórios.

Quando as decisões não são vinculantes juridicamente, diz-se que os meios são facultativos. Em outra mão, os obrigatórios consistem em mecanismos cujas decisões são obrigatórias (PORTELA, 2016, p. 611).

Outra classificação trazida por Portela se divide quanto à fundamentação da decisão. Sendo assim, os mecanismos podem ser diplomáticos – caracterizados pelo diálogo entre as partes – ou políticos – que se diferem dos diplomáticos por ter as tratativas desenvolvidas dentro de organizações internacionais ou seus órgãos.

Chega-se, assim, dentre outros, ao papel do Conselho de Segurança da ONU na solução dos conflitos.

O Conselho de Segurança, que é o órgão que detém a principal responsabilidade pela manutenção da paz e da segurança no âmbito internacional, é descrito no artigo 39 da Carta das Nações Unidas:

ARTIGO 39 - O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

De igual modo, o artigo 41 da Carta disciplina que as decisões proferidas no âmbito do Conselho de Segurança devem ser observadas, sob pena de aplicação de medidas que envolvem desde a interrupção de relações econômicas, a rompimento de relações diplomáticas:

ARTIGO 41 - O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

Em casos extremos, caso o Conselho considere que as medidas mencionadas são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter a paz e segurança (artigo 42 da Carta da ONU).

Leciona Nye que o Conselho de Segurança emerge como um espaço crucial para a abordagem da violência internacional, destacando a necessidade de uma preocupação coletiva e direcionando o foco para questões cruciais durante períodos de crise. Por vezes, serve para solidificar opiniões, aumentando os custos associados a ações agressivas, enquanto desempenha um papel essencial como um recurso de contenção para a diplomacia (NYE, 2009, p. 217).

Trata-se, portanto, de órgão de suma relevância para a manutenção da paz e segurança, composto por 15 membros, dos quais 5 são permanentes e 10 não permanentes. O artigo 23 da Carta da ONU destaca que “China, França, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, e Estados Unidos da América” são membros permanentes.

Os demais membros são eleitos por um período de dois anos, sendo que nenhum membro que termine seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato.

É nesse contexto que se chega ao papel do Brasil dentro do Conselho de Segurança da ONU. O país foi membro não permanente do Conselho nos biênios 1946-1947, 1951-1952, 1954-1955, 1963-1964, 1967-1968, 1988-1989, 1993-1994, 1998-1999, 2004-2005, 2010-2011, e 2022-2023 (ZIEMATH, 2016, p.10).

O Brasil presidiu o Conselho de Segurança da ONU ao longo do mês de outubro de 2023, período no qual apresentou proposta, contendo 11 pontos, envolvendo o conflito entre Israel e o grupo Palestino Hamas.

3 A PROPOSTA DO BRASIL QUANTO AO CONFLITO HAMAS X ISRAEL, O VETO DO SEU E A POSSIBILIDADE DE UMA NOVA PROPOSTA

Antes de adentrar à proposta formulada pelo Brasil para a resolução do conflito envolvendo Israel e o grupo Palestino Hamas, importante se faz uma breve contextualização histórica do conflito.

O território da Palestina foi parte do antigo Império Otomano até o final da Primeira Guerra Mundial, época em que se deu a primeira onda de emigração de judeus.

Em 1917, o governo britânico expressou seu apoio ao estabelecimento de um estado judeu permanente na Palestina, com a carta chamada Declaração Balfour, responsável por reconhecer o direito dos judeus de reconstruir a antiga pátria na Palestina.

A declaração em comento foi, posteriormente, endossada pela Liga das Nações – antecessora da atual Organização das Nações Unidas.

Em 1922, a Liga das Nações autorizou, então, a Grã Bretanha a auxiliar o povo judeu no estabelecimento de sua pátria na Palestina, porém nada foi estabelecido acerca da população árabe ou seus direitos.

Após anos de conflitos, então, em 1937, uma comissão britânica publicou um relatório recomendando a divisão do território objeto de litígio em três: um estado árabe, um estado judeu e uma zona neutra para os locais considerados sagrados.

Em 1947, a ONU apresentou possível solução com divisão do território entre judeus e árabes. Acontece que, desde 1948, com a declaração de independência de Israel, o país vive conflitos com seus vizinhos, principalmente com países árabes e muçulmanos (SILVA; PHILIPPINI, 2017, p. 173).

Nos anos 90, durante a Guerra do Golfo, a Organização para a Libertação da Palestina e os palestinos em geral apoiaram os ataques de mísseis lançados contra Israel pelo Iraque, numa tentativa de arrastar Israel para o conflito. Foi nessa década que também começaram as negociações de paz. Os representantes políticos de Israel e da Palestina (OLP) assinaram um Acordo de Paz em Oslo, na Noruega, concedendo à Autoridade Nacional Palestina (ANP) o controle de partes da Cisjordânia e da Faixa de Gaza. O objetivo de Israel era garantir o reconhecimento como Estado pelos palestinos e pôr fim à escalada do terrorismo (SILVA; PHILIPPINI, 2017, p. 174).

No ano de 2014, outro conflito entre HAMAS e Israel veio à tona, com duração de cerca de dois meses e muitas mortes.

Nos últimos tempos, portanto, os assentamentos judaicos em áreas habitadas pelos palestinos acirraram os conflitos, havendo manifestações de violência de palestinos, muitas vezes com práticas de ações agressivas individuais, que são respondidas pelas forças

de segurança israelenses. O problema, longe de estar resolvido, se estende até os dias atuais, e, nas palavras de Hobsbawn:

A principal força de perturbação era Israel, onde os colonos judeus construíram um Estado maior do que o que fora previsto sob a partilha britânica (expulsando 700 mil palestinos não judeus, talvez um número maior que a população judia em 1948). (HOBSBAWN, 1995, p. 351).

Em 2023 a tensão entre as duas partes se acentuou, principalmente com o ataque armado pelo grupo Hamas a Israel em 07 de outubro de 2023, ocasionando uma intensificação que perdura até o presente momento.

Foi nesse contexto que o Brasil, ocupante da posição de presidente do Conselho de Segurança da ONU, em 16 de outubro de 2023, apresentou proposta, composta por 11 pontos, que trata sobre o conflito latente.

Correndo-se o risco de repetição, que se faz necessária diante da complexidade do tema, passa-se à análise dos pontos abarcados pela proposta.

A todo momento do texto, expressou-se a “profunda preocupação com a situação humanitária em Gaza e seus graves efeitos sobre a população civil, em grande parte composta por crianças” e, antes de pontuar sua proposta o Brasil destacou, em consonância com o que rememoramos anteriormente acerca da solução de conflitos, a necessidade de alcançar uma solução duradoura para o conflito israelense-palestino por meios pacíficos.

O texto proposto condenou veemente toda violência e hostilidades contra civis, bem como todos os atos de terrorismo.

Prosseguiu rejeitando inequivocamente e condenando os ataques terroristas atroz do Hamas em 7 de outubro de 2023, bem como exigindo a imediata e incondicional libertação de todos os reféns civis e tratamento humano em conformidade com o direito internacional.

A proposta exorta todas as partes a cumprirem plenamente suas responsabilidades nos termos do direito internacional, incluindo o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário, abrangendo aspectos relacionados à condução das hostilidades, como a proteção de civis e infraestruturas.

turas civis, bem como de trabalhadores e ativos humanitários, e a permitirem e facilitarem o acesso humanitário a suprimentos e serviços essenciais para aqueles que deles necessitam

Ainda, insta veementemente a contínua, suficiente e desimpedida provisão de bens e serviços essenciais para civis, incluindo eletricidade, água, combustível, alimentos e suprimentos médicos, ressaltando a necessidade urgente, de acordo com o direito internacional humanitário, de garantir que civis não sejam privados de itens vitais para sua sobrevivência. Também, insta à imediata revogação da ordem para que civis e pessoal da ONU evacuassem todas as áreas ao norte de Wadi Gaza e se reloquem no sul de Gaza.

Prossegue com a solicitação de pausas humanitárias para permitir o acesso humanitário “total, rápido, seguro e sem obstáculos para agências humanitárias das Nações Unidas e seus parceiros implementadores, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e outras organizações humanitárias imparciais, e incentiva o estabelecimento de corredores humanitários e outras iniciativas para a entrega de ajuda humanitária a civis”.

Pede o respeito e proteção, em conformidade com o direito internacional humanitário, de todo pessoal médico e pessoal humanitário envolvido no auxílio médico. Por fim, enfatiza a importância de se prevenir a expansão do conflito na região e decide continuar a se ocupar do assunto.

Disciplina o artigo 27 da Carta das Nações Unidas que “as decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanente”.

Em outras palavras, para que a proposta apresentada pelo Brasil fosse aprovada, dependeria do voto favorável de nove membros, dentre os quais deveriam estar todos os membros permanentes, o que não ocorreu.

Em 18 de outubro de 2023, o Conselho de Segurança rejeitou a proposta apresentada pelo governo brasileiro, pois, embora 12 membros a tenham aprovado (Brasil, China, França, Albânia, Emirados Árabes, Equador, Gabão, Gana, Japão, Malta, Moçam-

bique e Suíça), os Estados Unidos – membro permanente – se manifestaram contrários ao texto.

Na ocasião, a embaixadora americana na ONU, Linda Thomas-Greenfield, afirmou que a proposta foi vetada por não citar o direito de Israel de se defender (BBC, 2023).

Toda essa situação reavivou um antigo debate promovido pelo Brasil sobre a necessidade de reformar o Conselho de Segurança. O Brasil sustenta que o mundo não pode prescindir de um Conselho de Segurança capaz de lidar com sérias ameaças à paz de maneira transparente, eficiente, legítima e eficaz. Uma reforma do Conselho de Segurança deve contemplar a inclusão de novos atores, especialmente aqueles provenientes do mundo em desenvolvimento, que possam contribuir para enfrentar os desafios da agenda internacional. A expansão do CSNU, com a inclusão de novos membros permanentes e não permanentes, promoverá decisões que verdadeiramente abordem as ameaças e desafios contemporâneos. (Ministério das Relações Exteriores, 2023).

A ideia, em 2004, levou os países do Brasil, Alemanha, Índia e Japão a criarem o chamado G4, grupo que defende a expansão do Conselho de Segurança na categoria de membros permanentes e não permanentes, com maior participação dos países em desenvolvimento.

Não obstante, o Brasil ainda integra grupo denominado L.69, que também defende a expansão do Conselho.

Resta evidenciado, assim, que o conflito entre o Brasil e os Estados Unidos acerca da proposta de cessar-fogo no Conselho de Segurança da ONU reflete tensões significativas no âmbito internacional. Enquanto o Brasil defendia veementemente a necessidade de um cessar-fogo imediato para proteger os civis afetados pelo conflito entre Israel e Hamas, os Estados Unidos optaram por vetar a proposta, alegando que ela não reconhecia adequadamente o direito de Israel de se defender contra os ataques do Hamas. Essa discordância evidencia divergências profundas na abordagem do conflito no Oriente Médio e destaca a complexidade das relações diplomáticas entre os países envolvidos.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se que espaços globalizados engendrados por forças e mecanismos políticos diversos, possuem maiores condições de estabelecer diálogos e políticas humanitárias, ou seja, de averiguar e combater práticas e condutas que vão de encontro aos instrumentos de proteção aos direitos humanos disponíveis.

A partir do segundo tópico, o trabalho analisou o surgimento da ONU, a importância do seu Conselho de Segurança na manutenção da paz mundial e o papel desempenhado pelo Brasil na condição presidente.

No terceiro tópico, apresentou-se de forma pormenorizada a verificação da proposta conduzida pelo Brasil junto ao Conselho de Segurança da ONU no que diz respeito ao conflito atual envolvendo o grupo Hamas e Israel e o veto dos EUA como membro permanente do conselho.

Nesse sentido, conclui-se que Estados e organismos internacionais criados a partir da intensificação dos processos de globalização devem buscar pela sustentabilidade do aparato institucional e jurídico estabelecido, especialmente para contextos de crises e guerras, em que desponta a necessidade de proteção aos direitos humanos, à exemplo do estabelecimento de corredores humanitários.

A criação de uma sociedade de Estados comprometida com uma solidariedade cosmopolita e aspectos normativos transnacionais, é o que permitirá a criação de uma consciência pacifista, de mudança de mentalidade e de parâmetros político-culturais.

REFERÊNCIAS

BBC BRASIL. **EUA vetam proposta de cessar-fogo do Brasil no Conselho de Segurança da ONU**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61724166>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2024.

BOLZANI, Giulia Fontana; FACHIN, Melina Girardi. **Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos no Marco do Constitucionalismo Global: Responsabilidade das Empresas na Promoção dos Direitos**. In: PIOVESAN, Flávia. **Empresas e**

Direitos Humanos/Coordenadores Flávia Piovesan, Inês Virgínia P Soares, Marcelo Torelly. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

GARCIA, Eugênio Vargas. **Conselho de Segurança das Nações Unidas** / Eugênio V. Garcia. – Brasília: FUNAG, 2013.

FACHIN, Melina Girardi; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos em face do Terrorismo de Base Religiosa**. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**/Flávia Piovesan - 12 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

HABERMAS, Jurgen. **A Constelação pós-nacional** – Ensaios Políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HOBSBAWN, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX – 1914-1991. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Ministério das Relações Exteriores (Brasil). **O Brasil e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/Brasil-CSNU/o-brasil-e-a-reforma-do-csnu>. Acesso em 15 de fevereiro de 2024

NYE, Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. Tradução de Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Editora Gente, 2009.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nações-unidas> - Acesso em 22 de outubro de 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** - 21 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário** – 8. Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

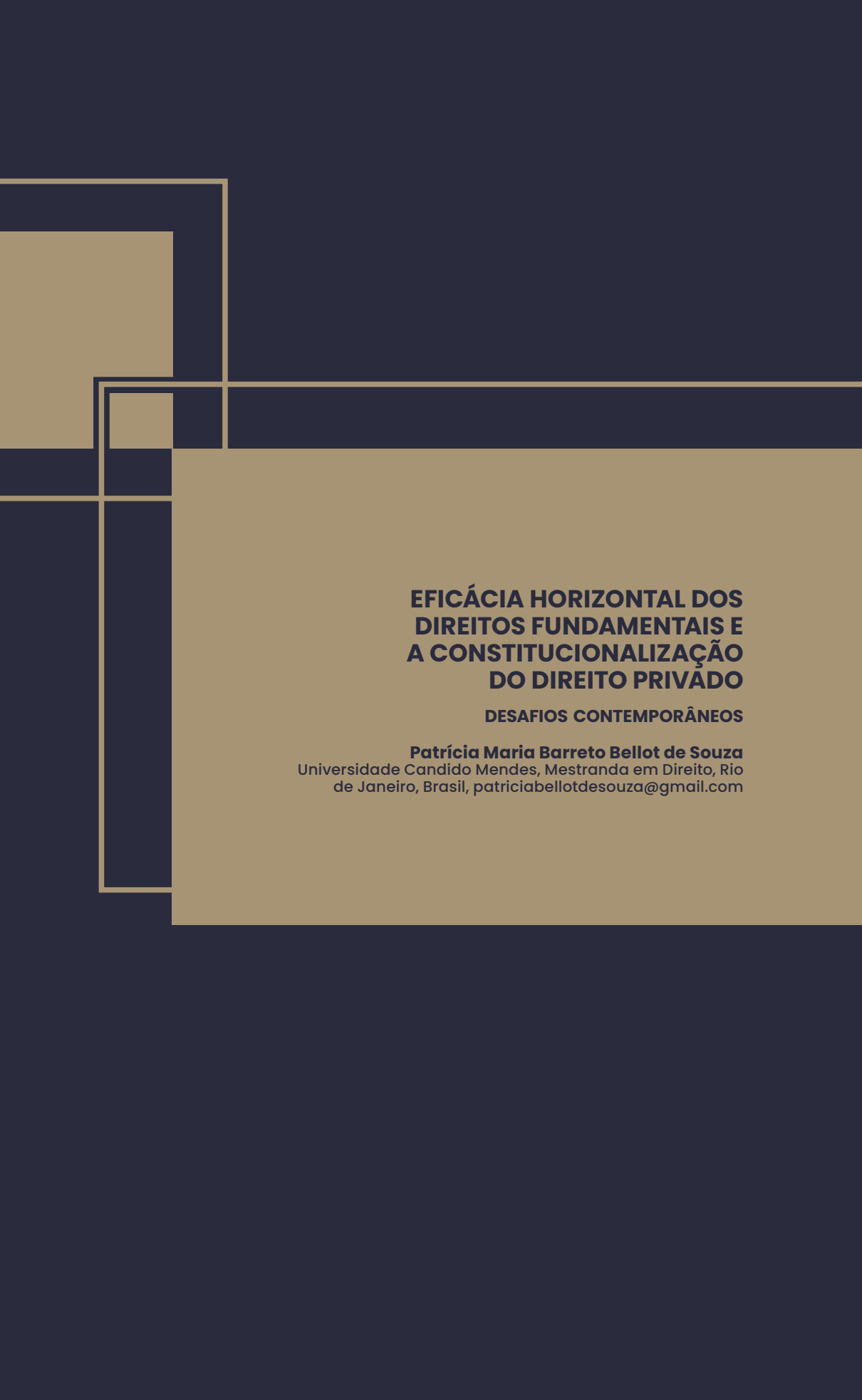
RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos** – 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, João Ubiratan de Lima e; PHILIPPINI, Ruth Aparecida Sales. **Israel e Palestina: da ‘Terra Santa’ a um território em conflito**. Revista Ciência Contemporânea, Guaratinguetá, v.2, n.1, p. 163-180, jun./dez. 2017. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/guaratingueta/revista.php?id_revista=31. Acesso em 08 fev. 2024.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**/ Antônio Augusto Cançado Trindade. – 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017.

ZIEMATH, Gustavo Gerlach da Silva. **O Brasil no Conselho de Segurança das Nações Unidas (1945-2011)**. [S.l.]: Fundação Alexandre de Gusmão, [2016]. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1160-PARTICIPACAO_DO_BRASIL_NO_CSNU_final.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

**CONSTITUCIONALISMO
DEMOCRÁTICO,
INSTITUIÇÕES
JURÍDICO-POLÍTICAS
E RELAÇÕES
INTERNACIONAIS**



EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza

Universidade Candido Mendes, Mestranda em Direito, Rio
de Janeiro, Brasil, patriciabellotdesouza@gmail.com

RESUMO: O presente estudo apresenta como objeto o debate sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (DF) no vínculo entre os particulares, e a constitucionalização do direito privado. Por meio dele versou-se sobre a amostra de casos em concreto em cotejo à violação dos DF nas relações privadas, no plano internacional e no Brasil. Como metodologia utilizou-se o método dedutivo, referindo-se a estudo descritivo de natureza qualitativa, obtido por meio de pesquisa bibliográfica a partir de artigos publicados na íntegra em português; da doutrina de renomados autores; de julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do Conselho de Estado da França, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e do Supremo Tribunal Federal (STF). A questão de pesquisa foi: quais as repercussões da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (DF) no vínculo entre os particulares, e da constitucionalização do direito privado? Como referenciais teóricos buscou-se os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, Luis Claudio Martins, Anderson Schreiber e Flávio Tartuce. Como estrutura organizacional apresentou-se em cinco partes. Na primeira as considerações iniciais. Na segunda o Capítulo 1 intitulado eficácia dos direitos fundamentais, e o constitucionalismo contemporâneo. Na terceira, o Capítulo 2 descrito como constitucionalização do direito civil e eficácia horizontal dos DF no vínculo entre terceiros. E a quarta, relacionada ao Capítulo 3, como amostra de casos em concreto sobre a violação dos DF nas relações privadas. Destacou-se, em conclusão, a aplicação direta ou imediata da eficácia dos direitos fundamentais estabelecido na Constituição Federal de 1988. Enfatizou-se os princípios da igualdade e dignidade humana fundamentais ao direito civil constitucional.

Palavras-chave: Eficácia dos Direitos Fundamentais; Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais entre os Particulares; Princípio da Boa-fé Objetiva e Deveres Anexos; Constitucionalização do Direito Civil; Constitucionalismo Contemporâneo.

ABSTRACT: This study presents as object the debate on the horizontal effectiveness of fundamental rights (DF) in the bond between individuals, and the constitutionalization of private law. Through it, we spoke about a sample of specific cases in comparison to the violation of the DF in private relations, internationally and in Brazil. The methodology used was the deductive method, referring to a descriptive study of qualitative nature, obtained through bibliographical research from articles published in full in Portuguese; the doctrine of renowned authors; of the Federal Constitutional Court of Germany, the Council of State of France, the Superior Court of Justice (STJ), and the Supreme Court (STF). The research question was: what are the repercussions of the horizontal effectiveness of fundamental rights (DF) in the bond between individuals, and the constitutionalization of private law? As theoretical references sought the teachings of Luís Roberto Barroso, Luis Claudio Martins, Anderson Schreiber and Flávio Tartuce. The organizational structure was presented in five parts. In the first the initial considerations. In the second, Chapter 1 entitled effectiveness of fundamental rights, and contemporary constitutionalism. In the third, Chapter 2 described as constitutionalization of civil law and horizontal effectiveness of DF in the link between third parties. And the fourth, related to Chapter 3, as a sample of specific cases about the violation of DF in private relations. In conclusion, the direct or immediate application of the effectiveness of fundamental rights established in the Federal Constitution of 1988 stood out. The principles of equality and human dignity fundamental to constitutional civil law were emphasized.

Key-Words: Effectiveness of Fundamental Rights; Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights among Individuals; Principle of Objective Good Faith and Annexed Duties; Constitutionalization of Civil Law; Contemporary Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta como objeto o debate sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (DF) no vínculo entre os particulares, e a constitucionalização do direito privado.

Por meio dele versou-se sobre a eficácia dos direitos fundamentais em seus sentidos subjetivo e objetivo, e o constitucionalismo contemporâneo; sobre a constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos DF no vínculo entre os particulares (ou entre terceiros). Sobre amostra de casos em concreto em cotejo à violação dos DF nas relações privadas, no plano internacional e no Brasil, bem como, a respeito do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, laterais ou secundários, dentre estes: a confiança, a cooperação, a honestidade, a informação, e a lealdade, no contexto do direito contratual contemporâneo.

Como metodologia utilizou-se o método dedutivo, referindo-se a estudo descritivo de natureza qualitativa, obtido através de pesquisa bibliográfica a partir de artigos publicados na íntegra em português; da doutrina de renomados autores; de julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do Conselho de Estado da França, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Outrossim, a questão de pesquisa foi: quais as repercussões da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (DF) no vínculo entre os particulares, e da constitucionalização do direito privado?

Como referenciais teóricos buscou-se os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, Luis Claudio Martins, Anderson Schreiber e Flávio Tartuce, precipuamente correlacionando-se questões importantes para a construção do constitucionalismo contemporâneo; evolução do direito constitucional internacional e o desenvolvimento da constitucionalização do direito civil brasileiro.

Posto isso, como estrutura organizacional dos elementos textuais, salienta-se que esta pesquisa se apresentou em cinco partes. Na primeira parte foram apresentadas as considerações iniciais, ressaltando-se o objeto de estudo, a metodologia, a questão de pesquisa e os referenciais teóricos. Na segunda parte o Capítulo 1 intitulado Eficácia dos direitos fundamentais, e o constitucionalismo contemporâneo. Na terceira, o Capítulo

2 intitulado de Constitucionalização do direito civil e eficácia horizontal dos DF no vínculo entre terceiros. A quarta parte, relacionada ao Capítulo 3, como amostra de casos em concreto sobre a violação dos DF nas relações privadas. E, por fim, apresentou-se as considerações finais da pesquisa, destacando-se as principais conclusões e os resultados.

1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DF) E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Sobre direitos fundamentais, Yasmine Coelho Kunrath (2016, p. 308) comenta que na doutrina há duas compreensões essenciais do termo, em que o primeiro entendimento orienta que eles constituem direitos com vistas à criação e manutenção de uma vida digna e a garantia de liberdades. E o segundo mais estrito, estabelece que os DF são aqueles determinados pela Constituição Federal de 1988, e também inseridos em todo ordenamento jurídico, mesmo que de forma implícita. Conforme a autora sua eficácia abrange um aspecto social, relacionado à sua efetividade “que versa sobre a aplicação da norma no mundo dos fatos” e outro jurídico, condizente à capacidade de um “direito produzir efeitos jurídicos, regulando situações e comportamentos positivados”.

Assim, para Kunrath (2016, p. 309) os DF no sentido subjetivo podem ser exigidos pelos titulares, que uma vez positivado na Constituição (CRFB/ 1988) tem aplicação imediata, “apesar dos graus distintos de eficácia, função ou técnica de positivação”. E no sentido objetivo, sua eficácia irradiante serve como “paradigma de interpretação de normas infraconstitucionais, e de observância obrigatória nas funções executivas, legislativa e judiciária”. Dessa forma, para a autora, já a eficácia horizontal dos DF deve ser observada na relação entre os particulares, bem como a eficácia vertical, cotejada às relações entre o Estado e terceiros.

Deste modo, Norberto Bobbio infere que o desenvolvimento dos direitos do homem, em alusão ao termo DF aconteceu por três fases:

[...]num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar, para o indivíduo, ou para grupos par-

ticulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais, concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências podemos mesmo dizer, de novos valores, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (BOBBIO, 2004, p. 32).

Ademais Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2021, p. 279) reforçam como importante inovação estabelecida na Constituição de 1988, a questão da “força normativa dos direitos fundamentais” com aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, CRFB/ 1988. Aludidos autores ainda revelam o reconhecimento tanto pela doutrina, quanto jurisprudência do respectivo mandamento, o qual segundo eles vêm alcançar todas as normas de DF prescritas, independente da sua localização no texto constitucional. Comentam que sua aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem, portanto, condição de regra geral, tamanha relevância para serem legitimadas de acordo com cada caso concreto.

Desta feita, sobre a incidência da aplicabilidade dos DF às relações privadas, Luís Roberto Barroso ensina que há duas possibilidades, onde a doutrina e a jurisprudência se dividem em: a de eficácia indireta e mediata dos DF, “mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentidos a cláusulas abertas” (2022, p. 356), sendo esta concepção de menor aplicação. E a de eficácia imediata ou direta, em que há o “critério da ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade”, sendo esta última mais apropriada à realidade brasileira.

Outrossim, Barroso refletindo sobre (neo)constitucionalismo, e sobre as relevantes transformações do direito constitucional contemporâneo, o qual a partir delas criou-se uma “nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica mesmo que tardia”(2005, p. 3-6), ressalta como importante marco teórico: o reconhecimento da “força normativa da Constituição,

do caráter vinculativo e obrigatório das suas disposições, assim como nova forma de interpretação e expansão da jurisdição Constitucional”. Nesse sentido é destacado por ele, que a elaboração e a promulgação da Constituição de 1988 representou além do “(re)nascimento do direito constitucional, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário e intolerante, e por vezes violento, para um Estado democrático de direito”.

Sendo assim, Luis Claudio Martins inferindo sobre os “símbolos do constitucionalismo” (2017, p. 22-23) evidência “o reconhecimento da normatividade de princípios e de sua distinção em relação às regras, assim como a centralização dos DF” a partir do novo constitucionalismo. Isto posto, Alexy (2011, p. 85) reforça a importância da distinção entre regras e princípios para a Teoria dos Direitos Fundamentais. Segundo o autor, sem ela “não há doutrina satisfatória sobre possíveis colisões e restrições aos DF, nem tampouco uma Teoria de DF suficiente sobre seu papel no sistema jurídico”.

Outrossim, Flávio Tartuce (2003, p. 1-2) comenta que o advento da Constituição de 1988 trouxe novas diretrizes à vida social do país, além de estabelecer novos parâmetros para interpretação e aplicação do Direito privado. Com forte tendência à socialização do direito como nos mais modernos ordenamentos jurídicos ocidentais, ela consagrou novos paradigmas não só em relação à (re)organização do Estado, mas também representou um marco para o Estado Social de Direito e para a Democracia, “após duas décadas de silêncio forçado”.

Tartuce (2003) ainda diz, que “a mesma onda de solidariedade social que vigorou na Constituição brasileira, também afetou o Código Civil 2002 fazendo com que estes dois diplomas interagissem de forma diferenciada” (2003, p. 2), como anteriormente discutido. Daí, para ele surge a concepção da constitucionalização do direito civil, ou do direito civil constitucional contemporâneo. Nesse sentido, Tartuce ainda destaca alguns princípios de suma importância, além da “boa-fé objetiva e da função social dos contratos”, fundamentais ao direito civil constitucional, cita ainda a “valorização da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a isonomia”.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DF NO VÍNCULO ENTRE TERCEIROS

Barroso (2005, p. 24-25) comentando sobre alguns aspectos da constitucionalização do direito civil menciona como marco temporal inicial a Revolução Francesa. Segundo ele as contribuições desta Revolução ao “direito constitucional aconteceu com a elaboração da Constituição escrita, promulgada em 1791, e ao direito civil, com o Código Civil de Napoleão de 1804” ressaltando que, apesar da contemporaneidade destes documentos, à época eles não se integravam ou se comunicavam entre si. Ademais, fundamentando o fenômeno jurídico constitucionalismo do direito civil, Barroso (2005, p. 25) cita em seus escritos, a fala de Paulo Bonavides, num evento no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), no ano de 1998: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”.

Deste modo, Tartuce (2003, p. 2 e 8) complementa que a constitucionalização do direito civil não abarcou um novo ramo do direito, mas sim, que a partir dela os dois diplomas: Constituição Federal (CRFB de 1988), e o Código Civil de 2002 (CC 2002) passaram a interagir de uma forma totalmente diferenciada. Sendo assim, sobre o direito civil constitucional, ele comenta que:

A verdade é que o chamado “direito civil constitucional”, é apenas uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a Lei Civil, em confronto com a Lei Maior. [...] Há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do Direito - o Público e o Privado - interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal, em substituição do que se costumava fazer [...]. Nos dizeres de Judith Martins Costa, vivemos o “modelo da comunicação e da complementaridade”, em detrimento do antigo “modelo da incomunicabilidade”, entre direito civil e direito constitucional. E assim, Direito Constitucional e Direito Civil são interpretados dentro de um todo, e não isoladamente (TARTUCE, 2003, p. 2 e p. 8).

Já Anderson Schreiber pondera que o direito civil constitucional “não é um conjunto de normas constitucionais que cuida do direito civil. E nem tão pouco pretende se esvaziar o direito civil transferindo alguns de seus temas para a seara constitucional” (2013, p. 6). Mas trata-se de uma releitura do direito civil, segundo o qual, além de superar o descompasso que havia entre a Constituição brasileira e o direito civil, “remodela

seus institutos à luz dos preceitos constitucionais e dos direitos fundamentais”. Informa ainda, que relevante fenômeno iniciou-se no Brasil, a partir dos estudos¹ de Gustavo Tepedino, e de Maria Celina Bodin de Moraes.

Virgílio Afonso da Silva em suas investigações sobre a constitucionalização do direito, analisou a “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (2011, p. 18) no qual, o principal aspecto desta irradiação, segundo ele “revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais”, também denominada de efeitos horizontais dos DF. Deste modo o autor destaca que:

Como se sabe, ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico. Por diversos motivos, no entanto, é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto, no segundo caso, ambas o são (SILVA, 2011, p. 18).

Então segundo Barroso (2022, p. 354-355), a partir do constitucionalismo o direito civil passa a ser interpretado sob a ótica de princípios e valores constitucionais, dentre estes exemplifica a ética, a consciência social e a justiça, bem como: a função social da propriedade e do contrato (art. 5º, XXII e XXIII, CRFB/ 1988 c/ c arts. 113, 421 e 422, todos CC 2002); a proteção de defesa do consumidor e sua vulnerabilidade (art. 170, CRFB/ 88 c/ c Lei nº 8.078/ 1990); a boa-fé objetiva (arts. 113 e 422, Código Civil 2002); o direito de família (art. 226, CRFB/ 1998 c/ c Livro V, CC 2002, dos arts. 1511 ao 1783-A), contemplando a pluralidade de formas de constituição de famílias

1 Schreiber revela que à época aludidos estudos, concentrados em sua maioria nos Cursos de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) estabeleciam profícua relação com o Grupo de Pesquisa “Virada de Copérnico”, liderado pelo professor Luiz Edson Fachin, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) (SCHREIBER, 2013, p. 6 e 10, nota explicativa 17).

contemporâneas; o instituto do casamento e da união estável; a igualdade entre os cônjuges; a igualdade entre os filhos; a união homoafetiva, e tantos outros. E como princípio basilar do direito civil constitucional, ele destaca a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da CRFB/ 1988 (BARROSO, 2022, p. 355, nota explicativa 58).

Desta forma, sobre a dignidade humana Sidney Guerra (2020, p. 265-267) comenta, que considerada pilar estrutural e primordial da organização do Estado brasileiro, prescrita no art. 1º, III, da CRFB/ 1988, importante princípio assume diversas funções no âmbito nacional, tais como: (a) o reconhecimento da pessoa como fundamental ao Estado; (b) a contribuição com a garantia da unidade Constitucional; (c) a imposição de limites à atuação do poder público e à atuação dos cidadãos; (d) a promoção dos DF, assim como (f) a contribuição para a caracterização do mínimo existencial. Assim, para ele a dignidade vislumbrada como atributo essencial da sociedade e do Estado, deve ser preservada e garantida a toda e qualquer pessoa humana, em que sua constitucionalização significa atribuir-lhe valor supremo, e com uma conotação entendida como universal.

Outrossim, Flávio Tartuce refletindo sobre a horizontalização dos direitos fundamentais, reforça que seu conceito se refere “ao reconhecimento da existência e aplicação dos direitos e princípios constitucionais nas relações entre os particulares” (2021, p. 59). Complementa também inferindo, “que as normas constitucionais que protegem estes valiosos direitos com aplicação imediata são indispensáveis, principalmente no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode vir não só do Estado, mas também de toda sociedade civil”.

Posto isso, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk (2010, p. 105) inferem que a possibilidade de reconhecimento da eficácia dos DF nas relações entre os particulares, seja o cerne da constitucionalização do direito civil. Para os autores, a Constituição Federal de 1988 deixou de ser considerada meramente como uma carta política, assumindo força normativa e elemento integrador de todo ordenamento jurídico, sobretudo com o direito privado. Sendo assim, para eles, diante da diluição de barreiras entre o

direito público e o direito privado, os DF assumem status de norma essencial que deve ser observada por todos.

Portanto, diante das diversas designações atribuídas ao tema e aos termos pela doutrina os quais foram debatidos ao longo deste estudo, importante o registro de sucinta Nota de Termos, o qual foram denominados como eficácia dos direitos fundamentais e as relações privadas, ou constitucionalização do direito privado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2021, p. 384). A constitucionalização do direito civil, ou do direito privado, pelo professor Sarlet (2021, p. 394). E como eficácia privada, ou eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros), ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais no vínculo entre os particulares, também por este último doutrinador (SARLET, 2021, p. 393).

3 AMOSTRA DE CASOS EM CONCRETO SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DF NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No plano internacional, Luis Claudio Martins de Araujo (2017, p. 33) debatendo sobre o Caso Lüth (Caso *Veit Harlan vs. Eric Lüth*. Tribunal Constitucional Federal Alemão, 1958) explica, que o produtor de cinema alemão Veit Harlan, conhecido por seu histórico de filmes em defesa do regime nazista, se preparava para o lançamento do filme denominado *Amada Imortal*, após o fim da Segunda Guerra Mundial, cuja história em nada se referia ao nazismo. Contudo, diante de sua ligação anterior ao mencionado regime, Eric Lüth, diretor do órgão estatal de imprensa da Cidade Livre de Hamburgo, aclamou todo público a boicotar o aludido filme, sendo ele amplamente rejeitado, e um fracasso de bilheteria. Diante dos prejuízos, Veit Harlan e os parceiros comerciais do filme, ajuizaram uma ação indenizatória contra Lüth, alegando violação ao § 826 do Código Civil (BGB)², exigindo reparação do dano sofrido. Desse jeito, após várias decisões no sentido do reconhecimento da obrigação de reparação, o caso foi levado ao Tribunal Constitucional Federal alemão, por meio de interposição de Recurso Constitucional, que entendeu pela sua procedência, enfatizando que as decisões de tribunais civis, baseadas em leis gerais de natureza privada, podem lesar

2 § 826 do Código Civil (BGB) refere-se ao parágrafo 826 do Código Civil Alemão.

o direito de livre manifestação de opinião, consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental de 1949.

Desta feita, Ebe Pimentel Gomes Luz versando sobre aplicabilidades das normas constitucionais nas relações entre terceiros, especificamente sobre o acolhimento do pedido contido no Recurso de Apelação, interposto contra sentença no Caso Lüth, complementa que:

O Tribunal Constitucional Alemão acolheu expressando, que “os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do Poder Público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado”. Também, admitiu, porém, que a Lei Fundamental “não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico”, uma vez que estabelece, no seu rol de direitos fundamentais, “um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais”. O caso Lüth foi reconhecidamente o marco na condução da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (LUZ, 2007, p. 34).

Outro exemplo emblemático sobre a eficácia dos DF na relação entre terceiros, além de tratar de violações dos direitos da personalidade, ensejando responsabilidade civil do Estado também discutido por Luis Claudio Martins (2017, p. 34), relaciona-se ao Caso de Arremesso de Anão (Caso *Manuel Wackenheim vs. France*. Conselho de Estado Francês, 1995), em que o Conselho de Estado francês, em 1995, entendeu pela validade do ato praticado pelo Prefeito da Cidade francesa de Morsang-sur-Orge, que em 1992 proibiu a prática do arremesso do anão, mesmo contra a vontade de Manuel Wackenheim, que ganhava a vida sendo arremessado, e tinha esta atividade como seu único meio de subsistência. O Conselho de Estado entendeu que uma autoridade municipal poderia, sim, proibir tal prática visto que, atentatória à dignidade da pessoa humana, é contrário à ordem pública. Manuel Wackenheim também levou o caso à Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que em 27 de Setembro de 2002, entendeu a decisão como não discriminatória e não abusiva, seguindo-se ao banimento do arremesso, e considerando-o necessário à ordem pública. Ademais, em casos similares, o Conselho de Estado francês seguiu o mesmo entendimento; assim como em 1985, o prefeito de Chicago/ EUA. Em 1989, legisladores do Estado

da Flórida/ EUA entenderam o arremesso de anão como ilegal, seguido posteriormente, pelo Estado de Nova York.

Já no Caso União Brasileira de Compositores (UBC), julgado pelo do Supremo Tribunal Federal, no sentido de assegurar o direito à ampla defesa de um associado que fora excluído do quadro de uma pessoa jurídica, Tartuce cita Informativo nº 405 do STF sendo proferido que:

A Turma, concluindo julgamento, negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição – v. Informativos nºs. 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa (STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005) (TARTUCE, 2020, p. 540).

Gabriela Loureiro (2019, s. p.³), em artigo intitulado *O que é a ignorância estratégica e como poderosos lucram com ela*, fundamentado nos estudos da autora canadense Linsey McGoey, que a definiu “como a habilidade de explorar o desconhecimento para ganhar mais poder”, discutiu sobre o caso de uma renomada

3 O termo “s. p.” no local destinado à numeração de páginas do artigo, significa “sem numeração ou indicação de páginas” no mesmo.

indústria farmacêutica de medicamentos, que ao omitir proposital e indevidamente, os efeitos colaterais deletérios de certa medicação conhecida e comercializada mundialmente, da *Food Drug Administration* (FDA) nos Estados Unidos (EUA), órgão de fiscalização análoga à Agência de Vigilância Sanitária no Brasil (Anvisa), e primordialmente dos pacientes que faziam uso dela, de forma contínua, faturou absurdamente bilhões de dólares.

Deste modo, além de violação da boa-fé objetiva pela omissão de informações preconizadas como fundamentais no art. 6, III e IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078/1990), tal prática ilegal também afrontou gravemente a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a preservação da saúde tão caras ao direito civil constitucional. Assim, sobre este caso Loureiro (2020) comenta que:

Em setembro de 2004, a multinacional farmacêutica Merck retirou do mercado seu remédio Vioxx indicado para doenças articulatórias, devido ao risco de causar problemas cardiovasculares. A rápida retirada, de maneira voluntária pela empresa, de uma droga que no ano anterior havia gerado U\$ 2,5 bilhões (R\$ 10 bilhões) em vendas foi elogiada pela prestigiada publicação médica *The Lancet* como “um exemplo de prática farmacêutica responsável”. Um mês depois, o jornal americano *The Wall Street Journal* publicou e-mails vazados indicando que os executivos da Merck sabiam dos riscos do remédio havia anos. A *Lancet* rapidamente retirou seu elogio dizendo que havia sido “premature”. Com vazamento de e-mails ficou claro que os executivos da empresa escolheram ignorar os riscos do Vioxx e distorcer resultados de testes para favorecer a sua aprovação junto da *Food Drug Administration*, a agência de vigilância sanitária análoga à Anvisa nos EUA. Um teste realizado em 1999 comparando o Vioxx com o anti-inflamatório Naproxeno, apontou que ele apresentava menos efeitos gastrointestinais que o Naproxeno, mas também um risco 80% maior de reações cardiovasculares adversas, incluindo o risco de morte (LOUREIRO, 2019, s. p.).

Diante disso, o princípio da boa-fé objetiva é entendido “como um regramento contratual de ordem pública, o qual está prescrito no art. 2035, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que este princípio deve ser necessariamente analisado e interpretado de acordo com o contexto social” inserido (TARTUCE, 2003, p. 28-29). Flávio Tartuce (2003, p. 30-31) complementa ainda, que a função social do contrato “intimamente aderido à proteção

dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”, prescrito no art. 5º, da CRFB/ 1988, “valoriza também a liberdade de contratar, assim como privilegia a igualdade de condições entre os contratantes”, muitas vezes não percebida no momento da execução do contrato.

Estudos mencionam que “um dos pontos mais importantes da Teoria Geral dos Contratos é o princípio da boa-fé objetiva, apoiada no princípio da eticidade insigne na Legislação Civil de 2002” (TARTUCE, 2005, s. p.). Fundamentada nos arts. 113, 187 e 422 desta Legislação, nos termos do parágrafo 1º, do art. 113, CC/ 2002 é prescrito que “a interpretação do negócio jurídico segundo a observação do comportamento das partes na sua celebração, deve corresponder à boa-fé no que lhes for mais benéfico” (TARTUCE, 2020, s. p.). Assim, ao lado da função social dos contratos, Tartuce (2005, s. p.) ainda explana que a função integradora da “boa-fé procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais, nos termos do art. 422, CC/ 2002”.

Sendo assim, relacionada aos deveres anexos, secundários ou laterais de confiabilidade, de eticidade, de lealdade, de honestidade e dever de informação, inerentes aos negócios jurídicos é consagrado na doutrina e prescrito no “art. 187, da Legislação Civil de 2002 que a inobservância de relevantes deveres caracterizará abuso de direito”, violação positiva do contrato e respectiva reparação civil, independente de culpa (responsabilidade civil objetiva), assim como um inadimplemento contratual, contudo também com possibilidades de renegociação⁴ ou revisão do negócio jurídico ora celebrado (TARTUCE, 2005, s. p.).

Giselda Maria Hironaka (2003, p. 8) leciona, que enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, o princípio da boa-fé deve orientar-se pelo viés objetivo de seu conceito, com o fim de “garantir a estabilidade e segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa dos contratantes no tocante às obrigações por eles assumidas e pactuadas. Aludida diz, que fundamental premissa significa “bem mais do que a alegação de ausência de má-fé ou intenção de prejudicar um ou outro”. Fala

4 SCHREIBER, Anderson. In: *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, 2020.

ainda que, sobretudo, ela transcende a noção de colaboração, de cuidado, e de reciprocidade entre os contratantes.

Por isso, Hironaka reforça que nas relações contratuais decorrem deste princípio, especialmente os “deveres de informação, de colaboração e de cuidado, constituindo algo maior que o simples sinalagma” (2003, p. 9), mas “pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração”. Desta forma, comenta estar presentes na ambiência contratual “o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade”, que são segundo ela, relevante marco teórico do direito civil contemporâneo que perpassando-se os séculos, apresenta-se renovado.

Para Flávio Tartuce (2004, s. p.), a cláusula geral de boa-fé, mais especificamente, reserva aos contratos e aos negócios jurídicos, deveres anexos para os contratantes, quais sejam “de comporta-se com a mais estrita lealdade, de agir com probidade, de informar ao outro contratante sobre todo conteúdo do negócio jurídico, que para o professor, a colaboração deve estar presente de forma inequívoca”. E sob esse prisma, ele revela que o Enunciado nº 24 do Conselho Superior da Justiça Federal (Enunciado nº 24, do CJF) prevê “que o desrespeito dos deveres anexos gerará a violação positiva do contrato, representando uma espécie de inadimplemento a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que violar algum destes direitos secundários”.

Desta maneira, ressalta-se que no atual direito civil brasileiro há forte valoração do princípio da boa-fé objetiva, com vistas à preservação da eficácia horizontal dos DF nas relações privadas. Por meio dele busca-se a manutenção da ética e da solidariedade, que também norteará os operadores do direito na orientação dos seus clientes, diante de possível desequilíbrio em suas relações obrigacionais. Desta forma, Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona citam a violação positiva dos contratos, como exemplo de inobservância dos deveres anexos ou secundários do princípio da boa-fé objetiva. Comentam ainda, que apesar de não prevista de forma literal no ordenamento jurídico brasileiro como um inadimplemento contratual, ela se faz presente através da doutrina, e sobretudo na jurisprudência (GANGLIANO, ; FILHO, *apud* FIGUEIREDO, ; FIGUEIREDO, , 2019, p. 179).

Isso posto, Rodrigo Ribeiro Freitas (2020, s. p.) menciona que o advento da boa-fé objetiva contribuiu para o que denominou-se de “humanização do direito privado”, constituindo também uma das mais relevantes diferenças entre o Código Civil de 1916, e a Legislação Civil atual (CC 2002). No entanto, ele adverte que o mesmo não deve “ser aplicado de maneira mecânica ou indiscriminada, mas sim levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso em concreto”, assim como, os aspectos sociais e culturais dos atores envolvidos nestas relações.

Assim, a 8ª Turma Cível em julgamento de Apelação Cível nº 1.297.487 declarou que o princípio da boa-fé exige que os contratantes apresentem comportamento leal em todas as fases do contrato, inclusive na fase pós contratual, e que eles observem os deveres anexos ou laterais de conduta, com fim de manter “a confiança e as expectativas legítimas do negócio jurídico”. Proferiu ainda, como forma de proteção às naturais expectativas dos envolvidos nesta relação obrigacional, que referido princípio também apresenta a incumbência de limitar os direitos subjetivos da parte, cuja conduta venha ocasionar a ruptura da expectativa legítima da outra, pela violação positiva do contrato (BRASIL, 8ª Turma Cível. APELAÇÃO CÍVEL nº 1.297.487. Relator: Desembargador Eustáquio de Castro. Acesso em: 14 set 2021).

E no entendimento firmado pela 3ª Turma do STJ, em REsp nº 1.141.732 é disposto que “não deve ser tolerado o abuso de direito pela violação ao princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, laterais ou secundários, devendo ser afastado qualquer benefício ora concedido ao titular que o exerce em desarmonia com o ordenamento jurídico” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça/ STJ. REsp nº 1.141.732. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acesso em: 14 set 2021).

Desse modo, Celiana Diehl Ruas comentando sobre os critérios para ponderação de interesses em cotejo à eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares, fala que:

No entanto, os problemas mais instigantes na temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas surgem quando há colisão entre direitos fundamentais, dentre os quais se incluem a autonomia privada e a liberdade con-

tratual, ainda que não expressamente previstas como tal na Constituição Federal de 1988. Com efeito, não é difícil imaginar situações nas quais um particular possa violar direito fundamental de outro, como por exemplo, na seara contratual, através da imposição de uma determinada cláusula que implique na violação ou restrição de um direito fundamental. A realidade e a doutrina conferem vastos exemplos (RUAS, 2015, p. 45-46).

Posto isso, em decisão proferida pela 8ª Turma Cível do STJ, em julgamento de Apelação Cível nº 1.261.373 relacionado à omissão de doença preexistente em contrato de seguro de vida, o que gerou rescisão unilateral fundada na violação positiva do contrato, foi disposto que:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. SEGURO DE VIDA. RESCISÃO UNILATERAL PELA SEGURADORA. POSSIBILIDADE. PROVA DE MÁ-FÉ. OMISSÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. 1. A prova da má-fé da autora ao omitir doença da qual tinha plena ciência quando da contratação do seguro de vida permite à seguradora rescindir o contrato unilateralmente pela quebra da boa-fé, pois constatada a violação positiva do contrato. 2. A conduta de omissão consciente na declaração de doença preexistente quebra o princípio da confiança e, por conseguinte, viola a boa-fé objetiva, o que caracteriza uma forma de inadimplemento contratual, já no nascedouro da avença, hábil a legitimar a rescisão do contrato pela seguradora. 3. Os deveres oriundos da boa-fé objetiva, tais como verdade, lealdade, moralidade e cooperação, também devem orientar a conduta do consumidor, visto que não se pode esperar que apenas a companhia de seguros cumpra com os referidos deveres anexos, já que são deveres bilaterais e gerais. 4. Recurso não provido. Decisão: RECURSO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (BRASIL, 8ª Turma Cível. APELAÇÃO CÍVEL nº 1.261.373. Relator: Desembargador Mario-Zam Belmiro. Acesso em: 01 mar 2022).

Portanto, Barroso (2022, p. 356) comenta que o tema sobre a eficácia dos DF e suas aplicabilidades nas relações entre os particulares envolve muitas variedades e complexidades, que certamente não há como ser aprofundado nos seus escritos, e tão pouco num artigo. Ainda diz que são múltiplas as possibilidades e situações de ocorrer no mundo real, assim como não comporta solução unívoca. Desse jeito, apresenta algumas situações-problema de forma crítica, analítica e reflexiva, constituindo importante contribuição ao referido assunto, quais

sejam: a) Um clube de futebol pode impedir o ingresso às suas dependências, aos jornalistas que avaliaram criticamente seu time? b) Uma escola judaica pode impedir o ingresso de crianças de religião distinta? c) Poderá constar no contrato de trabalho previsão de demissão por justa causa em caso de gravidez? d) Poderá o locador recusar-se a estabelecer contrato de locação com locatário muçulmano?

CONCLUSÃO

Destacou-se, em conclusão, a relevância do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, laterais ou secundários no vínculo entre os particulares, essencial ao constitucionalismo contemporâneo. Enfatizou-se neste estudo, os princípios da dignidade humana e igualdade fundamentais ao direito civil constitucional, que perpassam todo ordenamento jurídico pátrio, mesmo de forma implícita.

Ressalta-se, que diante da pluralidade de mudanças, e constante progresso vivenciado nas sociedades contemporâneas, tanto em função dos indivíduos, como do próprio Estado, bem como da globalização associada à constante evolução tecnológica indispensável ao progresso da economia e da coletividade, observa-se muitas vezes casos de violações dos direitos fundamentais, e sua opressão nas relações entre os particulares.

E deste modo, pela prevalência por vezes observada entre a autonomia privada em relação aos direitos e garantias de terceiros, evidenciou-se neste estudo a aplicação direta ou imediata da eficácia dos direitos fundamentais estabelecida na Constituição Federal de 1988, considerada de fundamental relevância para a manutenção sustentável do vínculo entre os particulares, sobretudo no cenário brasileiro atual, diante de inúmeros casos de desequilíbrios sociais e econômicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Suhrkamp Verlag 1986. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*/ Luís Roberto Barroso. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Rio de Janeiro, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/qu aestio iuris/article/view/11641>, Acesso em: 02 abr. 2022, 19:46:00.

BOBBIO, Norberto. *1909, A era dos direitos*/ Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, 8ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 1.261.373*. Relator: Desembargador Mario-Zam Belmiro. Distrito Federal, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/876712396/inteiro-teor-876712416>, Acesso em: 25 ago. 2021, 11:29:00.

BRASIL, 8ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 1.297.487*. Relator: Desembargador Eustáquio de Castro. Distrito Federal, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17552573/recurso-especial-resp-1141732-sp-2009-0177647-1-stj/>, Acesso em: 23 ago. 2021, 23:48:00.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Acesso em: 18 out. 2023, 15:17:00.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, Acesso em: 18 out. 2023, 17:42:00.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm, Acesso em: 18 out. 2023, 17:39:00.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.141.732*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, Disponível em: <https://stj>.

jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17552573/recurso-especial-res-p-1141732-sp-2009-0177647-1-stj/relatorio-e-voto-17634102, Acesso em: 13 ago. 2021, 21:12:00.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Adalcy Rachid Coutinho...[et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FREITAS, Rodrigo Ribeiro. *A boa-fé objetiva e seus principais aspectos*. São Paulo, Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11590/>, Acesso em: 13 ago. 2021, 21:21:00.

GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil - Contratos: teoria geral*. v IV. 9. ed. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013. In: FIGUEIREDO, Luciano L.; FIGUEIREDO, Roberto L. *Direito Civil - Contratos*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: o julgamento do Caso UBC (RE 201.819/RJ) e a Mudança de Comportamento do Tribunal*. São Paulo, Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades/article/view/106103/10474>, Acesso em: 11 jul. 2022, 14:19:00.

GUERRA, Sidney. *Curso de direitos humanos/ Sidney Guerra*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado*. São Paulo, Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>, Acesso em: 15 ago. 2021, 22:09:00.

KUNRATH, Yasmine Coelho. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Velho, Disponível em: <https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/28>, Acesso em: 02 mai. 2022, 10:58:00.

LOUREIRO, Gabriela. *O que é a “ignorância estratégica” e como poderosos lucram com ela, segundo autora canadense*. Londres, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49941461>, Acesso em: 14 ago 2021, 1:37:00.

LUZ, Ebe Pimentel Gomes. *Aplicabilidades das normas constitucionais nas relações entre terceiros*. Lisboa, Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/637-954.pdf>, Acesso em: 17 mar. 2022, 14:12:00.

MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais*/ Luis Claudio Martins de Araujo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RUAS, Celiana Diehl. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: critérios para ponderação de interesses*. Rio Grande do Sul, Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicao-e-garantiadedireitos/article/view/9991>, Acesso em: 17 mar. 2022, 16:42:00.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*/ Ingo Wolfgang Sarlet. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. rev. e atualizada diante das Leis n. 13.874/ 2019 (*Liberdade Econômica*) e 14.010/ 2020 (*RJET*). São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*/ Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e a primeira abordagem*. São Paulo, Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_duty, Acesso em: 14 ago. 2021, 00:33:00.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo, Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2006/docente/doc2, Acesso em: 14 ago. 2021, 00:32:00.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo, Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/10>. Acesso em: 13 ago. 2021, 00:35:00.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*/ Flávio Tartuce. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade*. São Paulo, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos---extincao--revisao-e-conservacao---boa-fe--bom-senso-e-solidariedade>, Acesso em: 13 ago. 2020, 19:49:00.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao Novo Código Civil e visão do Projeto nº 6. 960/ 02*. São Paulo, Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/artigo-boafe>, Acesso em: 15 ago. 2021, 00:04:00.



O ENSINO JURÍDICO E OS IMPACTOS DA CULTURA JURÍDICA LIMITADORA NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

UMA CRÍTICA EM FACE DA ÓTICA DA MODERNIDADE LÍQUIDA

Ewerton Alberto Ost

UNIVEL, Acadêmico do Curso de Direito, Cascavel-PR, Brasil, ost.ewerton@gmail.com.

Kátia Rocha Salomão

UNIVEL, Professora titular do Departamento de Direito, Cascavel-PR, Brasil, salomao@univel.br. Doutora em Filosofia (UNIOESTE-2019) com ênfase nos aspectos éticos e políticos. Mestrado na área de Filosofia (UNESP-2008), com ênfase em ética e filosofia política. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica (UEL-2006).

RESUMO: O artigo investigou a influência do ensino jurídico na aplicação do direito na sociedade moderna, com foco nos impactos da cultura jurídica limitadora na interpretação do direito e seus efeitos à legitimidade do processo de interpretação do Direito. A problemática enfrentada ao longo do processo foi compreender qual é o impacto da formação dos profissionais do Direito e da cultura jurídica enlaçadas ao senso comum teórico dominante no cenário do Direito, na interpretação e aplicação das normas e leis, bem como no processo de rejeição ao senso crítico e à reflexão jurídica crítica (?). A análise foi realizada sob a perspectiva da modernidade líquida de Bauman e com referências a teóricos, como Warat, Wolkmer e Dworkin. A metodologia incluiu revisão bibliográfica e documental com foco na interpretação dedutiva e dialética. A pesquisa partiu do pressuposto de que as deficiências no ensino jurídico desempenham um papel fundamental para a formação dos operadores do Direito, contribuindo para uma cultura jurídica limitadora. O objetivo final foi promover uma prática jurídica mais crítica e comprometida com a justiça social e a igualdade perante a lei na sociedade contemporânea. Espera-se que a pesquisa identifique maneiras de promover uma cultura jurídica mais inclusiva e justa, alinhada com os princípios da modernidade líquida.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura e Ensino; Senso Comum Teórico do Direito; Interpretação, Modernidade Líquida.

ABSTRACT: The present article investigated the influence of legal education on the application of law in modern society, focusing on the impacts of limiting legal culture on the interpretation of law and its effects on legal legitimacy. The challenge faced throughout the process was comprehending the influence of legal professionals' education and legal culture linked to the dominant theoretical common sense in the legal scenario on the interpretation and application of norms and laws, as well as on the process of exclusion of critical thought and legal critical thinking. The analysis was carried out from the perspective of Bauman's liquid modernity, referencing theorists such as Warat, Wolkmer, and Dworkin. The methodology included bibliographic and documentary reviews focusing on deductive and dialectical interpretation. The research was based on the idea that deficiencies in legal education play a fundamental role in later legal practice, contributing to limited legal culture. The objective was to promote a more critical legal practice committed to social justice and equality in the face of law in contemporary society. It is expected to identify ways to promote a more inclusive and fair legal culture, aligned with the principles of liquid modernity.

KEYWORDS: Culture and Education; Theoretical Common Sense of Law; Interpretation, Liquid Modernity.

INTRODUÇÃO

A relação entre o ensino jurídico e a aplicação do direito na sociedade moderna despertou crescente interesse e debates na Filosofia do Direito. Compreender como o ensino jurídico influenciou a interpretação do direito e os impactos da cultura jurídica restritiva é crucial para analisar criticamente a formação dos profissionais do Direito e seu papel como intérpretes do Direito na contemporaneidade. O objetivo principal deste artigo foi explorar e entender a ligação entre o ensino jurídico e a cultura jurídica restritiva, sob a perspectiva da modernidade líquida, senso comum teórico e cultura jurídica restritiva, e seus reflexos na efetiva aplicação do Direito.

A modernidade líquida, conforme definido por Zygmunt Bauman, descreve uma sociedade caracterizada pela fluidez, incerteza e individualização. Nesse contexto, é crucial examinar como essas características afetam o ensino jurídico e, consequentemente, a aplicação do direito. Partindo do pressuposto de que a formação dos operadores do Direito desempenha um papel fundamental na construção da cultura jurídica, esta pesquisa investigou como a cultura jurídica, predominante no senso comum teórico do Direito, pode limitar a compreensão e a aplicação do direito, favorecendo interesses das elites e perpetuando desigualdades sociais.

O Direito é baseado em regras e normas rígidas que podem não ser mais adequadas para resolver os problemas apresentados à justiça. Portanto, a interpretação inflexível das normas, sem um juízo crítico, pode tornar o direito superficial e inadequado em uma sociedade em constante mudança de valores. Isso ocorre porque prevalece, no Direito, um senso comum teórico que negligencia a formação reflexiva e lógico-crítica.

Esta pesquisa tem como expectativa responder: “Qual é o impacto da formação dos profissionais do Direito e da cultura jurídica enlaçadas ao senso comum teórico dominante no cenário do Direito na interpretação e aplicação das normas e leis, bem como no processo de rejeição ao senso crítico e à reflexão jurídica crítica?” Assim, visa contribuir para a reflexão sobre o papel do ensino jurídico na formação de profissionais do Direito e na transformação da cultura jurídica restritiva. Ao compreender

as conexões entre o ensino jurídico e a interpretação do direito, poderemos buscar caminhos para uma prática jurídica mais crítica e comprometida com a promoção da justiça social e a igualdade perante a lei na sociedade contemporânea, em consonância com os desafios impostos pela modernidade líquida.

O artigo abordou os principais conceitos e teorias relacionados ao tema, visando contribuir para uma compreensão mais ampla das relações entre o ensino jurídico, a cultura jurídica restritiva e a aplicação do direito na sociedade moderna. Por meio de análises críticas e reflexivas, procurou fornecer subsídios para o debate acadêmico e para a proposição de alternativas que promovam uma cultura jurídica mais inclusiva, justa e alinhada aos princípios da modernidade líquida. As seções do artigo discutiram temas como decisões em processo de reflexão crítica, o ensino jurídico e suas limitações, a cultura jurídica restritiva e a influência da modernidade líquida, entre outros.

1 AS DECISÕES EM PROCESSO DE REFLEXÃO CRÍTICA E O UNIVERSO DO SENTIDO DO DIREITO

Decisões em processo de reflexão crítica são aquelas que são tomadas de forma consciente e reflexiva, após uma análise cuidadosa e crítica da situação em questão. Essas decisões são baseadas em um processo de reflexão que leva em consideração diversos fatores, tais como os valores envolvidos, as normas jurídicas aplicáveis, os interesses das partes envolvidas e as circunstâncias do caso.

Ronald Dworkin foi um renomado jurista e filósofo do direito que desenvolveu a teoria do direito como integridade. Em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, com publicação inicial em 1977, Dworkin (2002) já argumentava que as decisões jurídicas devem ser tomadas com base em princípios morais e valores fundamentais, em vez de simplesmente aplicar regras legais de forma mecânica. Ele enfatiza a importância da coerência, da justiça e da integridade nas decisões judiciais.

Dworkin (2002) propõe que os juízes devem se engajar em uma reflexão crítica sobre os princípios e valores que fundamentam o direito, levando em consideração o contexto social, histórico e

político. Ele argumenta que o processo de interpretação e aplicação do direito deve ser guiado por uma busca por coerência e uma visão mais ampla da justiça.

De acordo com Streck (2004), Dworkin aponta que as decisões judiciais devem ser baseadas em uma interpretação construtiva das normas jurídicas, considerando os princípios e valores subjacentes ao sistema legal. Ele critica abordagens puramente formalistas ou positivistas, que viam o direito como um conjunto de regras pré-determinadas e aplicáveis de forma mecânica.

Para Susskind (2008), a perspectiva de Dworkin sobre as decisões jurídicas no processo de reflexão crítica tem influenciado debates acadêmicos e práticos sobre o papel do judiciário e a natureza do direito. Sua abordagem enfatiza a importância de uma interpretação cuidadosa e reflexiva do direito, considerando os princípios e valores fundamentais para alcançar decisões mais justas e coerentes.

Para Susskind (2008), na prática jurídica, as decisões em processo de reflexão crítica são importantes para garantir que as ações judiciais sejam justas e equitativas. Elas permitem que o juiz leve em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso, de forma a tomar uma decisão adequada ao caso concreto. As decisões em processo de reflexão crítica são resultado de um processo cognitivo complexo, que envolve não apenas a aplicação de normas jurídicas, mas também a compreensão da realidade social em que as normas serão aplicadas. Elas exigem dos profissionais do Direito uma visão crítica e reflexiva do mundo jurídico, capaz de considerar os valores e princípios envolvidos em cada caso e de buscar soluções justas e equitativas. As decisões em processo de reflexão crítica são essenciais para o universo do sentido do Direito. Isso porque o Direito não é uma ciência exata e sua interpretação pode variar de acordo com o contexto social, político, cultural e histórico em que está inserido.

A reflexão crítica, portanto, busca questionar as interpretações preestabelecidas do Direito, levando em consideração diferentes perspectivas e opiniões. Isso é fundamental para garantir a justiça e a equidade nas decisões judiciais, uma vez que permite considerar as peculiaridades de cada caso. Além disso, a reflexão crítica também ajuda a identificar e a corrigir possíveis falhas

ou injustiças presentes no sistema jurídico. A partir da análise crítica das decisões e das leis, é possível apontar problemas e buscar soluções para melhorar o sistema de justiça.

As decisões em processo de reflexão crítica, conforme proposto por Ronald Dworkin (2002), podem ter uma correlação direta com o ensino jurídico. Ele defende que o processo de interpretação e aplicação do direito deve envolver uma reflexão crítica sobre os princípios e valores que fundamentam o sistema legal. Essa abordagem pode influenciar a forma como o direito é ensinado, promovendo uma visão mais abrangente e reflexiva do processo decisório.

No ensino jurídico, a ênfase nas decisões em processo de reflexão crítica implica incentivar os estudantes a analisar as normas jurídicas, os princípios constitucionais e os valores fundamentais que orientam o sistema legal. Os alunos são estimulados a considerar não apenas as regras e os precedentes, mas também a justificação moral e as implicações sociais das decisões judiciais.

1.1 O ensino jurídico: reflexões sobre suas limitações e cultura jurídica limitadoras

O ensino jurídico na sociedade moderna enfrenta uma série de críticas e desafios que precisam ser encarados. Embora seja uma área de estudo essencial para a formação de profissionais do direito, existem várias limitações e deficiências que afetam sua eficácia e relevância.

Uma das principais críticas ao ensino jurídico é a sua abordagem excessivamente teórica e desconectada da prática jurídica real. Os estudantes são frequentemente bombardeados com uma quantidade massiva de doutrinas, conceitos e princípios jurídicos, mas recebem poucas oportunidades para aplicar esse conhecimento na prática. A falta de ênfase em habilidades práticas, como redação jurídica, argumentação oral e negociação, deixa os graduados despreparados para lidar com as demandas do mundo jurídico contemporâneo.

Richard Susskind é um autor britânico conhecido por suas visões provocativas sobre o futuro da profissão jurídica e as mudanças necessárias na formação tradicional dos advogados.

Em seu livro “The End of Lawyers?” (O Fim dos Advogados?), Susskind (2008) critica a forma como os advogados são educados e argumenta que o ensino jurídico precisa se adaptar às demandas de um mundo em constante evolução.

Uma das principais críticas de Susskind (2008) é que o ensino jurídico é excessivamente teórico e focado na memorização de leis e casos, ao invés de desenvolver habilidades práticas e adaptáveis. Ele argumenta que os advogados precisam ser preparados para enfrentar as transformações tecnológicas e as demandas de um mercado cada vez mais globalizado e orientado para a eficiência.

Susskind (2008) propõe uma mudança na forma como o Direito é ensinado, defendendo o uso de tecnologia e métodos inovadores para promover uma formação mais prática e orientada para soluções. Ele destaca a importância do pensamento criativo, da resolução de problemas complexos e do uso de tecnologias jurídicas avançadas, como a inteligência artificial, para melhorar a eficiência e a acessibilidade dos serviços jurídicos. O autor prevê que, com o avanço das tecnologias, muitas tarefas jurídicas rotineiras serão automatizadas, o que exigirá que os advogados se concentrem em questões mais estratégicas e no fornecimento de consultoria jurídica de alto nível. Ele argumenta que a formação jurídica precisa acompanhar essas mudanças e preparar os profissionais para um novo cenário, no qual as habilidades de análise, negociação, colaboração e inovação serão cada vez mais valorizadas.

Susskind (2008) critica a formação tradicional jurídica por sua falta de adaptação às mudanças tecnológicas e às demandas do mercado. Ele propõe uma abordagem mais prática, orientada para soluções e baseada no uso de tecnologias jurídicas avançadas, a fim de preparar os advogados para o futuro da profissão. Além disso, o ensino jurídico, muitas vezes, é rígido e inflexível em relação à interdisciplinaridade. O direito é uma área que se relaciona com uma série de disciplinas, como economia, sociologia, política e ética. No entanto, os currículos jurídicos tendem a negligenciar a integração dessas disciplinas, o que resulta em uma compreensão limitada das implicações sociais, políticas e econômicas das questões jurídicas. Isso cria um hiato

entre o conhecimento jurídico adquirido e sua aplicação efetiva na solução de problemas sociais complexos.

Outro problema é a cultura jurídica conservadora que permeia o ensino jurídico. As tradições e precedentes, muitas vezes, são valorizados em detrimento da inovação e da adaptação do direito às mudanças sociais. A resistência a abordagens alternativas, como a mediação e a conciliação, impede o desenvolvimento de métodos mais eficientes e acessíveis de resolução de conflitos.

Além disso, o acesso ao ensino jurídico, muitas vezes, é limitado a determinados grupos sociais. As altas taxas de matrícula, a falta de diversidade nos programas e os exames de admissão rigorosos criam barreiras significativas para aqueles que desejam ingressar na profissão jurídica. Isso resulta em uma falta de representatividade e diversidade dentro da área, limitando a gama de perspectivas e abordagens no campo jurídico.

Pierre Bourdieu (1989), renomado sociólogo francês, em sua obra “O Poder Simbólico”, aborda algumas críticas em relação à forma como o ensino do Direito contribui para a reprodução das desigualdades sociais e para a dominação simbólica das elites.

Bourdieu (1989) argumenta que o ensino jurídico, assim como outros campos acadêmicos, é moldado por relações de poder e pela estrutura social existente. Ele destaca que a formação jurídica tende a reforçar a ideia de que o conhecimento e o domínio do Direito são privilégios reservados a uma elite educada. Isso ocorre por meio da imposição de uma linguagem técnica e complexa, que dificulta o acesso ao conhecimento jurídico por parte de grupos marginalizados.

Além disso, Bourdieu ressalta que o ensino jurídico tradicional enfatiza a objetividade e neutralidade, mas, na prática, reproduz valores e visões de mundo da classe dominante. Isso ocorre tanto na seleção dos conteúdos ensinados, que, muitas vezes, refletem os interesses das elites, quanto nas formas de avaliação e hierarquização dos estudantes, que podem perpetuar desigualdades sociais.

Bourdieu (1989) propõe que é necessário desafiar essa lógica de reprodução social e buscar uma abordagem mais crítica e reflexiva no ensino do Direito. Ele defende a importância de incorporar

uma análise sociológica e histórica na formação jurídica, a fim de capacitar os estudantes a compreender as estruturas sociais e suas implicações no sistema jurídico. A crítica de Bourdieu ao ensino do Direito é baseada em sua teoria do poder simbólico, que argumenta que as estruturas sociais são mantidas e legitimadas por meio de sistemas simbólicos, como a educação. Ele ressalta que é necessário questionar e transformar esses sistemas para promover uma maior justiça social e uma abordagem mais inclusiva no campo jurídico.

Pierre Bourdieu (1989) critica a forma como o ensino do Direito contribui para a manutenção de um sistema social desigual, reforçando a dominação simbólica das elites. Ele enfatiza a necessidade de uma abordagem crítica e reflexiva no ensino jurídico, a fim de promover a igualdade e a justiça social.

Já sob a perspectiva da modernidade líquida, Bauman (2001) faz uma das principais críticas ao ensino jurídico na atualidade, que é a sua dificuldade em acompanhar as rápidas mudanças sociais e tecnológicas. O direito é um campo que está em constante evolução, com novos desafios legais surgindo constantemente. No entanto, o ensino jurídico, muitas vezes, fica preso em uma abordagem tradicional, enfatizando doutrinas estáticas e princípios estabelecidos há muito tempo. Essa desconexão com a realidade em constante mudança pode resultar em graduados despreparados para enfrentar os desafios legais emergentes na sociedade atual.

Além disso, a modernidade líquida de Bauman (2001) proporciona uma crescente fragmentação social e uma falta de coesão. Essa fragmentação se reflete no ensino jurídico, em que os estudantes são frequentemente incentivados a competir uns contra os outros em vez de colaborar. O foco excessivo na classificação e nas notas pode levar a uma mentalidade individualista, em que a cooperação e o trabalho em equipe são negligenciados. No entanto, o mundo jurídico contemporâneo exige habilidades de colaboração, negociação e resolução de problemas em equipe.

Outro aspecto crítico, de acordo com Bauman (2001), é a falta de adaptação do ensino jurídico às questões sociais e éticas que surgem na modernidade líquida. A sociedade atual enfrenta desafios complexos, como desigualdade social, mudanças cli-

máticas, avanço tecnológico desenfreado e violações de direitos humanos. No entanto, o ensino jurídico muitas vezes não aborda adequadamente essas questões em seu currículo. A falta de uma perspectiva crítica e interdisciplinar limita a capacidade dos estudantes de compreender e enfrentar os problemas sociais e éticos em sua prática jurídica.

Não obstante, a modernidade líquida também apresenta uma crescente incerteza e a precarização do mercado de trabalho. A profissão jurídica não é exceção, com mudanças na demanda por serviços legais e a automação de tarefas jurídicas. No entanto, o ensino jurídico muitas vezes não prepara os estudantes para essas mudanças e não fornece habilidades para se adaptar a novos contextos profissionais. Isso pode resultar em dificuldades para os graduados em encontrar emprego ou se adaptar às demandas em constante evolução do mercado jurídico.

Para superar essas limitações, Bauman (2001) aponta que é necessário repensar e reformar o ensino jurídico na sociedade moderna. É fundamental integrar habilidades práticas desde o início do currículo, proporcionar oportunidades de aprendizagem experiencial e estimular o pensamento crítico e a resolução de problemas. Além disso, é necessário promover a interdisciplinaridade, incentivando a colaboração entre diferentes áreas do conhecimento para uma compreensão mais abrangente e contextualizada do direito. Também, é crucial promover uma cultura jurídica mais aberta à inovação, adaptação e diversidade. O ensino jurídico deve abraçar abordagens alternativas e métodos de resolução de conflitos, valorizar a ética e a responsabilidade social, bem como buscar uma maior representatividade de diferentes grupos sociais.

O ensino jurídico é uma área que precisa constantemente refletir sobre suas limitações e a cultura jurídica limitadora. A seguir, apresentar-se-ão algumas reflexões a respeito desses temas.

1.1.1 Limitações do Ensino Jurídico

Antônio Carlos Wolkmer, importante jurista brasileiro, tem se dedicado a analisar as limitações do ensino jurídico na sociedade moderna e suas influências nas decisões dos magistrados.

Suas críticas apontam para desafios significativos enfrentados pelo ensino jurídico e destacam a importância de repensar e transformar esse campo de conhecimento.

Uma das limitações identificadas por Wolkmer (2001) é a falta de contextualização do ensino jurídico em relação à realidade social, política e econômica da sociedade moderna. Ele argumenta que o direito não pode ser compreendido e aplicado de maneira isolada, desvinculado das transformações e dos desafios enfrentados pela sociedade. No entanto, muitas instituições de ensino jurídico ainda adotam uma abordagem tradicional, focada exclusivamente nas normas jurídicas, sem uma análise crítica do contexto em que elas operam. Isso pode ocasionar uma aplicação defasada e inadequada do direito, que não atende às demandas e necessidades da sociedade:

(...) demasiadamente apegada a textos legais, a interpretação firmada na autoridade de notáveis juristas, a construções dogmáticas e abstrações desvinculadas da realidade social, acabando por consagrar uma História elitista, erudita, idealista e conservadora (WOLKMER, 2001, p. 19).

Outra limitação destacada por Wolkmer (2001) é a falta de uma perspectiva crítica e interdisciplinar no ensino jurídico. Ele argumenta que o direito não pode ser estudado de forma isolada, mas deve ser compreendido em diálogo com outras áreas do conhecimento, como sociologia, filosofia, política e economia. No entanto, muitas faculdades de direito ainda adotam uma abordagem fragmentada e compartimentada, limitando a visão dos estudantes e dos futuros magistrados sobre a complexidade e as implicações do direito na sociedade moderna.

Além disso, Wolkmer (2002) ressalta a falta de formação ética e humanística no ensino jurídico. Ele argumenta que a sociedade moderna enfrenta desafios éticos cada vez mais complexos, como a proteção dos direitos humanos, a preservação do meio ambiente e a justiça social. No entanto, o ensino jurídico muitas vezes não oferece uma formação sólida em ética e humanidades, o que pode resultar em uma falta de sensibilidade e compromisso com questões éticas na tomada de decisões jurídicas.

Luís Alberto Warat, em sua obra ‘Surrealismo Jurídico’ (1988), destacou diversas limitações do ensino jurídico que merecem atenção. Warat argumenta que o ensino tradicional do Direito, muitas vezes, se concentra excessivamente na formação técnica e na memorização de leis, negligenciando a necessidade de desenvolver uma compreensão mais profunda das implicações sociais, culturais e éticas do Direito. Ele criticou a falta de abordagem interdisciplinar, que pode ocasionar uma visão estreita e descontextualizada das questões jurídicas. Além disso, Warat enfatizou a importância de promover uma educação jurídica que encoraje a reflexão crítica e a criatividade, desafiando as normas estabelecidas e incentivando os estudantes a questionar as estruturas tradicionais do sistema jurídico. Em suma, Warat argumentou que o ensino jurídico precisa evoluir para abordar as complexidades do mundo contemporâneo e preparar os futuros profissionais do Direito para enfrentar os desafios emergentes de maneira mais inovadora e holística.

As limitações intrínsecas ao ensino jurídico na sociedade moderna exercem uma influência direta e significativa nas escolhas dos magistrados. Conforme ressaltado por Luís Alberto Warat e Antônio Carlos Wolkmer, em suas análises críticas, a falta de contextualização e a abordagem isolada do direito podem conduzir a uma interpretação excessivamente restrita das normas jurídicas, desconsiderando por completo os impactos sociais e as repercussões das decisões proferidas. A omissão de uma perspectiva crítica e interdisciplinar tende a limitar a compreensão dos magistrados quanto às complexidades subjacentes e às interações intrincadas entre o direito e outros campos do conhecimento. Adicionalmente, a carência de uma formação ética e humanística pode conduzir a decisões que não incorporam adequadamente os valores fundamentais da justiça e do bem comum, desafiando a essência do próprio sistema jurídico e sua capacidade de atender às demandas da sociedade contemporânea.

Diante dessas limitações, Wolkmer (2001) propõe uma reestruturação do ensino jurídico que promova uma formação crítica, reflexiva e atualizada. Isso inclui o estímulo à reflexão sobre os fundamentos do direito, a integração de disciplinas

interdisciplinares que abordem os desafios contemporâneos, além da promoção do pensamento crítico.

Além disso, Wolkmer critica ainda a cultura jurídica limitadora, que se baseia em valores conservadores e em uma visão restrita do direito. Essa cultura tende a privilegiar a segurança jurídica, a estabilidade e a manutenção do status quo, em vez de buscar soluções inovadoras e adaptáveis às mudanças sociais. Essa abordagem limitadora pode resultar em uma interpretação engessada das normas jurídicas e na resistência a novas perspectivas e abordagens.

1.1.2 Cultura jurídica limitadora

Roberto Lyra Filho e Lênio L. Streck são dois importantes juristas brasileiros que abordaram a cultura jurídica limitadora na sociedade moderna e sua influência nas decisões dos magistrados. Embora tenham perspectivas e enfoques diferentes, ambos questionam a cultura jurídica dominante e buscam promover uma transformação crítica no campo do direito.

Roberto Lyra Filho (1999), em seu livro intitulado “O que é Direito?”, criticava a cultura jurídica limitadora que favorecia os interesses das elites e reproduzia desigualdades sociais. Ele argumentava que a visão positivista do direito, que enfatizava a supremacia da lei e a neutralidade do sistema jurídico, era insuficiente para enfrentar os desafios da sociedade moderna. Lyra Filho propunha uma abordagem crítica do direito, que considerasse as dimensões sociais, políticas e econômicas das relações jurídicas, e defendia a necessidade de uma nova teoria crítica do direito.

Streck, por sua vez, é conhecido por sua crítica ao positivismo jurídico e à cultura de decisões formalistas. Ele argumenta que a cultura jurídica limitadora é caracterizada pela excessiva valorização do texto legal em detrimento do contexto, da interpretação e da hermenêutica. Streck (2010) defende uma hermenêutica constitucional mais pluralista e democrática, que leve em conta os valores e princípios constitucionais em suas decisões. Ele busca resgatar a função criativa do juiz, em oposição à mera aplicação

mecânica da lei, promovendo uma maior abertura para a participação social e uma maior responsabilização do poder judiciário.

Segundo Streck (2010), a cultura jurídica limitadora é marcada por uma excessiva rigidez na interpretação das normas jurídicas, que é baseada em uma visão positivista e formalista do Direito. Essa visão propicia uma aplicação mecânica das leis, sem considerar os contextos sociais e as demandas da sociedade contemporânea.

Streck (2017) argumenta que essa cultura jurídica limitadora tem levado a uma atuação pouco reflexiva e crítica dos profissionais do Direito, que muitas vezes se limitam a reproduzir os valores e crenças dominantes no mundo jurídico. Isso ocasiona uma aplicação das leis pouco sensíveis às demandas sociais e às transformações em curso na sociedade.

Assim, Streck (2017) defende a necessidade de uma mudança na cultura jurídica, que valorize a reflexão crítica e a interpretação das leis de forma mais flexível e adaptada às demandas da sociedade contemporânea. Ele argumenta que essa mudança deve ser baseada em uma visão hermenêutica do Direito, que considere a complexidade das relações sociais e os contextos em que as normas jurídicas são aplicadas.

Ambos os juristas também destacam a importância da hermenêutica jurídica, ou seja, da interpretação das normas jurídicas, como um elemento fundamental para superar a cultura jurídica limitadora. Eles argumentam que é necessário ir além da aplicação mecânica das leis e adotar uma compreensão mais ampla e contextualizada do direito, levando em conta os valores constitucionais e os princípios fundamentais da justiça.

Em suma, tanto Roberto Lyra Filho (1999) quanto Streck (2017) abordam a cultura jurídica limitadora na sociedade moderna e propõem uma transformação do direito por meio de uma perspectiva crítica, contextualizada e hermenêutica. Suas análises e contribuições são fundamentais para repensar o ensino e a prática jurídica, visando a uma atuação mais efetiva e igualitária do sistema jurídico na sociedade contemporânea.

Na correlação entre a cultura jurídica limitadora e a modernidade líquida, pode-se argumentar que a cultura jurídica dominante, com sua ênfase na estabilidade e na segurança jurídica, enfrenta

desafios diante da fluidez e da incerteza da modernidade líquida. As demandas e as transformações sociais rápidas e complexas exigem respostas jurídicas adaptáveis e flexíveis, que possam acompanhar e lidar com as novas realidades.

No entanto, a cultura jurídica limitadora muitas vezes apresenta resistência a essas mudanças, que, de acordo com Streck (2017), mantém uma visão estática do direito e dificulta a sua adequação às demandas contemporâneas. Ela pode reforçar a rigidez das normas jurídicas, a resistência a interpretações inovadoras e a conservação de estruturas e hierarquias estabelecidas. Isso pode levar a uma desconexão entre o direito e a realidade social, dificultando a promoção da justiça e a resolução dos problemas enfrentados pela sociedade líquida.

Portanto, a cultura jurídica limitadora e a modernidade líquida estão interligadas, com a primeira tendo dificuldades em se adaptar e responder aos desafios e às mudanças da segunda. Uma abordagem crítica e reflexiva do direito é fundamental para repensar essa cultura, buscando superar suas limitações e desenvolver respostas mais adequadas aos dilemas e às complexidades da sociedade líquida contemporânea.

1.2 O Mundo Líquido de Bauman: e o processo de celeridade no universo dos sentidos

A ‘modernidade líquida’ é um conceito introduzido pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, em “Modernidade Líquida” de 2001, para descrever as características da sociedade contemporânea. Bauman argumenta que vivemos em uma era de incerteza e instabilidade, em que as instituições e estruturas tradicionais são cada vez mais voláteis e fluidas.

Segundo Bauman (2001), a modernidade líquida é caracterizada pela rápida mudança e pela falta de estruturas duradouras. Ele usa o termo “liquidez” para transmitir a ideia de que as coisas na sociedade atual são fluidas, maleáveis e podem mudar rapidamente de forma, assim como um líquido que não tem forma fixa. Nessa sociedade líquida, as relações humanas também se tornam mais fluidas e voláteis. As conexões sociais são estabelecidas e desfeitas com mais facilidade, e os laços sociais

tendem a ser mais frágeis e efêmeros. Bauman argumenta que isso provoca um sentimento de insegurança e ansiedade, pois as pessoas não conseguem encontrar estabilidade e segurança duradouras em suas vidas.

O ‘mundo líquido’ de Bauman (2001) é uma metáfora para descrever a condição atual da sociedade, em que tudo é fluido, instável e incerto. Nesse mundo, as relações humanas, as instituições e as estruturas sociais são voláteis e efêmeras, em constante transformação e reinvenção.

Essa condição de liquidez tem impacto direto no universo dos sentidos, uma vez que as referências e valores que antes eram sólidos e estáveis se tornam fluidos e voláteis. O processo de celeridade, que é a aceleração do tempo e da velocidade de circulação de informações, acentua ainda mais essa condição de instabilidade e incerteza.

No universo jurídico, para Wolkmer (1992), a celeridade pode ser vista como um desafio, uma vez que a necessidade de decisões rápidas muitas vezes pode comprometer a reflexão crítica e a ponderação necessárias para a tomada de decisões justas e equitativas. Além disso, a celeridade pode contribuir para uma maior superficialidade na análise dos casos, o que pode levar a decisões equivocadas e injustas.

Na formação da cultura do direito, à modernidade líquida, em Bauman (2001), desempenha um papel importante na medida em que promove a transformação da sociedade em uma sociedade de consumo, na qual os valores e as normas são moldados pelo mercado e pela lógica do consumo. Nesse contexto, o direito passa a ser influenciado por uma cultura voltada para o individualismo, o hedonismo e a busca pelo prazer imediato. Além disso, a modernidade líquida também impacta a cultura do direito por meio da flexibilização das normas e dos princípios jurídicos. A rapidez das mudanças sociais e tecnológicas torna difícil a adaptação do sistema jurídico a novas situações e demandas. Isso ocasiona uma maior instabilidade e incerteza nas decisões jurídicas, bem como a necessidade de uma constante revisão e atualização das leis.

A cultura do direito na modernidade líquida também é influenciada pelo fenômeno da globalização. A interconectividade entre as sociedades e a expansão dos fluxos de informações e mercadorias produzem uma maior diversidade cultural e jurídica. Isso resulta em desafios para a formação de uma cultura jurídica comum e para a aplicação universal dos princípios legais. Outro aspecto relevante é a crescente importância das mídias e das tecnologias da informação na formação da cultura do direito. A disseminação rápida e ampla de informações e opiniões por meio da internet e das redes sociais influencia a percepção e o entendimento das questões jurídicas. A cultura do direito é moldada, em parte, pelas representações midiáticas, que podem simplificar ou distorcer a complexidade das questões legais (BAUMAN, 2001).

Para lidar com esse contexto de celeridade e liquidez, é fundamental que os profissionais do Direito estejam preparados para a complexidade e a incerteza. Isso implica uma formação mais crítica e reflexiva, capaz de articular as dimensões teóricas e práticas do Direito de forma integrada e contextualizada. Além disso, é necessário investir em ferramentas e tecnologias que possam agilizar o trabalho jurídico sem comprometer a qualidade e a justiça das decisões.

Nesse sentido, Streck (2004) defende uma abordagem mais crítica e reflexiva na aplicação do Direito, capaz de considerar não apenas as normas jurídicas, mas também os valores, princípios e contextos sociais em que essas normas são aplicadas. Ele argumenta que a interpretação das leis deve ser capaz de compreender a realidade social em que as normas serão aplicadas, buscando soluções justas e equitativas para as demandas sociais.

Assim, a obra de Streck¹ pode ser correlacionada com o conceito de modernidade líquida, na medida em que busca repensar a aplicação do Direito diante das transformações sociais e tecnológicas em curso. Ele argumenta que a interpretação das leis deve ser capaz de lidar com a complexidade das relações

1 Na verdade, Lênio Streck não tem um livro específico que aborda a 'modernidade líquida'. No entanto, ele faz referência a esse conceito em algumas de suas obras, como "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica" (Editora Livraria do Advogado, 2004) e "Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas" (Editora Lumen Juris, 2009).

sociais, buscando soluções justas e equitativas para as demandas da sociedade contemporânea.

A natureza fluida e incerta da modernidade líquida também pode afetar o senso comum teórico jurídico. As rápidas mudanças sociais, tecnológicas e culturais podem levar a uma falta de estabilidade e coerência nas percepções e entendimentos do direito. As normas e valores jurídicos podem se tornar voláteis, resultando em visões fragmentadas e contraditórias do sistema jurídico.

1.3 O senso comum teórico no direito e a linguagem comum

Para Warat (1994), a utilização de uma linguagem mais próxima do senso comum poderia aproximar o mundo jurídico da realidade social, permitindo que as decisões judiciais sejam compreendidas e aceitas pela sociedade de forma mais ampla. Essa abordagem também permitiria uma maior participação da sociedade no processo de construção do Direito, uma vez que a linguagem comum é mais acessível e pode ser compreendida por um público mais amplo.

Luís Alberto Warat é um renomado jurista argentino, radicado no Brasil, que propôs a utilização de uma linguagem mais acessível e próxima do senso comum na prática do Direito. Segundo Warat (1994), a linguagem utilizada no mundo jurídico é muitas vezes excessivamente técnica e hermética, o que pode dificultar a compreensão do Direito por parte da sociedade em geral:

Enfim podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o “senso comum teórico dos juristas” – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder. (WARAT, 1994, p.15).

O senso comum teórico proposto por Warat (1994) consiste em utilizar uma linguagem mais simples e acessível, sem deixar de lado a profundidade e a complexidade teóricas necessárias

ao mundo jurídico. Essa abordagem permite que o Direito seja compreendido e utilizado de forma mais democrática, possibilitando que a sociedade participe ativamente do processo de construção do Direito e das decisões judiciais.

No entanto, é importante destacar que a utilização de uma linguagem mais próxima do senso comum não significa que o Direito deva ser simplificado ou superficializado. Pelo contrário, é necessário que o uso dessa linguagem seja acompanhado por uma reflexão crítica e teórica sobre as questões jurídicas, de forma a garantir a qualidade e a justiça das decisões tomadas.

1.4 O senso crítico no direito: críticas às decisões em escala

O senso crítico, para Warat (1994), no campo do Direito, refere-se à capacidade de analisar, questionar e avaliar de forma reflexiva as normas, instituições e decisões jurídicas. Envolve uma postura questionadora em relação ao sistema jurídico e à busca por uma compreensão mais profunda dos impactos sociais e das relações de poder subjacentes.

O senso crítico no Direito implica, de acordo com Warat (1994), não aceitar passivamente as normas e decisões estabelecidas, mas sim examiná-las à luz de princípios de justiça, igualdade e dignidade humana. Envolve uma análise das relações de poder presentes no sistema jurídico, bem como uma avaliação das consequências sociais das decisões jurídicas.

Uma das críticas frequentes às decisões em escala, no campo do Direito, é que elas muitas vezes favorecem os interesses das elites e reproduzem desigualdades sociais. As decisões judiciais podem refletir preconceitos e privilégios, perpetuando assim desigualdades e injustiças. O próprio Roberto Lyra Filho (1999), mencionado anteriormente, é um autor que discute amplamente a importância do senso crítico no Direito. Ele enfatiza a necessidade de uma abordagem crítica para compreender as estruturas jurídicas e seus efeitos sociais.

Além disso, as decisões em escala, para Streck (2017), podem ser influenciadas por fatores políticos, econômicos e sociais, muitas vezes, afastando-se do ideal de imparcialidade e neutralidade.

Isso pode resultar em decisões que não estão alinhadas com os princípios fundamentais do Direito, como a proteção dos direitos humanos e a promoção da justiça social.

Essas decisões em escala, muitas vezes, são alvo de críticas contundentes no campo do Direito, especialmente no que diz respeito à falta de senso crítico em seu processo. Com base nas reflexões apresentadas por Lênio Luiz Streck, em seu livro “O Que É Isto – Decido Conforme Minha Consciência?” (2017), é possível identificar a tendência de algumas decisões judiciais em se apoiarem em uma lógica meramente quantitativa, em que o volume de processos a serem julgados é priorizado em detrimento da análise aprofundada e da reflexão crítica sobre cada caso. Isso pode resultar em decisões padronizadas e desprovidas de uma análise cuidadosa das circunstâncias específicas, negando o exercício do senso crítico necessário para garantir que o Direito seja aplicado de forma justa e equitativa. Streck argumenta que a adoção de uma abordagem mais reflexiva e crítica é essencial para evitar decisões em escala que desconsiderem as nuances individuais de cada processo e que possam resultar em injustiças.

Nesse sentido, o senso crítico, no campo do Direito, na visão de Warat (1994), busca questionar essas decisões, identificar seus vieses e impactos sociais, bem como propor alternativas que sejam mais justas e igualitárias. Ele incentiva uma reflexão constante sobre o sistema jurídico e suas práticas, com o objetivo de promover mudanças e transformações que produzam uma sociedade mais justa e inclusiva.

O senso crítico no Direito é fundamental para a tomada de decisões justas e equitativas. Ele implica a capacidade de analisar e questionar as informações e argumentos apresentados, de forma a avaliar de maneira reflexiva e fundamentada as questões jurídicas envolvidas em cada caso.

Uma das críticas frequentes em relação às decisões em escala, como as proferidas pelos tribunais superiores, é a falta de senso crítico na análise dos casos, segundo Streck (2017). Muitas vezes, as decisões são tomadas com base em precedentes ou em argumentos dogmáticos, sem uma análise crítica da realidade social e das circunstâncias específicas de cada caso. Isso pode produzir decisões injustas e desiguais, que não levam

em consideração as peculiaridades do caso concreto e acabam perpetuando desigualdades e injustiças sociais. Além disso, a falta de senso crítico pode contribuir para uma maior rigidez e inflexibilidade do sistema jurídico, dificultando a adaptação do Direito às mudanças sociais e tecnológicas.

Para lidar com essa questão, na visão de Warat (1982), é fundamental que os profissionais do Direito desenvolvam um senso crítico apurado, capaz de avaliar, de forma reflexiva e fundamentada, as questões jurídicas envolvidas em cada caso. Isso implica uma formação mais crítica e reflexiva, que valorize a análise teórica e prática do Direito de forma integrada e contextualizada.

Além disso, é necessário que o sistema jurídico seja mais flexível e adaptável às mudanças sociais e tecnológicas, de forma a permitir que as decisões sejam tomadas levando em consideração as peculiaridades do caso concreto e as demandas da sociedade. A construção de um sistema jurídico mais justo e equitativo passa, portanto, pela valorização do senso crítico e da reflexão crítica no Direito.

1.5 Mas, afinal, é possível fazer direito sem interpretar as leis?

Não é possível fazer Direito sem interpretar as leis. A interpretação é fundamental para a aplicação do Direito, uma vez que as leis são redigidas de forma geral e abstrata, sem contemplar todas as possíveis situações e circunstâncias que podem surgir na vida social.

Assim, o papel dos profissionais do Direito, para Warat (1982), é interpretar as leis de forma a adequá-las às situações concretas enfrentadas pelos indivíduos e pela sociedade como um todo. Essa interpretação pode ser realizada tanto pelos tribunais, ao decidirem sobre casos específicos, quanto pelos operadores do Direito em sua atuação cotidiana. A interpretação das leis é uma tarefa complexa e exige dos operadores do Direito uma formação teórica sólida e um senso crítico apurado, capazes de analisar as normas de forma sistemática e contextualizada. A interpretação também deve levar em conta os princípios e valores

fundamentais do sistema jurídico, como a justiça, a equidade e a proteção dos direitos fundamentais.

É importante destacar que a interpretação das leis não é uma tarefa livre ou arbitrária. Ela deve ser realizada de acordo com os métodos e princípios jurídicos estabelecidos, como a interpretação sistemática, teleológica e histórica, e deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pelas demais normas do ordenamento jurídico.

A interpretação das leis pode ser correlacionada com a modernidade líquida, conceito cunhado pelo sociólogo Zygmunt Bauman (2001) para descrever as características da sociedade contemporânea marcada pela volatilidade, incerteza e fluididade das relações sociais. Assim como a modernidade líquida exige uma adaptação constante das pessoas às mudanças sociais, a interpretação das leis também deve ser capaz de se adaptar às novas realidades sociais e tecnológicas. Isso implica uma interpretação mais dinâmica e flexível das normas jurídicas, capaz de considerar as transformações sociais e tecnológicas em curso.

Além disso, a modernidade líquida (2001) também produz novos desafios para a interpretação das leis, uma vez que as relações sociais se tornaram mais complexas e multifacetadas. Assim, a interpretação das leis também deve ser capaz de lidar com essa complexidade, buscando soluções justas e equitativas para as demandas sociais. Por fim, é importante destacar que a modernidade líquida também fomenta novos questionamentos para o papel do Direito na sociedade contemporânea. Diante das transformações sociais e tecnológicas em curso, é necessário repensar a função do Direito e sua relação com as demandas da sociedade. Nesse contexto, a interpretação das leis assume um papel fundamental na construção de um sistema jurídico mais justo e equitativo, capaz de atender às demandas da sociedade contemporânea.

CONCLUSÃO

O ato de pensar desempenha o papel essencial de nos ajudar a compreender tanto o mundo que nos rodeia quanto nós mesmos. Por meio da reflexão, somos capazes de fazer a transição de uma

situação para outra, permitindo-nos analisar as circunstâncias que nos cercam de maneira abrangente e multifacetada. Ao longo dos anos, o Direito tornou-se uma área de estudo nas ciências sociais, voltada para a análise das regras que governam o comportamento humano, envolvendo uma gama complexa e abrangente de elementos.

É inegável que o Direito, ao regular o comportamento humano, torna-se um campo de estudo complexo, pois as regulamentações refletem as dinâmicas sociais que estão em constante evolução. Essa evolução é impulsionada pela expressão contínua dos acontecimentos diários, que abrangem histórias, comunicações, ações, pensamentos e reflexões. Como resultado, as mudanças nas condutas humanas têm um impacto direto no Direito.

A modernidade, por sua vez, é uma era caracterizada por uma série de transformações significativas que alteraram substancialmente a forma de vida da sociedade. Dois pilares fundamentais desse período são o avanço tecnológico e científico, que moldou profundamente a sociedade contemporânea.

O impacto da formação dos profissionais do Direito e da cultura jurídica, enlaçada ao senso comum teórico dominante no cenário do Direito, é profundo e relevante. Sob a ótica das teorias de Lenio Streck, Wolkmer e Warat, juntamente com a lente da modernidade líquida de Bauman, podemos concluir que essa formação tradicional muitas vezes ocasiona uma interpretação, bem como aplicação das normas e leis que refletem a rigidez, além da falta de adaptação necessárias para lidar com os desafios da sociedade contemporânea.

A ênfase excessiva na teoria jurídica, como apontado por Streck e Warat, frequentemente deixa os profissionais do Direito despreparados para lidar com questões complexas e em constante evolução. Isso ocasiona uma aplicação mecânica das normas, sem considerar as nuances e as mudanças sociais que podem afetar seu impacto. Além disso, a cultura jurídica conservadora reforça a resistência a abordagens alternativas e inovadoras, como a mediação e a conciliação, que poderiam ser mais eficazes na resolução de conflitos na modernidade líquida.

Wolkmer ressalta a importância da reflexão crítica e da interdisciplinaridade no Direito, algo muitas vezes negligenciado na formação tradicional. A falta de ênfase nessas áreas limita a capacidade dos profissionais do Direito de compreender e enfrentar questões sociais e éticas complexas, que são cada vez mais relevantes na sociedade contemporânea.

Portanto, o impacto da formação e da cultura jurídica tradicionais no cenário do Direito resulta em uma abordagem inflexível, desconectada da realidade em constante mudança e resistente a mudanças necessárias. Isso pode provocar a rejeição do senso crítico e da reflexão jurídica crítica, dificultando a busca por soluções mais adequadas e justas para os desafios legais da modernidade líquida. Para promover uma interpretação e aplicação mais eficazes das normas e leis, bem como estimular o senso crítico e a reflexão jurídica crítica, é fundamental repensar e reformar a formação dos profissionais do Direito e a cultura jurídica dominante, abraçando a interdisciplinaridade, a inovação e a adaptação às demandas da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Zahar, 2001.

BEDIN, G. A. **Ensino Jurídico: do senso comum teórico dos juristas ao reconhecimento da complexidade do mundo**. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 12, n. 18 - 19, 2013. DOI: 10.21527/2176-6622.2003.18 - 19.%p. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/757>. Acesso em: 25 mai. 2023.

BELMONTE AMARAL, Luciana Lombas. **Desafios à Educação em Direitos Humanos no Ensino Jurídico**: um estudo a partir das representações sociais do estudante de direito. Brasília 2017. Disponível em <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/31479>. Acesso em 25 mai. 2023.

_____. **Ensino jurídico e educação em Direitos Humanos**: entre hierarquias sociais e redes de poder do mundo do direito. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CORRÊA, José Theodoro. Ensino jurídico: reflexões didático-pedagógicas. **Direito em debate**, ano XII, n.º 22, p. 147-16, jul./dez.2004. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/717/440> Acesso em 25 mai. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1999 .

MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. **Ensino Jurídico: História, currículo e interdisciplinaridade**. São Paulo: 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/9534/1/Daniela%20Emmerich%20de%20Souza%20Mossini.pdf>. Acesso em 25 mai. 2023.

PIPINO, Marina Beatriz Ferreira, **Direito Líquido: uma análise da materialização do estado de liquefação da estrutura jurídica nacional**. Tese de Doutorado, defesa em 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/16913> Acesso em 25 mai. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Livraria do Advogado, 2004.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência**. 6ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos**. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em 25 jun. 2023.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** - 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUSSKIND, Richard. **The End of Lawyers?: Rethinking the nature of legal services (English Edition)**. OUP Oxford: Revised edição (20 novembro 2008).

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Pluralismo Jurídico: o espaço de práticas sociais participativas**. 1992. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106340>. Acesso em 08 mai. 2023.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Lumen Juris, 2009.

WAGNER, Izabela. **Bauman: uma biografia**. Tradução Carlo Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei – temas para uma reformulação**. Porto Alegre. 1994.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência Estudos Jurídicos Políticos**, 3(05), 48–57, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em 25 mai. 2023.

_____. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988. 103 p.



O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Jussara Romero Sanches

Universidade Estadual de Londrina, Professora, Departamento
de Direito Público, Londrina, Brasil, jussara.romero@uel.br

Maria Eduarda Dantas Grou

Universidade Estadual de Londrina, Estudante,
Londrina, Brasil, maria.eduarda.grou@uel.br

RESUMO: Está o Poder Judiciário legitimado a proceder com reformas estruturais em instituições burocráticas? Para responder a esse questionamento, o presente trabalho se propõe a explorar as origens do conceito de processo estrutural, uma nova forma de tutela jurisdicional que pretende a redefinição de estruturas cujo funcionamento perpetua uma violação massiva de direitos. Investiga-se, a partir disso, a atuação e legitimidade do Poder Judiciário na resolução de tais litígios, visando a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, especialmente diante da perspectiva de um Estado Social. Além disso, pelo emprego do método dedutivo e levantamento bibliográfico, defende-se a atuação dialógica do Poder Judiciário, que deve buscar se afastar da lógica ativista monológica, incompatível com o processo estrutural. Por fim, a análise de caso concreto pretende demonstrar a eficácia e relevância da realização desse tipo de reforma na realidade brasileira. Conclui-se, a partir disso, que a realização de reformas estruturais está na esfera legítima de atuação do Poder Judiciário, sendo que isso não fere o princípio da separação dos poderes, desde que seja realizado por meio de um ativismo dialógico e cooperativo.

Palavras-chave: Processo estrutural. Poder Judiciário. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: Is the Judiciary empowered to carry out structural reforms in bureaucratic institutions? To address this question, the present work aims to explore the origins of the concept of structural process, a new form of judicial protection that seeks to redefine structures whose functioning perpetuates massive rights violations. It investigates, from this perspective, the role and legitimacy of the Judiciary in resolving such disputes, aiming at the realization of constitutionally established fundamental rights, especially in the context of a Social State. Furthermore, through the use of deductive methods and literature review, it argues for the dialogical role of the Judiciary, which should strive to move away from monological activist logic, incompatible with the structural process. Finally, the analysis of a specific case aims to demonstrate the effectiveness and relevance of implementing this type of reform in the Brazilian reality. It is concluded, therefore, that carrying out structural reforms falls within the legitimate sphere of action of the Judiciary, without violating the principle of separation of powers, as long as it is done through a dialogical and cooperative activism.

Keywords: Structural process. Judiciary. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe significativos avanços à concretização da democracia, mas também impôs novos e complexos desafios. Nesse cenário, é necessário ampliar os horizontes para além da concepção litigiosa clássica - autor contra réu, em polos diametralmente opostos de um conflito patrimonial. Nesse novo contexto, o Poder Judiciário deve se adaptar à incorporação de novas formas de litigiosidade, observando, especialmente, a necessidade de atribuição de significado a valores públicos estabelecidos na carta constitucional. É nesse cenário que se encontram os processos estruturais, por meio dos quais se busca, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática que causa a violação massiva de direitos em razão da forma como funciona.

Contudo, com a atribuição de tal função ao Judiciário, surgem dúvidas com relação à sua legitimidade de atuação. Nesse contexto, a questão que se coloca é a extensão da atuação do Poder Judiciário como transformador de realidades incompatíveis com o estado de coisas ideal estabelecido pela Constituição. Ou seja, até que ponto o Poder Judiciário pode agir no sentido de alterar estruturas burocráticas, preservando o princípio da separação dos poderes. O presente trabalho se propõe a analisar essa problemática, com um especial olhar para sua importância no que se refere à efetivação de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Além disso, coloca-se em foco, também, a relação entre esse novo modelo de tutela jurisdicional e o ativismo judicial. Apesar das críticas com relação ao ativismo dos tribunais brasileiros não serem novidade, observa-se certa resistência na aceitação de reformas estruturais baseada na ideia de que estas teriam como base um indevido ativismo judicial. Esse pensamento, ainda que válido, considera uma perspectiva em que decisões são impostas unilateralmente, sem a possibilidade de diálogo e reflexão, o que não deve ocorrer em processos estruturais, como será demonstrado.

Diante disso, o presente trabalho pretende analisar as peculiaridades de um processo estrutural, percorrendo sobre

o papel do Poder Judiciário na resolução desses complexos litígios, examinando seus limites e possibilidades. Objetiva-se demonstrar a importância da atuação jurisdicional na resolução de litígios estruturais a fim de modificar realidades inconstitucionais, contribuindo com a garantia de direitos fundamentais e consequente fortalecimento do Estado Democrático.

Para esse fim, este trabalho é dividido em quatro momentos. Primeiramente, busca-se a exploração do contexto de surgimento do processo estrutural. O segundo passo refere-se à análise sobre a legitimidade do Poder Judiciário na condução de reformas estruturais, respeitando o princípio da separação dos poderes. Em terceiro lugar, põe-se em foco o ativismo judicial e como a condução de tais processos deve se dar de forma dialógica e cooperativa. Por fim, o estudo de caso concreto permite a observação da real aplicabilidade desse modelo na realidade brasileira e de sua importância na tutela de direitos fundamentais.

1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

A ideia de uma “nova” forma processual de tutelar direitos surgiu nos Estados Unidos, a partir da década de 1950 e 1960, com os conflitos originados pelos movimentos em busca de ampliação dos direitos civis e igualdade. Mais especificamente, o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* representou uma mudança de paradigma com relação a forma como o judiciário se relaciona com a interpretação e concretização de valores constitucionalmente estabelecidos.

No caso, Oliver Brown tentou, sem sucesso, matricular sua filha (Linda Brown, uma menina negra) em uma escola somente para brancos, a fim de evitar que a garota precisasse atravessar toda a cidade para estudar em uma instituição que a recebesse. Após o episódio, a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), em conjunto com Brown, ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação Estadual de Topeka (*Board of Education of Topeka*), argumentando que a segregação violava, por natureza, a cláusula de proteção igualitária da décima quarta emenda à Constituição Americana, que garante igual proteção da lei a qualquer pessoa (FRANÇA; CASIMIRO, 2022).

Em 1954, em uma decisão histórica e unânime, a Suprema Corte entendeu que a segregação de crianças em escolas públicas com base na cor era inconstitucional. Isso significou a superação do princípio conhecido como “separate but equal” (separados, mas iguais) estabelecido em 1896 no caso *Plessy vs. Ferguson*, que permitia tal separação. Contudo, no campo prático, o novo precedente encontrou dificuldades de efetivação, visto que costumes e preconceitos enraizados são dificilmente transpassados com uma simples decisão judicial. Por isso, em 1955, a Corte voltou a analisar o caso, agora sob o nome de *Brown II*, proferindo uma decisão que objetivava instruir os estados a implementarem planos reestruturantes rapidamente. Ou seja, para superar a resistência social à decisão proferida, a Corte precisou reestruturar o sistema público de ensino, transformando o “status quo” e reconstruindo a realidade social (FISS, 1979). Esse modelo de decisão expandiu-se e passou a ser adotado em outros casos, passando a receber o nome de *structural reform* (reforma estrutural) (DIDIER, 2022).

A partir dessas determinações, Owen Fiss vislumbrou o surgimento de um conceito novo de adjudicação, que se adaptasse à burocracia estatal como forma de unidade do direito constitucional (FISS, 1979). Para o autor americano, adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes conferem significado a valores públicos (FISS, 1979). Nesse sentido, a reforma estrutural é um tipo específico de adjudicação, que se difere pelo caráter constitucional dos valores públicos e por envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais (FISS, 1979). Ou seja, em um processo estrutural, o juiz opera diretamente em organizações burocráticas de larga escala, incumbindo-se de reestruturá-las a fim de eliminar uma ameaça a valores constitucionais decorrente dos arranjos institucionais (FISS, 1979).

Paralelamente ao pensamento de Fiss e atentando-se às limitações enfrentadas pelo modelo processual tradicional, Abram Chayes, em sua obra *The Role of The Judge in Public Law Litigation* (1976), propõe um “novo” modelo, chamado de *public law litigation* - ou litígios de interesse público, como traduz Edilson Vitorelli (2018). Esse modelo é concebido, especialmente, frente às dificuldades enfrentadas pela forma clássica na resolução

de conflitos em torno de demandas sociais e econômicas, ou seja, com relação aos direitos fundamentais prestacionais (CAMPANHARO, 2022). Como principais características, o autor apresenta: estrutura policêntrica; enfoque não somente na correção de um ilícito passado, mas sim no ajuste da conduta futura; decisão judicial negociada, não imposta; papel ativo do juiz; e o assunto em discussão vai além da disputa particular, envolvendo a operação de políticas públicas (CHAYES, 1976).

A partir do pensamento desses dois autores, observa-se o surgimento de uma preocupação com a necessidade de uma tutela jurisdicional mais efetiva a direitos fundamentais, principalmente os sociais. Apesar de objeções com relação à conceituação dos modelos processuais estudados por Fiss e Chayes - como Vitorelli, por exemplo, o qual afirma que os processos estruturais e de interesse público possuem sutis, mas relevantes diferenças (VITORELLI, 2018) -, observa-se que as reflexões iniciadas por ambos se mostram compatíveis (CAMPANHARO, 2022). Sendo assim, o estudo de tais teses pode contribuir com a busca de soluções para a questão da efetividade da prestação jurisdicional no que diz respeito à políticas públicas e direitos fundamentais.

Diante disso, observa-se a emergência de uma “nova” forma de tutelar direitos processualmente, que busca concretizar direitos fundamentais conferindo significado aos valores públicos constitucionalmente estabelecidos, o que se dá por meio da resolução de litígios altamente complexos, que exigem a intervenção do judiciário em estruturas burocráticas. Nesse sentido, Edilson Vitorelli conceitua o processo estrutural da seguinte forma:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural (VITORELLI, 2018, p. 8).

Ou seja, o litígio que dá origem a esse processo decorre do funcionamento de uma estrutura (geralmente de natureza pública) que permite a violação de um direito (VITORELLI, 2018). Devido à dimensão da organização que pode dar origem ao conflito, este afeta subgrupos sociais altamente diversos, cada qual de maneira e intensidade distintas, caracterizando-o como um litígio coletivo

irradiado (VITORELLI, 2018). Sendo assim, fica claro que os litígios estruturais não se enquadram no esquema processual tradicional, marcado pela bipolaridade, em que as partes, diametralmente opostas, buscam uma decisão que coloque fim a um conflito patrimonial. Isso porque, nesse contexto, cabe ao juiz não apenas decidir a favor do autor ou do réu, mas realizar uma ampla análise sobre a concretização dos valores constitucionais, o que se dá pela reforma estrutural (CAMPANHARO, 2022).

Vale destacar, contudo, que não são raras as vezes que um litígio estrutural é tratado por meio de um processo coletivo não estrutural ou por processos individuais, que, por sua vez, buscam tratar apenas as consequências do problema, e não a real causa. Isso se dá pela alta complexidade apresentada pelos processos estruturais, que por vezes são evitados por juízes ou legitimados. Contudo, esse tratamento equivocado gera uma mera “ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos” (VITORELLI, 2018, p. 9).

Sendo assim, o processo estrutural, que busca chegar ao cerne do problema, funciona como um “meio de realocação do poder” (VITORELLI, 2018, p. 8), sendo que o resultado não é coercitivamente imposto, mas negociado e discutido. Assim, o processo converte-se em um componente duradouro, determinante na negociação política e aplicação de políticas públicas (VITORELLI, 2018). Isto é, a reestruturação exige a elaboração e implementação de um plano que geralmente se estende por um longo período. Diante desse regime próprio e flexível, a atuação jurisdicional se torna muito mais ativa e ampla, gerando uma preocupação com relação a sua legitimidade (CAMPANHARO, 2022).

2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Na realidade, observa-se que não são raras as situações em que as normas constitucionais não são efetivamente concretizadas, parece haver um “vácuo” entre a normatização de valores e sua aplicação na sociedade. Quando não existe tal “aderência” dos valores constitucionais, surgem cenários que se estruturam de forma incompatível com o estado de coisas ideal estabelecido pela carta constitucional, o que decorre de falha da tutela de

órgãos públicos ou de ações de particulares. Com relação a isso, a declaração de “estado de coisas inconstitucional” pode ocorrer quando há uma situação massiva de violação de direitos fundamentais, resultante de falhas estruturais e afetando um amplo número de pessoas, o que será abordado posteriormente na análise de caso julgado pelo STF.

O que importa, no momento, é evidenciar que o processo estrutural se apresenta como instrumento para a correção de realidades incompatíveis com o ideal constitucional e que, dessa forma, violam direitos fundamentais - como afirma Gilmar Mendes em seu voto na ADPF 347. Ou seja, conforme o pensamento de Owen Fiss, ao conferir significado aos valores constitucionais em um processo estrutural, os juízes atuam no sentido de alinhar estruturas burocráticas às diretrizes estabelecidas na Constituição (FISS, 1979). Isso porque nem sempre tais valores recebem uma especificidade textual, isto é, não lhes são explicitadas as formas de concretização. Essa maior abstração e generalidade, contudo, não significa que estes são valores menos importantes, pelo contrário, eles são fundamentais para a coerência do ordenamento jurídico. A consequência que se observa é a necessidade de concretização de valores abstratos - como equidade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana -, o que se dará de maneira mais complexa (FISS, 1979). Nesse sentido, é função do juiz dar significado concreto e aplicação aos valores constitucionais, sendo que a própria função jurisdicional é limitada por eles.

A normatização constitucional, ou seja, o processo de efetiva aplicação dos valores e diretrizes estabelecidos pela Constituição, é prejudicada pela falta de institucionalização e identificação de sentido (NEVES, 2011). Nesse contexto, o que se observa, segundo Marcelo Neves (2011), é uma “constitucionalização simbólica”, na qual há a rejeição ou deturpação das normas programáticas constitucionais durante o processo de sua concretização (NEVES, 2011). Isso ocorre tanto pela omissão quanto pela ação de órgãos estatais. A partir dessa perspectiva, pode-se dizer que em um cenário onde os valores constitucionais não possuem aderência ou materialização, nascem instituições burocráticas que funcionam de forma incompatível com o ideal estabelecido na carta constitucional. Diante disso, considerando o entendimento de

Owen Fiss, segundo o qual cabe aos juízes e às cortes a materialização do significado dos valores públicos, é evidente que também por meio de processos estruturais tal concretização é possível. Ou seja, este é um meio válido a ser usado na busca de uma constitucionalização efetiva dos valores.

Isso posto, pode-se argumentar, contudo, que os processos estruturais atribuem uma nova função aos juízes, que ultrapassa o dever de apenas resolver o conflito posto entre as partes. Realmente, quando observada a forma clássica de litigância - com dois polos diametralmente opostos de um conflito e um terceiro que observa e decide -, a proposta de que o magistrado atue na reestruturação de uma organização a fim de eliminar uma ameaça é, de fato, uma grande mudança. Entretanto, Fiss (1979) expõe que o que é posto em análise aqui é uma nova *forma* de adjudicação, mas sua *função* continua a mesma. Isto é, o papel da adjudicação nunca foi apenas resolver disputas entre indivíduos, mas sim dar significado a valores públicos.

Ainda assim, como mencionado, nessa espécie de processo, para a implementação da reforma estrutural em instituições governamentais, a administração de tais passa pela condução do Judiciário, mesmo que momentaneamente. Levanta-se, então, a questão da legitimidade do Poder Judiciário nessa conduta: cabendo ao Executivo a administração, não seria esse um tipo de ativismo judicial que fere o princípio da Separação dos Poderes? (MARTINS, 2023).

Não se pretende aqui, de forma alguma, negar a importância do princípio da separação dos poderes, que é, inclusive, cláusula pétrea estabelecida no art. 60, §4º da Constituição Federal. Pelo contrário, entende-se que tal princípio deve ser respeitado e, para isso, bem interpretado. Nesse sentido, aqueles que entendem decisões estruturais como ameaças à separação dos poderes o fazem com base em uma concepção idealizada de tal princípio, ignorando o fato de este ser um instrumento para a concretização da democracia (MARTINS, 2023). A sociedade moderna, dependente de grandes organizações burocráticas, muito se difere daquela vivenciada por Montesquieu, quando elaborou tal teoria que, posteriormente, foi adotada na Convenção da Filadélfia (MARTINS, 2023). Dessa forma, conforme já exposto

pelos ideais de Fiss (1979), é evidente que novas conjunturas sociais demandam novas espécies de adjudicação.

Ou seja, no cenário atual, não se deve pensar em um modelo estanque e rígido de segmentação de poderes, o que não significa, porém, defender que o Judiciário exerça unilateralmente atribuições dos demais Poderes. Isto é, argumenta-se aqui que a participação do Judiciário é colaborativa, contribuindo com o aprimoramento de decisões do Executivo, e não o substituindo. Pode-se dizer, inclusive, que essa participação, quando realizada de forma dialógica e fundamentada, contribui com o fortalecimento do regime democrático (NÓBREGA; FRANÇA; CASIMIRO, 2022). Assim, sendo a tripartição dos poderes um mecanismo que visa preservar direitos por meio da limitação do poder estatal, não é admissível que tal princípio seja usado como justificativa para o impedimento da atuação do Judiciário em casos de violações a tais (MARTINS, 2023).

Idealmente, caberia ao Legislativo fornecer a base normativa da implementação de políticas públicas e compromissos constitucionais, e ao Executivo implementá-la e mantê-la. Contudo, em um caso em que tal política não é efetivada, ou isso se dá de maneira contrária ao previsto pela Constituição, o Judiciário mostra-se como ramo legítimo para conferir provimento a essa demanda. Assim, o Judiciário não tem a mera discricionariedade para atuar em tais situações, mas sim o dever legal, visto que como ramo do poder estatal, assim como o Legislativo e Executivo, é obrigado a dar concretude aos valores constitucionais (MARTINS, 2023). Dessa maneira, os Poderes atuam como colaboradores na concretização de promessas constitucionais, principalmente aos referentes aos direitos socioeconômicos e culturais (DESCs).

Essa perspectiva é especialmente importante diante da concepção de um Estado Social, em que este exerce um papel interventivo na vida do cidadão, visando a concreta efetivação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais positivos previstos na Constituição. Nesse sentido, prevalece na prática jurídica internacional a ideia de que os direitos de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais) são judicializáveis, ou seja, podem ser concretizados tanto pelos Poderes Legislativo e Executivo, quanto pelo Judiciário (FRANÇA; CASIMIRO, 2022).

Por essas razões, entende-se que o Judiciário, quando provocado, deve agir no sentido de dar concretude às diretrizes constitucionais e aos direitos fundamentais estabelecidos, procedendo com a reforma estrutural, caso esta for necessária.

O processo estrutural apresenta-se, portanto, como uma via legítima para a implementação dos direitos fundamentais, especialmente os socioeconômicos e culturais (FRANÇA; CASIMIRO, 2022). Por meio dele, é possível a revisão ou ajuste de uma política pública e, conseqüentemente, da instituição burocrática que gera a violação massiva de direitos. Isso é feito por meio da ampla participação dos envolvidos, focando na causa do problema, e não apenas em seus efeitos superficiais (FRANÇA; CASIMIRO, 2022). Assim, este é um meio legítimo de busca pela concretização de garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, exigindo do Poder Judiciário uma postura dialógica.

3 PROCESSOS ESTRUTURAIS E ATIVISMO JUDICIAL

Conforme explorado no tópico anterior, é legítima a atuação do Poder Judiciário na condução de reformas estruturais a fim de reorganizar estruturas burocráticas que atuam em desconformidade com os padrões e valores estabelecidos pela Constituição, desde que provocado. Nesse sentido, os litígios estruturais demandam um processo flexível, marcado pela ampla participação dos interessados a fim de que a lógica processual individualista e bipolar do modelo clássico seja quebrada, criando uma relação dialógica para concretizar os direitos fundamentais (CAMPANHARO, 2022). Assim, em processos estruturais, a ideia de diálogo entre as partes e o poder público não só pode, como deve ser ampliada (FISS, 1979).

Em oposição à atuação dialógica do Poder Judiciário, encontra-se o ativismo judicial monológico, que se mostra insuficiente para a resolução desses litígios. Segundo César Rodríguez Garavito (2013), o ativismo judicial monológico é um processo fechado e hierárquico, isto é, que restringe a análise às partes do processo e impõe decisões unilaterais a burocracias de interesse resistente. Quando isso ocorre, a capacidade institucional dos tribunais mostra-se insuficiente para fazer cumprir as sentenças,

que se limitam a mandamentos unilaterais e coercitivos (CAMPANHARO, 2022). Ou seja, a complexidade da demanda é ignorada, visto que não é aberto um espaço deliberativo com a sociedade e com o poder público, principais envolvidos em um litígio de tais proporções. Ao agir dessa forma, o Poder Judiciário acaba interferindo indevidamente no dever de legislar, o que é alvo de duras críticas (CAMPANHARO, 2022), além de que dificilmente observa-se, nesses casos, uma efetiva mudança na realidade, revelando a insuficiência desse modelo (GARAVITO, 2013).

Tendo isso em vista, constata-se a necessidade de repensar a lógica de atuação do judiciário, que deve focar na busca de interdisciplinaridade entre as instituições a fim de conferir sentido à Constituição. Isso é possível, segundo Garavito (2013), por meio do modelo chamado de “ativismo dialógico”. Tal modelo constrói-se, basicamente, em três pilares. Primeiramente, a decisão judicial implica o reconhecimento de um “direito forte”, isto é, a consideração de que houve a violação de um direito fundamental (DESC) exigível judicialmente. O segundo ponto é com relação às medidas judiciais, já que:

[...] Enquanto sentenças monológicas envolvem ordens precisas [...], as dialógicas tendem a estabelecer as principais linhas de procedimentos e objetivos gerais e, em consonância com o princípio da separação dos poderes, atribuir o ônus aos órgãos públicos de conceber e colocar em prática as políticas (GARAVITO, 2013, p. 21, tradução nossa).

Ou seja, as medidas visam orientar as ações dos órgãos públicos, e não impor unilateralmente alguma medida decidida em um ambiente fechado. Por fim, o terceiro pilar deste modelo refere-se aos mecanismos de monitoramento da decisão proferida. Diferentemente do que ocorre em processos monológicos, os detalhes das políticas surgem no curso do processo e não apenas na sentença em si (GARAVITO, 2013). Isso significa que uma atuação dialógica estimula o debate sobre as alternativas para a solução do problema, sendo que, frequentemente, novas decisões são aprovadas conforme o progresso ou atraso do processo, e o debate entre os interessados por meio de audiências públicas deliberativas é estimulado em sua monitoração (GARAVITO,

2013). O processo de monitoração da execução envolve uma ampla participação de interessados, sendo que:

Além do tribunal e dos organismos do Estado afetados diretamente pela decisão, a execução envolve as vítimas cujos direitos foram violados, as organizações relevantes da sociedade civil, as organizações internacionais de direitos e outros grupos e sujeitos cuja participação mostra-se útil para a proteção dos direitos em questão, de organizações de base acadêmicas. (GARAVITO, 2013, p. 21-22, tradução nossa)

Dessa forma, observa-se que as decisões dialógicas em muito se diferem daquelas ditas monológicas, visto que: reconhecem claramente a aplicabilidade do direito em discussão; estabelecem um plano que mapeia o progresso das políticas públicas, preferencialmente decididas pelos ramos eleitos do poder; e supervisionam ativamente a execução das decisões por meio de mecanismos participativos (GARAVITO, 2013).

Assim, defende-se, aqui, a aplicação do ativismo dialógico em processos estruturais, visto que este é um modelo que permite uma posição cooperativa entre os órgãos do poder público e segmentos da sociedade, sendo compatível com essa nova forma processual apresentada. Isso porque, mediante o tripé apresentado por Garavito, a intervenção judicial em problemas complexos que envolvem a concretização de direitos fundamentais (especialmente os DEC's) torna-se mais eficiente e apropriada.

Apreocupação com o ativismo judicial também foi abordada por Owen Fiss (1979), o qual admitiu que existe um certo risco em “confiar” que os juízes envolvidos no processo estejam dispostos e capacitados a participarem dessa metodologia dialógica. Contudo, segundo o autor, essa questão não diz respeito ao funcionamento do processo estrutural em si, mas sim a toda forma de adjudicação. Isto é, esse é um ponto que deve ser resolvido de forma geral, pois a lógica monológica ameaça o processo jurisdicional como um todo, não sendo decorrente, necessária ou unicamente, de um processo estrutural. Assim, essa problemática não pode servir como justificativa para descartar a possibilidade e a importância desse modelo processual (FISS, 1979).

Além disso, é importante destacar que o compromisso dialógico deve se estender desde a fase de conhecimento, até

a execução das decisões estruturantes. Por tratar-se de um modelo processual complexo, exige-se uma maior flexibilização das práticas executivas, pois a decisão é prospectiva, visando ajustar a estrutura em questão para que não ocorram futuras violações. Por essa razão, é necessário que a execução estrutural seja dividida em fases, a fim de proporcionar o “gradual cumprimento das determinações judiciais e a avaliação de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos demais sujeitos impactados” (VITORELLI, 2018, p. 10). Ou seja, a cada reavaliação dos resultados obtidos, é possível a readequação do plano aplicado, visando a economia e efetividade.

Dessa maneira, a participação do juiz na fiscalização dos objetivos estipulados é essencial, sendo que a plena efetividade do processo estrutural não pode ser alcançada sem um acompanhamento jurisdicional periódico. Sendo assim, ao atuar dialogicamente, o Judiciário se afasta da perspectiva tradicional de processo e passa a se assemelhar com os debates em órgãos administrativos e legislativos (VITORELLI, 2018). Esse contexto permite a aferição de insatisfações e alternativas, com a participação e escuta dos grupos sociais impactados pelo processo. Esse modelo permite, inclusive, que os fatos sejam constantemente revistos, visto que os litígios estruturais são, por natureza, mutáveis (VITORELLI, 2018).

O cenário processual aqui apresentado é o entendido como ideal, porém, infelizmente, observa-se que podem existir casos em que um litígio estrutural recebe um tratamento inadequado, o que resulta em decisões ineficientes, que não alteram de fato a realidade dos envolvidos. Esses cenários ainda são chamados de processos estruturais, ainda que não ocorram de forma apropriada, conforme Vitorelli (2018):

O juiz determina que a instituição se reorganize para cumprir a decisão, estabelece apenas um prazo final e aguarda o relatório de cumprimento, sob pena de multa cominatória. Essa execução, embora longe de ser ideal, objetiva reorganizar a instituição e, portanto, pode ser chamada de estrutural, mesmo que não seja dialogada, dividida em fases etc. (VITORELLI, 2018, p. 11).

O ativismo monológico que deriva desses casos não é resultante do processo estrutural em si, mas sim da falta de compreensão dos órgãos jurisdicionais com relação à complexidade desses litígios. Ou seja, não é razoável afirmar que o processo estrutural “permite” uma atuação judicial focada na imposição de decisões unilaterais coercitivas, pelo contrário, defende-se que esses processos são justamente ambientes incentivadores do diálogo institucional, favorecendo decisões negociadas e permitindo a ativa participação dos envolvidos. Logo, o mais adequado é a condução do processo estrutural segundo a proposta de Garavito, priorizando o diálogo e cooperação, uma vez que o ativismo judicial monológico se mostra, conforme demonstrado, incompatível com a lógica desse modelo processual.

4 O PROCESSO ESTRUTURAL NA REALIDADE BRASILEIRA

Após a elucidação do conceito de processo estrutural, bem como o estudo acerca da legitimidade da condução de reformas estruturais pelo Poder Judiciário, cabe uma breve análise de como esses processos se apresentam na realidade brasileira. Um caso emblemático, nesse sentido, foi a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, conhecida como ACP do Carvão. Durante cerca de 120 anos, a exploração do carvão mineral firmou-se como principal atividade econômica do sul de Santa Catarina, o que ocorreu sem a devida preocupação com relação aos impactos ambientais decorrentes de tais atividades (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021). Como consequência, no início dos anos 1920, a exploração realizada - inclusive de modo ilegal - passou a alterar significativamente a rede socioeconômica da região, interferindo no equilíbrio ambiental e na área urbana (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021). Ou seja, a fiscalização ineficaz do poder público em conjunto com a falta de legislação específica a respeito da exploração consciente contribuiu para a criação de um alarmante cenário ambiental, econômico e social na região.

Diante disso, o Ministério Público Federal (MPF) propôs a referida Ação Civil Pública em 1993, popularmente conhecida como “ACP do Carvão” na Justiça Federal de Criciúma. Era demandada a recuperação ou indenização pelos danos causados ao meio ambiente decorrentes da mineração realizada entre 1972

e 1989 nos municípios de Criciúma, Forquilha, Lauro Müller, Urussanga, Siderópolis, Içara e Orleans. Figuravam como réus no processo as empresas carboníferas - tendo como base o art. 225 da Constituição, segundo o qual cabe àquele que explorar, reparar o dano -, bem como seus sócios - por terem o poder de fazer cessar o dano -, e a União e o Estado de Santa Catarina, por omissão. Segundo o MPF, a atividade resultou em mais de 4 mil hectares de área degradada, além da contaminação das bacias dos rios Araranguá, Tubarão e Urussanga.

A sentença foi proferida em janeiro de 2000, com antecipação de tutela, condenando solidariamente as empresas, União e Estado de Santa Catarina a efetivar a reabilitação dos prejuízos causados. Para isso, foi exigido a apresentação, em um prazo de seis meses, de projetos de recuperação ambiental da região, de acordo com um cronograma de execução de três anos, que deveria versar sobre:

[...] a reconstituição das áreas que serviram de depósito de rejeitos, mineradas a céu aberto e minas abandonadas, realizar desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras necessárias a amenizar os danos sofridos pela população dos municípios atingidos. (TRF4 25 anos - Decisões históricas: tribunal confirma recuperação ambiental da região carbonífera do sul catarinense, 2014).

Deu-se início, então, a primeira fase, que enfrentou grandes adversidades, devido a desentendimentos dos condenados acerca dos planos a serem aplicados (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021). Isso porque a sentença não estabeleceu, imediatamente, as medidas estruturantes responsáveis pela efetivação da decisão judicial. Além disso, pode-se dizer que o Ministério Público não possuía os instrumentos necessários para a devida fiscalização da aplicação da sentença. Essa fase, no entanto, teve sua utilidade, servindo como preparação para a elaboração de medidas reestruturantes a serem posteriormente aplicadas, com a coleta de dados e informações sobre os danos causados (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021).

Durante a segunda etapa, após a produção de procedimentos técnicos pelo Ministério do Meio Ambiente e pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, o MPF pôde estabelecer diretrizes para a padronização dos planos propostos

pelos réus, tendo, assim, uma atuação mais direta no processo (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021). Em 2006, houve a concessão de tal padronização pelo juízo, conforme as normas técnicas NBR 13030, e com os itens NRM-01 (normas gerais) e NRM-21 (reabilitação de áreas pesquisadas, mineradas e impactadas) da Portaria do DNPM nº 237, de 18/10/2001 (Portal da Ação Civil Pública do Carvão, 2024). Os projetos apresentados passaram, então, para a análise da FATMA, atual IMA (Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina), dando sequência a terceira fase executória (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021).

Além disso, em 2007, houve a criação do Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença (GTA), com o objetivo de buscar o consenso dentro dos debates técnicos no cumprimento de sentença. Conforme expõe o Portal da Ação Civil Pública do Carvão - criado dada a alta complexidade do caso, a fim de facilitar o acompanhamento do andamento da execução -, o GTA:

[...] é composto por representantes técnicos das partes e tem a missão maximizar os entendimentos no nível técnico e, em consequência, minimizar os conflitos que devam ser decididos pelo Juízo. O grupo se reúne para discussão dos relatórios de monitoramento quando convocado pelo Juiz, pelo MPF ou pelos seus membros. [...] Caso não seja possível a obtenção do consenso sobre um determinado tema, cabe ao Juiz responsável pela sentença decidir. São atribuições do GTA:

integrar os dados de indicadores ambientais coletados pelo SIECESC, pela CPRM e pelas empresas carboníferas;

elaborar relatórios técnicos periódicos, destinados ao Juízo e sujeitos a ampla divulgação, avaliando a evolução dos indicadores ambientais;

propor ações tendentes à plena recuperação ambiental, nos termos previstos na sentença;

propor sequência de prioridades na execução de ações de recuperação;

propor alterações nos indicadores ambientais, e plano de monitoramento, quando entendê-las necessárias;

responder eventuais questionamentos do Juízo.

(Portal da Ação Civil Pública do Carvão, 2024)

Nesse sentido, observa-se que a ACP do Carvão possui as características típicas de um processo estrutural, visto que seu objetivo principal era a reorganização de estruturas burocráticas

que, pela forma como funcionavam, permitiam a violação de um direito (nesse caso, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado). Além disso, observa-se a multipolaridade e o estímulo ao diálogo entre as instituições afetadas para a criação e aplicação de uma resposta eficaz ao problema. Ou seja, além da recuperação dos prejuízos ambientais causados, houve a adequação de comportamentos futuros, a fim de tratar as causas do problema em seu cerne, e não apenas suas consequências.

Assim, tanto os acordos judiciais que ocorreram no decorrer do processo quanto às ações promovidas pelo GTA tiveram como objetivo primário a fixação de medidas reestruturantes, tais como a realização de audiências públicas, cronogramas de recuperação e apresentação de relatórios a entidades representativas interessadas no caso (RIBEIRO; CHIQUETTI, 2021). Dessa forma, os planos de ação foram precisamente delimitados, sendo que sua execução se estende até hoje. Pode-se dizer, portanto, que a ACP do Carvão firmou-se como caso paradigmático no ordenamento brasileiro, inovando pela aplicação de medidas estruturais para reparação do dano ambiental, com a ativa participação dos réus, Poder Judiciário e MPF, demonstrando como um processo estrutural bem conduzido pode gerar excelentes resultados, contribuindo com a concretização de valores constitucionais essenciais.

Outro exemplo de processo estrutural é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2023). O ECI é um instrumento criado pela Corte Constitucional Colombiana e declarado quando verifica-se uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, afetando um expressivo número de pessoas (GONÇALVES, 2016). Em suas decisões, a Corte Colombiana expediu decisões que envolviam o Estado e a sociedade civil na elaboração de planos para enfrentamento da crise em questão. Assim, esse instituto permite a intervenção judicial em políticas públicas, exercendo importante papel no que se refere à concretização de direitos fundamentais.

Conforme exposto por Gilmar Mendes em seu voto, a ADPF 347 configura-se como um processo estrutural, apresentando todas as suas características essenciais e servindo

de mecanismo para a correção de falhas em políticas públicas que violam garantias fundamentais (BRASIL, 2023). Assim, observa-se a relação fundamental entre a declaração do ECI e a condução de uma reforma estrutural, visto que, por meio de tal reconhecimento, busca-se acionar o Judiciário para que este atue no sentido de reestruturar a burocracia em questão a fim de adequá-la às diretrizes ideais estabelecidas pela Constituição. Nesse sentido, a decisão do STF também determinou a adoção de medidas com o intuito de minimizar, a longo prazo, os problemas existentes no sistema penitenciário. Ressalta-se, também, o importante reconhecimento de que, para a solução da problemática, é indispensável uma atuação cooperativa entre autoridades, instituições e comunidade - ponto essencial em um processo estrutural, como já visto.

Diante disso, o tribunal firmou a seguinte tese de julgamento:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Data de Julgamento: 04 out. 2023)

A condução de reformas estruturais pelo Poder Judiciário, portanto, tem se mostrado possível na realidade brasileira. Além disso, a declaração do estado de coisas inconstitucional configura-se como um importante passo, visto que abre o diálogo entre o Poder Judiciário, os demais Poderes e, inclusive, a sociedade civil, que passam a buscar, cooperativamente, medidas para a efetivação de direitos fundamentais. Assim, entende-se que, nesses casos, o Judiciário age como fortalecedor da democracia, empenhando-se na concretização dos valores constitucionais.

CONCLUSÃO

Litígios estruturais decorrem do mal funcionamento de um estrutura burocrática, que viola direitos em larga escala, afetando diversas camadas e grupos sociais. Esses conflitos não se encaixam na lógica processual clássica, exigindo uma resposta específica do Poder Judiciário, que se atente a suas particularidades, especialmente com relação à multipolaridade e dificuldade na execução da decisão. Nesse sentido, destaca-se que, apesar de uma mudança na forma processual, a função atribuída ao Judiciário continua a mesma: conferir significado aos valores constitucionalmente estabelecidos, possibilitando a concretização dos valores fundamentais.

Dessa forma, observa-se que a condução de reformas estruturais está no campo de atuação legítima do Poder Judiciário, que tem o dever legal de materializar os valores constitucionais, assim como o Poder Executivo e Legislativo. Entende-se que o princípio da separação dos poderes não configura empecilho para esse tipo de atuação, visto que não se deve pensar em uma modelo rígido de segmentação de poderes, mas sim em uma participação colaborativa para a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, para que o processo possa ser frutífero e resulte em uma efetiva mudança social, é essencial que a atuação do judiciário seja dialógica, com a ampla participação dos envolvidos. Deve-se, portanto, haver um afastamento do ativismo monológico, caracterizado pela imposição unilateral de decisões coercitivas, de forma fechada e hierarquizada. Como exposto, é necessário prezar pela criação de um espaço deliberativo entre a sociedade e o poder público.

Apesar de complexa e extensa, a condução de processos estruturais é possível e apresenta resultados extremamente significativos para a sociedade, como demonstrado com o caso da ACP do Carvão, na qual houve uma efetiva reparação do dano ambiental e mudança de comportamento com relação ao cuidado com o meio ambiente. Sendo assim, a tutela de direitos por meio do processo estrutural apresenta-se como uma importante forma de enfrentar problemas sociais complexos, característicos da contemporaneidade, e, quando observadas a cooperação e o

diálogo, esta contribui também com o fortalecimento do regime democrático, garantindo valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. 1ª Vara Federal de Criciúma, SC. Processo nº 93.8000533-4. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Nova Próspera Mineração S.A. e outros. Propõe a recuperação dos danos ambientais causados pela exploração de carvão mineral na região sul de Santa Catarina. Petição inicial protocolada em 15 de abril de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Intimado: União e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 04 out. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CAMPANHARO, Jorge. Ativismo judicial e processo estrutural. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 337, ano 48, p. 211-233, mar. 2023.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, may 1976.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, p. 45-81, maio, 2020.

FISS, Owen M. The forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processo estrutural e a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais: apontamentos normativos para a implementação progressiva do mínimo existencial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 336, ano 48, p.265-289, fev. 2023.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, p. 1-27, dez. 2013.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira*. 2016. 76 f. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

MARTINS, Tiago do Carmo. O Judiciário pode resolver problemas estruturais? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 338, ano 48, p. 257-274, abr. 2023.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? *Revista Estudos Institucionais*, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

Portal da Ação Civil Pública do Carvão, 2024. ACP do Carvão, home page. Disponível em: <https://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em: 20 fev. 2024.

RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; CHIQUETTI, Lucas Mantovani. ACP do Carvão e o processo estrutural: um exemplo de tutela jurisdicional adequada de direitos transindividuais. In: TIOSSO, Alana, et al (org.). *Coletânea Temas Contemporâneos de Direito Ambiental e Urbanístico: Direito Processual Ambiental*. Londrina: Thoth, 2021.

TRF4 25 anos - Decisões históricas: tribunal confirma recuperação ambiental da região carbonífera do sul catarinense. 2014.

Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10025. Acesso em: 20 fev. 2024

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, p. 333-369, out. 2018.

A LINGUÍSTICA COGNITIVA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

UMA ANÁLISE DO DISCURSO GEOPOLÍTICO FRENTE À PROGRESSIVA (DES)CONSOLIDAÇÃO DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

Maria Eduarda Galvão Corrêa

Universidade Federal do Maranhão, graduanda
em Direito, Departamento de Direito, São Luís/
MA, Brasil, meg.correa@discente.ufma.br

Cássius Guimarães Chai

Universidade Federal do Maranhão, doutor em
Direito Constitucional (UFMG/Cardozo School
of Law), professor permanente PPGD/FDV, São
Luís/MA, Brasil, cassius.chai@ufma.br

RESUMO: Este ensaio propõe uma análise da influência discursiva de pronunciamentos sistemáticos e antagonísticos sobre a (ou falta da) consolidação dos Estados democráticos de direito, como participantes de uma ordem internacional civilizatória e jurídica. Trata-se, portanto, de um estudo essencial, ainda que preliminar, sobre a relação entre direito e linguística, contribuindo para um exame qualitativo – baseado na Linguística Cognitiva e sua associação com a Análise do Discurso – no campo das Relações Internacionais e em seu engendramento específico. A metodologia combina investigações técnicas, explicativas, hipotéticas e dedutivas, sem, no entanto, significar uma mera abordagem teórica, materializando-se como uma contribuição relevante e concreta no que diz respeito à prevenção de práticas discursivas nocivas às garantias estabelecidas em um Estado Democrático de Direito. Assim, a revisão teórica é apoiada por um repertório bibliográfico de fontes clássicas e recentes na área jurídica, do Direito Internacional à Geopolítica, para delinear o arcabouço conceitual e contextual. Conclui-se, portanto, que o discurso, expresso por meio da linguagem precedente, pode representar a homogeneização dos atores dominantes, mas, de forma similar, pode emancipar e, sobretudo, proporcionar a resistência e a defesa da dignidade humana, em sua garantia constitucional e em suas concepções discursivas intrínsecas e perspectivas ideológico-cognitivas.

Palavras-chave: Linguística Cognitiva; Discurso Geopolítico; Relações Internacionais; Estados Democráticos de Direito.

ABSTRACT: As a constitutive foundation, this essay analyses the discursive influence of systematic antagonistic pronouncements and positions regarding the consolidation (or the lack thereof) of the Rule of Law as participants in an international civilizing and legal order. It is, therefore, an essential study, albeit preliminary, about the spheres of the law-linguistic relationship, thus supporting a qualitative examination based on Cognitive Linguistics and its association with Discourse Analysis in the field of International Relations and specific engendering. The methodology is combined with technical, explanatory, hypothetical, and deductive investigations without, however, meaning a merely theoretical approach, materializing as a relevant and concrete contribution to the forms of preventing discursive practices harmful to the guarantees established in a Rule of Law. Thus, the theoretical review is supported by a bibliographical compilation of classic sources and a collection of articles and productions in the legal area, specifically in Geopolitics and International Law, to outline the conceptual and contextual support of the study. It is therefore concluded that the discourse, expressed through the antecedent language, can represent the homogenization of dominant actors; however, similarly, it can emancipate and provide resistance and defense of human dignity in its constitutional guarantee and intrinsic discursive conceptions and ideological-cognitive perspectives.

Keywords: Linguistics-Cognitive, Geopolitical Discourse, International Relations, Rule of Law.

INTRODUÇÃO

Utilizando-se da análise linguístico-cognitiva, este ensaio objetiva analisar expressivos impactos gerados por discursos enviesados de líderes políticos e de organismos internacionais nas relações globais, especialmente quanto à identificação e estruturação de incoerências discursivas que contrariam os supostos teóricos dos Estados Democráticos de Direito e seu funcionamento, conforme uma idealidade pós-Segunda Guerra Mundial, no bojo dos princípios encartados na Carta da ONU. Assim, questiona-se: quais são as repercussões e conflitos gerados pelos discursos geopolíticos no processo de desestruturação e/ou desestabilização dos Estados Democráticos de Direito, conforme sua definição jurídica? Pauta-se, desse modo, em estudo relevante para as áreas de Direito e Linguística, contribuindo para uma investigação teórica e qualitativa da importância da análise do discurso no campo da Geopolítica e das Relações Internacionais e, não bastando, no tocante à percepção dos arranjos e desenvolvimentos de governança democrático.

Como objetivo geral, detém analisar, no âmbito da Linguística Cognitiva e das produções jurídicas, como os discursos geopolíticos influenciam na sistemática específica da progressiva (des)consolidação dos Estados Democráticos de Direito a nível internacional. Ademais, enquanto objetivos específicos, busca-se caracterizar a evolução da Linguística Cognitiva na esfera do Direito Internacional, com vistas a contextualizar a necessária aplicação das técnicas de análise do discurso aos estudos geopolíticos, assim como examinar a instrumentação geral do discurso enquanto violador ou garantidor de direitos universais (como os de índole fundamental em Estados Democráticos de Direito).

Nesse sentido, a pesquisa se orienta pela Teoria do Direito como Sistema Social em Luhmann, da Teoria da Democracia, em Dias, associada à sua correlação com a ideia de desenvolvimento-poder em Marcus Power. A metodologia adotada segue a abordagem hipotético-dedutiva, que é útil para pesquisas em Geografia e, por extensão, em Geopolítica. Durante a formulação do problema de pesquisa, foram utilizadas diversas fontes qualitativas e explicativas. A revisão teórica foi baseada em um repertório

bibliográfico de fontes clássicas e atuais na área jurídica, e em Geopolítica e Direito Internacional, para o delineamento do amparo conceitual do estudo.

Por fim, a expressão da palavra, mediante a Análise do Discurso em sua associação com a Linguística Cognitiva, subleva-se como proposta de representação de um conjunto de processos que possuem como objetivo fundamental o esclarecimento qualitativo das intenções e omissões dos discursos (Filho, 2022). Em uma conjuntura de partilhamento de amparos político-ideológicos, a linguagem insurge como apropriação, demonstrando ideais e visões não somente de uma única perspectiva, mas a tentativa de homogeneizar concepções que, tal como impõe a estrutura de um Estado Democrático de Direito, necessitam, entretanto, ser diversas. É nesse embasamento que fertilizações político-estratégicas se conjugam ao próprio domínio do discurso, emancipador ou opressor – dependendo diretamente das intenções nas situações interacionais estabelecidas, como bem há de ser demonstrado no decorrer do estudo.

DESENVOLVIMENTO

Quando Clarice Lispector, em sua obra *A Paixão Segundo G.H.*, afirma que a Linguagem, um dia, antecederia a posse do Silêncio (Lispector, 2020), tem-se a excelência da representação do que – ainda que não intencionalmente, porém, ilustrativamente –, em um contexto geopolítico, poder-se-ia apresentar como o Silêncio-Violência (aos oprimidos) e a Linguagem-Dominação (aos opressores). A dicotomia daqueles que silenciam e daqueles que expressam, assim, é característica primária da Sociedade Abissal, em que, dividindo a realidade social em dois universos distintos, há o “deste lado da linha”, (os inexistentes e invisíveis) e os “do outro lado da linha”, (os poderosos e inalcançáveis) (Santos, 2007).

Com tal visão em mente, questiona-se: quem, então, constitui os fatos e as narrativas senão o próprio discurso geopolítico dominante? É nessa linha de pensamento que se desenvolve a perspectiva de Filho (2022), em que argumenta que um discurso geopolítico, ao se apresentar de igual forma na esfera dos acontecimentos discursivos, pode vir a silenciar representações

geográficas, que, simplesmente, não sendo escritas (expressadas), logo, não são lidas (conhecidas). De todo modo, privilegiando-se um exame crítico, sabe-se que os influxos políticos – e as relações de poder decorrentes desses – perpetuam problemas sociais de ordem histórico-cultural, em uma perspectiva do “paradoxo da inclusão”, em que toda inclusão implica em outras formas de exclusão e vulnerabilização consequentes (Rosa; Gonçalves; Silva; Chai, 2023).

Nessa conjuntura, ressalta-se a análise, a que se dá imprescindível destaque neste ensaio, acerca do discurso dominante, em sua conceituação enquanto expressão de fala do poder vigente, verbalizando princípios e ditames do grupo imperante num determinado contexto (García, 2003). O que, contudo, não é o único aspecto a ser desenvolvido no estudo, que perpassa dicotomias e nuances inerentes à relação entre os Estados e a consequente posição adotada por seus líderes e suas instituições em uma ótica inter e intra política. Assim, a progressiva (des)consolidação dos Estados Democráticos de Direito, em um nível geopolítico, transpassa os atores sociais e culturais, transfigurando-se em um evento e ocorrência corroborados por discursos e pronunciamentos que carregam, enquanto mensagens transmitidas de interlocutores para receptores (esses, por sua vez, inseridos em uma comunidade e que possuem suas próprias convicções ideológicas) teores significativos, os quais são, em uma visão democrática, até mesmo, incertos e duvidosos.

Ademais, caráter necessário é saber que, hoje, de tal forma que os Poderosos tanto podem ser os Estados, pessoas, espaços e comunidades, de igual modo podem ser os Inexistentes. O Esclarecimento Linguístico – pautado na analogia introduzida pelo conceito que Theodor W. Adorno e Marx Horkheimer (1985) intitulam como o “Programa do Esclarecimento” –, em uma concepção de análise dos discursos de autoridades (no presente estudo, tidas como pessoas físicas ou jurídicas), é essencial para que se entenda a fundamentação de um exame crítico-jurídico em torno das próprias instituições que compõem o sistema geopolítico (igualmente composto por pessoas físicas ou jurídicas).

Assim, neste estudo se propõe, apenas, uma investigação inicial e provocativa dialético-filosófica com vistas a apontar

como a linguagem não poderia ser estudada como um sistema autônomo e abstrato, mas sempre ela, a linguagem, está ancorada em processos cognitivos humanos, como a percepção, a memória, a categorização e a inferência – e isso bem aponta a inegável função estratégica que o discurso, no campo da razão pública, na mídia e nos meios de comunicação, traz consigo, enquanto crítica, descrédito, dissuasão, reverência, intimidação ou, ainda, constrangimento. O que, não bastando, revela os papéis da Linguística Cognitiva em seus vieses ideológicos, políticos, culturais e sociais.

Faz-se necessário, portanto, introduções técnicas do que, neste ensaio, adota-se como vertente teórico-metodológica da cognição linguística e, em conjunto, da Análise do Discurso, como há de se desenvolver em seguida; tendo-se em mente que a Linguística Cognitiva e a Análise do Discurso fornecem ferramentas para o exame crítico de como escolhas linguísticas podem influenciar o pensamento social e, de igual modo, naturalizar relações de poder assimétricas, sendo, assim, fundamentais para o questionamento e a desestabilização dos discursos que legitimam a dominação.

1 A CONCEPÇÃO TÉCNICA DA LINGÜÍSTICA COGNITIVA EM UMA ESFERA DE ANÁLISE GEOPOLÍTICO-DISCURSIVA

Niklas Luhmann (2011), ao afirmar que a consciência se orienta ao entendimento permeado de sentido por meio da linguagem, demonstra a essencialidade da Linguística Cognitiva para a investigação dos discursos geopolíticos, servindo como identificação de padrões e tendências nos discursos de líderes, organismos internacionais, Estados e figuras relevantes na Geopolítica atual. Portanto, na relação Linguagem-Cognição, o processo cognitivo se ampara no reconhecimento de indexadores linguísticos apresentados no decorrer de um discurso, contribuindo, assim, para a construção do próprio sentido (Duque, 2015). Sentido esse que, como bem introduz Castells (2018), abarca, no que se refere aos atores sociais, a identidade enquanto processo de construção de significados com base nos atributos culturais ou, ainda, em seu conjunto inter-relacionado.

Logo, a Linguística Cognitiva insurge como uma abordagem científica, explicitando o funcionamento da linguagem e a sua relação com as outras diversas capacidades cognitivas do ser humano e, um pouco além, estimulando o entendimento acerca dos mecanismos ativados nos mais variados contextos e situações em que se encontrem os atores sociais – agentes da linguagem em uma concepção sociointeracional (Gonçalves-Segundo, 2014). De tal modo, sendo, no melhor juízo aristotélico, o ser humano um animal político, necessário se faz a sua concreta adaptação aos requisitos de interação social, em que o poder, a política, a comunidade em que se insere e a cultura com a qual coaduna somente se desenvolvem interpostos em um processo de interlocução da linguagem e da cognição humana.

Assim, os sujeitos, ao mesmo tempo que se apropriam da linguagem para se expressarem, são, de semelhante forma, seus prisioneiros – o que acarreta o conceito, introduzido por Campo e Delanoy (2019), dos “sujeitos assujeitados” pela forma e pelo conteúdo da Linguagem. Desse modo, a Linguística Cognitiva se representa como a ciência da língua em uso, desdobrando-se, por consequência lógica e sistemática, em seu significado sociocultural (Feltres, 2019), visto que, inevitavelmente, a relação social e cultural requisita a sua expressão por meio da cognição e essa, por sua vez, manifesta-se mediante os símbolos, signos, remissões e ícones glossológico-linguísticos.

Já a Análise Crítica do Discurso possui como base de sua abordagem o aspecto conjuntivo entre discurso, cognição e sociedade (Gonçalves-Segundo, 2014). Assim, diferencia-se da Linguística Cognitiva, vez que essa pressupõe a construção do conhecimento a partir da experiência humana e da organização conceitual, em uma perspectiva de investigação dos fenômenos internos ao homem em seus processos mentais – expressos, por sua vez, pela linguagem (Martins, 2016). Entretanto, ambos os programas coincidem no que se refere à análise das ideologias, dos gêneros e dos estilos no processo de desmistificação das relações de poder em uma concepção de significado linguístico-discursivo (Gonçalves-Segundo, 2014). Por isso, concernente ao objeto escopo do presente estudo, assume-se que a Linguística

Cognitiva e a Análise do Discurso Geopolítico, apesar de não serem sinônimos, guardam estreita relação.

Não sendo o bastante, parte-se da necessária conjugação entre a cognição linguística e análise discursiva em uma perspectiva, de igual modo, da Análise Crítica do Discurso, em que se entende que as relações de poder são, sobretudo, pautadas em um discurso que é histórico, ideológico, sendo, desse modo, uma prática que constitui a sociedade e a cultura (Tomazi; Effgen; Sessa, 2017). Ademais, em uma outra concepção, necessária de ser ressaltada, combina-se a análise do discurso geopolítico com a própria análise do espaço geográfico – entendido como espaço de criações e contradições, em que os discursos geopolíticos são formulados a partir dos símbolos, das reproduções sociais, das ideologias representadas e dos ideais a serem apropriados, escamoteados, invisibilizados ou apagados discursivamente. Assim, a análise de um discurso não deve possuir um caráter de redução dos sentidos apenas à literalidade das palavras, mas deve abarcar, de semelhante forma, todos os componentes e aspectos cognitivos e ideológicos comuns às relações sociais e políticas (Filho, 2022), mesmo os elementos não ditos.

É com esse viés que se admite que o discurso (geo)político se subleva como uma instância dos usos da linguagem extremamente significativa para os estudos entre os sistemas de conceitos, processos linguísticos, ação dos sujeitos (Imaculada, 2009) e a dinâmica do Poder, não se demonstrando possível a atividade política sem a ferramenta da linguagem, vez que aquela se constitui essencialmente por meio dessa – seja em um nível micro, no que se refere às relações estabelecidas entre indivíduos, quanto em nível macro, constituindo as próprias instituições políticas (Imaculada, 2009). Dessa forma, é evidente que, na abordagem linguístico-cognitiva (em associação com os estudos críticos do discurso), a linguagem, ao abarcar a capacidade cognitiva do ser humano de perspectivar e posicionar eventos e circunstâncias, consegue os deslocar com vistas a legitimar dadas visões sobre o mundo (Gonçalves-Segundo, 2023) – o que, não necessariamente, corresponde ao aqui, ao agora, ao real ou, até mesmo, ao aceitável.

Ainda, em uma ótica necessariamente técnica quanto às terminologias adotadas neste ensaio, é crucial esclarecer o

que se entende por “consolidação” e “desconsolidação” de um Estado Democrático de Direito e do desenvolvimento como seu objetivo institucional. A teoria adotada se baseia na visão de Dias (2016), o qual propõe que uma democracia “desconsolidada” seria aquela que, apesar de ainda ser uma democracia, estaria mais propensa à instabilidade e à instauração de um regime antidemocrático em decorrência do enfraquecimento, ou extinção, de instituições fundamentais para a dimensão democrática (Piske; Saracho, 2018). Nesse entendimento, a Análise do Discurso, que se propicia, transfigura-se como tensionamento das relações linguísticas para além do texto em sua materialidade e superficial intencionalidade, alcançando dizeres, ideologias (Campo; Delanoy, 2019), consequentes sentidos decorrentes e, não sendo o bastante, a repercussão que a comunicação de um discurso e, consequentemente, de uma mensagem – em uma associação interlocutório-dialética – pode acarretar para a manutenção ou a desconsolidação de um Estado Democrático pela figura daqueles que o lideram.

2 A PALAVRA COMO PODER-DOMINAÇÃO – UM EXAME DOS DISCURSOS GEOPOLÍTICOS FRENTE ÀS INICIATIVAS DE (DES)CONSOLIDAÇÃO DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

Lenio Streck (2010) identifica que a linguagem, posteriormente à viragem hermenêutica, de mero instrumento e veículo de conceitos se transfigura em uma condição de possibilidade. Possibilidade essa que, em nosso entender (e no que se refere ao aspecto do discurso geopolítico), infere-se, principalmente, da materialidade da Linguagem como mecanismo de ação e controle das relações de poder e, de igual modo, de congregação da ideologia dominante (Filho, 2022). Ademais, o conceito, aqui desenvolvido, baseia-se essencialmente na obra de Marcus Power (2019), em que se afirma que a análise do Poder apenas se expande e persiste mediante a identificação crítica dos processos libidinais (instintivos) que constituem a *inconsciência* presente nos discursos – ou seja, indo além da simples consciência e, não somente, além do consequente apontamento de suas lacunas, descontinuidades, contradições e contrassensos.

Não bastando, a Linguística Cognitiva insurge como auxílio na apreensão e desconstrução de padrões discursivos e representações hegemônicas, visto que as estruturas sintático-semânticas – e, de igual forma, as associações metafóricas e metonímicas – ainda que possam, sim, vir a servir como posicionamento de manutenção do *status quo*, podem, de tão semelhante modo, contribuir para os mecanismos ideológicos de resistência (Gonçalves-Segundo, 2014). Nesse enfoque, as práticas discursivas evidentemente articulam os campos de conflito, a instituição dos papéis sociais, a escolha dos lugares de poder que serão legitimados – e quais sentidos serão legitimados – e a construção de determinadas formas hegemônicas de representação dos espaços geopolíticos. Logo, as estruturas cognitivas que estruturam a experiência política, com a criação de realidades a partir de determinados valores e crenças, definem a compreensão (subjeto-cognitiva) dos próprios eventos políticos (Imaculada, 2009). O discurso, desse modo, interpõe-se como objeto : objeto social, objeto cultural, objeto econômico e, principalmente, objeto político.

Como se aduz, mesmo os textos discursivos produzidos em contextos aparentemente neutros são concebidos por interlocutores que se localizam em determinado tempo e espaço (Duque, 2015) e que, nesse viés, posicionam-se nos tidos como “lugares sociais do discurso” – em uma orientação de Cognição Social (Martins, 2016). É nessa compreensão, assim, que se demonstra a noção do espaço discursivo e da perspectivação conceitual inerente à expressão da Linguagem Cognitiva e da Interpretação Textual, conjugada à constituição do posicionamento e da movimentação dos eventos linguísticos em termos epistêmicos e axiológicos (Gonçalves-Segundo, 2023). Nessa ótica, aqueles que, ativamente, formulam os enunciados são, inegavelmente, os sujeitos dos discursos, porém, não somente, são indivíduos dotados de suas próprias concepções e perspectivas de mundo e, de igual forma, influenciam as concepções e perspectivas de mundo alheias – principalmente, quando se refere àqueles que detém o Poder-Dominação (intelectual e político).

Logo, a perspectivação surge como o fator que permite ao interlocutor expressar a sua parcela da realidade situada contextualmente, com maior ou menor objetividade e parcialidade,

tornando possível, dessa forma, a manutenção e a confrontação de ideologias e de hegemonias de significação (Gonçalves-Segundo, 2014). Mediante esse entendimento, o algo a ser dito se compõe de estilo e de forma pronunciados por uma autoridade política – e que está, intrinsecamente, relacionado ao Poder (Filho, 2022), comportando, além da própria materialidade do discurso, os subentendidos e, até mesmo, os não-ditos. É com esse arcabouço que se expande a análise da Linguística Cognitiva no âmbito dos discursos geopolíticos, os quais introduziremos, mais efetivamente, nos parágrafos subsequentes, em que se promoverá o exame de falas e posicionamentos concretos de figuras e líderes políticos em diferentes conjunturas sociais, espaciais, econômicas e culturais.

A título de ilustração, e como primeiro viés de observação, cita-se o discurso realizado por Barack Obama, então presidente dos Estados Unidos, em abril de 2013, quando, após relatos midiáticos sobre uma greve de fome empreendida por mais de cem indivíduos presos no centro de detenção da Baía de Guantánamo (Cuba), pronunciou-se nos seguintes termos:

I don't want these individuals to die. [...] I am going to go back to this. [...] I am going to get my team review everything that is currently being done in Guantánamo. [...] I am going to reengage with Congress to try and make the case that [Guantánamo] is not in the best interests of the American People (Fiss, 2015).

Ocorre que a prisão de Guantánamo, localizada na ilha do Caribe, foi instituída ainda no governo de George W. Bush, em que os indivíduos detidos, sem quaisquer acessos à ampla defesa ou ao contraditório, ainda hoje permanecem presos por tempo indeterminado, sem, ao menos, terem sido formalmente acusados de qualquer crime. Ademais, os Estados Unidos foram apontados como autores, pelos órgãos internacionais, de abusos generalizados dos direitos humanos e, até mesmo, de práticas de torturas dentro da detenção (Presse, 2021) – que se encontra tanto longe dos centros geográficos quanto longe da real atenção da grande mídia.

Assim, Obama, em seu discurso supra referenciado, ao anunciar que “não queria que esses indivíduos morressem” e que “iria voltar atrás”, rememora a promessa de encerramento

definitivo da prisão de Guantánamo (que, entretanto, permanece em atividade até a presente data, perpassando pelo governo Trump e permanecendo no atual governo Biden), feita em sua campanha presidencial de 2008. Todavia, como bem coloca Owen Fiss (2015), apesar de um discurso deveras emocionante, a sua análise desmistifica essa aparência superficial, interpondo-se, em uma investigação mais atenta, como uma manobra discursiva – de vieses de grande influência cognitiva e, não somente, de primário objetivo de comover os receptores da mensagem (transmitida por uma autoridade à nível mundial).

Desse modo, não se retira da responsabilidade do então presidente dos Estados Unidos a perpetuação de uma das mais controversas políticas adotadas durante a Era Bush, constituída na detenção prolongada e indefinida sem o devido julgamento de quaisquer dessas pessoas (Fiss, 2015), o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito, ainda que fosse a favor dos “melhores interesses do povo americano” (fragmento de tradução própria retirado do discurso acima).

Contudo, o que se nota é que, para aqueles que se encontram presos na detenção de Guantánamo, o Estado Democrático de Direito, com suas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana e de um devido processo legal, são, evidentemente, meras ilustrações. Nesse aspecto, as práticas adotadas pelos líderes políticos de potências globais como os Estados Unidos, tido, por vezes, como o espelho da democracia no mundo, desconsolida todas as bases de um forte e concreto “Rule of Law” – ainda que a engenhosidade linguística dos discursos de tais figuras tentem avidamente demonstrar o contrário. Porém, as incoerências escapam aos fatos históricos e evidentes.

O discurso geopolítico, nessa percepção, é encontrado em diferentes esferas de produção de um Estado, visando ao estabelecimento de enunciados ideológicos construídos mediante a linguagem (Filho, 2022). Padrões esses os quais, dessa forma, os líderes e chefes políticos propagam, com o principal intuito de constituir padrões de pensamento e opiniões dentro das sociedades que, pelo Poder-Dominação, essencialmente controlam. Nesse quadro teórico, subleva-se que os detentores do Poder-Violência atuam na expurgação daquilo lhes é divergente, permitindo que

remanesça somente o grupo hegemônico constituído à imagem e semelhança dos atores dominantes – até mesmo, do ponto de vista linguístico e cognitivo-ideológico (Chai; Alcântara, 2022). Dessa forma, exemplarmente expõe Góes (2020) ao afirmar que a Geopolítica, em seu papel intrínseco de promover o desenvolvimento nacional, não pode se demonstrar alheia ao texto constitucional e às normas do Estado Democrático de Direito, incluídas na Ordem Jurídica Internacional das Nações Civilizadas.

Em acréscimo material-teórico, é nessa concepção que se menciona, como tópico de necessária análise, os discursos proferidos (em uma elevação global) durante a eclosão de mais um (dos diversos) conflitos históricos existentes entre Palestina e Israel no ano de 2023, em seus vetores geopolíticos e, além, em suas expressões de poder psicossocial, econômico, científico, tecnológico e, claro, político – de modo muito análogo aos amparos da guerra Rússia-Ucrânia (Chai; Carneiro, 2023). Assim, aponta-se que, em 19 de fevereiro de 2024, a ministra da Igualdade Social e Empoderamento Feminino de Israel, May Golan, proferiu o seguinte pronunciamento, após condenar parlamentares que escolheram “fugir como porcos do Plenário para não fazerem parte de uma causa política, democrática e, acima de tudo, sionista” (Golan, 2024):

Estou pessoalmente orgulhosa das ruínas em Gaza. Que daqui a 80 anos todos os bebês possam contar aos seus netos o que os judeus fizeram quando suas famílias foram assassinadas, estupradas e sequestradas. Não nos envergonhamos de dizer que queremos ver os soldados das Forças Armadas de Israel capturando Yahya Sinwar (líder do Hamas em Gaza) e seus terroristas pelos olhos, arrastando-os pela Faixa de Gaza a caminho dos calabouços da Autoridade Prisional (Golan, 2024).

Ainda, ressalta-se que, em dezembro de 2023, o líder do Hamas, em seu primeiro pronunciamento público desde o início da guerra, afirmou ser o conflito uma “batalha feroz e violenta” e, além, “sem precedentes” (Sinwar, 2023), em uma conjuntura de tamanha vulnerabilidade social que civis passaram a ser usados como verdadeiros escudos humanos e, mesmo os inocentes, passaram a responder por decisões tomadas por líderes políticos os quais, muitas vezes, encontram-se seguros

e abrigados em regiões localizadas a milhares de quilômetros das zonas de ataques e investidas.

Considera-se, para a análise dos discursos supra referenciados, o arranjo institucional resultado da herança pós-grandes guerras, em que se tornou evidente a existência de povos mais iguais que outros – corroborando o tido como desalinhamento do processo civilizatório (Chai; Carneiro, 2023), representado, sobretudo (e em um exame linguístico-discursivo mais atento) por posições como as acima adotadas, em conflitos permeados pela violência simbólica (essa, por sua vez, expressa por enunciados, muitas vezes, significativamente agressivos e belicosos). Tais declarações, assim, perpetuam a vigência de modelos mentais e cognitivos discriminatórios (Tomazi; Effgen; Sessa, 2017), que passam a estar presentes em todo o teor da mensagem enunciada, principalmente no que se refere à representação dos lugares sociais do discurso (Martins, 2016) e das circunstâncias em que os sujeitos do discurso se encontram e, de análogo modo, dos ideais que partilham.

A Política, fonte formadora do conhecimento geopolítico, assim, oferece aos estadistas condições excepcionais de operacionalidade no que se refere à atuação em benefício de suas comunidades (Mattos, 2002) – o que, todavia, torna-se, cada vez mais, escassa em uma conjuntura mundial de extensas e significativas tensões diplomáticas. São, portanto, mediante os denominados “atalhos cognitivos” – que partem de estereótipos, tipificações, maniqueísmos e lugares-comuns (Ladeira, 2019) – que, evidentemente, posturas como as demonstradas transmitem à comunidade internacional as posições antagônicas e assimétricas existentes à nível geopolítico e geoeconômico (Filho, 2022), o que, inegavelmente, desconstitui todas as tentativas de consolidação das garantias, em um grau internacional, da dignidade da pessoa humana – inerentes, entretanto, à saúde de um Estado Democrático de Direito, o qual, em regiões como as afetadas por tais conflitos, padece de forma semelhante aos seus cidadãos.

Assim, como bem apresenta Chai e Carneiro (2023), interpor a visão e o saber geopolítico em uma esfera multidimensional auxilia na compreensão funcional dos próprios vetores e expressões

específicas do Poder, o qual orienta e designa, de igual modo, os níveis de governança e seus desenhos institucionais, econômicos, políticos, militares e, não sendo o suficiente, até mesmo, as identidades nacionais – e seu consequente sujeito constitucional. No momento em que se menciona, assim, a desconstituição de um Estado Democrático de Direito, fala-se, além do conteúdo jurídico-institucional, em uma carga retórico-ideológica inegavelmente forte. Desse modo, tal perspectiva se coaduna com o que, no presente trabalho, adota-se e se alinha à concepção de Streck e Oliveira (2012) quando afirma, ao examinar a ideia do Estado Democrático de Direito, que esse estaria indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais.

Afinal, como traz Goés (2020), trata-se de um novo tempo, em que estadistas, estrategistas, legisladores democráticos, constitucionalistas e internacionalistas devem repensar as ações estratégicas dos Estados em um quadro de complexidade multidisciplinar, em que se emerge, cada vez mais, a noção da constitucionalização da Geopolítica (o controle geopolítico do Direito) e, de semelhante perspectiva, da judicialização da Geopolítica (o controle jurídico da Geopolítica).

CONCLUSÃO

O estudo objetivou contribuir para desenvolvimento do conhecimento jurídico-linguístico sobre como a análise do discurso (e de sua consequente repercussão) é usada como ferramenta para examinar as relações internacionais na estruturação dos regimes políticos. Não somente, apresenta-se essencial para a compreensão específica que permeia as decisões estratégicas dos Estados em uma perspectiva de Comunicação e Linguagem, assimilando a própria dinâmica de distribuição do Poder Mundial.

A Linguística Cognitiva, nesse viés, emerge, sim, como ferramenta de análise, porém, acima de tudo, como instrumento de compreensão e, até mesmo, de prevenção de práticas discursivas nocivas às garantias estabelecidas em uma democracia (ainda que desconsolidada) em um nível político não apenas local, mas global – fortalecendo o entendimento das relações de Poder dentro do engendramento próprio da Geopolítica. Nesse sentido, mesmo

que se demonstre como um estudo de natureza preliminar, o presente ensaio se projeta como contribuição teórico-elementar para a matéria em questão, abordando um exame técnico da Análise do Discurso e sua relação com a Linguística Cognitiva em um viés geopolítico-discursivo e, não bastando, incorporando a investigação concreta de pronunciamentos frente às práticas discursivas recorrentes de desconsolidação dos Estados Democráticos de Direito no que se refere às relações de caráter internacional.

Conclui-se, portanto, o entendimento e produto do estudo: a Linguagem é Violência, é Dominação, contudo, de igual modo, é Emancipação e Libertação – sobretudo, como expressão da natureza humana em suas atividades discursivas intrínsecas e na concepção ideológico-cognitiva constituidora da manutenção da dignidade humana em sua garantia constitucional. É, pois, conforme exemplarmente apresenta Milton Santos (2001) ao declarar a possibilidade de produção de um novo discurso, uma nova metanarrativa, em que se pense não apenas na perpetuação dos discursos de escassez e de opressão, mas, sim, a escrita de um novo grande relato em que se privilegie a construção de um outro mundo, mediante uma globalização mais humana.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*: Fragmentos Filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

CAMPO, Amanda de Andrade; DELANOY, Claudio Primo. Análise de discurso enquanto teoria-metodológica para estudos em comunicação: possibilidades e deslocamentos de olhares sob sujeitos, enunciados e contextos. *Intexto*, Porto Alegre, p. 251-267, 6 ago. 2019. Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/intexto/article/view/83845>. Acesso em: 28 out. 2023.

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CHAI, Cássius Guimarães; ALCÂNTARA, Rafael Einstein Carvalho Amorim. *Periferias e direitos humanos: reflexões sobre o caso favela Nova Brasília e a pobreza como fator determinante de negação de direi-*

tos à luz dos conceitos de exclusão e subintegração de Friedrich Muller. In: MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz; BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez (orgs.). Libro de Artículos: IV Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho. Ourense: Universidade de Vigo, 2022.

CHAI, Cássius Guimarães; CARNEIRO, Mônica Fontenelle. Geopolítica, direitos humanos e inteligência artificial: interseccionalidades e observações críticas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 24, n. 3 p. 7-28, set./dez. 2023. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/2392>. Acesso em: 12 fev. 2024.

DIAS, António. Sobre «desconsolidação» e retrocesso democrático. *Relações Internacionais*, Lisboa, n.52, p.27-41, dez. 2016. ISSN 1645-9199. Disponível em: <https://scielo.pt/cgi-bin/wxis.exe/iah/>. Acesso em: 29 out. 2023.

DINIZ, Marco Túlio Mendonça. Contribuições ao ensino do método hipotético-dedutivo a estudantes de Geografia. *Geografia, Ensino e Pesquisa*, Santa Maria, v. 2, n.2, p. 107-111, mai./ago. 2015. Disponível em: <file:///D:/Downloads/robertob,+8.pdf>. Acesso em: 30 out. 2023.

DUQUE, Paulo Henrique. Discurso e Cognição: uma abordagem baseada em frames. *Revista da Anpoll*, Florianópolis, n. 39, p. 25-48, jul./ago. 2015. Disponível em: <https://revistadaanpoll.emnuvens.com.br/revista/article/view/902>. Acesso em: 14 fev. 2024.

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. Da categorização a modelos culturais: o giro social (cultural) em linguística cognitiva. *Linguagem em Discurso*, mai./ago. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ld/a/5m6ZSrypKX3JrKGwRPSV7Qw/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

FILHO, Celso Rodrigues Cardoso. *Uma análise do discurso geopolítico e geoeconômico nos pronunciamentos oficiais do Governo Bolsonaro (2019-2020) para América do Sul*. 2022. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Instituto de Geociências da UFFRJ, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://tede.ufrj.br/jspui/handle/jspui/6733>. Acesso em: 14 fev. 2024.

FISS, Owen. *A War Like No Other: The Constitution in a time of terror*. New York: The New Press, 2015.

GARCIA, Afrânio. Tipos de Discurso. *Solettras*, Ano III, Nos. 05 e 06. 186 São Gonçalo: UERJ, 2003. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/solettras/article/download/4469/3271>. Acesso em: 24 fev. 2024.

GÓES, Guilherme Sandoval. Geopolítica e Constituição à luz do Estado Democrático de Direito. *Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v.9, n.18, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/austral/article/download/108981/60234>. Acesso em: 4 fev. 2024.

GOLAN, May. *Discurso*, 2024. Disponível em: https://twitter.com/GolanMay/status/1759675501424042329?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1759675501424042329%7Ctwgr%5E40ab782e6dd58c993c1c79351fe7eefca4b6fe97%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fd-39353298512035491644.ampproject.net%2F2402080818000%2Fframe.html. Acesso em: 20 fev. 2024.

GONÇALVES-SEGUNDO, Paulo Roberto. Convergências entre a Análise Crítica do Discurso e a Linguística Cognitiva: Integração Conceptual, Metáfora e Dinâmica de Forças. *Vere-das Atemática*, Juiz de Fora, v. 18, n. 2, p. 32-50, 2014. ISSN: 1982-2243. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/290433957_Convergencias_entre_a_Analise_Critica_do_Discurso_e_a_Linguistica_Cognitiva_Integracao_Conceptual_Metafora_e_Dinamica_de_Forcas. Acesso em: 30 out. 2023.

GONÇALVES-SEGUNDO, Paulo Roberto. Espaço discursivo e proximização no discurso neoconservador brasileiro: articulando a linguística cognitiva aos estudos críticos do discurso. *Matraga*, v. 30, n. 59, p. 284-301, mai./ago. 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/matraga/article/view/74294>. Acesso em 10 fev., 2024.

IMACULADA, Ofélia Maria. Modelos Cognitivos Idealizados e Representações Sociais: a organização de uma experiência política na revista Manchete e no jornal O Pasquim. Dissertação (Mestrado em Letras) – Universidade Federal de São João del Rei, 2009.

Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/mestletras/DISSERTACOES/modelos_cognitivos.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

LADEIRA, Francisco Fernandes. A geopolítica mundial nos discursos midiáticos e no ensino de Geografia. *Anais do V Seminário Comunicação e Territorialidades: comunicação, democracia e direitos humanos*, v. 1 n. 5, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/poscom/article/view/30580>. Acesso em: 12 fev. 2024.

LISPECTOR, Clarice. *A Paixão Segundo G.H.* 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2020.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MARTINS, Suelen. Pressupostos teóricos da linguística cognitiva e da análise cognitiva e social do discurso: algum encontro? *Cadernos do Instituto de Letras*, n. 52, 2016, UFRGS. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/cadernosdoil/article/view/67316>. Acesso em: 14 fev. 2024.

MATTOS, Carlos de Meira. *Geopolítica e Modernidade: a Geopolítica brasileira*. Rio de Janeiro: Exército Editora, 2002.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. *Estado Democrático de Direito: Superação do Estado Liberal e do Estado Social*. Tribunal de Justiça Federal e dos Territórios (TJDFT), 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/estado-democratico-de-direito-superacao-do-estado-liberal-e-do-estado-social-juiza-orian-piske>. Acesso em: 30 out. 2023.

POWER, Marcus. *Geopolitics and Development*. New York, NY: Routledge, 2019.

PRESSE, France. *Na prisão de Guantánamo, EUA ainda mantêm dezenas detidos sob pretexto da 'guerra contra o terrorismo'*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/09/06/na-prisao-de-guantanamo-eua-ainda-mantem-dezenas-detidos-sob-pretexto-da-guerra-contra-o-terrorismo.ghtml>. Acesso em: 2 fev. 2024.

RAMOS, José Raul Gallego. Como é construído o marco teórico da pesquisa. *Cadernos de Pesquisa*, Fundação Carlos Chagas, São Paulo, v. 48, n. 169, p. 830-854, jul./set. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/xpbhxtDHLrGHfLPthJHQNwK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 28 out. 2023.

ROSA; Jordana Letícia Dall Agnol da; GONÇALVES, Samuel Lira; SILVA; Delmo Mattos da; CHAI; Cássius Guimarães. *Neodesenvolvimentismo e Vulnerabilidade*. In: MATTOS, Delmo; NETA, Maria Alves; LAURÊNCIO, Felipe; VIEGAS, Ítalo; FONTENELLE, Mônica (orgs.). *Ontologia das Vulnerabilidades*. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para Além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002007000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnJ7THFDBrGc>. Acesso em: 10 fev. 2024.

SANTOS, Milton. *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

SILVA, Ana Sofia Meneses. As metáforas no discurso de/sobre André Ventura: as metáforas que constrói André Ventura e as que constroem sobre ele. *Revista de Estudos do Discurso*, n. 12, 2023, Universidade do Porto. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/re/article/view/13182/12192>. Acesso em: 10 fev. 2024.

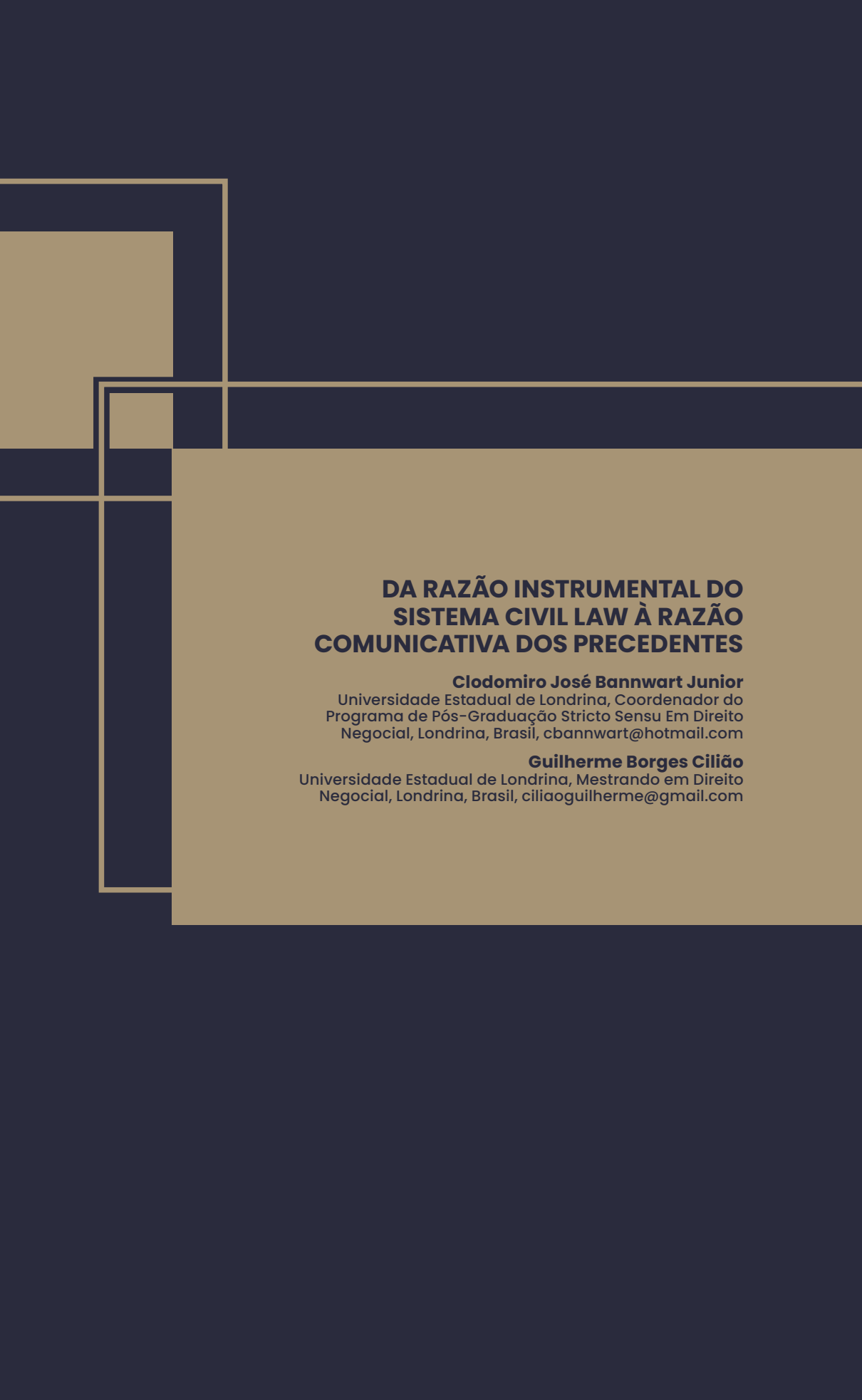
SINWAR, Yahya. *Discurso*, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/lider-do-hamas-fala-publicamente-pela-1a-vez-desde-inicio-da-guerra-batalha-sem-precedentes/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TOMAZI, Micheline Mattedi; EFFGEN, Zirlene; SESSA, Ariel. A força das relações de poder no discurso político de um projeto de lei: ideologia de exclusão do nome social. *Revista (Con)textos Linguísticos*, v. 11, n. 20, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/contextoslinguisticos/article/view/18168>. Acesso em: 14 fev. 2024.



DA RAZÃO INSTRUMENTAL DO SISTEMA CIVIL LAW À RAZÃO COMUNICATIVA DOS PRECEDENTES

Clodomiro José Bannwart Junior

Universidade Estadual de Londrina, Coordenador do
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Em Direito
Negocial, Londrina, Brasil, cbannwart@hotmail.com

Guilherme Borges Cilião

Universidade Estadual de Londrina, Mestrando em Direito
Negocial, Londrina, Brasil, ciliaoguilherme@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho sustenta que o direito de tradição *civil law* foi estruturado de maneira a restringir a capacidade do juiz de interpretar o direito estabelecido pelo poder legislativo, devido às influências axiológicas do Estado liberal de direito. Este Estado é caracterizado por uma razão instrumental de mercado, que prioriza a proteção da propriedade e tende a limitar a jurisdição à prestação de tutela do direito ressarcitória. Consequentemente, a pesquisa propõe a superação dessa abordagem instrumental em favor de uma razão comunicativa. Isso implica tornar os textos legislativos mais compreensíveis por meio das interpretações conferidas a eles pelos órgãos competentes do poder judiciário, especialmente através dos precedentes. Essa mudança de paradigma visa promover uma interpretação mais dinâmica e contextualizada do direito, permitindo que os tribunais contribuam para a evolução e a adaptação das normas legais às demandas da sociedade. A adoção de uma abordagem comunicativa busca não apenas garantir a segurança jurídica, mas também promover a justiça e a eficácia do sistema jurídico como um todo.

Palavras-chave: Precedentes; razão comunicativa; Direito.

ABSTRACT: The present work argues that the civil law tradition of law has been structured in a way that restricts the judge's ability to interpret the law established by the legislative branch, due to the axiological influences of the liberal rule of law State. This State is characterized by an instrumental market rationale, which prioritizes property protection and tends to confine jurisdiction to the provision of compensatory legal protection. Consequently, the research proposes to overcome this instrumental approach in favor of a communicative rationale. This entails making legislative texts more comprehensible through the interpretations given to them by the competent organs of the judiciary, especially through precedents. This paradigm shift aims to promote a more dynamic and contextualized interpretation of the law, enabling courts to contribute to the evolution and adaptation of legal norms to societal demands. The adoption of a communicative approach seeks not only to ensure legal certainty but also to promote justice and effectiveness within the legal system as a whole.

Keywords: Precedents; Communicative reason; Law

INTRODUÇÃO

A imprecisão conceitual das definições de precedente, jurisprudência e súmula no Código de Processo Civil brasileiro é um problema significativo, pois esses termos são frequentemente entendidos como idênticos, embora operem em níveis discursivos distintos. Essa confusão compromete princípios fundamentais do direito, como a igualdade, a segurança jurídica e o desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Este trabalho argumenta que essa imprecisão linguística no direito brasileiro decorre da prevalência da razão instrumental enraizada na tradição do civil law, que tende a reduzir o sistema jurídico à mera aplicação da lei escrita. Nesse contexto, muitas vezes se desconsidera erroneamente que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na atribuição de sentido aos textos legislativos por meio da interpretação, o que é uma consequência do dever de fundamentação das decisões judiciais.

A pesquisa propõe que os precedentes judiciais funcionam como uma forma de traduzir as leis para uma linguagem mais acessível, ou pelo menos tornam os textos legislativos mais compreensíveis, além de orientarem as ações do Estado e a conduta dos cidadãos.

Para alcançar esse propósito, o estudo utiliza a metodologia habermasiana de reconstrução conceitual, baseando-se nos diagnósticos e prognósticos apresentados por autores como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero no campo do processo civil. Essa abordagem teórica permite uma análise crítica das definições existentes e uma projeção de como os precedentes podem contribuir para uma maior clareza e eficácia do sistema jurídico.

1 A RAZÃO INSTRUMENTAL NA TRADIÇÃO CIVIL LAW

Certamente em dois momentos a sociedade contribui à criação do direito; o primeiro é no processo eleitoral, na escolha dos representantes que inauguram as leis; o segundo, quando essas leis são invocadas a partir das razões subjetivas das partes em um processo judicial e são interpretadas intersubjetivamente de acordo com os contextos em que incidem.

Todo processo judicial envolve a interpretação da lei à luz de um caso concreto, do fato que aconteceu, que está acontecendo ou que vai acontecer no mundo da vida, conforme a interpretação imparcial atribuída pelo poder Judiciário em colaboração às partes envolvidas

Entretanto, não obstante a evidência desse segundo momento – contribuição da sociedade na criação do direito pelo processo judicial, “[...] A tradição civil law afirmou a tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 8). Logo, o conceito de norma jurídica nesse sistema atribui como sinônimos o texto legislativo, reduzindo a legitimidade do direito à norma produzida pela autoridade competente legislativa conforme um procedimento regular e aplicada pelo judiciário, sem interpretação, de modo mecânico (IBIDEM, p. 88) ¹

Entrementes, os valores e ideias que permearam a jurisdição *civil law* foram aqueles que fundamentaram o Estado liberal iniciado na Revolução francesa, como o iluminismo burguês, o positivismo jurídico e o princípio da legalidade.

[...] a Revolução Francesa elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do regime antigo. Na sua origem, a Corte de Cassação francesa foi instituída para que os juízes não colocassem em risco os atos do Parlamento. Por isso, essa Corte podia apenas cassar uma decisão, sem julgar o caso ou interpretar a lei. A função da Corte era, na imagem de Calamandrei, a de eventualmente “destruir sem reconstruir”, já que na reconstrução ou na interpretação estaria presente uma invasão do Espaço do Parlamento. (MARINONI, 2023, p. 25)

A introdução do princípio da legalidade pressupunha a supremacia da representação popular, resultando na redução do direito ao âmbito legal. Nesse contexto, a validade do direito deixou de depender da sua correspondência com a justiça e passou a ser fundamentada na sua origem por uma autoridade competente (MARINONI, 2019, p. 57). Com a transferência da competência para a promulgação das leis para o parlamento, ocorreu uma

¹Ibidem, p. 88: “[...]no Estado legislativo, implicou redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava (formalismo, estatualismo e legalismo jurídicos)”

concentração de poder político, subjugando os poderes Executivo e Judiciário; estes,

[...] assumiram posições óbvias de subordinação: o Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, sendo que o Judiciário poderia apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O Legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo. (IBIDEM, p. 58)

No contexto do direito revolucionário francês, entendia-se a lei como plenamente inteligível por um único significado, sem ambiguidade, creditava-se ao atributo de univocidade do significado da norma como critério de segurança jurídica. Dos teóricos do Estado liberal,

Monstesquieu faz uma ligação direta entre segurança jurídica, liberdade e igualdade: a lei é clara, estável, em irretroativa, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar a liberdade e igualdade para todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto. (MITIDIERO, 2022, p. 23)

Acreditava-se que a interpretação do juiz corrompe a norma, assim, os julgamentos deveriam ser silogísticos e mecânicos restringindo-se à declaração fiel do significado do texto na aplicação do direito. (IDEM)

Segundo Mitidiero, Robespierre tinha a jurisprudência como um conceito dos mais odiosos, de extremo perigo ao Estado instituído, por isso, era preciso que a atividade jurisdicional estivesse reduzida à declaração do direito pré-existente. (IBIDEM, p. 25)

Esse modo de compreender a atividade judicial envolve uma doutrina cujo fundamento se encontra em outras doutrinas: a da soberania do Parlamento e a da separação dos poderes. O juiz, intérprete último das leis, não é investido da legitimidade que uma eleição democrática confere. Portanto, ele deve se limitar a “pronunciar as palavras da lei”. A responsabilidade das escolhas de natureza política incumbe ao Parlamento. Assim, supõe-se que o significado da lei seja predeterminado pelo Parlamento e que o intérprete seja politicamente passivo e submisso à vontade soberana de que emana a lei. (ALMEIDA, 2021, p. 23)

Antes da consolidação do Estado burguês, marcado pelo predomínio do Estado legislativo, o direito não era elaborado mediante a promulgação de leis pelo poder parlamentar representativo. Em vez disso, originava-se de uma variedade de fontes, sendo articulado de forma retórica pelos juízes do Antigo Regime, alinhados ao poder Executivo. Esses juízes, portanto, mostravam resistência a mudanças no mundo da vida que pudessem ameaçar o regime estabelecido.

Os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não apenas eram hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos, sendo daí oriunda a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciais com ideias conservadoras e próprias do poder instituído e para a consequente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares.

MONTESQUIEU, ao afirmar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo, partia da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da França da sua época. MONTESQUIEU nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, bem como o nome de MONTESQUIEU. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 59)

Deste modo, é crucial esclarecer que a transformação radical, resultante da ascensão do Estado legislativo e da adoção do princípio da legalidade, representou uma resposta direta ao antigo modo de administração e jurisdição do regime anterior, em que a atuação do juiz era mais flexível devido à possibilidade de utilizar tanto o direito natural quanto o direito positivo. (BOBBIO, 1995, p. 32) Ao resolver uma controvérsia, o juiz tinha a prerrogativa de fundamentar sua decisão, seja deduzindo a aplicação das regras costumeiras não positivadas no ordenamento jurídico, seja das normas produzidas pelo órgão legislativo estatal. As regras e noções de justiça fundamentavam-se na exigência de tratamento igual para casos essencialmente semelhantes, uma herança do direito romano. (IBIDEM, p. 31) Foi desta maneira que se atribuiu relevante importância aos precedentes e as regras consuetudinárias. (KELSEN, 2005, p. 49).

Os iluministas do século XVIII consideravam crucial substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um sistema jurídico composto por um conjunto de normas deduzidas por meio das diretrizes da razão. (BOBBIO, 1995, p. 46) Dessa forma, surgiu a ideia de codificação do direito, uma questão que se destacou na segunda metade do século XVIII, resultante das reflexões iluministas da época.

No entanto, a codificação não era universalmente aceita, como evidenciado pelo exemplo dos países de origem anglo-saxônica, especialmente a Alemanha. (IBIDEM, p. 51) O renomado jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny, da escola histórica do direito, era contra a ideia de codificação. Sua corrente, marcada pela individualidade e variedade do homem, argumentava que era necessário aplicar esse princípio devido à impossibilidade de estabelecer um direito único e igualitário para todas as épocas e lugares. (IBIDEM) Savigny afirmava que o direito é um produto da história, sujeito a variações ao longo do tempo e do espaço. Essa perspectiva representava a antítese da visão que considerava o direito como uma ideia da razão, baseando-se na expectativa de codificação do direito a partir dessa linha de raciocínio racionalista. (PERELMAN, 2005, p. 363)

No que diz respeito à relação do positivismo com as lacunas do direito, a filosofia do positivismo jurídico adotou, em sentido estrito, o dogma da onipotência do legislador. Isso implica, de fato, que ao juiz é atribuído o dever de encontrar a solução no interior da própria lei.

Após a Revolução Francesa e a constituição do Estado moderno, observa-se uma transformação na natureza do direito, tornando-se predominantemente legalista. Nesse contexto, as normas consuetudinárias e os princípios do direito natural são desconsiderados, sendo substituídos exclusivamente pelo direito previsto em documentos legislativos. Essa mudança reflete a aplicação de um direito influenciado pelo racionalismo, inspirado na abordagem matemática dos séculos XVII e XVIII, marcando um período de triunfo da razão no pensamento ocidental. (PERELMAN, 2008, p. 14) O direito produzido e sancionado pelo Estado passa a ser o único reconhecido (BOBBIO, 1995, p. 29), destacando-se a primazia dos princípios da legalidade

e da segurança jurídica como características fundamentais do direito positivo. (PERELMAN, 2008, p. 44) No contexto do Estado moderno, intensifica-se o caráter sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário, aproximando-o do raciocínio formal e estabelecendo uma relação próxima entre o direito e a matemática. Isso resulta em uma maior subordinação do poder judiciário ao poder legislativo, configurando uma perspectiva estatizante e legalista do direito.

Os pressupostos e requisitos apresentados, à medida que o tema evolui, destacam-se desde a discussão na escola exegetica, na qual as noções de clareza e interpretação eram antitéticas. A interpretação de um texto claro não competia aos operadores do direito. Surgiam indagações sobre quando se poderia considerar um texto claro: deveria prevalecer a letra ou o espírito do regulamento, ou seja, a intenção do legislador? (PERELMAN, 2008)

Essa teoria falha em explicar o fato de que o costume e a jurisprudência exerciam influência significativa sobre a dinâmica do direito. Portanto, o direito, conforme estabelecido nos textos legais promulgados e formalmente válidos, não necessariamente reflete com precisão a realidade jurídica. Em situações em que a sociedade estava profundamente dividida sobre uma questão específica, o direito positivo mostrava-se limitado na capacidade de resolver situações não previstas, ou previstas de modo muito abstrato no suporte fático dos textos legislativos.

No contexto de uma lacuna na lei, questiona-se como o raciocínio jurídico poderia seguir a abordagem proposta pelos exegetas. A percepção de uma lacuna na lei implicaria, de modo indubitável, que para o juiz a resolução do problema não poderia ser deduzida a partir do texto legal. No preenchimento da lacuna, sua decisão deveria ser motivada utilizando formas de raciocínio distintas das propostas pela lógica formal.

A crise do positivismo surgiu no pós-guerra, à medida que a máxima “a lei é lei” começou a ser contestada, inclusive por destacados defensores do positivismo. Como exemplo, o positivismo praticado no estado nacional-socialista evidencia que uma norma injusta e imoral poderia ser considerada válida e de aplicação imediata.

Mesmo os mais fervorosos defensores da doutrina juspositivista passaram a criticar a prática da filosofia legalista dos fatos. Como o direito lidaria com a presença de uma antinomia entre uma regra de direito positivo e uma regra não escrita? Limitaria o alcance do texto positivo e permitiria a criação de uma lacuna, ou o juiz deveria preencher a lacuna de acordo com a regra de direito não escrita?

O Código Napoleônico já abordava, em seu artigo quarto, a impossibilidade de o juiz deixar de julgar a lide com base no argumento de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. O julgador que não prestasse a devida tutela jurisdicional poderia ser processado como culpado de justiça denegada. A tutela jurisdicional é um direito fundamental do cidadão no estado de direito, sendo uma conquista necessária para a organização do homem como ser civilizado. Dessa forma, o poder judiciário deveria descobrir o direito e respeitar o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Não bastava uma decisão de aparência equitativa; era necessário que fosse conforme o direito em vigor e, mais importante ainda, aceitável como equitativa por aqueles que iriam examinar a decisão.

Esse modo de conceber o direito tinha como principal finalidade proteger e assegurar o direito de propriedade e da não interferência do Estado nas relações civis mercadológicas. Tanto é verdade que os reflexos axiológicos do Estado liberal estão presentes no conceito de ato ilícito posto no Código Civil de 2002. A própria literalidade do texto confirma esse diagnóstico, quando condiciona o resultado do dano na violação de direito. Não basta a violação de direito, deve haver dano, vejamos a descrição do suporte fático do texto:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Houve no ordenamento jurídico brasileiro uma unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, resultando em uma perspectiva civilista fundamentada nas relações do Estado moderno, onde todos eram formalmente iguais. Preservou-se

nos contratos a autonomia da vontade das partes, impedindo assim a interferência do Estado nas relações de âmbito privado.

A própria doutrina civilista reafirma esse diagnóstico, como se demonstra na obra *Obrigações* de Orlando Gomes, este afirma que “o ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso” (GOMES, 1992, p. 313-314). Igualmente a atual doutrina do festejado Flávio Tartuce, em sua obra *Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil* do mesmo modo conceitua ato ilícito como “é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém” (TARTUCE, 2018, p. 330).

Nesse contexto, a parte lesada no contrato recebia apenas o equivalente em dinheiro, sem modificar os mecanismos de mercado do liberalismo clássico. As qualidades dos sujeitos e de seus bens não eram relevantes, e a tutela ressarcitória expressava apenas o custo econômico das lesões contratuais, sem considerar outros aspectos.

Quem não raciocina com a distinção entre dano e ilícito realmente não tem condições de pensar em omissão ilícita que se perpetua como fonte de danos. O não cumprimento de um dever legal por parte da Administração, necessariamente para evitar degradação do meio ambiente, evidentemente não se exaure em um único momento, mas se perpetua no tempo. A distinção entre ato contrário ao direito (ilícito) e fato danoso permite enxergar que a simples violação de um dever pode abrir ensejo a danos e, assim, que se deve inibir a omissão que se protraí no tempo. (MARINONI, 2015, p. 108)

Deste modo, intui-se que a sociedade moderna é materialmente reproduzida pela ação orientada à produção de mercadorias, das transações comerciais de compra e venda, “segundo regras, de administrar a aplicação das leis segundo critérios impessoais, de assegurar a infra-estrutura necessária para a circulação de bens e pessoas e muitas outras coisas mais.” (NOBRE; TERRA, 2008, p. 20)

Na lógica da reprodução material da sociedade, o mundo e os atores sociais são tomados não como sujeitos dotados de opiniões, visões do mundo e crenças, mas como meros objetos, como meios com vistas à consecução de um fim determinado. Essa lógica neutraliza, portanto, os potenciais de conflito e de dissenso, já que está orientada unicamente para a consecução

ção de determinados fins de reprodução material previamente estabelecidos. O tipo de ação social característico dessa lógica é, para Habermas, a ação instrumental. (IBIDEM, pp. 20-21)

Por conseguinte, a razão instrumental é uma chave de interpretação para a compreensão dos fundamentos do Estado liberal e da jurisdição civil law.

A razão instrumentalizada passou a preocupar-se, tão somente, com a definição de fins condicionados às circunstâncias dadas. Em lugar de fins últimos se devem buscar fins adequados a meios disponíveis. Na carência de um fim último, o sujeito moderno passou a flexibilizar sua ação por uma lógica meio-fim, em que o fim, não sendo determinado, senão circunstancialmente, possibilita a transformação do homem em objeto, cuja ação torna-se passível de manipulação e de instrumentalização. (BANNWART JUNIOR, 2008 p.74)

Todavia, “a estabilização fornecida pela lógica instrumental de algumas ações sociais não elimina os potenciais de conflito e de dissenso próprios das sociedades modernas. (IBIDEM). A preocupação com a harmonia social dos direitos não patrimoniais, como a dignidade humana, tornou-se mais evidente. Por isso, após a Segunda Grande Guerra, houve uma desconstrução dos grandes discursos ideológicos, incluindo o liberalismo clássico, que passou a coexistir em mesmo grau de hierarquia constitucional frente aos direitos sociais de natureza ideologicamente antagonista.

Nesse cenário contemporâneo, tornou-se imperativo tutelar os direitos não patrimoniais, tais como a dignidade da pessoa humana, a hipossuficiência do consumidor, a livre concorrência, e os direitos trabalhistas. Faz-se essencial a elaboração dogmática que distinga de maneira efetiva entre ilícito e dano, a fim de proteger adequadamente as diversas e emergentes necessidades dos direitos difusos e coletivos.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais não encontram resposta suficiente nas tutelas que simplesmente associam o ilícito ao pagamento de indenização. Eles demandam garantir o bem em si e assegurar a harmonia Das relações sociais.

O problema, atualmente, não é mais tutelar o indivíduo em relação ao Estado, mas garantir sua justa inserção na sociedade mediante a tutela dos interesses e das necessidades fundamentais a uma organização social justa e equilibrada. É natural,

assim, que se exija do Estado políticas públicas voltadas ao implemento dos direitos fundamentais. Como corolário disso, passam a valer menos as normas que proclamam direitos e mais as normas de tutela dos direitos fundamentais e as ações concretas voltadas à execução de programas de ação, ou seja, de políticas públicas. (MARINONI, 2015, p. 107)

Destarte, Habermas propõe uma teoria reconstrutiva da modernidade, buscando deslocar a razão do sujeito ao discurso intersubjetivo (entre sujeitos), a chamada razão comunicativa.

Na ação comunicativa, o objetivo não é o êxito, não é o cálculo dos melhores meios para alcançar fins previamente determinados; a ação comunicativa tem por objetivo o entendimento entre os participantes da discussão. Da perspectiva da ação comunicativa, é essencial que se faça ouvir o maior número possível de vozes, de opiniões e de questionamentos, sem restrições. Segundo Habermas, esse tipo de ação permite a reprodução simbólica da sociedade, sem a qual o conflito e o dissenso se expressariam unicamente em termos de interesses inconciliáveis, segundo a lógica da ação instrumental, o que levaria a sociedade moderna à autodestruição. (NOBRE; TERRA; p. 21)

Nessa perspectiva, o presente trabalho sustenta a função dos precedentes judiciais como uma possibilidade de justificação do direito por meio de uma razão construída pelo consenso em diálogo dos destinatários do direito dentro do processo judicial – uma tentativa de superação da mera razão instrumental do direito burguês construído à luz da jurisdição *civil law*. Isso abarca não apenas os destinatários com pretensões subjetivas da causa, mas também aqueles para quem a causa transcende.

2 PRECEDENTES COMO LINGUAGEM ORDINÁRIA DO DIREITO NO MUNDO DA VIDA

A razão comunicativa é uma proposta de mediação entre os sistemas de linguagens instrumentais por meio da linguagem ordinária, construída em consenso. É uma tentativa de romper com a torre de babel em que vivem as esferas de valor, fechadas em sua própria sistemática e instrumentalidade. É uma proposta de possibilitar o diálogo entre diferentes sistemas.

O presente trabalho não busca afastar o sistema de legalidade, mas sim complementá-lo com o sistema de precedentes, pela valiosa contribuição que este oferece ao significado da própria ordem legal no ato de interpretar, que demanda uma reconstrução conceitual do texto, pois,

[...] interpretar é construir de a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. (AVILHA, 2015, p.53-54)

Logo, justificada a imprescindibilidade da compreensão de que a lei é insuficiente para a garantia da segurança jurídica, o sistema de legalidade precisa abrir-se sistemicamente para a solução fornecida pela doutrina dos precedentes obrigatórios, a fim de conter as incertezas advindas das mutações do mundo da vida e institucionalizar as interpretações dadas para orientar casos futuros.

Como observa a doutrina, “o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado”. Isso quer dizer que se assume a separação entre texto e norma – o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários. (MITIDIERO, 2017, p. 21)

A verdade de que a norma jurídica só existe depois de interpretada, foi institucionalizada no Brasil pelas razões determinantes da ADPF 153/DF, que delimitam o seguinte,

(...) 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre

o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. (...) (STF - ADPF: 153 DF - DISTRITO FEDERAL 0006303-63.2008.1.00.0000, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/04/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-145 06-08-2010.)

Um bom exemplo, ocorreu na jurisdição trabalhista, no Art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que aborda a responsabilidade solidária do crédito trabalhista em caso de existência de grupo econômico, oferece um exemplo pertinente de interpretação jurídica. Este dispositivo legal estabelece a responsabilidade solidária das empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico pelos créditos trabalhistas de seus empregados.

A interpretação atribuída pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e sua aplicação prática ajudam a elucidar a eficácia e a abrangência desse dispositivo. O TST, ao interpretar o referido dispositivo, tem reforçado a ideia de que a mera identidade de sócios ou a simples participação no controle acionário não são suficientes para configurar a existência de grupo econômico. É necessária uma análise mais profunda das relações entre as empresas envolvidas, levando em consideração aspectos como a coordenação de atividades, a interdependência econômica e a utilização de recursos em comum.

Para tornar o argumento mais inteligível ao mundo jurídico e à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, há um bom exemplo de norma jurídica como interpretação do texto legislativo no caso do Art. 2º, § 2º da CLT, que trata da responsabilidade solidária do crédito trabalhista por existência de grupo econômico. No seguinte quadro é possível comparar o texto inaugurado e a interpretação atribuída pelo Tribunal Superior do Trabalho e sua aplicação:

Legislativo	Judiciário
Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...] § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.	Esta Corte Superior pacificou entendimento de que a mera existência de sócios em comum e de relação de coordenação entre as empresas não constituem elementos suficientes à configuração de grupo econômico. O TST entende ser imprescindível a existência de vínculo hierárquico entre elas, consubstanciado no efetivo controle de uma empresa líder sobre as demais. Assim, ao manter a responsabilidade solidária das Reclamadas, com amparo no reconhecimento da existência de grupo econômico configurado a partir da relação de coordenação entre as empresas e da mera existência de sócio diretor comum, o Tribunal Regional procedeu à interpretação do artigo 2º, § 2º, da CLT dissonante da consolidada no âmbito desta Corte Superior²

O precedente judicial proferido pelo TST é resultado da interpretação do texto, que passa a ser mais inteligível aos jurisdicionados.

O fato de os dispositivos em geral dependerem de interpretação para resultar em normas e em um sistema normativo faz com que se perceba que inexistente um sistema a priori ou mesmo uma norma jurídica antes da interpretação: uma e outra dependem de uma decisão interpretativa que adscreeva um sentido ao texto ou ao seu conjunto. Daí porque a produção normativa vai das fontes às normas e das normas ao sistema – ao contrário do que se supunha quando se imaginava a interpretação como simples declaração de uma norma inserida em um sistema (aí compreendidas ambas com significados totalmente determinados antes da interpretação). (MARINONI; ARENHARTD; MITIDIERO, 2019, p. 40)

Contudo, o processo hermenêutico não pode ocorrer de modo discricionário, sugerindo uma livre interpretação dos significados dos textos, como bem delimita Adriano Soares da Costa,

O processo hermenêutico não pode ser visto como um processo arbitrário, em que o interprete atribui, como queira, significação ao texto analisado. Dizer que o signo não possui, ele próprio, uma significação emascula o processo comunicacional, que apenas pode ser realizado dentro de um código comum

2 TST - Ag-RR: 105870920175030089, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 15/04/2020, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2020

ao emissor e ao destinatário. Quem expressa alguma mensagem, buscando ser compreendido, expressa dentro de uma gramática comum à comunidade do discurso. Sem isso não há possibilidade de comunicação. Existe, pois, entre o emissor e o destinatário um código comum, e, por isso, uma série de regras que atribuem ao signo um significado. (DA COSTA, 2009, p. 30-31)

Na mesma obra, dando continuidade ao argumento, Soares adverte que a norma jurídica deve ser entendida e analisada em sua dimensão intersubjetiva, logo, “a norma jurídica não é uma significação que um interprete individualizado, psicologizado, saque das fontes de direito”. (IBIDEM, p. 32)

Os precedentes atribuem “unidade à ordem jurídica, estabelecendo-se qual é o significado do direito em determinado contexto” (MITIDIERO, 2023, p. 24), sendo identificados nas razões determinantes das decisões proferidas pelas Cortes Supremas (STF, STJ, TST, TSE e STM), as chamadas, *ratio decidendis*.

Utilizo o termo *ratio decidendi* como sinônimo de precedente. Precedentes são razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente particularizada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de uma reconstrução lógico-argumentativa empreendida a partir da decisão de casos pela unanimidade ou maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. (IBIDEM, p. 22)

(...)

Posso definir a *ratio decidendi* como uma norma formulada a partir da decisão de um caso por uma Corte Suprema em que razões necessárias e suficientes operam sobre fatos relevantes para determinar, no todo ou em parte, a solução de uma questão idêntica ou semelhante. Como muitos fatores influenciam essa formulação, é preciso tomar o texto da decisão como uma moldura capaz de fornecer, diante de suas descrições concorrentes, uma prescrição normativa mediante a reconstrução lógico-argumentativa. (IBIDEM, pp. 69-70)

Por conseguinte, conforme já exposto, o precedente não sai do nada, mas é oriundo dos fatos de um caso, o que “significa que a *ratio* foi objeto – no mínimo – de efetivo debate entre as partes e a corte” (IBIDEM, p. 72). Assim, destaca-se o papel do juiz como parte do contraditório, ele não é mais neutro em relação a busca da verdade, mas seu maior interessado, esse é modelo processual de colaboração ao qual o Código de Processo Civil de 2015, onde há “um juiz paritário no diálogo e assimé-

trico na decisão” (MITIDIERO, 2019, p. 72). À vista disso, com a colaboração entre o juiz e as partes em contraditório – não há colaboração entre as partes, pois é um dever do juiz de conduzir o processo de modo cooperativo (IBIDEM, p. 71) – supre-se o déficit de legitimidade invocado por aqueles que apontam o judiciário como um legislador que usurpa a função do poder legislativo.

Nesta perspectiva, o direito ao contraditório é um direito de influência, de debate e de participação no convencimento judicial, além disso, as partes têm a confiança de que a decisão foi gerada considerando o conteúdo do debate. (IBIDEM, pp. 89-90)

Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente ‘sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício. (STJ, 2ª T., REsp 1.676.027/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017, DJe 11.10.2017)

Portanto, nesse modelo proposto, a legitimidade do direito está à mesma perspectiva da ação comunicativa, onde “é essencial que se faça ouvir o maior número possível de vozes, de opiniões e de questionamentos, sem restrições.” (NOBRE, p. 21) O direito não fica reduzido à sua facticidade (direito positivo), mas é sustentado por sua validade (legitimidade), justificado por meio da ação comunicativa, *locus* onde se permite a tradução das diferentes realidades em linguagem ordinária para o entendimento dos diferentes participantes da discussão.

A teoria da ação comunicativa proposta por Habermas proporciona uma nova fundamentação para o poder de dominação, abordando sua legitimidade na prática discursiva da soberania popular. Nessa perspectiva, todo poder político emana do poder comunicativo dos cidadãos, indo além da concepção de um direito natural racional, conforme delineado pela razão prática kantiana. Habermas sustenta que a Teoria do Agir Comunicativo desloca a ênfase da razão prática para a razão comunicativa, o que implica na explicitação do que os atores devem fazer,

em consonância com o Direito. (ENCARNAÇÃO, 1998, p. 143) Habermas argumenta que a razão, enquanto condição de emancipação humana, assume um caráter comunicativo, não sendo apenas uma faculdade compreensiva, mas também interventiva. Essa razão não se configura mais como um princípio de Direito Natural que é revelado ou descoberto, mas sim como um meio de purificação “ad hoc” dos interesses que comprometem as relações. Portanto, a razão comunicativa emerge como uma concorrente do conceito de direito natural. (Ibidem, p. 122)

Destaca-se que o direito moderno, fundamentado nos valores jusnaturais do Estado liberal de direito, é derivado de uma lógica que busca o sucesso das operações mercadológicas. No entanto, como previamente sustentado, revela-se inadequado para atender às demandas contemporâneas advindas do pluralismo social. Esse fenômeno rompeu definitivamente com a hegemonia das tradições clássicas e modernas, anteriormente consideradas as únicas fontes de suporte simbólico que influenciavam a formação das identidades sociais e da personalidade.

Assim, para estabelecer e legitimar a soberania popular em uma comunidade jurídica fragmentada em opiniões, valores, ideologias e crenças diversas, é necessário que o direito seja um meio de interação intersubjetiva, não se limitando apenas à interação entre sujeito e objeto. Logo, essa interação intersubjetiva é concretizada por meio do diálogo. o precedente é resultado de um diálogo institucional.

CONCLUSÃO

Para que o direito positivo brasileiro tenha maior segurança jurídica e promova efetiva igualdade, é necessário que, além da igualdade perante a lei, exista igualdade perante as decisões judiciais. Isso só é possível se houver respeito aos precedentes e à delimitação de casos idênticos, semelhantes e distintos, por meio de uma linguagem ordinária institucionalizada na fundamentação da decisão, na qual se apresentam as razões determinantes como fontes primárias de direito em casos futuros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Robles de. **O que significa violar uma norma jurídica? Uma perspectiva processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Estruturas normativas da teoria da evolução social de Habermas** / Clodomiro José Bannwart Júnior. Campinas, SP : [s. n.], 2008. Orientador: Marcos Nobre. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas)

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL, STF - ADPF: 153 DF - DISTRITO FEDERAL 0006303-63.2008.1.00.0000, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/04/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-145 06-08-2010.

BRASIL. STJ, 2ª T., REsp 1.676.027/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017, DJe 11.10.2017

BRASIL. TST - Ag-RR: 105870920175030089, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 15/04/2020, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2020

DA COSTA, Adriano Soares. **Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica**. 3. ed. Lorena. SP: Editora Stiliano, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**; tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 3ª ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Ratio decidendi*: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta? São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MITIDIERO, Daniel. *Relevância no recurso especial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil* 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O filtro de relevância**: do precedente ingênuo ao precedente relevante. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único CPC 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.) *Direito e democracia*: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

PERELMAN, Chaïm. Tratado de argumentação: a nova retórica. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Forense, 2018.

**DEMOCRACIA E
DESAFIOS AMBIENTAIS
EM CENÁRIOS GLOBAIS**

EPISTEME DA CIRCULARIDADE ECONÔMICA DIANTE O PÓS-EXTRATIVISMO E DECRESCIMENTO

Renato Zanolla Montefusco

Doutorando no PPGCTS-UFSCar. Mestre em Direito pela UNIVEM. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. e-mail: renato.montefusco@uemg.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1294-0844>.

Maristella Rossi Tomazeli

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. e-mail: maristella.2199440@discente.uemg.br; ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-9777-4374>.

INTRODUÇÃO

Parâmetros de circularidade econômica norteiam realidades complexas do humano nos corredores do atual labirinto socioeconômico, político e cultural. O legado da modernidade industrial trouxe à baila reflexões sobre a existência de um pós-modernismo, uma pós-industrialização, um pós-desenvolvimento, um pós-capitalismo etc.; fato é que, usualmente, a utilização do prefixo “pós” aduz linhas de pensamentos contemporâneos que buscam saídas daquele labirinto.

Dentre os caminhos buscados, o pensamento latino-americano pós-extrativista duela com o idealismo eurocêntrico sobre decrescimento (*degrowth*); nesse cenário, compatibilizar reflexões sobre Economia Circular (EC) com ide políticas antagônicas impõe necessária ponderação sobre as promessas e limitações na implementação de uma política pública no estado brasileiro que possa atender aos anseios de crescimento-desenvolvimento-progresso, uma tríade secular, pautada na linearidade econômica.

Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo demonstrará o discurso que orbita a Economia Circular e a necessária mudança de paradigmas para a compreensão da capacidade de se sustentar a vida (*Sustainability*), dito de outra maneira, sustentabilidade apta a atender parâmetros sociais e econômicos no século XXI; ora, como será evidenciado, típicos problemas da modernização impingem o humano pós-moderno ao enfrentamento de sua própria realidade. Para além da relação Homem-Natureza, interesses socioeconômicos sopesar tomadas de decisões transnacionais e, neste cenário, objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) carregam, para além de um desafio em sua implementação integrativa, um embate entre “colonizadores” e “colonizados”, pois questiona-se: como ser possível promover uma simbiose orgânica entre sociedade, produção, consumo e sistemas econômicos?

Em tempo, o objetivo específico deste estudo desvelará as discussões sobre pós-extrativismo e decrescimento, (*degrowth*) sustentável e econômico; há relevância na apreciação destas linhas de pensamento que, ao seu turno, demonstram o modo pelo qual Estados-nações, cada qual em seu estágio evolutivo, se debruçam em posicionamentos sobre circularidade econômica; fato é que, se há um idealismo vanguardista sobre circularidade econômi-

ca, objetivos de desenvolvimento sustentável, *design* de culturas regenerativas etc., estes sofrem oposição diante comportamentos político-econômicos seculares, nascidos na era da industrialização onde aquela tríade, acima exposta, somada à expressão “a qualquer custo” emoldura as realidades complexas vividas e vivenciadas pelo humano pós-moderno.

O discurso acerca da circularidade econômica estabeleceu a perspectiva da busca de uma harmonização na relação Homem-Natureza; uma harmonização? Indagação adequada, pois a postura extrativista do humano não considerava a necessidade de uma harmônica até o séc. XX? Ora, ideais eco desenvolvimentistas dos idos de 1972 em Estocolmo, o desenvolvimento sustentável em 1987 exposto no relatório *Brundtland* e objetivos de desenvolvimento sustentável em 2015 de acordo em Paris expõem 52 anos de elucubrações na busca por uma harmonia.

Ignorância consentida ou ingenuidade humana desvelam causa-efeito na relação Homem-Natureza e, neste contexto, a Economia Circular talvez possa ser considerada um ganho (eco)consciencial do humano; fato é que neste caminho, surgiram conceitos disruptivos que afrontam a economia linear, estrutura econômica secular que ganhou vulto com o afloramento do capitalismo moderno. Inúmeros aportes epistemológicos surgiram, dentre os quais o *design* regenerativo que, ao seu turno, vai além da simples revisão de danos ambientais, buscando criar e ressignificar sistemas que promovam a restauração e regeneração orgânica entre o humano e seu *habitat*; uma prometeica visão para um futuro próximo e remoto contudo, como implementar tal ideologia?

A construção de saberes, impulsionados pela ciência e tecnologia, na promoção de práticas econômicas, entendidas ecologicamente eficientes, se torna um jargão recorrente; surgem, deste contexto, diferentes epistemes que buscam implementar aquela ideologia, acima questionada, sendo certo afirmar que economia de *performance*, ecologia industrial, “*cradle-to-cradle*” (C2C), biomimética, capitalismo natural e *design* regenerativo, observadas a contento, são destaque neste estudo.

Há relevância no contexto acima exposto para discussões que orbitam a globalização que, ao seu turno, deve ser observada na atualidade diante o critério da *glocalização*, ou seja, relações socioe-

conômicas e políticas pautadas “do local para o global”; ademais, é relevante observar os efeitos de novas tecnologias que pugnam pelo necessário desapego à linearidade econômica, balizada no pegar-fazer-descartar, e aderência a novos paradigmas de circularidade que necessariamente impõe reflexões “do local para o global” e não vice-versa. É neste cenário que, para além da prometeica Economia Circular, o embate entre pós-extrativismo e decrescimento surge como ponto de inflexão.

A proposta deste estudo propõe uma reflexão sobre a episteme da circularidade econômica diante o pós-extrativismo e decrescimento; o pressuposto busca uma antevisão sobre como promover uma simbiose orgânica entre sociedade, produção, consumo e sistemas econômicos, e; o problema discute o antagonismo entre pós-extrativismo e decrescimento (*degrowth*). Através da metodologia exploratória qualitativa e do método hipotético-dedutivo serão insculpidos argumentos para atender o objetivo geral e específico para elucidar proposta, pressuposto e problema desta pesquisa.

1 O ENCAIXE PARA ECONOMIA CIRCULAR

Fronteiras emergentes, alavancadas pelo idealismo da circularidade econômica, estabeleceram uma mudança em parâmetros do “como” sustentabilidade deve ser entendida no séc. XXI; a afirmação respalda-se em abordagens regenerativas que, para além de apenas reverter danos aos sistemas naturais, buscam antever sistemas que promovam uma convergência, evolução e ressignificação para cadeias de produção e consumo mitigando e sobrepujando práticas econômicas convencionais e lineares herdadas da era da industrialização.

O labirinto socioeconômico, político e cultural moderno, balizado no conceito “*green*” ou esverdeamento, abarca as reflexões contemporâneas que têm manjedoura nos idos de 1972, em Estocolmo, quando então tomou vulto o ideal de ecodesenvolvimento. A transição para novos *designs* sustentáveis e regenerativos exige uma maturação social e uma mudança de paradigmas. Cartas políticas dos Estados-Nações, diante o “*Greening* constitucional” estabeleceram “*approaches*” em busca de criar um sistema mais rico e regenerado para as gerações futuras e, nesse aspecto, em linha com o princípio

da solidariedade intergeracional a Constituição brasileira de 1988, art. 225, *caput*, desvela o resultado daquelas reflexões.

Ora, como aludido na introdução, em 1972 o ecodesenvolvimento (Estocolmo); em 1987 o desenvolvimento sustentável (Brundtland), e; diante do compromisso global com o Desenvolvimento Sustentável, a Economia Circular toma vulto; neste cenário inúmeras diretrizes normativas, espalhadas em âmbito global, surgem e desvelam a necessária colaboração de Estados-nações e partes interessadas para alcançar os célebres objetivos pautados na Agenda 2030; 17 objetivos e 169 metas que para terem êxito, carecem da hercúlea tarefa de serem implementados de forma integrada.

A tutela dos recursos naturais que, diante a comodificação sutilmente passaram a ser nominados como capital natural, se tornou fundamental para garantir o direito à natureza e da imbricada relação Homem-Natureza, por meio de uma ótica sustentável, restaurativa, reconciliatória e regenerativa. Como implementar tudo isso? Ora, a prometeica Economia Circular surge como pêndulo entre o moderno e o pós-moderno; contudo, deve-se observar o discurso sobre a implementação da circularidade de que forma? Sob a ótica de países progressistas com economias emergentes que pugnam pelo pós-extrativismo ou por Estados desenvolvidos que modulam o decrescimento (*degrowth*) como parâmetro? Indagações factíveis que desvelam o embate epistemológico sobre tutelar a Natureza diante esforços de integração transfronteiriça até 2030, uma data carente de postergação, que visam reduzir a geração de resíduos e promover a conscientização para um pós-desenvolvimento.

O que se deseja sustentar? uma indagação factível a ser enfrentada, pois o engajamento e simbiose entre a sociedade, sua cadeia de produção e consumo, sistemas de comércio e construção dentre outras áreas se faz necessário e nesse esteio, surge a emergência global ao enfrentamento da crise socioambiental, política e econômica que, ao seu turno, são orientadas por uma sustentabilidade resignificada no séc. XXI. Neste cenário, orbitam as escolas de pensamento sobre uma circularidade econômica.

1.1 A episteme do desencaixe “circular”

Conhecimento propicia desenvolvimento. A construção científico-tecnológica de materiais e ambientes sociais demonstra que tanto fatos científicos quanto artefatos tecnológicos geram grandes impactos no mundo material e social, dessa forma, “podemos dizer que a ciência e tecnologia contribuem para a construção de muitos ambientes”, (Sismondo, 2010, p. 62); os efeitos da tecnologia são enormes, sejam estes intencionais ou não; a ciência tem o condão de “modelar o mundo” tal como a política, diante ações governamentais, respaldadas em evidências científicas. Nesse interim, conhecimento e desenvolvimento são cortejados por Susan Cozzens em seu estudo “Knowledge and Development” quando então afirma que o fenômeno das democracias contemporâneas e do desenvolvimento são contestáveis sob a ótica de permitirem o necessário embate em prol da evolução,

Como a democracia, o desenvolvimento é um conceito essencialmente contestado, com muitos vínculos em seu significado para permitir que sempre se assente em uma forma. A palavra invoca o processo e direção, e convida à questão: desenvolvimento para quê?, (COZZENS *et. al.*, 2008, p. 787, tradução nossa).

Há relevância nesta discussão, pois a criação e introdução de políticas públicas “glocalizadas” que almejam o desenvolvimento sustentável devem, ou deveriam, questionar a questão desenvolvimentista; nesse sentido, ponderar sobre arranjos institucionais, regulamentações de comando e controle e instrumentos econômicos para promover atitudes pró-ambientais e pós-desenvolvimentistas de progresso-crescimento se tornam dependentes de projetos sustentáveis. Conceitos derivados da permacultura econômica, dito de outra maneira, de uma cultura econômica que “afasta” o descarte promovem a transição de uma economia linear balizada na tríade extração-utilização-descarte para uma economia circular estruturada no uso, funcionalidade e desempenho.

Ciência e tecnologia buscam-se inovações sustentáveis que, ao seu turno, influenciam sobremaneira abordagens institucionais e fomento de políticas públicas com ênfase no desenvolvimento ecológico libertário de suas origens econômicas lineares permitirão possível saída do humano do labirinto social, econômico e político

advindo da sociedade moderna, nominada no final do séc. XX como “sociedade de risco” que, segundo Ulrich Beck (2011) representa uma sociedade exposta àquele binômio causa-efeito tendo como tributário à globalidade pois,

os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. (Beck, 2011, p. 26).

Riscos e ameaças atuais, vale ressaltar, nutridas de um *ontem* pautado no crescimento-desenvolvimento-progresso que, diante a globalidade intensificou a relação Homem-Natureza na exploração desenfreada de recursos naturais. Ora, a era da industrialização nos idos de 1760 em diante e a grande aceleração dos idos de 1960 em diante resultam na necessidade do enfrentamento de desafios, criados pelo próprio humano e sua intrepidez.

Desafios; estes são presentes ao humano, no *ontem* e no *hoje*, contudo para enfrentá-los se observa um engajamento transnacional diante o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e a Organização Meteorológica Mundial, que posteriormente se tornou o IPCC, fornecendo uma base teórico-científica para a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) na Rio-92; sem embargos, importante marco para o enraizamento do arcabouço de eco conscientização da sociedade global; neste cenário, surgiram princípios como “responsabilidades comuns, mas diferenciadas” e “poluidor pagador” que, ao seu turno, estabelecem aos países industrializados o dever de evitar o agravamento dos problemas ambientais com a ajuda dos países em desenvolvimento. Neste hiato principiológico, é factível afirmar que a transcendência de reflexões alcança o pensamento pós-extrativista dos “colonizados” e o decrescimento (*degrowth*) dos colonizadores, reflexões que serão observadas a contento. Fato é que, a busca por projetos sustentáveis se tornou ponto cardinal para acordos transnacionais; ademais, uma “eco identidade” transnacional se corporificou no discurso global e, por consequência, o pensamento socioeconômico circular tomou vulto no final do séc. XX.

1.2 O pensar circular

O discurso e reflexões sobre a Economia Circular (EC) desempenham papel disruptivo na sociedade do século XXI, pois há transversalidade e transdisciplinaridade nas elucubrações científicas que, justificando novo parâmetro socioeconômico, apontam um sistema-Terra em risco, assoberbado pela emergência climática, fruto das relações antropogênicas impingidas pelo humano; (in)certezas sobre a relação Homem-Natureza orbitam EC, pois “A Era do Humano” demonstra seu desconhecimento acerca da questão, contudo “anuncia com alarde seu desaparecimento” (Latour, 2020, p. 194); Yuval Harari, ao seu turno, afirma que “Durante esses milênios o *Homo sapiens* tornou-se o mais importante fator individual na mudança da ecologia global.” (Harari, 2016, p. 80). Pensamentos utópicos, poderia ser afirmado, contudo na obra “Direito e Utopia”, João Batista Herkenhoff (1999) considera a utopia tão somente uma representação do que ainda não existe, uma antevisão disruptiva, mas que pode ser alcançado por meio do esforço humano.

Ora, (in)certezas, contradições, embates epistêmicos interdisciplinares orbitam as reflexões sobre a mudança de paradigma econômico, há uma miríade de informações que nutrem esses diálogos; contudo, é factível afirmar que há um ponto comum a ser considerado, a Natureza e o consumo desta; nesse sentido, Jason Moore, trouxe à baila a discussão sobre a “Natureza-barata” afirmando que,

A ecologia-mundo capitalista começou no longo século XVI. Quase ninguém parece ter percebido a geografia da transformação ambiental global como a pista decisiva para todos os outros momentos de transição. Os ambientalistas procuraram pela máquina moderna e a encontraram: o motor a vapor e todo o resto. Os marxistas procuraram pela estrutura de classe “correta” – trabalhadores assalariados, relações de propriedade burguesa e tudo isso – e também a encontraram. Os economistas procuraram por algo parecido com mercados modernos e mecanismos institucionais favorecendo uma “economia moderna”. Essas coisas eram muito importantes. E todos ignoraram algo muito relevante: um novo padrão de criação de ambiente. (Moore, 2022, p. 158).

Se há uma ecologia-mundo capitalista e os recursos naturais, transformados em *commodities*, a EC aduz estes como capital natural que, ao seu turno, são objeto de gestão eficiente. Mas, como gerir

tal capital? Neste contexto, escolas de pensamento que almejam a circularidade, sim, a expressão é “almejar”, representam uma dissociação do modelo econômico linear, promovendo pretensão modelo econômico adequado à sociedade do século XXI, implicando em preocupações com o futuro e os riscos associados à modernidade e a coisificação da natureza, que se tornou barata, sob a tríade extração-utilização-descarte.

De forma antagônica a EC resta consolidada como uma abordagem econômica que visa minimizar o desperdício e otimizar o uso de recursos, que não deixaram de ser considerados *commodities*, contudo sob a égide tecnocientífica afronta o modelo econômico linear; neste caminho, surge uma inquietação: a natureza deixará de ser “barata”, sob a ótica de Jason Moore (2022)? Uma possível resposta reside no ideal da circularidade que se concentra em manter produtos, materiais e recursos em uso o máximo possível que, em tese, ressignifica o descarte, alterando o padrão de linearidade. Como defende Walter Stahel (2016) a EC visa criar um ciclo virtuoso onde “nada está perdido, tudo é transformado.”; ora, o pensamento de Lavoisier de que na natureza, nada é criado ou perdido, mas, tudo é transformado respalda o discurso de Stahel; desta feita, EC, então, não trata de uma inovação disruptiva, contudo uma ressignificação de padrões socioeconômicos ancestrais; sob essa perspectiva um conceito se faz necessário,

O conceito de Economia Circular enquanto proposta inovadora de implementação de um novo sistema de processo produtivo, propõe profundas modificações estruturais e assume um maior protagonismo ao contradizer o sistema usual da Economia Linear (...) (Abdalla; Sampaio, 2018, p. 83).

Para além do conceito, acima evidenciado, em busca de alcançar novo paradigma econômico, princípios norteadores na concepção da circularidade econômica impulsionam o (re)pensar sobre a linearidade econômica, e seu desapego, pugnando pela circularidade. Nesse sentido,

1. Preservar e aprimorar o capital natural, com a restauração e regeneração dos recursos naturais;
2. Maximizar o rendimento de recursos, o que leva, principalmente, à redução dos desperdícios e à circularidade dos recursos; e

3. Estimular a efetividade do sistema, gerando impactos positivos para todas as partes interessadas. (EMF, 2014)

Com base no conceito e princípios acima insculpidos, o “pensar circular” se concretiza, desnudando perspectivas para novos sistemas de produção, balizados em ciência e tecnologia, antagônicos ao sistema produtivo da economia linear; sob esta perspectivas, serão observados a seguir, diferentes vertentes de pensamento econômico circular balizados na economia de *performance*, ecologia industrial, “*cradle-to-cradle*”, biomimética, capitalismo natural e *design* regenerativo.

A *economia de performance*, idealizada por Walter R. Stahel em manifesto intitulado *Product-Life Factor*, busca no conservadorismo; na limitação da toxicidade; produção de recursos; ecologia cultural, e; ecologia social seus fundamentos. A visão de uma economia e sociedade sustentáveis, apoiadas nos cinco pilares, integrados a uma visão holística de uma toxicidade limitada, produtividade de recursos e ecologia social (Stahel, 2013), inaugura a “era das sustentabilidades”

A “Era das Sustentabilidades” estabelece uma perspectiva dual: A primeira parte compreende o entendimento da inter-relação entre economia, sociedade, meio ambiente e política. A segunda parte, a parte normativa, é enfrentar os perigos que nos rodeiam, implementando mecanismos de mitigação e métodos para sua efetivação. (SACHS, 2015, p. 42, nossa tradução).

A *ecologia industrial* (EI) evidencia a interação entre sistemas industriais e naturais, contemplando o mundo com o vislumbre de sistemas interligados; nesse sentido a EI “vislumbra os fluxos de materiais e energias angulando sua percepção nos sistemas em escalas distintas” (Sanches Pereira, 2017, p. 103); deste cenário, vislumbram-se mecanismos estratégicos para ressignificar a cadeia de produção em parâmetros de circularidade. Fato é que, a EI baliza seu pensamento a partir do estudo sobre Estratégias de Manufatura de Robert Frosch e Nicholas Gallopoulos que estabeleceram o paradigma conceitual abaixo:

Um ecossistema industrial é a transformação do modelo tradicional de atividade industrial, no qual cada fábrica, individualmente, demanda matérias-primas e gera produtos a serem vendidos e resíduos a serem depositados, para um sistema mais integrado, no qual o consumo de energia e materiais é otimizado e os efluentes de um processo servem como matéria-prima de outro. (Froch, *et al.*, 1989, p. 144, nossa tradução).

O “*cradle to cradle*” (C2C), está centrada em *designs* para eficácia no manejo de produtos e redução de externalidades negativas eliminando o conceito pragmático do modelo econômico linear – o *resíduo*. O capítulo III da obra dedica-se exclusivamente a “eco eficácia” abordando a perspectiva de “emissão zero” em face do exercício de atividades econômicas, observando que,

A ecoeficácia vai além das abordagens de emissão zero, concentrando-se no desenvolvimento de produtos e sistemas industriais que mantêm ou aprimoram a qualidade e a produtividade dos materiais através dos ciclos de vida subsequentes. O conceito de ecoeficiência também aborda as principais deficiências das abordagens de ecoeficiência: sua incapacidade de atender à necessidade de redesenho fundamental dos fluxos de materiais, seu antagonismo inerente ao crescimento econômico e à inovação a longo prazo e sua insuficiência no tratamento de problemas de toxicidade. (McDonough *et al.*, 2002, p. 67, nossa tradução).

A *biomimética*, inovadora ao vislumbrar “*designs* de coisas” e sua aplicabilidade para o êxito do homem em seu *habitat*, busca na natureza soluções para sociedade de risco; neste caminho, traz o fundamento de que a raça humana imita a Natureza, incorporando seus modelos, sistemas e elementos, tanto nos projetos quanto nos processos, em busca de solucionar problemas complexos. Janine Benyus, precursora deste pensamento, em sua obra “*Biomimicry: Innovation Inspired by Nature*” afirma que:

Em um mundo biomimético, fabricaríamos da forma como animais e plantas fazem, usando sol e compostos simples para produzir fibras, cerâmica, plásticos e produtos químicos totalmente biodegradáveis. Nossas fazendas, modeladas em pradarias, seriam autofertilizantes e resistentes a pragas. Para encontrar novas drogas ou culturas, consultaríamos animais e insetos que vem usando plantas há milhões de anos para se manterem saudáveis e nutridos. (Benyus, 1997, p. 43, nossa tradução).

O *capitalismo natural* vislumbra bens naturais como capital natural. “O capital natural possui uma série de atributos que incluem componentes estrutural, funcional e de composição dos ecossistemas”, (Harte, 1995, p. 157). Entrementes, o capital natural é observado como “estoque” de recursos naturais ou, como aludido anteriormente, uma *commoditie* ambiental negociável; nesse aspecto, estar-se-ia a ressignificar a coisificação dos recursos naturais? Fato é que, os

precursores da perspectiva de uma próxima revolução industrial, delineiam a “mercantilização sustentável” do capital natural com estratégias de aumento da eficiência dos recursos; economia de serviço e fluxo; biomimetismo e, investimento no capital natural. Nesta escola de pensamento quatro tipos de capital são expostos: “a) o capital humano; b) capital financeiro; c) capital manufaturado, e; d) capital natural.”, (Daly, 1991, p. 04).

O *design regenerativo* enfatiza práticas regenerativas pelo uso sustentável da água, terra, energia e design de construção; um “manual de instruções” de uso para o planeta terra, sociedade de risco e economia solidária. John T. Lyle é o precursor desta escola de pensamento vanguardista que está além do mero *design* de sustentabilidade. Em sua obra *Regenerative design for sustainable development* (Lyle, 1996) afirma que humanidade, desenvolvimento humano, estruturas sociais e interesses culturais são partes inseridas no ecossistema, na biosfera.

A sustentabilidade é apenas uma das etapas de restauração/regeneração. Sendo assim, “Imergir na sustentabilidade, por si só, não é suficiente” (Wahl, 2019, p. 23). Inúmeras etapas devem ser observadas para alcançar o *design de regeneração*: (etapa 1) o abandono às práticas convencionais, utilizadas desde o primeiro período da revolução industrial; (etapa 2) “green”- a busca de melhoramentos relativos à percepção do indivíduo à biosfera, ou seja, o “esverdeamento” das relações, inclusive dos direitos humanos; (etapa 3) *design* sustentável - ponto neutro onde não se causa dano a biosfera, no entanto a suficiência é mitigada diante da possível estagnação da humanidade em práticas baseadas na primeira etapa; (etapa 4) o design restaurativo onde a interação homem-biosfera gera relação intimista propiciada por ações em prol da natureza, e.g., o reflorestamento de biodiversidades em prol do equilíbrio do meio ambiente; (etapa 5) o *design* reconciliador, onde o homem seria parte integrante da natureza, havendo uma “reconciliação” de biosfera e tecnosfera através da apropriação social dos saberes, das expertises humanas fundadas em ciência e tecnologia, onde os designs expressam essa interação reconciliatória.

Somente após a etapa reconciliatória (etapa 5) estaria a sociedade de risco preparada para o *design* regenerativo, com a gênese de culturas criativas e participativas capazes de interagir entre si. Resiliência às

mudanças propiciadas pela evolução natural da humanidade e sua modernização, sendo possível, entregar às próximas gerações um sistema mais rico e regenerado do que aquele que recebemos das gerações anteriores (etapa 6), sendo que a sustentabilidade não é uma meta adequada, visto que não nos diz o que estamos realmente tentando sustentar (Wahl, 2019). Em tempo, para corroborar com os argumentos acima insculpidos Bill Reed, em sua obra *‘Shifting from sustainability to regeneration’* afirma que:

Em vez de causar menos danos ao meio ambiente, é necessário aprender como participar do meio ambiente — usando a saúde de sistemas ecológicos como base para o design. [...] A mudança de uma visão de mundo fragmentada para um modelo mental de sistemas abrangentes é o movimento significativo que nossa cultura deve fazer — delineando e compreendendo as interrelações do sistema vivo de forma integrada. Uma abordagem de base local é uma forma de alcançar esse entendimento. (Reed, 2007, p. 674, nossa tradução).

Diante o mosaico conceitual que orbita a EC, em diferentes vertentes, se observa vários princípios-chave, dentre os quais: (i) Design Sustentável; (ii) Reutilização; (iii) Reciclagem Eficiente, e; (iv) Redução do Desperdício. Fato é que o “pensar circular” vislumbra escalas e atores distintos de maneira transnacional; nesse sentido, tanto a iniciativa privada quanto a iniciativa pública devem, ou deveriam estar, engajadas na redução dos impactos ambientais advindos do crescimento-desenvolvimento-progresso. Sob está ótica, na senda empresarial, o *design* de projetos de manufatura são incentivados em detrimento a à obsolescência programada; no mesmo caminho, a iniciativa pública antevê, em meios urbanos, a implementação de programas de compartilhamento de carros, transportes públicos eco eficientes, mecanismos de cogeração energética sustentável etc., deste engajamento surgiram as aclamadas “*smart cities*”; contudo necessário corte metodológico se faz necessário, pois o estudo coteja EC e suas epistemes, além de observar, a contento, a questão sobre pós-extrativismo e decrescimento.

Diante a circularidade econômica, existem prometeicos benefícios socioeconômicos e políticos. Sob os auspícios socioeconômicos: (i) redução de resíduos e a reutilização de recursos na proporção de resíduos produzidos; (ii) conservação de recursos naturais entendendo, por exemplo que água, metais e energia são capital natural

passível de gestão eco eficiente; (iii) eco inovação com enfoque em *designs* sustentáveis e regenerativos que propiciaram criação de novos modelos de negócios. Sob o enfoque político: (i) criação de diretrizes normativas estruturantes à circularidade; (ii) criação de empregos diante a perspectiva de novos modelos negociais, e; (iii) maior possibilidade de implementação integrativa dos 17 objetivos e 169 metas de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030.

Há, neste ponto, a necessidade de observar que EC impacta na implementação integrativa dos ODS; fato é que, para além de influenciar o consumo e produção responsável (ODS 12), fomentar ações contra a mudança global do clima (ODS 13), incentivar indústria, inovação e infraestrutura (ODS 9), buscar a implementação da agricultura sustentável e fome zero (ODS 2) através de parcerias e meios de implementação (ODS 17) propicia vida na água e terrestre (ODS 14 e 15), incentiva o trabalho decente, crescimento econômico que, ao seu turno, fortalece a busca pela erradicação da pobreza (ODS 8 e 1) que, por sua vez tem o condão de propiciar saúde e bem estar (ODS 3) etc.; a circularidade é prometeica, a Agenda 2030 é ambiciosa e a aplicação integrativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável desvela uma tarefa hercúlea, tanto em âmbito doméstico quanto transnacional..

Apesar de seus benefícios inegáveis, a transição para a Economia Circular enfrenta desafios que incluem resistência à mudança, falta de regulamentações adequadas e necessidade de investimentos em infraestrutura eco eficientes. Repensar a maneira como se produz, consome e se gerencia recursos em busca da redução de resíduos que, ao seu turno, conserva os mesmos e cria uma economia mais resiliente é de mais valia. No entanto, a transição reside em caminhos desafiadores e exigirá a colaboração de governos, empresas e indivíduos; *designs* sustentáveis e regenerativos são realidades para o *hoje* e para o *amanhã*, pois no *ontem* restará as aprendizagens advindas da linearidade econômica.

1.3 EC como política pública e seu impacto na economia

De início é de mais valia observar que “A Economia Circular não é apenas uma abordagem ambiental, mas também econômica. Ela promove o crescimento sustentável e a criação de empregos.”

(Comissão Europeia, 2015); nesse cenário, a abordagem econômica busca implementar paradigmas para enfrentar os desafios globais, sob a influência dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Estados-nações estão adotando a Economia Circular como política pública, frequentemente integrada em estratégias nacionais de sustentabilidade e desenvolvimento econômico. A República Popular da China, Rússia, Gana, Índia são exemplos, além da União Europeia que, ao seu turno, lançou o Plano de Ação para EC em 2015, estabelecendo metas ambiciosas para a redução do uso de recursos e a promoção da reciclagem.

No Brasil, o Projeto de Lei 1874/22 busca instituir a Política Nacional de Economia Circular (PNEC), em trâmite no Senado Federal desde 2022, contudo anterior ao PNEC se observava a figura da logística reversa com instrumentos de circularidade econômica inserida na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Fato é que,

A Economia Circular é mais do que uma tendência, é uma necessidade premente para enfrentar os desafios da nossa era. Ela envolve a reconfiguração de processos e sistemas produtivos, a redução do desperdício e a promoção de práticas sustentáveis em toda a cadeia de valentia. (Primo, 2023, p. 1)

A PNEC é uma resposta direta a essa necessidade urgente, pois busca diretrizes e estratégias para a promoção da EC em diversos setores da economia, incluindo a indústria, a agricultura, a gestão de resíduos e o design de produtos. Ao adotar a PNEC, o Brasil se alinha com uma tendência global em direção a práticas econômicas mais sustentáveis. De mais valia observar o “*approach*” do PL 1874/2022 quando se refere à EC, nesse sentido:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

IV - economia circular: sistema econômico que mantém o fluxo circular

dos recursos, por meio da adição, retenção ou recuperação de seus valores e

regeneração do ecossistema, enquanto contribui para o desenvolvimento sustentável;

[...]

VIII - redução pelo *design*: princípio geral aplicado no projeto de concepção de produtos e serviços com a finalidade de utilizar menos recursos naturais

por unidade de produção ou durante seu uso; (BRASIL, 2022).

Uma Política Nacional de circularidade econômica é essencial para o Brasil enfrentar os desafios socioambientais do século XXI que, ao seu turno, reflete um engajamento glocalizado para uma finalidade comum, a sustentabilidade; desta feita, reflete a necessidade premente de compensar o desequilíbrio da tríade pegar-usar-descartar e, nesse esteio, a introdução de uma política pública doméstica em prol da EC é uma iniciativa fundamental para um futuro mais sustentável que, inclusive tem o condão de respeitar o *greening* constitucional evidenciado no princípio intergeracional exposto no art. 225, *caput*, CF/88.

Em tempo, há relevância na aproximação da PNEC e PNRS, pois esta introduziu a figura da logística reversa, instrumento de circularidade econômica, como diretriz normativa no ordenamento jurídico pátrio, contudo, de forma tímida se observava à época a EC como parâmetro no Brasil; fato é que,

A Política Nacional de Resíduos Sólidos representa um avanço significativo na gestão dos resíduos no Brasil. Ela não apenas estabelece diretrizes para a gestão ambientalmente adequada dos resíduos, mas também promove a mudança cultural necessária para reduzir o desperdício e promover a reciclagem. (Souza Filho, 2012, p. 69).

A PNRS se baseia no princípio da gestão na gestão de resíduos, que estabelece a seguinte ordem de prioridade: não geração de resíduos, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos e disposição final ambientalmente adequada; ademais, prevê a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, o que significa que os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm obrigações relacionadas à coleta e destinação final adequada dos produtos e embalagens que colocam no mercado. Em tempo, estimula a criação de cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis, promovendo a inclusão social e econômica desses trabalhadores e estabelece metas de reciclagem e prevê a classificação do descarte inadequado de resíduos em lixões a céu aberto, o que representa um avanço significativo na gestão de resíduos sólidos no país. O artigo 3º, XII da Política Nacional de Resíduos Sólidos versa acerca da política reversa, sendo certo

afirmar que este instituto é o caminho ideal para a Circularidade Econômica, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e restituição de resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;”

É factível afirmar a existência de uma retroalimentação entre PNEC e PNRS, pois políticas públicas carecem ser observadas de forma imbricada para o necessário enfrentamento da celeuma socioeconômica ambiental, pois doutra feita estar-se-ia tão somente a criar um mecanismo, um instrumento, uma política pública simbólica que, mesmo tendo eficácia jurídica, não teria efetividade social.

A afirmação acima é relevante, pois há necessidade de um conjunto de diretrizes normativas e políticas públicas imbricadas para o sucesso na implementação do modelo econômico circular; nesse sentido, quanto há retroalimentação

Políticas públicas de EC, têm o condão de desempenhar um papel fundamental na promoção do crescimento econômico sustentável. A exposição evidenciada no “encaixe da economia circular” (item 2), na “episteme do desencaixa circular” (item 2.1), no “pensar circular” (item 2.2) e na “EC como política pública e seu impacto na economia” (item 2.3) desvelam um engajamento interdisciplinar transnacional alicerçado pela ciência e tecnologia e, neste contexto reside a percepção imbricada da economia, tecnologia, inovação, globalidade e glocalização. O desdobramento das discussões e tomadas de decisão, pautadas na tecnociência, resta evidenciada na estrutura dos argumentos da Conferência das Partes (COPS). Nesse contexto, Vittorio Ancarani expõe em seu estudo “Globalizando o mundo: ciência e tecnologia nas relações internacionais” que,

A introdução de tecnologias avançadas em uma economia global durante a última década alterou radicalmente as relações entre os estados, ao mesmo tempo em que aumentou a presença e a eficácia das empresas multinacionais. (...) A desaceleração recente da economia mundial vem se revelando um fator mais forte e agravante da rivalidade entre Estados e empresas. Os blocos comerciais e o protecionismo paroquial provavel-

mente serão incluídos nos pacotes de políticas elaborados pela maioria dos países industrializados. (Ancarani, 1995, p. 652, nossa tradução).

Nesse diapasão, embora globais os problemas ambientais, cabe aos países industrializados o ônus de evitar seu agravamento com o auxílio dos países em desenvolvimento. Existe, sem dúvida, uma transversalidade e interdisciplinaridade ao buscar atrelar a percepção de circularidade econômica e sustentabilidade como realidade global diante as escolas que fomentam a economia não linear. Desta feita, considerar a hipótese da construção de uma meio ambiente global norteia os argumentos de Silk Beck no estudo “*The Making of Global Environmental Science and Politics*”, pois

Compreender como o meio ambiente global passou a ser objeto de estudos científicos e a preocupação política pode nos ajudar a compreender os valores e práticas sociais que influenciam explicações da mudança ambiental global. Esses insights podem ser usados para indicar como influências alternativas podem levar a percepções complementares sobre o meio ambiente mudança; ou como rotular os problemas como “globais” em alguns contextos pode enfatizar certos valores e resultados desejados mais do que outros. (Beck *et. al.*, 2016, p. 1060, tradução nossa).

A busca de eco efetividade, nas relações socioeconômicas e políticas, fomenta soluções aos desafios emergentes da sociedade global de forma participava, pois “hoje em dia, temos economias que precisam crescer, quer nos façam ou não prosperar, cresçam elas ou não” (Ranworth, 2019, p. 38). Ora, uma reflexão que desafia a sociedade pós-moderna à ruptura de paradigmas econômicos seculares. Nesse contexto, reflexões sobre eco efetividade são observadas na Economia verde que “contém uma promessa tripla: superar tanto a crise econômica como a crise ecológica e aliviar a pobreza (PNUMA, 2011)” (Brand; Lang, 2021, p. 138); o Comércio de serviços ecossistêmicos onde “as respostas oficiais à crise ambiental giram cada vez mais em torno de unidades comerciais de benefício ambiental” (Lohmann, 2021, p. 118); a Biocivilização que “busca novo paradigma civilizatório” (Grzybowski, 2021, p. 221); o *Design* eco positivo (Birkeland, 2021, p. 256); Ecossistemas cooperativos (Giralt, 2021, p. 319); Pós-economia (Acosta, 2021, p. 418); Transição civilizatória (Escobar, 2021, p. 543), e; Cidades inteligentes “um conceito ambíguo que está moldando profundamente os debates

sobre sustentabilidade e estratégias de competitividade urbana, tanto no Norte quanto no Sul global” (March, 2021, p. 113).

Da economia linear enraizada na modernidade industrial à circularidade econômica na pós-modernidade são enraizados argumentos sobre pós-desenvolvimento que “aborda essas múltiplas contradições ao adotar princípios de reparo e regeneração natural, começando pela responsabilidade local” (McMichael, 2021 p. 89).

Uma responsabilidade local urge no cenário pós-desenvolvimentista, a glocalização desvela nuances que delinham o pensamento do pós-extrativismo e decrescimento (*degrowth*); nesse contexto, há um embate entre “colonizados” e “colonizadores” na atualidade acerca de parâmetros socioeconômicos ideais; em tempo, também há um embate sobre a construção de políticas públicas adequadas que podem “desacelerar” economias emergentes. Fato é que, as contradições orbitam questões sobre decolonialidade que, ao seu turno, tornou-se palco para fomento epistemológico sobre Economia Circular; mas, a circularidade econômica serve para “para quem”?

2 PÓS-EXTRATIVISMO E DECRESCIMENTO – ONDE ATERRAR?

O paradigma do pós-extrativismo surge como uma resposta crítica aos impactos socioambientais negativos do modelo tradicional de extrativismo. Enquanto o extrativismo se baseia na exploração intensiva dos recursos naturais, muitas vezes resultando em degradação ambiental e desigualdades socioeconômicas, o pós-extrativismo propõe uma abordagem mais sustentável e equitativa para o desenvolvimento, ou pós-desenvolvimento. Então, sob a influência do pensamento latouriano, “onde aterrar?” (Latour, 2020).

Segundo Acosta (2013), o pós-extrativismo é fundamentado na ideia de “deixar o petróleo no subsolo”, defendendo a preservação dos recursos naturais e a diversificação da economia para reduzir a dependência de atividades extrativistas, além de enfatizar a necessidade de redução das dependências econômicas em relação à extração de recursos naturais, com finalidade de diversificar as atividades econômicas e promover a conservação ambiental. Essa abordagem reconhece a importância de promover a justiça social,

a equidade de gênero e o respeito aos direitos dos povos indígenas e comunidades locais (Gudynas, 2011).

Fato a ser considerado é que, em dezembro de 2023, combustíveis fósseis foram objeto de embate na COP28 em Dubai; e, neste ambiente de busca pela eco eficiência, o balanço global da UNFCCC, em seu parágrafo 28, coaduna as epistemes de Gudynas (2011) e Acosta (2013). Esforços globais, devem buscar uma transição rápida e sustentável

- (a) Triplicando a capacidade de energia renovável globalmente e dobrando a taxa média anual de melhorias na eficiência energética global até 2030;
- (b) Acelerando esforços rumo à redução progressiva da energia a carvão sem abatimento;
- (c) Acelerando esforços globalmente rumo a sistemas de energia com emissão líquida zero, utilizando combustíveis de baixo ou nenhum carbono bem antes ou até meados do século;
- (d) Transicionando para longe dos combustíveis fósseis nos sistemas de energia, de maneira justa, ordenada e equitativa, acelerando ações nesta década crucial, para alcançar emissão líquida zero até 2050 em consonância com a ciência;
- (e) Acelerando tecnologias de emissão zero e baixa emissão, incluindo, entre outros, energias renováveis, nuclear, tecnologias de abatimento e remoção, como captura e utilização de carbono e armazenamento, especialmente em setores de difícil abatimento, e produção de hidrogênio de baixo carbono;
- (f) Acelerando e reduzindo substancialmente as emissões não relacionadas ao dióxido de carbono globalmente, incluindo em particular as emissões de metano até 2030;
- (g) Acelerando a redução de emissões do transporte rodoviário em uma variedade de caminhos, incluindo o desenvolvimento de infraestrutura e a rápida implantação de veículos de zero e baixa emissão;
- (h) Eliminando subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis que não abordam a pobreza energética ou transições justas, o mais breve possível. (UNFCC, 2023, tradução nossa).

Diante o mosaico acima evidenciado, retomar a indagação latouriana: “onde aterrar?” (Latour, 2020) se revela de mais valia. A construção de saberes pugnados pela UNFCCC, está balizada em qual parâmetro? Como atender os apontamentos do parágrafo 28 expostos pela COP 28? Ademais, para além do “como atender”, como implementar se torna um questionamento válido.

No contexto latino-americano, países como o Equador têm sido pioneiros na incorporação do pós-extrativismo em suas políticas

públicas. O caso equatoriano é notável por sua Constituição de 2008, que reconhece os direitos da natureza e estabelece um “bem viver” (*buen vivir*) como princípio orientador do desenvolvimento, priorizando a harmonia entre os seres humanos e a natureza (Bebbington *et al.*, 2010).

No entanto, a transição para o pós-extrativismo não é isenta de desafios. É crucial superar as resistências de setores econômicos e políticos que se beneficiam do modelo extrativista vigente. Além disso, é necessário promover a participação ativa da sociedade civil e fortalecer as capacidades institucionais para implementar políticas públicas eficazes de diversificação econômica e proteção ambiental (Veltmeyer ; Bowles, 2014).

O pós-extrativismo também demanda uma reavaliação dos indicadores de desenvolvimento, que historicamente têm privilegiado o crescimento econômico quantitativo em detrimento do bem-estar humano e da sustentabilidade ambiental. Nesse viés, é essencial adotar abordagens multidimensionais que considerem não apenas o produto interno bruto (PIB), mas também indicadores de qualidade de vida, distribuição de renda, saúde, educação e conservação ambiental (Martínez-Alier *et al.*, 2010).

Em suma, o pós-extrativismo representa uma perspectiva promissora para enfrentar os desafios do desenvolvimento sustentável no século XXI. Ao buscar uma relação mais equilibrada e harmoniosa entre a sociedade e a natureza, essa abordagem oferece um caminho para a construção de sociedades mais justas, resilientes e ecologicamente responsáveis.

O debate em torno do pós-extrativismo e do decrescimento tem ganhado destaque como alternativas para enfrentar os desafios socioambientais do século XXI. Ambas as abordagens compartilham uma visão crítica do crescimento econômico ilimitado e do modelo de desenvolvimento baseado na exploração indiscriminada dos recursos naturais.

Conforme definido por Latouche (2009), o decrescimento, propõe uma diminuição deliberada do consumo e da produção, visando alcançar um estado de equilíbrio ecológico e social. As abordagens acerca do pós-extrativismo e o decrescimento estão intrinsecamente ligadas, compartilhando objetivos comuns de justiça social, equidade e sustentabilidade ambiental. Como argumenta

Martínez-Alier *et al.* (2010), o decrescimento pode ser visto como uma estratégia para operacionalizar o pós-extrativismo, promovendo a redução do consumo de recursos naturais e a transição para uma economia mais equitativa e sustentável.

Assim, a implementação do pós-extrativismo em conexão com o decrescimento enfrenta uma série de desafios. Bebbington *et al.* (2010) destacam a resistência de interesses econômicos poderosos que, ao seu turno, lucram com a exploração de recursos naturais, bem como a necessidade de repensar as estruturas políticas e institucionais que perpetuam o paradigma do crescimento.

Além disso, é crucial considerar as dimensões sociais e culturais na transição para o pós-extrativismo e o decrescimento. Gudynas (2011) destaca a importância de respeitar os conhecimentos e práticas tradicionais das comunidades locais, garantindo sua participação ativa no processo de tomada de decisões. No mesmo caminho, a UNFCCC em 2023, na COP 28 que prima por “esforços globais, de forma determinada nacionalmente, levando em conta o Acordo de Paris e as diferentes circunstâncias, trajetórias e abordagens nacionais (...)” (UNFCCC, 2023, tradução nossa); ora, é factível afirmar que um caminho da globalidade para a glocalidade é observado.

Em suma, o pós-extrativismo e o decrescimento oferecem perspectivas complementares para promover a sustentabilidade e o bem-estar humano. Ao reconhecer os limites ambientais do planeta e priorizar a justiça social, essas abordagens apontam para um caminho alternativo de desenvolvimento que valoriza a qualidade de vida sobre o crescimento econômico desenfreado.

No entanto, ao discutir o pós-extrativismo, é crucial considerar a questão da gestão de resíduos, especialmente o papel dos aterros sanitários. Os aterros são frequentemente apresentados como soluções para o descarte de resíduos sólidos urbanos, mas sua operação e impacto ambiental muitas vezes refletem a lógica do extrativismo, perpetuando a produção e o consumo insustentáveis.

Autores como Arturo Escobar (2012) destacam que os aterros sanitários são frequentemente localizados em áreas marginalizadas, impactando desproporcionalmente comunidades de baixa renda e minorias étnicas. Essas comunidades enfrentam não apenas os riscos ambientais associados à contaminação do solo e da água, mas

também sofrem com os impactos sociais, como a desvalorização imobiliária e a falta de acesso a serviços básicos de saúde.

Além disso, a gestão de resíduos em aterros contribui significativamente para as emissões de gases de efeito estufa, como metano, que é um potente agente causador do aquecimento global. Isso destaca a necessidade urgente de repensar as práticas de descarte de resíduos e buscar alternativas mais sustentáveis. Nesse contexto, a transição para o pós-extrativismo requer uma abordagem holística da gestão de resíduos, baseada nos princípios da economia circular. Isso implica não apenas na redução da quantidade de resíduos gerados, mas também na promoção da reutilização e reciclagem de materiais, bem como na adoção de tecnologias mais limpas e eficientes.

Autores como Giorgos Kallis (2018) enfatizam a importância de abordagens participativas e descentralizadas para a gestão de resíduos, que envolvam ativamente as comunidades locais no processo de tomada de decisões. Isso não apenas fortalece a democracia participativa, mas também promove a justiça ambiental, garantindo que as comunidades mais afetadas tenham voz nas políticas que impactam suas vidas e meios de subsistência.

Nesse mesmo viés, autores como Demaria *et al.* (2013) argumentam que a transição para o pós-extrativismo requer uma reavaliação profunda das práticas de descarte de resíduos. A propositura de estratégias de gestão de resíduos baseadas nos princípios da economia circular, que visem reduzir, reutilizar e reciclar materiais, em vez de simplesmente depositá-los em aterros, envolve a promoção de práticas de consumo consciente e a implementação de políticas públicas que incentivem a redução da geração de resíduos na origem.

A relação entre pós-extrativismo e gestão de resíduos, exemplificada pelos aterros sanitários, destaca a necessidade de uma transformação profunda nos sistemas de produção e consumo. Isso exige uma abordagem integrada que reconheça as interconexões entre os desafios socioambientais e busque soluções que promovam a sustentabilidade e a justiça social; neste contexto, os ideais alicerçados na circularidade econômica tem o condão de promover esta profunda transformação contudo, é factível afirmar que compete à iniciativa do humano a busca por transformações.

A discussão em torno do pós-extrativismo e sua relação com a gestão de resíduos, exemplificada pelos desafios enfrentados pelos

aterros sanitários, nos conduz a uma reflexão profunda sobre os paradigmas de desenvolvimento e os modelos de consumo que moldam nossas sociedades contemporâneas. O pós-extrativismo surge como uma resposta crítica aos impactos socioambientais do modelo tradicional de extrativismo, propondo uma abordagem mais sustentável e equitativa para o desenvolvimento.

Contudo, a implementação do pós-extrativismo enfrenta diversos desafios, especialmente no que diz respeito à gestão de resíduos. Os aterros sanitários, frequentemente apresentados como soluções para o descarte de resíduos sólidos urbanos, muitas vezes refletem a lógica do extrativismo, perpetuando a produção e o consumo insustentáveis. Isso ressalta a necessidade urgente de repensar as práticas de descarte de resíduos e buscar alternativas mais sustentáveis, baseadas nos princípios da economia circular e do consumo consciente o que requer, ao seu turno, não apenas a adoção de tecnologias mais limpas e eficientes, mas também a promoção de práticas de consumo responsável e a participação ativa das comunidades locais no processo de tomada de decisões.

Em última análise, o pós-extrativismo oferece uma perspectiva promissora para enfrentar os desafios do desenvolvimento sustentável no século XXI. Ao buscar uma relação mais equilibrada e harmoniosa entre a sociedade e a natureza, essa abordagem nos convida a repensar nossos valores e práticas, rumo a uma sociedade mais justa, resiliente e ecologicamente responsável.

Então, a partir da análise dos pontos até aqui apresentados, questiona-se como compatibilizar ideias de economia circular diante do pós-extrativismo e do decrescimento. Estaríamos diante de uma homogeneização ou uma heterogeneização?

Em sua obra “A Sociedade em Rede: A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura” (1999), Castells define globalização como o processo pelo qual os fenômenos sociais, econômicos, culturais e políticos se tornam cada vez mais interconectados e interdependentes em escala global. Ele argumenta que a globalização é impulsionada principalmente pelas tecnologias da informação e comunicação, que diminuem as barreiras de tempo e espaço e permitem uma integração mais estreita entre as sociedades ao redor do mundo.

Quanto à glocalização, Castells argumenta que este conceito representa a interação dinâmica entre o global e o local. Ele destaca como, apesar da crescente influência da globalização, as práticas e identidades locais ainda desempenham um papel significativo. A glocalização sugere que as tendências globais são moldadas e reinterpretadas de acordo com contextos e condições locais específicas, destacando a importância da diversidade cultural e das experiências locais na era globalizada.

A bem da verdade, o principal entendimento acerca do assunto volta-se para o paradigma de que se há uma globalização, ou seja, o global é capaz de influenciar no local, estamos diante de uma generalização, entendida como decrescimento e quando há uma glocalização, ou seja, o local é capaz de influenciar o global, estamos diante do pós-extrativismo.

Não obstante a terminologia moderna e orquestrada em seus múltiplos conceitos, o padrão de colonizadores e colonizados estende-se até a atualidade, independente da essência.

CONCLUSÃO

A transição para práticas econômicas mais sustentáveis e regenerativas requer uma mudança profunda nos paradigmas sociais e uma maturação coletiva. As políticas adotadas pelos Estados-Nações, em consonância com o princípio da solidariedade intergeracional, refletem essa busca por um sistema mais rico e regenerado para as gerações futuras, como evidenciado pela Constituição brasileira de 1988.

A trajetória desde o ecodesenvolvimento até a Economia Circular, passando pelo desenvolvimento sustentável, demonstra uma evolução contínua no pensamento e na prática em relação à sustentabilidade. O texto ressalta a importância da colaboração global para alcançar os objetivos da Agenda 2030, reconhecendo que a implementação dessas metas requer esforços integrados e coordenados. Atualmente, no contexto da COP28, e do balanço global do Acordo de Paris, resta observado a busca por um engajamento do *local* para o *global* e vice-versa.

A busca por práticas econômicas mais sustentáveis e regenerativas, enraizadas no conceito de Economia Circular, é uma resposta crucial aos desafios contemporâneos enfrentados pela

sociedade global. O estudo delinea uma jornada abrangente, desde a reflexão sobre o papel da ciência e tecnologia na construção de ambientes sociais até a exploração das diferentes vertentes do pensamento econômico circular.

Apesar dos avanços e das iniciativas em curso, permanecem desafios significativos a serem superados, incluindo a necessidade de garantir que a transição para a Economia Circular seja justa e equitativa para todos os setores da sociedade. Isso implica em uma reflexão contínua para quem a circularidade econômica serve e como ela pode ser implementada de forma a promover não apenas o crescimento econômico sustentável, mas também a inclusão social e a preservação ambiental a longo prazo.

A análise dos paradigmas do pós-extrativismo, do decrescimento e da economia circular revela a complexidade dos desafios enfrentados na busca por um desenvolvimento sustentável e equitativo. Enquanto o pós-extrativismo e o decrescimento propõem abordagens críticas ao modelo tradicional de desenvolvimento baseado na exploração indiscriminada dos recursos naturais e no crescimento econômico ilimitado, a economia circular oferece uma perspectiva complementar, centrada na redução, reutilização e reciclagem de materiais.

O fenômeno da globalização e da glocalização nos leva a refletir sobre a interação dinâmica entre o global e o local. Enquanto a globalização tende a homogeneizar práticas e valores, a glocalização destaca a importância das particularidades locais na interpretação e adaptação das tendências globais.

Portanto, diante desse contexto, surge a questão de como compatibilizar ideias de economia circular diante do pós-extrativismo e do decrescimento. Estamos diante de uma homogeneização ou de uma heterogeneização? A resposta parece residir na compreensão da dinâmica entre o global e o local e na busca por abordagens integradas que reconheçam a diversidade de contextos e experiências locais na construção de um futuro mais sustentável e equitativo para todos.

REFERÊNCIAS

Abdalla, Fernando Antônio; Sampaio, Antônio Carlos Freire. Os novos princípios e conceitos inovadores da Economia Circular. In: Entorno Geográfico, n. 15, p. 82-102, 2018. Chardin, Pierre Teilhard de. O lugar do homem na natureza. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

Acosta, Alberto. Pós-economia, pp. 468-472. In.: Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Acosta, Alberto. (2013). O bem viver: uma oportunidade por inventar. Autêntica Editora.

Ancarani, Vittorio. Globalizing the world: Science and technology in international relations, p. 652-670. In: JASANOFF, Sheila; MARKLE, Gerald E; PETERSEN, James C.; PINCH, Trevor. (Eds.). Handbook of science and technology studies. Sage, 1995.

Beck, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade. 2ed. São Paulo, Editora 34, 2011.

Benyus, Janine M. Biomimicry: Innovation inspired by nature. New York: Morrow, 1997.

Bebbington, A., Humphreys Bebbington, D., Bury, J., Lingan, J., & Muñoz, J. P. (2010). Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas: desafíos para la gobernabilidad democrática en el Perú rural. CEPES.

Birkeland, Janis. Design ecopositivo, pp. 256-260. In.: Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Brand, Ulrich; Lang, Miriam. Economia verde, pp. 138-141. In.: Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Brasil. **Política Nacional de Resíduos Sólidos** – PNRS. Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em 31 de outubro de 2023.

Brasil. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1874, de julho de 2022**. Institui a Política Nacional de Economia Circular e altera a Lei nº 10.332, de 19 de dezembro de 2001, a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, e a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para adequá-las à nova política. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153918>. Acesso em 31 de outubro de 2023.

Castells, Manuel. “A Sociedade em Rede: A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura” (vol. 1). Paz e Terra, 1999.

Cozzens, Susan E.; Woodhouse, Edward J. Science, government, and the politics of knowledge, p. 787-812. In: HACKETT, Edward. J; Ams-terdamska, Olga; Lynch, Michael; Wajcman, Judy. (Eds.). Handbook of science and technology studies. Third edition. Cambridge, MA: The MIT Press, 2008.

Comissão Europeia. (2015). Fechar o ciclo – Um plano de ação da UE para a economia circular. Disponível em https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en. Acesso em 16 fev. 2024

Dagnino, Renato. Tecnociência Solidária: um manual estratégico. Lutas Anticapital, Marília, 2019.

Daly, Herman E. A economia ecológica e o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: AS-PTA, Textos para Debates n. 34, 1991.

Demaria, F., Schneider, F., Sekulova, F., & Martinez-Alier, J. (2013). What is Degrowth? From an Activist Slogan to a Social Movement. *Environmental Values*, 22(2), 191-215.

Dias, Reinaldo. Sustentabilidade – origem e fundamentos; educação e governança global; modelo de desenvolvimento. Atlas: 2015.

Ellen Macarthur Foundation. Towards the circular economy: economic and business rationale for an accelerated transition. Cowes: [s.n.], 2014. v. 3. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7328829/mod_resource/content/1/Economia_circular_oportunidades_desafios.pdf. Acesso em ago. 2023.

Escobar, Arturo. Transições civilizatórias, pp. 543-547. In.: *Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento*. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Frosch, Robert A.; Gallopoulos, Nicholas E. Strategies for manufacturing. *Scientific American*, v. 261, n. 3, p. 144-153, 1989. Disponível em <https://www.scientificamerican.com/article/strategies-for-manufacturing/>. Acesso em 16 fev. 2024.

Giralt, Enric Duran i. Ecossistemas cooperativos, pp. 319-322. In.: *Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento*. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Grzybowski, Cândido. Biocivilização, pp. 221-224. In.: *Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento*. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Gudynas, E. (2011). Los nuevos extractivismos: en qué cambia el reciente auge de la minería y la extracción de hidrocarburos en América del Sur. *Nueva Sociedad*, (233), 128-147.

Harari, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2016.

Hardt, Michael J. Ecology, sustainability, and environment as capital. *Ecological economics*, v. 15, n. 2, p. 157-164, 1995. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/4838971_Ecology_sustainability_and_environment_as_capital. Acesso em 16 fev. 2024.

Herkenhoff, João Baptista. *Direito e Utopia*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Kallis, G. (2018). *Degrowth*. Newcastle upon Tyne: Agenda Publishing.

Lakatos, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2011. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

Latour, Bruno. *Jamais fomos modernos*. São Paulo: Editora 34, 1994.

Latour, Bruno. *Onde aterrar? – como se orientar politicamente no antropoceno*. Rio de Janeiro, Bazar do Tempo, 2020.

Latouche, S. (2009). *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. Editorial Presença.

Lyle, John Tillman. *Regenerative design for sustainable development*. John Wiley & Sons, 1996.

Lohmann, Larry. Comércio de serviços ecossistêmicos, pp. 118-122. In.: *Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento*. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

March, Hug. Cidades inteligentes, pp. 113-117. In.: *Pluriverso – Um dicionário do pós-desenvolvimento*. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Martínez-Alier, J., Pascual, U., Vivien, F. D., & Zaccai, E. (2010). Sustainable de-growth: mapping the context, criticisms and future prospects of an emergent paradigm. *Ecological Economics*, 69(9), 1741-1747.

McDonough, William; Braungart, Michael. *Cradle to cradle: Remaking the way we make things*. North point press, 2010.

McMichael, Philip. O projeto de desenvolvimento, pp. 86-95. In.: Pluri-verso – Um dicionário do pós-desenvolvimento. KOTHARI, Ashish *et. al.* São Paulo: Elefante, 2021.

Milaré, Edis. Direito do ambiente – A gestão ambiental em foco. 5.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

Moore, Jason (org.). Antropoceno ou capitaloceno? Natureza, história e a crise do capitalismo. São Paulo: Elefante, 2022.

Primo, CABL (2023). Circular de Economia: Oportunidades e Desafios para o Brasil. Revista de Economia Contemporânea, 27(1), 1-4.

Ranworth, Kate. Economia donut: uma alternativa ao crescimento a qualquer custo. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2019.

Reed, Bill. Shifting from ‘sustainability’ to regeneration. Building Research & Information, v. 35, n. 6, p. 674-680, 2007. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09613210701475753>. Acesso em 16 fev. 2024.

Sachs, Jeffrey D. The age of sustainable development. Columbia University Press, 2015.

Sanches, Alexandre. P. Ecologia Industrial. Senac. 2017

Sismondo, Sergio. An introduction to science and technology studies. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

Stahel, WR (2016). “A Economia Circular”. Natureza. disponível em <https://www.nature.com/articles/531435a>. Acesso em 16 fev. 2024.

Stern, Nicholas. Stern Review: The economics of climate change. London: HM treasury, 2006. Disponível em https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407163608/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/Summary_of_Conclusions.pdf. Acesso em 30 out. 2023.

UNFCCC. Matters relating to the global stocktake under the Paris Agreement. Disponível em https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma5_auv_4_gst.pdf. Acesso em 23 fev. 2024.

Veltmeyer, H., & Bowles, P. (2014). The essential guide to critical development studies. Routledge.

Wahl, Daniel Christian. Design de culturas regenerativas. Bambual Editora LTDA, 2020.



PANORAMA DOS MIGRANTES AMBIENTAIS EM MEIO A CRISE CLIMÁTICA QUE AFETA OS PEQUENOS ESTADOS INSULARES

Claudio Cesar Machado Moreno
Universidade Estadual de Londrina, Professor do Departamento
do Direito Privado, Londrina, Brasil, cmoreno@uel.br

Rafael Moure
Universidade Estadual de Londrina, Aluno de Direito,
Londrina, Brasil, rafael.moure07@uel.br

Rayana Ribeiro Santos
Universidade Estadual de Londrina, Aluna de
Direito, Londrina, Brasil, rayana.ribeiro@uel.br

RESUMO: Este trabalho apresenta uma análise sobre o conflito que emerge sobre o prisma das crises climáticas que assolam os territórios dos Pequenos Estados Insulares. Para tanto, *a priori*, é realizada uma busca sobre os parâmetros do conceito de Estado adotado dentro do campo do Direito Internacional, utilizando-se de compreensões doutrinárias, seguido de uma análise sobre o amparo dos migrantes ambientais dentro deste ramo do Direito, atentando-se especialmente ao seu tratamento dentro do campo do direito brasileiro. Uma vez estabelecida tal base, a presente pesquisa busca solucionar o paradigma inerente ao conflito vivenciado pelos PEIs e seu respaldo ante as nações que integram os conselhos ministrados pela Organização das Nações Unidas, realizando uma análise sobre as particularidades da nação de Tuvalu por meio da pesquisa doutrinária e informativa, com o fito de desbravar e evidenciar as possíveis soluções para tal problemática, de modo que tornou-se evidente que o principal método para conter tais anomalias e garantir a existência dos PEIs se encontra na cooperação internacional, sendo extremamente necessário que as nações acordem em soluções para não somente interromper a proliferação dos fatores que causam tais deformidades climáticas, mas para garantir a vivência digna daqueles que estão emigrando dos territórios devastados.

ABSTRACT: This work presents an analysis of the conflict that emerges from the perspective of climate crises that are plaguing the territories of Small Island States. To this end, *a priori*, a search is carried out on the parameters of the concept of State adopted within the field of International Law, using doctrinal understandings, followed by an analysis of the protection of environmental migrants within this branch of Law, paying attention to especially to its treatment within the field of Brazilian law. Once such a basis has been established, this research seeks to resolve the paradigm inherent to the conflict experienced by the SITs and its support before the nations that are part of the councils administered by the United Nations, carrying out an analysis of the particularities of the nation of Tuvalu through research doctrinal and informative, with the aim of exploring and highlighting possible solutions to this problem, so that it became evident that the main method to contain such anomalies and guarantee the existence of SITs is found in international cooperation, and it is extremely necessary that the nations agree on solutions to not only stop the proliferation of factors that cause such climate deformities, but to guarantee a dignified life for those who are emigrating from the devastated territories.

INTRODUÇÃO

A conceituação de Estado no sentido de situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, surge primeiramente com Maquiavel. Conforme foi sendo usada pelos filósofos europeus, a conceituação de estado passou a aderir as características da organização dos Estados, entretanto, o nome Estado apenas surge no século XVI, em que só poderia ser aplicado as sociedades políticas dotadas de certas características bem definidas, ou em outras palavras, toda sociedade política, dotada de autoridade superior, as quais fixam normas de convivência entre seus membros.

O Estado, conforme o direito internacional, é um sujeito de direito, sendo aquele que possui plena capacidade jurídica. Embora, há o entendimento de que os Estados se encontram em igualdade, na prática há o que se contestar, visto que um número limitado de países se sobressai quanto a decisões na esfera internacional e quanto ao poderio econômico mundial, enquanto muitos se encontram explorados e prejudicados por ações desses Estados.

De fato, é notável que as ações humanas, em especial as atividades capitalistas dos grandes Países, com poderio econômico maior, mostram-se nocivas ao meio ambiente, intensificando os desastres naturais, que também afetam estados menores, sem estrutura, como os Pequenos Estados Insulares (PEIs). A importância voltada para esses Pequenos estados é reconhecida pela ONU, a qual determina como um grupo específico de países prioritários, pois são particularmente vulneráveis aos impactos das mudanças climáticas e desastres naturais, os quais se tornam mais intensos e frequentes no mundo.

A priori, partindo do prisma de uma análise sistemática sobre o conflito evidenciado na presente pesquisa, faz-se necessário identificar o conceito doutrinária que emerge sobre o instituto dos “migrantes ambientais”. Estes caracterizam-se como aqueles que são forçados a migrar para outra região, temporariamente ou permanentemente, devido a desastres naturais, fatores antropogênicos repentinos ou alterações ambientais de longo prazo que os torna inviáveis de viver. As mudanças climáticas, aliadas

à pobreza e a falta de infraestrutura interna são alguns dos motivos do aumento dos deslocamentos migratórios atualmente.

Tal problemática impacta, com intensa proporção, os Pequenos Estados Insulares (PEIs) em razão da vulnerabilidade e risco em que se encontram, ante sua instabilidade socioeconômica e a possibilidade de perda de seus territórios em decorrência de um aumento no nível do mar, decorrente, principalmente, do aquecimento global.

O trabalho tem o objetivo analisar como os desastres naturais afetam os PEIs e a situação populacional, considerando a possibilidade de desaparecimento do território em virtude dos desastres naturais, não existindo, na legislação internacional, solução adequada para o caso.

1 ESTADO NO DIREITO INTERNACIONAL

A ideia de Estado é inicialmente trazida por Maquiavel, porém só passa a ser oficialmente usado no século XVI, quando se denomina o Estado como toda sociedade política que, com autoridade superior, fixam regras de convivência de seus membros (DALLARI, 2015, pg. 59).

O Estado Moderno é uma consequência dos ideais nunca cumpridos no Estado Medieval com elementos que variam entre os autores. Para Santi Romano, os elementos peculiares do Estado Moderno se concentram na soberania e na territorialidade. Outros autores indicam dois elementos materiais, sendo esses, o povo e o território, além do elemento formal, entendido como poder, ou alguma de suas expressões como autoridade, governo ou soberania (DALLARI, 2015, pg. 79), ou então, sob o entendimento de Donato Donati, o terceiro elemento seria a pessoal estatal, com exercício de suas soberanias a pessoal e estatal, sendo a primeira exercida sobre o povo e a outra sobre o território.

O conceito de soberania foi estabelecido primeiramente por Jean Bodin, em que seria reconhecido como o “poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação a particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado em uma República”. O entendimento de que a soberania é um poder absoluto, significa que não é limitada a

um poder, nem a um cargo e nem mesmo ao tempo. Com relação ao poder perpétuo, considera-se que esta não pode ser exercida com um tempo certo de duração. A visão contemporânea de soberania é compreendida como o poder do Estado de exercer o domínio sobre o seu território, e é reforçado pela decisão da Corte Internacional de Justiça, no caso Max Hubber, alegando que a soberania nas Relações Internacionais entre os Estados significa independência em relação a uma parte do Globo, em que o direito de exercer as funções estatais nessa região, permitindo excluir outros Estados.

Por outro lado, aos se falar de território, é visão como um componente necessário para o Estado, considerado o espaço no qual se circunscreve a validade da ordem jurídica estatal (DALLARI, 2015, pg. 93). Segundo Laband, há uma relação de domínio, em que o Estado é proprietário do território, podendo usar e dispor dele com poder absoluto e exclusivo. Entretanto, assim como é entendido no direito internacional, o Estado, devido a sua natureza e finalidade, está condicionado a princípios e possibilidade diversas do que se tem no direito privado, razão pela qual se entende como uma pessoa jurídica especial. Dessa forma, tem-se um direito real de natureza pública, em que o direito é exercido diretamente sobre o objeto, o território, independente de saber se ele é ocupado ou não.

Por fim, o povo é o terceiro elemento essencial do Estado. Quanto ao termo povo, é comum que se use como sinônimo o termo “população”, o qual é equivocadamente feito. Segundo Marcello Caetano, população é apenas uma expressão numérica, demográfica, ou econômica, que abrange um conjunto das pessoas que vivem em um Estado ou que se encontram nele temporariamente. Entretanto, o encontro da pessoa no território nada diz quanto ao vínculo jurídico com o Estado, e não é necessário a constituição de um vínculo especial para que seja incluso. Portanto, o conceito de povo é o conjunto de indivíduos que através de um momento jurídico, se une para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação de vontade do Estado e do exercício do poder soberano (DALLARI, 2015, pg.104). Dessa forma, é entendido que a participação e exercício

pode ser subordinada, em razão de ordem prática, para que seja atendido aos critérios objetivos, que seguem a plena aptidão do indivíduo, sendo assim, aderem à condição de cidadãos.

Conforme o exposto anteriormente, é válido dizer que os elementos essenciais à formação de um Estado variam entre a doutrina, contudo, a ideia de personalidade jurídica é ideia unânime. Segundo Laband, o Estado é um sujeito de direito, uma pessoa jurídica, com capacidade para participar de relações jurídicas (DALLARI, 205, pg. 125), sendo uma unidade organizada com vontade própria, com essas não se confundindo com a vontade daqueles que participam.

Ao se falar de direito internacional, o Estado é reconhecido como o principal sujeito, sendo aquele com plena capacidade jurídica, detentor de direitos, poderes e obrigações. Em tese, entende-se que os Estados são iguais em direitos e obrigações, entretanto, é perceptível que, dentro da comunidade internacional, aqueles que possuem maior influência política e econômica possuem vantagens quanto aos conflitos e negociações nas relações internacionais.

A criação, extinção e alteração de um Estado tem sua influência de elementos externos e internos e decorre de um processo histórico e estável, afetado principalmente pela política de cada país. De qualquer modo, mesmo que haja a possibilidade de alterações, foi estabelecido na Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do Estado (1993), que a denominação “Estado” deve conter alguns requisitos como, tais como população permanente, território determinado, governo e capacidade de entrar em relações com outros Estados.

Com base nesses requisitos será abordada a problemática dos Pequenos Estados Insulares e a situação dos Migrantes Ambientais dentro do Direito Internacional, bem como a busca por soluções para os problemas narrados, visto que cada Estado possui liberdade para determinar quanto a entrada de imigrantes ou estabelecer regras quantos aos nacionais em seu território.

2 MIGRANTES E MIGRANTES AMBIENTAIS – O TRATAMENTO DESSES SUJEITOS NO DIREITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

A Declaração Universal de 1948, com a determinação dos direitos humanos, levou ao desenvolvimento de uma corrente humanitária e jurídica que se denominou Direito Internacional dos Direitos Humanos, reforçada por meio de múltiplos tratados internacionais de proteção aos direitos fundamentais. Conforme foi ampliando e intensificando-se, o sistema de proteção internacional a pessoa humana ramificou-se a um direito a proteção em casos especiais, considerado direito dos refugiados, ou então Direito Internacional humanitário. Entretanto, não se pode ver como vertentes autônomas, mas sim, como a proteção à pessoa humana, que agem de forma complementar e convergentes, buscando assegurar a dignidade e proteção dos seres humanos em âmbito internacional.

O Brasil é pioneiro quanto a proteção dos direitos dos migrantes, fazendo com que seu reconhecimento, dentro do território, fosse além dos Tratados ou Decretos Internacionais, mas também que estivessem assegurados na Constituição Federal. Desse modo, o Decreto 9.199/2017, que regulamentou a Lei 13.445/2017, em seu artigo primeiro estabelece que migrante é pessoa que se desloque de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, em que estão incluídos o imigrante, o emigrante e o apátrida. Por outro lado, referido Decreto também estabeleceu que imigrante é a pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporariamente ou definitivamente no Brasil.

Contudo, discute-se a questão do migrante ambiental, que segundo a definição da IOM, é a pessoa ou grupo de pessoa que em razão de graves mudanças climáticas que afetam o modo de viver ou a vida em si, são obrigados a migrar para outro território temporariamente ou permanentemente, indo para outro país ou dentro do território.

A questão por trás do migrante ambiental é o não reconhecimento desses na comunidade internacional. A Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, máscara a

situação destes, bem como do migrante econômico, não admitindo que sejam considerados refugiados.

Cada vez mais, territórios são afetados pelos desastres naturais, sejam estes causados pelas ações humanas ou por causas naturais, deixando assim, diversas pessoas desabrigadas, causando fluxos migratórios. Foi registrado um aumento de 1,09° C entre 2011 e 2020, em comparação a 1850 a 1900. Além disso, o nível do mar triplicou em comparação à 1901 a 1971.

Conforme apresentado, é perceptível que as mudanças climáticas estão ocorrendo de modo mais frequente e violento que em décadas passadas, além de estarem afetando um número maior de territórios, independentemente do poder econômico que este possui, causando preocupação de alguns países e organizações internacionais.

Entretanto, é perceptível que mesmo com os desastres decorrentes das mudanças climáticas, há uma relutância quanto o reconhecimento, pela comunidade internacional, dos indivíduos que são diretamente afetados por eles, havendo a preferência de mascarar o problema com outras denominações.

3 PROBLEMÁTICA QUE EMERGE SOBRE OS PEI'S E OS MIGRANTES AMBIENTAIS

Os Pequenos Estados Insulares (PEIs) enfrentam desafios significativos quando se trata de catástrofes naturais. Essas nações, muitas vezes localizadas em regiões costeiras e vulneráveis, são afetadas por fenômenos como furacões, tempestades tropicais, elevação do nível do mar e mudanças climáticas.

Devido às suas dimensões reduzidas, os Pequenos Estados Insulares têm menos recursos para enfrentar essas situações e uma infraestrutura limitada para lidar com os danos causados. Além disso, muitas dessas nações dependem fortemente do turismo e da agricultura, setores que podem ser devastados por desastres naturais, resultando em perdas econômicas significativas.

Impera-se frisar que, já em 2007, o relatório AR4 da Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) previu que as deteriorações das condições marítimas em PEIs, como nas Maldivas, atingiriam diretamente as atividades que sustentam

a base econômica destes locais tais como o turismo e a pesca, o que demonstra a longevidade do problema (CHANGE, 2023).

A assistência internacional é de vital importância para a manutenção dos PEIs ante as consequências dessas catástrofes. Tem-se buscado a cooperação internacional para reduzir e conscientizar sobre os efeitos oriundos de desastres naturais. Tal cooperação internacional integra diversos tratados assinados pelos Pequenos Estados Insulares, tais como o Acordo de Paris sobre Mudança do Clima, o qual consiste em um tratado climático global adotado em 2015 com o objetivo de limitar o aumento da temperatura global a menos de 2 graus Celsius acima dos níveis pré-industriais, assinado por diversos PEIs, dentre estes Maldivas, Tuvalu, Seychelles, Granada, Fiji, Dominica e Barbados, entre outros.

Ainda sob o prisma dos tratados internacionais assinados por Pequenos Estados Insulares, oportuno citar a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC). A UNFCCC é um tratado internacional adotado em 1992, que visa estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça interferências perigosas no sistema climático, tendo sido assinada por PEIs como Cabo Verde, Fiji, São Tomé e Príncipe, entre outros (BRASIL, 1998).

A cooperação internacional demonstra ser um fator fundamental na luta dos PEIs contra as consequências oriundas dos desastres ambientais que assombram seu território, sendo esta uma medida essencial para garantir sua sustentabilidade a longo prazo.

Aliada a problemática das catástrofes ambientais sobre os Pequenos Estados Insulares, ressalta-se o papel dos migrantes ambientais de tais áreas, os quais são condicionados a migrações forçadas, podendo levar a uma série de consequências sociais, econômicas e emocionais causadas pelos intensos deslocamentos populacionais.

Em primeiro lugar, os migrantes ambientais enfrentam dificuldades ao se adaptarem a novos ambientes e culturas, enfrentando barreiras linguísticas, falta de emprego, discriminação, bem como problemas de cunho jurídico ao lhes ser negada o reconhecimento da condição de refugiados. A perda

de vínculos comunitários e a separação de familiares e amigos também podem ter um impacto emocional significativo.

Além disso, os pequenos estados insulares que perdem parte de sua população devido à emigração ambiental podem enfrentar desafios adicionais em termos de desenvolvimento econômico e sustentabilidade. A perda de mão de obra qualificada e empreendedores pode afetar negativamente a economia local e a capacidade de se recuperar de desastres naturais.

Para lidar com os refugiados ambientais, mais uma vez recorre-se ao apoio internacional, que inclui assistência humanitária, programas de realocação e ajuda na construção de infraestruturas resilientes em seus países de origem. Além disso, é crucial que a comunidade internacional trabalhe em conjunto para reduzir as causas subjacentes das mudanças climáticas, a fim de minimizar a necessidade de migração forçada.

No entanto, não são raras as ocasiões em que nações (em especial as europeias) se recusam a abrir suas fronteiras para acolher refugiados que migram para seus territórios, não porque querem, mas por que simplesmente não possuem outra alternativa

Sobre tal prisma, impera-se frisar a inteligência de Boaventura de Souza Santos ao analisar a perspectiva dos refugiados que são impedidos de atravessar as fronteiras de países que dizem priorizar a dignidade e a vida humana ante qualquer circunstância, mas que na prática cometem tais desumanidades.

A imagem do refugiado preso num campo de internamento ou à beira da estrada a comunicar pelo telemóvel com a família ou com os companheiros que ficaram para trás ou vão na-frente é a metáfora deste tempo simultaneamente globalizado e localizado, em que o medo e a esperança deixaram de ter a noção do equilíbrio entre eles e, por essa via, tanto destroem a dignidade dos que só têm medo como a dos que só têm esperança. Os primeiros são fantasmas que deambulam nas fronteiras, os segundos são construtores compulsivos de fronteiras até ficarem emparedados na sua infinita e estulta liberdade, fechados em condomínios fechados. (SANTOS, 2018)

Muito embora a globalização tenha exercido o papel de reduzir o distanciamento étnico-cultural entre diferentes nações, a migração forçada ainda encontra óbices na pragmática adotada por diversos países que se recusam a receber refugiados de outras

nacionalidades, sendo que tais barreiras são levantadas muitas vezes por motivações econômicas em que os países enxergam uma possível fragilidade em seu mercado de trabalho e extensão dos serviços públicos com a chegada dos refugiados (MERELES, 2018).

Para contornar tal situação, destaca-se o posicionamento adotado pela União Europeia que, em meio a pandemia da COVID 19, provocou a cooperação internacional com o fito de que os países em torno do bloco econômico recebessem investimentos para receber o massivo número de refugiados e desafogar as portas de entrada dos países que compõem a União Europeia (UOL, 2020).

Tal cooperação internacional pode ser compreendida como uma eficiente solução para os conflitos que emergem sobre as migrações forçadas de massas populacionais, sobretudo as decorrentes de desastres climáticos.

4 SITUAÇÃO CLIMÁTICA DE TUVALU: UMA BREVE ANÁLISE

Estabelecida uma análise geral dos reveses que assolam o território e a população dos PEIs, faz-se necessário direcionar tal pesquisa para uma análise exemplificativa, de forma a explorar os caminhos e descaminhos tomados pelos líderes governamentais tanto dos PEIs, quanto das nações que lhe oferecem suporte das mais variadas formas.

Estabelece-se, portanto, um exame sobre a situação climática que avassala o território de Tuvalu, no continente da Oceania.

Tuvalu, um pequeno país insular no Pacífico, enfrenta desafios significativos relacionados às mudanças climáticas. Como muitas nações insulares, Tuvalu é particularmente vulnerável aos impactos do aumento do nível do mar, tempestades mais intensas e acidificação dos oceanos. Esses fenômenos ameaçam sua segurança alimentar, infraestrutura, água potável e habitabilidade.

O aumento do nível do mar é uma das maiores preocupações para Tuvalu, já que a maior parte do país está a poucos metros acima do nível do mar. Isso torna as ilhas propensas à erosão costeira e à intrusão salina, afetando a agricultura e as reservas de água doce. As tempestades tropicais também representam uma ameaça, causando danos significativos às estruturas e à paisagem.

Sob este prisma, destaca-se o pronunciamento inusitado do ministro da justiça de Tuvalu, Simon Kofe, que discursou em vídeo exibido na 26ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP26) no dia 3 de novembro de 2021, acerca da catástrofe climática que assola o país, usando trajes formais, porém, dentro do mar e com água acima da altura do joelho, justamente para criar uma mensagem de alerta à todas as nações presentes na COP26 sobre a seriedade da situação em que o país se encontra.

O ministro da justiça de Tuvalu, Simon Kofe, assim pronunciou:

Em Tuvalu, nós estamos vivendo a realidade das mudanças climáticas. Aumento do nível dos oceanos enquanto VOCÊS me assistem discursar sentados na COP26. Nós não podemos esperar por discursos quando o nível do mar está aumentando sem parar. A mudança climática deve ser uma prioridade. Nós devemos tomar medidas alternativas ousadas hoje para garantir o amanhã. (PODER360, 2021)

A performance do ministro gerou significativa repercussão, trazendo a tona críticas e cobranças sobre nações que lideram os índices de emissão de gases de efeito estufa, tais como China e Estados Unidos.

Além disso, a acidificação dos oceanos impacta os recifes de coral, que são essenciais para a proteção das ilhas contra ondas e tempestades. A perda de corais diminui a capacidade de Tuvalu de se proteger dos efeitos do aumento do nível do mar.

Tuvalu tem sido ativa em fóruns internacionais, advogando por ações mais fortes para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e fornecer financiamento para adaptação e mitigação. No entanto, sua capacidade de lidar com os impactos das mudanças climáticas é limitada devido à sua pequena economia e recursos limitados.

Impera-se frisar que os representantes de Tuvalu não clamam tão somente pela interrupção dos fatores que ocasionam tais alterações climáticas, mas protestam também por soluções temporárias para abrandar a situação de sua população, que vê seu país desaparecer com o aumento do nível do mar.

Dentre as medidas adotadas, convém ressaltar o acordo estabelecido entre Tuvalu e Austrália, em que foi pactuado o

comprometimento da nação australiana a oferecer refúgio a um total de 280 habitantes por ano. (JORNAL HOJE, 2023)¹

O acordo assinado pelo Premiê de tais nações prevê também o investimento de recursos pela nação da Austrália para promover a expansão do território de Tuvalu em 6%, além de suporte militar no caso de conflitos bélicos com territórios vizinhos.

A sistemática de tal resolução avança sobre a importância atribuída à cooperação internacional na resolução de conflitos ocasionados por desastres climáticos. Válido ressaltar o posicionamento de Achim Steiner, um renomado especialista em desenvolvimento sustentável e ex-diretor executivo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Steiner frequentemente enfatiza a necessidade de cooperação global para enfrentar os desafios das mudanças climáticas, incluindo a resposta a desastres naturais relacionados ao clima.

Steiner argumenta que os desastres climáticos não conhecem fronteiras e que nenhum país pode enfrentar esses desafios sozinho. Ele destaca a importância da solidariedade internacional, da partilha de conhecimentos e recursos, e da coordenação entre governos, organizações internacionais, sociedade civil e setor privado para responder eficazmente aos desastres climáticos e proteger as comunidades vulneráveis.

Importante frisar que a perspectiva a ser adotada ao analisar a situação climática de Tuvalu é de um pequeno arquipélago com pouco mais de 11 mil habitantes, que não tem condições financeiras para arcar com o desastre natural que assola seu território, além de não ter empoderamento político suficiente para que seu posicionamento seja de fato considerada uma prioridade pelas nações mais poderosas.

Nesta justa medida, Steiner sabiamente provoca uma intensa reflexão ao ser questionado sobre o que seria preciso para salvar o planeta.

A verdade amarga é que aqueles que são suficientemente ricos comprarão sua saída. Comprarão terras mais altas; aqueles que forem suficientemente ricos se mudarão das nações insulares que desaparecerão devido à subida dos oceanos, poderão pagar o dobro de prêmios para garantir suas propriedades contra

1

inundações e colocar mais aparelhos de ar-condicionado em suas casas. Alguns começam a usar a rota marítima do norte e comemoram o fato de que o gelo do Ártico esteja derretendo, o que facilita o transporte de combustíveis fósseis. É a ironia do início do século XXI: a mudança climática é um fenômeno muito cruel porque começou a castigar aqueles que menos contribuíram com ela. Mas em algum momento, mesmo com todo o dinheiro do mundo, você não vai comprar um futuro diferente. (AGUDO, 2019)

Diante de tal análise, tornam-se explícitas as óbices que pairam sobre a resolução dos conflitos climáticos perante nações fragilizadas como Tuvalu. No entanto, o acordo estabelecido com a nação australiana clarifica a existência de um caminho a ser seguido para minimizar as consequências dos desastres naturais com relação a países de menor poderio econômico, o caminho da cooperação internacional.

CONCLUSÃO

Em síntese, os Pequenos Estados Insulares enfrentam problemas significativos com catástrofes naturais devido à sua localização geográfica e recursos limitados. A mitigação das mudanças climáticas e a cooperação internacional são fundamentais para ajudar esses países a lidar com esses desafios e garantir sua sustentabilidade a longo prazo.

Os migrantes ambientais dos pequenos estados insulares são indivíduos que são obrigados a deixar suas casas devido a condições ambientais adversas, deslocamentos que estão relacionados a mudanças climáticas, aumento do nível do mar, desastres naturais e erosão costeira. Lidar com os desafios enfrentados por esses migrantes requer esforços internacionais para fornecer assistência e abordar as causas subjacentes das mudanças climáticas.

A situação climática de nações como Tuvalu devem ser uma prioridade nas discussões abertas que ocorrem nas conferências da Organização das Nações Unidas, sendo crucial que os ministérios das respectivas nações entrem acordem em soluções para não somente interromper a proliferação dos fatores que causam tais deformidades climáticas, mas também para encontrar alternativas para garantir a dignidade da vida da população destes países, tal qual o acordo realizado entre Tuvalu e Austrália.

Em suma, a melhor solução seria uma melhora no cenário climático, que diminuiria a chance da dissolução dos Pequenos Estados Insulares. Contudo, enquanto isso não acontece, uma das hipóteses seriam os acordos bilaterais entre os PEI's e as demais nações, propondo o acolhimento à população antes da ocorrência dos desastres. Dessa forma, permitiria que os países receptores tenham tempo para estabelecer a organização e as condições em que os migrantes serão recebidos e traria garantias para os migrantes ambientais.

REFERÊNCIAS

Acordo de Paris. Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Paris: 12 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/acordo-de-paris-e-ndc/arquivos/pdf/acordo_paris.pdf

AGUDO, Alejandra. Achim Steiner: “Os ricos comprarão sua saída da crise provocada pelo aquecimento global”. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/18/internacional/1563466654_675061.html. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL, Bbc News. Conferência do clima termina com ‘acordo histórico’ contra aquecimento global. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151212_acordo_paris_tg_rb. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. Constituição (1998). Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998. . Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

CHANGE, Intergovernmental Panel On Climate. AR4 Mudanças Climáticas 2007: Relatório Síntese. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar4/syr/>. Acesso em: 24 out. 2023.

D2652. DECRETO Nº 2.652, DE 1º DE JULHO DE 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Nova York: 9 de maio de 1992.

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Climate Change 2007: Synthesis Report. Geneva, Switzerland: IPCC, 2007. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_full_report.pdf

DALLARI, Dalmo de Abreu . Elementos de teoria geral do Estado. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOJE, Jornal. Austrália fecha acordo para refugiar moradores de Tuvalu, que pode desaparecer com elevação do mar. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2023/11/10/australia-fecha-acordo-para-refugiar-moradores-de-tuvalu-que-pode-desaparecer-com-elevacao-do-mar.ghml>. Acesso em: 06 fev. 2024.

MERELES, Carla. Crise dos refugiados: muito além da Síria. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise=-dos-refugiados/#:~:text=As%20principais%20quest%C3%B5es%20que%20desagradam,se%20aplique%20a%20eles%2C%20tamb%C3%A9m..> Acesso em: 20 fev. 2024.

PODER360. Ministro de Tuvalu discursa dentro d'água para denunciar aquecimento global. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/ministro-de-tuvalu-discursa-dentro-dagua-para-denunciar-aquecimento-global/>. Acesso em: 05 fev. 2024.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As Fronteiras entre muros e travessias. *Jornal de Letras*, 21 fev. 2018. Disponível em: <http://alice.ces.uc.pt/en/index.php/alice-info/boaventura-de-sousa-santos-as-fronteiras-entre-muros-e-travessias-jornal-de-letras-february-21-2018/?lang=pt>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SENADO, Agência. 'Migrante climático' ainda enfrenta dificuldades jurídicas, aponta debate Fonte: Agência Senado. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/16/migrante-climatico-ainda-enfrenta-dificuldades-juridicas-conclui-debate>. Acesso em: 26 out. 2023.

UOL. União Europeia desiste de obrigar países a receber refugiados. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/09/uniao-europeia-desiste-de-obrigar-paises-a-receber-refugiados.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2024.

VARELLA, Marcelo D.. *Direito Internacional Público*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



OS REFUGIADOS AMBIENTAIS PELA ÓTICA TRANSGERACIONAL: UMA ANÁLISE FILOSÓFICO-JURÍDICA DO CENÁRIO INTERNACIONAL

Jussara Romero Sanches

Universidade Estadual de Londrina, Professora, Departamento
de Direito Público, Londrina, Brasil, jussara.romero@uel.br.

Maurício Lerand Araujo Oliveira

Universidade Estadual de Londrina, Estudante,
Londrina, Brasil, mauricio.lerand@uel.br.

Vinícius Gazola Valim

Universidade Estadual de Londrina, Estudante,
Londrina, Brasil, vinicius.gazola@uel.br.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o meio ambiente enquanto um bem a ser tutelado pelo ordenamento jurídico internacional, estendendo-se, da mesma forma, à figura dos refugiados ambientais. Assim, tendo em vista a iminência das mudanças climáticas e a condição de vulnerabilidade dos refugiados dela decorrente, tanto atualmente como no decorrer do século XXI, percebe-se a necessidade de um estudo sobre um conceito legal próprio desses sujeitos. Por esse fim, através dos métodos descritivo e qualitativo, foi realizado revisão bibliográfica a respeito do tema em questão, com a análise do arcabouço conceitual e filosófico do Direito, além da realização de estudo documental visando delimitar a situação atual dos refugiados ambientais. Portanto, o texto é estruturado partindo de casos fáticos, seguido de uma análise conceitual de John Rawls e sua possível aplicação no contexto de migração populacional motivada por mudanças ambientais. Também foi realizada a pesquisa acerca do cenário legal internacional na tutela de novos sujeitos de direitos, bem como a existência de lacunas e indeterminações na responsabilidade assistencial dos Estados. Por fim, aponta-se que tanto a teoria de Rawls quanto o ordenamento jurídico internacional contemporâneo apresentam limitações perante a crise ambiental, fazendo-se necessário a construção de bases teóricas e legais capazes de oferecer o tratamento devido à população por ela afetada.

PALAVRAS-CHAVE: Crise Ambiental; John Rawls; Teoria da Justiça; Sustentabilidade; Ordenamento Internacional.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the environment as a good to be protected by the international legal system, extending to the figure of environmental refugees. Thus, in view of the imminence of climate change and the condition of vulnerability of refugees resulting from it, both today and in the course of the 21st century, there is a need for a study of a legal concept specific to these individuals. To this end, using descriptive and qualitative methods, a bibliographical review was carried out on the subject in question, with an analysis of the conceptual and philosophical framework of the Law, as well as conducting documentary studies aiming to delimit the current situation of environmental refugees. Therefore, the text is structured on the basis of practical cases, followed by a conceptual analysis of John Rawls and its possible application in the context of population migration motivated by environmental changes. Research was also carried out into the international legal scenario for the protection of new subjects of rights, as well as the existence of gaps and indeterminacies in the responsibility of states to provide assistance. Finally, it was pointed out that both Rawls' theory and the contemporary international legal order have limitations in the face of the environmental crisis, requiring the construction of theoretical and legal bases capable of offering the proper treatment to the population affected by it.

KEYWORDS: Environmental crisis; John Rawls; Theory of Justice; Sustainability; International Legal System.

INTRODUÇÃO

Diante das alterações observadas no meio ambiente promovidas por ações antrópicas, existe a questão crescente dos refugiados ambientais no cenário internacional, estimados em 23,7 milhões em 2021, segundo o International Displacement Monitoring Center (2022), havendo previsões que tal número possa chegar a 1 bilhão de até o ano de 2050, conforme a International Organization for Migration (2024).

Tendo em vista a existência de uma base conceitual filosófico-jurídica, que trata de elementos como “poupança justa” e “dever de assistência”, observa-se a necessidade da análise dos refugiados e sua situação na tutela institucional dos Estados, assim como carência de efetivação desses preceitos para a construção de um plano de ação estatal em prol desses sujeitos.

Érika Pires Ramos (2011, p. 94) expõe, sobre a natureza dos refugiados ambientais, que

a mobilidade humana com motivação ambiental, na maioria dos casos, é forçada, irregular e coletiva e, a depender da gravidade e da extensão das pressões ambientais, poderão ser temporárias ou permanentes e internas ou externas. A migração ambiental, na maioria dos casos, é espécie de migração “reativa”, que se manifesta em resposta às perturbações ambientais que ameaçam a vida e a segurança humana, mas também pode ser de natureza “proativa” em razão dos processos graduais de deterioração ambiental.

Um caso de grande repercussão internacional é o de Tuvalu, uma nação insular da Oceania, que sofre com a iminência de sua total submersão dentro de poucas décadas, produto do aumento do nível dos oceanos causado pelo aquecimento global. Atualmente, o ponto mais alto do país está apenas 4 metros acima do nível do mar e, como consequência, tem-se a infiltração da água marinha no subsolo, inviabilizando o acesso à água potável através de poços e inutilizando as terras de uso agrícola, devido à salinização dos manguezais e a erosão do solo, colocando em risco toda a diversidade terrestre (MARTINS, 2021). Tal cenário de catástrofe impossibilita que os tuvaluanos tenham qualquer perspectiva de vida futura em seu próprio território, e a alternativa

para muitos torna-se a busca de refúgio em países vizinhos, principalmente na Austrália.

Outro caso de grande visibilidade é a migração haitiana, que teve um início claro a partir do terremoto ocorrido em 2011, responsável por afetar o país em sua infraestrutura e economia, tendo como principal destino dos migrantes o Brasil (TORRADO; ARROYO; JIMÉNEZ, 2021).

Aponta-se também a possibilidade de migrantes ambientais se deslocarem dentro de seus próprios países, como é o caso, historicamente, dos retirantes nordestinos que partem principalmente para a região Sudeste do Brasil em decorrência da seca extrema. Embora sejam tradicionalmente categorizados enquanto migrantes econômicos, começa-se a observá-los também a partir da esfera ecológica (MARZOCHI, 2018).

Tais exemplos ilustram bem as desigualdades entre as nações em relação às questões ambientais. Embora os países desenvolvidos figuram enquanto os maiores emissores dos gases responsáveis pelas mudanças climáticas, esses agentes não são os mais suscetíveis a sofrerem seus impactos, mas sim as nações marginalizadas e subdesenvolvidas, vítimas de uma carência de infraestrutura capaz de lidar com as consequências de tal processo, como a desertificação e inundação (BELL, 2004, p. 5).

Nesse cenário de calamidade, o dever para com os potenciais e atuais refugiados ambientais possui uma natureza reparadora, relativo a uma justiça corretiva. Se os efeitos de tal crise se distribuem de forma desigual entre as nações, há de haver uma reivindicação por parte dos mais vulneráveis para com aqueles que, ao mesmo tempo, são os principais causadores e também os mais capacitados para lidar com tais mudanças climáticas (BELL, 2004, p. 5).

A relevância de John Rawls se dá a partir desse ponto, um dos filósofos do Direito mais relevantes para o século XXI em relação aos temas de justiça e equidade. A centralidade da discussão na obra rawlsiana está na questão sobre a justa distribuição de bens. Busca-se, então, uma contribuição do autor para com o tratamento da desigualdade na distribuição de bens entre

as nações, principalmente através da sua teoria sobre justiça no cenário internacional.

Além disso, o paradigma dos refugiados ambientais no direito internacional representa uma evolução significativa no reconhecimento e na proteção dos direitos humanos em face das mudanças climáticas e ambientais globais. Desde os primórdios da formação dos Estados europeus, a noção de refugiados esteve atrelada à consolidação de fronteiras territoriais e identidades nacionais. No entanto, o conceito inicial de refugiados limitava-se às dinâmicas geopolíticas europeias, com causas de deslocamento populacional distintas das observadas atualmente no Sul Global.

O Estatuto do Refugiado das Nações Unidas, promulgado em 1951, e seu Protocolo Adicional de 1967, definiram os critérios restritos caracterização de refugiados que negligenciam certas causas de deslocamento populacionais, como é o caso dos refugiados ambientais, tendo em vista a crescente influência das atividades humanas sobre o meio ambiente tem desencadeado movimentos migratórios sem precedentes, desafiando os paradigmas estabelecidos pelo direito internacional. Nesse sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) reconheceu essa lacuna ao elaborar, no decorrer do século XX, instrumentos legais que ampliaram o reconhecimento dos refugiados, considerando violações generalizadas dos direitos humanos como motivos legítimos de deslocamento.

A proteção dos refugiados ambientais ganhou destaque não apenas como uma resposta humanitária, mas também como uma questão de direitos coletivos. A evolução dos direitos humanos demonstra a necessidade de uma abordagem mais abrangente, que reconheça a interconexão entre os direitos individuais e coletivos, especialmente diante das mudanças climáticas e ambientais iminentes. Nesse contexto, a tutela dos refugiados ambientais assume um caráter preventivo e transgeracional. A falta de uma definição clara e abrangente desses direitos reflete a complexidade da questão e a necessidade de uma abordagem holística que considere não apenas os direitos individuais, mas também os interesses das gerações futuras e a sustentabilidade do meio ambiente.

Diante desse desafio, é fundamental repensar o papel do Estado e da sociedade na formulação de políticas públicas que abordem não apenas as consequências imediatas, mas também as implicações de longo prazo das mudanças climáticas e ambientais. Somente por meio de uma abordagem colaborativa e proativa é possível garantir a proteção dos refugiados ambientais e a preservação dos direitos humanos para as gerações presentes e futuras.

1 JOHN RAWLS E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS.

Busca-se na filosofia jurídica alguma fundamentação capaz de tratar da questão dos refugiados ambientais enquanto uma problemática de justiça ambiental no cenário internacional. Inicialmente é necessário esclarecer as duas principais dimensões de tal fenômeno, sendo uma delas o tratamento territorial, uma relação entre diferentes povos, mesmo sendo possível, como foi visto, a possibilidade de migrantes ambientais dentro de um mesmo país. Além disso, se debruça em sua dimensão temporal, tanto na esfera dos efeitos dos fenômenos e acidentes, que podem ser a curto ou a longo prazo, quanto na de sua prevenção e previsão, uma vez que o fluxo de refugiados pode se dar pela própria ameaça a uma violação de direitos ambientais.

A dimensão temporal manifesta-se ainda nos esforços de prevenção ou previsão de fluxos de refugiados. É precisamente a ameaça de provável violação de direitos que leva aos movimentos de refugiados; o elemento do tempo é subjacente à própria noção de migrantes forçados, que abandonam o lar ao perceberem uma ameaça ou probabilidade de violência. A esse respeito, a expressão ‘early warning’, cunhada no domínio do direito ambiental, tem ultimamente sido utilizada também no âmbito dos direitos dos refugiados e da proteção de direitos humanos (TRINDADE, 1993, p. 135).

Nesse sentido, a contribuição de John Rawls se dá a partir de sua discussão nestas duas frentes, a de justiça entre as gerações e a da justiça entre as nações, ou seja, a justiça projetada sobre o tempo e a justiça projetada sobre as fronteiras.

Assim, em um âmbito geral, a obra de John Rawls trata de imaginar, em seu núcleo, uma sociedade detentora da justiça nas distribuição dos bens enquanto principal fundamento. Sua teoria versa sobre a relação existente em um direito que se

materializa para determinado grupo social em detrimento de outro, tornando-se necessário que o próprio sistema institucional preveja “mecanismos suficientes para o equilíbrio das deficiências e desigualdades, de modo que estes se voltem em benefício da própria sociedade” (BITTAR; ALMEIDA, 2008, p. 428).

Quando se analisa a esfera ambiental, o critério mais relevante sobre a forma mais justa de sua distribuição relaciona-se com “a liberdade de todos os seres vivos, de acessarem os *bens naturais ambientais* necessários à sua vida, reprodução e bem-estar *específicos*” (FELIPE, 2006, p. 6), portanto, parte-se da justiça de acesso dos seres autoconscientes, mas não se restringe a eles.

1.1 John Rawls e a Justiça entre as gerações.

Dessa forma, seguindo o conceito de Rawls, em que o próprio sistema institucional deve prever mecanismo de equilíbrio sobre as desigualdades entre grupos sociais distintos, a poupança justa trata de reconhecer que conflitos entre classes não se limitam na contemporaneidade, mas também se expandem para um conflito geracional. Por isso, a geração atual pode vir a ser configurada enquanto um grupo mais favorecido a gozar de determinado direito diante da geração futura, vulnerável e menos favorecida (SETTE, 2014, p. 462).

Podemos agora ver que as pessoas de diferentes gerações têm deveres e obrigações em relação umas às outras exatamente como as têm as pessoas que vivem numa mesma época. A geração atual não pode fazer o que bem entender, mas é obrigada, por princípios que seriam escolhidos na posição original, a definir a justiça entre as pessoas que vivem em épocas diferentes. (RAWLS, 2002, p. 323 - 324)

É nesse cenário que Rawls cria seu conceito de poupança justa, estabelecendo deveres dos vivos para com os direitos dos concepturos. Nesse sentido, os refugiados ambientais caracterizam-se pela condição de vulnerabilidade socioambiental indicada por Rawls, demandando a institucionalização da poupança justa enquanto meio de preservação da equidade desses sujeitos.

Essa posituação da poupança justa sobre o patrimônio ambiental trata justamente sobre a sustentabilidade enquanto forma de sua preservação, como se vê em:

Atinge-se a poupança através de uma aceitação, que expressa um julgamento político, das políticas destinadas a melhorar o padrão de vida das gerações posteriores dos menos favorecidos, renunciando-se assim os ganhos imediatos que estão disponíveis (RAWLS, 2002, p. 323).

Essa concepção é relevante principalmente para migrantes ambientais no cenário interno, como já apresentado em relação aos migrantes nordestinos brasileiros que partem principalmente para a região sudeste.

1.2 Rawls e a justiça entre as nações

Bell (2004, p. 6-7) afirma que a teoria de relações internacionais de Rawls baseia-se na própria concepção de regime liberal doméstico, sendo uma extensão desta. O principal pilar de uma política liberal é a reciprocidade; isto é, exigir que uma nação apenas estabeleça políticas internacionais capazes de reconhecer todos os outros países “razoáveis”.

Por isso, semelhante ao instituto da poupança justa, Rawls também prevê o dever de assistência, conceito semelhante ao anterior, porém destinado ao cenário internacional, não mais de uma mesma sociedade, como coloca em:

O ponto crucial é que o papel do dever de assistência é ajudar sociedades oneradas a tornarem-se membros plenos da Sociedade dos Povos e capazes de determinar o caminho do seu futuro por si mesmas. Trata-se de um princípio de transição, da mesma maneira que o princípio da poupança real ao longo tempo em uma sociedade nacional é um princípio de transição. (...) a poupança real tem o fim de estabelecer o fundamento para uma estrutura social básica justa, ponto em que pode cessar. Na sociedade do Direito dos povos, o dever de assistência é válido até que todas as sociedades tenham alcançado instituições básicas liberais ou decentes justas. Tanto o dever de poupança real como o dever de assistência são definidos por um alvo além do qual não são mais exigidos. Eles garantem os elementos essenciais da autonomia política: a autonomia política dos povos liberais e decentes iguais livres da Sociedade dos Povos (RAWLS, 2004, p. 155).

Rawls imagina a vinculação de responsabilidade entre as nações, ou seja, o estabelecimento de um dever de assistência por parte dos chamados países bem ordenados para com os países onerados por condições desfavoráveis (2004, p. 139). Sendo o

objetivo dessa assistência “ajudar as sociedades oneradas a serem capazes de gerir seus próprios negócios de um modo razoável e racional e, por fim, tornarem-se membros da sociedade dos povos bem ordenados” (RAWLS, 2004, p. 146).

Esclarece-se que tal instituto pode ser dado de diversas formas, não se limitando a um simples empréstimo de recursos capitais, mas sim também através de uma ênfase pela tutela de direitos humanos, visando reformar os então chamados “regimes ineficazes” (BELL, 2004, p. 9).

Porém, uma vez que sua teoria versa pelo auxílio dado aos Estados onerados para que possam usufruir de seus próprios territórios, estabelece-se o não acolhimento de refugiados oriundos destes Estados nos países ordenados. O problema, então, se dá quando o reassentamento se torna a única alternativa válida para uma nação na iminência de um desastre ambiental, por exemplo (BELL, 2004, p. 9-10). É a partir desse momento que a teoria de Rawls mostra-se insuficiente, pois, afinal, há casos em que o próprio território deixa de existir.

Segundo Bell (2004, p. 8), o erro está em não abranger o conceito de bens comuns a todas as nações, como são as questões relativas ao meio ambiente, uma vez que problemáticas como o aquecimento global não estão restritas a um território de uma nação, embora influencie praticamente todas elas. Cria-se, então, um cenário de tragédia para esses bens comuns, em que um ativo ausente de um agente responsável por tutelá-lo tende a deteriorar-se.

Essa insuficiência de sua teoria entre as nações vai em sentido oposto à sua visão de poupança justa. Isso porque, diferentemente do cenário internacional, onde recai a tragédia dos bens comuns pela ausência de um órgão competente por suas administrações, no cenário interno há entidades centralizadas capazes de tal gerenciamento. Assim, uma nação única pode ter um melhor controle de seu patrimônio ambiental, pode buscar a sua preservação ao compreendê-lo enquanto um direito fundamental às gerações futuras através da poupança justa, algo que não ocorre no cenário internacional.

Rawls até chega a elaborar a possibilidade de soluções próprias e concretas para os chamados “casos marginais”. Isto são, aqueles insuficiente comuns para serem abrangidos por uma teoria universal, é o caso de nações com tão baixos recursos que se torna insustentável a tentativa de construção de instituições justas, e por consequência, seu estabelecimento na Sociedade dos Povos, de modo que o filósofo indica, a título de exemplo, a sociedade dos Esquimós.

Porém, Bell (2004, p. 10) demonstra que os efeitos da crise climática agravaram-se ao ponto de não poderem mais ser considerados casos marginais, como é a problemática dos refugiados ambientais. Em razão disso, faz-se necessária a construção de uma teoria de justiça para o século XXI capaz de imaginar soluções mais gerais e além das chamadas *ad hoc*. Como o próprio autor elabora, é pouco provável que Rawls não viesse a concordar com o reassentamento dado aos refugiados ambientais, o problema, porém, se dá na busca teórica de como acomodá-los.

De qualquer forma, a teoria da poupança justa, na medida que se relaciona com o cenário doméstico, apenas trata da necessidade de uma atitude mitigadora, relativa à sustentabilidade e à preservação do meio ambiente enquanto um direito às gerações futuras. Por outro lado, a teoria da justiça entre as nações se mostra incapaz de tratar com tal questão de mitigação, por conta da tragédia dos bens comuns, ao passo que também se limita a tratar de um dever assistencial entre países, sem que haja a responsabilização sobre o acolhimento de possíveis refugiados ambientais.

Se a teoria de Rawls se mostra de certa forma insuficiente no cenário internacional, através de uma concepção limitada do dever de assistência, no regime interno, doméstico, ela parece se comportar bem em favor da vinculação de uma obrigação de sustentabilidade.

Imagina-se, então, que uma teoria de justiça internacional ambiental deve, primeiramente, ser capaz de assegurar o meio ambiente enquanto um direito para as futuras gerações, buscando bases na própria teoria de poupança justa enquanto uma qualidade de mitigação e, secundamente, garantir uma forma de relacionamento entre as nações que garanta ao refugiado ambiental atual o direito ao reassentamento. Ou seja, a teoria

em questão deve ser capaz de tratar da problemática em suas dimensões tanto futura, relativa a sustentabilidade e mitigação, como presente, relativa ao sujeito já em situação vulnerável.

2 PARADIGMA DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS NO DIREITO INTERNACIONAL

No sentido da construção de um paradigma propício à tutela dos refugiados ambientais, a identificação de grupos de indivíduos e, conseqüentemente, de refugiados, remete à formação dos Estados europeus, *vide* Tratado de Vestfália de 1648, em que os povos passaram a ocupar determinados territórios com o fim de constituir-se uma nação independente, pois embora a ideia de “povo” e “estrangeiro” surja na antiguidade clássica, os fluxos migratórios tornam-se evidentes com o estabelecimento de limites territoriais soberanos e distintos entre si na geopolítica continental europeia (CHIARETTI; SAVERO, 2019, p. 10). Portanto, é possível observar que o conceito inicial de refugiados se faz no âmbito restrito da Europa do século XVII e diante, onde as causas de deslocamentos populacionais são diferentes do restante do sul-global contemporâneo, sendo os refugiados ambientais a materialização de um problema, a princípio, alheio à realidade europeia. O Estatuto do Refugiado das Nações Unidas de 1951, e o seu Protocolo Adicional de 1967, como maiores fontes do direito internacional na matéria, limitam a caracterização de refugiados à terminologia “perseguição” resultante de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, elementos que traduzem apenas os motivos condutores dos deslocamentos de pessoas durante o período das guerras no século XX e, posteriormente, da dicotomia ocidental com o bloco soviético.

Portanto, com a intensificação das alterações ambientais decorrentes da atividade antrópica, novos motivos ocasionam movimentos migratórios que são alheios aos positivados, até metade do século passado, no ordenamento jurídico internacional, gerando falta de estrutura legal para manejar contingentes populacionais que deslocam-se em massa por motivos de alterações ambientais drásticas, como é o caso da migração haitiana para o território brasileiro em 2011, decorrente do terremoto nas ilhas do Caribe. Nesse caso, houve impasses no acolhimento de elevado contingente populacional pelas repartições públicas

brasileiras, na ordem de mil pessoas, uma vez que não estariam qualificados para receber o refúgio sob o paradigma de “perseguição” e dos critérios previstos no Estatuto de 51 e seu protocolo adicional. Dessa forma, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), criado em 1950, desenvolveu, em 1984, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados como uma primeira tentativa de estender o conceito de refugiados para além do Estatuto de 51, na qual definiu-se:

além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que têm fugido de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade têm sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (ACNUR, 1984).

O magistrado brasileiro Cançado Trindade entende, a partir da interpretação do dispositivo convencional citado, que a redação passa a englobar tanto aqueles que são refugiados de ordem puramente natural, como terremotos, ou de ordem antrópica, como a poluição de ecossistemas, ressaltando que a distinção em questão, comum no início das discussões acerca dos refugiados climáticos, resta infundada na medida que eventos advindos unicamente da natureza também podem sofrer interferência antrópica, como, por exemplo, as alterações climáticas (TRINDADE, 1993, p 133-134).

Nesse contexto, outros documentos surgiram com o propósito de ampliar o rol das causas caracterizadoras de refugiados, dentre eles, os de ordem ambiental. A exemplo, há a Convenção da União Africana sobre Proteção e Assistência dos Deslocados Internos da África, conhecida como Convenção de Kampala, de 1969, que constata, em seu artigo 9º, “Os Estados Parte protegem os direitos das pessoas deslocadas internamente não obstante as suas causas” (UA Ciemeira Especial, 2009).

O documento em questão, além de regular o deslocamento populacional no âmbito interno dos Estados, também amplia o reconhecimento de refugiados de qualquer origem em termos de violações aos seus direitos humanos, o que altera o critério de proteção legal e humanitária da perseguição individual para

a análise sistêmica e ampla do país de origem dos refugiados (JUBILUT, 2007, p.134-135), observando o encadeamento de causas e consequências que levaram à desestruturação interna que tornou, por sua vez, a habitação original inviável para a manutenção das condições básicas de direitos humanos.

Além disso, a questão dos refugiados ambientais é comumente tratada no direito internacional enquanto medidas práticas dada situações de calamidades, através da imposição de esforços no tratamento dos fluxos migratórios para manter a dignidade da pessoa humana, como ocorre com refugiados decorrentes do desmatamento florestal, de eventos climáticos extremos e entre outros. Contudo, a análise feita é a necessidade de tratamento preventivo sobre o surgimento de futuros refugiados, agravando a urgência de prevenção quando se trata de migração causada por alterações ambientais iminentes segundo a comunidade científica internacional, tendo em vista a estimativa de 23,7 milhões de refugiados supra mencionados.

2.1 A Incorporação de Direitos Humanos Coletivos

É possível perceber que os dois documentos citados, a Declaração de Cartagena e a Convenção de Kampala, surgem no âmbito do sul-global com o sentido de assegurar aos refugiados ambientais, no contexto de colonização e precarização da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento legal e tratamento compatível com a sua situação. Surge a ideia de transformar o direito internacional, que até então fora criado no contexto europeu, para passar a condizer com o cenário dos principais afetados pelas mudanças ambientais, seja como vítima dos danos ambientais, ou como receptores de refugiados.

A situação atual de mudanças climáticas, juntamente com a previsão do aumento do número de refugiados climáticos, trazem a tendência de supressão das lacunas legais acerca do tema, reconhecendo a situação de vulnerabilidade dos contingentes populacionais em migração. Dessa forma, a inclusão de direitos coletivos ao rol de direitos humanos, além dos direitos individuais, demonstra a alteração de paradigma para atender as necessidades existentes na sociedade contemporânea, que não

se limita mais a satisfazer-se com a tutela específica de alguns direitos de ordem civil e política.

Portanto, a positivação de instrumentos legais no século XX, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, no âmbito da Organização das Nações Unidas, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Organização dos Estados Americanos, tem a finalidade de tutelar a generalidade dos direitos humanos, colocando a figura humana como genérica e abstrata, em pé de igualdade e livre de quaisquer discriminações. Por outro lado, no sentido de ampliar o rol de direitos humanos e seus sujeitos, as convenções especiais tendem a tratar acerca da diferença humana em suas particularidades e necessidades, em que “sujeito de direito deixa de ser genérico para ganhar especificidade decorrente de raça, da idade, do gênero ou de qualquer outra razão que necessite ser observada de modo particular.” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 448-449 *apud* RAMOS, 2011, p. 102).

Percebe-se que a ampliação de violações aos direitos humanos para além dos direitos civis e políticos é o que permite a proteção dos refugiados ambientais pelo princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, com a adoção de parâmetros que permitam reconhecer a situação objetiva do país de origem dos refugiados (JUBILUT, 2007 p. 135). Um dos critérios em questão é, justamente, a teoria proposta pelo filósofo John Rawls, que visava, embora imbuído de limitações, identificar o conceito de justiça e sua aplicação dentro de cada Estado enquanto nação soberana, podendo questionar-se a aplicabilidade de Rawls na questão do manejo dos refugiados ambientais.

Portanto, os migrantes ambientais encontram-se no rol de sujeitos carentes de tutela legal específica, assim como ocorreu, por exemplo, com as crianças enquanto coletividade, que, por sua situação de vulnerabilidade, obtiveram a tutela internacional através de mecanismos legais especiais, como é o caso da Declaração dos Direitos da Criança de 1989. Contextualmente, a evolução jurídica de direitos é formalizada pela inclusão de novos sujeitos titulares de direitos humanos e, consequentemente, de novas situações passíveis de proteção estatal, como é o caso dos refugiados.

A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos e das múltiplas transformações tecno-científicas, das práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas) (WOLKMER, 2013, p. 123-124).

A análise que se faz é a demanda pela desconstrução da visão singular do desenvolvimento global, que desconsidera aspectos ambientais no decorrer do tempo, passando a introduzir, em substituição, a ideia de sustentabilidade na responsabilidade estatal pelos refugiados. Nesse sentido, “é possível afirmar que a proteção geral prevista nos instrumentos gerais, centrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é o fundamento primeiro e a razão última para a proteção dos “refugiados ambientais” (RAMOS, 2011, p. 103); parte-se da ideia da proteção das condições básicas de subsistência, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana em casos de eventos ambientais que ocasionam a migração, o que leva à instituição de direitos coletivos específicos no sistema internacional de responsabilidade dos Estados.

Todavia, em termos de evolução dos direitos humanos internacionalmente, a dificuldade de delimitação destes aos refugiados ambientais advém da indeterminação de sua natureza, como apontado, por exemplo, pelos órgãos da administração pública brasileira na brigada de refugiados haitianos em 2011. Segundo a teoria das dimensões de direitos fundamentais propostas pela doutrina constitucional, como Paulo Bonavides e Wingo Wolfgang Sarlet, aqueles direitos chamados de “terceira geração”, que englobam os direitos coletivos dos refugiados ambientais, constituem-se pelos direitos difusos e coletivos, de forma que aqueles caracterizam-se pela determinação do grupo titular formado por pessoas anônimas, como habitantes de certa região geográfica, enquanto estes se fazem pela indeterminação de seus titulares, constituindo-se enquanto coletividade, como é o caso do direito ao meio ambiente sadio. Os refugiados ambientais, enquanto titulares de direitos humanos, encontram-se no âmbito dos direitos coletivos, ao mesmo tempo permeados por aspectos difusos, tendo em vista a afetação de grupos específicos por

um problema de ordem global. Isso se justifica, em parte, pela titularidade individual dos direitos de uma coletividade, em que pertence a todos, mas todos não podem dele dispor por seu caráter coletivo (SOUZA FILHO, 2011, p. 37).

2.2 Caráter Preventivo da Titularidade dos Refugiados Ambientais na visão Transgeracional

Segundo o pressuposto da existência de um sujeito titular para haver a positivação de um direito, os refugiados ambientais transgridem a ideia original de refugiado positivado no Estatuto de 51, uma vez que, além de serem refugiados difusos e coletivos, em diferentes localidades do planeta e sem causa delimitada para a busca de refúgio, sua condição prolonga-se no decorrer do tempo no sentido do estudo transgeracional de futuros refugiados. Portanto, assim como qualquer direito coletivo, os direitos dos refugiados em questão perpassa pela teoria de que, embora a coletividade seja seu titular, ninguém pode dele dispor, não integrando o patrimônio de nenhum sujeito específico, o que difere dos direitos individuais de ordem contratual (SOUZA FILHO, 2011, p. 36).

Entender a titularidade dos direitos coletivos é o pressuposto para estabelecer o caráter preventivo transgeracional dos refugiados ambientais, pois recai na soma de grupos atualmente afetados pela crise ambiental, sendo, portanto, titulares imediatos dos direitos, e na figura futura de refugiados ambientais, dos quais a sociedade enquanto coletividade é alvo, tendo em vista o direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável e a dignidade da pessoa humana. Segundo Souza Filho (2011, p. 36) os direitos coletivos estendem-se para além dos sujeitos diretamente envolvidos na sua garantia Estado-Sujeito.

Os direitos coletivos são, portanto, função abstrata da lei que se caracteriza independentemente da consciência ou vontade do sujeito. [...] Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas isto não restringe aos que são ou podem ser afetados por um desequilíbrio. Todos tem direito a preservação dos bens culturais, ainda que não veja, não sinta ou não goste da cultura em questão (SOUZA FILHO, 2011, p. 36-37).

Sob essa visão, os direitos humanos conferidos aos refugiados ambientais são destinados a sociedade como um todo, tendo em vista o caráter coletivo do instituto legal, em que cada indivíduo não pode apropriar, alienar ou transferir o direito, uma vez que não integra seu patrimônio, sendo, na visão de Souza Filho, um direito coletivo permeado por questões individuais (SOUZA FILHO, 2011, p. 37).

Dessa forma, em prol da prevenção acerca das mudanças no meio ambiente e de futuras violações aos direitos humanos dos refugiados ambientais, prevalece o entendimento que toda a sociedade é afetada, ou poderá ser, através da ótica transgeracional, pelo não planejamento efetivo de políticas institucionais no manejo da crise socioambiental atual e futura. Ao incluir todos os sujeitos da sociedade enquanto titulares desses direitos, abre-se o caminho para o planejamento de uma política sustentável pelo Estado, que além de considerar eventos específicos, leva em consideração as consequências sistêmicas futuras com base nas ações governamentais presentes.

3 A GOVERNANÇA MIGRATÓRIA GLOBAL

Nesse cenário lacunoso para com o fenômeno dos refugiados ambientais atuais e futuros, surge a necessidade de construção de mecanismos que visem lidar com a crise ambiental de forma distinta ou complementar ao paradigma existente exposto acima. A governança global trata justamente dessa tentativa de tutelar de forma efetiva a crise migratória, abordando as instituições que devem atuar no gerenciamento descentralizado dos refugiados em questão, através de instituições não governamentais, além da própria figura estatal. Como coloca Rosenau (2000, p. 15-16 *apud* CLARO, 2012, p. 49), a governança “abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas”.

A descentralização do modelo em questão se dá pelo deslocamento do Estado enquanto foco de tal imagem, valorizando

e empoderando outros agentes da sociedade civil, tratando-se, portanto, de um conceito no qual seus sujeitos coordenam seus interesses distintos em prol de um objetivo comum, podendo este ser de diferentes ordens, como o manejo de recursos naturais, o emprego de energias sustentáveis, o subsídio econômico para países subdesenvolvidos e entre outros. A governança surge, nesse sentido, como alternativa para a problemática do presente estudo (COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, 1995, p. 2 *apud* CLARO, 2011, p. 48). É justamente a descentralização da ação estatal que diferencia o conceito de governança e governo, uma vez que o segundo se torna apenas um dos elementos pertencentes ao primeiro, em que o governo é um dos agentes da governança global.

Por fim, a governança global, segundo Batismo Claro (2012, p. 60), aponta para a necessidade de cooperação entre os países e as instituições sobre a sua jurisdição, visando a recepção, permanente ou temporária, dos migrantes decorrentes de alterações ambientais. O estabelecimento de acordos multilaterais e bilaterais, por exemplo, é o mecanismo pelo qual os Estados podem vincular a governança entre si e estabelecer acordos de cooperação internacional, além de viabilizarem o intercâmbio de tecnologias, subsídios e culturas no tratamento da temática. As instituições e grupos locais devem fazer parte da gerência institucional dos refugiados, tendo em vista a necessidade de ajuda humanitária e adaptação do contingente populacional em migração.

CONCLUSÃO

A nível teórico-filosófico, há a necessidade de adaptação da teoria de Rawls perante a problemática dos refugiados ambientais, uma vez que a migração ambiental passou a ser um fenômeno sistêmico em decorrência do agravamento das crises climáticas, devendo-se elaborar teses que vão além da previsão de soluções *ad hoc* e passem a tratar o tema com a generalidade própria. Assim, exige-se a construção de uma teoria de justiça internacional condizente com os problemas enfrentados no século XXI e apta a proporcionar a criação de uma base legal para os refugiados ambientais.

É possível perceber que o ordenamento jurídico internacional, além de carecer de força vinculante na responsabilidade estatal, também possui lacunas na conceituação legal dos refugiados ambientais, o que gera, por sua vez, inconsistência na assistência humanitária fornecida pelos Estados aos migrantes ambientais. Portanto, embora a Declaração de Cartagena e a Convenção de Kampala tenham por objetivo delimitar os refugiados em questão, o instituto normativo carece de eficácia a nível de diferentes sistemas legais nacionais ou internacionais, como o Sistema das Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos. A governança global, na controvérsia em questão, advém da tentativa de estabelecer coerência entre diferentes elementos soberanos entre si, visando um problema comum, os refugiados ambientais, por meio de tratados multilaterais que, assim como as declarações supracitadas, busquem conferir integridade ao tratamento da problemática. Por fim, a solução apresentada pela governança global trata de imaginar diferentes agentes, estatais ou não, em uma cooperação global que vise dar o devido e efetivo tratamento aos refugiados ambientais.

REFERÊNCIAS

- BELL, Derek R.. *Environmental Refugees: what rights? which duties?*. Res Publica, [S.L.], v. 10, n. 2, p. 135-152, 2004. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1023/b:resp.0000034638.18936.aa>.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. .
- CENTER, Internal Displacement Monitoring. 2021 Internal Displacement. 2022. Disponível em: <https://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- CHIARETTI, Daniel; SEVERO, Fabiana Galera; PAIVA, Caio. Comentários ao estatuto dos refugiados. Rio de Janeiro: CEI, 2019.
- CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global*. 2012. 57 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.realp.unb.br/jspui/handle/10482/11970>. Acesso em: 24 fev. 2024.

IOM. *A Complex Nexus*. Disponível em: <https://www.iom.int/complex-nexus>. Acesso em: 24 fev. 2024.

MARTINS, Alejandra. *Mudanças climáticas: o país que se prepara para desaparecer*. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-59480079>. Acesso em: 23 fev. 2024.

MARZOCHI, Roger. *Mudanças climáticas já são responsáveis por “refugiados” brasileiros*. 2018. Disponível em: *Mudanças climáticas já são responsáveis por “refugiados” brasileiros*. Acesso em: 23 fev. 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1171 p.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

PAVIANI, Gabriela Amorim; COSTA, Matheus Felipe Galera de Oliveira. Refugiados ambientais no século XXI: necessidade de uma proteção global. In: TIOSSO, Alana et al (org.). *Coletânea Temas Contemporâneos de Direito Ambiental e Urbanístico: o direito ambiental no século xxi*. Londrina: Thoth Editora, 2021. p. 185-197.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados Ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 75 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf. Acesso em: 24 fev. 2024.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SETTE, Marli Teresinha Deon. *Justiça entre gerações de John Rawls: herança ambiental e o problema do direito adquirido e do retrocesso legal*. herança ambiental e o problema do direito adquirido e do retrocesso legal. 2014. Disponível em: <https://marlideonsette.com.br/wp-content/uploads/2023/01/HERANCA-AMBIENTAL-E-O-PROBLEMA-DO-DIREITO-ADQUIRIDO-E-DO-RETROCESSO-LEGAL.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos : ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

TORRADO, Santiago; ARROYO, Lorena; JIMÉNEZ, Carla. *O êxodo silencioso dos haitianos na América Latina*. 2021. Disponível em: <https://brasil>.

elpais.com/internacional/2021-08-10/o-exodo-silencioso-dos-haitianos-na-america-latina.html. Acesso em: 24 fev. 2024.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 20 fev. 2024.



GESTÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NA PERSPECTIVA ESG: O PAPEL DO DESIGN DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS NA AGENDA 2030

Anna Luiza Massarutti Cremonezi

Universidade Estadual de Londrina, Mestranda em Direito
Negocial, Londrina, Brasil, annaluiza.cremonezi@uel.br

Luís Fernando Ferreira Marques

Universidade Estadual de Londrina, Mestrando em Direito
Negocial, Londrina, Brasil, lfernandofmarques@gmail.com

Patrícia Ayub da Costa

Doutora em Direito Internacional pela USP, vice-coordenadora
do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da
Universidade Estadual de Londrina, Brasil, patricia.ayub@uel.br

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de compreender a gestão de conflitos socioambientais na perspectiva ESG, para identificar se o design de solução de disputas é, de fato, capaz de contribuir para os objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU. Com a globalização e o desenvolvimento tecnológico, as externalidades negativas causadas pelos agentes econômicos no mercado, influenciaram as organizações internacionais na regulação das práticas do mercado conforme os fatores ESG. A gestão dos conflitos socioambientais passa então a se organizar sob essa perspectiva ESG. Ocorre que os fatores ESG não foram suficientes para prevenir e resolver conflitos socioambientais. Assim, a ONU definiu a Agenda 2030 como plano de ação global orientado às práticas de desenvolvimento sustentável e firmou 17 objetivos e metas a serem cumpridos não só por seus Estados-membros, mas por todos os agentes que atuam no mercado. Dentre os objetivos da Agenda 2030, o acesso à justiça apresenta-se como sendo o principal pilar de promoção da paz, da justiça, da igualdade e da governança eficaz. Então, com base no método analítico dedutivo, por meio da revisão bibliográfica de estudos científicos publicados sobre o tema, o design de solução de disputas é analisado sob a ótica do acesso à justiça, a partir de exemplos de casos práticos, para confirmar a efetividade de sua contribuição para o alcance dos objetivos da Agenda 2030 da ONU.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão de conflitos; Design de Solução de Disputas; Agenda 2030; ESG.

ABSTRACT: The presente work aims to understand the management of social and environmental conflicts from the perspective ESG to identify whether the dispute resolution design is in fact capable of contributing to the sustainable development objectives of the UN 2030 Agenda. With globalization and technological development, the negative externalities caused by economic agents in the market have influenced international organizations in the regulation of market practices according to ESG factors. The management of social and environmental conflicts then begins to be organized under this ESG perspective. It turns out that ESG factors were not sufficient to prevent and resolve socio-environmental conflicts. Thus, the UN has defined the 2030 Agenda as a global action plan oriented to sustainable development practices and setted 17 objectives and goals to be met not only by its Member States, but by all agents operating in the market. Among the objectives of the 2030 Agenda, access to justice is presented as the main pillar of promoting peace, justice, equality and effective Governance. Then, based on the subject, the design of dispute resolution is analyzed from the perspective of access to justice, from examples of practical cases to confirm the effectiveness of his contribution to the achievement of the objectives of the UN 2030 Agenda.

KEYWORDS: Conflict management; dispute resolution design; Agenda 2030; ESG.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo enfrenta diversos problemas de caráter socioambiental. Por efeito do modelo de produção capitalista, atrelado ao crescimento populacional e ao desenvolvimento tecnológico, externalidades negativas são geradas diariamente à toda a coletividade.

Afinal, nenhum sujeito ou ator de direito, isoladamente, é capaz de promover o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente, a garantia do acesso à justiça, a paz e a erradicação da pobreza. Por isso, no período pós Segunda Guerra Mundial, diversas organizações internacionais surgiram com o intuito de regular as relações sociais por meio da enunciação de regras e padrões de comportamento comuns, mais adequados à sociedade internacional, às práticas de mercado e à sustentabilidade.

De início, houve uma preocupação com a salvaguarda dos direitos individuais, mas na sequência, a atenção voltou-se aos direitos coletivos e difusos, em especial ao meio ambiente, visto sua essencialidade à manutenção da vida humana e à justiça social.

Com base nessas premissas, a Organização das Nações Unidas (ONU) introduziu o conceito de desenvolvimento sustentável como um princípio norteador para guiar os agentes econômicos a um crescimento equilibrado em relação a exploração dos recursos naturais e a degradação ambiental. Esta ação teve impacto não apenas nas políticas públicas, mas também na iniciativa privada. Assim, originou-se o padrão ESG, cuja sigla oriunda do inglês, pressupõe fatores extraídos das palavras *environmental* (ambiental), *social* (social) e *governance* (governança), cujas premissas são fundamentais para a orientação dos agentes no mercado.

Em que pese a tendência evolucionista dessas práticas socioambientais, as ideais de cooperação, consumo sustentável, proteção ao meio ambiente, garantias de valores sociais, compromisso com direitos humanos, promoção da diversidade e da inclusão social, também foram fixadas pela ONU como objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. Tanto que, tais objetivos passaram a conduzir políticas públicas, orientar algoritmos e as novas regulações do mercado, além de influenciar e preocupar os consumidores.

Diante desse cenário, o presente trabalho concentra-se em analisar o acesso à justiça a partir do objetivo de desenvolvimento sustentável de número 16 da Agenda 2030 da ONU, sob a perspectiva dos conflitos socioambientais, para identificar se o design de solução de disputas, instrumento importado dos Estados Unidos da América, pode ser utilizado como meio adequado de solução de conflitos, para garantir os objetivos da Agenda 2030 da ONU.

Sob este enfoque, questiona-se: diante do atual contexto econômico global, como pode o Brasil garantir o acesso à justiça em casos de conflitos socioambientais e ainda promover o desenvolvimento sustentável nos termos da Agenda 2030 da ONU?

Com efeito, após analisar os conflitos socioambientais na perspectiva ESG e o acesso à justiça como objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU, o trabalho irá abordar o design de solução de disputas, a partir da análise de casos em que este meio foi aplicado no Brasil para a resolução de conflitos sobre os desastres ambientais de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais. Da análise de toda a sua sistemática de aplicação nos exemplos referendados, será possível avaliar sua contribuição para o alcance das metas e objetivos da Agenda 2030. Enfim, para cumprir com o objetivo proposto e responder ao problema de pesquisa, destaca-se que a abordagem metodológica será com base no modelo analítico dedutivo, por meio da revisão bibliográfica de estudos e artigos científicos publicados sobre o tema.

1 Os CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NA PERSPECTIVA ESG

A preocupação com sustentabilidade e desenvolvimento econômico sustentável tem influenciado o mercado desde o período pós-guerra, quando a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948) fixou o direito à vida como um direito fundamental do ser humano e impôs aos Estados e às organizações internacionais o dever de buscar pela efetivação dos direitos humanos.

No período pós-guerra, a proteção aos direitos naturais passou a ter eficácia jurídica e valor universal, já que o indivi-

duo foi reconhecido como sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal (BOBBIO, 2004, p. 18-19).

Com base nessas premissas, em 1972, a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu a Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente na Suécia, para tratar de questões envolvendo os conflitos socioambientais gerados com a degradação ambiental causada pela industrialização em massa que assolou o período pós-guerra. A Conferência de Estocolmo, como ficou conhecida, foi definida como o marco inicial histórico-normativo da busca por um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente como direito fundamental (SARLET; FENSTERSEIFER; 2017, p. 55).

Para dar continuidade ao plano de conscientização ecológica internacional sobre a gestão desses conflitos socioambientais, a ONU constituiu em 1987 a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que apresentou o conceito de desenvolvimento sustentável pela primeira vez, com a publicação do Relatório de Brundtland (SARLET; FENSTERSEIFER; 2017, p. 123). A rigor, com fundamento na valorização do desenvolvimento econômico e social do Estado, associado à preservação de recursos naturais e do meio ambiente, o conceito de desenvolvimento sustentável determinou que o crescimento econômico deveria ocorrer em consonância ao progresso social e à proteção ambiental.

De acordo com o conceito apresentado, além da busca pela redução de disparidades nos padrões de vida, por meio de uma redistribuição igualitária dos resultados do processo produtivo para erradicação da pobreza, o conceito de desenvolvimento sustentável foi cunhado no intuito de promover a exploração equilibrada dos recursos naturais para satisfação das necessidades da coletividade e do bem-estar geral das gerações futuras (SILVA; 2009, p. 26-27).

Em síntese, o desenvolvimento sustentável deve pressupor o crescimento econômico associado à redução de impactos nos planos social e ambiental, promovendo o consumo ecologicamente equilibrado dos recursos naturais, a fim de assegurar a imutabilidade dos ecossistemas (MILARÉ, 2009, p. 1339).

Por influência dos impactos da degradação ambiental à sobrevivência humana e à vida, o período pós-guerra foi marcado por uma mobilização internacional que ensejou a conscientização ecológica que introduziu a proteção ao meio ambiente à classe de direitos fundamentais de terceira geração, impondo novos padrões de comportamento aos agentes econômicos no mercado e originando um novo modelo de Estado ideal, capaz de gerir e resolver conflitos socioambientais.

A bem ver, quando o conceito de desenvolvimento sustentável foi criado, o intuito estava ligado a fatores ambientais e geopolíticos, direcionado aos Estados, que deveriam regular o desenvolvimento tecnológico com a exploração equilibrada de recursos, a partir de mudanças institucionais. Assim, embora o movimento da época contasse com a participação de empresas no âmbito global, é certo que suas ações e efeitos possuíam um viés mais político, e não tão direcionado a mudanças internas nas empresas, que deveriam ser influenciadas pelos Estados dos países em que estavam alocadas.

Então, com o fenômeno de expansão da globalização na passagem do século XX para o século XXI, as relações sociais e a economia de mercado foram significativamente alteradas. As organizações internacionais assumiram protagonismo na regulação do mercado, mediante o estabelecimento de regras e *standards* de conduta aos agentes econômicos.

O fato é que a globalização e o desenvolvimento tecnológico, especialmente sob a influência das redes sociais, mudaram a dinâmica da opinião pública e do relacionamento social de indivíduos e agentes econômicos no mercado, fato que realçou a interdependência existente entre as nações, indivíduos e instituições, destacando que as empresas e agentes econômicos devem cooperar entre si no ambiente de mercado, em favor de práticas mais sustentáveis, voltadas às questões socioambientais e de governança.

Nessa perspectiva, em 2004, por meio de uma publicação pioneira do Banco Mundial em parceria com o Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU), chamada “Who Cares Wins” (ganha quem se importa), a sigla ESG, oriunda do inglês *environmental* (ambiental), *social* (social) e *governance*

(governança), foi introduzida no contexto do mercado global, para fixar esses fatores como fundamentais às companhias no mercado de capitais.

A partir de um desafio do então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, ora direcionado a vários CEOs de grandes instituições financeiras do mundo com acesso ao documento, os fatores ESG passaram a regular o mercado e a orientar as atividades empresariais em todo o mundo. Em suma, Annan apelou diretamente a investidores do mercado financeiro e de capitais em busca de soluções para integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado até 2030.

Tanto que, na mesma época, em 2006, a ONU publicou um documento chamado Princípios para o Investimento Responsável, ou do inglês “United Nations Environment Programme Finance Initiative”, que propunha que as empresas fossem avaliadas não só em relação aos seus lucros, mas também pela capacidade de serem sustentáveis. A adesão a essas práticas de ESG gerou diversos benefícios ao mercado e à sociedade, razão pela qual, atualmente, a avaliação de empresas é diretamente afetada por tais escolhas.

Com isso, embora as organizações já devessem se orientar sob a perspectiva socioambiental, o termo foi efetivamente adicionado ao mundo corporativo, por incluir preocupações de cunho mais social e de governança. A adoção de ações nessa perspectiva se concentrou no objetivo de configurar mercados mais sustentáveis, além de proporcionar resultados mais eficientes para as instituições e ao mesmo tempo evitar ao máximo os conflitos socioambientais.

Sob este enfoque, os fatores extraídos da perspectiva ESG assumiram posição de destaque no mercado como premissas fundamentais para a orientação de atividades empresariais. O ESG passou a ser determinante sob um conjunto de padrões e boas práticas que visa definir se a empresa é socialmente consciente, sustentável e corretamente gerenciada. Trata-se de um método para medir o desempenho de sustentabilidade de uma organização.

Por tais razões, ignorar esses fatores na definição de critérios para a tomada de decisão empresarial na atualidade, seria o mesmo que isolar-se da sociedade contemporânea, de modo que um sistema isolado do seu ambiente deverá acabar pela sua própria entropia.

Com efeito, a tendência global de implementação do princípio ESG como regra de mercado busca integrar a própria relação da empresa (sistema) com a sociedade (ambiente), na medida em que representa a constituição de um sistema que deve orientar os agentes econômicos, a fim de que sejam guiados não apenas da perspectiva lucro-investidores, mas da perspectiva de todas suas relações na sociedade.

Nos últimos anos, instaurou-se uma demanda significativa para que as empresas adotem práticas de ESG por parte de *stakeholders*, investidores e consumidores, que estão cada vez mais conscientes da importância do ESG e de suas ramificações. Assim, os mercados passaram a exigir transparência na divulgação de resultados e no desempenho em sustentabilidade, fato que impulsionou a quantidade de capital adicional em circulação.

As organizações que adotam o ESG ganham visibilidade e refletem boa reputação pública. Além disso, são mais flexíveis para lidar com mudanças nos padrões, relacionadas à produção e ao consumo. Em resumo, dentre os benefícios de acatar compromissos e práticas ESG, destacam-se a otimização da produtividade, a facilidade de atender às demandas atuais, a possibilidade de novas oportunidades de negócios e a diminuição do impacto ambiental negativo. A adoção de práticas ESG deve favorecer investimentos, impulsionar a expansão de organizações, criando sistemas de gestão de conflitos eficientes e resilientes para eventuais crises.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA AGENDA 2030 DA ONU

A conscientização socioambiental, aliada à perspectiva ESG, influenciou a Assembleia da ONU na criação da Agenda 2030, no ano de 2015, quando diversos líderes mundiais se reuniram na sede da ONU, em Nova York, e decidiram criar o plano de ação global para erradicar a pobreza, as desigualdades, a degradação

ambiental, controlar as mudanças climáticas, proteger o planeta e garantir a paz e a justiça.

No intuito de reforçar a perspectiva de práticas ESG voltadas ao desenvolvimento sustentável, por meio do enfrentamento de uma série de desafios que o mundo enfrenta, o processo rumo à agenda de desenvolvimento sustentável é liderado pelos estados membros das Nações Unidas com a participação dos principais grupos e partes interessadas da sociedade civil.

O compromisso foi aceito por 193 Estados-membros, que assumiram a incumbência de que até 2030, os Estados, as instituições, o setor privado e a sociedade em geral, deverão cooperar entre si, para transpassar os maiores desafios do mundo contemporâneo: gerir e resolver conflitos socioambientais com eficiência e promover o desenvolvimento sustentável.

O plano denominado “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, resultou na criação de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Dentre esses objetivos ou metas globais, está o ODS 16, que remete à paz, com o propósito de estimular sociedades pacíficas e inclusivas, à justiça, a fim de garantir o acesso de todos à ordem jurídica justa, e às instituições, com o objetivo de torná-las mais eficientes do ponto de vista socioambiental.

Apreocupação com a paz e a justiça evidencia a busca constante pela efetividade social do direito, na medida em que o acesso à justiça é considerado o mais básico dos Direitos Humanos, tendo em vista que somente assim pode ser efetivada a chamada Justiça Social, expressão que busca adicionar ao Estado de Direito uma dimensão social (SPENGLER, p. 17, 2024).

No entanto, apesar dos objetivos fixados e a tendência global do mercado de zelar pelo princípio ESG em prol do desenvolvimento sustentável, é certo que as externalidades e o conflitos socioambientais são inevitáveis. Mesmo porque, o mercado, por si só, é incapaz de garantir o acesso efetivo à justiça e a tutela de interesses transindividuais de modo eficiente.

Não bastasse isso, é preciso ressaltar que a morosidade e a insatisfação socioeconômica por uma gestão ineficiente dos conflitos no Brasil, instaurou uma situação de crise no Poder

Judiciário, que acabou por obstar o acesso efetivo à justiça. De acordo com o Relatório Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2023, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com aproximadamente 81,4 milhões de processos em tramitação, dos quais 21,7% estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, sem solução definitiva.

Em conclusão, pela primeira vez na série histórica, o número de processos em tramitação superou 80 milhões, de modo que, em média, para cada grupo de mil habitantes, foram distribuídas 127 novas ações judiciais no ano de 2022, resultando no aumento de 7,4% de novos casos em relação a 2021 (CNJ, 2023). Sob este aspecto, tem-se que o aumento excessivo das demandas, associado à falta de especialidade dos juízes, bem como inadequação do aparelho judiciário e da administração da justiça, agravam cada vez mais a situação de morosidade às soluções efetivas, e maculam a observância de princípios constitucionais, como a duração razoável do processo e princípios ligados à manutenção da ordem econômica.

Ou seja, ao invés de cumprir com o ODS 16 da Agenda 2030, a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário tem obstado ainda mais o alcance do referido objetivo. Ressalte-se ainda que, a inadequação e a falta de especialidade do judiciário sobre conflitos socioambientais complexos, é sobretudo fruto dos impactos trazidos pela globalização e o desenvolvimento tecnológico, situações que estreitaram o intercâmbio entre os países e agentes no mercado global (VERÇOSA, 2008, p. 117-123).

O Poder Judiciário, por sua vez, é incapaz de se adequar de forma efetiva à nova realidade social em tempo hábil, para resolver conflitos de forma célere e eficaz, especialmente conflitos socioambientais complexos que envolvem a tutela de direitos transindividuais, os quais exigem soluções rápidas e eficazes.

Desse modo, infere-se que a judicialização do acesso à justiça ameaça a eficiência dos Estados na garantia da efetividade de direitos fundamentais, aumentando custos de transação para toda a sociedade. Tanto que, em razão dessa ineficiência, o Judiciário brasileiro tem sido alvo de fortes críticas e ataques da mídia e da opinião pública.

Sob este enfoque, é preciso salientar que, ao contrário do que se extrai da noção instaurada na sociedade brasileira, o acesso à justiça está relacionado a duas finalidades básicas do sistema jurídico e não exclusivamente ao Poder Judiciário. O acesso à justiça refere-se à acessibilidade de meios para reivindicação de direitos e garantia da justiça eficaz, mediante resultados individuais e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 2023, p. 8).

Em síntese, acesso à justiça não é sinônimo de acesso à jurisdição estatal, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar efetivamente o direito (SPENGLER, p. 18, 2024).

O acesso à justiça deve ser, portanto, compreendido como a garantia do acesso à ordem jurídica justa, obtido de forma tempestiva, adequada e eficiente, alcançado pela via jurisdicional e pelas políticas públicas ou por meios alternativos de solução de conflitos. A justiça eficaz é compreendida na pacificação social.

De acordo com a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que fomentou a discussão sobre a questão da acessibilidade aos tribunais e da garantia à ordem jurídica justa, conforme inserida nas discussões sobre a expansão dos direitos sociais e da consolidação democrática, extrai-se que alguns obstáculos foram detectados como capazes de macular a efetividade dos direitos frente à atuação dos Estados.

O primeiro obstáculo ao acesso à justiça identificado, refere ao elevado custo sobre o exercício jurisdicional para movimentação do aparato judiciário. O segundo refere ao tempo ou morosidade à solução efetiva. O terceiro, aborda a desigualdade, o desequilíbrio existente entre litigantes habituais e não habituais. Enfim, o quarto refere à dificuldade de tutelar interesses transindividuais (CAPPELLETTI; GARTH, 2023, p. 15-29).

Por tais razões, Mauro Cappelletti e Bryant Garth sistematizaram soluções para superação às barreiras delimitadas ao acesso à justiça, apresentadas como três ondas renovatórias. A primeira onda renovatória abordou a questão dos hipossuficientes e tratou da assistência judiciária gratuita. A segunda, destacou a necessidade de representação jurídica e proteção de interesses

difusos, como a proteção ao meio ambiente e aos direitos dos consumidores. E a terceira, como tentativa de se atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo, trata da necessidade de expansão e divulgação de outras vias de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2023, p. 31-73).

Dos entraves e barreiras delimitadas na referida obra, verifica-se que ao lado da assistência judiciária gratuita que se aperfeiçoou, as ações coletivas também foram fortalecidas e divulgadas em sintonia com meios de resoluções coletivas de conflitos. A técnica judicial se aperfeiçoou, destacando-se a tendência de se desjudicializar conflitos e do uso de meios alternativos de solução de controvérsias em garantia à ordem jurídica justa, principalmente frente ao atual contexto da nova ordem global.

As conclusões obtidas pelo referido estudo, que, após publicado, serviram de motivação às Constituições modernas, resultaram em importantes inovações no âmbito da gestão de conflitos sobre a sociedade internacional, sobretudo quanto ao objetivo de efetivação da pacificação social com eficiência a todos os cidadãos.

Nesse interim, o sistema multiportas, difundido no contexto jurídico mundial na década de 1970 com a devida análise do professor Frank Sander, reconfigurou a noção de acesso à justiça, permitindo a interpretação e aplicação de novos métodos de soluções de diferenças para cada tipo de conflito e voltado às peculiaridades do caso concreto.

No Brasil, essa tendência ganhou força somente a partir da década de 2010, com a publicação da Resolução nº 125 do CNJ, na qual ficou instituída a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, assegurando a todos o direito de solucioná-los por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (CNJ, 2010). Por conseguinte, em 2015, com a publicação da Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil instituiu novos enunciados prescritivos direcionados à celeridade e efetividade do processo, incentivando o uso dos métodos autocompositivos e heterocompositivos, e influenciando a promulgação da Lei de Mediação naquele mesmo ano.

Com efeito, a Resolução nº 125 do CNJ foi um marco importante para a promoção dos meios consensuais de solução de conflitos. Some-se a isso que, recentemente, o Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas sobre acordos internacionais resultantes da mediação, a Convenção de Singapura, cujos impactos serão muito positivos ao país, quando ratificada, pois inserirá o país no contexto comercial internacional que reconhece e valoriza a mediação como forma de solução de conflitos, elevando-a a patamar semelhante aos métodos tradicionais, em sintonia com a Lei de Liberdade Econômica (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2021). Ademais, recentemente, o CNJ, igualmente na vanguarda e com vistas a proporcionar aos jurisdicionados uma justiça socialmente equilibrada e equitativa, mas sem se afastar das garantias fundamentais individuais, aprovou por unanimidade a Resolução n. 423/2021 que altera a Resolução 75/2009 para incluir a Agenda 2030 da ONU no rol de matérias obrigatórias para o concurso da magistratura nacional (CNJ, 2021).

De todo modo, como dito acima, os ODS estão interligados, conectados, não sendo possível alcançar a efetividade de um sem que se alcance a dos outros. Afinal, para que um país atinja a tão almejada pacificação social, promova o acesso à justiça de modo eficaz, com a constituição de instituições fortes, é fundamental que os cidadãos tenham consciência da existência dos ODS.

De acordo com SPENGLER (p. 20, 2024): “o ODS 16 da Agenda 2030 da ONU é centrado na construção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas. Ele tem uma grande importância para o Brasil e para outros países, uma vez que aborda questões fundamentais relacionadas à paz, à justiça, à igualdade e à governança eficaz”, fundamentais para o desenvolvimento sustentável.

O fato é que, o ODS 16 também está interconectado com outros objetivos de desenvolvimento sustentável, como a erradicação da pobreza, a saúde e a educação de qualidade, destacando a importância de abordar essas questões de maneira integrada. Assim, o ODS 16 busca fortalecer instituições jurídicas e garantir a todos o acesso à justiça.

3 O PAPEL DO DESIGN DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS NA GESTÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS FRENTE AOS OBJETIVOS DA AGENDA 2030

O mercado já demonstrou que não é capaz de proteger o meio ambiente e garantir o acesso à justiça, por si só. Não fosse assim, as organizações internacionais não teriam se organizado para instituir regras e padrões de conduta aos agentes econômicos que atuam no âmbito do mercado global.

Como bem destacado, a globalização instigou o desenvolvimento de organizações internacionais para regulação do mercado do ponto de vista socioambiental. Assim, a busca por instrumentos adequados e eficientes para a resolução de conflitos relacionados às ameaças globais de saúde, desastres naturais e danos ambientais causados por agentes econômicos, isto é, aos conflitos socioambientais, resultou no método cunhado na década de 1980, na Escola de Negócios de Harvard, denominado “design de solução de disputas”:

Desenvolvido na Escola de Negócios de Harvard, a teoria do Desenho de Solução de Disputas ou Conflitos (Dispute System Design – DSD) busca, em resumo, analisar as tipologias de conflitos, seus interesses, posições, regramentos, conflitos de poderes, conjuntura econômica, e, assim, delinear estrategicamente um desenho customizado para a solução e tratamento adequado do conflito mediante metodologia específica para cada tipo de conflitos, social e individual. É uma técnica disponibilizada para atuação em conflitos massificados ou repetitivos, principalmente (TRAVAIN, 2018, p. 1).

De acordo com Paulo Henrique Raiol Ostia (2014, p. 92), o Desenho de Solução de Disputas (DSD) corresponde a um “método baseado em princípios e técnicas, de customização de sistemas, que possibilitem o procedimento e a solução mais adequada a um determinado conflito”.

Seguindo essa perspectiva, Diego Falek (2009, p. 8) sustenta que o design visa controlar o processo de resolução de disputas com procedimentos facilitadores com intuito de garantir maior autonomia aos envolvidos:

A teoria e a prática do DSD, sem sombra de dúvida, representam tecnologia de ponta no campo de ADR, na medida em que combinam o esforço analítico, criativo e interdisciplinar com

os mais avançados e sofisticados mecanismos disponíveis no mundo para a resolução de disputas por meios alternativos (FALEK, 2009, p. 9).

Em suma, o DSD representa uma tecnologia no campo dos meios de solução de conflitos, que regula e controla o processo de resolução de disputas por meio de procedimentos facilitadores, com intuito de garantir autonomia aos envolvidos, mediante a cooperação de esforços analíticos, criativos e interdisciplinares (FALEK, 2009, p. 8-9).

Assim, o DSD se mostra adequado para gerir conflitos peculiares, complexos e que envolvam muitas pessoas. A título de exemplo, o DSD já foi implementado no Brasil para a resolução de conflitos complexos, como no desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG, no ano de 2015.

Em consequência do desastre em Mariana, foram propostas milhares de ações judiciais para a tutela dos interesses transindividuais lesados. De acordo com Costa (2021), foram mais de 70.000 (setenta mil) ações individuais e ao menos 16 (dezesseis) ações coletivas propostas pelo Ministério Público de Minas Gerais, o que demonstra tanto a complexidade do dano quanto da resolução dos conflitos dele advindos e a incapacidade do Poder Judiciário de resolver tudo com tempestividade, efetividade, eficiência e justiça.

No caso, por efeito da complexidade e do elevado número de ações sobre a mesma situação, foi necessário desenhar um sistema de solução de disputas (DSD), que fosse capaz de integrar todos os envolvidos na lide (empresa responsável, lesados e entes públicos), a fim de que os danos ambientais e socioeconômicos individuais e coletivos pudessem ser reparados com efetividade e eficiência. No âmbito da tutela transindividual, o uso de técnicas de solução consensual já é implementado com resultados satisfatórios no país, frente à inefetividade das ações coletivas típicas.

Além do caso de Mariana/MG, em 2019, no rompimento da barragem de Brumadinho/MG, sob a responsabilidade da Vale S.A, o Poder Judiciário foi de pronto acionado para apurar a responsabilização e a reparação dos danos causados, na medida em que ajuizados os processos coletivos, englobando as ações civis

públicas, intentadas pelo Estado de Minas Gerais, Ministério Público Federal e a Defensoria Pública.

Em ambos os casos, os danos foram de diversas naturezas, ambiental, social, econômica, cultural e territorial, motivo pelo qual, diante da complexidade dos casos e da crise enfrentada pelo Poder Judiciário, o DSD se consagrou o instrumento mais eficiente para a gestão de conflitos socioambientais mais complexos, aproximando as empresas responsáveis com os indivíduos prejudicados e o Estado.

No caso de Mariana/MG, por efeito da complexidade e do elevado número de ações sobre a mesma situação, foi necessário desenhar um sistema de resolução de conflitos, capaz de integrar todos os envolvidos na lide (empresa responsável, lesados e entes públicos), a fim de que os danos ambientais e socioeconômicos individuais e coletivos pudessem ser reparados com celeridade, eficácia e eficiência.

Já na situação de Brumadinho/MG, foram celebradas sessões de mediação e conciliação entre a Vale S.A, o governo de Minas Gerais e as instituições públicas, que resultaram em cerca de 5.109 acordos envolvendo 10.411 pessoas no âmbito individual, e 1.439 acordos envolvendo 2.472 pessoas na seara trabalhista. A título de indenização, o valor do acordo coletivo foi superior a R\$ 37.000.0000,00 (trinta e sete milhões de reais), representando o maior acordo já realizado na América do Sul. No caso, a Defensoria Pública de Minas Gerais assumiu a negociação coletiva com a Vale, e firmou Termo de Compromisso, para garantir a tutela coletiva a todos os interessados de forma consensual (BACELLAR *Et al.*, p. 45-57, 2023).

Assim, a tutela jurisdicional foi garantida por meios consensuais como negociação e mediação, ainda que no âmbito do Poder Judiciário. Isso porque, a exemplo do conflito de Mariana/MG, o DSD foi implementado dentro do ambiente judicial, e por meio da autocomposição – negociação, mediação, termos de transação e ajustamento de condutas – nas principais ações civis públicas, foi possível realizar a gestão efetiva do conflito socioambiental de modo eficiente, assegurando o acesso à justiça aos lesados e partes interessadas.

De acordo com Patrícia Ayub da Costa (2020, p. 159), em decorrência da crise de morosidade do Poder Judiciário e da necessidade de uma rápida resolução dos conflitos socioambientais, os termos de ajustamento de conduta e transação têm sido muito utilizados nos âmbitos judicial e extrajudicial:

A utilização de Termos de Ajustamento de Conduta (ou Termo de Compromisso Socioambiental) para casos como o desastre da Samarco – em que a urgência se torna evidente e os direitos afetados são múltiplos – é usual, proporcionando muitas vezes a tutela efetiva dos direitos dos afetados. Contudo a falta de participação dos próprios afetados nestes acordos pode torná-los vagos, levantando a indagação sobre quem realmente se beneficiará diante das obrigações estabelecidas.

Ressalte-se que, no âmbito da Ação Civil Pública nº 00679758-61.2015.4.01.3400, ajuizada pela União, Estados e órgãos da Administração Pública Direta e Indireta contra as empresas responsáveis pelo empreendimento da barragem de Fundão em Mariana/MG (Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton), as partes celebraram um termo de transação e ajustamento de conduta, conhecido como TTAC, em março de 2016, para criação de um sistema de governança para a resolução do conflito, por meio de um Comitê Interfederativo, alinhado com Câmaras Técnicas e a constituição de uma Fundação.

Segundo Costa (2020, p. 165):

O TTAC foi um primeiro passo do DSD, mas acabou criando um sistema de governança sem participação efetiva dos atingidos, o que resultou na necessidade da sua adequação, o que aconteceu paulatinamente por meio do Termo de Ajustamento Preliminar (TAP) e do seu Aditivo, ambos de 2017, e do “TAC Governança” em 2018.

Nessa perspectiva de busca por uma governança efetivamente participativa e democrática, o DSD se consagrou como um método sofisticado, capaz de estruturar sistemas de resolução de disputas customizados, atendendo aos mais variados e complexos cenários econômicos e organizacionais não só no Brasil. Na medida em que desenha um sistema de resolução de conflitos próprio, específico, de acordo com cada caso específico e as peculiaridades do conflito em si, inserindo todos os envolvidos em um contexto de cooperação para a solução consensual do

litígio, o DSD promete contribuir com a efetividade da tutela transindividual em qualquer contexto.

Os exemplos analisados servem para confirmar a adequação do DSD para a gestão de quaisquer conflitos socioambientais no contexto do mercado, em conformidade com o ODS 16 da Agenda 2030 da ONU. Isso porque, diante do atual contexto de crise de acesso à justiça enfrentado pelo Poder Judiciário Brasileiro, que, além da incapacidade de promover soluções céleres e eficazes, na medida em que se encontra abarrotado de processos, é inadequado à resolução de determinados conflitos complexos de caráter socioambiental.

Deste modo, diante da complexidade dos conflitos socioambientais sob a perspectiva ESG e da Agenda 2030 da ONU, é preciso desenhar soluções que sejam compatíveis aos desafios, a fim de trazer efetividade para a pacificação social. A flexibilidade de implementação do DSD como sistema de gestão de conflitos, permite que a resolução do conflito de acordo com suas particularidades.

Por isso, o desenho de solução de disputas deve ser adotado como um instrumento eficiente de gestão de conflitos socioambientais, para garantir o acesso à justiça e a tutela de interesses transindividuais, em conformidade aos objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos na Agenda 2030 da ONU. Afinal, em momentos de crise, a busca por inovação é indispensável, e o DSD já mostrou potencial para se adequar às necessidades da sociedade.

CONCLUSÃO

No mundo contemporâneo, a proteção de interesses transindividuais tem exigido que empresas, organizações internacionais e Estados cooperem entre si para a prevenção, controle e resolução de conflitos socioambientais de forma eficiente, reduzindo ao máximo os custos de transação para a sociedade. Isso porque, na atualidade, as externalidades negativas causadas por agentes econômicos geram consequências a toda a coletividade.

A título de exemplo, os danos ambientais causados por agentes econômicos que emitem grandes quantidades de gases poluentes, ou causadores de acidentes tóxicos e radioativos,

ameaçam a existência da vida na terra. No período pós-guerra, surgiram organizações internacionais como a ONU para regular a sociedade internacional, com o intuito de prevenir e controlar conflitos, inclusive, socioambientais.

Com a globalização econômica e os avanços da tecnologia no final do século XIX e início do século XX, instaurou-se a conscientização ecológica de que os agentes econômicos deveriam ser guiados sob a perspectiva ESG, aliada a fatores ambientais, sociais e de governança. Com base nessas premissas, a Organização das Nações Unidas estabeleceu a Agenda 2030, como um plano de ação global para orientar o mercado e os agentes econômicos ao desenvolvimento sustentável.

Por meio de 17 objetivos de desenvolvimento sustentável interconectados, a ONU estabeleceu metas globais para enfrentamento da pobreza, das desigualdades sociais, das mudanças climáticas, da degradação ambiental, em especial para promoção da paz e justiça. Tais objetivos fixaram determinados padrões de comportamento aos agentes econômicos no ambiente de mercado.

A bem ver, esses objetivos estão interligados e visam criar um mundo mais justo, equitativo e sustentável do ponto de vista socioambiental, até o ano de 2030, abordando uma ampla gama de questões globais. No que tange ao acesso à justiça eficaz como objetivo de desenvolvimento sustentável, a Agenda 2030 destacou a necessidade de se encontrar meios adequados para a gestão e resolução de conflitos de caráter socioambiental, principalmente porque o Poder Judiciário demonstra limitações na resolução de conflitos dessa ordem.

Portanto, a fim de garantir o acesso à ordem jurídica justa, é preciso estabelecer um sistema para a gestão eficiente desses conflitos socioambientais complexos, que envolvem direitos fundamentais, como o direito à vida, saúde, meio ambiente equilibrado etc. Assim, apresenta-se como instrumento adequado para a resolução de conflitos relacionados às ameaças globais de saúde, desastres naturais e danos ambientais causados por agentes econômicos, o método cunhado na Escola de Negócios de Harvard e importado dos Estados Unidos da América, denominado “design de solução de disputas”.

O desenho de solução de disputas confirma-se um instrumento eficiente para a gestão de conflitos socioambientais, na medida em que é capaz de garantir a promoção do desenvolvimento sustentável por meio do acesso à justiça e da tutela de interesses transindividuais, ouvindo os envolvidos e os colando como protagonistas na solução do conflito. Sendo assim, no que tange à tutela transindividual e à resolução de conflitos socioambientais, tem-se que o desenho de solução de disputas se consagra como uma solução efetiva para a gestão eficiente de conflitos e garantia do acesso à justiça.

A partir da análise de casos em que o DSD foi utilizado como meio de gestão de conflitos, não restam dúvidas de que, a possibilidade de se criar um sistema customizado para a resolução de cada conflito específico poderá trazer inúmeros benefícios para a tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal; GARCEL, Adriane; HIPPERTT, Karen Pava; FERREIRA, Luiz Antonio. Métodos consensuais de solução de conflitos e processos estruturais: as disputas resultantes do rompimento da barragem em Brumadinho. In *Gralha Azul Periódico Científico* da EJUD/PR, Curitiba, v. 1, n. 16, p. 42/58, fev-mar de 2023.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União 17 de março de 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 25 de fev. de 2024, 17:43:00.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: Fabris, 1988, reimpresso 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2024, 23:54:00.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 125/2010*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em: 25 de fev. 2024, 18:13:00.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 423/2021*, que altera a Resolução CNJ n. 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>>. Acesso em: 25 fev. 2024, 19:21:00.

COSTA, Patrícia Ayub da. O desenho de solução de disputas da tragédia de Fundão em Mariana: a importância da governança para legitimidade do sistema. In *Coletânea Temas Contemporâneos de Direito Ambiental e Urbanístico: Direito Processual Ambiental*. org. TIOSSO, Alana, et. al. Londrina: Thoth, p. 151-177, 2021.

COSTA, Patricia Ayub da. MUNIZ, Tânia Lobo. Sistema Multiportas: efetividade e possibilidades das políticas de gestão de conflitos no Brasil. In *Gestão de conflitos: uma abordagem global dos mecanismos de resolução de disputas*. RIBEIRO, Suzane de França; BANDOLIN, Araceli Mesquita; MUNIZ, Tânia Lobo (org.). Londrina: Engenho das Letras, p. 149-166, 2020.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos: hacia um nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2009.

FALEK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. 6, n. 23, Porto Alegre: Síntese, Jul.-Set. 2009.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC). *Who Cares Wins, 2004-08 Issue Brief*. Advisory Services in Environmental and Social Sustainability. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/444801491483640669/pdf/113850-BRI-IFC-Breif-whocares-PUBLIC.pdf>> Acesso em: 24 de fev. de 2024, 18:55:00.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Brasil assina a Convenção de Singapura sobre mediação internacional*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/junho/brasil-assina-a-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-internacional>. Acesso em: 25 fev. 2024, 19:35:00.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>>. Acesso em: 25 fev. 2024, 21:22:00.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 fev. 2024, 21:32:00.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 11 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça brasileira e a Agenda 2030 da ONU. In. *O acesso à justiça na contemporaneidade: diálogos acadêmicos entre Brasil e Espanha*. SPENGLER, Fabiana Marion (org.). São Carlos: Pedro & João Editores, p. 15-32, 2024.

TRAVAIN, Luiz Antonio Loureiro. Design de sistemas de disputas (dispute system design). *Revista Jus Navigandi*. Teresina, a. 23, n. 5489, 12 jul. 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66615/design-de-sistemas-de-disputas-dispute-system-design>>. Acesso em: 25 fev. 2024, 20:00:00.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Finance Initiative*. 2008. Disponível em: <https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/unepfi_overview_2008.pdf> Acesso em 24 de fev. de 2024, 18:32:00.

**ESTADO AMBIENTAL: ESTADO DE
DIREITO DEMOCRÁTICO DE TERCEIRA
GERAÇÃO COMPLEXIDADE PÓS-
MODERNA DOS DIREITOS DIFUSOS**

Vinício Carrilho Martinez

UFSCar

vinicio@ufscar.br

João Paulo Laranjo Velho

UPE

joaopaulolaranjovelho@ufscar.br

Vinícius Alves Scherch

UFSCar

vinicius.scherch@estudante.ufscar.br

RESUMO: O escopo deste artigo situa-se no Estado Ambiental, que ultrapassa – por força da realidade e por definição – os limites da trindade do Estado Moderno renascentista: povo / território / soberania. Porém, como vemos no século XXI, também se expandem as limitações jurídicas do Estado de Direito, de acordo com a construção dos séculos XIX e XX, a partir da imposição da “regra da bilateralidade da norma jurídica”. Com mais amplitude no tocante à autoregulação, sobretudo, na forma de uma soberania profunda, participativa, coletiva, inclusiva, social e popular, traz toda sorte de desafios para que o Poder Político se efetive sob a forma-Estado de direito de ambiente. Para a elaboração deste artigo utilizou-se a metodologia hipotético-dedutiva e pesquisa do tipo bibliográfica, organizando o trabalho em seis eixos principais: o comunitarismo primitivo; a passagem do capital ao Estado Ambiental; o perfilhamento do Estado Ambiental, os princípios e deveres do Estado Ambiental; o Rizoma Jurídico pós-positivista; e o estado da arte não animador do problema. A conclusão a que se chega é de que se faz urgente repensar a proteção ambiental com vistas ao seu aspecto interno e externo, pois se trata de um problema global, desconsiderando o antropocentrismo para uma inclusão da pessoa como parte da natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Ambiental; Direitos humanos e fundamentais difusos; Complexidade pós-moderna; Estado de Direito Democrático de Terceira Geração.

ABSTRACT: The scope of this article is located in the Environmental State, which exceeds – by force of reality and by definition – the limits of the trinity of the Modern Renaissance State: people / territory / sovereignty. However, as we see in the 21st century, the legal limitations of the Rule of Law are also expanding, in accordance with the construction of the 19th and 20th centuries, based on the imposition of the “rule of bilaterality of legal norms”. With greater scope in terms of self-regulation, especially in the form of deep, participatory, collective, inclusive, social and popular sovereignty, it brings all sorts of challenges for Political Power to be effective in the form of the State of Environmental Law. To prepare this article, hypothetical-deductive methodology and bibliographical research were used, organizing the work into six main axes: primitive communitarianism; the transition of capital to the Environmental State; the outline of the Environmental State, the principles and duties of the Environmental State; the post-positivist Legal Rhizome; and the state of the art does not encourage the problem. The conclusion reached is that it is urgent to rethink environmental protection with a view to its internal and external aspects, as it is a global problem, disregarding anthropocentrism for the inclusion of the person as part of nature.

KEYWORDS: Environmental State; Fundamental and human rights diffuses; postmodern complexity; Democratic Rule of Law of Third-Generation.

INTRODUÇÃO

A modernidade, como se sabe, traz grandezas e desconfortos equiparáveis. Vivenciamos toda sorte de facilidades tecnológicas, ao mesmo tempo em que padecemos com a angústia de que podemos não ter planeta “respirável” em breve. De certo modo, esse mal-estar é produto da própria racionalização e aponta para o Neolítico: o *Homo sapiens* que inventara a arte, a política e a técnica. Decididamente, a partir daí o Homem não foi mais um ser natural.

Equivale a dizer que nosso “estado de ser atual”, quando nos preocupamos com o sentido político que a tecnologia adquire atualmente, é um sinal de desapontamento com a criatividade dos ancestrais, uma vez que eles “inventaram” o maior desafio que temos hoje: a *Tecnologia política* que nos tornou “mais” racionais (MARTINEZ, 1997), mas que, a par disso, ameaça a sobrevivência do Planeta como um todo.

A Constituição Federal de 1988 traz em sua topografia o Estado de Direito Democrático e Social, impondo ao Poder Público – como destinatário da norma jurídica – o dever de arcar com o ônus das prestações positivas. Nesse quadro, surge então a problemática aqui abordada, pois a sociedade contemporânea é cada vez mais plural e multifacetada. Daí dizer que é preciso pensar Estado de Direito Democrático de Terceira Geração que consiga efetivamente conjugar os direitos difusos que surgem como valores-fonte da própria existência humana.

Acomoda-se nesse pensamento que aqui será apresentado, uma noção de que o modo antropocêntrico de visualizar as disposições do Direito já está ultrapassado, passando ao largo de uma efetiva construção da sociedade sustentável. Por isso, o trabalho se justifica e objetiva a apresentação da hipótese de um Direito ecocêntrico como alternativa capaz de garantir a passagem ao futuro como orientação política diante dos problemas ambientais que são uma fatia da complexidade pós-moderna dos direitos difusos.

Para a elaboração do presente artigo foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, na qual é feito um recorte estratégico da compreensão geral do Estado de Direito e da modernidade

tardia observando aspectos mais lineares do comunitarismo primitivo até o alcance de um Estado Ambiental. Para viabilizar esta construção teórica e correlacionar com a realidade, a pesquisa utilizada é do tipo bibliográfica, pautada em textos da doutrina especializada no tema e, ao mesmo tempo, informatizada, já que se desdobra por notícias pinçadas das mídias sociais.

Sendo assim, o trabalho se organiza, propositalmente referenciando: o comunitarismo primitivo; a passagem do capital ao Estado Ambiental; o perfilhamento do Estado Ambiental, os princípios e deveres do Estado Ambiental; o Rizoma Jurídico pós-positivista; e o estado da arte não animador do problema. A partir do desenvolvimento proposto, o artigo chega à conclusão apresentada.

1 COMUNITARISMO PRIMITIVO

Para Crosby (1993), este desconforto moderno é um sinal claro da denúncia frente à angústia do mundo moderno, em que precisamos enquanto Homens capacitar-nos para “saltos” maiores. Um “salto qualitativo” que englobe a toda humanidade e não apenas uns poucos escolhidos. Lembra assim, mais uma vez, o período do Neolítico, onde tudo começou, para dizer que nossos sonhos têm de resgatar a mesma qualidade que um dia nos caracterizou, quando tínhamos unidas a arte, a política e a técnica:

As responsabilidades dos neo-europeus exigem uma sofisticação ecológica e diplomática sem precedentes: habilidade política no campo e nas embaixadas, e uma verdadeira grandeza de espírito (...) Carecemos hoje de um florescimento de inventividade equivalente ao ocorrido no Neolítico — ou, na ausência disso, de sabedoria (CROSBY, 1993, p. 270).

Este senso de pertencimento à grandiosidade humana – expressa nas artes, na capacidade política e na inventividade – ressurgiu como um forte sentido de comunidade. Um dos primeiros a trazer fórmulas integradoras, entre sociedade e natureza, Morely (1994) é considerado o criador do comunismo primitivo:

Todo cidadão, sem exceção, entre os vinte e os vinte e cinco anos de idade, será obrigado a praticar a agricultura, a menos

que seja dispensado por alguma enfermidade (e) As crianças que, antes dos dez anos de idade, forem robustas o suficiente para aprender os primeiros elementos da profissão a que forem consideradas adequadas serão enviadas diariamente, durante algumas horas, às oficinas públicas para iniciar seus exercícios (MORELY, 1994, p. 109-124).

Já no século XX, Félix Guattari (1991) impacienta-se com o desconforto revigorado, agora marcado pela dissociação entre desenvolvimento capitalista e ausência de cultura política e consciência ambiental. Para o autor francês, no entanto, a consciência deve ser política, de saúde mental e ecológica. Nesta linha, juridicamente, entende-se o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho (GUERRA, 2004). Porém, o ambiente tecnológico, por assim dizer, não apenas representa a Humanidade desde o Neolítico, como é responsável pelos problemas ambientais da atualidade. O homem é performático e, por isso, o virtual é a outra face do real¹.

De modo geral, o princípio específico da ecologia mental é a lógica do terceiro incluso – e que seria o oposto da anti-dialética do Princípio do Terceiro Excluído –, no qual branco e negro são indistintos, o belo coexiste com o feio, o dentro com o fora: são as mentes sem fronteiras. Essa ecologia deveria ser julgada em função de sua capacidade de circunscrever as cadeias discursivas sem ruptura de sentido, além da possibilidade de operar conceitos que autorizam uma autoconstrutibilidade teórica e prática em cada espectro social.

A ecologia social visa a criar uma era pós-mídia, pois hoje a sociedade, principalmente os que vivem na subjetividade triangular (eu-tu-Ele), vê no pai o *star* da mídia e crê em tudo que ela transmite – fato que acirra a infantilização da humanidade. É fundamental, para a ecologia social, fazer com que as classes sujeitadas passem a ter à sua disposição os mesmos bens materiais, meios de cultura, prática mínima de leitura e escrita e um sentimento de competência e de legitimidade decisoriais, como tem a elite.

1 “A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes” (Lévy, 1996, p. 15).

Para a ecologia ambiental tudo é possível, desde as piores catástrofes até as evoluções flexíveis. E para que o equilíbrio da natureza seja mantido é necessário que haja uma intervenção humana adequada, e principalmente porque a natureza não pode ser separada do mundo da cultura. Levando-se em conta a eco-lógica, ou seja, a intensidade dos processos evolutivos, a racionalidade crescente, o desenvolvimento técnico e econômico não pode ser desatrelado da teleologia, da essência do processo civilizatório – que são o desenvolvimento e o bem-estar da Humanidade. Este cabedal humanitário, como veremos, alinha-se aos princípios da precaução, prevenção, proteção, promoção e prudência, relativos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diz-se assim, que o paradigma ambiental passa, na modernidade, por uma construção mediante um extenso processo de racionalização que dessacraliza a autoridade e desencanta a natureza, fragmentando a cosmovisão tradicionalmente unificada e separando o ser humano da natureza, atribuindo-lhe o poder interventivo para uma emancipação subjetiva que o torna dono de seu próprio destino com base na autonomia privada (SANTOS, 2020, p. 100). Essa noção de viragem que coloca a natureza como objeto cindido do ser é a base do empreendimento capitalista que passa a explorar inescrupulosamente a natureza, como será abordado no tópico a diante.

2 DO CAPITAL AO ESTADO AMBIENTAL

Na teoria, mas não na prática, o eixo se desloca do capital para o meio ambiente. Pois, o sistema capitalista tem um caráter de equivalente geral para os modos de valorização, alienando-os à sua hegemonia. É necessário mudar esse quadro para que o interesse coletivo, a longo prazo, seja portador de enriquecimento processual para o conjunto da humanidade – com a criação de novos polos de valorização humana e ambiental.

Por isso, o Estado Ambiental coloca-se na linha evolutiva dos direitos humanos e, de certa forma, corresponde à evolutiva constitucionalização do Poder Político, como descreve Canotilho:

O Estado de Direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles:

a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e grupos (...) e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado (...) Trata-se: (1) de um Estado de direito; (2) de um Estado constitucional; (3) de um Estado democrático; (4) de um Estado social; (5) de um *Estado ambiental*” (CANOTILHO, 1999, p. 21-22 – grifo nosso).

Já Heller é categórico ao afirmar que deve conter um elemento de estabilização vinculado à ideia de Estado, como uma conformação desse contrato social que se estabelece, “em todo governo, diz-se, tem que haver algo fundamental, semelhante à Carta Magna, permanente, invariável” (HELLER, 1998, p. 178). Heller (1998) empresta a citação de Jellinek (2000) e é replicada pela imposição da força normativa da Constituição (HESSE, 1991). Este será, portanto, o fluxo crescente da constitucionalização do poder e do meio ambiente no rol dos direitos fundamentais.

A Lei Fundamental alemã de 1949, mesmo em suas alterações subsequentes, ou preservou ou ampliou a ordenação dos direitos fundamentais como força normativa constitucional, assegurando-se o Estado de direito social. Na expressão de Konrad Hesse (1998, p. 175), tal garantia ampliou os horizontes obrigacionais do Poder Público, são as imposições de tarefas que a Constituição atribui ao Estado, que não é mais interventor, é planejador, guia, prestador, distribuidor e viabilizador primeiro da vida individual como social, pela fórmula do Estado de Direito Social. Seguindo-se uma longa tradição do Constitucionalismo Ambiental, a Constituição Portuguesa, de 1976, firmou parâmetros objetivos como normas de direito positivo, no seu artigo 66:

Todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Incumbe ao Estado por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares (...) b) ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas (SILVA, 2003b, p. 45).

Espírito que se projetou na Constituição Espanhola, de 1978, em seu artigo 45: “2. Os Poderes Públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de

proteger e melhorar a qualidade de vida, defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva” (SILVA, 2003b, p. 45).

Como espólio desses dois Textos Constitucionais, a Constituição Federal de 1988 reservaria – a partir do art. 170 – uma previsão extensiva, de superação, ao próprio significado comumente apreciado no conceito de “desenvolvimento sustentável”: “...a Constituição não se contenta com o crescimento econômico com o mínimo sacrifício social e ambiental, mas, mais que isso, vê a ordem econômica como meio para o ser humano existir e evoluir com dignidade em um ambiente comum” (MEDINA, 2014, p. 654). Ao que se seguiu a constitucionalização da perspectiva de que o meio ambiente se eleva à condição de primordial Bem Jurídico.

Impõe-se, então, o pressuposto de que a preservação do meio ambiente concorre para a vida com dignidade, uma vez que o meio ambiente natural é o principal bem jurídico acostado no século XXI. Como direito difuso, difundido, à Humanidade: “É bem de uso comum do povo. O meio ambiente constitui um bem jurídico próprio; diferente daquele ligado ao direito de propriedade, ele é entendido como um *bem ambiental*” (DIMOULIS, 2012, p. 250).

Do que se depreende que tanto o Estado quanto o cidadão, o Poder Público e a iniciativa privada são responsáveis e responsabilizáveis pelos crimes ambientais – na seara dos direitos difusos. E assim concorre o conceito constitucional de meio ambiente: “Conjunto de condições naturais e das influências dele decorrentes em determinada região, ou, em uma análise global, em todo o planeta, que, atuando sobre os seres vivos, condiciona sua preservação, saúde e bem-estar” (DIMOULIS, 2012, p. 250).

Por sua vez, a pós-modernidade impôs regras de uma soberania profunda (FLEINER-GERSTER, 2006), em que o povo – intérprete da Constituição (HÄBERLE, 2008) – não pode deliberar contra si (em desfavor da democracia) e, certamente, menos ainda tem legitimidade para promulgar em favor de crimes contra a Humanidade. Ao passo que crescem os desafios, pois o poder é cada vez mais disperso, multifacetado, incongruente com os pressupostos originários do Estado Moderno (CHEVALLIER,

2009). Em que pesem os desafios, o curso teleológico sempre esteve definido na pauta constitucionalista.

3 PERFILAMENTO DO ESTADO AMBIENTAL

Ao traçarmos as linhas gerais do Estado Ambiental, o limite a ser expandido é o da soberania do direito interno, frente aos direitos da Humanidade, tanto quanto os limites da liberdade negativa - “entre todos os limites impostos ao poder do Estado se considera que o mais eficaz é o reconhecimento jurídico de determinados âmbitos de autodeterminação individual sobre os quais o Leviatã não pode penetrar” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 390 – tradução livre) – internacionalizada, portanto compondo-se os direitos difusos como obrigatoriedade pública e não mais sob a reserva dos direitos público-subjetivos que correspondem à integralidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, no plano interno, à integralização dos direitos fundamentais².

Por ser oportuno no caminho que se trilha para a noção de um Estado Ambiental, move-se a separação do homem e da natureza para um lugar comum, no qual o meio ambiente é uma parcela da dignidade humana, por possibilitar a vivência e a convivência com acesso e respeito à natureza:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2015, p. 285)

A natureza jurídica do Estado Ambiental é a de uma forma-Estado de Direito de terceira geração, condicionada ao Direito Internacional; Por isso, não é incorreto o pseudônimo de Estado Democrático de Direito Internacional. Nesta “nova” tipologia, as funções estatais seriam de planejamento, fomento, fiscalização e, dentre as novidades, todas teriam um escopo regulatório. As ações inerentes ao modelo tradicional – de Estado Empre-

2 Disponível em: <<http://www.gentedeopinioao.com.br/noticia/no-reino-da-corrupcao-endemica-por-vinicio-carrilho/160809>> Acesso em: 27 out. 2023.

sário – estariam previstas, com forte ação econômica, social e ambiental, porém, a ação estatal teria a incumbência de ser sistêmica e reflexiva: “dessa forma, para além de concepções liberais ou social-democratas, a regulação – que pode transitar nesses dois modelos políticos – surge visando à contenção das pressões do capitalismo em busca de bem-estar da sociedade e de cada cidadão (dignidade da pessoa humana)” (GUERRA, 2014, p. 390).

No século XXI, corresponde à formulação mais ampla – mas imprecisa quanto ao meio ambiente – que se identifica como Estado de Direito Democrático de Terceira Geração. Pois, se só haverá gerações futuras se houver preservação efetiva do meio ambiente, esta preservação deve coincidir com o Bem Estar do povo e com a Justiça Social:

Como finalidade da ordem social estão elencados, explicitamente: A) o bem-estar e B) a justiça social. Mais uma vez encontra-se a coincidência com a ordem econômica, pois é objetivo desta assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, *in fine*). Consoante se depreende da Constituição, estariam incluídas na temática social: A) a saúde; B) a previdência social; C) a assistência social; D) a educação; E) a cultura; F) o desporto; G) a ciência e a tecnologia; H) a comunicação social; I) o meio ambiente; J) a família; K) a criança e o adolescente; L) o idoso; M) os índios (TAVARES, 2007, p. 737-741).

Observe-se aqui o equívoco do jurista – ao seguir ao pé da letra o Texto Constitucional, datado de 1988 –, pois, a terminologia correta (re)trata “populações ou nações indígenas”, bem como ribeirinhos, caboclos, “povos da floresta”, quilombolas. Assim, para avançarmos na definição, tomaremos de empréstimo o espírito geral do assim denominado Estado de Direito Democrático de Terceira Geração³. Suas bases, por óbvio, são amparadas no desenvolvimento da consciência ampliada do meio ambiente e do direito ambiental como apresenta José Afonso da Silva:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma

³ Disponível em: <<http://www.gentedeopinioao.com.br/noticia/estado-de-direito-democratico-de-terceira-geracao/160415>> Acesso em: 27 out. 2023

forma de direito fundamental da pessoa humana. Encontramo-nos, assim, como nota Santiago Anglada Gotor, diante de uma nova proteção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social. (SILVA, 2003b, p. 58).

A esta noção acompanha uma ideia de direito ambiental que é decorrência da compreensão do meio ambiente como uma acumulação histórico-social:

O direito ao meio ambiente é fruto da evolução dos direitos e seu conteúdo o identifica como um direito fundamental da terceira geração. É um produto histórico e complexo, que veio em resposta a anseios e necessidades do homem contemporâneo. Assim, em face da dinâmica social, vêm-se direitos preexistentes se renovando concomitantemente a novos direitos emergindo (NUNES JUNIOR, 2005).

O mais importante passo que foi dado no sentido reconhecer a importância do meio ambiente é a formalização do Estado Ambiental dentro da Constituição Federal, no art. 225, ao ser expresso que se trata de um bem de uso comum do povo, sendo de titularidade coletiva, portanto, compreendendo que qualquer pessoa tem direito ao meio ambiente. Assim, com “o princípio da defesa do meio ambiente, previsto no art. 170 da Carta Magna, surge no art. 255 como direito fundamental” (JÚNIOR, 2016, p. 1186):

A constitucionalização do meio ambiente no Brasil proporcionou um verdadeiro salto qualitativo em relação às normas de proteção ambiental. Os grandes princípios ambientais são içados ao patamar constitucional, assumindo um posto eminente, ao lado das grandes liberdades públicas e dos direitos fundamentais. A Carta Magna de 1988 inova, portanto, em relação às Constituições anteriores, que apenas abordavam os recursos naturais sob o enfoque utilitarista, e nunca protetivo. (SILVA, 2021, p. 122)

Porém, não seria direito de fato sem que houvesse real garantia, como força normativa constitucional, que trouxesse responsabilidade ampliada, bem como limites estreitos de autonomia estatal frente ao poder social. Como Estado de direito de ambiente tem de assegurar as funções garantísticas iniciais e precípuas das gerações de direitos anteriores. Desse modo, reforçam-se ainda

os direitos fundamentais sociais, porque a marginalização social é também exclusão jurídica; ao que se somariam determinados princípios materiais de justiça ambiental. Com destaque para duas funções político-jurídicas:

A primeira é a obrigação de o Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica. A segunda relaciona-se com o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras (CANOTILHO, 1999, p. 44).

Neste Rizoma Jurídico, a casa dos seres vivos (ecologia) precisa de uma racionalidade não meramente economicista, instrumental, em sua (re)organização. Esta eco-lógica, no século XXI, aponta para uma relação essencial entre ecologia, comunitarismo e direito internacional ambiental. Uma das consequências seria a retroatividade jurídica frente à necessária proteção ambiental: ato jurídico perfeito versus *pro societas*. Pois, destacam-se igualmente a provisoriedade e a precariedade dos atos administrativos diante da vigilância ecológica; uma vez que, devem prevalecer os princípios da cooperação e o democrático.

Este “novo direito à vida” (SILVA, 2003b) – ou Direito a ter direitos difusamente, em paráfrase a Bobbio (1992) – decorre da internacionalização do direito difuso como mecanismo humanitário a serviço da autocontenção do Poder Político e econômico. Para o direito interno, o marco decisivo é a Constituição Federal de 1988 – especificamente em seu art. 225 – e, no Direito Internacional, encontra-se escudado na Declaração do Meio Ambiente (ESTOCOLMO, 1972).

4 DOS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO ESTADO AMBIENTAL

Inicialmente, destacam-se o Princípio da solidariedade econômica e social, o desenvolvimento sustentável, a igualdade substancial entre os cidadãos, e o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural. Portanto, como visto, colocaria em novo patamar a previsão da regra da bilateralidade da norma

jurídica, pois para que o Estado de Direito se encontre realizado, é indispensável, em efeito, que os cidadãos estejam providos de uma ação de justiça, que lhes permita atacar aos atos estatais viciosos que lesionem seu direito individual (MALBERG, 2001, p. 449-461). No que também nos coloca diante dos desafios de um autêntico Direito Constitucional Altruísta: “No Estado Ambiental, a instituição principal é a natureza. No Estado Ambiental, o sujeito de direitos é todo ente humano, ao passo que no Estado Liberal é o burguês ou o proprietário, e no Estado Social é o trabalhador (CARDUCCI, 2003).

Da Declaração do Meio Ambiente (ESTOCOLMO, 1972) ressoam 26 princípios consagradores do meio ambiente como direito fundamental: O mesmo sentido que se impregnou no art. 225 da CF/88.

01. O meio ambiente é um direito das gerações presentes e futuras: a cooperação internacional de sua proteção está ancorada no Princípio da Dignidade.
02. Os recursos naturais, especialmente as amostras representativas dos ecossistemas, devem ser preservadas a partir de uma cuidadosa planificação ou regulamentação.
03. A capacidade da Terra produzir recursos vitais deve ser mantida, restaurada ou estimulada.
04. A Humanidade é responsável pela conservação do habitat e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico deve estar submetido à conservação da natureza.
05. Os recursos não-renováveis devem ser utilizados racionalmente e de modo a que toda a Humanidade seja beneficiária.
06. A emissão de poluentes deve ser regulada de acordo com a capacidade do meio em neutralizá-los e, para tanto, deve-se apoiar a “justa luta” de todos os países contra a contaminação.
07. Os Estados devem tomar as medidas necessárias para evitar a contaminação dos mares – especialmente as que coloquem em risco a vida de outras espécies, a saúde humana, o lazer e outras utilizações legítimas dos mares.
08. O desenvolvimento econômico deve ser aliado da preservação natural e do crescimento humano.
09. O subdesenvolvimento e os desastres naturais congregam graves problemas e o melhor meio de superá-los é pela transferência e assistência financeira e tecnológica.
10. Os países em desenvolvimento devem considerar a estabilidade dos preços, a produtividade alicerçada aos produtos básicos e

às matérias primas, e são essenciais ao meio como preservação dos processos ecológicos.

11. As Políticas Ambientais de todos os Estados e as organizações internacionais devem promover o crescimento humano, e derivar acordos que não obstem a aplicação de medidas ambientais.
12. Deve-se destinar recursos, assistência técnica e financeira aos países em desenvolvimento, quando requererem, até que seus planos de desenvolvimento conttenham diretrizes de conservação natural.
13. Os Estados devem ter uma administração mais racional dos recursos, adotar um enfoque integrado e coordenado de planificação do seu desenvolvimento, a fim de proteger, recuperar e melhorar o meio ambiente em benefício de sua população.
14. O planejamento racional – numa visão ampla e sistêmica – deve ser o instrumento de conciliação entre desenvolvimento e proteção do meio ambiente.
15. O planejamento estratégico e racional deve ser utilizado tanto na exploração agrícola quanto na urbanização, conciliando-se benefícios sociais, econômicos e ambientais. Conquanto sejam culpabilizados os projetos colonialistas e racistas.
16. Nas regiões de alta taxa de densidade ou de crescimento populacional, bem como as de baixa concentração populacional, que prejudiquem a conservação ou exploração racional da natureza, devem ser aplicadas políticas demográficas que respeitem os direitos humanos fundamentais - há que se lembrar que o direito à propriedade não é referendado como direito humano fundamental desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, em 1948, foi a última vez em que este direito teve status de proeminência em alguma declaração de direitos.
17. Às instituições nacionais competem as tarefas de planejar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais.
18. A ciência e a tecnologia devem ser empregadas para descobrir, evitar e combater os riscos ao meio ambiente, notadamente os advindos do desenvolvimento econômico.
19. A instigação e o aprofundamento da educação ambiental devem ser priorizadas, fortalecendo-se a consciência ecológica e a formação de uma opinião pública que respeite e seja responsável pelo meio ambiente.
20. A pesquisa e o progresso científico devem ser fomentados especialmente nos países em desenvolvimento, com destaque aos problemas e desafios ambientais, com livre intercâmbio de informações acerca das tecnologias ambientais.
21. Consoante o Princípio da Soberania Nacional, os Estados membros da ONU têm o direito à livre exploração dos seus recursos naturais, de acordo com sua Política Ambiental, e desde que dentro de suas

- jurisdições não prejudiquem outros Estados ou as zonas situadas fora das jurisdições nacionais.
22. Os Estados devem cooperar no apuramento do Direito Internacional no tocante à responsabilidade e à indenização de vítimas de contaminação e dos demais danos ambientais.
 23. A aplicação de normas ambientais pela comunidade internacional deve considerar, em parâmetros de equidade, as condições dos Estados em desenvolvimento.
 24. Todos os países, indistintamente, devem conspirar pelo espírito de cooperação na busca de soluções inteligentes para os problemas ambientais, mediante acordos bilaterais ou multilaterais.
 25. As organizações internacionais devem assegurar os Estados de que realizam um trabalho prospectivo, coordenado, eficaz, dinâmico e sistêmico na conservação e melhora do meio ambiente.
 26. As armas nucleares e outros meios de destruição em massa devem ser destruídos pelos Estados que os detenham (SILVA, 2003b, p. 59-63).

Por este caminho, fala-se em *Direito Constitucional Altruísta*, como resposta ao *mecanismo vitimário internacional*, que globaliza a negação e legaliza por meios de exceção um perverso *direito de exclusão* que recai sobre povos, culturas e indivíduos: “E daí a urgência de um Direito Constitucional ‘altruísta’ como novo *nomos* da Terra, capaz de contestar o princípio da soberania e os interesses da razão de Estado como fundamento da legitimidade política e da liberdade” (Carducci, 2003, p. 59). Por esta ótica, então, de um *Direito Constitucional Internacional*, os bens, os direitos, as liberdades e as garantias inalienáveis e indispensáveis à reprodução da vida social não deveriam mais assentar, unicamente, sobre a soberania nacional, não estando a cargo de cada Estado-Nação decidir sobre tais considerações. Assim, trata-se:

(...)de um progressivo “Direito Constitucional Internacional”, cujo interior aos condicionamentos produzidos pelos eventos, contrapõem-se os direitos humanos, ligados à indiferença em relação ao tempo e à contextual aquisição de um valor axiológico, refletido sobre o plano das instituições, emancipada da tutela da filosofia da história (CARDUCCI, 2003, p. 62).

Este é, sobretudo, em termos de futuro, uma das tarefas mais conspícuas e desafiadoras que cabem à comunidade internacional e aos organismos multilaterais. Porque, neste sentido preciso, o direito é o *nomos* da Terra. De acordo com esta axiologia do direito/poder, a constitucionalização dos direitos humanos indica

que o Estado tem um caráter humanizador e que a solidariedade receberá uma atenção em especial; revela que o Estado sinaliza a tentativa de manter uma relação de solidariedade com a sociedade. Por sua vez, o nível da eficácia jurídica será confrontado com a efetividade social das políticas públicas.

5 DOS PRINCÍPIOS E DEVERES DO ESTADO AMBIENTAL

Já aventados como princípios essenciais, no Rizoma Jurídico ainda cabe destacar pormenorizadamente os princípios ambientais que compõe o Estado Ambiental: precaução, prevenção, proteção, promoção e prudência. Em tese, os princípios estão abrigados na Constituição Federal de 1988:

Além do capítulo sobre o meio ambiente, há mais referências no seu corpo, como: arts. 5º, LXXXIII, 7º, XXII, 20, 23, 24, 91, §1º, III, 129, III, 170, VI, 173, §3º, 186, II, 200, VIII, 216, V, 220, §3º, II, e 231, §1º. Ainda há referências implícitas: arts. 20, III, V, VI, VII, IX, X, 21, XIX, XX, XXIII, XXIV, XXV, 22, IV, XII, XXVI, 23, III, IV, 24, II, VII, 26, I, 30, IX, e 196 a 200 (DIMOULIS, 2012, p. 250).

Porém, o que podemos entender especificamente acerca de cada um dos cinco princípios?

- Precaução: “A ausência de um conhecimento científico adequado para assimilar a complexidade dos fenômenos ecológicos e os efeitos negativos de determinadas técnicas e substâncias empregadas pelo ser humano podem levar, muitas vezes, a situações irreversíveis do ponto de vista ambiental, como, por exemplo, a extinção de espécies da fauna e da flora, além da degradação de ecossistemas inteiros” (SARLET, et. al., 2014, p. 160). É um filtro normativo que ordena o “não-fazer”.
- Prevenção: “O princípio da prevenção transporta a ideia de um conhecimento completo sobre os efeitos de determinada técnica e, em razão do potencial lesivo já diagnosticado, o comando normativo toma o rumo de evitar tais danos já conhecidos” (SARLET, et. al., 2014, p. 160). Em outros

termos, trata-se de proibir práticas antiecológicas com base na massa crítica derivada do conhecimento acumulado.

- **Proteção:** relaciona-se, globalmente, à *proteção da saúde pública e da qualidade ambiental*, como dever do Estado e do cidadão. Pode exigir ação ou mera abstenção de ato lesivo: “A saúde humana e a sadia qualidade ambiental figuram como o norte a ser procurado, entre todas as finalidades. A produção e o consumo devem insistentemente atuar de forma que a sanidade dos meios e dos fins esteja presente” (MACHADO, 2016, p. 669).
- **Promoção:** retoma-se o sentido mais amplo da defesa, garantia e ampliação dos direitos humanos fundamentais. Como fatos/fatores que não se fazem somente – ou limitando-se – pelo texto legal. Há uma ordem prática de efetivação da cidadania que está para além da lei; sendo de natureza incidentemente política, decorre da consciência ambiental aprofundada (politizada pelo bom senso), a fim de que se possa agir em proveito do meio ambiente e de condições globais e sistêmicas com que se recubra a dignidade humana. Neste sentido, o Princípio Educativo (libertário) é indutor do processo civilizatório: complexo e por vezes contraditório.
- **Prudência:** para os gregos clássicos, a prudência era uma das virtudes cardeais, como “sabedoria prática”, um “juízo sadio”, como virtude daquele que é “moralmente judicioso e sadio”. Não se trata de conhecimento específico, mas sim de sabedoria aplicada a problemas reais e cotidianos: “...a prudência não é nem um conhecimento (ou ciência) nem uma arte – já que é preciso distinguir entre a ação e o fazer –; é um estado (ou capacidade), isto é, um hábito (VER) verdadeiro e razoável ‘para agir segundo o que é bom ou mau para o homem’. No ato de prudência se delibera sobre o bom e o apropriado para o homem, não num aspecto particular, mas na medida em que conduz à vida boa e feliz em geral” (MORA, 2001, p. 2401).

A perspectiva de que os princípios ambientais constituem obrigações públicas não implica na redução do alcance do próprio direito. Isto é, o meio ambiente segue sendo dever do Estado

tanto quanto é dever e direito do cidadão: “O dever de defesa do ambiente não é uma “restrição do direito ao ambiente”, o dever de educação dos filhos não é um “limite imanente” do direito de educação dos pais. Se isso fosse assim, os deveres fundamentais deixariam de ser uma categoria constitucional autônoma” (Canotilho, s/d, 521).

6 O RIZOMA JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA

O Estado Ambiental, desse modo, reconstrói o Rizoma Jurídico, em consonância com o altruísmo constitucional e os direitos humanos fundamentais em benefício adquirido de zelo, preservação e responsabilização pelo meio ambiente saudável.

Um rizoma não começa e nem conclui, ele se encontra sempre no meio, entre as coisas, inter-ser, *intermezzo*. A árvore é filiação, mas o rizoma é aliança, unicamente aliança. A árvore impõe o verbo “ser”, mas o rizoma tem como tecido a conjunção “e...e...e...” (...) Entre as coisas não designa uma correlação localizável que vai de uma para outra e reciprocamente, mas uma direção perpendicular, um movimento transversal que as carrega uma e outra, riacho sem início nem fim, que rói suas duras margens e adquire velocidade no meio (DELEUZE, 1995, p. 37).

Ao que, por sua vez, corresponde a necessidade de afloramento e *enraizamento* de uma consciência ambiental e de uma determinação da Política de Estado que se albergue de uma capacidade efetiva. Daí se tratar do Poder de Polícia⁴.

Sinteticamente, podemos dizer que o Poder de Polícia corresponde ao dever público de zelar pelo interesse público, especialmente quando acaba por agir impondo limitações aos interesses de particulares. Assim, trata-se de um poder (público) de restrição de direitos particulares. De modo complementar, podemos dizer que se trata de uma manifestação muito especial do Poder Extroverso – mais exatamente do poder de coibir ações motivadas por interesses e direitos individuais, em benefício da maior e melhor preservação da totalidade dos Bens de Domínio

4 “STF; Adin 1.505. *A concessão de autorização para desenvolvimento de atividade potencialmente danosa ao meio ambiente consubstancia ato do Poder de Polícia – ato da Administração Pública –, entenda-se ato do Poder Executivo* (STF, Adin 1505, rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 24.11.2004)” (MEDINA, 2014, p. 731).

Público. Elucida-se que, por Poder Extroverso, deve ser entendido se tratar da capacidade estatal de impor sua vontade legítima aos cidadãos, verticalmente, sem que haja consulta popular (mesmo que possa haver recurso cabível), a exemplo da promulgação legislativa de interesse público (SUNDFELD, 2004, p. 94).

A definição de Poder de Polícia se encontra no art. 78 do Código Tributário Nacional, como sendo: “a atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade, pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos que limitando ou disciplinando direito, ndividuais, em benefprescrita. aç”.

Em outras palavras, trata-se de uma atuação da Administração Pública limitando o agir dos particulares, exatamente para que não extrapolem os limites legais e nem se contraponham ao interesse coletivo. Desse modo, ainda podemos dizer que o Poder de Polícia decorre diretamente do Princípio da Prevalência do Interesse Público sobre o privado, por expressar os anseios e as aspirações coletivas.

O que nos remete a pensar este “Rizoma Jurídico” em consonância ao meio ambiente ampliado: natural, do trabalho, social e artificial (digital – virtual). Porém, há que se acrescentar em destaque o aporte tecnológico e sua capacidade construtiva de significados e – contraditoriamente – destrutiva de referências e de recursos naturais e habituais, como é o caso evidente do lixo tecnológico.

A chamada Pegada Ecológica seria indicador promissor, sobretudo, para frear, conservar, equilibrar, recuperar o Princípio da Igualdade – especialmente entre países desenvolvidos, e por demais poluidores, com os demais Estados subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. A crise trazida pela sociedade de risco, no tocante à conservação da vida e da soberania desses povos, vai muito além dos alertas gerais; pois, em exemplo concreto, estima-se que o Sudão, país africano, em menos de 100 anos,

poderá ser o primeiro território inabitável da Terra (Jornal da Manhã, 15/12/2016). Além de muitos outros povos que perderão sua identidade cultural com a submersão de seus territórios, provocada pela elevação dos oceanos. O que, em tese jurídica, elevaria a necessidade de se rediscutir e repactuar um Direito do Náufrago Ambiental⁵.

7 O ESTADO DA ARTE NÃO É ANIMADOR

Na eficácia do Estado Ambiental, entrariamos na era do Direito a ter direitos (BOBBIO, 1992) como a fase pós-moderna da Luta pelo Estado de Direito (VERDÚ, 2007). Sob esse prisma, o direito difuso ao meio ambiente deveria ser interpretado como direito líquido e certo. No entanto, na esteira do Estado de Vigilância Líquida (BAUMAN, 2013), no entanto, o controle exercido pelo do grande do capital, agronegócio, além do desmatamento e do aquecimento global, torna-se a proteção jurídica uma mera liquidez de eficácia.

Quando a chamada Bancada da Bala (BBB + Bancos) patrocina o Código Florestal que restringe as margens de segurança ambiental, e impulsiona a PEC 215 – contra quilombolas, “povos da floresta” e assentados –, a ideia da representação, tão cara à democracia liberal como autodelimitação estatal, revela-se como retórica da autocracia: “A vontade dos representantes é presumida ou deve ser a do povo. Mas a realidade é que a vontade expressa pelos representantes é, de fato, sua própria vontade e, por conseguinte, a democracia representativa não é uma espécie de democracia, mas uma espécie de aristocracia” (BURDEAU, 2005, p. 84).

Neste caso, recorta-se a aristocracia do grande capital depredador da dignidade humana. Do mesmo modo, ou em tom ainda mais severo, o meio ambiente do trabalho é ameaçado por iniciativas anti-iluministas. É o caso do Legislador nacional que propõe avisar empresas suspeitas de manter trabalhadores em condição análoga à escravidão, antes das vistorias.

5 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12030/direito-do-naufrago-ambiental>> Acesso em: 28 out. 2023.

O “novo” Código Comercial obrigaria ao Ministério do Trabalho avisar com dois dias de antecedência⁶ – e imagina-se, naturalmente, que neste tempo o trabalho escravo fosse escondido dos auditores. A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) abdica do Código de Defesa do Consumidor, ao liberar as cláusulas de proteção aos usuários de companhias aéreas. A reforma da previdência social implicará em recolhimento de até 49 anos, para obtenção integral dos vencimentos na aposentadoria – alguns receberão menos de um salário mínimo.

É igualmente óbvio que a caça predatória de 23 milhões de animais, só na Amazônia em 2016, constitui crime de gravíssima violação de direitos humanos⁷. Como atentado à consciência, ao direito, à vida, porque é crime contra a Humanidade. Também é óbvio que nessas condições de afronta ao direito e à vida, não há realidade material ao Estado Ambiental em nosso país: falta-lhe fundamentalidade⁸ e materialidade. Ponto em que se põe a defesa do meio ambiente e a pessoa humana como partes do mesmo ecossistema no aspecto material/substancial, pois “defendemos que esse critério é a dignidade da pessoa humana, na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam o valor estruturante da dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua fundamentalidade material” (JÚNIOR, 2016, p. 486-487).

A (des)regulamentação das licenças ambientais⁹, o Código Florestal que acelerou o desmatamento¹⁰, a Transamazônica que serve de corredor para o crime ambiental e a fruição de um verdadeiro Estado de Exceção ambiental¹¹, são outros exemplos

6 Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/12/08/congresso-pode-obrigar-avisar-empresa-antes-de-fiscaliza-la-por-escravidao/>> Acesso em: 28 out. 2023.

7 Disponível em: <<http://www.gentedeopiniao.com.br/hotsite/amazonias/noticia/caca-predatoria-matou-mais-de-23-milhoes-de-animais-na-amazonia-diz-estudo/158915>> Acesso em: 28 out. 2023.

8

9 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2016/12/1841565-possiveis-mudancas-no-licenciamento-ambiental-geram-atrito-no-governo.shtml>> Acesso em: 28 out. 2023.

10 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2016/12/1840178-novo-codigo-florestal-contribuiu-para-aumento-no-desmatamento.shtml>> Acesso em: 28 out. 2023.

11 Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/transamazonica/>> Acesso em: 28 out. 2023.

concretos de que 2016 foi um ano de retrocesso ético-jurídico ou cesarismo regressivo (GRAMSCI, 2000). O fastidioso Relatório Summers – do Banco Mundial – ao recomendar que o lixo da modernidade capitalista seja deslocado para regiões do 3º e do 4º Mundo é, de certa forma, o precursor desse cesarismo ambiental altamente regressivo¹².

(IN) CONCLUSÃO

O Estado Ambiental é uma realidade, tanto quanto a urgência em promovermos a preservação e a responsabilização individual, nacional e internacional do meio ambiente. A natureza jurídica dessa atuação protetiva – como Política de Estado integrada ao Direito Internacional – considera o meio ambiente natural, o meio ambiente cultural, o meio ambiente do trabalho (virtual ou presencial), o meio ambiente social. Num contexto global e sistêmico, destacam-se os direitos sociais, coletivos, difusos e individuais homogêneos. Seus princípios básicos são: proteção, promoção, precaução, prevenção, prudência.

Nesse entrecruzamento de gerações de direitos humanos fundamentais nota-se a superação de patamares do Direito Clássico, uma vez que os direitos difusos ultrapassam a natureza jurídica acertada nos demais direitos público-subjetivos. Como liberdade pública – restritiva/negativa ao Estado – impõe obrigações (poder-dever) de atuar, regular, promover e preservar a diversidade natural e cultural. É uma liberdade negativa (prevenção, precaução) de autocontrole estatal; mas, é um mecanismo internacional. Portanto, não é direito público-subjetivo, porque se converte em Política de Estado e estabelece determinações objetivas ao Poder Público. Seguindo-se a tradição jurídica da legitimação aposta ao Estado de Direito: “Legitimam-se plenamente, portanto, agentes e decisões, quando coincidem as escolhas democráticas subjetivas e objetivas – dos agentes políticos e das políticas a serem perseguidas – e, sobretudo, quando satisfazem com plenitude aos múltiplos controles de juridicidade à disposição da sociedade” (NETO, 2005, p. 109).

12 Disponível em: <<http://www.vivereperigoso.com/2011/02/o-famoso-memorando-summers.html>> Acesso em: 28 out. 2023.

O meio ambiente natural e artificial também consigna um direito líquido. Seria líquido e certo, como direito fundamental da Humanidade, mas é líquido e incerto; porque, difuso, requer consciência ampliada e restrição à atividade econômica predatória. A exploração do trabalho com 12 horas de jornada, e sem os direitos do trabalhador tradicional (art. 7º da CF/88), no meio ambiente do trabalho artificial (virtual) – no “aconchego do lar” –, é um exemplo. Além do agronegócio e da indústria poluente.

A resposta jurídica viria desta outra natureza jurídica invocada pelo Direito Altruísta – internacionalizado –, sobretudo, quando se ajuíza uma articulação entre direitos sociais, coletivos, difusos e individuais homogêneos (direitos metaindividuais). Há que se frisar a ausência de uma hierarquia nomológica. A exemplo de que direitos individuais homogêneos resultam de uma dialética – efetivamente sintética – entre direitos individuais e sociais. Não se restringem a um coletivo específico e não se limitam a indivíduos com condições especiais, ainda que motivados por esses, pois, seu alcance é difuso.

Parte-se da divisibilidade do objeto e da determinação dos sujeitos, com vistas à máxima concretização dos direitos metaindividuais; evitando-se julgamentos inconsistentes ou contraditórios, estabelecem-se padrões regulares de procedimento jurídico: as decisões atomizadas poderiam prejudicar terceiros futuros, quando, hipoteticamente, a sistemática instrumentalizada a um caso pudesse ferir, antecipadamente, interesses de outros. A otimização jurídica busca facilitar o tratamento de causas pulverizadas e que seriam, individualmente, muito pequenas. A economia de esforços, tempo e despesas assegura a prevalência dos aspectos comuns: a proteção da desintegração dos elementos individuais, o desvirtuamento do tratamento de ações de classe e a fragmentação das decisões. Assim, pela lógica, a dimensão social, política e jurídica deve receber tratamento coletivista. Ainda se garante um adequado acesso à Justiça e se corrobora com a uniformização das decisões, acelerando-se a prestação jurisdicional.

Como visto, o Estado Ambiental carrega princípios materiais de justiça ambiental, pois é um Estado de direito de ambiente. Contudo, como Estado de Direito, tem funções garantísticas

precisas e preciosas (não só programáticas) que precisam ser asseguradas constitucionalmente (arts 170 e 225 da CF/88). Então, pragmaticamente, como Estado de justiça ambiental, impõem-se as exigências da igualdade. Por fim, é óbvio dizer, na sociedade de risco ambiental (e político), os dejetos da civilização não podem ser deslocados para regiões ou países desprotegidos, como na exportação de lixo hospitalar, tóxico ou nuclear – como ato defeso na Declaração do Meio Ambiente.

Não obstante organismos nacionais e multilaterais procurem fórmulas de legitimação do contrário ao pleno vigor desse “novo direito à vida”, a compreensão do tema precisa avançar para uma nova concepção de ecologia em que a sustentabilidade é global e a cidadania é do mundo compartilhado entre pessoas, seres vivos e natureza.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BURDEAU, Georges (et.al.). *Direito Constitucional*. Barueri/SP: Manole, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição. Lisboa-Portugal: Almedina, s/d.
- CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CROSBY, Albert W. *Imperialismo ecológico: a expansão biológica da Europa, 900-1900*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Félix. *Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Rio de Janeiro: 34, 1995.

DIMOULIS, Dimitri (et. al.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. (Org. Carlos Nelson Coutinho). Volume III. *Nicolau Maquiavel II*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. Campinas, São Paulo: Papirus, 1991.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Ambiental*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2008.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 2ª Edição. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução: Departamento da Imprensa e Informação do Governo da República Federal da Alemanha, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JORNAL DA MANHÃ. *Sudão poderá se tornar 1º país inabitável por conta do clima*. Caderno 2, página 01, 15/12/2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Editora 34, 1996.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona – Caracas – México: Editorial Ariel, 1979.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 24ª Edição: São Paulo: Malheiros, 2016.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado*. 2ª reimpressão. México: Facultad de Derecho/UNAM: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. *O cidadão de silício*. UNESP - Faculdade de Filosofia e Ciências: Marília- SP, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal Comentada*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo III. São Paulo: Loyola, 2001.

MORELLY. *Código da natureza*. Campinas, São Paulo: Editora da UNICAMP, 1994.

NETO, Diego de Figueiredo Moreira. Juridicidade, Pluralidade normativa, Democracia e Controle Social: reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século. IN: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado ambiental de Direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6340>> Acesso em: 28 out. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang & FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Agripino. *Tecnonatureza, transumanismo e pós-humanidade: o direito na hiperaceleração biotecnológica*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

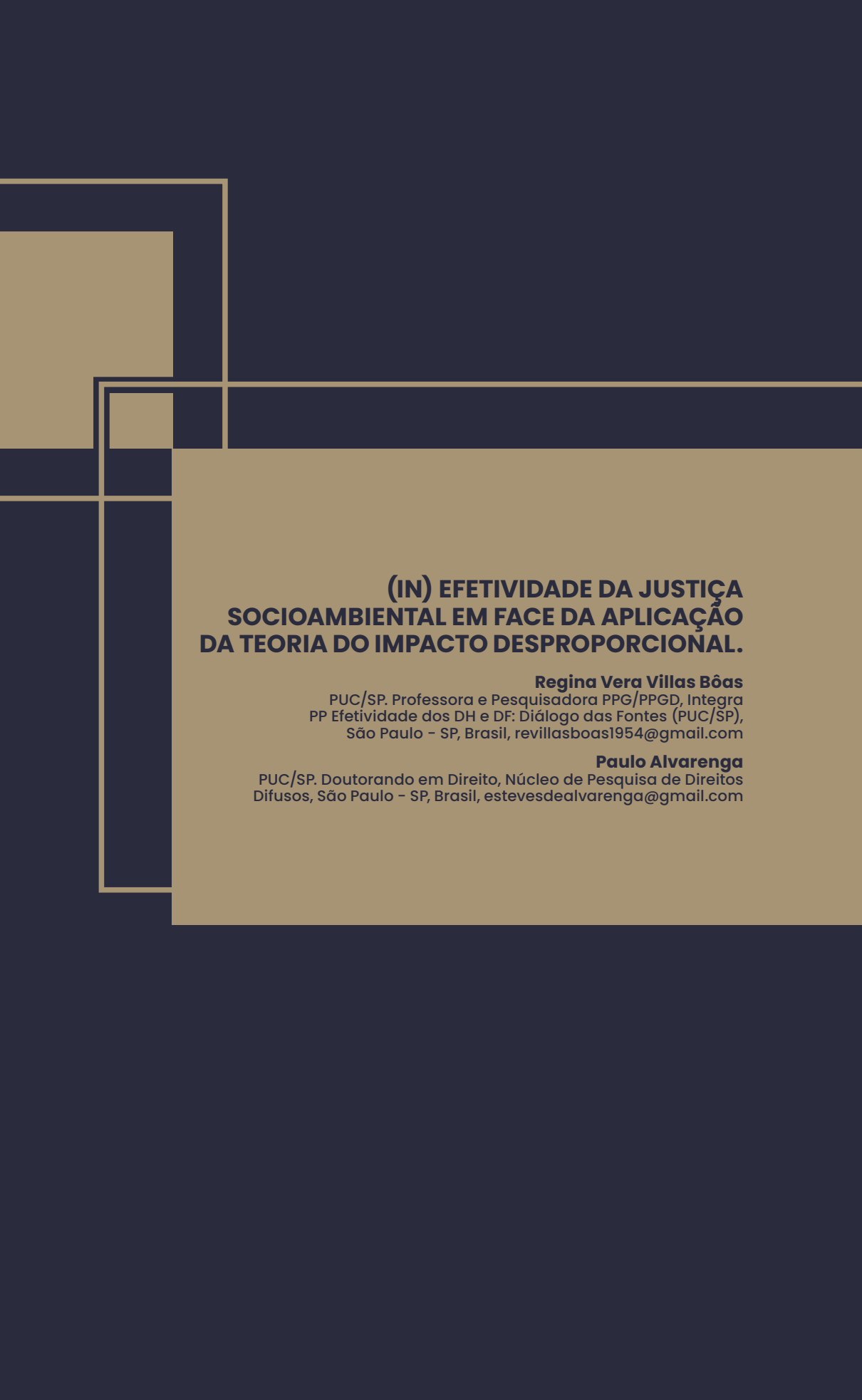
SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2003b.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de direito ambiental*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed, 5ª tiragem. Malheiros Editores : São Paulo, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo : Saraiva, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



(IN) EFETIVIDADE DA JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL EM FACE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL.

Regina Vera Villas Bôas

PUC/SP. Professora e Pesquisadora PPG/PPGD, Integra
PP Efetividade dos DH e DF: Diálogo das Fontes (PUC/SP),
São Paulo – SP, Brasil, revillasboas1954@gmail.com

Paulo Alvarenga

PUC/SP. Doutorando em Direito, Núcleo de Pesquisa de Direitos
Difusos, São Paulo – SP, Brasil, estevesdealvarenga@gmail.com

RESUMO: O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos. Sua concretização, todavia, pode afetar de maneira desproporcional pessoas e grupos vulneráveis. Tal situação, sob a ótica do movimento de Justiça Ambiental, caracteriza uma dupla injustiça: ambiental e social. O artigo está estruturado com a introdução, dois tópicos de desenvolvimento e a conclusão. O primeiro tópico apresenta as bases teóricas do fenômeno da injustiça ambiental e o segundo faz considerações sobre a teoria do impacto desproporcional e sua aplicação como fundamento jurídico para a resolução de conflitos ecológicos distributivos. A metodologia empregada é qualitativa, explicativa e exploratória. Por fim, conclui-se pela possibilidade de aplicação da teoria do impacto desproporcional para propiciar a concretização do direito ao meio ecologicamente equilibrado de forma não discriminatória.

PALAVRAS-CHAVE:

Meio ambiente; Justiça Ambiental; Impacto desproporcional

ABSTRACT: The fundamental right to an ecologically balanced environment is a right for everyone. Its implementation, however, may disproportionately affect vulnerable people and groups. This situation, from the perspective of the Environmental Justice movement, characterizes a double injustice: environmental and social. The article is structured with the introduction, two development topics and the conclusion. The first topic presents the theoretical bases of the phenomenon of environmental injustice and the second makes considerations about the theory of disproportionate impact and its application as a legal basis for resolving distributive ecological conflicts. The methodology used is qualitative, explanatory and exploratory. Finally, it is concluded that the theory of disparate impact can be applied to facilitate the realization of the right to an ecologically balanced environment in a non-discriminatory way.

KEYWORDS: Environment; Environmental Justice; Disparate impact

INTRODUÇÃO

A natureza difusa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado gera questões complexas nos planos teórico e prático, por isso, a importância da análise sobre como esse direito tem sido concretizado e a que custo social, a partir dos conflitos ecológicos distributivos. A noção de que os efeitos da crise ecológica alcançam a todos, independentemente de origem, credo, cor ou classe, é uma meia-verdade. A superação da crise ecológica deve levar em consideração que grupos vulneráveis suportam desproporcionalmente o ônus da degradação ambiental.

No Brasil, apesar do caráter difuso do direito ao meio ambiente, sua concretização segue padrões socioeconômicos e culturais desiguais, que se encontram arraigados na sociedade brasileira, no que concerne à distribuição, ao acesso e ao reconhecimento, propiciando, mesmo diante de um direito difuso, a existência de discriminação e desigualdades ambientais.

O que se vislumbra é que políticas, práticas administrativas ou até mesmo decisões judiciais, supostamente neutras, a pretexto de se garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito difuso, afetam de forma desproporcional, ainda que de maneira não intencional, as pessoas e grupos vulneráveis, culminando na discriminação indireta e, portanto, na violação ao princípio da igualdade.

A hipótese deste artigo é no sentido de que a teoria do impacto desproporcional (SARMENTO, 2016; RIOS, 2008) pode ser utilizada como fundamento jurídico para reverter ou impedir situações características de injustiça ambiental (BULLARD, 2004).

A metodologia deste artigo será qualitativa, explicativa e exploratória, a partir do estudo da legislação, referências bibliográficas e decisões judiciais, para a comprovação da hipótese inicial no sentido da possibilidade de aplicação da teoria do impacto desproporcional aos casos de injustiça ambiental.

O objetivo deste artigo é, portanto, demonstrar que existem argumentos jurídicos baseadas na teoria do impacto desproporcional que podem ser utilizados para impedir a “dupla injustiça”, social e ambiental.

1 DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE E A INJUSTIÇA AMBIENTAL

A utilização do pronome indefinido “todos” no artigo 225, *caput*, da Constituição de 1988 reflete a característica difusa do meio ambiente, como um direito fundamental que não pertence exclusivamente a uma pessoa individualmente considerada, mas a coletividade indefinida e indeterminada. Nesse sentido, explica Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 148) que “não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja”, “independente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda e residência” (idem).

A forma de implementação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no entanto, produz conflitos ecológicos distributivos, que revelam a existência de uma “dupla injustiça”: a ecológica, por estar devastando a natureza, e outra social, por gerar imensa desigualdade social”. (BOFF, 2014, p. 34)

Como adverte Ulrich Beck (2011, p. 49), “a equalização mundial das situações de ameaça não deve, entretanto, camuflar as novas desigualdades sociais no interior da suscetibilidade ao risco”. A história tem mostrado que há distribuição desigual dos riscos, seguindo a lógica inversa à lei do capital, ou seja, enquanto a renda se acumula nas classes sociais de cima, os riscos concentram-se nas classes sociais de baixo:

Tipo, padrão e meios da distribuição de riscos diferenciam-se sistematicamente daqueles da distribuição de riqueza. Isto não anula o fato de que muitos riscos sejam distribuídos de um modo especificado pela camada ou pela classe social. A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe – mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos em baixo. Assim, os riscos parecem reforçar, e não revogar, a sociedade de classes. (BECK, 2011, p. 41)

O sociólogo alemão ensina que “desigualdades de classe e desigualdades da sociedade de risco podem se sobrepor, condicionar mutuamente, estas podem produzir aquelas. A distribuição desigual da riqueza social guarnece com amparos e justificativas a produção de riscos” (BECK, 2011, p. 54).

Assim, a noção de que os efeitos da crise ecológica alcançam a todos, independentemente de origem, credo, cor ou classe, é uma

meia-verdade. Nesse sentido, Henri Acselrad, Cecília Campello do Amaral Mello e Gustavo das Neves Bezerra (2009, p. 11) destacam que:

[...] esse raciocínio é simplista e escamoteia a forma como tais impactos estão distribuídos tanto em termos de incidência quanto de intensidade. Isso porque é possível constatar que sobre os mais pobres e os grupos étnicos desprovidos de poder recai, desproporcionalmente, a maior parte dos riscos ambientais socialmente induzidos, seja no processo de extração dos recursos naturais, seja na disposição de resíduos no ambiente (idem).

Pode-se afirmar, desse modo, que os problemas ambientais atingem a todos, no entanto, “assim como os custos sociais do desenvolvimento recaem de modo desproporcional sobre a população carente, também os custos ambientais desse mesmo processo oneram de forma injusta a vida dessa população” (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014 (b), p. 147).

Como sugerem Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014 (b), p. 146):

basta voltar o olhar para a realidade dos grandes centros urbanos brasileiros, onde as populações carentes vivem nas áreas mais degradadas do ambiente urbano (consequentemente, menos disputadas pela especulação imobiliária), geralmente próximas a lixões, recursos hídricos contaminados, áreas industriais, bem como em áreas de proteção e risco ambiental (como, por exemplo, áreas de preservação permanente e unidades de conservação).

O mesmo ocorre fora dos grandes centros onde outros grupos vulneráveis como pequenos agricultores, pescadores artesanais, populações indígenas, ribeirinhas e tradicionais, que suportam ônus desproporcional decorrente dos impactos das construções de barragens, do avanço do agronegócio, da rede hoteleira de turismo, da mineração, da exploração de petróleo e de muitos outros interesses.

A injustiça ambiental é muito presente no Brasil, onde a desigual distribuição de benefícios e prejuízos sempre foi uma máxima desde que Pero Vaz de Caminha aportou na Baía de Todos os Santos em 1500, a começar pelo uso e ocupação da terra; exploração desmedida da natureza e desconsideração por outras culturas e etnias.

Como observa José Afonso da Silva (2007, p. 25), o Brasil aplicou modelos de desenvolvimento de outros países sem considerar

as características físicas, biológicas e socioculturais que lhe são próprias. Essas experiências trouxeram, “além de alterações do meio ambiente, profundos desequilíbrios sociais, que podem ser observados, inclusive, através das grandes diferenças que existem entre as populações mais e menos favorecidas” (idem).

No Brasil, portanto, é possível constatar a existência de discriminação e desigualdades ambientais, no que concerne à distribuição, ao acesso e ao reconhecimento deste direito fundamental de terceira dimensão, chamando a atenção para a necessidade do estudo dos conflitos ecológicos distributivos.

A ecologia política aborda os conflitos ecológicos distributivos em suas diferentes determinantes, como explica Joan Martínez Alier (2014, p. 110):

Por distribuição ecológica são entendidos os padrões sociais, espaciais e temporais de acesso aos benefícios obtidos dos recursos naturais e aos serviços proporcionados pelo ambiente como sistema de suporte da vida. Os determinantes da distribuição ecológica são em alguns casos naturais, como o clima, topografia, padrões pluviométricos, jazidas de minerais e a qualidade do solo. No entanto, também são claramente sociais, culturais, econômicos, políticos e tecnológicos.

Habitualmente, os conflitos ecológicos distributivos ocorrem entre o próprio Estado e grandes grupos econômicos, de um lado, e pessoas pobres ou grupos vulneráveis, de outro. Os Estados, nas palavras de Joan Martínez Alier (2014, p. 264), são “normalmente um ator antiambiental” e “tropeçam com uma agenda ambiental que eles não dominam plenamente e que não os apetece nem um pouco”. Além disso, “nos Estados que dispõem de vastos territórios, como o Brasil, a Índia e a China, os principais choques ambientais, mais do que com as transnacionais, ocorrem contra os próprios governos e as empresas estatais” (idem).

No conteúdo dos conflitos ecológicos distributivos encontram-se conflitos sociais que precisam ser evidenciados, a fim de que sejam solucionados em conjunto, de modo a impedir que aqueles já em desvantagem em relação à satisfação de suas necessidades e de seus valores suportem “a desigual incidência de danos ambientais ante não só as demais espécies ou as futuras gerações de humanos, mas em nossa própria época”. (ALIER, 2014, p. 89)

É nesse contexto que surge a noção de Justiça Ambiental (BULLARD, 2004), no início dos anos 1980, nos Estados Unidos, com a afluência de dois movimentos sociais: justiça e defesa ambiental. O primeiro relacionado aos direitos civis, em especial, contra a discriminação racial, e o segundo, à defesa ambiental contra o despejo de resíduos perigosos em locais primordialmente habitados por afro-descendentes, diante da comprovação empírica de que a raça era a principal determinante, na época, para a escolha de locais destinados às instalações de aterros (BULLARD, 2004, p. 45).

O sociólogo americano, Robert Bullard (2004, p. 45) registra que foi no condado de Warren, na Carolina do Norte, nos Estados Unidos, em 1982, que o movimento por justiça ambiental iniciou sua trajetória, hoje globalmente difundida. Naquela ocasião, um protesto que gerou mais de 500 prisões tentou impedir pacificamente a instalação de um aterro contendo bifenilpoliclorado (PCB), um composto químico de difícil destruição, que causa sérios danos ambientais e, conseqüentemente, para a saúde das pessoas, muito utilizado como fluido de motores, lubrificantes, tintas, entre outros. A população de Warren era em sua maioria afro-descendentes e pobres. Apesar da repercussão nacional do protesto, não se conseguiu evitar a instalação do aterro.

Em 1990, Robert Bullard lançou seu livro *Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality*. Registrou-se nessa obra a formação do movimento por justiça ambiental com:

[...] a convergência de dois movimentos sociais – justiça e defesa ambiental – no movimento por justiça ambiental (Bullard, 2000). O ativismo ambiental afro-americano emergiu do Sudeste dos Estados Unidos, a mesma região que deu origem ao moderno movimento pelos direitos civis. O que foi iniciado como uma luta baseada em comunidades locais e frequentemente isoladas contra agentes tóxicos e assentamento de instalações perigosas, floresceu em direção a um movimento multitemático, multiétnico e multirregional. (BULLARD, 2004:45)

Naquele livro, Robert Bullard definiu justiça ambiental como:

[...] o tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pes-

soas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes da operação de empreendimentos industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, ou municipais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas. (*Apud*, ACSELRAD, 2004, p. 8)

Mesmo nos Estados Unidos, onde a Justiça Ambiental ligou-se de forma umbilical com o racismo ambiental, sua concepção foi ampliada, na medida em que as soluções dos problemas relacionados às desigualdades na efetivação de políticas ambientais exigiam a implementação concomitante de outros direitos como moradia, saúde, educação, trabalho e participação.

O movimento por justiça ambiental encontrou solo fértil no Brasil, trazendo a “ressignificação” (ACSELRAD, 2010, p. 108) da questão ambiental, ou seja, aquela que incluía a promoção de justiça social buscada por grupos de pessoas vulneráveis que, por aqui, abundam. Nesse sentido, almeja-se interromper o processo de transferência dos custos ambientais do desenvolvimento para os mais pobres, por intermédio da “junção estratégica” (*idem*) da proteção ambiental com a promoção da justiça social.

Observa Guilherme José Purvin de Figueiredo (2010, p. 331) que a “ideia central” sobre a Justiça Ambiental busca evidenciar, que:

os benefícios e prejuízos decorrentes da concreta aplicação do desenvolvimento sustentável devem ser distribuídos uniformemente para toda a sociedade. Ainda que a natureza dos bens seja difusa, é fato que existe certa margem para uma injusta distribuição das externalidades negativas (poluição visual, poluição sonora, resíduos sólidos), quase sempre suportadas pelas camadas da população mais pobre. (FIGUEIREDO, 2010, P. 331)

Apontam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014 (b), p. 147), que “a justiça ambiental deve reforçar a relação entre direitos e deveres socioambientais, objetivando uma redistribuição de bens sociais e ambientais capaz de assegurar um mínimo de isonomia entre os Estados e suas populações”, afinal

a sujeição de indivíduos e grupos sociais aos efeitos negativos da degradação ambiental agrava ainda mais a vulnerabilidade das suas condições existenciais, submentendo-os a um quadro de ainda maior indignidade. As pessoas mais vulneráveis aos efei-

tos negativos da degradação ambiental são aquelas mais pobres, as quais possuem uma condição de vida precária em termos de bem-estar, desprovidos do acesso aos seus direitos sociais básicos (moradia adequada e segura, saúde básica, saneamento básico e água potável, educação, alimentação adequada etc.). Ignorar a feição socioambiental que se incorpora hoje aos problemas ecológicos potencializa ainda mais a exclusão e marginalização social (tão alarmantes no contexto brasileiro), já que o desfrute de uma vida saudável e ecologicamente equilibrada constitui premissa ao exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles de matriz liberal, sejam eles de natureza social. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014 (a), p. 104)

Por isso a importância de conceber os direitos fundamentais como um conjunto de direitos interdependentes e indivisível. As diferentes dimensões demandam efetivação concomitante, uma está a depender da outra, e não há como se garantir um direito sem a satisfação de outro. Somente levando em consideração a satisfação das diferentes necessidades concretas e complexas, será possível evitar a “dupla injustiça”, social e ambiental, vale dizer, que os direitos fundamentais dos grupos sociais mais pobres e vulneráveis não sejam “violados duplamente, ou seja, tanto sob a perspectiva dos seus direitos sociais, quanto em relação ao seu direito a viver em um ambiente sadio e equilibrado”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014 (b), p. 146 e 147)

Essa abordagem foi feita pelo Superior Tribunal de Justiça, no voto proferido pelo Ministro Antonio Herman Benjamin, que reconheceu, pela primeira vez, a existência de injustiça ambiental no Brasil.¹ Logo no início do acórdão, foram tecidas considerações sobre a grande repercussão do caso e sobre as características econômicas e sociais das vítimas, destacando-se:

aqui [no Brasil], como é a realidade comum no mundo todo em casos de graves incidentes de poluição por resíduos tóxicos ou perigosos, em sua grande maioria as vítimas são pessoas humildes, incapazes, pela baixa instrução, de conhecer e antecipar riscos associados a metais pesados e a agentes carcinogênicos, mutagênicos, teratogênicos e ecotóxicos. Ademais, prisioneiras da indulgência social que as aflige, não se encontram em condições de evitar ou mitigar a exposição à contaminação letal, mudando a localização de suas precárias residências.

1 REsp 1310471/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, REPDJe 17/09/2013, DJe 01/08/2013.

A referida decisão judicial ainda ressaltou que esta é mais uma situação de desigualdade a que estão submetidas as pessoas pobres no Brasil:

Infelizmente, o Brasil mostra-se pródigo em distribuição discriminatória de riscos ambientais. Como se não bastasse a miséria material de bolsões urbanos e rurais da população, fenômeno que ainda nos atormenta e envergonha como nação, após a Segunda Guerra Mundial e na esteira do processo de industrialização que ganhou fôlego a partir de então, agregamos e impigimos a essa multidão de excluídos sociais (= injustiça social) a nódoa de párias ambientais (=injustiça ambiental). Substituímos, ou sobrepusemos, à segregação racial e social – herança da discriminação das senzalas, da pobreza da enxada e das favelas – a segregação pela poluição, isto é, decorrente da geografia da contaminação industrial e mineral, do esgoto a céu aberto e da paisagem desidratada dos seus atributos de beleza. (Idem).

A contribuição desta decisão, reconhecendo a existência da injustiça ambiental no Brasil, ecoa vozes dos vulneráveis, pessoas e grupos étnicos, raciais ou de classe, que, por circunstâncias políticas, econômicas, culturais e jurídicas, habitualmente, são aliçados dos debates, do desfrute do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de suportarem de forma desproporcional consequências ambientais negativas. (ACSELRAD et al., 2009, p.16)

Partindo-se da premissa de que não se deve promover “práticas discriminatórias que tenham a questão ambiental de fundo” (SARLET, FENSTERSEIFER, 2014 (b), p. 145). Neste artigo propõe-se que seja também considerado o princípio da igualdade e a teoria do impacto desproporcional (SARMENTO, 2016, p. 147) na resolução dos conflitos ecológicos distributivos.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

A Constituição de 1988 afirma logo no *caput* do art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O constituinte buscou estabelecer “um compromisso profundo e visceral com a igualdade” (SARMENTO, 2016, p. 141.). Para José Afonso da Silva (2008, p. 62), “não deixa de ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, que por isso, servirá de orientação ao intérprete, que necessitará ter sempre presente o princípio da

igualdade na consideração dos direitos fundamentais do homem”. No mesmo sentido, explica a Ministra do Supremo Tribunal Federal, **Cármen Lúcia Antunes Rocha**, que “igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.” (*Apud*, DA SILVA, 2008, p. 72)

Por óbvio que, na Constituição de 1988, o princípio da igualdade, “signo fundamental da democracia” (DA SILVA, 2008, p. 70), transcende o aspecto formal, de isonomia perante a lei, para alcançar o aspecto material ou substancial, passando a exigir prestações positivas para proteção e garantia de condições mínimas de vida para todos, especialmente, aquela parcela da população mais pobre e vulnerável, o que pode ser corroborado a partir da leitura dos objetivos fundamentais da República. (SARMENTO, 2016, p. 142)

A igualdade jurídica amparada e exigida pela Constituição de 1988, como explica a Ministra **Cármen Lúcia Antunes Rocha**, é aquela que

embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único. (*Apud*, DA SILVA, 2008, p. 71)

Nesse sentido, Daniel Sarmento assevera que “entre a solene promessa constitucional e a crueza dos fatos medeia um abismo. Em que pese a generosidade do nosso projeto constitucional, o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais de todo o mundo, e esta desigualdade possui um indisfarçável componente étnico-racial.” (SARMENTO, 2016, P. 142)

Esta desigualdade “nociva” (RIOS, 2008, p. 19) tem reflexos quando se trata de questões ambientais. Há, como ensina **Selene Herculano**,

[um] tipo de desigualdade e de injustiça ambiental muito específico: o que recai sobre negros urbanos, ribeirinhos, extrativistas, geraizeiros, pescadores, pantaneiros, caiçaras, vazanteiros, ciganos, índios, pomeranos, comunidades de terreiro, faxinais, quilombolas, etc. – que têm se defrontado com a “chegada do estranho” (expressão de José de Souza Martins), isto é, dos grandes empreendimentos desenvolvimentistas que os expõem

de seus territórios, desorganizam suas culturas, forçando-os a conviver com um cotidiano de envenenamento e degradação de seus ambientes de vida ou empurrando-os para as favelas das periferias urbanas, onde se somam aos ‘paraíbas’ e negros nas favelas e nas periferias. (HERCULANO, 2015)

No contexto da desigualdade “nociva” (RIOS, 2008, p. 19), as violações do princípio da igualdade caracterizam discriminação, termo que “designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos de indivíduos e dos grupos” (Idem, p. 15).

Partindo de tratados internacionais² e dos critérios proibidos de discriminação explicitados na Constituição de 1988, de acordo com Roger Raupp Rios (2008, p. 20), juridicamente, discriminação é “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultura ou em qualquer campo da vida pública.”

Há dois tipos de discriminação, que podem ser inferidas a partir do conceito acima. Uma chamada de discriminação direta, que é a proposital, ou seja, a que tem base em práticas intencionais e conscientes. A outra é denominada de discriminação indireta, vale dizer, fundadas em “realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras, mas efetivamente discriminatórias” (RIOS, 2008, p. 21)

Sobre a discriminação indireta é sempre lembrada a definição do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa Gomes, que a apresenta como

toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência espe-

2 Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (ambas aprovadas pelo Brasil).

cialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas. (Apud, SARMENTO, 2016, p. 149)

Como explica Roger Raupp Rios (2008, p. 117) sobre a discriminação indireta,

muitas vezes a discriminação é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional.

É nesse contexto que surge a teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*). Ela embasa o enfrentamento da discriminação indireta e provém do direito norte-americano, assim como a noção de justiça ambiental.

O caso *Griggs v. Duke Power, Co.* foi o *leading case* julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1970, em relação à teoria do impacto desproporcional. Trabalhadores negros da referida empresa questionaram judicialmente a constitucionalidade de “testes de inteligência” (SARMENTO, 2016, p. 150) que estavam sendo aplicados como condição para promoção. A exigência, que era aparentemente neutra em termos raciais e não era necessária para o desempenho das funções, foi considerada discriminatória quanto aos resultados obtidos, já que uma porcentagem muito maior de negros era reprovada nos testes. A Suprema Corte Americana ampliou o conceito de discriminação para além de casos intencionais e passou a considerar que “práticas, procedimentos ou testes facilmente neutros, e mesmo neutros em termos de intencionalidade, não podem ser mantidos se eles operam para “congelar” o *status quo* anterior de práticas empregatícias discriminatória” (GOMES, *apud*, SARMENTO, 2016, p. 150).

No Brasil, a teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*) foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1946, em 2003, em que se examinou a constitucionalidade da incidência do limite de R\$ 1.200,00, sobre o salário maternidade, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20. Caberia ao empregador arcar com a diferença entre o salário da gestante e o referido benefício previdenciário. (RIOS, 2008, p. 130; SARMENTO, 2016, p. 152)

Naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal, sem considerar se houve ou não intenção de discriminar, por meio de interpretação conforme a Constituição, impediu a incidência do limite sobre o salário maternidade, porque este acarretaria efeito discriminatório sobre as mulheres no mercado de trabalho. (RIOS, 2008, p. 131; SARMENTO, 2016, p. 152)

Saliente-se que o voto do ex-Ministro Nelson Jobim naquele julgamento mencionou expressamente o precedente estadunidense acima citado e a doutrina do impacto desproporcional (*disparate impact*). Daniel Sarmento, comentando sobre a referida decisão, destaca que o Supremo Tribunal Federal “contentou-se com a constatação de que a medida atacada produziria na prática, impactos nefastos sobre as mulheres no mercado de trabalho” (SARMENTO, 2016, p. 152). E Roger Raupp Rios enfatizou que houve “efetiva censura constitucional do impacto diferenciado sobre determinado grupo, independente da presença de qualquer propósito discriminatório” (RIOS, 2008, p. 130).

Em outra ocasião, a teoria do impacto desproporcional serviu expressamente de fundamento teórico para o ajuizamento da ADI nº 4424-DF de 2012, pela Procuradoria-Geral da República. Sustentou-se, na petição inicial, que a exigência de representação da vítima, como condição para exercício da ação penal pelo Ministério Público, afetaria de forma desproporcional às mulheres vítimas de violência doméstica.

Nos Estados Unidos, houve dificuldade para se definir a quem caberia o ônus da prova da discriminação indireta, a partir do julgamento do caso *Wards Cove Packing Company, Inc. v. Antonio*, no qual trabalhadores de indústria de salmão em lata ajuizaram ação coletiva alegando discriminação indireta, porque as funções eram divididas em dois grupos, com salários diferentes, e nativos do Alaska e filipinos concentravam-se no grupo com menor salário. Naquele caso, decidiu-se que os trabalhadores não haviam produzido a prova, *prima facie*, da discriminação indireta. (RIOS, 2008, p. 122-124)

A referida decisão provocou reflexos no Congresso Americano que editou *Civil Rights Act* de 1991, passando a “exigir da defesa a comprovação da necessidade da prática cujo efeito discriminatório se combate, não bastando a mera alegação de uma finalidade abs-

tratamento compatível com as necessidades do negócio”. (RIOS, 2008, p. 124)

Verifica-se, assim, que a teoria do impacto desproporcional surgiu no contexto étnico-racial norte-americano relacionada aos direitos trabalhistas e tendo como fundamento constitucional o princípio da isonomia, no aspecto material. E, no Brasil, além daquela vertente, avançou para direitos previdenciários e de gênero, de modo que não se vislumbra óbice para que passe a fundamentar decisões no contexto socioambiental.

Cite-se, a título de exemplo, o julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em que se tratou de condicionar a demolição de moradia de pescadora pobre, que morava em terreno de marinha situado em área de preservação permanente à oferta de alternativa habitacional. Neste acórdão, buscou-se conciliar o direito ao meio ambiente e o direito à moradia, como forma de se prevenir a ocorrência de discriminação indireta.³

3 Ação Civil Pública. Direito Ambiental. Direito à moradia. Direito internacional dos direitos humanos. Desocupação forçada e demolição de moradia. Área de preservação permanente. Posse antiga e indisputada. Aquiescência do poder público. Disponibilidade de alternativa para moradia. Terreno de marinha. Desnecessidade de perícia judicial. Proteção à dignidade humana, despejo e demolição forçadas para proteção ambiental. Prevenção de efeito discriminatório indireto. 1. Não há nulidade pela não realização de perícia judicial quanto à qualificação jurídica da área onde reside a autora como terreno de marinha, à vista dos laudos administrativos e da inexistência de qualquer elemento concreto a infirmar tal conclusão. 2. A área de restinga, fixadora de dunas, em praia marítima, é bem público da União, sujeito a regime de preservação permanente. 3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia. 4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há longo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos. 5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia. 6. Incidência do direito internacional dos direitos humanos, cujo conteúdo, segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU (*The Right to adequate housing* (art. 11.1): *forced evictions*: 20/05/97. CESCR General comment. 7), implica que “nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade” (item 14, tradução livre), “não devendo ocasionar indivíduos “sem-teto” ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso à terra produtiva, conforme o caso, seja disponível.” 8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como

Trata-se de levar a sério (DWORKIN,2007) o princípio da igualdade, de modo a aferir se “políticas facialmente insuspeitas” (SARMENTO, 2016, p. 152) causam impactos desproporcionais em pessoas ou grupos vulneráveis, seja qual o for o direito que se pretenda promover, inclusive, o ambiental.

Acredita-se, portanto, que a teoria do impacto desproporcional pode acrescentar substancial argumento a favor dos direitos de pessoas e grupos vulneráveis, habitualmente, envolvidos nos conflitos ecológicos distributivos e vítimas de injustiça ambiental, uma vez que são eles atingidos de forma mais gravosa em seus direitos por medidas, práticas e decisões supostamente neutras, a caracterizar uma espécie de discriminação indireta.

CONCLUSÃO

A partir dos estudos das origens do movimento por Justiça Ambiental e dos conflitos ecológicos distributivos, é possível comprovar que grupos de pessoas vulneráveis suportam o maior ônus em relação às medidas de concretização do direito fundamental ao meio ambiente, compreendido como direito de natureza difusa. A esses grupos vulneráveis deve ser garantida igual oportunidade de acesso aos recursos ambientais e à participação nas decisões sobre a concretização do mesmo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Se grupos vulneráveis são obrigados a suportar o maior o ônus decorrente da efetivação do direito difuso ao meio ambiente equilibrado, não se está diante da concretização do valor solidariedade, mas de algo como uma solidariedade invertida ou às avessas. Esta não é a vontade da Constituição de 1988, que oferece aos seus intérpretes amplo sistema normativo apto a mudar esse quadro, por isso a importância de conceber os direitos fundamentais como um conjunto de direitos interdependentes e indivisíveis. As diferentes dimensões demandam efetivação concomitante, uma está a depender da outra, e não há como se garantir um direito sem a satisfação

fim em si mesmo de tal atividade. 9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais. (TRF 4 - 3a T. - Ap. 2006.72.04.003887-4 - Rei. Roger Raupp Rios - DJ 10.6.2009).

de outro, inclusive, na perspectiva do princípio da isonomia, sob pena também de discriminação.

A teoria do impacto desproporcional pode servir como fundamento para corrigir desigualdades na concretização do direito ao meio ambiente equilibrado, de modo que esse seja um direito de todos efetivamente.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. “O que é justiça ambiental” / Henri Acselrad, Cecília Campello do A. Mello, Gustavo das Neves Bezerra. – Rio de Janeiro: Gramond, 2009.

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. Estudos Avançados, n. 24, 2010.

BECK, Ulrich, 1944 – Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade / Ulrich Beck; [tradução Sebastião Nascimento]. – 2. Ed. - São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição Brasileira. In, Direito Constitucional ambiental brasileiro / José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite, organizadores. – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BOFF, Leonardo. A Grande Transformação: na economia, na política e na ecologia / Leonardo Boff. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira. A Conveniência da Implementação da Diretiva Quadro da Água no ordenamento jurídico brasileiro como medida efetiva de Justiça Ambiental: o caso da exploração de nióbio em Catalão. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Regina Vera Villas Bôas

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In, Justiça Ambiental e cidadania / organizadores Henri Acselrad, Seleone Herculano e José Augusto Pádua. – Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004.

COSTA, H. K. M.; VILLAS BÔAS, Regina Vera. Discussões sobre os refugiados e a justiça climática. Revista FAFIBE On Line (Online), v. 9, p. 401-417, 2021.

DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 5. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério / Ronald Dworkin; tradução Nelson Boeira. – 2. Ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2007. – (Justiça e Direito)

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A propriedade no direito ambiental – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HERCULANO, Selene. “Racismo ambiental, o que é isso”. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/seleneherculano/images/Racismo_3_ambiental.pdf>, Acesso em 23.fev.24.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. “Direito Ambiental Brasileiro”. 22 edição. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração / Joan Martínez Alier; [tradutor Maurício Waldman]. – 2. Ed. – São Paulo: Contexto, 2014.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang e Fensterseifer, Tiago. “Direito Constitucional Ambiental” – 4 edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 (b).

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça. Revista de Direito Privado (São Paulo), v. 47, p. 121-159, 2011.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; NEVES, F. S. S.. Diálogos de fontes abrangentes dos Direitos Humanos e a efetividade da Justiça, as vulnerabilidades e a sustentabilidade: países emergentes. In: César Augusto R. Nunes et al. (Org.). Temas de Direitos Humanos do VII CIDH Coimbra 2022. 1 ed. Campinas / Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2022, v. , p. 549-557.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; NEVES, F. S. S. . A efetividade dos Direitos Humanos e a problemática contemporânea da Justiça: vulnerabilidades, responsabilidades e sustentabilidade nos países emergentes. In: VIII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra, 2023, Coimbra. VIII Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra (VIII CIDHCoimbra). Brasília / Edições Brasil: Campinas / Jundiaí, 2023. p. 278-288.

ÉTICA E POLÍTICAS SOCIAIS NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

**A COLABORAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO
COMO O NEGÓCIO JURÍDICO PÚBLICO
ENTRE ENTES FEDERATIVOS E ENTIDADES
RELIGIOSAS PODE SER UM MECANISMO
DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES.**

Marcos Antônio Striquer Soares

Universidade Estadual de Londrina, Professor Doutor
da Graduação em Direito e Mestrado em Direito
Negocial, vinculado ao Departamento de Direito
Público. Londrina, Brasil. marcos.striquer@uel.br

Camila Carniato Genta

Universidade Estadual de Londrina, Mestranda em Direito
Negocial. Londrina, Brasil. camila.carniato@uel.br

Fernanda Batelochi Santos

Universidade Estadual de Londrina, Mestranda em Direito
Negocial. Londrina, Brasil. fernanda.bsantos@uel.br

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é apresentar a colaboração de interesse público, positivada na Constituição Federal de 1988, art. 19, inciso I, entre entidades religiosas do terceiro setor e entes federados, e como esse negócio jurídico público pode ser um mecanismo de redução de desigualdades. A sociedade brasileira contemporânea é plural e diversa, principalmente em suas crenças religiosas, o que acaba criando conflitos na relação entre particulares e/ou Administração Pública. No entanto, com a positivação pós 1988, é possível argumentar que há uma possibilidade das entidades religiosas utilizarem de sua ética e valores religiosos para exercerem atividades estatais não essenciais, ou seja, proverem serviços públicos importantes para a realização de direitos fundamentais básicos, como educação, saúde, alimentação, impactando a própria dignidade da pessoa humana. Essa prestação, no entanto, já existia antes da Carta de 1988, porém, as entidades religiosas devem ter uma posição que vá ao encontro do estado laico e da liberdade religiosa, de acordo com os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Com isso, pelo método hipotético-dedutivo, pela busca doutrinária e legislativa, busca-se a delimitação das entidades religiosas na sua prestação de serviços públicos na contratação pela colaboração de interesse público, as peculiaridades desse negócio jurídico, e como a regulamentação dessas condutas corrobora para uma redução de desigualdades econômicas e sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Negócios Jurídicos Públicos; Entidades Religiosas; Religião; Liberdades Individuais; Constituição Federal.

ABSTRACT: The aim of this research is to present the collaboration in the public interest, enshrined in the Federal Constitution of 1988, art. 19, item I, between religious entities in the third sector and federal entities, and how this public legal business can be a mechanism for reducing inequalities. Contemporary Brazilian society is plural and diverse, especially in its religious beliefs, which ends up creating conflicts in the relationship between private individuals and/or the Public Administration. However, with the post-1988 legislation, it is possible to argue that there is a possibility for religious entities to use their ethics and religious values to carry out non-essential state activities, that is, to provide important public services for the realization of basic fundamental rights, such as education, health, food, impacting the very dignity of the human person. This provision, however, already existed before the 1988 Charter, but religious entities must have a position that meets the secular state and religious freedom, in accordance with the administrative principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency. With this in mind, using the hypothetical-deductive method, through doctrinal and legislative research, we seek to delimit religious entities in their provision of public services in the contracting of collaboration in the public interest, the peculiarities of this legal business, and how the regulation of this conduct contributes to a reduction in social and economical inequalities.

KEYWORDS: Public Legal Business; Religious Entities; Religion; Individual Freedoms; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

A colaboração de interesse público, originada na Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 19, inciso I, surgiu como um negócio jurídico público entre entes federativos e entidades religiosas que têm por finalidade a busca do interesse público, pela prestação de serviços públicos que não são de monopólio do Estado.

As entidades religiosas advêm de denominações religiosas, como a Igreja Católica, mas não podem ter como escopo professar sua fé e angariar fiéis, no momento de contratação com o Estado. Por isso a colaboração de interesse público passa pelo legislativo, por projetos de lei, e pelo executivo, em editais de chamamento público, por exemplo.

No primeiro tópico, será feita uma contextualização sobre a importância da própria religião na criação das sociedades antigas e de seus ordenamentos jurídicos, com instituições que sobrevivem até os dias atuais, e como a ética religiosa inaugurada pelo cristianismo trouxe a liberdade religiosa para o rol de liberdades básicas individuais.

Nos próximos dois tópicos, respectivamente, serão apresentadas as entidades religiosas do terceiro setor, sua conceituação legal, sua importância para o Estado Brasileiro desde a sua criação e então a sua posição legal após a Carta de 1988, com a criação do negócio jurídico público denominado “colaboração de interesse público”.

Por fim, pelo método hipotético-dedutivo, e por pesquisa bibliográfica, legislativa e em outros meios midiáticos, será feita a busca de dados e justificativas para a colaboração de interesse público no mundo atual e sua regulamentação no mundo jurídico, com as entidades não-governamentais do terceiro setor.

Em uma sociedade tão plural quanto a contemporânea, na qual a crença religiosa é muitas vezes o centro de conflitos, é preciso buscar a delimitação de sua participação nos negócios jurídicos públicos, ou seja, até que ponto a religião pode influenciar - ou não - o objeto da entidade religiosa, se é que pode, e quais os argumentos para tal delimitação. É importante delimitar a área de participação da religião no Estado laico brasileiro, área essa

que busca-se apresentar como um mecanismo de diminuição das desigualdades, e de concretização do interesse público e da justiça social.

1 A RELIGIÃO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO

A religião, em seu sentido subjetivo, tem como base crenças, ritos e normas seguidas por um grupo de pessoas, sejam elas parte de uma família, uma cidade-Estado, um país ou uma comunidade internacional, de acordo com Eliane Moura da Silva:

A definição mais aceita pelos estudiosos, para efeitos de organização e análise, tem sido a seguinte: religião é um sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobrehumanos dentro de universos históricos e culturais específicos. (Silva, 2004, p.4)

Essas crenças, ritos e normas possuem manifestações externas, seja pelo culto ou por outros atos de professar a fé, com escopo de mantê-la viva durante gerações, angariando novos fiéis. Esses atos formam uma comunidade em seu sentido subjetivo. Irineu Wilges traz o seguinte conceito:

Comunidade: A religião tende a formar comunidade. Quem está convencido de uma crença, sente-se, irresistivelmente, atraído para os seus coirmãos e quer manifestar a sua fé junto com eles. Estes aspectos impedem que o sentimento religioso se dissolva em sentimentalismo individualista e incoerente. Sem isso a religião torna-se incomunicável e arbitrária, uma prisão em vez de um caminho. (Wilges, 1985, p. 11)

Desde a sua organização primitiva, a religião surgiu como um elemento básico para a criação de costumes comunitários e mitos, as “histórias exemplares”, por meio da observação da natureza:

O que está completamente fora de dúvida é a quase universalidade das crenças num Ser divino celeste, criador do Universo e assegurado da fecundidade da Terra (graças às chuvas que derrama). Esses seres são dotados de uma presciência e uma sabedoria infinitas; as leis morais e frequentemente os rituais do clã foram instaurados por eles durante sua breve estada na Terra. velam pela observância das leis e o raio fulmina todo aquele que as infringe. (Eliade, ano, p. 41).

Em primeiro lugar, é importante fazer uma contextualização histórica das origens da religião contemporânea. A religião originou-se antes das sociedades, das cidades-Estado e até mesmo das comunidades antigas. A religião surgiu no seio da família, e vice-versa.

A crença dos povos antigos, como os povos gregos e romanos, surgiu de duas ideias principais: o culto aos mortos, na própria sepultura de seus antepassados, e o culto ao fogo sagrado, como uma entidade própria com capacidades sobrenaturais. (Coulanges, 1998).

O culto aos mortos decorreu da ideia dos antigos na qual a vida não acaba com o falecimento, sendo apenas a transferência da vida entre os vivos e para a vida no túmulo. Esses povos acreditavam que era necessário estar perto da sepultura de seus antepassados, exercer ritos fúnebres em sua memória e até mesmo conversar, pedir abundância e proteção para os seus. Isso pois, de acordo com essa crença originária, os antepassados estavam vivos em seus túmulos, podendo ouvir e interceder por eles no dia-a-dia, e até protegê-los nas guerras.

Logo, como supramencionado, para poder cultuar seus antepassados, era necessário uma sepultura e rituais fúnebres. Um local para que fossem enterrados e pudessem continuar suas “vidas” ali, perto da família viva e sendo homenageados por ela. A sepultura servia como segunda casa - aquele que não tinha sepultura, perdia o rumo e se tornava vagante, perdido.

O cuidado de levar aos mortos os alimentos não esteve a cargo do capricho ou dos sentimentos variáveis dos homens; foi obrigatório. Assim se estabeleceu toda esta religião da morte, cujos dogmas cedo desapareceram, durando, no entanto, os seus ritos até o triunfo do cristianismo (Coulanges, 1998, p. 14)

Além do culto de seus antepassados, existiu, concomitantemente, o fogo sagrado, ou o fogo do lar. O fogo era considerado uma entidade, com um altar próprio e com ritos que deveriam ser seguidos para mantê-lo sempre aceso. O fogo não servia apenas como mecanismo de iluminação e/ou forma de preparar alimentos, ele tinha caráter de entidade que deveria ser adorada - recebia sacrifícios, orações e manutenção diária para que nunca apagasse.

Assim como os antepassados, o fogo sagrado era próprio de cada família, e ambos ficavam dentro da primitiva propriedade da época, originando a religião como culto doméstico.

Em análise mais aprofundada, tem-se a criação do conceito da propriedade, que tem papel central no direito e na sociedade até os dias atuais. Era necessário que as sepulturas dos antepassados permanecessem com seus familiares, para que pudessem ser feitas as cerimônias de homenagem e para que o laço familiar não fosse quebrado com a distância - além de impedir que os antepassados se misturassem com outros mortos.

Nessa lógica, o fogo sagrado, também particular de cada família, deveria estar fixado em um espaço certo, tanto pelas questões físicas de difícil transporte quanto pelas questões religiosas. “Não foram as leis, mas a religião, aquilo que primeiramente garantiu o direito de propriedade. Cada domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele”. (Coulanges, 1998, p. 64)

Esse culto tinha sua base em ritos performados pelos homens da família - cerimônias, ritos fúnebres na sepultura de seus antepassados, orações, hinos, etc. O patriarca passava tradicionalmente o “poder” primitivo sacerdotal do culto para seu filho, enquanto a matriarca e a filha eram consideradas participantes, às vezes com maior e às vezes com menor protagonismo nos ritos, mas nunca com papel central, visto a percepção de que tanto a mãe quanto a filha participavam da família pela instituição sagrada do casamento, e não por laços sanguíneos. Dessa forma, além do direito à propriedade, nasceu a base do direito das sucessões.

Nesse diapasão, torna-se possível argumentar que, pelos ritos e cerimônias retirados da religião, a instituição das leis, pelos costumes e tradições, não foi feita pelas cidades-Estado, mas pelos costumes e tradições religiosos, originados dentro da família. Até a escravidão tem na religião a sua base constitutiva. A escravidão trazia o estranho para a família, para o culto aos mortos e ao fogo daquela família, da qual ele nunca se desligava - no entanto, ele tinha o direito de culto e direito de oração, o que como estrangeiro não tinha.

Portanto, seguindo o contexto histórico aqui apresentado, as famílias começaram a se alargar. Escravos, clientes e então associações começaram a dar maior complexidade à religião primitiva. No entanto, pelos costumes ainda derivados totalmente da religião doméstica, a cidade não tinha força legislativa.

A cidade era uma confederação. Por isso se viu obrigada, pelo menos durante alguns séculos, a respeitar a independência religiosa e civil das tribos, das cúrias e das famílias, e ainda por isso não teve desde logo o direito de intervir nos negócios particulares de cada um desses pequenos corpos. A cidade nada tinha a ver com quanto se passasse no seio de cada família: não era juiz do que por lá se passava e deixava ao pai o direito e o dever de julgar sua mulher, seu filho ou o seu cliente. Por essa razão o direito privado, prefixado na época do isolamento das famílias, pôde durar nas cidades até muito tarde, sem se modificar. (Coulanges, 1998, p. 135)

Ademais, a organização da cidade dependia muito da religião. O rei era sacerdote da religião da cidade e suas regras eram provenientes também daquele culto. E, mesmo com o alargamento de suas tradições, o poder do rei era passado hereditariamente, assim como era na religião doméstica - constituindo a monarquia e a consolidando como forma de organização estatal fundada na religião dos povos antigos.

No entanto, com o surgimento do cristianismo, o pensamento religioso dos povos mudou. Com o monoteísmo cristão, surge uma doutrina que prega a salvação individual, com todos os povos seguindo o mesmo Deus. A religião começa a se separar do Estado, visto que a fé e a salvação da alma adentraram o âmbito íntimo de cada um.

Se o cristianismo é a religião do Evangelho, o Espírito de Jesus gera um novo ser individual e coletivo. É vocação da Igreja tornar-se o bem de todo homem e de toda mulher, além de sua raça, sua língua, sua cultura e até de sua pertença religiosa. Os Evangelhos revelam não só uma mensagem teológica, mas antropológica, revelam o homem ao homem, ajudam a compreender quem somos e a que fomos chamados a ser. (Mincato, 2009, p. 96)

Em paralelo ao estudo religioso, faz-se importante mencionar o surgimento da teoria das liberdades individuais, direitos humanos de 1ª geração, da qual a liberdade religiosa faz parte.

Com o liberalismo clássico e seus defensores, durante o período conhecido como Iluminismo, surgiu um âmbito de proteção da vida individual de cada um, na qual nem o Estado e nem outro indivíduo poderiam intervir - originando um rol de liberdades negativas, liberdades mínimas. De acordo com Stuart Mill,

A única liberdade que merece o nome é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros do seu bem, ou colocar obstáculos aos seus esforços para o alcançar. Cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros. (Mill, 2016, p. 44)

Com o surgimento das liberdades individuais, e o rol das liberdades “mínimas”, na qual a liberdade religiosa faz parte, a proteção à crença e culto foi resguardada perante intervenções de outrem. Dessa forma, com as Revoluções Burguesas no período iluminista e, posteriormente, suas positivações, o liberalismo deslocou a proteção aos direitos individuais para a proteção na lei, sendo possível então, pela autonomia da vontade, um indivíduo fazer tudo aquilo que a lei não o proíbe.

O modelo liberal desloca para o direito (lei) o regramento da normatividade das ações humanas, segundo regras jurídicas adequadas que regulam as relações sociais, determinam os limites da liberdade individual, protegem os direitos, especialmente as liberdades individuais, e definem o alcance do poder político. (...) Uma vez que o ponto de partida é a liberdade individual de cada sujeito, a finalidade da vida não é mais a fruição política da cidadania na dimensão pública, mas a autonomia dos sujeitos na esfera privada. (Ramos, 2005, p. 239).

Em segundo momento, trazendo o estudo para o âmbito da liberdade religiosa no Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado Brasileiro se tornou laico. As liberdades religiosas de consciência, crença e culto foram positivadas no artigo 5º, principalmente em seu inciso VI. Já no artigo 19, I da Carta, é positivada a laicidade do Estado:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus

representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL, 1988)

A laicidade tem a ver com a neutralidade do Estado perante a pluralidade de crenças de seus povos, sendo elemento nuclear da liberdade religiosa, visto que essa neutralidade possui caráter positivo. Ao não subvencionar nem embaraçar o funcionamento de nenhuma religião, o Estado assume a igualdade das mesmas.

Com a colaboração de interesse público, que será explicada nos próximos tópicos desta pesquisa, a posição neutra do Estado acaba “pendendo” para um âmbito de integração, de busca do interesse público, de conhecimento e compreensão pelo aparelho estatal da importância da religião para àqueles que crêem - e também para os que não crêem, visto a Constituição também proteger o direito de não crer em religião alguma. Esse viés integrador do negócio jurídico público entre entidades religiosas e os entes federados é importante não apenas para concretizar a prestação dos serviços públicos, mas também para o pluralismo e a diversidade religiosas - não protegendo apenas a igualdade formal, positivada na liberdade religiosa do art. 5º, inciso VI da Carta de 1988, mas também sua materialidade.

Para compreender a colaboração de interesse público, é importante apresentar as entidades religiosas e uma breve explicação sobre onde se encontram no ordenamento jurídico brasileiro, o terceiro setor.

2 ENTIDADES RELIGIOSAS E O TERCEIRO SETOR

O terceiro setor surgiu como uma esfera fora dos setores Público e Privado, contendo características de ambos. As entidades do terceiro setor são de natureza jurídica do Direito Privado, no entanto, não possuem visão de lucros e têm como escopo a realização do interesse público, gerando serviços de caráter público, de bem-estar social, caridade, filantropia, doação etc.

As entidades religiosas no Brasil surgiram no século passado. A Igreja Católica, por exemplo, foi uma das pioneiras na criação de entidades, utilizando seus dogmas da caridade, amor ao próximo e busca pela justiça social como princípios basilares.

Com o decorrer dos anos surge o assistencialismo predominante no período político de Getúlio Vargas, na década de 30. Posteriormente, em meados de 70, predominam, com o apoio das igrejas, os movimentos sociais de caráter filantrópico, como as denúncias de desigualdade e injustiça social e a repressão política. Em 1988, mediante a promulgação da Constituição Federal, definiu-se o conceito de cidadania, assim como seus direitos e deveres. (Ferreira; Macedo; Carvalho, 2018, p. 44)

Logo, as entidades religiosas do terceiro setor acabaram recebendo mais espaço após a Constituição de 1988 - tanto pelo alargamento de proteção constitucional dada à direitos fundamentais que dependem da atividade estatal, que foi delegada para entidades do terceiro setor por meio de parcerias e contratos de gestão.

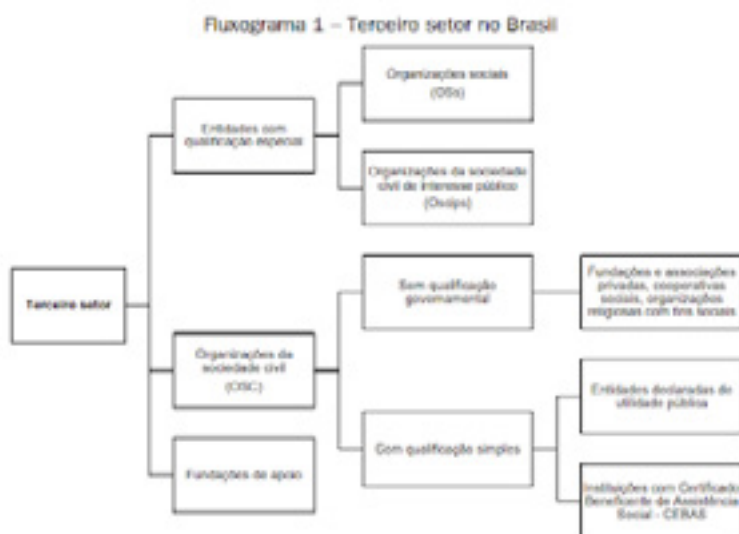
As parcerias com o Estado e seus entes são firmadas com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) - reguladas pela lei no. 9.790 de 1999, feitas pelos termos de parceria. Já os contratos de gestão são firmados entre o Poder Público e as Organizações Sociais (OSs) - reguladas pela lei no. 9.637 de 1998.

Essas duas qualificações, feitas para entidades que contribuem para maior eficiência na busca do interesse público, surgiram com a Reforma da Administração Pública, iniciada no governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995, encabeçada e sistematizada pelo economista Luiz Carlos Bresser-Pereira, na época Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.

Por serem negócios jurídicos públicos, seguem as regras do Direito Administrativo, contando com previsão legal para contratação com entes federados, pelos procedimentos de proposta, termos de parceria ou contratos de gestão e chamamento público, além de seus colaboradores seguirem os princípios administrativos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e terem metas de desempenho a serem atingidas (nesse caso, as OS).

Tem-se também, mais recentemente, a regulamentação das OSCs - Organizações da Sociedade Civil, oriundas da lei no. 13.019 de 2014, que em seu artigo 2º, c: “as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins

exclusivamente religiosos” (BRASIL, 2014) trouxe a positivação das entidades religiosas.



Fonte: Azevedo; Souza; Pereira, 2021

Torna-se possível argumentar que as entidades religiosas do terceiro setor ganharam mais espaço no final do século XX no Brasil. Essas entidades religiosas, assim como outras entidades não-governamentais, começaram a participar da proteção dos direitos fundamentais e da oferta deles para a sociedade, como colaboradoras do Estado na execução de suas políticas públicas.

Um segundo fator que explica a paulatina incorporação de ou conclamação a organizações religiosas a se envolverem com ações de provisão social diz respeito a mudanças na estrutura e forma de atuação do estado, a partir da década de 1990. (...) Ambas resultaram em reformas do estado que introduziram uma lógica privatizante e eficientista na ação e nas estruturas governamentais e levaram a um misto de convocação e concessão para que organizações da sociedade civil (intermediárias ou de base) assumissem um papel mais protagonístico na provisão social (ora implementando políticas públicas, ora assumindo diretamente a oferta de serviços sociais). (Burity, 2007, p. 19)

De acordo com a doutrina de Bresser-Pereira, em seu livro “Construindo o Estado Republicano: Democracia e Reforma da Gestão Pública” (2005, p.xx), as entidades do terceiro setor

podem ser organizações sociais - também no sentido lato da palavra, caracterizando-as em busca da satisfação do interesse público - e organizações de controle social, essas organizações apresentam um novo componente na dinâmica entre Estado e sociedade civil organizada, o controle dos atos estatais pela opinião pública organizada.

Portanto, fortalecendo as instituições democráticas e reduzindo desigualdades sociais, buscando a justiça social e maior igualdade material na cobertura da eficiência dos serviços públicos e do interesse público, por meio de suas próprias políticas e parcerias - em sentido lato, visto que podem ser OSCIPs e OSs ou OSCs.

As entidades religiosas, como supramencionado, agem em busca do interesse público de acordo com sua ética religiosa. Como por exemplo, serviços de saúde para os que não podem pagar convênio, educação para os que não podem pagar escolas e universidades particulares, serviços de integração com eficiência e ajuda humanitária, como o trabalho com os migrantes - que será apresentado mais à frente, e outros. A igreja católica foi e continua sendo pioneira na oferta de serviços de saúde para a população.

Sendo o Brasil uma nação predominantemente católica, pode-se atribuir a esta Igreja um papel decisivo na formação do terceiro setor. Diversos autores apontam as Santas Casas de Misericórdia, fundadas pela Igreja Católica, como as primeiras entidades do terceiro setor no país, embora não fosse possível caracterizá-las como privadas sem fins lucrativos até a separação formal entre Igreja e Estado, que só veio a ocorrer com a proclamação da República. (Falconer, 1999, p. 95)

Outras denominações religiosas participam e compartilham da qualificação de entidades religiosas não-governamentais, visto a laicidade aqui supramencionada. Entidades religiosas de origem africanas, como o candomblé e a umbanda, casas espíritas e igrejas evangélicas também possuem serviços sociais em busca do interesse público, às vezes em menor escala, como doação de roupas, brinquedos e material escolar para crianças etc.

3 A COLABORAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES

A colaboração de interesse público foi originada na Constituição de 1988, pelo artigo 19, I, apresentado no tópico anterior. O inciso I apresenta a laicidade do Estado, o impedindo de subvencionar e de criar empecilhos para os cultos religiosos no Brasil, no entanto, apresenta como exceção à regra o instituto da colaboração de interesse público.

Esse instituto, que tem natureza jurídica de negócio jurídico público, surgiu como um mecanismo de parcerias entre Estado e seus entes federativos com entidades religiosas do terceiro setor. Como supramencionado, as entidades religiosas de serviço (Bresser-Pereira, 2005) adentram a categoria das entidades não-governamentais que buscam satisfazer o interesse público, ofertando serviços básicos para a efetivação dos direitos humanos na Constituição positivados.

No entanto, por serem provenientes da ética e dos cultos religiosos, de Igrejas e outros cultos, é preciso que hajam regras para que a liberdade religiosa de todos da sociedade seja protegida durante essa prestação de serviços.

Isso pois, em uma sociedade tão plural quanto a sociedade contemporânea brasileira, na qual as opiniões e crenças são tão diversas e, em muitos casos, conflitantes, é preciso que haja a regulamentação jurídica, de caráter universal, com sua ética universal, para que as entidades religiosas possam conviver entre si e entre cidadãos que possuam crenças diferentes, sem discriminações injustas - ainda mais envolvendo negócios jurídicos públicos e a prestação de serviços públicos, com entes federados laicos.

Atualmente, essa colaboração é feita inicialmente por meio de lei de interesse local, feita pelo ente interessado. Esse ente faz uma lei apresentando o caráter de interesse público daquela entidade - seja na área da saúde, educação, entre outros.

No âmbito das OSCIPs, após sua qualificação legal, a entidade poderá participar de chamamentos públicos, procedimentos administrativos feitos pelo ente para dar publicidade e legitimidade para a contratação e, então, é celebrado o termo de parceria.

Tabela – Entidades Religiosas Integrantes do Terceiro Setor no Brasil		
Entidade religiosa	Resumo do Projeto	Data de Início
Igreja Católica Apostólica Romana	Denominada Missão Belém, atua na cidade de São Paulo oferecendo assistência médica, odontológica, psicológica, social, etc. para crianças, jovens e adultos em situação de vulnerabilidade social. (Missão Belém, 2021)	2005
Companhia de Jesus (Jesuitas)	A Fundação Fé e Alegria atua especialmente na área da educação e formação de crianças e jovens que se encontram em situação de vulnerabilidade social, auxiliando-as a ter uma inserção plena na sociedade. A Fundação é responsável, inclusive, por manter escolas para atender a população mais carente (Fé e Alegria Brasil, 2021)	1955
Entidade Interdenominacional (abrange diversas igrejas evangélicas)	Voltada para auxiliar a população indígena de Dourados/MS, a Missão Evangélica Caiuá oferece assistência social, de saúde, educacional, cidadania e apoio espiritual àqueles que, muitas vezes, são ostracizados pela sociedade.(Missão Evangélica Caiuá, 2022)	1928
Igreja Católica Apostólica Romana	A Santa Casa de Misericórdia atua desde o século XVI na prestação de serviços de saúde e assistência social. Hoje auxilia também na cultura, educação, formação profissional e outras medidas que visam a ajudar e melhorar as condições de vida daqueles que necessitam de auxílio.(SCMP, 2016)	1543 ¹⁷

Fonte: Cimini, 2023.

Torna-se possível compreender, pela tabela acima, que as entidades religiosas integrantes do terceiro setor exercem suas atividades praticamente desde o início da colonização brasileira, com a Santa Casa de Misericórdia, como já mencionado nesta pesquisa. No entanto, com a regulamentação que existe hoje - com a laicidade do Estado e com as formas de organização e qualificação das entidades, é preciso diferenciá-las:

Insta salientar que, em se tratando de Organização Religiosa enquanto igreja (estritamente), é vedada qualquer finalidade que exceda ações de disseminação do credo; contudo, quando registrada como associação ou fundação, sua atuação não se restringe às práticas religiosas (como cultos e demais celebrações): torna-se possível, conforme exemplificado na Tabela acima exposta, sua atuação em serviços assistenciais, o que justifica sua previsão na MROSC como organizações da sociedade civil. Dessarte, compreende-se que não é a igreja que compõe o Terceiro Setor, mas a instituição religiosa. (Cimini, 2023, p. 13).

Com a colaboração de interesse público, existe então a subvenção estatal para essas entidades religiosas, como supra-mencionado, deve ser feito por lei, para que princípios como a impessoalidade do administrador público sejam seguidos e que a escolha religiosa pessoal de um ou outro servidor ou político não interfira na busca do interesse público nessa contratação.

Apartir da lei, que apresenta o interesse público a ser ofertado por aquela organização, são feitos outros contratos, como o de Parceria, para delimitar a subvenção estatal e as atividades a serem feitas para o público.

Tem-se como exemplo, aqui supramencionado, os chamamentos públicos realizados pela Assistência Municipal de Assistência Social de Londrina - em seu Edital 001/2017, na qual a Cáritas Londrina recebeu verba pública no programa de migração e no projeto de economia solidária, ambos serviços prestados para minorias, migrantes e trabalhadores autônomos (artesãos, pequenos produtores etc).

categoria: Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosos e suas Famílias

Entidade	Modalidade	Meta de Atendimento	Valor Global	Situação
Arquidiocese de Londrina	-	743	R\$ 847.794,30	Habilitada

Fonte: Resultado final do Edital 001/2017 SMAS/FMAS

A Cáritas Londrina, de acordo com seu estatuto, é um organismo da Arquidiocese de Londrina e membro da Cáritas Brasileira, foi fundada em 1996, tendo natureza jurídica de associação civil de direito privado e qualificação como OSCIP. De acordo com a positividade dada pela lei municipal no. 7.554 de 1998, foi declarada a utilidade pública dessa entidade. Existe também uma lei estadual, lei no. 18.945 de 2016, de mesmo teor.

O trabalho feito pela Cáritas, em Londrina e na região, é prova da importância do serviço prestado pelas entidades religiosas, quando de acordo com a impessoalidade e a laicidade do Estado. Como supramencionado, faz parte da Cáritas Brasileira, fundada em 1956, que desde então tem papel importante na consolidação do terceiro setor:

Em dezembro de 1994, às vésperas da posse de Fernando Henrique Cardoso na Presidência da República, foi publicado um documento com o título “Parceria e Transparência: Pauta de compromissos para uma nova regulação das relações entre o Estado e as Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos direcionada à consolidação da democracia e à redução efetiva das desigualdades sociais”. O texto era assinado por 18 instituições, entre as quais a Associação Brasileira das Organizações Não-Gov-

vernamentais - ABONG -, a CNBB, as Fundações ABRINQ, Emílio Odebrecht e Roberto Marinho, o Centro de Estudos do terceiro setor - CETS -, da Fundação Getúlio Vargas, o Instituto C&A de Desenvolvimento e a Cáritas. (Leite, 2003, p. 4)

Por fim, atividades como a regularização da situação de migrantes, junto da Polícia Federal, ensino da língua portuguesa, arrecadação e doação de roupas e comida para pessoas necessitadas, o programa Economia Solidária e, como supramencionado, serviço de proteção social para pessoas com deficiência e idosos são demonstrativos do destaque na busca do interesse público pela Cáritas.

Na realização das visitas técnicas aos serviços da política de Saúde e da Assistência Social nos cinco municípios indicados, ficou perceptível que, em sua maioria, os profissionais encaminham os migrantes para organismos da Igreja Católica, para regularização da documentação, concessão de bens materiais de necessidades básicas e processo de acolhimento, considerando esses organismos como referência de atendimento aos imigrantes. Além desse encaminhamento por parte dos serviços públicos, imigrantes relatam que a própria Polícia Federal encaminha-os à Cáritas para auxílio na regularização de sua situação documental no Brasil. (Sana *et al*, 2018, p. 197)

Essa prestação de serviços públicos não monopolistas, porém importantes para a concretização de direitos fundamentais de todas as gerações, ocorre com todo o terceiro setor, não apenas com entidades religiosas. No entanto, pelo objeto da pesquisa, foi feito o recorte na atividade dessas, à exemplo da atividade da Cáritas Londrina.

“(...) em Londrina, a Cáritas trabalha com migrantes há cerca de 12 anos. Em 2021, foi lançado o Programa de Acolhimento e Acompanhamento aos Migrantes, Refugiados e Apátridas, que ampliou e facilitou os serviços oferecidos aos migrantes. Hoje, o programa atende 1.830 pessoas vindas de mais de 46 países, principalmente da Venezuela, Colômbia, Haiti, Angola, Argentina e Afeganistão. Ela explica que o Programa de Atendimento e Acompanhamento aos Migrantes, Refugiados e Apátridas fornece e auxilia na regulamentação migratória e ao acesso à documentação civil, na articulação com a rede de serviços assistenciais, permitindo com que os migrantes tenham acesso aos direitos básicos, assim como trabalha em conjunto com o CRAS (Centro de Referência em Assistência Social) e o CREAS (Centro de Referência Especializada em Assistên-

cia Social) para fornecer apoio e acompanhamento familiar aos migrantes” (Sabbadini, 2023, *online*)

Por fim, argumenta-se que, a colaboração de interesse público, quando regulamentada e devidamente executada de acordo com os princípios da liberdade religiosa, laicidade do Estado e princípios administrativos, é um mecanismo de redução de desigualdades, na busca da dignidade dos pequenos artesãos, dos migrantes, das pessoas com deficiência e idosos e tantos outros casos.

CONCLUSÃO

Aqui nessa pesquisa não se busca legitimar a total convergência da execução de serviços públicos estatais pelas entidades religiosas, mas sim os serviços públicos essenciais não exclusivos ao Estado, seguindo os ditames da Reforma Administrativa de 1998, o estudo do terceiro setor pelas entidades paraestatais, os princípios liberais e sociais positivados na Carta Magna e também os princípios administrativos.

Argumenta-se a importância da religião, desde a sua organização primitiva, até o cristianismo e o período iluminista, em paralelo com o surgimento da filosofia liberal e, então, a criação das liberdades individuais, em específico, a liberdade religiosa - e como isso se manifesta na sociedade brasileira contemporânea, a partir das fundações constitucionais pós 1988.

A partir do primeiro tópico, pela contextualização histórico-evolutivo da religião, foi possível argumentar sua importância no ordenamento jurídico internacional como base de costumes e normas, desde os mitos até a criação de institutos jurídicos contemporâneos, como o direito à propriedade privada e direito das sucessões. Os primeiros cultos religiosos foram o culto aos mortos e o culto ao fogo sagrado, que eram domésticos, e evoluíram para o culto dos deuses das cidades-Estado.

Com a chegada do cristianismo o paradigma da ética religiosa foi alterada, de uma religião doméstica para uma religião internacional, mas, ao mesmo tempo, a salvação da alma foi individualizada. Com isso, surgiu a liberdade religiosa e a laicidade do Estado.

No Brasil, com a Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 19, inciso I, a laicidade foi positivada - ou seja, a posição de neutralidade do Estado frente às denominações religiosas, de forma positiva, não podendo subvencionar nem criar empecilhos para seu funcionamento e seus atos de profissão de fé.

No entanto, a colaboração de interesse público, de natureza contratual, entre entes federativos estatais e entidades religiosas surgiu como exceção da proibição de subvenções. As entidades religiosas, organizações importantes dentro do terceiro setor brasileiro, atuam como entidades não-governamentais com finalidade de buscar o interesse público, oferecendo serviços de saúde, educação e entretenimento.

Essa colaboração tem suas peculiaridades para garantir o maior grau de impessoalidade do servidor público e/ou do político, exatamente para proteger a liberdade religiosa da sociedade como um todo, impedindo que os atos de profissão de fé da denominação religiosa do qual aquela entidade faz parte seja seu escopo principal.

Por fim, pela apresentação dessa parceria com as entidades religiosas, nessa pesquisa exemplificada pela Cáritas Londrina, membro da Cáritas Brasileira, tem-se a colaboração de interesse público concretizada como um negócio jurídico público, entre as entidades religiosas e os entes federados, como um mecanismo de redução de desigualdades, visto sua efetiva atividade de ofertar serviços para proteção e garantia dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ. [Lei no. 18.945 (2016)]. Disponível em: <https://consultas.assembleia.pr.leg.br/#/norma-legal>. Acesso em: 11 out. 2023, 22:00:00.

AZEVEDO, Eder Marques De; SOUZA, Ludmila Aniceto De; PEREIRA, França Gomes. O repasse de recursos públicos para as Organizações da Sociedade Civil: a licitação concursal como limite da discricionariedade. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 22, n. 87, p. 185-215, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2023, 21:30:00.

BRASIL. [Lei no. 9790 (1999)]. *LEI No 9.790, DE 23 DE MARÇO DE 1999*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em: 11 out. 2023, 21:30:00.

BRASIL. [Lei no. 9637 (1998)]. *LEI No 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm. Acesso em: 11 out. 2023, 21:30:00.

BRASIL. [Lei no. 13019 (2014)]. *LEI Nº 13.019, DE 31 DE JULHO DE 2014*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm Acesso em: 11 out. 2023, 21:30:00.

BRESSER-PEREIRA, Luiz C. *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BURITY, Joanildo. *Organizações religiosas e ações sociais: Entre as políticas públicas e a sociedade civil*. Revista *Anthropológicas*, v. 18, n. 2, p. 1, 2007.

CÂMARA MUNICIPAL DE LONDRINA. [Lei no. 7.554 (1998)]. *LEI Nº 7554, DE 13 DE OUTUBRO DE 1998*. Londrina. Prefeitura Municipal. Disponível em: <http://leismunicipa.is/nbfrl>. Acesso em: 11 out. 2023, 22:00:00.

CÂMARA MUNICIPAL DE LONDRINA. [Lei no. 7.554 (1998)]. *LEI Nº 7554, DE 13 DE OUTUBRO DE 1998*. Londrina. Prefeitura Municipal. Disponível em: <http://leismunicipa.is/nbfrl>. Acesso em: 11 out. 2023, 22:00:00.

CIMINI. Thalles Machado. *INSTITUIÇÕES PARAESTATAIS NÃO LAICAS E A COLABORAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO: A interpretação do art. 19, I, da CR/88 para o repasse de subvenções sociais*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2023. Disponível em: <http://www.repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/15574/1/thallesmachadocimini.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023, 21:45:00.

COULANGES, Fustel De. *A cidade antiga*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ELIADE, Mircea. *Tratado de História das Religiões*. 6 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão*. 1999. Dissertação (Mestrado em Administração de Recursos Humanos) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999. Disponível em: doi:10.11606/D.12.1999.tde-01072021-161110. Acesso em: 10 out. 2023, 17:00:00.

FERREIRA, Antonio Agaildes Sampaio; MACEDO, Maria Erilúcia Cruz; DE CARVALHO, Gustavo Barbosa. ASPECTOS LEGAIS E CONTÁBEIS DAS ENTIDADES RELIGIOSAS. *Revista Interfaces: Saúde, Humanas e Tecnologia*, [S. l.], v. 5, n. 14, p. 42–51, 2018. DOI: 10.16891/187. Disponível em: <https://interfaces.unileao.edu.br/index.php/revista-interfaces/article/view/590>. Acesso em: 11 out. 2023, 22:20:00.

LEITE, Marco Antônio Santos. O terceiro setor e as organizações da sociedade civil de interesse público — Oscips. *Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, 2003.

MILL, John S. Sobre a liberdade. (Coleção textos filosóficos). Coimbra: Grupo Almedina, 2016. E-book. ISBN 9789724422398. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422398/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

MINCATO, Ramiro. O cristianismo como religião pública. *Teocomunicação*, v. 39, n. 1, 2009.

RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. *Crítica: Revista de Filosofia*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina. Vol. 10, número 32, p. 229-264, out. 2005.

SABBADINI, Jessica. Uma nova casa, uma nova chance para 1.830 refugiados. *Folha de Londrina*. 09 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/cadernos-especiais/uma-nova-casa-uma-nova-chance-para-1830-refugiados-3242931e.html?d=1> Acesso em: 09 fev. 2024

SANA, Daniele Soares; LANZA, Fábio; RODRIGUES, Julia Ramalho; LANZA, Líria Maria Bettiol; ALVES, Mario Venerando. Os processos de reterritorialização dos imigrantes haitianos na região de Londrina-PR e sua interface com duas religiões. *TRAVESSIA - revista do migrante*, [S. l.], n. 82, p. 187–204, 2018.

SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE LONDRINA. *Edital de chamamento público 001/2017*. 2017. Disponível em: <https://portal.londrina.pr.gov.br/menu-oculto-assistencia/editais-chamamento-assistencia?start=6>. Acesso em: 11 out. 2023, 22:20:00.

SILVA, Eliane Moura Da. Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a cidadania. *Revista de Estudos da Religião*, n. 2, p. 1-14, 2004.

WILGES, Irineu. *Cultura Religiosa: as religiões no mundo*. Volume 1. 6. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

**DA VONTADE COLETIVA À NORMA
JURÍDICA: UMA REFLEXÃO SOBRE
OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE A PARTIR DO
PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS**

Amanda Camargo Rocha

Licenciada em História e Pedagogia, Mestra em
História Social pela Universidade Estadual de Londrina,
Londrina, Brasil, rochamandacamargo@gmail.com

Liury Pereira Nascimento Silva

Pós-graduando em Direito do Estado pela Universidade
Estadual de Londrina, Londrina, Brasil, liury.nascimento@uel.br

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo compreender, lançando mão de pesquisa bibliográfica e da metodologia lógico-indutiva, a forma como uma norma de ação com pretensão à validade é transformada em norma jurídica através do princípio da universalização fundamentada por um discurso prático-moral e percorrendo as esferas da Política e do Estado Democrático de Direito, a partir dos marcos teóricos da Teoria da Ação Comunicativa, da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas e da Teoria Comunicacional do Direito de Paulo de Barros Carvalho, justificando-se pela observação de profunda mudança social atinente aos direitos da Criança e do Adolescente no mundo, e no Brasil em especial em razão do êxodo rural experimentado no século XX, tendo sido grande exemplo de normatização de valores sociais que nascem de uma vontade coletiva que acaba por existir legalmente e gozar de instrumentos de coercibilidade. Para tanto, abordou-se no item 1 breve histórico da forma como tais valores vem a existir coletivamente e as condições do seu reconhecimento social na sociedade brasileira através da evolução temporal de seus institutos, item 2 foram abordados os contributos filosóficos que embasaram a perspectiva contemporânea adotada para a compreensão da razão prática, no item 3 foram trazidas os pressupostos de legitimidade e validade necessários para a criação democrática da proteção jurídico-normativa, e, finalmente, no item 4 a relação entre a proteção jurídico-normativa do valor e os instrumentos de coercibilidade que garantem seu exercício. Concluiu-se, com o esforço em tela, que, através da Ética do Discurso, pode-se chegar a um ambiente de diálogo que possibilite a fundamentação de vontades coletivas que mobilizam a ação e redundam em emancipação social através do Direito e do Estado Democrático de Direito, e que isto pode ser verificado na prática com a norma jurídica posta em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade; Democracia; Intersubjetividade; Universalização; Direitos; Criança e Adolescente.

ABSTRACT: The present work aims to understand, employing bibliographic research and logical-inductive methodology, how a norm of action with pretension to validity is transformed into legal norm through the principle of universalization grounded in a practical-moral discourse and traversing the spheres of Politics and the Democratic State of Law, based on the theoretical frameworks of Jürgen Habermas's Theory of Communicative Action and Discursive Theory of Law, and Paulo de Barros Carvalho's Communicational Theory of Law, justified by the observation of profound social change regarding the rights of Children and Adolescents worldwide, and especially in Brazil due to the rural exodus experienced in the 20th century, being a significant example of the normativization of social values that arise from a collective will that ultimately exists legally and enjoys coercive instruments. To this end, the work briefly addressed in item 1 the historical background of how such values come to exist collectively and the conditions of their social recognition in Brazilian society through the temporal evolution of their institutions, item 2 addressed the philosophical contributions that underpinned the contemporary perspective adopted for understanding practical reason, in item 3 the legitimacy and validity assumptions necessary for the democratic creation of legal-normative protection were brought, and finally, in item 4 the relationship between legal-normative protection of the value and the instruments of coerciveness that ensure its exercise. It was concluded, through the aforementioned effort, that through the Ethics of Discourse, it is possible to reach a dialogue environment that allows the foundation of collective wills that mobilize action and result in social emancipation through Law and the Democratic State of Law, and that this can be verified in practice with the legal norm in question.

KEYWORDS: Legitimacy; Democracy; Intersubjectivity; Universalization; Rights; Children and Adolescents.

INTRODUÇÃO

A mudança de comportamentos, costumes, hábitos e tradições é patente na história recente do Brasil e nos últimos séculos na humanidade. O êxodo rural e a urbanização implicaram em choque de realidades e éticas entre pessoas de variadas origens. Um dos costumes legados da vida no campo e que encontraram lugar no início da vida urbana brasileira foi a exploração da mão de obra infantil. No cenário internacional, a Organização Internacional do Trabalho, em 1919, quando de sua primeira convenção, determinou a proibição do trabalho de pessoas menores de quatorze anos, tendo como signatários apenas nove países: Bélgica, Cuba, antiga Checoslováquia, Estados Unidos da América, França, Itália, Japão, Polônia e Reino Unido.

Foi apenas com a Constituição de 1988, no entanto, que os estágios da infância e adolescência foram reconhecidos no Brasil como bem jurídico traduzido em direito a ser protegido, e a exploração da mão de obra infantil passou a ser objeto de censura com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Houve, portanto, uma mudança do agir brasileiro com relação a essa matéria, e o presente trabalho se justifica na medida em que se propõe a investigar a forma como se operou esta mudança.

A hipótese é de que há um percurso para a universalização de um valor, que conta com uma gênese ético-discursiva, no sentido de uma ação comunicativa, que se transforma e se valida, a partir do discurso prático-moral, em vontade coletiva, perpassando a esfera da ação política e, através de pressupostos democráticos, alcançando a universalização como legislação positivada.

O presente trabalho tem como objetivo compreender, tendo como base a Teoria da Ação Comunicativa e a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, a forma como uma norma de ação com pretensão à validade é transformada em norma jurídica através do princípio da universalização, fundamentada por um discurso prático-moral e percorrendo as esferas da Política e do Estado Democrático de Direito, e a forma como tal norma é vertida em texto legal e introduzida no ordenamento jurídico, bem como seu relacionamento e interação com as demais normas, utilizando como marco teórico a Teoria Comunicacional

do Direito esposada no Brasil por Paulo de Barros Carvalho. O problema é apresentado com a seguinte pergunta: como um valor ético-moral como a liberdade transita da moralidade para sua validação como norma jurídica?

A pesquisa em tela encontra relevância na medida em que se propõe a utilizar o exemplo da validação da normatização jurídica da liberdade infanto-juvenil, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a ótica da Teoria da Ação Comunicativa e da Teoria Discursiva do Direito, extraindo daí uma forma de compreensão sobre o trajeto de universalização e legalização de uma moralidade que nasce da pretensão à validade de um discurso ético. Em outras palavras, trata-se de utilizar o exemplo aludido para verificar como a teoria habermasiana explica a consolidação de um direito advindo da racionalidade comunicativa do mundo da vida, operando-se através da ação política de determinados grupos e movimentos sociais e lançando mão do Estado Democrático de Direito.

DESENVOLVIMENTO

No item 1, descreve-se a origem da comunhão de discursos prático-morais que fundamentam o reconhecimento do bem jurídico infância e adolescência como passível de proteção jurídico-normativa enquanto forma de promoção da liberdade. Fez-se necessário levantar um histórico para compreender como era a situação da proteção destes bens jurídicos antes da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente;

Discorre-se, no item 2, sobre a compreensão da formação de uma vontade coletiva fundamentada à luz das contribuições da Teoria da Ação Comunicativa, especialmente sobre a comunidade dos sujeitos em diálogo mediada formalmente por uma ética discursiva que reabilita mas fragmenta irreparavelmente a razão prática em três tipos de discurso: do adequado a fins, do bom e do justo; isto é, os modos pragmático, ético e moral, e que justificam uma vontade coletiva.

Feitas as considerações de ordem teórica, por fim, nos item 3 e 4, passa-se à análise do trajeto político da vontade coletiva no Estado Democrático de Direito até sua introdução no orde-

namento jurídico como norma protetora dos bens jurídicos aqui apreendidos através dos veículos introdutórios de normas, e seus pressupostos de legitimidade, validade e coercibilidade.

1 GÊNESE HISTÓRICA E BUSCA INCONDICIONADA DE FINS ILOCUTÓRIOS

A infância pode ser entendida como uma forma histórica e socialmente determinada de vivenciar um período da vida em que a dependência dos pais passa de mais a menos preponderante. O presente trabalho aborda o conceito moderno de infância, associado ao conceito de cidadania, já que o caminho de transição de um valor moral para lei no medievo era produto de arranjos monárquicos e, portanto, postos de forma desigual entre as distintas classes que compunham as sociedades medievais. Fato é que com as revoluções industriais e burguesas, as forças produtivas passaram a proporcionar uma transformação social que levou a vida do campo para a cidade. A concepção burguesa de cidadania e de Direito contribuíram, também, para uma forma de interação social onde foi possível enxergar a infância de uma forma diferenciada daquela da vida no campo, de quando a proximidade ao labor da lavoura e a orientação feita pelos pais prevalecia, em que a proximidade ao labor industrial, e os valores apreendidos pela criança/adolescente passaram a ser determinados fora do controle familiar. A ênfase no indivíduo, a declaração dos direitos do homem e do cidadão, a emergência dos direitos sociais, a expansão das forças produtivas, dentre outros elementos, contribuíram para uma profunda mudança na concepção de infância no âmbito da sociedade e do Estado moderno.

Após o momento de estabelecimento da nova classe e sua forma de Estado, que estabelece novas relações de produção e altera significativamente as relações sociais como um todo, constata-se o abuso da mão de obra infantil no trabalho industrial e fabril. No entanto, é apenas no século XX que os movimentos atinentes aos direitos da criança, especialmente no pós primeira guerra mundial, ganham em corpo ativista e força internacional. Ilustrando os movimentos da sociedade civil de advocacia pelos direitos da criança, de cariz assistencialista, temos que:

Se a criança é vista, no pensamento dos autores anteriores, como um ser sui generis com o direito de ser criança, Eglantyne Jebb, nascida na Inglaterra e que viveu no período de 1876 a 1928, deixou como legados fundamentais o princípio da universalidade do direito das crianças e os alicerces do movimento internacional contemporâneo de advocacia dos seus direitos. A situação das crianças atingidas pela I Guerra Mundial encontrou ressonância na sua sensibilidade de educadora e a busca de meios para assistir as crianças vitimadas pelo conflito levou-a a criar em Londres, em 1919, uma organização de apoio a elas denominada *Save the Children Fund*. Os primeiros anos dessa organização não foram fáceis, devido às constantes acusações de subversão e traição aos interesses britânicos porque estaria, de forma camuflada, apoiando bolchevistas e 'crianças inimigas'. Contudo, a organização continuou perseguindo seus objetivos de salvar tantas crianças quanto fosse possível, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade. Ela se tornou a instituição de ajuda às crianças mais importante do Reino Unido e depois se ramificou para outros países, como, por exemplo, a Suécia, onde passou a se chamar Rädde Barnen (1919). (grifo do autor) (DOS SANTOS, p. 42, 2012)

A partir de então, o movimento passa a contar com o auxílio da Cruz Vermelha e da Liga das Nações, em 1924, com sua fundadora pleiteando a codificação de leis promotoras da proteção da infância, bem como estabelecendo deveres dos adultos para com as crianças. No entanto, a parte legislativa dessa proteção passa a existir somente após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), pois somente esta organização terá a capilaridade e a disposição legislativa, através de suas Declarações e suas Convenções (tratados mais detidamente no item 4 do presente trabalho), para a promoção desses direitos: as Declarações enquanto documentos de adesão moral e política, e as Convenções, de adesão constitucional como é o caso no Brasil. É que embora houvessem diplomas legislativos anteriores aos da ONU, como a Convenção Internacional Fixando a Idade Mínima para a Admissão de Crianças no Trabalho Industrial, em 1919, e a Declaração de Genebra, em 1924, somente a ONU logrou êxito em reunir um número expressivo de signatários, contando com 193 contra 63 da Liga das Nações. Fato é que em 1948, contavam com 50 membros, e é justamente pelo fato de conseguir reunir mais signatários ao longo de sua trajetória é que demonstra o potencial de sua atividade. Em 1948, as crianças passam a gozar de direitos na

Declaração Universal de Direitos do Homem, e em 1959 ganham a sua própria Declaração Universal dos Direitos da Criança. É certo que o complexo de medidas de proteção à infância não se esgotam nos referidos diplomas, e a organização passa também a tratar dos direitos das famílias, especialmente no aspecto econômico, para que possam garantir uma infância digna e sem carências como forma indireta dessa proteção.

No Brasil, vale mencionar que o percurso dessas noções sobre a necessidade de proteção assim ocorre:

Numa tentativa de apreender as concepções de infância, bem como a orientação do projeto político-pedagógico das diversas intervenções sociais no Brasil do século XVI até a década de 80 do século XX, encontrei quatro correntes principais: O primeiro foi o da soberania paterna associada ao caritavismo releso que perdurou durante praticamente todo o período do Brasil Colônia, entre 1500 e meados de 1800, quando o sistema legal encontrava-se em processo de formalização. Nesse modelo, as crianças e adolescentes eram inteiramente governados pela família, particularmente pelo pai, quem exercia soberania absoluta sobre a vida dos filhos, inclusive determinando suas carreiras e casamentos. Só no final desse período surgiram leis buscando, de um lado, controlar o disciplinamento imoderado dos pais e, de outro, o cometimento de delitos por parte dos adolescentes. Neste, período a ação social com as crianças e adolescentes era fundada basicamente na ação caritativa de entidades religiosas, particularmente da Igreja Católica, com as “crianças desvalidas”. (DOS SANTOS, p. 54, 2012)

A gênese da noção de promoção e proteção do direito das pessoas de 0 a 17 anos no Brasil, nos moldes do que ocorreu internacionalmente décadas antes, se dá de maneira expressiva somente a partir da década de 1980. Em 1979, é sancionado o Código de Menores, versão atualizada do dispositivo que havia sido legislado em 1927, dispondo acerca de assistência, proteção e vigilância a menores de até 18 anos no que se chamava de “situação irregular”, a qual era definida somente de acordo com os critérios estabelecidos na lei, escondendo uma realidade de controle da miséria pelas forças institucionais. Entendido como fruto de uma época autoritária, que não tratava de maneira conforme as categorias infância e adolescência, nem cobria aqueles que não eram considerados “irregulares”, não dispensando o cuidado necessário que fora estudado e construído para este

momento da vida já reconhecido como importante nas doutrinas da psicologia e medicina de então.

Nesse momento, através da ação de movimentos sociais, como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) criado em 1985, movimentos religiosos como a Pastoral do Menor da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), grupos progressistas no governo e em ONGs (Organizações não Governamentais), além das próprias famílias, observa-se uma luta crescente pela positivação de direitos das crianças e adolescentes brasileiros como forma de pretensão à validade da norma. Essas reivindicações se tornam cada vez mais intensas e expressam um valor ético-moral que se consolidará na legislação brasileira a partir da Constituição Federal de 1988, que em seus artigos 227 e 228, inscrevendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que devem ser protegidos pela família, pela sociedade e pelo Estado. Posteriormente, em 1990, é sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), possibilitado pela validação e legitimação democrática que expressa um novo paradigma político e jurídico, tratando da capacidade, da responsabilidade, das competências e poderes relativos à estes sujeitos de direito, bem como estabelecimento mecanismos de coercibilidade que venham ao auxílio do exercício e proteção destes direitos.

2 A ORIENTAÇÃO DO AGIR PARA O ENTENDIMENTO ATRAVÉS DA ÉTICA DO DISCURSO

Interessa iniciar a presente reflexão tendo como ponto de partida uma concepção sobre o que cristaliza um tipo de conduta socialmente aceita ou socialmente aceitável como um valor, ainda que tal esforço beire os limites do campo de estudo da sociologia e da antropologia. Assim, o primeiro percurso é o da definição sobre o que seja Ética e sua relação com o Direito, e para tanto serão utilizados três autores: Aristóteles, Kant e Habermas. Estes autores comportam perspectivas diferentes sobre o conceito de Ética e Direito, bem como diferentes concepções epistemológicas, cada uma pertencente a seu tempo histórico. Enquanto o discorrer sobre a Ética aristotélica tem cariz mais histórico, serve-nos de base para entender o surgimento de uma noção normatizante dos

costumes apartada das religiões em seu trajeto até lei, embora tais costumes muitas vezes contenham fundo teológico.

É certo que Aristóteles contempla como válidos valores inaceitáveis na contemporaneidade. Chega a sugerir mesmo que os escravos gregos assim o eram por terem “alma de escravos”, que haveria uma hierarquia da alma, e que não seriam capazes de chegar ao nível de entendimento da realidade em que se punha o filósofo, assim justificando o direito ao ócio destes em detrimento daqueles. Não se insurge quanto à função meramente reprodutiva, e não cidadã, da mulher grega, e tampouco pondera acerca das incessantes guerras de dominação que ocorrem em seu tempo e, mesmo, levadas a cabo por seu pupilo Alexandre, o Grande. No entanto, essas concepções tem seu lugar na analítica ordem aristotélica e é ele que compila o pensamento da tradição helênica em um *Corpus* que contenha a sua respectiva cosmovisão, buscando entender e explicar a realidade do ser das coisas e dos humanos, estes especialmente quanto ao seu agir. Assim, em sua *Metafísica*, por exemplo, exerce ele uma análise, a partir do ponto de vista do seu próprio sistema, do surgimento de uma noção de causalidade no pensamento dos filósofos pré-socráticos, que chega também a Platão. Enquanto teórico das causas – que se funda em quatro sentidos que atribui à palavra causa: material, eficiente, formal e final –, ou sistematizador delas, o que se vale dizer aqui do seu pensamento, entretanto, é acerca do *telos*, da causa final, que se relaciona à elas. Aristóteles estava profundamente interessado em entender não apenas os aspectos superficiais ou aparentes das coisas, mas também as causas subjacentes que as tornam o que são.

Aristóteles investe, então, a filosofia de um saber de patamar superior, pois dentre as várias individualidades ou particularidades de saberes empíricos, dentre todos os saberes oriundos das causalidades relacionadas a peculiaridades ou acidentes, era somente através deste tipo de ciência que seria possível encontrar uma causalidade universal, dos princípios que regeriam o ser. Isso porque, na visão aristotélica, cada coisa é, e tem seu lugar específico e individuado (causa formal) na natureza (causa material) e é movimentada a partir de princípios (causa eficiente) para sua finalidade ou aquilo em vista do quê são (causa

final). As coisas existentes estariam contidas em relações de causalidade e existiriam a partir de uma substância da qual são feitas (causa material), e. g. semente de cedro, ou carvalho, ou pinheiro, etc., e a semente em si (causa formal), que não é uma árvore (causa final com relação à semente) mas contém em si a possibilidade de se movimentar para sê-lo conforme exposta à água, à continência de nutrientes no solo, ou à qualquer outro elemento (causa eficiente) que lhe fará atingir seu potencial de ser árvore. Ou como da criança vem o adulto. Ou como do discípulo vem o sábio. Ao atingir sua finalidade, as coisas não dão causa a outras coisas. Elas representam um fim em si mesmo, e não uma infinidade causal. Independente de qual o sujeito em si, no sentido de objeto singular de estudo, este é representado por um ser e por um movimento ao que será, e a filosofia é então enquadrada nessa busca de uma causalidade universal entendida por Aristóteles como uma conjugação de causas. Tudo tem uma natureza causal, há um lugar para todos os sujeitos na ordem natural do cosmos. Todas as coisas tem um *telos*, e assim também o tem o agir humano, e é neste ponto que Aristóteles estabelece a diferença entre uma ciência teórica, devotada à causalidade em si do ser existente, e uma sabedoria prática, devotada às ações causais do ser humano.

Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles trata de uma função para qual a vida humana estaria orientada, um fim em si mesmo para o agir humano. Estabelece mesmo uma hierarquia dos fins, dizendo uns absolutos em relação a outros que fossem acessórios. Um fim que o é em si mesmo, diz ele, portanto mais absoluto, estaria acima de um fim que auxiliasse na consecução daquele. A estes fins chamou de bem, e àquele fim em si chamou de sumo bem. Neste diapasão, sustentava a felicidade ou florescimento humano (eudaimonia) como primeiro princípio das ações humanas, pois tudo quanto o homem faça, faz em vista de ser feliz ou florescer. E ser feliz, não obstante, significa para ele uma atividade da alma, tal qual a virtude, que significa a prática de hábitos dignos de louvor.

Divide a virtude em duas espécies: a intelectual, incentivada através do ensino e que demanda experiência e tempo; e a moral, resultado da repetição de determinadas atividades a que chamava

hábito (ethos). A esta virtude moral, deu o nome de “ethika”, ἠθικὴ, fundindo duas palavras de acepções diferentes: ethos, ἦθος, referente à repetição habitual que aperfeiçoa o agir; e ethos, ἑθὺς, referente à morada do homem e do animal. Portanto, a Ética é uma “virtude moral adquirida em resultado do hábito” (ARISTÓTELES, 1979, p. 67). Diz ele que, embora a Ética não seja da natureza própria do homem, este está adaptado a receber as virtudes e a aperfeiçoá-las através do hábito e do seu exercício, isto é, conforme age em vista da virtude. Em sendo um exercício, tal qual, exemplifica ele, músicos podem tornar-se bons ou maus músicos, arquitetos tornam-se bons ou maus arquitetos, também a prática de ações virtuosas comporta a sua contradição: “é das mesmas causas e pelos mesmos meios que se gera e se destrói toda virtude” (ARISTÓTELES, 1979, p. 67). Todo este conhecimento compete ao político, que deve saber, por ofício, das coisas da alma. Quando analisa o agir humano, julga que “o objetivo da vida política é o melhor dos fins, e essa ciência dedica o melhor de seus esforços a fazer com que os cidadãos sejam bons e capazes de nobres ações” (ARISTÓTELES, 1979, p. 67).

Só é virtuoso aquele que, em face da possibilidade de agir bem, o faz. Tendo como princípio a felicidade, o agir humano comporta ações cujos fins sejam consonantes a esta causa final. Aquele que, em face do medo, age de forma valente, não se torna corajoso apenas por este agir, mas é considerado corajoso também quando deixa de exceder o seu agir com valentia contra os vulneráveis. Aquele que não padece de sua própria ação é considerado *justo*. Assim, a justiça, no pensamento aristotélico, é uma medida aperfeiçoada pela ação em si. Eis aí a sua concepção distributiva: dar a cada um o que é seu. Se é o homem justo com alguém acima de si em poder, mas é injusto com aquele que lhe serve, não age com equidade mas desmedidamente e, portanto, é injusto. O justo e a virtude da justiça estão entre o excesso e a carência.

Permanece aqui, assim como em sua concepção da Natureza (physis), o entendimento de que a causalidade rege não apenas a existência do cosmos, mas também o agir humano. Afirma o filósofo que a escolha é a causa eficiente da ação, sua origem, e a da escolha é o desejo. Daí “por que a escolha não pode existir

nem sem razão e intelecto, nem sem uma disposição moral”, e que “a boa ação é um fim ao qual visa o desejo” (ARISTÓTELES, 1979, p. 142). O exercício da política, embora não seja partilhado a todos os habitantes da *pólis* grega, mas apenas com aqueles considerados cidadãos, é que lhes comunica, colocando-a como conjugação de interesses particulares em vista de um interesse universal: o bem. A lei legislada (nomos) advinda da prática política eticamente orientada, com vistas ao bem da *pólis*, seria semelhante aos princípios e causas que transformam a semente em árvore, e seriam a causa eficiente do florescer da *pólis*. Construir uma noção acerca de quais deliberações sejam boas constitui o ofício dos homens que governam a cidade e fazem essas leis (nomos), e assim ligam o particular, a felicidade individual, ao universal, o florescimento da *pólis*, a partir das experiências que vivenciaram ao longo do tempo. Somente o decurso do tempo e a experiência participativa trariam ao político a capacidade de desvendar as leis (nomos) que deveriam ordenar o agir e as escolhas dos cidadãos, tal qual somente com a repetição dos experimentos é que se seria possível afirmar um conhecimento teórico comprovável sobre algo. De fato, o pensador diz que “na alma existem três coisas que controlam a ação e a verdade: sensação, razão e desejo” (ARISTÓTELES, 1979, p. 142).

Esta atividade repetitiva da virtude moral inscrita na ordem aristotélica, e que posteriormente chega ao mundo através do seu *Corpus*, é estudada enquanto teoria do exercício da virtude. A Ética para Aristóteles é, portanto, em vista do que aqui se expôs, o estudo teleológico do agir humano. Não existe aqui uma diferença quicá didática entre o que seja o estudo da Natureza e do agir humano, mas uma relação de entrecruzamento causal, já que o homem age com base em uma verdade que pode ser apreendida através do estudo e da investigação teórica, e a boa deliberação só pode ser assim considerada na medida em que é orientada pela verdade. Se o homem, possuidor da alma, gerado a partir da Natureza, age com vistas a um fim orientado por uma virtude que é parte de sua alma, e se o bem de todos é alcançado pelas boas deliberações dos homens sábios baseados na verdade, diz-se a partir disso, que: o homem é um animal político que age com vistas ao sumo bem. Na ordem aristotélica, tudo se inscreve

objetivamente neste universal, e Aristóteles lança, assim, as bases para o estudo da Ética e do Direito.

Immanuel Kant, por outro lado, situado no contexto do iluminismo e das revoluções burguesas, quebra com as concepções da teologia-ética medieval, desconhecendo as fundamentações da moral tidas então por revelações religiosas, e opera uma distinção fundamental para a concepção moderna da Ética inserindo-a, juntamente do Direito, no plano das doutrinas metafísicas. Estabelece que o estudo que tem por objeto a natureza inscreve-se no campo da razão teórica, enquanto aquele que tivesse por objeto a ação humana refere-se ao da razão prática. De outra volta, não considera a apreensão da ação humana por um prisma objetivo e teleológico, mas sim subjetivo e principiológico. Diz, assim, que o princípio da ação humana é a liberdade, e a partir desse princípio forma uma teoria do dever-ser. Aí, o estudo da moral, a *Metafísica dos Costumes*, ganha relevo e corpo, e a Ética completa sua autonomia com relação aos estudos da natureza.

Isso porque o objeto de estudo do campo da razão prática, a partir de Kant, passa a ser a liberdade enquanto fundamentação do dever ser, e não, como em Aristóteles, a felicidade como causa final do dever ser. Nem associa aquele qualquer entrecruzamento entre uma teoria do ser, reservando esta ao campo de estudo da ontologia, com a teoria do dever ser. Supõe um novo paradigma epistemológico, já que tem leitura diversa e original acerca das estruturas formais de apreensão da experiência sensorial e apresenta metodologia diversa no que respeita à validação objetiva do conhecimento.

Neste enquadramento, estabeleceu uma diferente compreensão acerca dos objetos de estudo da ciência, operando, em princípio, uma divisão de todo o conhecimento racional em formal e material. O conhecimento racional formal trata do campo da lógica, estudando as regras do pensar em geral, não comportando uma forma empírica (provável pelos sentidos). O conhecimento racional material subdivide-se em Física e Ética, com a Física comportando uma parte não empírica (Metafísica da natureza, Filosofia pura destinada ao estudo das regras apriorísticas do ser) e outra empírica, referente às regras da natureza extraídas em experiências e consolidáveis em dados. Por fim, a

Ética, a seu turno, divide-se em uma parte empírica, referente à antropologia, fisiologia e psicologia, e uma parte não empírica, que comporta a distinção que aqui se faz interessante: a moral pura, chamada Metafísica dos costumes, estuda os princípios metafísicos da doutrina do Direito (Rechtslehre) e os da doutrina da Ética ou virtude (Tugendlehre). Esses princípios são vistos por Kant como atributos externos e internos da liberdade, da ação, do dever e da legislação. (NETTO, 2020)

A ideia de um conhecimento empírico, algo que pode ser extraído de forma palpável pelos sentidos, estuda, na Ética, a vontade do homem enquanto determinada pela natureza, ao passo que o conhecimento não empírico não dispõe senão de um ferramental da Filosofia pura para afirmar a vontade do homem no prisma do dever ser e do exercício da autonomia enquanto ferramenta da liberdade. Aí é que, na divisão da metafísica dos costumes, entre Direito e Ética, essa se inscreve na qualidade de atributo interno da vontade (autonomia) e aquele enquanto atributo externo da vontade (heteronomia). A partir, então, do sujeito, e seu atributo de liberdade, que o conhecimento racional material da ética, empiricamente ou não, é construído:

Em outras palavras, sendo o homem livre para escolher, se o fim da sua escolha (a matéria da escolha) for a lei a priori – a razão pura prática que ele deu a si mesmo sem a necessidade de recorrer a estímulos sensíveis ou externos – então o fim da escolha é o próprio dever (autoconstrangimento), ou seja, o fim é em si mesmo um dever, quando o constrangimento decorre da liberdade de se autodeterminar (lei interna), é uma relação entre o dever com a liberdade interna, logo, age-se por dever ético, razão pela qual a ética é conhecida como o sistema de fins da pura razão prática. (NETTO, 2020, p. 90)

O papel da Ética seria não aquele de apontar leis para as ações, mas máximas universais, princípios abstratos em razão dos quais operaria o Direito, funcionando como regulador de formas particulares de ação. São oriundos dessa função os conceitos de imperativo categórico e imperativo hipotético. O imperativo categórico é o mandamento contido no princípio que obriga um querer, já que um mandamento é enunciado com a utilização dos verbos imperativos e sua característica é a de máxima universal. Kant afirma mesmo que ser honesto, por exemplo, é um

“mandamento sagrado da razão que ordena incondicionalmente e não é limitado por quaisquer conveniências” (NETTO, 2020, p. 98). Dessa imperatividade incondicionada é que extraímos a ideia de um agir que não é condicionado por leis, mas por livre iniciativa do sujeito, no exercício pleno de sua liberdade. Já o imperativo hipotético é o mandamento contido em uma fórmula que relaciona um dever ser a uma resultante, que condiciona a ação. Se quer “a”, faça “b”, ou na expectativa de evitar que “a” aconteça, não faça “b”. São deveres, portanto, externos à ação.

A partir daqui é possível enxergar o conceito de móbil da ação, isto é, aquilo que move um sujeito a agir de forma tal ou qual, permitindo dizer-se que o contexto da relação entre uma ação com a legislação interna corresponda à moralidade, enquanto a relação da ação com a legislação interna corresponda à legalidade. Se não é possível conhecer as intenções do agente, não é possível também afirmar se agiu conforme a lei ou conforme a moral, já que frequentemente a lei pode dispor de norma também inscrita no campo da moral, mas se o agente age contrariamente à lei ou à moral, então é possível depreender-se da ação a sua imoralidade e sua ilegalidade, muito embora também possa acontecer de uma ação imoral coincida com uma ação ilegal.

Posteriormente à profunda mudança kantiana quanto à compreensão da razão prática, no Século XX a ideia de uma razão é, em sim questionada, especialmente pela perda das ilusões com uma história humana guiada pela razão, e vai dando lugar a uma concepção pós-iluminista seja da razão prática, seja da razão teórica. Jürgen Habermas, utilizando-se da noção de racionalidade legada pela sociologia de Max Weber, estabelece então uma distinção. Para que possa reabilitar efetivamente a razão prática, projeto ao que devotou sua produção teórica, precisa entendê-la no liame entre dois mundos: trabalho e interação. Cada uma dessas esferas ganha, portanto, seu próprio tipo de racionalidade: a racionalidade comunicativa e a racionalidade instrumental. A razão, portanto, não vigora senão no formato da intersubjetividade simbolicamente mediada da filosofia da linguagem, participada por Ludwig Wittgenstein, sendo que cada tipo de racionalidade comporta um tipo de discurso diferenciado.

Na racionalidade relativa ao trabalho, este agir finalístico, exerce-se o agir dos enunciados prescritivos técnicos, científicos ou empíricos acerca do desempenho da função nos sistemas de ação racional teleológica instrumental (e.g.: ciência/tecnologia, religião, saúde, política, escola, Estado, mercado, empresa e no próprio Direito) na contribuição trazida pela teoria sociológica dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Já com o contributo de Husserl, Habermas opera então essa distinção entre esses sistemas e o “mundo da vida”, representado nas figuras da família, da cultura e da sociedade, e que, embora seja individual a cada um, pode ser intersubjetivo. Neste mundo da vida, o tipo de enunciado que media a comunicação em linguagem corrente participada intersubjetivamente é o da razão prática, partido em três, no entanto: o discurso pragmático, relacionado ao adequado a fins; o discurso ético, ao bom; e o discurso prático-moral, ao justo.

Se é verdade que há uma cisão de discursos, tanto no que diz respeito à racionalidade instrumental, quanto no que diz respeito à racionalidade comunicativa, então é necessário enxergar o liame que os mantém como partes de um mesmo sistema: o direito. Habermas sustenta ser o direito o comunicador por excelência entre mundo-da-vida e sistemas de ação instrumental. Isso porque os sistemas instrumentais não podem regular-se a si mesmos, tendo em vista seus fins imanentes, especialmente quando se considera que os enunciados considerados técnicos ou científicos possam estar escondendo uma relação de dominação do homem pelo homem. É que, na busca por perfectibilizar a ação, busca-se sempre a dogmatização daquilo que funcionaria da melhor forma com vistas aos fins instrumentais. E se estes fins instrumentais estão relacionados às necessidades humanas em um primeiro momento, a um saber científico que nos proteja da natureza, o conforto produzido por estes saberes vai tomando o lugar de legitimidade e validação do sistema quanto maior o nível de alargamento das forças produtivas, já que é o seu alargamento que produz diferentes formas de proteção contra a natureza.

E se num primeiro momento vemos a forte presença, para chamar ao assunto do estudo, do trabalho infantil nas fábricas e indústrias durante a primeira e a segunda revolução industriais, isso se dá porque a racionalidade instrumental vai dando azo ao

alargamento das forças produtivas de forma indistinta, eis que a empregabilidade da mão de obra significa a possibilidade de sobrevivência de muitos na desigual relação capital/trabalho. Cada nova descoberta tem o potencial de criar ou auxiliar mercados inteiros. Uma descoberta científica pode advir de uma finalidade militar adentrando o circuito de troca de mercadorias, não raro é o caso, e fazendo com que em função da sua produção sejam produzidos tantos outros meios produtivos, e assim até que o impacto direto seja o crescimento da sociedade e sua evolução no que diz respeito ao domínio de determinados processos produtivos. E assim como toda essa linguagem instrumental vai aumentando conforme novos itens vão se disponibilizando, ocorre em consequência uma colonização do mundo da vida pelos sistemas instrumentais.

Será o Direito, portanto, a estabelecer as balizas segundo as quais ocorrerá a produção, bem como os princípios segundo os quais serão feitas as leis de regulação. É que se não houver tal regulação, contempla-se o domínio da finalidade do sistema mais forte. Se num ambiente extremamente religioso, a racionalidade instrumental religiosa, que pode se imiscuir no sistema político e enfraquecer o pensamento científico. Se num ambiente de mercado, com seu iminente fim lucrativo, o desbalanço e a desigualdade social passam a ter lugar, e ante a hipertrofia da racionalidade voltada ao lucro, padece também o meio-ambiente equilibrado. Eis que a esfera do mundo-da-vida pode se enfraquecer, como ante a hipertrofia da exploração trabalhista padecem as relações familiares.

Assim, o Direito funciona como uma ponte entre os valores advindos do mundo-da-vida e os sistemas de ação instrumental, enquanto ele mesmo compreende a linguagem de ambos e é capaz de estabelecer prescrições que venham a conformar os sistemas e a proteger o mundo-da-vida. Daí a importância de fundamentar-se a partir de pressupostos democráticos, já que somente uma decisão levada a cabo por uma discussão controvertida na Esfera Pública é que gozaria da legitimidade e validade para adentrar o ordenamento, e que venha a restringir essa colonização por parte dos sistemas instrumentais quando

infringem valores normatizados, além de estipular as regras sob as quais seus enunciados técnicos terão aplicabilidade.

Neste contexto, no ambiente em que a Ética do Discurso toma corpo, onde os argumentos podem ser colocados dialógica e intersubjetivamente, de maneira respeitosa, cordial e ordeira, para que a fundamentação do agir coletivo seja feita com base em uma interação mediada por símbolos de compreensão total e mútua, é que produz-se o valor a ser normatizado. De outro modo, em não havendo as condições para a instauração de um ambiente tal, corre-se o risco de uma deslegitimação e invalidação do produto da discussão. Se um sistema de racionalidade instrumental acaba colonizando um discurso a ponto de corromper a liberdade, então é desprovido de valor social, ainda que inserto em norma mediante expedientes escusos.

Contempla-se que isso possa acontecer, de fato, razão pela qual o bem jurídico aqui posto resta tão relevante: na medida em que várias forças políticas orientadas por discursos prático-morais operam um movimento do mundo-da-vida até o Direito, e o sustentam normativamente para a coercibilidade, então isso representa de fato que o Direito pode servir como instrumento de exercício de uma vontade coletiva, desde que universalizável. E tal vontade coletiva só será universalizável se puder fundamentar as suas máximas através de um discurso prático-moral. O móbil da ação, portanto, se toca o agente por um pressuposto de moralidade ou de legalidade, é desimportante. A emancipação social vai prescindir da moralidade dos agentes.

3 DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE E PROTEÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA DEONTOLÓGICA

Desde Kant possuímos, portanto, uma reflexão que relaciona direito e moral de maneira alicerçada e ordenada logicamente. Sua diferença para com a perspectiva Habermasiana é a passagem de uma concepção metafísica da moral e de uma compreensão epistemológica subjetivista para aquela que, utilizando os contributos da virada linguística, introduz uma noção de moral pós-metafísica e transforma o centro epistemológico naquele que parte da linguagem estabelecida intersubjetivamente e mediada

simbolicamente. Assim, a interação intersubjetiva simbolicamente mediada ganha força em contraste à ideia de um sujeito cognoscente que conteria em si mesmo uma lei moral passível de universalização, dependendo apenas de seu próprio ferramental lógico para alcançar juízos sintéticos apriorísticos formadores de uma justificativa para a ação. A universalização, para Habermas, depende de um diálogo estabelecido de forma igualitária que, dialeticamente, redonda em valores socialmente reconhecidos e se exprime através de um discurso jurídico, precedido de uma atividade comunicativa tripartida em discursos pragmático, ético e moral. Não basta, portanto, que um valor social seja reconhecido universalmente, se ao fim não possui instrumentos de imposição coercitiva democraticamente justificados.

Fato é que não há nenhum centro normativo estabelecido a partir do sujeito. Ainda que todos os sujeitos venham a compartilhar do mesmo ferramental lógico de formação de um juízo, a positivação de uma norma proibitiva, permissiva ou obrigatória passa, no Estado contemporâneo, pelos mecanismos que tocam à atividade legiferante democraticamente estabelecida, que se consubstanciam em seus elementos de validade e legitimidade. De outro modo, não haveria falar em Constituição enquanto um acordo político mediado por uma assembleia constituinte democraticamente eleita pelo voto direto e secreto. Assim sendo, pelas raízes da lógica, afirma-se que a norma é precedida de um valor socialmente reconhecido. Isso porque o legislador é investido, pelo menos em tese, dos requisitos que fazem-lo representar valores de um grupo de pessoas de determinado território. Afirma-se: o valor precede a norma. Habermas está falando, portanto, dos pressupostos de validade e legitimidade do direito.

O que opera a convergência entre o pensamento de Kant e o de Habermas é a indeterminação do móbil da ação. Embora eleito, não se pode afirmar de forma definitiva que um legislador defenda os valores que o elegeram por uma fundamentação ética, moral ou pragmática. Com efeito, muitas vezes se observa a defesa de um valor através de um móbil atinente a um discurso pragmático que venha a eleger o agente. De qualquer modo, uma vez transformado em norma, o valor passa a ser socialmente exigível independentemente da intenção do legislador. O que

conta, portanto, para sua positivação, é a existência de uma socialidade do valor, é a sua possibilidade de universalização que encontra guarida em sua introdução no ordenamento jurídico. Não significa dizer, contudo, que um valor advindo de um grupo minoritário e que não logre êxito em alcançar a normatividade seja menos importante do que aquele adotado pela maioria. Em verdade, uma espécie normativa a que denominamos “princípio” é que mediará a criação da norma, e os princípios são, na Constituição, os valores universalizantes maiores, aqueles cujos quais se obteve consenso entre as forças políticas da sociedade, daí sua atividade conformativa tanto do processo legislativo quanto da socialidade dos valores que deles decorrem.

Veículos introdutórios de normas estabelecem-se de acordo com uma hierarquia informada constitucionalmente, pressupondo, portanto, a base constitucional de toda e qualquer norma nova. É fato que determinadas normas extraem sua validade formal de lei complementar, o que não significa, no entanto, que leis orgânicas sejam hierarquicamente inferiores às leis complementares. Na verdade, faz-se aqui presente a problemática da distinção entre lei e norma, explicitando a necessidade de se demonstrar que a norma é uma categoria complexa, que comporta vários elementos de subsunção que podem ou não ser expressos no texto legal e, mesmo assim, seus pressupostos de legitimidade e validade continuam a advir do caráter democrático universalizante de sua deliberação.

Ao se constitucionalizar direitos que necessitam de lei posterior para preencher o seu significado, isto é, o conjunto de palavras do qual se extrai o juízo pretendido pelo legislador, a norma conseqüentemente completa-se somente se conjugada às leis posteriores e daí a oferecer os termos em que o direito será exercido. Caso contrário tem-se o caso de norma programática, que trata de direitos que ainda não foram desenvolvidos legalmente, ou de norma em branco. Tal juízo orientará então da forma como deve-se portar o cidadão para usufruir deste direito, tanto no seu aspecto formal quanto por seu aspecto material. Em seu aspecto formal, o texto de lei votado por quórum de uma maioria, número variado conforme o tipo legal preconizado constitucionalmente (Emenda, Lei Complementar, Lei Ordinária,

Medida Provisória, etc.), e que o legislador entenda ser a forma adequada para que seja introduzida a norma no ordenamento, e em seu aspecto material, o direito em si que o acordo político constitucional pôde inscrever no Texto Maior.

Portanto, pelo menos do ponto de vista formal, a origem de uma norma parece ser o pleno exercício de direitos democráticos orientados pelos princípios inscritos no acordo constitucional em que se baseia a organização da sociedade brasileira contemporânea. Já em um ponto de vista material, essa origem pode não ser o pleno exercício de direitos, mas uma escolha arbitrária guiada por toda a sorte de interesses particulares que tornem um voto voluntário ou involuntário. Voluntário no caso de quando o eleitor realmente acredita naquilo em que o representante diz representar, e involuntário nos casos de votos sob coação moral ou que tenham se perdido no sistema proporcional que forma as bancadas da Câmara dos Deputados, se se considerar a baixa adesão aos partidos políticos existente no Brasil contemporâneo e sua coesão partidária interna do ponto de vista representativo.

Afora as críticas que possam haver em desfavor do sistema proporcional, e se o mesmo é adequado em nossa sociedade, bem como aquelas atinentes à densidade eleitoral dos votos frente ao binômio população/número de representantes – tema de primeira importância para o exercício da democracia ao demonstrar a problemática acerca, por exemplo, da quantidade de votos proporcionalmente à população do estado para que seja eleito o representante, já que o número de representantes no Senado, por exemplo, seria o mesmo para o Estado de São Paulo e para outros Estados cuja população fosse muito menor numericamente –, ainda enfrenta-se a possibilidade de que os votos sejam corrompidos tanto por parte do eleitor quanto por parte do eleito.

Quanto ao lado do eleitor, a situação consiste tanto na recusa ao cumprimento de seu papel de cidadão mesmo tendo todas as condições socioeconômicas, culturais e educacionais para tanto, quanto àquele que, constrangido pela falta das condições de provimento material de qualquer situação pessoal que seja favorável à escolha racional e organizada do voto, que efetivamente faça com que o instrumento funcione em vistas do fim para o qual foi

designado, acaba vendendo-o em troca de satisfazer interesses pessoais de toda e qualquer ordem (emprego, favores, dinheiro, benefícios, etc.). Já pelo lado do eleito, aquele que não é fiel ao mandato em razão do qual exerce seu ofício, contrariando a sua pauta representativa e as orientações partidárias, acaba ferindo a legitimidade da representatividade democrática, já que não funcionou conforme previa a norma e diminui consequentemente o caráter democrático da lei, especialmente se se levar em conta a influência do poder econômico e da capacidade comunicacional introduzida pelas novas tecnologias de redes sociais e seus algoritmos aglutinativos que formam as bolhas sociais.

O impacto que esses fatores têm sobre a legitimidade da norma enfraquece o sistema democrático, e tem como produto uma percepção social acerca da falta de legitimidade e validade dos atos do Estado contemporâneo. Esse vício no exercício democrático, que representa uma falha na segurança jurídica que se espera do sistema, aparece com mais frequência conforme o tempo de crises (econômica, política, social) em se situe, sendo que estas, a seu turno, desencadeiam os questionamentos quanto à eficácia, a legitimidade e a validade da norma por colocarem à prova a capacidade de resposta do Estado que, mesmo dispondo de mecanismos para corrigir tais falhas, deixa de os utilizar por qualquer elemento que restrinja o efetivo exercício de uma soberania popular. Mesmo assim, os limites principiológicos da Constituição Federal e as relações internacionais estabelecidas mediante assinatura de tratados e convenções exercem suficiente pressão para que os grandes valores individuais e sociais resistam na ordem jurídica brasileira.

4 DIREITO E INSTRUMENTOS DE COERCIBILIDADE

Em primeiro lugar, como preleciona a boa didática, afigura-se contentável uma distinção entre o que seja a linguagem do direito positivo e a linguagem do jurista. Tal anotação é levada a cabo, no Brasil, pela escola da Teoria Comunicacional do Direito, esposada por Paulo de Barros Carvalho. Em apertada síntese, pode-se afirmar que a Teoria Comunicacional do Direito compartilha da perspectiva trazida à luz através da virada linguística e dos contributos de Ludwig von Wittgenstein, Edmund Husserl, Niklas

Luhmann e Herbert Marcuse, compreendendo em seu horizonte teórico os conceitos de “atos de fala”, “discurso”, “intersubjetividade” e “mundo da vida”, fazendo interessante intersecção com a Teoria do Agir Comunicativo e a Teoria Discursiva do Direito.

Deste ferramental teórico, traz-se a conclusão de que há uma significativa diferença entre a linguagem do legislador, e a própria lógica do sistema do direito posto, que traz em seu bojo enunciados prescritivos que comportam contraditoriedades, contradições sistêmicas, vicissitudes, idiossincrasias e tautologias, em face da linguagem, lógica e sistemática, da Ciência do Direito, conformada pela lógica clássica e não comportando contradições, composta por enunciados descritivos da norma e em busca de fundamentar a escolha do legislador pela norma e a sua situação e interação com o sistema jurídico do qual fará parte.

Isto se dá pela heteronomia da linguagem do legislador, em contraposição à tecnicidade e consistência da linguagem do jurista. No escopo do ordenamento jurídico brasileiro ao que o presente estudo limita seu objeto, as características continentais do país nos informam dessa heteronomia democrática que vigora no cenário político nacional. Diferentes regiões comportam diferentes valores tanto quanto são diferentes os representantes destes valores. Ao se levar a cabo uma análise, por exemplo, de profissão, idade, gênero e orientação política dos legisladores, não será surpreendente encontrar uma miríade, ainda que possa comportar uma determinada maioria, de origens e vertentes de pensamento dentre os parlamentares. Essa heteronomia presente ínsita ao Poder Legislativo é expressa justamente nas contradições que o texto da lei apresenta, motivo pelo qual o legislador constituinte lançou mão de mecanismos de análise, calcados na principiologia constitucional, e de ação, inscritos também no texto constitucional e que se consubstanciam na forma de questionamentos processuais acerca da constitucionalidade das leis por meio das Ações Diretas e das Declaratórias.

Assim, fala-se que a linguagem do direito positivo é objetivada em enunciados prescritivos, tratantes do *dever-ser* da conduta humana e conformados em modais deônticos de permissão, proibição e obrigação, e que de outro lado, a linguagem da Dogmática Jurídica, ou Ciência do Direito em sentido estrito,

objetiva-se em enunciados descritivos, que visam a fundamentar e explicar a escolha do legislador pela norma e pela sua expressão textual. Ponto importante é, ainda, a distinção entre o que seja a norma em si, isto é, o juízo de conduta mediado pela leitura ou escuta do texto de lei, e a lei enquanto objeto através do qual se pode alcançar o citado juízo. Parece correta, desta forma, a tomada de compreensão de que no mais das vezes a norma não se restringe a apenas uma lei, em seu sentido estrito, mas sim a uma sequência de diplomas legais que venham a complementar na formação do juízo sobre o dever-ser. Em suma, enquanto a linguagem do direito positivo enuncia a lei, implicando a norma em seu texto ainda que se trate de enunciado expresse, a linguagem da Dogmática Jurídica enuncia a fundamentação da escolha pela lei, pelo texto, o atendimento a princípios, e sua relação com a norma. No bojo da Teoria Comunicacional do Direito, tal metodologia de enunciação da linguagem do jurista é chamada constructivismo lógico-semântico.

Tomado como unitário, e assim o é, o ordenamento jurídico comporta veículos de introdução de normas em sua unidade, sem uma verdadeira distinção senão didática entre as diversas searas. A Dogmática Jurídica nos traz tal perspectiva ao enunciar descritivamente a forma com que as chamadas fontes do direito funcionam. No direito positivo, vislumbra-se a possibilidade de introdução de novas normas no sistema jurídico, bem como a revogação e a modificação de normas anteriores, através de outras normas que prescrevem a forma como se realizará a atividade legiferante. Estas são os veículos introdutórios de normas, brevemente mencionados no item 4. Os diplomas que nos informam acerca das formalidades inerentes às mudanças são a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na extinta forma do Decreto-lei nº. 4.657 de 4 de Setembro de 1942, recepcionada pela Constituição da República de 1988 que, a seu turno, ao regular o Poder Legislativo, dispõe sobre como se dará o processo legislativo no capítulo I de seu título IV, e também a Lei Complementar nº. 95 de 26 de Fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único

do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

Assim sendo, uma vez proposta, votada, sancionada, publicada e testada no sistema unitário da ordem jurídica, tendo resistido a efeitos inconstitucionais que lhe merecessem modificação, revisão ou a respectiva declaração de inconstitucionalidade, então a norma está investida de um poder coercitivo, de um ser deontológico, que interage com o sistema a demandar a criação de instrumentos para que sua eficácia seja garantida. No caso dos direitos que aqui tratamos, a regulação dos arts. 227 e 228 da Constituição da República de 1988 estabelece um dever para os entes jurídicos família, sociedade e Estado.

Para a família como garante primeira desses direitos, no seio de sua característica convivência internacional, e também no formato de leis que dispunham sobre a forma de exercício desses direitos e sua relação com os direitos dos outros membros da família que não são crianças ou adolescentes, bem como estipulando mecanismos de responsabilização da família pelas ações do menores de dezoito anos que se enquadrem em um juízo de reprovação. Para a sociedade, no formato de políticas públicas voltadas para esta parcela da população, que possam contar com as instituições da sociedade civil que advogam por estes direitos (fundações públicas ou privadas e ONGs de esporte, saúde, educação, cultura, etc.), e de legislação que estabeleça a forma como serão exercidos esses direitos por eles ou em favor deles pelo Poder Público, bem como estabelecendo à sociedade civil a proibição da lesão a esses direitos enquanto bens jurídicos e a instauração de órgãos investigativos e punitivos relacionados à prática desses atos lesivos proibidos por qualquer do povo. Para o Estado na forma de garante do exercício desses direitos, auxiliando e promovendo as condições para o exercício da cidadania por parte da família e da sociedade, e de regulador legitimado do sistema jurídico, capaz de estabelecer regras de comportamentos pessoal e institucional que visem à proteção desses direitos.

Este dever é regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de Julho de 1990, estabelecendo as balizas formais através das quais serão entendidos os direitos e deveres destes sujeitos de direito e criando o Conselho Tutelar em

função do cumprimento destes direitos na realidade municipal. A par deste diploma, comporão também o sistema jurídico de defesa da proteção do bem jurídico infância e adolescência a Lei nº. 8.242, de 12 de Outubro de 1991, que cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), inscrevendo nas atribuições da Presidência da República uma série de competências relativas à elaboração de normas gerais da política nacional de atendimento a esses direitos e a sua respectiva aplicação, à fiscalização dos outros entes federativos quanto ao cumprimento desta política e à instituição do Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (FNCA); posteriormente, regulando a matéria de forma mais específica, veio o Decreto nº. 9.579, de 22 de Novembro de 2018, que estabelece proteção de direitos relativos ao exercício do consumo saudável, adequando o comércio e a publicidade quanto aos itens infantis para que não contenham mensagens tendentes ao equívoco, ao transporte, à profissionalização, dos direitos trabalhistas, à proteção à violência e à conscientização quanto a gravidez precoce, bem como regras de isenção tributária àqueles que venham a contribuir para o FNCA, dentre outros direitos; já em atenção à Convenções nº. 138, sobre idade mínima para admissão ao emprego de 16 anos, e nº. 182, sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação (que lida também com o tráfico de crianças e prostituição infantil), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), institui-se a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil – CONAETI, composta por representantes do Governo Federal, dos Trabalhadores na figura das confederações sindicais, dos Empregadores na figura das confederações nacionais, do Sistema de Justiça na figura de representante titular do Ministério Público do Trabalho, da Sociedade Civil Organizada na figura de representante titular do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI) e de representante titular do CONANDA.

Interessa denotar a relação entre a força normativa constitucional atribuída às Convenções das quais seja o Brasil signatário, e a sua conseqüente produção de efeitos no sentido de inviabilizar legislações que venham de encontro ao exercício dos direitos ali estabelecidos, e a conformização do sistema unitário do direito

nacional com os efeitos produzidos pela regulamentação dessas convenções. Assim, em face do que se expôs aqui acerca da problemática da legitimidade e da validade, bem como do móbil da ação de eleitores e eleitos, resta certo que o Brasil não se inscreve numa ordem jurídica alheia ao que se tem legislado no mundo, e que, para que possa acessar determinados mercados e estabelecer relações diplomáticas e comerciais com países cuja assinatura das convenções seja requisito obrigatório, está pressionado a modificar seu sistema legislativo interno com vistas à promoção dos melhores ganhos de dignidade humana proporcionados pela legislação internacional através de suas garantias legais.

Finalmente, resta o apontamento acerca da redução quantidade de casos de trabalho infantil, apontados pela PNAD 1992-2015 no IBGE, que compreendeu uma redução de 62,65% no período, de 7,8 milhões em 1992 para 2,7 milhões em 2015. Na PNAD Contínua de 2016, constatou-se que de um total de 40,1 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos, 2,4 milhão estavam situação de trabalho infantil, desse total 36% (cerca de 839 mil) são do gênero feminino, 66,2% são de identificação preta/parda, 76,3% do grupo trabalhavam em atividades não agrícolas e 77,63% estavam em famílias que tem renda per capita inferior a 1 salário mínimo. Ainda que o número continue elevado e os esforços engendrados na sua redução devam ser redobrados, a efetividade do ferramental normativo que passou a existir na sociedade brasileira através de seus mecanismos legislativos de coercibilidade é palpável.

CONCLUSÃO

Ante o apresentado, conclui-se que, através da Ética do Discurso, pode-se chegar a um ambiente de diálogo que possibilite a fundamentação de vontades coletivas que mobilizam a ação e redundam em emancipação social através do Direito e do Estado Democrático de Direito, passando pelo circuito da política em razão de sua universalização, independentemente do móbil da ação, e que isto pode ser verificado na prática com a norma jurídica posta em questão, especialmente no que tange aos resultados obtidos pela sua aplicação no combate ao trabalho infantil e na promoção da liberdade das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Metafísica*: livro 1 e livro 2; *Ética a Nicômaco*; *Poética*; São Paulo: Abril Cultural, 1979.

CARVALHO, Paulo de B; ROBLES, Gregorio (coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: diálogo entre Brasil e Espanha*. 1ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

COMISSÃO NACIONAL DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)*. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conaeti/cartilhaspdf/70-anexo-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil-2019-2022.pdf>>, Acesso em: 09 fev. 2024, 16:37:00.

DOS SANTOS, Benedito R. *A história social da infância e a cidadania “regulada” de crianças e adolescentes*. In: ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; FERREIRA, Lucia de Fátima Guerra; GENTLE, Ivanilda Matias (org.). *O ECA nas Escolas: Reflexões Sobre os Seus 20 anos*. João Pessoa: Editora Universitária da UFB, 2012. p. 29-69.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. Estudos Avançados, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 4-19, 1989. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>>, Acesso em: 29 out. 2023, 13:36:00.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Lisboa: Edições 70, 1968.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012a.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. São Paulo: Martins Fontes, 2012b.

NETTO, Adyr G. F. *Ética e direito em Immanuel Kant: aspectos estruturais e formais da Metafísica dos costumes*. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

RIZZINI, I; PILOTTI, F. *A Arte de Governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2 Ed. São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história* (1822/2000). Rio de Janeiro: UNICEF/USU, 2000.

O COMPLIANCE COMO LIMITES AO PROSELITISMO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS.

Clodomiro José Bannwart Junior

Universidade Estadual de Londrina, Professor
Doutor, Departamento de Filosofia, Londrina,
Brasil, cbannnwart@hotmail.com

João Luiz Martins Esteves

Universidade Estadual de Londrina, Professor Doutor,
Departamento de Direito Público, Londrina, Brasil, taco@uel.br

Priscila Aparecida da Silva

Universidade Estadual de Londrina, Graduada em
Direito, Londrina, Brasil, priscila.silva.dtouel@uel.br

RESUMO: Este texto aprofunda a análise quanto ao debate relacionado à liberdade de crença no contexto escolar dentro de um Estado Laico, à luz da Constituição Federal. O marco teórico tem por início a concepção popperiana sobre a tolerância de, ao mesmo tempo em que utiliza outros autores, proporcionando uma compreensão mais alargada do tema. A metodologia adotada consiste em revisão bibliográfica e exame de jurisprudência, envolvendo o levantamento de dados, diagnóstico e prognóstico da problemática apresentada. Os autores consideram o *compliance* religioso como uma alternativa viável para superar os desafios presentes no ensino religioso em escolas públicas. O objetivo é preservar a laicidade do Estado, ao mesmo tempo em que se protegem os direitos fundamentais dos estudantes. Busca-se, como objetivo, estabelecer diretrizes que respeitem a diversidade, mantenham a neutralidade e fomentem um ambiente educacional inclusivo e democrático.

Palavras-chaves: Separação Igreja-Estado; Ensino Religioso; Teologia de Domínio; *Compliance* Religioso

ABSTRACT: This text deepens the analysis regarding the debate related to freedom of belief in the school context within a Secular State, in light of the Federal Constitution. The theoretical framework begins with the Popperian conception of tolerance, at the same time as it uses other authors, providing a broader understanding of the topic. The methodology adopted consists of a bibliographical review and examination of jurisprudence, involving data collection, diagnosis and prognosis of the problem presented. The authors consider religious compliance as a viable alternative to overcoming the challenges present in religious education in public schools. The objective is to preserve the secularity of the State, while protecting the fundamental rights of students. The objective is to establish guidelines that respect diversity, maintain neutrality and foster an inclusive and democratic educational environment.

Keywords: Church-State Separation; Religious education; Dominion Theology; Religious Compliance

INTRODUÇÃO

O republicanismo que caracteriza a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da laicidade como um instrumento jurídico fundamental para garantir a democracia e proteger a diversidade ética, social, cultural e religiosa da sociedade. Apesar disso, ao disciplinar que o ensino fundamental deve respeitar os valores culturais e artísticos, a Constituição reproduziu ordenamentos jurídicos anteriores, estabelecendo o ensino religioso como disciplina nos horários normais das escolas públicas, ainda que de forma facultativa.

Passadas mais de três décadas da promulgação da Constituição, atualmente, testemunhamos o aumento dos discursos de ódio e de intolerância com viés religioso em nossa sociedade, que ataca diretamente os princípios democráticos e promove preconceitos relacionados à origem, raça, sexo, cor e religião. Essa conjuntura política e religiosa suscita debates e apreensões no âmbito do direito, especialmente em relação ao seu potencial impacto na democracia brasileira.

Sob a perspectiva popperiana (POPPER, 1974), que postula que uma sociedade que se declara tolerante deve ser intolerante à intolerância, este trabalho explora as possibilidades da adoção do *Compliance* religioso. Essa exigência refere-se à observância das normas e regulamentos na prevenção de ameaças à democracia, na promoção da transparência financeira, no respeito aos direitos humanos e na tolerância religiosa. A proposta é criar condições para que o discurso de ódio com viés religioso se submeta à democracia, evitando que contamine não apenas a geração atual, mas, fundamentalmente, as futuras gerações.

1 CONTRAPOSIÇÕES ENTRE O ESTADO LAICO E O ENSINO RELIGIOSO.

A expressão da liberdade religiosa por meio do ensino abrange tanto a liberdade do indivíduo e das confissões religiosas de ensinar suas convicções, como a liberdade de receber educação religiosa de acordo com suas próprias convicções ou, no caso de menores, de acordo com as convicções de seus pais ou responsáveis.

A laicidade do Estado assegura que o governo trate todas as religiões de maneira equitativa e não promova ou tolere discriminação entre religiões e contra quem, por livre opção, não professe qualquer religião. Além disso, a laicidade também garante a liberdade de crença e de culto, permitindo que as pessoas pratiquem suas religiões livremente, desde que dentro dos limites da lei e do respeito pelos direitos alheios.

Entretanto, correntes religiosas tendem a insistir no controle do ensino público e confessional como instrumento para propagação ideológica e arregimentar fiéis. Exemplo a respeito, já encontramos no início do século XX, mesmo com separação entre Estado e Igreja provida pela Constituição de 1891, no movimento da “Neocristandade”, uma espécie de militância religiosa no seio das instituições do Estado.

Para Gonzalez (Gonzales, 2021), no Brasil, o modelo de “Neocristandade” foi um modelo que consistiu em um catolicismo mais vigoroso com uma nova missão da Igreja de cristianizar a sociedade, conquistando novos espaços no interior desta e inserindo em todas as organizações sociais e práticas pessoais um espírito católico. Durante esse período, a Igreja conseguiu conquistar o *laicato* de classe média, e, com essa perspectiva, em 1922, foi fundado o Centro Dom Vital, por Jackson de Figueiredo, o qual teve como um de seus maiores colaboradores Dom Sebastião Leme. A Igreja Católica manteve uma postura conservadora, resistindo à secularização e à presença de outras religiões, defendeu a hierarquia e a ordem, promovendo um catolicismo religioso que buscava influenciar as principais instituições e órgãos governamentais.

Ao abraçar a “Neocristandade”, a Igreja Católica conseguiu revitalizar sua presença e influência na sociedade. Ela procurou se consolidar como uma força relevante na vida pública, influenciando as políticas educacionais, difundindo a moral católica e combatendo movimentos considerados adversos, como o comunismo e o protestantismo.

Entretanto, apesar dessa investida que visou atingir a formação no ensino público, juridicamente não se verificou uma mudança na concepção de que a laicidade do Estado deve assegurar que

as ações estatais precisam tratar todas as religiões de maneira equitativa, evitando promover ou tolerar discriminação religiosa.

2 O CARÁTER PRIVADO DAS RELIGIÕES FRENTE AO CARÁTER REPUBLICANO DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição de 1937 estabeleceu que o Ensino Religioso fosse parte do currículo das escolas primárias, secundárias e do ensino normal, porém, não poderia ser obrigatório para os professores nem compulsório para os alunos. O Decreto-Lei nº 4.244 de 1942 regulamentou o ensino secundário e permitiu que o ensino religioso fizesse parte dos estudos, com a responsabilidade dos conteúdos e da didática nas mãos das autoridades eclesásticas. Durante as décadas de 1980 e 1990, o Brasil passou por transformações sociais,

políticas e culturais significativas. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a aprovação da Lei nº 9.394 em 1996 estabelecendo as novas diretrizes para a educação nacional, impactando as estruturas e o funcionamento das escolas, incluindo o Ensino Religioso.

Em 11 de novembro de 2008, a República Federativa do Brasil assinou um acordo com a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica. Por meio deste acordo legal, consolidaram-se relações e estabeleceram-se colaborações entre os Estados – Brasil e Vaticano –, sem conferir exclusividade ao catolicismo na nação ou conceder-lhe prioridade em relação às outras expressões de fé e credo presentes na sociedade brasileira, já que o Brasil é caracterizado por suas diversas expressões culturais, convicções livres e pluralistas de escolhas religiosas.

Após intensa discussão acerca dos temas abordados, surgiram questionamentos em relação à inconstitucionalidade do acordo, fundamentado no princípio de que o Acordo traria benefícios para a Igreja Católica no Brasil.

No ano de 2010, a Procuradoria Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4439, solicitando ao STF a análise e julgamento do art. 33, caput, §§ 1o e 2o, da Lei no 9.394/96, bem como do art. 11, § 1o, do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto

Jurídico da Igreja Católica no Brasil”, promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto no 7.107/10.

De acordo com a Procuradoria Geral da República, o dispositivo em questão permite a aplicação de ensino religioso confessional e interconfessional nas escolas públicas, caracterizado por uma doutrinação religiosa por meio de professores ligados a igrejas financiadas pelo Estado. A PGR argumentou que essa imposição desqualificava a natureza laica do Brasil, sustentando que a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal deveria proibir a admissão de professores como representantes de confissões religiosas, defendendo a natureza não confessional do ensino religioso em escolas públicas.

Por sua vez, Cunha (2009) considera que o art. 11 está em conflito com o art. 33 da Lei 9.475/1997, uma vez que considera apenas a existência do modelo de ensino religioso confessional e desconsidera que cabe a cada sistema de ensino determinar os conteúdos a serem ministrados nesta disciplina, podendo estes serem de caráter confessional ou não.

Tão controversa quanto à Concordata Brasil-Santa Sé, é o regulamento da disciplina de ensino religioso pelas Secretarias Estaduais de Educação. Cada Estado membro estudou critérios distintos para elaborar legislação referente à oferta do ensino religioso nas escolas da rede pública de ensino, resultando em diferentes modelos de ensino religioso nas diversas unidades da Federação: confessional, interconfessional e história das religiões (Diniz; Lionço, Carrião, 2010).

A votação da ADI 4439 resultou na improcedência do pedido, com 6 ministros votando contra (Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia) e 5 a favor (Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello). A maioria considerou que a facultatividade da disciplina é suficiente para preservar a liberdade religiosa e a laicidade do Estado. Entre os argumentos contrários à procedência, destaca-se a rejeição da tese de que as aulas de ensino religioso deveriam ser voltadas para a história e doutrina das diversas religiões de maneira laica. O Ministro Alexandre de Moraes argumentou que a frequência é facultativa porque as aulas podem envolver proselitismo religioso, e a

Constituição já prevê disciplinas descritivas sobre religiões em matérias como Filosofia, Sociologia e História. Portanto, a presença de aulas facultativas de ensino religioso estaria respeitando o caráter laico do Estado e a liberdade religiosa.

3 O ENFRENTAMENTO DO AUTORITARISMO E RACISMO RELIGIOSO E O ESTADO BRASILEIRO

A presença de práticas religiosas cristãs no contexto das escolas públicas é um tema importante quando associado à laicidade do Estado, à liberdade religiosa e à igualdade no sistema educacional. Os principais questionamentos se tornam ainda mais complexos quando se considera o papel dos professores e sua influência sobre os alunos.

Neste contexto, é importante destacar a conduta de professores católicos que, sob a orientação e supervisão dos comitês eclesiais, adotam uma abordagem missionária em relação ao ensino religioso. Isso implica que tais professores buscam ativamente promover e disseminar a fé católica entre os alunos, frequentemente tentando impor práticas religiosas específicas. Conforme se retira do fragmento do voto do ministro Barroso, no já referido julgamento:

Crianças e adolescentes, ainda em fase de desenvolvimento de sua personalidade e autonomia, são especialmente influenciáveis por seus professores e colegas e querem sentir-se aceitos e integrados em suas turmas. A sensação de exclusão, por professarem crenças “diferentes” da maioria dos seus colegas, pode levá-los a não expressarem suas preferências religiosas, bem como produzir uma perniciosa diminuição de sua autoestima e estigmatização face à comunidade escolar.

Essa conduta reflete uma visão particular do papel do professor como um agente de conversão religiosa, uma visão que remonta às tradições missionárias de séculos passados, o que contraria a lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça, credo e etnia. Em seu artigo primeiro “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

No entanto, cumpre destacar que professores ligados a igrejas de origem protestantes também denominadas de evangélicas

no Brasil, embora pertençam a uma tradição religiosa diferente, tendem a adotar uma abordagem semelhante. Isso sugere que a influência das práticas religiosas no ambiente escolar não está restrita a um único grupo religioso. Muitas vezes, os professores evangélicos também buscam promover sua fé e impor práticas religiosas, baseando-se em suas próprias convicções religiosas dando margem ao proselitismo.

Essa dinâmica ainda é um desafio para a laicidade do ensino público, que é um princípio fundamental em nosso sistema educacional. A laicidade visa garantir a neutralidade religiosa do Estado e a igualdade de tratamento de todos os cidadãos, independentemente de suas crenças religiosas.

Quando os professores assumem um papel missionário e buscam impor práticas religiosas aos alunos, isso representa uma violação desse princípio, uma vez que o Estado passa a, indiretamente, promover uma determinada religião.

Além disso, a presença de práticas religiosas cristãs nas escolas públicas pode criar um ambiente onde tais práticas são consideradas “naturais” e, portanto, passíveis de aceitação geral. Isso pode excluir ou marginalizar alunos de outras religiões ou crenças, bem como aqueles que não seguem nenhuma religião. Nesse sentido destaca-se o voto do Ministro Marco Aurélio na votação da ADI 4439.

O Brasil é marcado por ampla diversidade religiosa, e o sistema de ensino fundamental apresenta graves deficiências, inclusive sob o ângulo da infraestrutura. Cabe questionar a viabilidade de exigir-se dos Estados e dos Municípios a oferta de disciplina para cada corrente religiosa, sendo utópico esperar que, em localidade incapaz de assegurar o ensino de, por exemplo, matemática e português, os alunos tenham acesso a aulas de ensino religioso compatíveis com a liberdade de crença.

Em uma entrevista concedida ao Jornal “O Globo” (Góis, 2017) sobre o tema em questão, a coordenadora executiva da Ação Educativa, Denise Carreira, opõe-se ao ensino religioso confessional em escolas públicas, defendendo que a religião deve ser abordada em espaços privados e destaca a necessidade de uma perspectiva sociológica e histórica ao tratar do tema na escola. A educadora alerta para casos de intolerância religiosa,

especialmente contra religiões de matriz africana, e argumenta que o ensino confessional pode agravar essas situações, considerando o atual contexto de onda conservadora.

Em consonância, o religioso Ivanir dos Santos, da Comissão de Combate à Intolerância Religiosa, afirma que o ensino religioso, mesmo não confessional, pode promover intolerância e proselitismo alertando para o risco de favorecer apenas as religiões hegemônicas, excluindo as minoritárias e intensificando a perseguição. Sobre o tema relevante recordar a lição de Karl Popper sobre a Intolerância:

A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada, mesmo para aqueles que são intolerantes, e se não estamos preparados para defender uma sociedade tolerante contra o ataque dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos e tolerância com eles. - Esta formulação, não implica que devemos sempre suprimir as filosofias intolerantes, contanto que possamos combatê-las por argumentos racionais e mantê-las sob controle pela opinião pública. Mas devemos reivindicar o direito de suprimi-las, se necessário até mesmo pela força, e isso pode facilmente acontecer se elas não estiverem preparadas em debater no nível de argumentação racional, ao começar por criticar todos os argumentos e proibindo seus seguidores de ouvir argumentos racionais, devido ela ser uma filosofia enganosa, ensinando-os a responder a argumentos com uso de punhos ou pistolas. Devemos, portanto, reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Devemos enfatizar que qualquer movimento que pregue a intolerância deva ser colocado fora da lei, e devemos considerar a incitação à intolerância e perseguição devido a ela, como criminal, da mesma forma como devemos considerar a incitação ao assassinato, ou sequestro, ou para a revitalização do comércio de escravos como criminoso. (POPPER, 1974)

Em que pese estas últimas argumentações ou exposições, não tem sido tarefa simples ou fácil combater os ataques constantes ao caráter democrático e ao princípio da tolerância que a Constituição Federal, juridicamente, estabelece. São mais de um tipo as manifestações que atacam a laicidade do Estado brasileiro e o caráter plural de sua sociedade, às quais colocam em permanente risco o ensino público de caráter laico no Brasil.

É oportuno recordar que atrás do discurso de intolerância religiosa existe também o racismo religioso que está presente

nas escolas. Não é necessário muito esforço para nos depararmos com notícias como a da adolescente de 14 anos que sofreu a humilhação de ser barrada na entrada da escola, em Sobradinho (DF), porque usava um colar ritualístico da umbanda, ou o caso da mãe de uma criança de um colégio de Salvador que escreveu diversos ataques às religiões afro-brasileiras num exemplar do livro infantil *Amoras*, do rapper Emicida, que passou de mão em mão na sala de aula. Nas páginas que tratam dos orixás, ela acusou o autor de disseminar “blasfêmia” e “ideologia” de “religiões anticristãs”.

Para evitar que mais casos de racismo religioso pudessem ser cometidos dentro das escolas, o presidente Lula, sancionou a lei 14.532/2023 que reclassifica a injúria racial como uma forma de racismo, abrangendo casos relacionados à raça, cor, etnia ou procedência nacional. Introduz também novas penas para situações de racismo em atividades esportivas, religiosas e recreativas. Em vigor desde 12 de janeiro, a legislação inclui advertências especiais para crimes praticados por funcionários públicos. Antes desta lei, a distinção entre injúria racial e racismo resultou em penas diferentes, sendo a primeira mais branda. A Lei 14.532/2023 equipara a injúria racial ao crime de racismo, impondo pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, tornando-a imprescritível.

Além disso, a novel legislação aborda novas formas de racismo, como o racismo esportivo, recreativo e religioso. As disposições normativas têm o objetivo não apenas de punir, mas também de fortalecer a luta contra o racismo, fornecendo embasamento e definições claras. A lei orienta os juízes a considerarem como “discriminatórias” atitudes que causam constrangimento a grupos minoritários e decisões específicas para crimes cometidos em meios de comunicação e em contextos esportivos, religiosos, artísticos ou culturais, incluindo as restrições de frequentar determinados locais públicos por três anos.

Quando se trata de leis voltadas a intolerância religiosa nas escolas, o Estado de Goiás foi protagonista, ao sancionar a Lei Estadual nº 21.956, originária do projeto de lei nº 4680/21, que estabelece a Política de Combate à Intolerância Religiosa nas escolas. O propósito é sensibilizar e educar a comunidade escolar

sobre a natureza ilícita da intolerância religiosa e fomentar uma cultura de paz. Com a promulgação da lei, as instituições de ensino, tanto públicas quanto privadas, passam a ser obrigadas a incorporar, além das atividades curriculares estipuladas pela Lei Federal nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, ações extracurriculares ou complementares de natureza transversal.

Estas ações e conteúdos podem ainda ser incorporados ao longo de toda a educação básica, respeitando o projeto político-pedagógico da escola e as fases distintas de desenvolvimento dos estudantes. Como também podem abordar temas essenciais, tais como a luta contra o racismo no Brasil, a relevância e a importância da diversidade étnica da sociedade brasileira, com destaque para sua influência nas esferas sociais, culturais, econômicas e políticas, além dos temas como liberdade religiosa, intolerância religiosa, laicidade do Estado (abrangendo os Poderes, órgãos e agentes públicos) e as implicações religiosas presentes na cultura das comunidades tradicionais.

4 ENSINO RELIGIOSO E A TEOLOGIA DE DOMÍNIO

O ensino religioso confessional é uma abordagem educacional em que as instituições de ensino se dedicam a promover uma religião específica, transmitindo princípios, valores e crenças sempre particulares, geralmente associadas a uma denominação religiosa específica. Assim as escolas passam a cumprir o objetivo de difundir a doutrina e a prática religiosa entre os alunos.

Contudo, essa forma de ensino nas escolas públicas enfrenta desafios, principalmente no que diz respeito ao risco de se tornar refém do proselitismo religioso e da teologia do domínio. O proselitismo religioso consiste na ativa tentativa de converter outras pessoas à própria religião, muitas vezes utilizando abordagens persuasivas ou mesmo coercitivas. Sobre o tema explana Milene Cristina Santos:

O proselitismo constitui manifestação simultânea dos direitos fundamentais à liberdade religiosa e à liberdade de expressão, configurando modalidade de liberdade de expressão religiosa, a qual deve ser, a princípio, reconhecida como direito legítimo nas sociedades democráticas. Entretanto, como discurso persuasivo tendente a converter os receptores da mensagem

religiosa sobre a veracidade de suas crenças teológicas, o exercício do proselitismo pode se mostrar extremamente agressivo à honra dos deuses, crenças e símbolos sagrados de outras religiões, bem como aos sentimentos religiosos de seus adeptos, acarretando inúmeros conflitos interconfessionais nas sociedades democráticas contemporâneas, e levantando sérias dúvidas sobre sua constitucionalidade e legitimidade.

Neste contexto, mais recentemente, como instrumento de correntes protestantes/evangélicas, surge a “teologia do domínio”, a qual sustenta a crença de que uma determinada religião deve exercer influência e controle sobre todos os aspectos da sociedade, incluindo o governo e as instituições educacionais. Trata-se de uma tendência observada no âmbito do movimento protestante evangélico latino-americano, originada principalmente do evangelismo norte-americano na década de 1970. Essa tendência tem por objetivo ingressar no cenário político para incorporar as demandas cidadãs em sua agenda religiosa, mas com ênfase na busca pelo poder. É uma forma muito mais determinada e militante do que foi a já abordada “Neocristandade”. Essa abordagem é identificada como uma suposta teologia política, especialmente dentro do denominado “neopentecostalismo”, que almeja reconstruir a teocracia na sociedade contemporânea.

Essa inclinação política pode ser considerada como uma vertente política da chamada teologia da prosperidade. Esta doutrina prega que os cristãos estão predestinados a ocupar posições de liderança neste mundo, como a presidência do país, ministérios, prefeituras, parlamentos, entre outras. Esses indivíduos também adotam uma interpretação bíblica peculiar que sustenta a construção do poder político a partir da lógica da dominação religiosa em diversas esferas públicas da sociedade. Além disso, defendem a ideia de que os cristãos possuem um mandado para conquistar posições estratégicas e espaços públicos, visando influenciar ativamente a vida política da sociedade.

Quando o ensino religioso confessional é influenciado pelo proselitismo religioso, e este encontra-se refém da “teoria do domínio”, há o perigo de os educadores utilizarem a sala de aula como um meio de promover ativamente a conversão dos alunos para a ideia de tomada das instituições estatais para desenvolvimento do proselitismo religioso, em detrimento de

proporcionar uma educação imparcial sobre diversas crenças religiosas. Isso também pode resultar em um ambiente educacional não inclusivo e tolerante, no qual os alunos podem sentir-se pressionados a adotar uma fé específica, em vez de explorar criticamente suas próprias convicções.

Do mesmo modo, se o ensino religioso confessional for dominado pela teologia do domínio, as instituições educacionais podem se tornar veículos para impor uma visão religiosa específica sobre toda a sociedade. Isso solapa e abala os princípios de liberdade religiosa e separação entre igreja e Estado, criando um ambiente em que as crenças de uma determinada religião são privilegiadas em detrimento das demais.

Já com o intuito de se evitar práticas prejudiciais aos alunos no âmbito escolar, a Conferência Nacional de Educação - CONAE, realizada nos anos de 2013 e 2014, representou um marco significativo. Convocada pelo Ministério da Educação, a CONAE envolveu diversos fóruns de discussão em níveis municipal, estadual e federal, reunindo autoridades públicas, dirigentes de instituições educacionais privadas, entre outras instituições. A conferência abordou a questão da laicidade de forma inédita na história da educação brasileira.

Como resultado, houve a aprovação do documento que propôs uma reforma na Constituição, visando à substituição da disciplina “Ensino Religioso” por outra denominada “Ética e Cidadania”. Além disso, no curto prazo, defendeu a limitação da apropriação privada de espaços educativos públicos por parte de indivíduos ou grupos vinculados a denominações religiosas. Para atingir esse objetivo, propôs a elaboração de normas pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) que estabeleçam limites para manifestações religiosas em escolas públicas. Essa iniciativa tem como finalidade assegurar o direito dos alunos à liberdade religiosa e à não profissão de qualquer religião. Em outras palavras, busca-se o fim do proselitismo religioso, tanto explícito quanto implícito, no ambiente das escolas públicas. Estas normas, efetivamente, não foram feitas até hoje.

Assim, se faz necessário o estabelecimento de tal regramento que pode estabelecer procedimentos que sejam efetivos em coibir os riscos aqui expostos. Neste sentido, o estabelecimento de

um *Compliance* religioso a ser exigido de igrejas ou instituições religiosas a que estejam vinculados professores de ensino religioso em escolas laicas apresenta-se como uma proposta viável a ser analisada.

5 COMPLIANCE RELIGIOSO

O termo “Compliance” tem sua origem na língua inglesa, derivando do verbo “to compliance”, que em português significa estar em conformidade com uma regra. Seu conceito teve início na legislação americana no início do século 20, com a criação do Banco Central dos Estados Unidos (FED), buscando promover um ambiente financeiro mais seguro e estável.

Nos anos 70, nos Estados Unidos, foram descobertas diversas empresas privadas e até governos envolvidos em esquemas de corrupção. Com o intuito de evitar que tais escândalos se repetissem e alcançassem proporções ainda maiores, foi promulgada a Lei Anticorrupção Transnacional, que atribuiu penas mais rigorosas para empresas envolvidas em práticas corruptas no exterior.

Na mesma época, tanto as organizações que participaram dos atos de corrupção quanto aquelas que não estiveram envolvidas adotaram práticas de *Compliance*. O objetivo principal foi aprimorar a confiança da marca para obter maior acessibilidade nos mercados americano e internacionais.

No Brasil, o *Compliance* começou a ganhar notoriedade a partir da metade da década de 1990, sobretudo com a promulgação da Lei Brasileira de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846), em 2013. Essas leis estabeleceram a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção e impuseram a necessidade de implementar práticas de conformidade com o propósito de prevenir, identificar e corrigir irregularidades e condutas corruptas, atentatórias ao Estado Democrático de Direito.

O *Compliance*, inicialmente aplicado predominantemente ao contexto empresarial, expandiu seu escopo para outras esferas da sociedade. Estar em conformidade com as políticas, códigos de conduta e legislação vigente, tanto interna quanto externamente,

é o que caracteriza o estado de Compliance de uma empresa e seu entorno social.

Diversos setores e segmentos empresariais adotam esse conceito como parte integrante da Governança Corporativa. Trata-se de um modelo de gestão cujo objetivo é orientar, supervisionar e incentivar as empresas a agirem com responsabilidade corporativa, em total observância às normas condicionais. Em essência, isso implica que a empresa e todos os seus colaboradores devem ser orientados a conduzir suas atividades em estrita conformidade com a lei.

O departamento de *Compliance* de uma empresa assume a importante missão de monitorar as organizações a fim de garantir que nenhuma atividade ilícita seja perpetrada. Composto por equipes multidisciplinares, o *Compliance* é capaz de abordar as mesmas situações sob diferentes perspectivas, prevenindo assim eventuais consequências para a imagem da empresa. Geralmente, esse departamento atua em colaboração com o setor de recursos humanos, buscando criar e implementar conjuntamente uma cultura organizacional fundamentada em princípios éticos.

Nessa perspectiva preventiva, houve avanços na mesma melhoria dos padrões de governança corporativa em entidades públicas. Inicialmente, com a promulgação da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que passou a exigir a implementação de boas práticas de governança corporativa, incluindo o *Compliance* em empresas públicas. Posteriormente, com a publicação do Decreto da Governança (Decreto nº 9.203/2017), que regulamentou a adoção dessas práticas nos órgãos da administração pública federal.

As organizações públicas são duramente pressionadas para aprimorar seus métodos de gestão, visando maior eficiência, transparência, participação, responsabilidade e abrangência. Essa melhoria é crucial para conquistar a confiança necessária na coordenação de redes de colaboração, que desempenham um papel fundamental na resolução de questões públicas.

Além disso, a ampliação do papel regulatório do governo, enfatiza a necessidade de investir em capacidades aprimoradas para regular a sociedade civil. Isso envolve promover a geração de valor público, prevenir comportamentos oportunistas,

incentivar a cooperação entre os diversos setores e gerenciar a melhoria dos incentivos sociais.

Imperioso destacar que as organizações públicas devem adaptar suas práticas de gestão para atender a essas demandas crescentes, a fim de desempenhar efetivamente seu papel na resolução de problemas públicos e no fortalecimento da confiança da sociedade.

Para Barreto e Vieira (2019) deve se destacar que a contribuição do modelo de nova governança pública na restauração da conformidade, abrange aspectos éticos e legais, em conjunto com o desempenho, priorizado no modelo gerencialista. Essa combinação é considerada uma condição essencial para a geração efetiva de valor público. Esse modelo proposto incorpora ferramentas de governança corporativa às organizações do setor público. Em outras palavras, a nova governança pública busca estabelecer práticas que garantam não apenas a legalidade e a ética nas ações das organizações públicas, mas também a eficiência e eficácia no alcance de seus objetivos. A inclusão de ferramentas de governança corporativa sugere a adoção de métodos e estratégias provenientes do setor privado para melhorar a administração e a performance das instituições públicas, visando proporcionar um maior valor para a sociedade como um todo.

A ênfase está em garantir que políticas e ferramentas de controle interno e de integridade operem de maneira coordenada, alinhadas com as diretrizes e objetivos constitucionais e infraconstitucionais. Isso visa aprimorar os processos e procedimentos de transparência e responsabilidade na gestão pública, prevenindo a ocorrência de ilícitos e assegurando uma atuação alinhada com os princípios estabelecidos.

A transposição de conceitos do *Compliance* empresarial para o religioso, em que pese o contexto diferenciado de cada campo, é uma alternativa possível para resolução do problema apresentado. A aplicação deste instrumento em instituições não empresariais, como as igrejas, levanta questões fundamentais sobre equidade, transparência e responsabilidade no âmbito religioso. O argumento para essa transposição reside na ideia de que ao reconhecer que tanto a legislação quanto a Constituição exigem conduta ética de órgãos estatais e empresas públicas,

emerge a necessidade de se estender essa exigência às instituições religiosas que mantêm relações com o Estado.

Isso se torna ainda mais relevante quando tais instituições buscam acesso a recursos públicos, como o uso de escolas públicas para serviços de educação religiosa. Assim, ao estabelecer uma parceria responsável e transparente com as instituições estatais, as igrejas devem aderir aos princípios e preceitos fundamentais que regem o Estado.

O programa de *Compliance* deve contar com o suporte da alta administração, gestão de riscos, código de conduta, políticas internas, controles internos, treinamento e comunicação, canal de denúncias, investigações internas, due diligence, auditorias e monitoramento regular em igrejas e instituições religiosas a que estejam vinculados professores de ensino religioso em escolas públicas. Esses princípios, amplamente aceitos nas doutrinas e organizações que abordam o tema, garantem a eficácia do programa ao abordar desde a liderança e gerenciamento de riscos até a prática diária dos princípios de conformidade e ética.

Assim, em uma possível e exigível adoção de *Compliance* Religioso no contexto do ensino religioso público poderia ser adaptado para promover a ética, a transparência e a conformidade com as normas, respeitando a natureza específica no setor da educação, seguindo algumas diretrizes de programa, como exemplo abaixo:

- Comprometimento da Alta Direção Religiosa:

Envolvimento e compromisso claro das lideranças religiosas e educacionais na promoção de valores éticos e conformidade com os direitos fundamentais da Constituição Federal.

- Políticas e Procedimentos Religiosos:

Desenvolvimento de políticas e códigos de ética específicos para o ensino religioso, delineando práticas aceitáveis e promovendo a adesão aos princípios religiosos e regulamentações educacionais.

- Treinamento e Comunicação Religiosa:

Realização de treinamentos que abordem não apenas as práticas religiosas, mas também as normas éticas e constitucionais

associadas ao ensino religioso. A comunicação eficaz sobre esses temas é essencial.

- Avaliação de Riscos Religiosos:

Identificação e avaliação de riscos relacionados às práticas e ensinamentos religiosos, levando em consideração as sensibilidades culturais e religiosas da comunidade escolar.

- Auditoria e Monitoramento Religioso:

Implementação de mecanismos para monitorar o cumprimento das práticas religiosas e regulamentações educacionais, incluindo auditorias internas específicas para o contexto religioso.

- Canais de Denúncia Religiosa:

Estabelecimento de canais de denúncia que respeitem a confidencialidade e a atenção religiosa, permitindo que os membros da comunidade escolar se relacionem com preocupações éticas ou visíveis.

- Resposta a Incidentes Religiosos:

Desenvolvimento de procedimentos para lidar com incidentes relacionados a práticas religiosas, incluindo investigações internas e ações corretivas de acordo com os princípios éticos e religiosos.

- Cultura Religiosa Organizacional:

Fomento de uma cultura que valoriza a ética, a integridade e o respeito pelas normas constitucionais, promovendo esses valores em todos os aspectos do ensino religioso.

Sugere-se que as adaptações devam ser feitas de acordo com os princípios religiosos específicos, garantindo que o ensino religioso na escola pública esteja em conformidade com as normas legais e, ao mesmo tempo, promova uma educação ética e culturalmente sensível. A concepção de aderir a um programa de *Compliance* religioso, para que uma determinada igreja ou instituição religiosa possa adentrar na escola pública, pode desempenhar um papel fundamental na prevenção de ameaças à democracia e na promoção do respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais.

Essa adoção pode desempenhar uma função fundamental na promoção do respeito à diversidade religiosa no âmbito escolar, sendo essencial reconhecer e incluir uma multiplicidade de crenças, evitando a prevalência de uma única perspectiva religiosa. Nossa legislação assegura a liberdade religiosa e estabelece diretrizes para o ensino religioso nas escolas. A aplicação do *Compliance* no contexto religioso é crucial para assegurar que as práticas adotadas estejam em conformidade com essas leis e a Constituição, prevenindo a discriminação e garantindo o respeito pelos direitos dos alunos e suas famílias.

A introdução e exigência de políticas de *Compliance* religioso pode contribuir de maneira significativa para garantir que o ensino religioso seja conduzido de maneira neutra e imparcial. Isso implica que as escolas devem se abster de favorecer uma religião específica, respeitando a laicidade do Estado e a liberdade de escolha dos estudantes em relação à sua fé. Outro benefício importante do *Compliance* religioso é o desempenho crucial na prevenção de conflitos relacionados a questões religiosas no ambiente escolar. Estabelecer diretrizes claras sobre a abordagem de temas religiosos pode promover um ambiente mais harmonioso e inclusivo.

O *Compliance* religioso pode servir como uma ferramenta eficaz para promover a educação para a tolerância e o entendimento inter-religioso, contribuindo para a formação de cidadãos mais conscientes, respeitosos e tolerantes em uma sociedade caracterizada pela diversidade, inclusive para as gerações futuras.

CONCLUSÃO

Em suma, o enfrentamento do autoritarismo religioso no Estado brasileiro, particularmente no âmbito do ensino religioso nas escolas públicas, revela uma complexa dicotomia entre a laicidade do Estado, a liberdade religiosa e a busca por um sistema educacional igualitário. O embate entre práticas missionárias de professores ligados a diferentes correntes religiosas e o princípio da neutralidade religiosa do Estado destaca a urgência de abordagens inovadoras para garantir o respeito aos direitos individuais e a promoção de uma convivência plural.

O papel dos educadores, enquanto agentes influenciadores sobre os alunos, requer uma análise cuidadosa das práticas religiosas adotadas no ambiente escolar. A imposição de uma visão religiosa específica pode resultar na marginalização de estudantes com crenças distintas, contribuindo para a perpetuação de estereótipos e intolerância. Nesse contexto, as legislações recentes, como a Lei 14.532/2023, que reclassifica a injúria racial como uma forma de racismo, sinalizam a necessidade de atualizações legais para abordar questões emergentes, incluindo o racismo religioso.

A busca por soluções vai além da legislação, exigindo uma reflexão profunda sobre o papel da religião no espaço educacional e, igualmente, social. A proposta de implementar o *Compliance Religioso* surge como uma ferramenta inovadora e prospectiva, adaptada do contexto empresarial para promover a ética, transparência e a conformidade com as normas nas instituições religiosas vinculadas ao ensino público.

A adoção do *Compliance Religioso* não apenas se alinha com a tendência global de aplicação desses princípios em diferentes setores, mas também pode ser uma resposta eficaz para mitigar os riscos de proselitismo religioso e teologias de domínio no ensino. Ao estabelecer políticas, treinamentos, canais de denúncia e monitoramentos específicos para a dimensão religiosa, as escolas podem criar ambientes inclusivos, respeitando a diversidade de crenças e fortalecendo a laicidade do Estado.

Contudo, é crucial que o *Compliance Religioso* seja implementado de forma sensível às especificidades de cada fé, promovendo a colaboração entre líderes religiosos, educadores e comunidade escolar. O diálogo e a participação ativa das diferentes correntes religiosas na definição de práticas e políticas contribuem para a construção de um ambiente educacional harmonioso.

Dessa forma, a busca por uma educação religiosa neutra, que respeite a pluralidade de crenças, não apenas preserva os princípios democráticos e laicos do Estado brasileiro, mas também molda uma sociedade mais tolerante e compreensiva. Ao investir na formação de cidadãos que compreendam a importância do respeito à diversidade religiosa, podemos construir um futuro em que a convivência pacífica e o entendimento entre diferentes crenças sejam valores fundamentais.

REFERÊNCIAS

Barreto, R. T. S., & Vieira, J. B. (2019). *Governança, gestão de riscos e integridade*. Brasília, DF: Enap.

Brasil Lei Nº 7.716, De 5 De Janeiro De 1989. *Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439/DF*. Ministro Relator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes. 27 de setembro de 2017. Ministro Celso de Mello. Voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>>. Acesso: 15/01/2024

Brasil: *Acordo Brasil-Santa Sé*. – Brasília: Senado Federal, 2009. p. 62

Conselho Nacional de Educação. *Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos*. CNE, Brasília, 2012. Disponível em: <https://fne.mec.gov.br/images/DocumentoFinal29012015.pdf> . Acesso em: 29 out. 2023

Cunha, C.V. *Retórica da perda e os aliados dos Evangélicos na política brasileira*. In: Guadalupe et al(org.). *Novo ativismo político no Brasil: os evangélicos do século XXI*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pp. 237-256.

Cunha, L. A. *A educação na concordata Brasil-Vaticano. Educação e Sociedade*. Campinas, v. 30, n. 106, p. 263-280, jan./abr. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/cMBTftm5ZTxxwJ-fmfxdmsQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 jul. 2017.

Diniz, D.; Lionço, T.; Carrião, V. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: Unesco, Letras Livres, 2010.

Gois, Antônio. *Ensino Religioso confessional nas Escolas Públicas Divide Opiniões*. O Globo, Rio de Janeiro, 27/09/2017. Educação. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/educacao/ensino-religioso-confessional-nas-escolas-publicas-divide-opinioes-1-21877594> Acesso em: 15/01/2024.

Gonzalez, Keila Patrícia, *o ensino religioso na escola pública brasileira: modulações da laicidade (1996- 2018)*/ Keila Patrícia Gonzáles, Rio Claro, 2021, 207p. Tese (doutorado) – Universidade Estadual Paulista (UNESP) instituto de Biociências, Rio Claro, Orientador: Romualdo Dias.

Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. (2016). *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2016/lei/l13303.htm

Popper, Karl R. *A Sociedade aberta e seus inimigos: o fascínio de Platão*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1974.

Santos, Milene Cristina. *O proselitismo religioso entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: a “guerra santa” do neopentecostalismo contra as religiões afrobrasileiras*. Brasília, 2012.

Westin, Ricardo. *Racismo Religioso cresce no país, prejudica negros e corrói Democracia*. Agência Senado, Brasília, 17/03/2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/03/racismo-religioso-cresce-no-pais-prejudica-negros-e-corroi-democracia> Acesso em: 15/01/2024

COMPLIANCE E O FORTALECIMENTO DA PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR

Flávia Dantas Soares

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios –
Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, RJ,
Brasil, Email: flaviadantas0177@gmail.com

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios
– Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói,
RJ, Brasil, Email: marcela_amaral@id.uff.br

Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios
– Universidade Federal Fluminense – UFF,
Niterói, RJ, Brasil, Email: renatab@id.uff.br

RESUMO: A pesquisa desenvolvida teve por escopo discorrer a respeito do fortalecimento da proteção aos dados e informações do consumidor conferida pelos programas de *compliance* empresarial. Para tanto, adota como ponto de partida a análise da condição de vulnerabilidade inerente às relações de consumo, em um cenário de crescente inovações tecnológicas, capazes de direcionar a aquisição de bens e serviços. Elenca as ferramentas de proteção trazidas pela Lei nº 13.709/2018 e indica os pontos dos programas de *compliance* que podem ser direcionados para afirmar o compromisso da empresa com a boa governança dos dados. Funda-se em conceitos teóricos, com adoção do método dedutivo, a partir de viés jurídico-compreensivo (interpretativo). Conclui no sentido da imprescindível vinculação da proteção de dados aos programas de integridade empresarial, diante da centralidade que o tema assume na sociedade da informação.

PALAVRAS-CHAVE:

LGPD; *Compliance*; Consumidor.

ABSTRACT: The scope of the research developed was to discuss the strengthening of protection for consumer data and information provided by business compliance programs. To this end, it adopts as a starting point the analysis of the condition of vulnerability inherent to consumer relations, in a scenario of increasing technological innovations, capable of directing the acquisition of goods and services. It lists the protection tools introduced by Law No. 13,709/2018 and indicates the points of compliance programs that can be targeted to affirm the company's commitment to good data governance. It is based on theoretical concepts, with the adoption of the deductive method, based on a legal-comprehensive (interpretive) bias. It concludes in the sense of the essential link between data protection and business integrity programs, given the centrality that the topic assumes in the information society.

KEYWORDS:

LGPD; *Compliance*; Consumer

INTRODUÇÃO

A sociedade da informação lança luz sobre novas estruturas econômicas e sociais, as quais têm por fator-chave insumos do conhecimento advindo de avanços tecnológicos (BINISCHEKI; MARTINS; SILVA, 2022, p. 123). Nesse cenário, a aquisição de produtos ou a contratação de serviços, para além da mercadoria ou prestação a ser recebida, como regra, envolvem o fornecimento de informações pessoais dos consumidores.

Prática estimulada pelo oferecimento de vantagens, tais como descontos, acesso a “clube de compras”, etc., nos quais os dados são solicitados de forma expressa, mas sem que se revele sua importância na transação. Informações também angariadas de maneira furtiva, pouco transparente, durante a navegação por sites e redes sociais, os quais ostentam a aparência de serviço gratuito, mas são remunerados a através de publicidade direcionada a partir das preferências indicadas involuntariamente pelo próprio usuário, no intuito de direcionar e incrementar o consumo.

O marketing mudou ao longo do tempo para atender às expectativas do mercado, deixou de ser centralizado no produto para migrar seu foco para o consumidor e agora está se adaptando à economia digital e as mudanças comportamentais decorrentes (SOUZA; MIRANDA NETTO, 2023, p. 553)

Dentro desse contexto, surge o interesse em analisar de que forma a inserção de direcionamento expressos afetos ao cumprimento das normas de proteção de dados nos programas de *compliance* empresarial podem contribuir para incrementar o resguardo ao consumidor, seja no fomento à transparência dos processos de captura e tratamento dessas informações ou ao inserir, de forma expressa, esse ponto na análise dos riscos a que a atividade está submetida.

Para tanto, parte-se da análise da vulnerabilidade inerente às relações de consumo, flagrantemente potencializada no que se refere aos recursos tecnológicos de manejo de informações sensíveis. Discorre-se sobre o conceito de *compliance* e suas ferramentas e, por fim, relata-se como a adoção desses programas podem trazer benefícios ao consumidor.

Nesse contexto, cuida-se de pesquisa jurídico-social, fundada em conceitos teóricos, com adoção do método dedutivo, a partir de viés jurídico-compreensivo (interpretativo), de modo qualitativo na qual se almeja discorrer a respeito do incremento na segurança na proteção de dados de consumidores que pode ser conferida a partir de sua inserção nos programas de *compliance* empresarial.

1 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AOS PROCESSOS DE CAPTAÇÃO E TRATAMENTO DE SEUS DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS.

A especial proteção conferida ao consumidor, como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, CRFB/88) e princípio diretivo da ordem econômica (artigo 170, inciso V, da CRFB/88) advém de sua patente vulnerabilidade diante da estrutura empresarial de fornecedores e prestadores de serviço, inerente a uma lógica econômica predatória do mercado.

Essa fragilidade é um dos pilares do Direito do Consumidor, que no Brasil nasce da demanda pela positivação dessa proteção, como medida para compensar desigualdades naturais, resultante de fatores objetivos tais como idade, estado e saúde ou como resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas. A vulnerabilidade surge da possibilidade de que o consumidor seja lesado física, material e moralmente, pois evidente a disparidade de força diante do fornecedor (D'AQUINO; SOUTO; MUCELIN, 2020, p.355). Essa suscetibilidade pode ser vista por diferentes ângulos, conforme leciona Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009) que a classifica sob o viés técnico, jurídico, político ou legislativo, neuropsicológico, econômico e social, ambiental e tributário.

Nesse ponto, não se pode olvidar que para além do conceito objetivo de consumidor, como aquele que adquire um produto ou contrata um serviço como destinatário final (artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor) a legislação enquadra na definição a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (artigo 2º, §2º), sempre considerando a função social do contrato, o qual revela flagrante desequilíbrio, considerando que uma das partes não pode discutir o conteúdo da avença, mesmo que perceba que

determinada cláusula é abusiva, só tem a opção de contratar ou não adquirir o produto ou a prestação do serviço.

Inegável situação de desvantagem em comparação com o profissional que oferece o negócio jurídico. É a chamada vulnerabilidade fática, conforme conceito de Cláudia Lima Marques (2019). Fragilidade inerente à falta de conhecimento, sobre o funcionamento técnico de produtos e serviços, sobre seus direitos e deveres e a respeito das consequências jurídicas e econômicas do negócio.

Além desse aspecto, a grande pressão dos setores empresariais sob o Poder Legislativo vai gerar a vulnerabilidade política. O poder econômico, sem dúvida, é capaz de direcionar a legislação, acolhendo ou não direitos, a partir dos interesses que por vezes não estão alinhados com o grupo mais vulnerável da população.

De outro ângulo, a debilidade neuropsicológica é usada para direcionar de forma sub-reptícia o consumo, como ocorre com o direcionamento da propaganda a partir do acompanhamento das preferências e predileções do usuário identificadas nos acessos a sites e redes sociais, o que permite influenciar na criação de desejos, manipulação de vontades, como forma de direcionar o consumo. Fator com frequência conjugado com o fornecimento de informações complexas de difícil compreensão, o que representa a denominada vulnerabilidade informacional (D'AQUINO; SOUTO; MUCELIN, 2020, p.357).

A vulnerabilidade fática, a neuropsicológica e a informacional representam os pontos mais relevantes para o presente estudo. O flagrante desequilíbrio de forças entre quem oferece um produto ou serviço, fundado na maior parte das vezes em contratos de adesão, e quem o consome, o consumo direcionado por propaganda comportamental e o fornecimento de informações de difícil compreensão, seja em decorrência de seu conteúdo ou de sua formatação, levam ao consentimento “ficto” sobre a cessão e tratamento de dados.

A celeuma deve ser situada no contexto da economia da informação, na qual os dados pessoais funcionam como elemento basilar, diante da possibilidade de organizá-los de maneira escalável, como ocorre na utilização de Big Data, o que propor-

ciona o surgimento de um mercado cuja base é a sua extração, comodificação, em especial, na área do marketing e publicidade (OLIVEIRA; PAIVA; PAUSEIRO; 2021, p.3).

Para além de produtos e serviços tangíveis, o mercado mudou e aumentou a pressão pela utilização de toda espécie de informação pessoal, seja por motivo de segurança interna e externa, mas também para atender finalidade comercial. Fenômeno que ocorre com grande velocidade e acarreta um quase que literal atropelamento da sociedade por inovações tecnológicas, sem que a maior parte da população possa ter qualquer discernimento sobre o que se trata ou de quem as detém (SOUZA, 2021, p. 100).

A falta de clareza dos algoritmos, que monitoram cada movimento do consumidor de serviços virtuais, dos titulares dos dados pessoais, reafirma essa ideia. Essas informações têm sido usadas para criação de uma espécie de *one-way mirror*, possibilitando que governos e conglomerados econômicos saibam tudo sobre cidadão, que não têm real capacidade de exercício de escolha. É o que fomenta o capitalismo de vigilância, em uma sociedade em que a tecnologia avança e permite o acesso e tratamento de dados sem o real consentimento de seu titular ou sem que seu uso esteja abarcado por uma finalidade legítima, adequada ou mesmo necessária (MARTINS; MARTINS; CHOW, 2021, p.10).

O crescente uso da inteligência artificial nas relações de consumo, permite a segmentação de grupos, a partir dos dados coletados, com o fito de induzir e direcionar a aquisição de serviços e produtos. Vislumbra-se uma verdadeira influência enganosa algorítmica, de forma proposital, quando ocorre a identificação e exploração das vulnerabilidades das pessoas e mediante aprendizado não supervisionado, no qual o próprio algoritmo de autoaprendizagem coleta e incorpora dados que ao final, acabam produzindo efeitos enganosos.

A ausência de transparência acaba por apontar ao mais comum caso de manipulação conhecido por padrões obscuros ou “*dark patterns*”, designs de interface de usuário que beneficiam as empresas às custas do próprio cliente. O consumidor é conduzido ao engano por esses padrões obscuros que podem incluir desde a apresentação de informações de maneira confusa ou enganosa, até o uso de técnicas de persuasão psicológicas para

influenciar as decisões de compra (SOUZA; MIRANDA NETTO, 2023, p. 547).

Quadro de fragilidade que vai reverberar justamente no ato de consentir do consumidor, elemento central da proteção de dados conferida pela Lei nº 13.709/2018. Tema que será tratado na próxima seção.

2 O CONSENTIMENTO COMO PEDRA ANGULAR DA PROTEÇÃO DE DADOS

Esse cenário revela a importância da proteção de dados para preservação da própria autonomia da vontade do consumidor. Resguardo que decorre do direito à privacidade (artigo 5º, X, da CRFB/88) o qual garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem e assegura o direito à indenização por eventual dano moral ou material decorrente de sua violação.

Aqui, vale diferenciar dados da definição de informação, conforme lição de Danilo Doneda (2020). Para o autor, o dado seria uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação, ao processo de elaboração. Enquanto a informação se refere a algo além da representação contida no dado, alcança a cognição, quando é possível pressupor a correção de seu conteúdo, o que implica que a informação carrega em si também um sentido instrumental (meio), diante da redução do estado de incerteza (DONEDA, 2020, p. 136).

Nesse contexto, a privacidade pode ser compreendida como o direito de manter o controle sobre as próprias informações, o que inclui a possibilidade de a pessoa natural conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo de informações a ela relacionadas. A chamada autodeterminação informativa, que representa a faculdade de controlar a obtenção, a titularidade e a transmissão de seus dados:

[...] não se mostra mais suficiente, para proteger a privacidade, a garantia de não ingerência alvitada por Warren e Brandeis, em seu *right to be left alone*, do final do século XIX. A identificação da privacidade como autodeterminação informativa demonstra que a liberdade, em especial nas relações existenciais, não implica ausência do direito, mas, ao contrário, pressupõe que o direito atue de maneira a proteger a parte mais vulnerável, fornecendo-lhe meios para efetivamente poder discernir, deci-

dir e agir. O oferecimento aos cidadãos de instrumentos que lhes garantam assumir efetivamente controle sobre o uso e a integridade (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020, p. 86).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, já permitia o acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre suas respectivas fontes.

Contudo, a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) a questão passa a ser tratada com maior ênfase, como preocupação de grandes empresas, sobretudo diante da intensificação do uso de meio virtuais para consumo. Ademais, a LGPD inova ao possibilitar a aplicação de sanções, que podem chegar a 2% do faturamento do obtentor dos dados.

Estabeleceu-se, desse modo, um modelo normativo que prestigia a prevenção de danos e a segurança no tratamento de dados pessoais, instituindo deveres e responsabilidades específicas aos agentes, além de amplo rol de princípios e direitos aos seus titulares. Antecipa-se o risco da violação de privacidade, busca-se evitar tratamentos abusivos de informações e vazamentos.

A tônica normativa é condicionar o acesso a esse tipo de informação, a partir do consentimento do seu titular, ponto de partida para seu processamento. Ponto de relevo, sobretudo, quando no que se refere aos dados sensíveis, cuja doutrina sempre salientou a necessidade de regime jurídico especial.

A lei define (artigo 5º, II) dados pessoais, como aqueles que versam sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, além daqueles referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural. (MARTINS, 2021, p.5). Elementos que são “monitorados” com frequência por ferramentas que servem para direcionar o consumo.

Na medida em que as plataformas têm acesso, com exatidão surpreendente, a aspectos da vida do sujeito, evidenciados nos “rastros” deixados durante sua atividade no meio digital, formula-se um padrão, identificado e processado pelo algoritmo, formula-se uma representação virtual, fundamentada em uma pressuposição sobre a sua lógica comportamental, surge

preocupação afeta ao processamento de dados sensíveis, pois, torna-se fácil inferir informações de caráter religioso, filosófico e político do usuário, a partir desse padrão cotidiano, sem que ele tenha expressamente consentido ou tenha consciência desse mecanismo (BITENCOURT; FRESE; MARTINS, 2022, p. 23).

Sobre esses elementos o consentimento livre e informado do consumidor deve ser concedido em um ambiente de transparência, pilar da Política Nacional de Relações de Consumo, previsto no artigo 4º do CDC, que se desdobra em um dever de honestidade e clareza dos fornecedores, sobre suas práticas comerciais e sobre os termos e condições das ofertas (SOUZA; MIRANDA NETTO, 2023, p. 551), com indicação clara a respeito da captação e uso dos dados oriundos daquela transação.

Ocorre que o consentimento se tornou apenas um meio para legitimar modelos de negócios da economia digital, incapaz de oferecer proteção efetiva. Na realidade, sua apresentação genérica como expressão da livre vontade não tem contribuído para melhor entendimento da sua função. Representa apenas uma formalidade, incompreensível para a maior parte dos usuários.

Constata-se, assim, a existência de um ciclo vicioso, no qual as pessoas expressam preocupações sobre sua vida íntima, recebem uma dose de autogestão da privacidade em resposta, não logram serem bem-sucedidas no projeto impossível de autogestão da privacidade e, em seguida, ficam desiludidas e aceitam as ações das entidades das quais compartilharam (ou não) seus dados. Assim, os próprios consumidores são responsabilizados por não fazerem o suficiente para proteger seus dados sensíveis (BINISCHEKI; MARTINS; SILVA, 2022, p. 141).

Desse modo, o consentimento é peça chave no processamento de dados pessoais e deve ser harmonizado com os princípios da segurança e adequação previstos no artigo 6º, da LGPD. O tratamento deve ser adequado às finalidades comunicadas ao titular e o uso deve permanecer adstrito ao limite declarado ao consumidor. A segurança demanda a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a promover proteção eficiente, o que significa evitar acessos não autorizados, sejam acidentais ou ilícitos (SEGUNDO; COUTO, 2022).

As hipóteses em que o consentimento é dispensado devem ser interpretadas de forma restritiva, devendo ocorrer tão somente para os casos de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos (BRASIL, 2018).

3 MEDIDAS DE PROTEÇÃO DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS ELENCADAS NA LGPD E CONSEQUÊNCIAS DO SEU INADIMPLEMENTO.

A existência da norma, por si só, impulsiona a implementação de mudanças na cultura empresarial no que se refere ao maior foco sobre a responsabilidade no manejo de dados pessoais. A norma busca gerar um contexto de segurança jurídica para as hipóteses que versam sobre compartilhamento de dados, a partir da necessidade de promover desenvolvimento econômico através de atividades ligadas à manipulação dessas informações. Para tanto, incorporou e positivou os pilares da chamada proteção da privacidade e dos dados pessoais por *design* e por padrão (*by default*), o que demanda colocar o dever de proteção na base do planejamento, na concepção de produtos ou serviços, devendo ser implementadas medidas técnicas e operacionais que assegurem a tutela dos direitos do titular (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020, p. 89).

A lei resguarda a premissa que os dados pessoais, referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo (artigo 21, da LGPD), no âmbito de uma atividade lícita (artigo 7º, da LGPD) e deve ter como centro o consentimento, manifestação livre, informada e inequívoca pela

como o titular concorda com o tratamento de seus dados para uma finalidade determinada (artigo 8º, da LGPD)

A lei é assertiva quando assegura que o não cumprimento de suas determinações, finalidade e forma de tratamento das informações adquiridas, resultarão nas sanções que somente foram regulamentadas em fevereiro de 2023, pelo Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, através da Resolução ANPD nº4/23, que aprovou o regulamento, do artigo 53, da LGPD, para definir a metodologia de dosimetria e aplicação de sanções administrativas.

As medidas estão elencadas no artigo 52 da norma. Dentre eles estão a advertência, com a indicação de prazo para adoção de medidas corretivas, multa simples (que podem alcançar o patamar de 2% do faturamento), além de multa diária, publicização da infração (após apurada e confirmada sua ocorrência) e bloqueio e eliminação de dados pessoais referentes a infração. Também é possível suspender parcialmente o funcionamento do banco de dados ou próprio exercício da atividade, pelo período máximo de 6 meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade. Por fim, como medida extrema, a lei possibilita proibir total ou parcialmente o exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados.

Importante destacar, que as sanções incidem dentro do devido processo legal e sua dosimetria deve considerar a gravidade da infração, os direitos afetados, a boa-fé do infrator, as vantagens auferidas ou pretendidas (o que nem sempre pode ser simples de apurar), as condições econômicas do infrator, a reincidência, grau do dano (que também pode ter consequências imensuráveis) e a cooperação do infrator.

A adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei, o implemento de boas práticas e governança, a pronta adoção de medidas corretivas também são consideradas no momento de aplicação da reprimenda. Nesse ponto, os programas de *compliance* surgem como uma excelente ferramenta de gestão e de incremento do resguardo dos direitos do consumidor, como será visto no próximo tópico.

4 PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DE DADOS DE CONSUMO.

O termo *compliance* (cumprimento normativo) é um conceito jurídico indeterminado, interpretado como a obrigação de atuar conforme à legalidade (em sentido amplo), que abarca o cumprimento de normas cíveis, penais, administrativas. No Brasil, foi substituído pelo termo integridade, que não expressa com exatidão seu alcance, foi mais difundido no meio jurídico com a edição da Lei Anticorrupção (Lei 12.846 de 2013), que fundamentou a celebração de diversos acordos de leniências, no bojo da “Operação Lava Jato”.

Na origem, portanto, os programas de *compliance* representariam o direcionamento da responsabilidade empresarial para o combate à corrupção, que compromete o desenvolvimento do mercado e reduz as possibilidades de lucro, no longo prazo. Surge dentro da ideia de concentração de esforços para se alcançar formas ou métodos eficazes de combate à corrupção, em todas as suas vertentes, através da modificação da cultura corporativa. Reconfiguração relacionada a fortes crises econômicas globais, que ultrapassaram o plano financeiro e descortinaram suas fragilidades éticas e regulatórias (BARRILARI, 2022, p.11).

Contudo, hoje seu alcance ultrapassa as relações público-privadas, para alcançar negócios que se mostram mais atrativos diante da expressa manifestação empresarial no sentido de cumprir as normas e acordos. Trata-se, na realidade de uma ciência comportamental, que tem como objetivo, através do uso de ferramentas de gestão que primam pela ética e pela transparência, buscar a conformidade nas relações empresariais e pessoais, promovendo assim, um ambiente de negócios seguro, confiável e sustentável para todos os *stakeholders*, cujas diretrizes passam a incorporar a cultura empresarial.

Necessário enfatizar que o funcionamento de um programa de *compliance* deve começar pelo topo, pela alta governança, a quem cabe disseminar os *standards* de honestidade e integridade como cultura empresarial (SCHILDER, 2006). O padrão de comportamento ético deve estar, portanto, objetiva e formalmente apresentado, sobretudo no que se refere à conduta dos líderes,

que gozam de maior repercussão sobre o grupo, pois indissociável a relação entre a ética e o poder, que só será legitimamente exercido quando balizado na norma.

Apenas a existência de normas, de regras é insuficiente para gerar conformidade da percepção moral do indivíduo com a ética organizacional. A conduta da alta governança constitui fator determinante para aumentar a consistência ética, diretamente relacionada a forma pela qual ocorre o exercício de poder, a representar projeto defensável publicamente ou, ao revés, prestigiar interesses individuais ou de um grupo.

Ponto de alta sensibilidade no contexto atual, no qual a comunicação se opera de forma praticamente imediata, sem respeitar barreiras e fronteiras tradicionais. A imagem corporativa, seja a instituição público ou privada, é diretamente responsável pela confiança que a organização irá despertar.

[...] imagens descoladas de conteúdos não resistem à facilidade da comunicação nas mais diversas mídias, que, não raramente, vivem de criar ou desfazer reputações. O conhecimento acumulado em torno das melhores práticas de lideranças nas organizações é unânime quanto à importância da coerência entre discursos e ações das lideranças, sem a qual percepções e valores inadequados se alastram e o poder perde legitimidade. Cabe ao líder o empenho tanto no cumprimento da regra (compliance-based), quanto nas ações de conscientização e aderência à ética (valuesbased), ou em como e por que exerce o poder (SANTOS; GUEVARA; AMORIM; FERRAZ-NETO, 2012, p.6).

De forma geral, reflete uma ideia de autorregulação regulada de pessoas jurídicas com o propósito básico de se evitar o cometimento de ilícitos (DINIZ; SILVEIRA, 2015). A própria instituição, no intento de construir um melhor ambiente de negócios, assume o compromisso e adota condutas que afirmam seu firme propósito de atuar em harmonia com as determinações legais, preservando direitos de terceiros, o que inclui direitos trabalhistas, normas afetas à sustentabilidade ambiental e, por certo, deve abranger obrigações consumeristas, em sentido amplo.

Em seu âmago está o objetivo de desenvolver boas práticas de governança corporativa em harmonia com a noção de responsabilidade social empresarial. Funda-se na ideia de prevenção, o que implica em buscar reduzir os riscos relacionados à conduta

antiéticas dos profissionais, com objetivo de aumentar a competitividade das empresas, preservar a imagem corporativa interna e externamente, diminuir a probabilidade de fraude e gerar ambiente de negócios seguro (SANTOS; GUEVARA; AMORIM, 2013).

No caso específico da Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018, ou LGPD), o programa de *compliance* assegura ao consumidor o compromisso da empresa em adotar uma política de gestão de riscos, que evidencie sua diligência em zelar pela adequada utilização das informações, observando a imprescindibilidade do consentimento como pilar para seu manejo e atuando com transparência de forma colaborativa com as autoridades na hipótese de sua utilização ilegal, promovendo a responsabilização dos envolvidos e corrigindo as falhas de seus fluxos e processos.

Nas relações consumeristas, o compromisso assumido de forma clara, objetiva e transparente, no sentido de zelar e empreender esforços para cumprir a LGPD, tornam a relação empresa x cliente mais equilibrada, considerando a já mencionada vulnerabilidade do consumidor, diante da possível violação de seu direito à privacidade, em decorrência do uso exploratório dos dados decorrentes desse tipo de negócio.

A partir da compreensão mais aprofundada do ciclo de vida dos dados dentro de uma organização, das avaliações de risco e do impacto à proteção dos dados, bem como da gestão de terceiros que acessam ou para os quais as informações são compartilhadas na organização, percebe-se o quanto a governança interna da empresa ou instituição é fundamental para proporcionar o resguardo dos dados (BINISCHEKI; MARTINS; SILVA, 2022, p. 141). Logo, esse tipo de questão deve ser abordado, de forma pormenorizada em qualquer programa de *compliance* ou integridade eficiente.

As práticas de *compliance* devem ser revistas com relativa periodicidade, no intento de permitir a avaliação e corrigir redundâncias, as quais podem resultar em disfunções e paralisar o fluxo interno da organização, além de viabilizar a análise de determinações equivocadas que não apresentam real resultado.

Essa característica facilita o estabelecimento de parâmetros para uso de novas tecnologias, com maior agilidade, de forma a

garantir que seu emprego não macule o compromisso de cumprir as normas. No que se refere ao tratamento de dados, o programa de *compliance* pode chamar atenção da equipe para eventuais riscos que novos processos tecnológicos podem trazer, dentro da ideia de se antecipar aos danos e incrementar a confiança daqueles que são afetos pela atividade desenvolvida pela organização.

A característica de atuação antecipada inerente aos programas de *compliance* vai ao encontro do Princípio da prevenção elencado na LGPD, o qual estabelece o dever de orientar os agentes de tratamento de dados a operarem de forma a prevenir inconformidades operacionais que possam causar danos aos titulares das informações.

A análise e classificação dos riscos a que a atividade está submetida é essencial para a eficácia do programa. Logo, não se pode conceber que qualquer organização que lide com tratamento de dados e não proceda ao mapeamento das ameaças inerentes a atividade, estabelecendo o que pode ser evitado, eliminado ou tolerado.

Do mesmo modo, o princípio da responsabilização e da prestação de contas (*accountability*) constitui condição inafastável de integridade empresarial e está consagrado na norma de proteção de dados, que prevê a possibilidade de o titular apresentar questionamento a respeito da coleta e tratamento de conteúdo a seu respeito, além de terminar a responsabilização daquele que descumpre suas determinações.

Por fim, importante destacar que a existência de um programa de *compliance* que se ocupe expressamente do cumprimento da LGPD, pode ser utilizada como argumento de defesa diante de eventual acusação de violação da norma, servindo como balizador para que a Autoridade Nacional de Dados estabeleça a sanção a ser suportada pelo infrator. E mais, essa ferramenta de gestão pode colaborar o incremento da confiança na empresa e assim torná-la mais atrativa para diversos consumidores, potencializando a obtenção de lucro.

CONCLUSÃO

Os dados representam fundamental insumo na sociedade de informação, pois viabilizam o direcionamento do próprio consumo, que deixa de representar ato de liberalidade plena, para ser fomentado por mecanismos que não podem ser percebidos de pronto pelo usuário, incapaz de exercer de forma plena sua autodeterminação informativa. Serviços aparentemente gratuitos, se prestam para captar preferências e predileções do consumidor, para assim facilitar a percepção sobre a necessidade de determinado produto ou serviço.

A LGPD ingressa no cenário jurídico como reforço à proteção de dados já contida, mesmo que de modo incipiente, no código de defesa do consumidor. Ao exigir o consentimento e plena ciência do titular dos dados a respeito do destino que essas informações irão receber, pretende garantir transparência ao processo, o que nem sempre é alcançado. Não é raro surgirem notícias a respeito do vazamento ou do uso ilícito de dados que deveriam estar adequadamente protegidos.

A existência da lei, por si só, trouxe impactos positivos para a questão. O tema entrou na pauta empresarial, sobretudo, diante da real possibilidade de sanções administrativas, aplicáveis pela Autoridade Nacional de Dados, que dentre na dosimetria da reprimenda deve considerar diversos fatores dentre eles as boas práticas de governança o que pode ser perfeitamente encontrado em um programa de *compliance*.

De fato, no atual cenário, apesar das ferramentas de integridades terem surgido, a princípio, para combater atos de corrupção empresarial, não é possível conceber que uma instituição invista em sua construção sem que sejam elencadas medidas específicas para garantir o cumprimento da LGPD.

Nesse sentido, em tese, tanto empresário quanto o consumidor obtém vantagens, esse por utilizar a existência do programa como elemento de defesa diante de eventual violação a LGPD e aquele pela possibilidade de optar por contratar serviços e adquirir produtos de instituições expressamente comprometidas em atuar em conformidade com a lei.

REFERÊNCIAS

BARRILARI, Cláudia Cristina. *Os caminhos do public compliance no Brasil*. In: *Public Compliance: Prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos*. Codenadores: MARTÍN, Adán Nieto; MAROTO-CALATAYUD, Manuel; BARRILA, Cláudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

BINICHESKI, Paulo Roberto; Martins, Plínio Lacerda; SILVA, Sarah Fernandes Araújo da. *O dilema entre privacidade e acesso à tecnologias digitais na sociedade da informação*. In: *Inteligência Artificial e dados pessoais*. Rio de Janeiro: IDPP, 2022, p. 122 a 144.

BITENCOURT, Alice Maria Corrêa; FRESE, Sofia Gomes; MARTINS, Plínio Lacerda. *Como a LGPD pode resguardar os dados sensíveis tratados por inteligência artificial: um estudo sobre a ação dos programas de processamento de dados em massa (big data)*. In: *Inteligência Artificial e dados pessoais*. Rio de Janeiro: IDPP, 2022, p. 12 a 30.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 157, p. 59-64, 15 ago. 2018.

_____. CONSELHO DIRETOR NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Resolução nº 4, de 24 de fevereiro de 2023. Diário Oficial da União de 27.02 de 2023, ed. 39, seção 1, p. 59. Disponível em: <file:///C:/Users/Membro/Downloads/Resolucao4CDANPD24.02.2023.pdf>. Acessado em 08 de agosto de 2023.

D'AQUINO, Lúcia Souza; SOUTO, Luana Mathias; MUCELIN, Guilherme. *Crise pandêmica e a violação aos direitos dos consumidores: os marcos regulatórios emergentes do direito do consumidor*. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54271/32062>. Acessado em 24 de julho de 2023.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. *Da privacidade a proteção de dados pessoais: elementos da formação da lei geral de proteção de dados*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 136.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. *O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/hTqmGJVy7FP5PWq4Z7RsbCG/?lang=pt#>. Acessado em 02 de agosto de 2023.

LIMA, Ricardo Alves de; GARRIDO, Guilherme Leite. *Lei Geral de Proteção de dados pessoais (LGPD) e compliance: um panorama da adequação normativa para organizações contemporâneas*. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/68680/51513/357272>. Acessado em 02 de agosto de 2023.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. [e-book]

MARTÍN, Adán; SÁNCHEZ, Juan Antônio Lascaraian; GALANA, Beatriz García de La; PÉREZ, Patricia Fernández; CORDERO, Isidoro Blanco. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MARTINS, Plínio Lacerda, MACHADO, André Roberto de Souza, LIMA, Marcos Cesar de Souza. *Privacidade: os dados pessoais na sociedade contemporânea*. In *Hermeneutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade*. PPGDIN – UFF. Niterói. 2020.

MARTINS, Guilherme. M.; MARTINS, Plínio Lacerda. CHOW, Eduardo. *Proteção dos dados pessoais no Brasil: a necessidade de especialização dos órgãos independentes de defesa do consumidor para uma atuação eficiente*. Revista de Direito do Consumidor, v. 134, p. 137-173, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães; BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a pandemia de covid-19*. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-14.pdf>. Acessado em 25 de julho de 2023.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MASSENO, Manuel David; MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JUNIOR, José Luz de Moura. *A segurança na proteção de dados: entre o RGPD Europeu e a LGPD Brasileira*. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/346/181>. Acessado em 25 de julho de 2023.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Bianca Paiva de; PAIVA, Macella da Costa Moreira de; PAUSEIRO, Sérgio Gustavo. *Cibersegurança e responsabilidade civil das câmaras arbitrais por vazamento de dados*. In: MARTINS, Plínio Lacerda. PAUSEIRO, Sergio Gustavo. *Estudos do Grupo de Proteção de Dados Pessoais – UFF. IDPP*: Rio de Janeiro, 2021, p.2-17.

OLIVEIRA, Edmundo. *Compliance, cultura de integridade e aliança para boas práticas na governança institucional*. Disponível em: file:///C:/Users/Membro/Downloads/433-Texto%20do%20artigo-820-1-10-20211021.pdf. Acessado em 27 de dezembro de 2022.

SADDY, André. Autorregulação privada. *Direito Público*, [S. l.], v. 15, n. 87, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2796>. Acesso em: 21 de julho 2023.

SANTOS, Renato Almeida; GUEVARA, Arnoldo José de Hoyos; AMORIM, Maria Cristina Sanches; FERRAZ-NETO, Ben-Hur. *Compliance e liderança: a suscetibilidade dos líderes ao risco de corrupção nas organizações*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eins/a/KtNqFbyQ5XWsdv-J7TfbGC3w/?lang=pt&format=pdf>. Acessado em 21 de julho de 2023.

SCHILDER, Arnold. Banks and the compliance challenge. Disponível em: <https://www.bis.org/review/r060322d.pdf>. Acessado em 01 de agosto de 2023.

SOUZA, Simone de Oliveira; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Dark patterns: você está sendo manipulado!* In: Diálogos Brasil-Reino Unido: comparativo de jurisprudência e direito econômico. Organização: Plínio Lacerda Martins, Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Eduardo Chow De Martino Tostes. 1. Ed. Rio de Janeiro: IDPP/EDUCAM, 2023, p. 544-593.

SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz; COUTO, Eliane Lopes. *A proteção de dados e a hiper vulnerabilidade do consumidor sob a perspectiva do consentimento e privacidade na internet*. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/11114>. Acessado em 31 de julho de 2023.

SOUZA, Simone de Oliveira. *Estudo prévio de análise de impacto tecnológico operado por inteligência artificial: uma proposta de proteção à privacidade em uma sociedade monitorada*. In: MARTINS, Plínio Lacerda. PAUSEIRO, Sergio Gustavo. Estudos do Grupo de Proteção de Dados Pessoais – UFF. IDPP: Rio de Janeiro, 2021, p. 99-127.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *O consentimento na circulação de dados pessoais*. Disponível em: file:///C:/Users/Membro/Downloads/521-Texto%20do%20Artigo-2027-1918-10-20201117.pdf. Acessado em 26 de julho de 2023.

A DEMOCRACIA LIBERAL, O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bruno Ponich Ruzon

Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina. Docente do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina. Advogado da Felizardo e Ruzon Advogados Associados – brunoruzon@uel.br

Sérgio Alvim Rezende de Oliveira

Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina. Advogado da Alvim Rezende Advogados Associados – sergio@alvimrezende.com.br

RESUMO: Neste século XXI a democracia liberal tem sofrido diversos e graves ataques (propagação de *fake news*, proliferação do discurso de ódio contra minorias, o avanço de movimentos antidemocráticos) em todo o globo, inclusive na Europa e nas Américas. Neste cenário analisa-se a clássica noção de tolerância no pensamento liberal, com enfoque no chamado paradoxo da tolerância de Karl Popper. Busca-se verificar se o Direito tem sido indolente com os intolerantes. O tema relaciona-se também com a teoria dos direitos fundamentais, no que tange aos seus limites. Objetiva-se compreender a noção de tolerância no pensamento liberal e o paradoxo a ela relacionada, considerando a teoria dos direitos fundamentais. Adotou-se o método da revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários e normativos, analisando-os em uma perspectiva dialética, apresentando as contradições internas e buscando a compreensão do todo, sempre com o olhar na realidade material, no contexto histórico concreto. Como marcos teóricos tem-se o pensamento liberal (Locke, Voltaire, Popper) e a teoria dos direitos fundamentais (Bobbio, Ferrajoli, Virgílio Afonso da Silva).

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Direitos Fundamentais, Limites, Paradoxo da Tolerância

ABSTRACT: In this 21st century, liberal democracy has suffered several serious attacks (spread of fake news, proliferation of hate speech against minorities, the advance of anti-democratic movements) across the globe, including in Europe and the Americas. In this scenario, the classic notion of tolerance in liberal thought is analyzed, focusing on Karl Popper's so-called paradox of tolerance. The aim is to verify whether the Law has been indolent towards the intolerant. The topic is also related to the theory of fundamental rights, regarding its limits. The objective is to understand the notion of tolerance in liberal thought and the paradox related to it, considering the theory of fundamental rights. The bibliographical review method was adopted, consulting doctrinal and normative texts, analyzing them from a dialectical perspective, presenting internal contradictions and seeking to understand the whole, always with an eye on material reality, in the concrete historical context. . As theoretical frameworks we have liberal thought (Locke, Voltaire, Popper) and the theory of fundamental rights (Bobbio, Ferrajoli, Virgílio Afonso da Silva).

KEYWORDS: Democracy, Fundamental Rights, Limits, Paradox of Tolerance

INTRODUÇÃO

Neste século XXI a democracia liberal tem sofrido diversos e graves ataques. Dentre eles destacam-se a propagação de *fake news* capazes de manipular processos eleitorais, a proliferação do discurso de ódio contra minorias (migrantes, negros, homossexuais, etc), e o avanço de movimentos antidemocráticos (v.g. a favor da Ditadura Militar). Trata-se de um fenômeno de escala global, que pode ser percebido em diferentes nações, sobretudo na Europa e nas Américas.

Partindo-se da premissa axiológica de que o regime democrático, com todos os seus vícios e problemas, ainda é o melhor e merece ser preservado, tais ocorrências configuram um sério problema, já que, em uma visão prospectiva, levam ao enfraquecimento da democracia e podem, junto com outros fatores, resultar em sua extinção.

Dentro deste cenário, uma noção clássica merece uma nova atenção: a tolerância. Esta categoria tão importante ao pensamento liberal e que, sem sombra de dúvida, marca a construção das democracias modernas, está no cerne da discussão. É preciso refletir sobre o paradoxo da tolerância. Afinal, a democracia sofre pelo excesso de tolerância? O Direito tem sido indolente com os intolerantes?

Enfim, diante do problema destacado propõem-se a hipótese de que uma concepção absolutizante da tolerância contribui para as *fake news*, discursos de ódio e movimentos antidemocráticos, e tal concepção não se amolda à teoria dos direitos fundamentais que prevê limites para todo e qualquer direito fundamental, sendo necessário, portanto, que o Direito utilize sua tecnologia na defesa da democracia.

O estudo proposto justifica-se por sua: (a) atualidade - já que aborda questões contemporâneas da democracia do século XXI; (b) utilidade - já que os resultados obtidos além de contribuir teoricamente têm uma dimensão prática, podendo pautar o comportamento de políticos e operadores do direito (juízes, promotores, defensores públicos, etc); (c) originalidade - embora verse sobre uma categoria clássica, a tolerância, pretende-se abordá-la transversalmente, considerando aspectos da filosofia

política e do direito, daí sua originalidade; (d) relevância - pois aborda questões fundamentais à sobrevivência da democracia.

Os objetivos específicos são: (a) compreender a noção de tolerância no pensamento liberal; (b) compreender o paradoxo da tolerância; (c) compreender a teoria dos direitos fundamentais com especial enfoque no debate sobre os limites dos direitos fundamentais; (d) investigar se o Direito tem falhado em controlar os intolerantes, colocando em perigo a própria democracia.

O método adotado é o de revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários e normativos, analisando-os em uma perspectiva dialética, apresentando as contradições internas e buscando a compreensão do todo, sempre com o olhar na realidade material, no contexto histórico concreto.

Como marcos teóricos temos o pensamento liberal que construiu a noção de tolerância da democracia liberal (John Locke, Voltaire, John Stuart Mill, Karl Popper), e a teoria dos direitos fundamentais (Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Virgílio Afonso da Silva).

1 ATAQUES À DEMOCRACIA LIBERAL

Neste início de século XXI, a democracia liberal tem sido submetida a ataques protagonizados sobretudo por aqueles que deveriam defendê-la. É o caso, por exemplo, de países como Hungria, Turquia, Filipinas, Estados Unidos da América e o Brasil.

Viktor Orbán, primeiro-ministro da Hungria, transformou redes de televisão estatais em propagandistas do governo (MOUNK, 2019); aumentou o número de juízes do Supremo Tribunal daquele país de 11 (onze) para 15 (quinze), além de imediatamente nomear os novos ocupantes, passando a ter maior controle sobre a suprema corte. Algo similar ao que ocorreu no Brasil durante a ditadura militar com o Ato Institucional n.º 2.

Recep Erdogan, presidente da Turquia, nas vésperas das eleições no país praticou uma série de atos que tinham por objetivo influenciar sua candidatura. Prendeu, numa só noite, mais de 128 opositores, incluindo jornalistas e advogados. Para além disso, isentou parte da população de pagar contas de gás e concedeu enormes aumentos salariais aos servidores.

Rodrigo Duterte, ex-presidente das Filipinas, perseguiu e prendeu opositores. Além disso, pressionou pelo *impeachment* da presidente do Supremo Tribunal daquele país, por ter feito declarações contrárias aos interesses do governo.

Donaldo Trump, ex-presidente dos Estados Unidos da América, não reconheceu o resultado eleitoral em que saiu derrotado. Seus discursos denunciando suposta fraude no sistema eleitoral norte-americano incentivaram seus apoiadores ao evento de 6 de janeiro de 2021. Neste dia, os apoiadores do candidato derrotado invadiram o Capitólio e ameaçaram os congressistas, tentando impedir a certificação de vitória do candidato eleito. O evento foi reconhecido como a maior tentativa de rompimento da ordem democrática nos Estados Unidos da América (TORTELLA, 2022).

Jair Bolsonaro, ex-presidente do Brasil, atacou constantemente a autonomia das instituições e a independência entre os Poderes. Investidas contra órgãos estatais e não governamentais como o Tribunal de Contas, Ministério Público, Defensoria Pública e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (SOUZA NETO, 2020).

Tratando-se de Ministério Público, houve a quebra da tradição de observância da lista tríplice para a indicação de Augusto Aras para ocupar o cargo de Procurador-Geral da República. Como consequência, verificou-se uma rede de proteção aos agentes e pessoas próximas do governo contra investigações de competência da Procuradoria-Geral da República (NEVES, 2022).

Por último, trilhando o mesmo caminho de Donald Trump, o ex-presidente brasileiro passou as eleições atacando o sistema eleitoral do país e se recusou a reconhecer o resultado das eleições em que foi derrotado, resultando nos eventos de 8 de janeiro de 2023. Após meses acampados à frente de quarteis militares pelo Brasil clamando por intervenção das Forças Armadas no resultado eleitoral, militantes apoiadores do ex-presidente investiram contra a sede dos três poderes em Brasília.

Como se vê, em democracias reconhecidamente sólidas houve a ascensão ao poder de políticos cujas práticas demonstraram tendências autoritárias. David Runciman, professor da Universidade de Cambridge, defende que no século XXI os ataques às

instituições democráticas não se fazem mais com o uso de força, como ocorria no passado (RUNCIMAN, 2018):

Quanto mais a democracia é tida como segura, maiores são as possibilidades de que venha a sofrer uma subversão sem precisar ser derrubada. Em especial, a ampliação do poder do Executivo – em que homens fortes eleitos minam as instituições democráticas enquanto alegam defendê-las – parece ser a maior ameaça à democracia no século XXI. Há sinais de que esteja em curso, entre outros países na Índia, na Turquia, nas Filipinas, no Equador, na Hungria e na Polônia; e é possível que também ocorra nos Estados Unidos. O problema é que pode ser difícil saber com certeza. A grande diferença entre um golpe de Estado clássico e esses outros tipos de golpe é que o primeiro é um evento isolado em que se decide entre tudo ou nada, enquanto os outros são processos graduais.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, ambos professores de Harvard, destacam que “democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que sub-vertem o próprio processo que os levou ao poder.” (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. xx).

Essas lições permitem observar que a democracia liberal está, cada vez mais, sob recorrente ataque daqueles que deveriam defendê-la, mediante articulações que buscam enfraquecer e corroer as instituições criadas justamente para trazer estabilidade ao sistema democrático.

2 A TOLERÂNCIA NO PENSAMENTO LIBERAL

A palavra “tolerância” faz parte do dia-a-dia das pessoas. De uma criança de 8 anos a um senhor de 80, têm-se uma noção do que seja tolerância. Remetem-na a ideia de suportar, aturar, ter paciência, aceitar. Comumente toleramos algo que não nos agrada. Há nesta noção vulgar um juízo negativo. Só tolero aquilo que me parece errado.

Além do conhecimento popular, a noção de tolerância encontra-se em diferentes campos do saber humano. De médicos a cientistas políticos, de juristas a filósofos, a tolerância é algo digno de estudo. Muitas pessoas já escreveram sobre ela nas artes, na filosofia e na ciência, tratando-se de um destes termos que acompanham a história da humanidade. Aliás, em pleno

Século XXI, em sociedades complexas, nas quais se revela muito difícil um consenso acerca de valores, a tolerância revela-se especialmente relevante, com destaque aos campos da moral, da política e do direito.

No Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano (1998, p. 961 e 962) a tolerância é assim definida:

Norma ou princípio de liberdade religiosa. Algumas vezes se considerou pouco apta a designar esse princípio uma palavra que significa ‘paciência’, mas na realidade ela foi o emblema dessa liberdade, desde as primeiras lutas empreendidas, por meio das quais se afirmou em formas ainda hoje frágeis ou incompletas [...] Na linguagem comum e às vezes na filosófica, a T. também é entendida em sentido mais amplo, abrangendo qualquer forma de liberdade, seja ela moral, política ou social.

De fato, há uma direta relação da noção moderna de tolerância com a liberdade religiosa, conforme construção a partir do século XVII, e foi esta noção que pautou as constituições modernas do ocidente, tanto na Europa quanto nas Américas.

Na Enciclopédia Virtual de Filosofia de Stanford (disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/toleration/> - acesso em 22 de outubro de 2023) tem-se que:

The term “toleration”—from the Latin tolerare: to put up with, countenance or suffer—generally refers to the conditional acceptance of or non-interference with beliefs, actions or practices that one considers to be wrong but still “tolerable,” such that they should not be prohibited or constrained” (Em tradução livre: O termo “tolerância” – do latim *tolerare*: tolerar um sofrimento – geralmente se refere à aceitação condicional ou a não interferência em crenças, ações ou práticas que se considera erradas, mas ainda assim “toleráveis”, de tal modo que não deveriam ser proibidas ou restringidas).

Não se pode ignorar a multiplicidade de significados da palavra “tolerância”, com implicações filosóficas, religiosas, morais, éticas, sociais, políticas e jurídicas (GAUDÊNCIO, 2012). Como dito, muitas pessoas já escreveram sobre ela, como Michel de Montaigne, Hugo Grotius e Baruch Spinoza (ABBAGNANO, 1998, p. 961). Porém, é com o pensamento liberal que ela adquire arcabouço teórico e, o mais importante, transborda do aspecto acadêmico para atingir os Estados modernos.

Ou seja, a partir da consolidação do liberalismo em algumas nações ocidentais têm-se a efetivação da ideia de tolerância. Por isso, para compreender a noção de tolerância é possível fazer um recorte a partir da teoria liberal. Aliás, é justamente esta teoria liberal que inspirou o constitucionalismo moderno, inclusive várias constituições da Europa, da América Latina e a Brasileira.

Em respeito à história deve-se registrar que apesar da assimilação teórica da tolerância nos países considerados liberais, como Inglaterra e EUA, sua política externa se revelou de uma extrema intolerância, não sendo poucas as intervenções militares em diferentes países, sempre com o *slogan* da liberdade estampado em tanques, porta-aviões e demais maquinários de guerra.

Enfim, a noção de tolerância de cunho liberal é uma resposta ao contexto conflituoso europeu nos Séculos XVI e XVII, marcado por várias guerras religiosas. Europeus matando-se entre si. Cristãos matando-se uns aos outros, sem piedade a idosos, mulheres e crianças. Apenas para ilustrar, embora houvesse outros interesses envolvidos além da pura fé, menciona-se a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), que envolveu várias monarquias europeias. Também cabe menção ao Tribunal do Santo Ofício, tão relevante na história ibérica, responsável pelo combate aos “hereges”. Ao fim e ao cabo, estes conflitos religiosos e a própria perseguição religiosa produziam dor, sofrimento e muitas, muitas mortes. E, não se pode esquecer, tudo isto com a força e o respaldo do Estado.

Sim, do Estado, pois a modernidade não produz uma automática e imediata desconexão da Igreja da vida das pessoas e da vida do Estado. Conforme coloca John T.S. Madeley (2008, p. 7): “O padrão emergente do Estado moderno foi, então, desde os seus primórdios, no século XVI, uma instituição confessional, dedicada em parte a defender e, onde se apresentava a oportunidade, a ampliar o alcance geográfico da tradição religiosa que favorecia”. Ou seja, os Estados modernos nascem confessionais. Este é um dado histórico relevante, já que ordinariamente se vincula a Igreja ao medievo. Mas não, na Europa, o Estado-Nação português tinha uma religião oficial, o espanhol, o francês, etc.

É neste contexto histórico que a noção de tolerância passa a ser desenvolvida nos escritos dos liberais. Por exemplo, com

John Locke e sua “Carta sobre a tolerância” (1689) e com Voltaire e o “Tratado sobre a tolerância” (1763). Através de argumentos racionais, na esteira do iluminismo, os liberais tentam demonstrar quão benéfica é a tolerância no campo religioso. Aliás, às vezes até mesmo o fundamento religioso é utilizado para justificar esta tolerância, como se vê desta passagem de Voltaire (2008, p. 121):

Não é preciso uma grande arte, uma eloquência muito rebuscada, para provar que os cristãos devem tolerar-se uns aos outros. Vou mais longe: afirmo que é preciso considerar todos os homens como nossos irmãos. O quê! O turco, meu irmão? O chinês? O judeu? o siamês? Sim, certamente; porventura não somos todos filhos do mesmo Pai e criaturas do mesmo Deus?

As obras de Locke e de Voltaire são mencionadas frequentemente como marcos na construção da noção liberal de tolerância. Uma noção que ultrapassou os livros e passou a refletir na postura da autoridade política. Segundo John T.S. Madeley (2008, p. 8):

A partir do século XVIII, quando a causa foi adoptada e promovida pelos pensadores do Iluminismo através da Europa, as campanhas a favor da tolerância religiosa – e depois a favor da plena liberdade religiosa – tiveram como resultado a remoção faseada das leis penais que discriminavam os dissidentes ou aqueles que protestavam contra os sistemas das igrejas estabelecidas.

No Brasil não se pode esquecer o papel de Rui Barbosa na construção teórica e implementação política dos ideais liberais no Século XIX. Conforme registra Gilson Ciarallo (2011, p. 11): “Rui Barbosa era um dos protagonistas do movimento liberal contra o clericalismo, o ultramontanismo e o movimento da reforma católica tridentina que marcaram o cenário sociopolítico de grande parte do Século XIX”.

Posteriormente, já no Século XX, esta tolerância que nasceu imbricada com a liberdade religiosa atingiu questões políticas, culturais e sociais.

Enquanto um valor moral, ligado à ética liberal, os indivíduos podem ou não ser tolerantes, ou podem ter variados graus de tolerância, independentemente da presença de uma autoridade ou da força do direito. A decisão pessoal de como se comportar com o diferente, suscita questões morais, ligadas a cada indivíduo. Já enquanto valor político, a tolerância relaciona-se com

o modo como o Estado age com o divergente. Ou seja, como a autoridade detentora do monopólio da violência promoverá ou não a tolerância.

Vê-se, portanto, que a tolerância tem uma dimensão moral, ligada ao comportamento individual, parametrizando as decisões dos sujeitos, e uma dimensão política, relacionada à postura da autoridade instituída, o Estado, repercutindo diretamente no sistema jurídico. Dentro de uma acepção moral: “[...] a tolerância é uma virtude dos cidadãos de uma democracia e, assim, demarcar e defender os limites da tolerância é uma tarefa fundamental dos membros da sociedade civil” (FORST, 2009, p. 13).

De qualquer modo, não se pode admitir juízos simplistas, construídos com a singela dicotomia tolerante/intolerante. Sendo a tolerância um valor, a tentativa de implementá-la como uma regra do “tudo ou nada” é uma perigosa ferramenta retórica, servindo apenas para tumultuar ou desviar o foco da discussão séria e profunda. Com efeito, a tolerância, tanto moral quanto política, deve ser compreendida como algo graduado, com significativas variações. Por exemplo, no campo político, Michael Walzer (1999) considera a existência de cinco regimes de tolerância: impérios multinacionais, sociedade internacional, consociações, Estados-nações e sociedades imigrantes.

Destarte, individualmente a tolerância apresenta-se em diferentes graus, e o mesmo se vê na autoridade política. Isto significa que em diferentes territórios, em diversos países, pode e haverá uma tensão entre o grau de tolerância da autoridade política e os diferentes graus de tolerância de cada indivíduo. Trata-se de uma tensão inerente, própria de toda sociedade complexa, nas quais inexiste um consenso acerca de valores. Esta tensão coloca à prova o próprio Direito, que acaba, em último grau, com a função de ordenar e controlar estas tensões.

3 O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O grau de tolerância moral e política é variável no tempo e no espaço, sendo esta uma verdade histórica inegável. O pró-

prio indivíduo em suas diferentes fases da vida revela-se mais ou menos tolerante.

Ocorre que esta tolerância, seja moral, seja política, tem limites. É importante que tais limites existam inclusive para preservar a própria tolerância. Dentro do pensamento liberal, conforme explicita Karl Popper, existe um paradoxo da tolerância. Trata-se de pensamento apresentado na obra “A Sociedade Aberta e seus inimigos”, publicada em 1945, e revela a preocupação de Popper com o nazismo, fascismo e o comunismo. Os políticos, e a própria sociedade, teriam errado ao permitir o avanço destas correntes totalitárias. É necessário conter os intolerantes. Nas palavras de Karl Popper (1974, p.xx): “A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo aos intolerantes, e se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante do assalto da intolerância, então, os tolerantes serão destruídos e a tolerância com eles”.

Este pensamento é encontrado também em Norberto Bobbio (2004, p. 216): “O único critério razoável é o que deriva da ideia mesma da tolerância, e pode ser formulado assim: a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio da tolerância, ou, mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes”.

Trata-se de uma ideia que já estava presente em Voltaire (2008, p. 105): “Cumpre, pois, que os homens comecem por não ser fanáticos para merecer a tolerância”. Para Thomas Scanlon (2009, p. 11): “[...] seria intolerante impor o comportamento tolerante e impedir que o intolerante aja conforme suas crenças? Certamente não. Os direitos dos discriminados exigem essa proteção e a demanda por tolerância não pode se tornar uma demanda por se fazer tudo aquilo que se acredita correto”.

Ou seja, o “intolerante”, o “fanático”, não pode ser chancelado pela noção de tolerância. Mas quem é este intolerante?

Historicamente o intolerante já foi o não-cristão, o fascista, o nazista, o comunista, o mulçumano, e etc. Conforme coloca Rainer Forst (2009, p. 3): “É óbvio que o mero slogan ‘sem tolerância com o intolerante’ não é apenas vazio, mas potencialmente

perigoso, pois a definição de intolerante muito frequentemente é ela mesma resultado de parcialidade e intolerância”.

Justamente porque no campo político ou filosófico é tão difícil estabelecer os limites da tolerância, que ela merece o devido tratamento jurídico. É o Direito que estabelece normativamente os limites da tolerância nos diferentes âmbitos humanos, inclusive no político.

Em âmbito global, a noção de tolerância é normativamente colocada a partir da Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 1995, que traz em seu artigo 1º:

Item 1.1. - A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.

Sobretudo em democracias há um crucial papel das Cortes Constitucionais, com sua função contramajoritária, na defesa das minorias. Destarte, o Direito, em uma sociedade concreta, delimitada no tempo e no espaço, cria regras e princípios de tolerância, dentro de uma unidade política, de modo que os limites da tolerância acabam sendo definidos pelo Direito.

Destaca-se, então, a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo no que tange a restrições e limitações de direitos fundamentais (MENDES, 2011, p. 219, VIRGÍLIO, 2010, PAULA, 2010). Conforme pontua Luís Roberto Barroso (2019, p. 507):

Para demarcar o conteúdo e alcance de um direito fundamental, o intérprete precisará levar em conta aspectos intrínsecos ao direito em questão - i.e., sua própria conformação, nos termos da Constituição - e aspectos externos a ele, relacionados com a multiplicidade de outros direitos e interesses que existem no mundo jurídico, também com proteção constitucional.

Não é o caso de desenvolver este ponto, mas apenas indicar que é através da teoria dos direitos fundamentais que o Direito

tenta dar uma resposta a colisões e conflitos tão frequentes quando se trata de problemas envolvendo tolerância, e sobretudo questões envolvendo as liberdades de expressão, manifestação e associação. Logo, a noção liberal de tolerância relaciona-se também a uma noção liberal de teoria dos direitos fundamentais, e o conjunto tenta dar conta dos problemas existentes.

No caso do Direito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 impõe o “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*), mas não prevê expressamente qualquer tipo de limitação para manifestações ou associações com propósito antidemocrático. Existe uma importante vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF), que muito já pode contribuir no combate de *fake news*, por exemplo, e também há vedação a associações de “caráter paramilitar” (art. 5º, XVII, CF).

Neste ponto, é interessante referenciar o texto da Constituição da República Portuguesa de 1974, que dispõe em seu artigo 46º, item 4: “Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista”. Observa-se que a norma vai além da organização paramilitar, e menciona expressamente a “ideologia fascista”. Já a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949, dispõe no artigo 9, item 2, que: “São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos”. O texto também é amplo, mencionando “contra a ordem constitucional”.

Retornando ao Brasil, quando se observa a legislação infraconstitucional, no Código Penal (Decreto 2.848/1940), conforme a Lei 14.197/2021, existe previsão de crimes contra o Estado Democrático de Direito (art. 359-I a 359-K), contra as Instituições Democráticas (art. 356-L e 359-M) e contra o Funcionamento das Instituições Democráticas no Processo Eleitoral (art. 359-N a 359-P). Mas os tipos penais sempre fazem referência a situações extremas, com violência ou grave ameaça. E há ainda expressamente o seguinte dispositivo: “Art. 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a

reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais”.

Diante deste cenário normativo, seria ou não ilícita a manifestação contrária ao regime democrático, por exemplo, favorável a uma ditadura militar? É possível pugnar pelo fechamento do Congresso e pela deposição de todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal dentro da licitude? Deve ser tolerável uma fala do tipo “Se quiser fechar o STF, sabe o que você faz? Não manda nem um jipe. Manda um soldado e um cabo. Não é querer desmerecer o soldado e o cabo”?

No Brasil existem grupos favoráveis ao regime monárquico (QUADROS, 2017). Também há aqueles que expressamente defendem o retorno de uma ditadura militar (GRANJEIRO, 2021). Como a Constituição Federal de 1988 não contém limitações expressas e claras no que tange à criação de grupos contrários à ordem constitucional, muito menos a manifestações antidemocráticas, isto acaba sendo tolerado pelas instituições jurídicas, enfraquecendo nossa democracia. Ou seja, a máxima da tolerância liberal, de que não há espaço para os intolerantes, acaba não sendo aplicada, permitindo que o germe antidemocrático cresça, seja regado e cultivado, sem qualquer tipo de restrição.

E, então, reiteramos as palavras de Karl Popper (1974): “A tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo aos intolerantes, e se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante do assalto da intolerância, então, os tolerantes serão destruídos e a tolerância com eles”.

CONCLUSÃO

Pode-se sintetizar as ideias expostas neste artigo para então apresentar uma conclusão final. No item “ATAQUES À DEMOCRACIA LIBERAL” foram expostos os episódios vividos na Hungria (Viktor Orbán), Turquia (Recep Erdogan), Filipinas (Rodrigo Duterte), Estados Unidos da América (Donald Trump) e no Brasil (Jair Bolsonaro), nos quais as autoridades em exercício, que deveriam fortalecer os instrumentos democráticos,

adotaram medidas em sentido contrário, para fortalecer o seu próprio poder, inclusive desafiando o Judiciário de seus países. Também se verificou como no Século XXI a maior ameaça para a democracia não é o golpe de Estado clássico, mas uma destruição gradual pela ampliação da força do Poder Executivo.

No item “A TOLERÂNCIA NO PENSAMENTO LIBERAL”, apresentou-se a noção de tolerância que pauta o pensamento liberal moderno, que nasce com a questão da liberdade religiosa, mas avança para questões políticas, culturais e sociais. Viu-se que há uma dimensão moral e política para a tolerância, e isto leva a tensões entre os indivíduos e a autoridade instituída, no caso, o Estado. De qualquer forma, a tolerância é uma noção cara ao pensamento liberal, nuclear em sua estrutura.

Então, no item “O PARADOXO DA TOLERÂNCIA E OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”, demonstrou-se, seguindo Popper, a existência de um paradoxo da tolerância, ou seja, que uma tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da própria tolerância. Por isso, o “intolerante” deve ser combatido. Daí o papel do Direito, com sua tecnologia para conter o “intolerante”, restringindo, assim, o âmbito da tolerância. Como a liberdade é um direito fundamental, esta questão acaba sendo objeto da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo do campo das restrições e suas limitações.

No Brasil não se tem as mesmas limitações constitucionais que se vê, por exemplo, em Portugal ou na Alemanha, vedando associações e manifestações contrárias ao regime democrático. A Constituição Federal de 1988 combateu o anonimato e as instituições “paramilitares”, mas nada dispôs sobre grupos antidemocráticos, como aqueles que defendem uma ditadura militar, por exemplo. A legislação infraconstitucional, por sua vez, prevê tipos penais para a proteção do regime democrático que exigem um ato violento ou uma grave ameaça.

Assim, diante do arcabouço normativo brasileiro, à luz da história recente vivida, e de toda a construção teórica existente, conclui-se que no Brasil o Direito tem sido indolente com os intolerantes, sobretudo com os grupos que defendem explicitamente o fim da democracia e o retorno de uma ditadura militar, não existindo óbice na teoria dos direitos fundamentais para o

estabelecimento de limites e restrições neste campo, de modo a evitar, por exemplo, que novos eventos como o trágico 8 de janeiro de 2023 voltem a se repetir no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. A teoria das formas de governo. Brasília: Editora UNB, 1997.

_____. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FORST, R. Os limites da tolerância. Novos Estudos, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 15-29, jul. 2009. Disponível em: <encurtador.com.br/jkAK4> Acesso em: 8 out. 2023.

FACHIN, Zulmar. Teoria geral do direito constitucional. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRANJEIRO, Giovanna de Lima. O crescimento da extrema direita e das manifestações antidemocráticas pela volta do Regime Civil-Militar no Brasil (2013-2020). 31º Simpósio Nacional de História, Rio de Janeiro (RJ), 2021. Disponível em: https://www.snh2021.anpuh.org/resources/anais/8/snh2021/1617824011_ARQUIVO_add42770ae3c381502e41dd6113d8b6.pdf - Acesso em 10 de janeiro de 2024.

HOBSBAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEVITSKY, Steven, ZIBLAT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMAS, Yasmin Maciel, SOUSA, Francisco de Jesus Silva de. Um estudo sobre a (in)tolerância na contemporaneidade. IX Jornada Internacional de Políticas Públicas.

LOCKE, J. Carta acerca da tolerância. In: Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILL, J. S. Ensaio sobre a liberdade. São Paulo: Arcadia, 1964.

MOUNK, Y. O povo contra a democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NEVES, Rafael. PGR já arquivou 104 pedidos de investigação contra Bolsonaro vindos do STF. UOL, Brasília, DF, 30 jul. 2022. Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/30/sob-aras-pgr-arquivou-mais-de-80-pedidos-deinvestigacao-contrabolsonaro.htm>. Acesso em: 21 fev. 2024

POPPER, K. R. A sociedade aberta e seus inimigos. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1974. V. I, II.

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis. Conservadorismo coroado: movimentos monarquistas no Brasil Atual. Revista Estudos de Sociologia. Araraquara, v.22, n.42, p.15-34, jan.-jun.2017. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/9113/6785>. Acesso em 10 de janeiro de 2024.

RUNCIMAN, D. Como a democracia chega ao fim. São Paulo: Todavia, 2018.

SARMENTO, Jorge Alberto Ramos. Os caminhos da tolerância. Griot : Revista de Filosofia, Amargosa - BA, v.21, n.3, p.390-407, outubro, 2021.

SCANLON, Thomas M. A dificuldade da tolerância. Novos Estudos, 84, Julho de 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Contracorrente, 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

TORTELLA, Tiago. Invasão do Capitólio completa um ano: relembre o ataque à democracia

dos EUA. CNN Brasil, [s. l.], 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/>

internacional/invasao-ao-capitolio-completa-um-ano-relembre-o-ataque-a-democraciados-eua/. Acesso em: 20 fev. 2024

TOSI, Giuseppe. “Democracia, Liberalismo e Socialismo em Norberto Bobbio. Uma resposta a Vitullo e Scavo”. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. Bauru, v. 5, n. 2, p. 51-78, jul./dez., 2017.

TOURAINE, Alain. O que é democracia? Petrópolis: Vozes, 1996.

VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. São Paulo: Escala, 2008.

WALZER, Michael. Da tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WILLIAMS, B. Tolerância: uma questão política ou moral? Novos Estudos, São Paulo, v.

28, n. 2, p. 47-58, jul. 2009. Disponível em: <encurtador.com.br/fyzDW> Acesso em: 11 out. 2023.

WOLFF, Robert Paul, MOORE, Barrington, MARCUSE, Herbert. Crítica da tolerância pura. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

NOVAS TECNOLOGIAS, COMUNICAÇÃO DEMOCRÁTICA E DESAFIOS PARA PROTEÇÃO DE DADOS GLOBAIS



ALGORÉTICA: A BUSCA PELA TRANSPARÊNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Rachel Bruno Anastácio

Doutoranda em Direito e Pesquisadora na Universidade
Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. Mestre
em Direito. Professora da Universidade Federal
Fluminense, RJ, Brasil, email ranastacio@ucp.pt.

RESUMO: A escalabilidade dos avanços tecnológicos demonstra que a Quarta Revolução Industrial ainda não atingiu o seu estágio mais desenvolvido e que o seu potencial disruptivo também pode se tornar lesivo. Desta forma, o presente artigo visa demonstrar ser possível conciliar a ética com processos de inteligência artificial, especialmente de *deep learning*. Pretende apresentar a transparência e a ética como valores indissociáveis da sociedade da informação e concluir ser possível manter o progresso sem se afastar dos mesmos, pois é na escolha dos valores que se alicerça a construção do Estado de Direito. Para alcançar os objetivos da investigação, a metodologia utilizada será a hipotético-dedutiva e o ponto de partida será a globalização, responsável por tornar todas as relações mais impessoais e menos territorializadas. O recorte cronológico será a crise de 2008 e sua influência no mercado financeiro, em razão do ambiente que foi criado e permitiu, em razão da crise de confiança instalada, que houvesse solo fértil para o desenvolvimento de novas ferramentas tecnológicas, cada vez mais atraentes e sofisticadas. Em seguida, será analisada a contribuição da criptografia e dos algoritmos para o desenvolvimento da Sociedade da Informação e como os algoritmos de aprendizagem automática criaram uma “fé cega” potencialmente perigosa, na medida em que criam códigos e moldam comportamentos que podem conter vieses discriminatórios. Para combater a opacidade, especialmente em sistemas algorítmicos fechados, será apresentada a inteligência artificial explicável e outras soluções que busquem a transparência não apenas no acesso, mas também na compreensão do processo decisório. No item seguinte será explorada a algorética, proposta que visa adaptar a inteligência artificial aos valores humanos mais importantes para concluir por uma IA responsável e *human centered*.

PALAVRAS-CHAVE: Algoritmos; Ética; Algorética; Transparência; Sociedade da Informação.

ABSTRACT: The scalability of technological advances demonstrates that the Fourth Industrial Revolution has not yet reached its most developed stage and that its disruptive potential can also become harmful. In this way, this article aims to demonstrate that it is possible to reconcile ethics with artificial intelligence processes, especially deep learning. It aims to present transparency and ethics as inseparable values of the information society and to conclude that it is possible to maintain progress without departing from them, since it is in the choice of values that the construction of the Rule of Law is based. To achieve the objectives of the research, the methodology used will be hypothetical-deductive and the starting point will be globalization, responsible for making all relationships more impersonal and less territorialized. The chronological cut will be the 2008 crisis and its influence on the financial market, due to the environment that was created and allowed, due to the crisis of confidence installed, that there was fertile soil for the development of new technological tools, increasingly attractive and sophisticated. Next, the contribution of cryptography and algorithms to the development of the Information Society and how machine learning algorithms have created a potential “blind faith” will be analyzed, to the extent that they create codes and shape behaviors that may contain discriminatory biases. To combat opacity, especially in closed algorithmic systems, explainable artificial intelligence and other solutions that seek transparency not only in access, but also in the understanding of the decision-making process will be presented. In the following section, algorithmics will be explored, a proposal that aims to adapt artificial intelligence to the most important human values in order to conclude with a responsible and human-centered AI.

KEYWORDS: Algorithms; Ethics; Algorithethics; Transparency; Information Society.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada vez mais veloz e globalizada, a informação torna-se material extremamente valioso, especialmente para as novas tecnologias. No entanto, como abrir a “caixa preta” desses processos algorítmicos cada vez mais complexos e, por vezes, inacessíveis? Neste sentido, o problema consiste em saber como conciliar a ética e os processos de inteligência artificial, em especial os de aprendizado profundo. Este artigo tem como objetivo apresentar o potencial disruptivo mas também lesivo presente em determinados processos algorítmicos, especialmente os fechados, e avaliar de que forma seria possível manter o progresso sem se afastar de valores humanos tão importantes como a ética.

Para tanto, o cenário da globalização e das novas tecnologias apresenta-se como ponto de partida para a análise contextualizada do desenvolvimento da criptografia e dos algoritmos. Isso porque a globalização tem o potencial de transformar problemas domésticos em desafios globais, ao passo que a tecnologia elevou a globalização para um novo patamar, especialmente em razão de sua influência no setor financeiro e nos mercados. A descrença nas estruturas governamentais provocada pela crise financeira abriu espaço para o desenvolvimento de tecnologias de registro partilhado ou distribuído que permitem o desenvolvimento da blockchain e dos tokens, elementos mais importantes da chamada Web3.

Em seguida, à partir da compreensão de que algoritmos são códigos e que tais códigos geram comportamentos, cumpre analisar os vieses presentes em alguns processos algorítmicos, especialmente naqueles ditos fechados ou insondáveis, como uma realidade latente, sendo certo que danos algorítmicos podem ter grandes repercussões e precisam ter as suas responsabilidades apuradas. Nesse sentido, a inteligência artificial explicável apresenta-se como uma possibilidade de diminuição da potencialidade lesiva ante à velocidade das tecnologias de informação e comunicação, pois é mais fácil controlar o que pode ser compreendido. Só então será possível a análise de documentos, projetos e órgãos, especialmente em Portugal e na União Europeia, dispostos a buscar a transparência e a ética como valores indissociáveis

do desenvolvimento tecnológico, com destaque para a Carta Europeia de Ética sobre o uso da Inteligência Artificial (2018) e o “Rome call for AI ethics” (2020). Ademais, a metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva e se deu à partir de pesquisa qualitativa, realizada por meio principalmente da revisão da literatura e legislações pertinentes ao tema.

1 GLOBALIZAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

A globalização é um processo dinâmico, complexo e multi-dimensional que pode ser analisado no seu aspecto histórico, social, cultural, económico, financeiro ou da informação. No entanto, embora sejam muitas as possíveis abordagens, sempre haverá pontos comuns entre eles, que merecem ser destacados, tais como a escala mundial em que se encontra; a progressiva interligação e interdependência entre Estados, organizações e indivíduos; relações cada vez mais impessoais e desterritorializadas e a escalabilidade dos avanços tecnológicos (HELD e MC GREW, 2001). Os autores identificam o fenómeno da Globalização como “uma força condutora central por trás das rápidas mudanças sociais, políticas e económicas que estão a remodelar as sociedades modernas e a ordem mundial”. Destacam, ainda, que o conceito implica primeiro e acima de tudo um alongamento das atividades sociais, políticas e económicas através das fronteiras, de tal modo que acontecimentos, decisões e atividades numa região do mundo podem ter significado distinto para indivíduos e atividades em regiões distintas do globo.

Embora se trate de processo histórico e contínuo, há acontecimentos recentes que exerceram forte influência no processo de globalização, tais como o desenvolvimento do comércio internacional e do capitalismo financeiro; a crescente segmentação dos processos produtivos, impulsionada pela progressiva melhoria de infra-estrutura de transporte de mercadorias e das tecnologias de comunicação; as transformações sócio-políticas nos países do leste europeu que, ao longo da década de 80, sofreram uma abertura política e económica ao modelo ocidental, ainda que resultasse em forte abalo ao modelo alternativo constituído por aquele conjunto de países; e, ainda, o crescimento de ideais político-económicos de natureza neoliberal.

Quanto aos mercados, de todos eles o financeiro é, sem dúvida, o mais globalizado, quer em razão da liberalização dos fluxos de capitais que se deu à partir dos anos 80, quer em razão do avanço tecnológico das telecomunicações e aplicações informáticas. Esta vertente da globalização conta com momentos importantes na história do mercado financeiro internacional, como os Acordos de Bretton Woods, realizado na cidade Norte-americana com este nome, em New Hampshire, entre 01 e 22 de julho de 1944. Da chamada Conferência Monetária e Financeira Internacional das Nações Unidas e Associadas surgiram as bases para a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), posteriormente conhecido como Banco Mundial.

A globalização também é tida como um elemento capaz de transformar problemas domésticos em desafios globais (KRUGMAN, 2009), tendo contribuído fortemente para que a crise imobiliária norte-americana de 2008 ganhasse proporções de dimensão internacional e para além da atuação bancária. O marco da recessão económica foi a falência do Banco de investimentos Lehman Brothers, em 15 de setembro de 2008. A decisão do Federal Reserve Bank (FED) de não salvar um dos maiores bancos dos Estados Unidos resultou em abalos, mais ou menos graves, em todo o sistema interbancário mundial, além de vertiginosa queda nas Bolsas de Valores e no mercado imobiliário em diversos países ao redor do mundo.

No entanto, as crises periódicas fazem parte de um ciclo de expansão e retração, ou seja, é impossível o mercado sustentar uma expansão elevada por longo espaço de tempo, tendo em vista que as demandas e recursos não são infinitos. Desta forma, a expansão do crédito criou o que George Soros (SOROS, 2008, p. 11) chamou de “superbolha” e quando o mercado imobiliário se viu saturado iniciou o processo de retração e pôs fim ao ciclo virtuoso até então testemunhado.

Com a saturação do mercado imobiliário, os negócios jurídicos realizados deixaram de suprir os créditos concedidos e, embora os Bancos tenham iniciado a retomada dos imóveis, com a consequente oferta dos mesmos em leilão, a demanda inexpressiva fez os preços caírem vertiginosamente, em obediência à lei do mercado. Para além das propriedades construídas, também os

ativos negociados, provenientes da securitização, perderam em grande parte o seu valor em razão dos inadimplementos. Em decorrência do elevado risco que passaram a oferecer, as instituições bancárias não conseguiam mais negociar tais créditos, o que aumentava ainda mais a preocupação sobre o futuro das negociações imobiliárias. Nem mesmo o aumento da taxa de juros para 5,25% em junho de 2006 impediu o fechamento de diversos fundos e até mesmo a falência de instituições bancárias, hipotecárias e de investimentos (GONTIJO, 2008), o que fez inflar ainda mais a bolha que estouraria em 2008.

Não se pode negar que um sistema globalizado e politicamente desregulamentado permitiu a atuação expressiva das instituições privadas e a expansão da economia norte-americana, que avançou até certo ponto mas depois colapsou para além do que previa Adam Smith como ferramenta de auto-regulação, premissa clássica do liberalismo que tornava desnecessária qualquer atuação do Estado.

No entanto, quase que simultaneamente ao descrédito que abalou o sistema financeiro, nasceria uma nova possibilidade de transações ocorrerem sem a presença de um intermediário, seja ele Governo, Banco ou qualquer outra instituição financeira. Esses sistemas com tecnologia de registro partilhado só foram possíveis graças aos avanços tecnológicos, responsáveis também pela integração cada vez maior dos mercados financeiros e pela redução do peso da geografia na atividade económica.

Não era preciso grande entusiasmo para perceber que a mudança seria profunda e irreversível. Desde o sucesso da IBM com a primeira máquina (Type 650 Magnetic Drum Calculator) em 1953 (VOS, 1996, p. 816), seguido do avanço revolucionário do microprocessador, a indústria da computação recebeu enorme impulso quando convergiu com a de telecomunicações, em meados dos anos oitenta, e mais ainda, à partir da década de 90, quando ganhou interatividade, um aspecto amigável e multimídico: a “wide world web”. O sucesso e popularização de tais conquistas se devem, essencialmente, à combinação entre aumento de capacidade e redução de custos, para tanto importante destacar a substituição dos cabos de cobre pelos de fibra óptica e o uso de transmissões sem fio. Desta forma, não apenas

produtos, mas também serviços dos mais variados podem ser oferecidos em qualquer parte do mundo, sendo inegável que a globalização passa para um novo patamar, aproxima mercados e moedas, com reflexos também no mundo jurídico.

Quanto ao Direito, a caracterização contemporânea dos Estados permite afirmar que, embora remonte à antiguidade a existência de tratados entre Estados, que não deixam de ser contratos jurídicos entre soberanias, basicamente o que vale em território nacional é a legislação e jurisprudência emanadas daquele Estado, embora já haja normas jurídicas produzidas por organizações internacionais, como as criadas pelos diversos órgãos da União Europeia. Sobre a repercussão da globalização no Direito, Pedro Dallari (DALLARI, 1997, p. 253) nota certa tendência uniformizadora, mas crê que em razão da ampla diversidade cultural do planeta e das suas múltiplas particularidades, o Estado ainda será “o ente político mais capaz de ordenar procedimentos de elaboração normativa que se pautem por valores democráticos e se revistam de legitimidade.”

Ainda sobre desenvolvimento e comunicação, enquanto a sociedade industrial contava com insumos baratos de energia, a sociedade pós industrial ou informacional (CASTELLS, 2000) tem como paradigma as tecnologias de informação e comunicação (TOFFLER, 1980), tanto que se cunhou a expressão “Sociedade da Informação” (BURCH, 2005) onde, descontados os exageros utópicos que constituem a “computopia” (WERTHEIN, 2000), presente, por exemplo em Masuda (MASUDA, 1985), se busca o contínuo aperfeiçoamento intelectual e técnico com promessas que justificam o esforço de todos em seu desenvolvimento.

Fernando Leal (LEAL, 1996) afirma que a sociedade tem se mobilizado para promover o que ele classifica como “comportamento normal responsável”, inclusive por meio de legislação adequada para proteger os direitos do cidadão na era digital. A Lei nº 27, de 17 de maio de 2021, conhecida como a “Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital” é um exemplo recente a apontar o interesse do Estado em garantir e proteger os cidadãos no uso da internet, principalmente as crianças e jovens, conforme previsto no artigo 15, *in verbis*: “1 - Todos têm direito à segurança no ciberespaço, incumbindo ao Estado

definir políticas públicas que garantam a proteção dos cidadãos e das redes e sistemas de informação, e que criem mecanismos que aumentem a segurança no uso da Internet, em especial por parte de crianças e jovens”.

Assim, tendo em vista que é o Estado que muitas vezes está à frente de iniciativas que visam tal objetivo, tal como no exemplo português, não é difícil concluir que sua realização ocorrerá em velocidades bem diferentes nas mais diversas sociedades. A fim de contribuir para a construção de uma sociedade de informação global e justa, foi apresentado no dia 11 de junho de 2020, pelo secretário-geral da ONU, António Guterres, o “Roteiro para Cooperação Digital”. O então secretário-geral da ONU solicitou mais ação para “conectar, respeitar e proteger” todas as pessoas na era digital. Vale dizer que este Plano, que surgiu com a pandemia Covid-19, foi o resultado de um trabalho que envolveu várias partes interessadas na abordagem a uma série de questões relacionadas com a Internet, a inteligência artificial e outras tecnologias digitais, questões estas a serem desenvolvidas ao longo dos próximos anos, a fim de atingir a “conectividade universal” até 2030. Vale frisar que a ONU defende, desde a Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (Genebra, 2003; Tunísia, 2005) a existência de um domínio público rico para alcançar a inclusão sócio-informacional.

Na economia moderna, Anita Kon (KON, 1997, p.63) pondera que o progresso técnico pode ser examinado como indutor do crescimento, mas também pode ser por ele induzido. Assim, embora o avanço tecnológico possa ser visto como um fator exógeno e, portanto, fora do sistema económico, também observa a professora da PUC de São Paulo e da Fundação Getúlio Vargas que a introdução de novas técnicas está diretamente relacionada ao investimento económico realizado, sendo certo que este mecanismo se retroalimenta, pois o investimento estimula a produção de inovações tecnológicas e estas, ao seu turno, estimulam o investimento. Trata-se de um ciclo típico do capitalismo, onde os conflitos entre oferta e demanda são constantemente superados pelas sucessivas alterações técnicas, muitas das quais fruto do desenvolvimento de novas tecnologias.

Nas palavras do linguista de Harvard, Noam Chomsky, a sociedade da informação “é também o fruto da globalização econômica, a fim de promover maior circulação de capital e informação nas mãos de grandes grupos empresariais, que são os arquitetos da sociedade global.” (GOUVEIA, 2023) E foi justamente a evolução na tecnologia da informação e comunicação que permitiu grandes avanços computacionais como forma de combater a dita monocultura, pois os avanços na criptografia formaram, por exemplo, as bases do famoso whitepaper de Satoshi Nakamoto.

2 A CONTRIBUIÇÃO DA CRIPTOGRAFIA E DOS ALGORITMOS

A necessidade de manter uma informação protegida, esteja esta armazenada ou em trânsito, sempre foi objeto de atenção, desde a antiguidade até os dias atuais, seja por parte das instituições financeiras, militares, serviços secretos, gerentes de rede, grandes empresas ou mesmo hackers, pois juntamente com a arte de criar códigos, quase tão antiga quanto a própria escrita, está a de desenvolver técnicas que permitam descobrir seu conteúdo ou, até mesmo, alterá-lo sem o conhecimento do destinatário. Esta eterna batalha que travam codificadores e decodificadores enriquece a história da arte de escrever segredos, quase tão antiga quanto a arte de se comunicar.

Na era da informação, embora o sigilo dos meios de comunicação seja um Direito Constitucionalmente garantido, por exemplo, no artigo 4º, 1 da Constituição da República Portuguesa, o desenvolvimento da criptografia é essencial para assegurar tal garantia, especialmente no ambiente virtual, onde palavras-passe, conversas privadas e números de cartões de crédito navegam ao redor do mundo pela “wide world web”. Ainda, tendo em vista a ausência de uma definição legal do termo algoritmo, embora largamente utilizado em diplomas jurídicos portugueses e da União Europeia, será adotada a ideia proveniente da matemática e da ciência da computação por serem estes os ramos do conhecimento de onde emergiram.

É possível afirmar que, embora atualmente associado à computação, o algoritmo (MEDINA, FERTIG, 2005, p.13) não está restrito a este ramo da ciência, muito menos nasceu com a

mesma. Pode ser usado em outros ramos do saber, como gestão e engenharia, e pode ser definido de diversas formas, como o procedimento passo a passo para a solução de um problema ou uma sequência detalhada de ações a serem executadas a fim de realizar alguma tarefa (LEAL, 2022, p.67). Podem, portanto, constituir um algoritmo as ações necessárias para que um balancete possa ser realizado, ou mesmo uma receita culinária. A receita, aliás, é o exemplo clássico porque apresenta todas as características de um algoritmo: a sequência de passos (modo de preparo), a tarefa a ser realizada (um bolo, por exemplo), as entradas (os ingredientes do referido bolo) e a saída (o bolo como produto final).

De forma igualmente didática, Hannah Fry define os algoritmos como uma série de instruções lógicas que mostram, desde o início até ao fim, como realizar uma tarefa. No entanto, tal definição é tão abrangente que incluiria não apenas a receita de bolo acima, mas também uma lista de direções, manuais de instrução ou vídeos de resolução de problemas encontrados no YouTube. Até livros de auto-ajuda poderiam ser considerados algoritmo, já que o conceito abrange, em teoria, “qualquer lista estanque de instruções destinadas a atingir um objetivo específico e definido” (FRY, 2019, p.22). Assim, para lapidar o conceito, a professora de Matemática da University College London explica que estas listas de instruções são quase sempre sequências de operações matemáticas e com o desenvolvimento dos computadores, estas são traduzidas para código informático e alimentadas com dados externos a fim de realizar cálculos para atingir o objetivo final.

Ademais, além dos algoritmos que possuem um único fluxo de execução, ou seja, com instruções sempre idênticas, quaisquer que sejam os valores introduzidos e mesmo que o resultado seja diferente, também há aqueles que só serão executados a depender de determinada condição ou situação. Assim, a depender da avaliação de certas condições, o fluxo das instruções do algoritmo também variará. Isso também ocorre na vida real, ou seja, a primeira situação pode estar representada quando determinado produto é adquirido incondicionalmente, ao passo que a segunda estará presente quando for imposta a condição de adquirir o produto SE o seu valor não ultrapassar determinado

limite, acima do qual o resultado será outro, qual seja, a não aquisição do produto (MEDINA, FERTIG, 2005, p.13).

A grande discussão atual não está nos algoritmos baseados em regras, mas nos de aprendizagem automática, chamados “algorithmic decision-making” (NEWELL, MARABELLI, 2015), incluídos na expressão “inteligência artificial”, tendo em conta que a máquina é alimentada com dados, um objetivo e uma resposta sempre que se encontrar no caminho certo, mas é a própria máquina que encontrará o “melhor” modo de atingir o objetivo. Os dois tipos têm vantagens e desvantagens, e tal como afirma Manuel Castells “isso, em si mesmo, não é bom nem mau: é.” mas o segundo tem gerado discussões, pois como os algoritmos estão certos na maior parte das vezes, acabam por ser uma fonte conveniente de autoridade, geradora de uma “fé cega” potencialmente perigosa.

Ademais, verifica-se na arquitetura da internet que o código é a lei (LESSIG, 2006), ou seja, os desenvolvedores dos algoritmos criam os códigos e os códigos do programador fornecem instruções a serem seguidas e moldam comportamentos no mundo dos fatos. Assim, os comportamentos adotados na rede mundial de computadores não são disciplinados pelas leis, mas sim pelos softwares, pois se determinado programa de computador permite uma determinada ação na esfera virtual, esta não poderá ser obstada pela lei, da mesma forma que se a internet, da forma como está construída, daí falar-se em arquitetura, não permitir determinada ação, nenhuma lei poderá coagí-la. A tese é do Professor da Faculdade de Direito de Harvard, Lawrence Lessig, um dos maiores defensores da internet livre, que afirma que o comportamento das pessoas no espaço digital é controlado pelo código, pelo software, pelo hardware, e não se dá, segundo ele, a devida atenção ao assunto.

O valor dos algoritmos, enquanto conjunto de instruções ou regras para solucionar um problema ou realizar uma tarefa, está no seu poder de analisar uma enorme quantidade de dados, relacionar e filtrar com o fim de aprender e tomar decisões a partir dos dados coletados, de forma mais consistente do que os humanos (MARQUES, 2021). Inspirado no sistema nervoso central, visa simular a ação dos neurônios, razão pela qual são

comumente chamados de redes neurais artificiais (SILVEIRA, 2020, p. 8). No entanto, assim como se dá na tomada de decisão humana, a decisão algorítmica também traz os seus vieses, pois os algoritmos são abastecidos ou enriquecidos com dados humanos e que, portanto, refletem enviesamentos históricos e sociais, com elementos potencialmente tendenciosos e que podem levar a decisões injustas e discriminatórias.

3 VIESES ALGORITMOS

Catherine O’Neil, Doutora em matemática e cientista de dados da Universidade de Harvard e do MIT (Massachusetts Institute of Technology), expressou sua preocupação já no título do livro que se tornou best-seller pelo New York Times: “Weapons of Math Destruction” (O’NEIL, 2016), onde alerta como os algoritmos poderiam ser “armas de destruição matemática”, em tradução livre. Defende que, em razão dos perigos e possibilidades de desvio no uso dos modelos matemáticos, os algoritmos deviam ser controlados, pois não são simplesmente fórmulas matemáticas, objetivas e científicas, mas na verdade, “opiniões embutidas em códigos” (O’NEIL, 2017).

A expressão “viés algorítmico” ou “algorithmic bias” é comumente encontrada, ora como sinônimo, ora como causa da discriminação. Muitos trabalhos propõem, a fim de minimizar os efeitos nocivos de tais vieses e melhorar a tomada de decisão, promover a consciência de sua existência e de que, muitas vezes, a decisão algorítmica pode ser injusta, discriminatória ou não ética. Nesse sentido, foram criados diversos órgãos, como AI Now Institute¹, Algorithmic Justice League², Ethics and Governance of Artificial Intelligence Initiative³, The Alan Turing Institute⁴, The Partnership on Artificial Intelligence⁵, com o objetivo de ampliar o diálogo sobre o tema, ou mesmo a participação de pessoas negras no ramo, como se dá com o movimento Black in AI⁶. Além de organizações, há muitos eventos que se repetem

1 <https://ainowinstitute.org/>

2 <https://www.ajl.org/>

3 <https://aiethicsinitiative.org/>

4 <https://www.turing.ac.uk/>

5 <https://partnershiponai.org/>

6 <https://blackinai.github.io/#/>

periodicamente com o mesmo objetivo, tais como ACM FAccT⁷, Neural Information Processing Systems⁸ e tantos outros.

Como forma de minimizar e possivelmente até evitar tais vieses discriminatórios, o crescimento do uso desta tecnologia deve ser acompanhado de um crescimento igualmente veloz da conscientização das limitações e ressalvas do uso desta poderosa ferramenta. É o que já se percebe no que toca a estudos específicos sobre o uso dos algoritmos, e consequentemente seus riscos, em situações que envolvem contratação de empregados (HOUSER, 2019), reconhecimento facial (SNOW, 2018), maus tratos infantis (BENAVIDES-PRADO, 2018) e criminalidade (RIELAND, 2018), orientação sexual (WANG, 2018), adimplemento de empréstimos bancários (MUKERJEE, 2002), abandono de emprego (ROSENBAUM, 2019), julgamentos (MAQSOOD, 2004) e tomada de decisão em geral (HAMMOND, 1998). Há quem conclua que a diversidade (LI, 2020) seria a melhor forma de combate aos vieses algorítmicos, especialmente quando a discriminação decorre não do processo de tomada de decisão em si, mas da mente de quem o elaborou, pois a forma como a mente humana funciona pode sabotar as escolhas que são feitas (HAMMOND, 1998).

4 A XAI – EXPLAINABLE ARTIFICIAL INTELLIGENCE – E OUTRAS POSSIBILIDADES

Embora sujeito a falhas, o julgamento humano é essencial para desenvolver e analisar criticamente tanto a decisão quanto o processo algorítmico. Compreender o ambiente e o contexto que envolve a sua criação, assim como as limitações do homem e estar ciente dos padrões éticos e de justiça podem, pouco a pouco, enriquecer a ferramenta e colaborar no seu aprimoramento, a fim de que a tomada de decisão seja cada vez mais fiável e justa, com riscos cada vez menores. No entanto, a questão não pode ser analisada estritamente no que toca à subjetividade encrustada no sistema algorítmico, seja do desenvolvedor, de quem implementa ou de quem usa o sistema. A busca desenfreada pelo autor do viés pode ofuscar a importância da análise do contexto

⁷ <https://facctconference.org/>

⁸ <https://neurips.cc/>

onde esses sujeitos se encontram, bem como da desigualdade estrutural presente nos dados. Trata-se, muitas vezes, de uma reprodução de relações de desigualdade fundantes e contra as quais a sociedade historicamente já se debate.

Igualdade, transparência e diversidade são valores que deveriam estar presentes em todo sistema algorítmico, a fim de evitar qualquer forma de discriminação, sejam oriundas dos algoritmos em si ou dos dados coletados. Os vieses podem gerar danos e os danos algorítmicos podem ter repercussões de grandes dimensões e acarretar responsabilidade de empresas de tecnologia da comunicação e inteligência artificial. Por tais razões, a opacidade dos sistemas algorítmicos (SILVEIRA, 2020) é frequente, em especial nas empresas de grande porte, tais como Google e Facebook (PASQUALE, 2015).

Alegam as grandes corporações que a opacidade do sistema é indispensável para a proteção dos segredos dos negócios ou da propriedade intelectual dos códigos. No entanto, tendo em vista que os algoritmos são performativos, ou seja, alteram o ambiente em que são utilizados, sua compreensão é fundamental para a manutenção do Estado democrático, pois “a democracia não convive bem com a opacidade.” (SILVEIRA, 2018/2019). Ademais, a neurociência e a economia comportamental já alertam para os efeitos dos “empurrões”, os chamados “nudge” em tradução livre, que são pequenas ou discretas intervenções comportamentais com o enorme poder de guiar as decisões das pessoas, como instrumento de influência na tomada de decisão (KAISER, 2022). Por exemplo, o algoritmo de determinada rede social determina as informações a serem mais ou menos exibidas ao usuário, o que pode acabar por influenciar as opiniões e atitudes do mesmo, em maior ou menor grau.

Nem sempre, porém, a transparência será capaz de explicar como determinado sistema alcançou este ou aquele resultado, muitas vezes discriminatório, racista ou preconceituoso. As inteligências artificiais de aprendizado profundo, tais como as redes neurais artificiais, possuem algoritmos que atuam sem que se possa explicar os seus passos ou o procedimento que levou a determinada decisão. São sistemas algorítmicos fechados os do Facebook, Google e tantas outras plataformas

de intermediação digital. Segundo Sérgio Amadeu da Silveira, “São modelos algorítmicos considerados inescrutáveis, insondáveis ou incompreensíveis” (SILVEIRA, 2020, p. 3). A questão é extremamente grave, pois o reconhecimento da existência de sistemas algorítmicos que tomam decisões sem que nem mesmo os seus gestores consigam explicar quais cálculos ou procedimentos foram realizados para tanto, fere, no mínimo, em se tratando de legislação portuguesa, a lei de proteção e defesa do consumidor, (artigo 8º, 5, da Lei 24 de 31 de julho de 1996) e o artigo 12 do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GUNNING, 2019), que garantem o direito à explicação e revisão humana em decisões automatizadas e estabelecem a responsabilidade das empresas pelos danos causados.

A inteligência artificial explicável (explainable artificial intelligence - XAI) é composta de um conjunto de técnicas, ferramentas e conceitos que permitem que um humano compreenda o processo que levou à determinada decisão por parte de uma inteligência artificial. A agência DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency) criou um programa que visa desenvolver um sistema de inteligência artificial com capacidade para explicar as suas próprias decisões, de modo racional, além de identificar seus pontos fortes e fracos, bem como comportamentos futuros. Desta forma, acredita-se que a confiança nos sistemas algorítmicos aumentará sensivelmente. No entanto, enquanto a explicabilidade dos sistemas algorítmicos não for uma realidade e o usuário não puder entender, confiar e gerenciar os sistemas, será mantida a antinomia ressaltada por Erika Giordini (GIORDINI, 2019) como espelho da atual sociedade. Afirma a Professora de Direito Privado da Marche Polytechnic University que um dos efeitos provocados pelo sistema máquina-internet-rede é a antinomia entre a simplicidade do uso e a oculta complexidade do procedimento. A autora, inclusive, reconhece a não neutralidade dos algoritmos bem como a necessidade de regulamentação e afirma que aquilo que não pode ser compreendido também não pode ser controlado.

Neste cenário, o engajamento civil em prol da transparência e as auditorias públicas de sistemas algorítmicos tornam-se uma alternativa provisória. Projetos como o “Gender Shades”,

da Algorithmic Justice League, liderados pela cientista da computação Joy Buolamwini, visam auditar sistemas algorítmicos de reconhecimento facial, especialmente nas empresas líderes de mercado (IBM, Microsoft e Face++), tendo sido descoberta uma grande falha do sistema em reconhecer rostos de pessoas negras e também mulheres, falha ainda mais grave quando se tratava de mulheres negras, como é o caso da ativista digital acima. A descoberta abrange mídias sociais e aplicativos de vigilância policial, e busca melhorar as bases de dados com a criação de um site interativo onde os dados são publicados e a repercussão dos mesmos leva as empresas envolvidas a se pronunciarem sobre suas responsabilidades e aprimorarem seus sistemas.

Ainda no que toca à explicabilidade da inteligência artificial, cumpre analisar sua abrangência mais eficaz. Isso porque embora o termo opacidade se contraponha à transparência, a questão parece ser mais profunda. Alerta Brent Daniel Mittelstadt (MITTELSTADT, 2016) que mais relevante do que o acesso ao código deve ser a compreensão do mesmo, sendo certo que ambos seriam aspectos da transparência. Nesse sentido, a garantia do acesso ao código não seria suficiente para garantir a transparência, que abrange também a compreensão do processo decisório. Mesmo neste último aspecto, nota-se que muitas vezes a compreensão poderia estar, no caso do aprendizado de máquina, chamado “machine learning”, muito além da capacidade humana. Para Burrell (BURRELL, 2016), esta forma de opacidade destas redes neurais deriva muitas vezes da quantidade massiva de dados, da velocidade com que são processados, das inúmeras variáveis operacionais aplicadas e das centenas de regras cujas previsões derivam de combinações probabilísticas altamente complexas, sem mencionar os chamados pesos algorítmicos (DATA SCIENCE ACADEMY, 2022), que funcionariam como a dopamina das redes neurais.

Tendo em vista que muito pouco escapa ao critério de aprendizado das máquinas, passa a ser cada vez mais relevante, portanto, que a gestão das empresas seja feita com base nos objetivos de desenvolvimento sustentável listados pela ONU, dentro dos quais, especificamente no setor financeiro, se desenvolveram os princípios para o investimento responsável (Principles for Responsible

Investment - PRI) com respeito aos valores ESG (econômicos e de governança, ambientais e sociais). A expressão surgiu no documento intitulado *Who Cares Wins* (Quem se importa ganha, em tradução livre), elaborado pelo Banco Mundial e pelo Pacto Global das Organizações das Nações Unidas, em conjunto com diversas instituições financeiras de vários países. O documento foi lançado em 2004 com o objetivo de estabelecer as bases para um desenvolvimento sustentável, embora a sigla tenha ganhado notoriedade nos últimos anos. Trata-se de um conjunto de boas práticas que indica o valor de determinada organização tendo em conta o seu comportamento nestes setores, quais sejam, ambiental, social e de governança corporativa. Estes três eixos têm que fazer parte das atividades de gestão, de forma mais ou menos relevante, seja para definir a melhor estratégia de atuação, seja para direcionar o posicionamento da empresa perante os acionistas. No que toca às questões da inteligência artificial, algoritmos e seus vieses, o eixo da governança se apresenta como o mais relevante e, dentro deste, assuntos como transparência e ética empresarial.

Quanto a este último, em especial, cumpre salientar o surgimento, inclusive, de um novo vocábulo, *algorética*, que ilustra o título do presente trabalho e visa trazer à luz a reflexão sobre os desafios da inteligência artificial. Foi usado por Sua Santidade o Papa Francisco, em 16 de outubro de 2021, em videomensagem gravada por ocasião do IV Encontro Mundial dos Movimentos Populares. O Vaticano, inclusive, por ocasião do documento intitulado “*Rome call for AI Ethics*”, emitido em fevereiro de 2020, criou uma fundação para Inteligência Artificial. Segundo Paolo Benanti (BENANTI, 2021), franciscano italiano especialista em ética, bioética e ética das tecnologias, é imperioso “desenvolver uma nova linguagem universal que saiba gerir a inovação” pois, diferente de todas as máquinas até então existentes, construídas para atender a uma finalidade, as inteligências artificiais são sistemas treinados que superam o modelo clássico “*if this, then that*” (se isto, então aquilo) por responderem de forma autônoma a um problema apresentado. São verdadeiros “*machine sapiens*”, nas palavras do autor, e constitutivamente falíveis.

Para gerir possíveis equívocos o autor propõe que sejam criadas diretrizes éticas compartilhadas, bem como uma nova linguagem universal que seja capaz de traduzi-las em diretrizes executáveis pela máquina, a que ele chama de algorética. E explica:

“Na medida em que quisermos confiar competências humanas, de compreensão, de julgamento e de autonomia de ação a sistemas de software de inteligência artificial, devemos entender o valor, em termos de conhecimento e de capacidade de ação, desses sistemas que pretendem ser inteligentes e cognitivos.

Para poder desenvolver uma algorética, devemos esclarecer em que sentido se fala de valor. De fato, os algoritmos trabalham sobre valores de natureza numérica. A ética, por sua vez, fala de valor moral. Devemos estabelecer uma linguagem que saiba traduzir o valor moral em algo computável para a máquina. A percepção do valor ético é uma capacidade puramente humana. A capacidade de trabalhar com valores numéricos, em vez disso, é a habilidade da máquina. A algorética nasce se formos capazes de transformar o valor moral em algo computável.”

Ademais, tendo em conta que a parte detentora de valor será sempre o ser humano, Benanti apresenta o imperativo ético fundamental para a máquina: “duvida de ti mesma”. Na medida em que este senso de incerteza for a diretriz fundamental, obtida com a inserção de paradigmas estatísticos nos softwares, a máquina vai exigir a ação do ser humano sempre que não tiver certeza de estar a proteger um valor humano e este é, segundo o autor, o caminho para se construir inteligências artificiais “human-centered”, adaptáveis ao homem (e não ao contrário), inteligíveis por eles e dotadas de “humildade artificial”, já que a prioridade operacional serão sempre as pessoas presentes, e não o cumprimento de um fim determinado, como preconizado por Lessig ao afirmar que o código é a lei.

Ainda sobre a ética, vale destacar que em dezembro de 2018 a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) do Conselho da Europa, adotou o primeiro texto europeu sobre o assunto, a Carta Europeia de Ética sobre o uso da inteligência artificial (EUROPA, 2018), publicada em 04 de dezembro em Estrasburgo, França. No documento são elencados cinco princípios éticos para o uso da IA na Justiça: respeito pelos

Direitos Fundamentais; não discriminação; qualidade e segurança; transparência, imparcialidade e justiça; e controle do usuário.

Por fim, vale destacar que ante à importância do tema e de suas consequências jurídicas, já há quem anteveja a possibilidade de certa autonomia dogmática e do surgimento de um “direito dos algoritmos”. Embora não haja a certeza quanto à necessidade ou utilidade prática de tal autonomização, a ideia da criação desta nova disciplina normativa não poderia passar despercebida. Desta forma, Ana Alves Leal afirma: “mais do que uma apologia tímida em torno da (futura) autonomia dogmática do “direito dos algoritmos”, é uma constatação e uma afirmação do espaço que os problemas jurídicos sobre algoritmos têm vindo a ocupar no discurso jurídico e no sistema de fontes do direito” e para corroborar tal afirmação, lista diversos autores que defendem esta autonomização (LEAL, 2022, p. 67), tais como Mario Martini, Horst Eidenmüller, Gerard Wagner, Jan-Frederick Göhsl, Johannes Rottmann, Matthias Schaut, Woodrow e Jessica Barfield. Esta diversidade reafirma a ideia de que o algoritmo é objeto de estudo de diversas ciências, não apenas da informática.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que todos os processos de desenvolvimento social trazem, em seu interior, um forte potencial disruptivo, podendo este evoluir de forma mais ou menos perigosa a depender da capacidade de a sociedade se adaptar e resolver eventuais desafios. Vimos que, com a tecnologia e a sociedade da informação não é diferente. A opacidade pode gerar danos de grandes repercussões, razão pela qual a transparência e a compreensão do sistema devem ser objetivos a serem alcançados para todos aqueles que vivem num Estado de Direito. Desta forma, embora inegáveis as vantagens oriundas da globalização e dos avanços tecnológicos mais recentes, não se nega que os processos algorítmicos possam refletir vieses, muitos dos quais a sociedade já se depara no ambiente real. Cabe, porém, identificada a sua existência e medido o seu potencial lesivo, alertar a sociedade para este “black box” e trazer as possibilidades para o convívio harmônico entre o desenvolvimento tecnológico e a ética nos processos algorítmicos, tal como verificado acima.

A conclusão pela proposta de uma algorética, ou ética nas tecnologias, se coaduna com os objetivos de desenvolvimento sustentável listados pela Organização das Nações Unidas, em especial com os princípios para o investimento responsável, e com os valores ESG, em especial os que tocam a governança. Também é preocupação do Vaticano e da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça do Conselho da Europa. Como pôde ser verificado, são essenciais em razão da falibilidade do sistema e necessárias para guiar a inovação.

Todavia, a busca por uma ética que possa ser medida em valores computacionais, a elaboração de documentos transnacionais com princípios éticos ou mesmo a sugestão de boas práticas que tenham em conta este valor, embora extremamente relevantes e importantes não seriam de todo suficientes sem que, no elo final de toda esta corrente tecnológica, não estivesse o elemento humano. Assim, a investigação foi capaz de concluir que, de fato, para que os algoritmos encontrem a ética é preciso que, em caso de dúvida, seja o homem a avaliar a questão, de forma que, de um modo geral, a inteligência artificial evolua e se adapte tendo sempre o elemento humano como centro de todas as decisões.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. *Issue Brief Who Cares Wins*, 2004-08. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/444801491483640669/pdf/113850-BRI-IFC-Breif-whocares-PUBLIC.pdf>>, Acesso em: 07 de novembro de 2023, 14:41:00.

BENANTI, Paolo. *A necessidade de uma algorética para enfrentar o desafio da inteligência artificial*. L'Osservatore Romano, 20 dez. 2021, tradução Moisés Sbardelotto, para o Instituto Humanitas, Unisinos. Disponível em: <<https://ihu.unisinos.br/categorias/615549-a-necessidade-de-uma-algor-etica-para-enfrentar-o-desafio-da-inteligencia-artificial-artigo-de-pao-lo-benanti>>, Acesso em: 19 jul. 2023.

BENAVIDES-PRADO, D.; VAITHYANATHAN, R.; PUTNAM-HORNSTEIN, E.; FIALKO, Nso. *A case study of algorithm-assisted decision making in child maltreatment hotline screening decisions*. Academia.edu. 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/40811550/A_case_study_of_algorithm_assisted_decision_making_in_child_maltreatment_hotline_screening_decisions>, Acesso em: 26 mai. 2023.

BURCH, Sally. *Sociedade da Informação - Sociedade do Conhecimento*. In: Ambrosi, A.; Peugeot D.; Pimenta, V.. *Desafio das Palavras*. Ed. Vecam, 2005.

BURRELL, Jenna. *How the machine 'thinks': understanding opacity in machine learning algorithms*. *Big Data & Society*, 3 (1), p. 1-12, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/2053951715622512>>, Acesso em: 20 jun. 2023.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. In: *A Sociedade em rede*. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Direito e Globalização*. In: *Desafios da Globalização*. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

DATA SCIENCE ACADEMY. *Deep Learning Book*, 2022. Disponível em: <<https://www.deeplearningbook.com.br/inicializacao-de-pesos-em-redes-neurais-artificiais>>, Acesso em: 20 jun. 2023.

EUROPA. Comissão Europeia para a eficácia da Justiça. *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente*. CEPEJ, 31ª reunião plenária. Estrasburgo, 3 e 4 dez. 2018. Disponível em: <<https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>>, Acesso em: 04 jul. 2023.

FRY, Hannah. *Olá Futuro: como ser humano na era dos algoritmos*. Guia essencial para perceber como a Inteligência Artificial determina as nossas vidas. Planeta Manuscrito. Lisboa, 2019.

GENDER SHADES. *Algorithmic Justice League*. Disponível em: <<http://www.gendershades.org>>, Acesso em 30 mai. 2023.

GIORDINI, Erika. *Algorithms and Law*. *The Italian Law Journal*. Vol 05. N. 1, 2019, p. 131- 149. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Algorithms_and_Law.pdf>, Acesso em: 19 jul. 2023.

GONTIJO, Cláudio. *Raízes da crise financeira dos derivativos subprime*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2008.

GOUVEIA, Luis Manuel Borges. *Sociedade da Informação: notas de contribuição para uma definição operacional*. Disponível em : <http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf>, Acesso em: 26 out. 2023.

GUNNING, David. *Explainable artificial intelligence (XAI) Program*. *AI Magazine*, v. 40, n. 2, 2019. P. 44 - 58. Disponível em: <<https://onlinelibrary>>.

wiley.com/doi/10.1609/aimag.v40i2.2850>, Acesso em: 07 de nov. 2023, 13:48:00.

HAMMOND, J. S.; KEENEY, R. L.; RAIFFA, H.. *The Hidden Traps in Decision Making*. Harvard Business Review. 1998. Disponível em: <<https://hbr.org/1998/09/the-hidden-traps-in-decision-making-2>>. Acesso em: 26 mai. 2023.

HELD, David; McGrew, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 2001.

HOUSER, Kimberly A.. *Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry?* Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making. 22, Stanford Technology Law Review, 2019. P. 290-353. Disponível em: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/08/Houser_20190830_test.pdf>, Acesso em: 06 nov. 2023, 15:02:00.

KAISER; Jessica. *The Concept of Nudging: How Power Impacts One's Susceptibility to Nudges and the Intention to Influence Others Through Nudges*. Dissertação de Mestrado em Gestão apresentado na Universidade Católica Portuguesa em 05 de abril de 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/38860/1/203038401.pdf>>, Acesso em: 07 nov. 2023, 13:35:00.

KON, Anita. *Tecnologia e trabalho no cenário da globalização*. In: Desafios da Globalização. p. 60-69. Organizadores: Ladislau Dowbor, Octavio Ianini, Paulo-Edgar A. Resende. Petrópolis, RJ. Editora Vozes, 1997.

KRUGMAN, Paul R. *A Crise de 2008 e a Economia da Depressão*. Tradução: Afonso Celso Da Cunha Serra. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2009.

LEAL, Ana Alves. *Decisões, algoritmos e interpretabilidade em ambiente negocial*. Sobre o dever de explicação das decisões algorítmicas. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisbon Law Review. RFDUL-LLR. Vol. LXIII (2022) 1 e 2, p. 65-148.

LEAL, Fernando. *Ethics is fragile: goodness is no*. In: KARAMJIT, S. Gill. Ed. Information Society: new media, ethics and postmodernism. London : Springer, 1996.

LESSIG, Lawrence. *Code. Version 2.0*. New York, Basic Books, 2006.

LI, M.. *To Build Less-Biased AI, Hire a More-Diverse Team*. Harvard Business Review. 2020, October 26. Disponível em: <https://hbr.org/2020/10/to-build-less-biased-ai-hire-a-more-diverse-team?utm_medium=email&utm_source=newsletter_daily&utm_campaign=dailyalert_notactsubs&deliveryName=DM102877>, Acesso em 26 mai. 2023.

MAQSOOD, T.; FINEGAN, A.; L. ARMSTRONG, H.. *Biases and Heuristics in Judgment and Decision Making: The Dark Side of Tacit Knowledge*. Issues in Informing Science and Information Technology, 1, 2004, p. 295–301. Disponível em: <<https://doi.org/10.28945/740>>, Acesso em: 26 mai. 2023.

MARQUES, Tiago. *Overcoming Algorithmic Bias: the role of bias awareness, knowledge and minority status on human decision-making*. Dissertação de Mestrado em Gestão apresentada em abril de 2021 na Universidade Católica Portuguesa.

MASUDA, Yoneji. *Computopia*. In: FORESTER, Tom. (Ed.). *The information technology revolution*. Oxford : Basil Blackwell, 1985.

MEDINA, Marco; FERTIG, Cristina. *Algoritmos e Programação: teoria e prática*. Novatec Editora. São Paulo, 2005.

MITTELSTADT, Brent Daniel et al. *The ethics of algorithms: Mapping the debate*. Big Data & Society, 1-21, jul.-dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/2053951716679679>>, Acesso em: 20 jun. 2023.

MUKERJEE, A.; BISWAS, R.; DEB, K.; MATHUR, A.. *Multi-objective Evolutionary Algorithms for the Risk-return Trade-off in Bank Loan Management*. International Transactions in Operational Research, 9 (5), 2002, p. 583–597. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/1475-3995.00375>>. Acesso em: 26 mai. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. *Roteiro para a Cooperação Digital*. Disponível em: <https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/?_gl=1*_1fa1yq5*_ga*MzAzNzE3OTMuMTY3NTcwMDM2Nw.*_ga_TK9BQL5X-7Z*MTY3NTcwMDM2Ny4xLjAuMTY3NTcwMDM2Ny4wLjAuMA>, Acesso em: 30 jan. 2023.

NAÇÕES UNIDAS, *PRI Board Report 2022-2023 e PRI Annual Report 2022-2023*. Disponível em: <<https://www.unpri.org/>>, Acesso em: 04 jul. 2023.

NEWELL, S., MARABELLI, M. *Strategic opportunities (and challenges) of algorithmic decision-making: A call for action on the long-term societal effects of ‘datification’*. J. Strateg. Inform. Syst., 2015. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0963868715000025?via%3Dihub>>, Acesso em: 10 ago. 2023.

O’NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishing Group, 2016. Disponível em: <<https://www.almedina.net/autor/cathy-o-neil-1575470936>>, Acesso em: 19 jun. 2023.

O’NEIL, Cathy. *The era of blind faith in big data must end*. TED Talk. Abril, 2017. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/cathy_o_neil_the_

era_of_blind_faith_in_big_data_must_end>, Acesso em: 06 nov. 2023, 14:46:00.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2015.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>, Acesso em: 18 jul. 2023.

PORTUGAL, *Lei 24 de 31 de julho de 1996*. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>, Acesso em: 26 mai. 2023.

RIELAND, R.. *Artificial Intelligence Is Now Used to Predict Crime*. But Is It Biased? Smithsonian, 2018, March 5. Disponível em: <<https://www.smithsonianmag.com/innovation/artificial-intelligence-is-now-used-predict-crime-is-it-biased-180968337/>>, Acesso em: 26 mai. 2023.

ROSENBAUM, E.. *IBM artificial intelligence can predict with 95% accuracy which workers are about to quit their jobs*. 2019, April 3. CNBC. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2019/04/03/ibm-ai-can-predict-with-95-percent-accuracy-which-employees-will-quit.html>>, Acesso em: 26 mai. 2023.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Regulação Algorítmica e os Estados Democráticos*. Artigo publicado em Dossiê 204 da Revista Eletrônica de Jornalismo Científico ComCiencia. Dez. 2018 a Fev. 2019. Disponível em: <<https://www.comciencia.br/regulacao-algoritmica-e-os-estados-democraticos/>>, Acesso em: 10 jul. 2023.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; SILVA, Tarcizio Roberto da. *Controvérsias sobre danos algorítmicos: discursos corporativos sobre discriminação codificada*. In: Revista Observatório, Palmas, v. 6, n. 4, p. 1-17, jul-set. 2020 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.20873/uft.2447-4266.2020v-6n4a1pt>>, Acesso em: 04 out. 2023.

SNOW, J.. *We're in a diversity crisis: cofounder of Black in AI on what's poisoning algorithms in our lives*. MIT Technology Review. 2018, February 14. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/2018/02/14/145462/were-in-a-diversity-crisis-black-in-ais-founder-on-whats-poisoning-the-algorithms-in-our/>>, Acesso em: 26 mai. 2023.

SOROS, George. *O novo paradigma dos mercados financeiros: a crise do crédito em 2008 e as suas implicações*. Coimbra: Almedina, 2008.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1980.

VOS, Herman. *Globalização: novos desafios*. In *Desafios da Globalização*. Coleção Horizontes da Globalização. Revista Eclesiástica Brasileira, 56, n. 224, (1996), p. 803–829. Disponível em: <<https://doi.org/10.29386/reb.v56i224.2495>>, Acesso em: 02 mar. 2023.

WANG, Y.; KOSINSKI, M.. *Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial images*. *Journal of Personality and Social Psychology*, 114 (2), 2018, p. 246–257. Disponível em: <<https://doi.org/10.1037/pspa0000098>>, Acesso em: 26 mai. 2023.

WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. In: *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY (WSIS). *Declaration of Principles: building the Information Society: a global challenge in the new Millennium*. Geneva, 2003 (WSIS, 2003/GENEVA/DOC/9-E, 12 December 2003). Disponível em: <http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2023.

APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

Anna Luiza Massarutti Cremonezi

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual
de Londrina, Brasil, annaluiza.cremonezi@uel.br

Luís Fernando Ferreira Marques

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual
de Londrina, Brasil, lfernandofmarques@gmail.com

Patrícia Ayub da Costa

Doutora em Direito Internacional pela USP, Mestre em Direito
Negocial pela UEL, Professora e vice-coordenadora do
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da
Universidade Estadual de Londrina, Brasil, patricia.ayub@uel.br

RESUMO: No contexto da Constituição Federal Brasileira de 1988, que destaca a importância da transparência na administração pública, surgiu uma interação potencialmente conflituosa entre a Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Este estudo propôs-se a avaliar a correta aplicação da LGPD quando usada como justificativa para negar solicitações amparadas pela LAI. Por meio da análise das práticas adotadas pela Administração Pública e da legalidade da atuação estatal, objetiva compreender as tensões entre essas duas leis. Os resultados indicam que, em determinados casos, a LGPD tem sido interpretada de maneira possivelmente distorcida, levando à negativa de pedidos baseados na LAI. Esta situação ressalta a necessidade de equilíbrio e clareza na aplicação conjunta destas leis, garantindo tanto o direito à informação quanto a proteção de dados. Trata-se de pesquisa estruturada a partir de revisão bibliográfica e da utilização do método dedutivo, que parte de conceitos gerais para delimitar o campo investigativo. Este estudo utilizou o método dedutivo, partindo de conceitos gerais para análises específicas, com uma abordagem metodológica que engloba análise documental e qualitativa de legislação, jurisprudência e literatura, além da avaliação de dados secundários para explorar a interação entre a LAI e a LGPD.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Acesso à Informação, Lei Geral de Proteção de Dados, transparência governamental, administração pública, proteção de dados.

ABSTRACT: Within the context of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which emphasizes the importance of transparency in public administration, a potentially conflictual interaction has emerged between the Access to Information Law (LAI) and the General Data Protection Law (LGPD). This study aimed to assess the proper application of the LGPD when used as a justification to deny requests covered by the LAI. Through the analysis of practices adopted by the Public Administration and the legality of state action, it seeks to understand the tensions between these two laws. The results indicate that, in certain cases, the LGPD has been possibly misinterpreted, leading to the denial of requests based on the LAI. This situation highlights the need for balance and clarity in the joint application of these laws, ensuring both the right to information and data protection. This research is structured based on a bibliographic review and the use of the deductive method, which starts from general concepts to define the investigative field. This study employed the deductive method, starting from general concepts towards specific analyses, with a methodological approach that encompasses documentary and qualitative analysis of legislation, jurisprudence, and literature, in addition to the evaluation of secondary data to explore the interaction between the LAI and the LGPD.

KEYWORDS: Access to Information Law, General Data Protection Law, government transparency, public administration, data protection

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura a relevância da transparência e responsabilidade na administração pública. Estes valores se encontram intrinsecamente ligados à ideia do Estado Democrático de Direito e ao acesso à informação como direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXXIII. Todavia, a interação entre o direito de acesso à informação e a proteção dos dados pessoais tem gerado debates no cenário jurídico brasileiro.

Nesse quadro, a Lei de Acesso à Informação (LAI - Lei nº 12.527/2011) destaca-se por assegurar o direito inerente ao acesso da informação. Paralelamente, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018) busca resguardar os dados pessoais dos cidadãos. Contudo, tem-se percebido na prática da administração pública um conflito entre esses dois pilares, sendo a LGPD frequentemente invocada como razão para recusar solicitações baseadas na LAI.

Diante desse cenário complexo, questiona-se se a administração está utilizando a LGPD como um escudo indevido contra a transparência prevista na LAI. Há um desafio interpretativo em jogo, que acende um alerta sobre a integridade da transparência governamental e a correta aplicação das leis citadas.

Portanto, o propósito deste estudo é desentranhar a complexa relação entre LAI e LGPD, investigando como a administração pública tem tratado a disponibilização de informações sob a ótica da LGPD. Ademais, busca-se decifrar a verdadeira intenção por trás de ambas as leis, destacando a harmonia e possíveis atritos entre elas. Concluindo, uma análise criteriosa será realizada para avaliar se a atuação do poder público se alinha, de fato, aos preceitos e normas previstos nas respectivas legislações.

A metodologia utilizada foi de análise documental e qualitativa de legislação, jurisprudência e literatura especializada. Também foi realizada a análise de dados secundários, como relatórios de transparência, e estudada a harmonização entre LGPD e LAI, para garantir a eficácia dos direitos e evitar prejuízos aos cidadãos.

1 O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A administração pública direta, enquanto pilar da execução de políticas e gestão estatal, tem na transparência uma de suas maiores obrigações. No entanto, sabe-se que tal obrigação não foi sempre cumprida com a máxima diligência, o que levou à publicação da Lei de Acesso à Informação, de nº 12.527, em 2011. Ocorre que, desde a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, têm surgido dilemas sobre os limites e formas deste fornecimento de informações. Neste tópico, busca-se identificar e elucidar como a administração pública tem operado ao responder às solicitações ancoradas na Lei de Acesso à Informação, e se essa atuação se encontra alinhada ou em descompasso com os preceitos normativos estabelecidos.

O art. 37 da Carta Magna de 1988 estabelece diversos princípios aos quais a administração pública, tanto direta quanto indireta, deve obedecer, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A transparência pode ser vista como um princípio intrínseco, que se relaciona estreitamente com os demais, notadamente com a publicidade, visando uma gestão pública sagaz e operante.

O princípio da publicidade demanda que as ações governamentais sejam divulgadas de maneira acessível a todos, exceto em casos em que a confidencialidade seja justificada. A publicidade desempenha duas funções complementares. Primeiramente, garante a todos o acesso a informações sobre as ações e omissões realizadas por agentes estatais e até mesmo não estatais, especialmente na administração de recursos públicos. Em segundo lugar, o conhecimento público por terceiros atua como um dissuasor para práticas condenáveis, aumentando a probabilidade de que tais condutas sejam reveladas (Marçal, 2018).

Com efeito, um ambiente em que impere a publicidade dos atos processuais é exigência do Estado Democrático de Direito, justamente porque desse modo é possível à sociedade acompanhar e fiscalizar a lisura, a retidão e, sobretudo, a impessoalidade na condução dos diversos processos. Assim, o princípio da publicidade permite o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, dentro do contexto da efetivação do contraditório e da ampla defesa

Assegurar a publicidade implica, por um lado, na disseminação impessoal e generalizada de informações para o conhecimento público. A Lei 12.527/2011 regulamenta o direito constitucional à informação conforme previsto nos artigos 5.º, XXXIII; 37, § 3.º, II; e 216, § 2.º, da CF/1988. Esta legislação foi implementada no âmbito federal através do Decreto Federal 7.724/2012. Contudo, independentemente do regime desta lei, a publicidade se aplica amplamente a todas as atividades governamentais (Marçal, 2018).

Assegurar a total transparência nos procedimentos é interpretado como uma obrigação inerente à administração. Em um Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido pelo povo (conforme art. 1º, parágrafo único, da Constituição), é inaceitável que informações de relevância coletiva permaneçam ocultas aos cidadãos, ou que se omitam dados com potencial impacto individual.

Portanto, pode-se entender a transparência pública como o fornecimento e a possibilidade de acesso a informações relevantes de ordem econômica, social e política relacionadas ao governo ou suas instituições, direcionando-as ao cidadão e capacitando-o para influir na tomada de decisão políticas, além de permitir que ele avalie as condutas governamentais. É mandatório que todas as instituições públicas observem o princípio da publicidade, prestando contas tanto à sociedade quanto ao Poder Legislativo.

O direito à informação no contexto da Administração Pública é assegurado a todo cidadão, simplesmente por sua condição cidadã. O inciso LXXII do art. 5º da Constituição introduz o habeas data como mecanismo para garantir “o acesso ou correção de informações do solicitante presentes em registros governamentais ou de domínio público”.

Quando se trata de sigilo administrativo, por força dos art. 3º, I, e 4º, III, da LAI, este só será aplicado em circunstâncias em que seja vital para a proteção da sociedade e do Estado. Assim, a transparência e a publicidade atuam como ferramentas fundamentais para o exercício do controle social, representando pilares vitais para a consolidação democrática e para uma governança eficaz.

Conforme destacado por Severino Fernandez Ramos (2018, p. 223), a transparência nos órgãos governamentais não apenas denota a vitalidade democrática, mas também acarreta inúmeros benefícios. Essa prática amplifica a legitimação democrática da Administração ao tornar sua atuação visível e reconhecível, permitindo que os cidadãos e a opinião pública exerçam um papel crucial no seu monitoramento. Tal engajamento contribui significativamente para o fortalecimento da legitimidade democrática, especialmente quando direcionado para serviços voltados ao bem coletivo, em contraposição a interesses individuais. Ademais, a clareza nas ações governamentais fomenta a aderência estrita à legislação por parte das autoridades e seus representantes.

O direito de acesso à informação pública é importante para o desenvolvimento autônomo das pessoas, por propiciar o exercício dos direitos dos cidadãos e sua tutela judicial, inclusive direitos personalíssimos ou direitos coletivos, por exemplo, proteção dos bens ambientais e culturais, o direito à saúde, também direitos de natureza econômica e patrimonial (Ramos, 2018, p. 225).

O artigo 3º da LAI estabelece, como principal diretriz, a primazia da transparência, considerando o sigilo como uma excepcionalidade, reforçando assim o direito inerente de acesso à informação e direcionando a função pública para alcançar o objetivo desejado. É indiscutível que a LAI representa um ponto de inflexão regulatório no Brasil, sendo crucial para assegurar o direito do indivíduo. Os artigos 6º e 8º reafirmam essa exigência.

Silveira (2013) defende que a Lei de Acesso à Informação tem como pilares fundamentais a democracia e a república, sendo que a primeira se manifesta principalmente através do acesso amplo e, na maioria das vezes, irrestrito a informações de natureza pública. Este acesso é considerado um instrumento essencial para a participação ativa dos cidadãos na política, permitindo-lhes avaliar a efetividade da democracia praticada pelos seus representantes. Tal mecanismo garante ao cidadão a capacidade de monitorar o exercício do poder, facilitando sua inserção no processo decisório do Estado. Para a democracia, é vital que as liberdades e direitos fundamentais sejam exercidos para garantir que as ações do governo sejam transparentes, afas-

tadas de qualquer operação secreta, e estejam sujeitas à análise, julgamento e crítica do público assim que se tornem conhecidas.

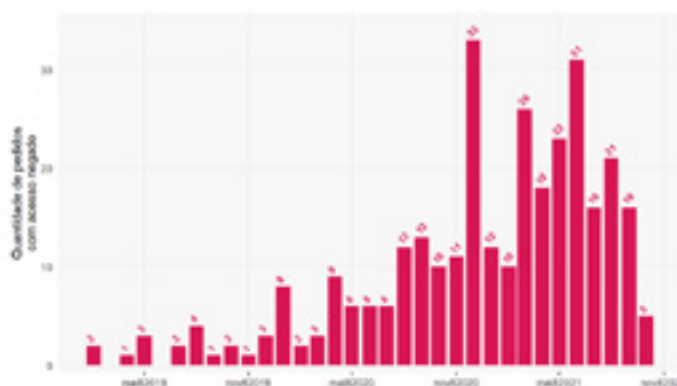
A LGPD surge, em 2018, para delinear e garantir a segurança no manejo de informações. “É nesse contexto que deve ser compreendida a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – a LGPD –, que tem como objetivos principais proteger os dados pessoais e de reforçar a autonomia informativa e a dignidade dos titulares dos dados, bem como a própria democracia (Frazão, 2021)

Deste modo, ambas as leis interagem, com a LGPD atuando para aprimorar a LAI, e não para se opor a ela. Esta relação é evidenciada pelo fato de que, enquanto a LAI aborda aspectos de acesso e confidencialidade, a LGPD destaca a necessidade de um processamento apropriado dos dados pessoais.

Nota-se que houve um hiato no arcabouço legal brasileiro quanto à regulação da proteção de dados. A LAI foi promulgada em 2011, contudo, a LGPD, ainda que sancionada em 2018, só entrou em vigor em 2020. Esse intervalo fez com que a manipulação de dados pessoais ocorresse de forma autônoma. Portanto, a harmonização desses instrumentos normativos é essencial para assegurar sua eficácia prática, garantindo direitos e evitando danos aos cidadãos.

Em 2021, uma pesquisa analisou as respostas de acesso negado para temas que sequer mencionavam a LGPD e o número de solicitações negativas passou de 19 para 178 num período de apenas 2 anos:

Figura 1: Acessos negados e menção à LGPD nas respostas de pedidos via LAI



Fonte: Transparência, 2021, p. 7.

Há uma correlação evidente entre a ascensão de recusas de pedidos e uma justificação inadequada ancorada na LGPD. A pesquisa sugere que o GSI pode estar empregando a Lei como meio de restringir a liberação de informações de relevância social (Transparência, 2021, p. 7-10).

De acordo com a pesquisa, a maioria (60%) das respostas que mencionam a LGPD sem que ela tenha sido citada no pedido foi classificada pelo órgão público como “Acesso concedido”. As respostas classificadas como “Acesso Negado” ocupam a segunda posição entre as mais frequentes (22%), e aparecem a partir de fevereiro de 2019. No entanto, é importante ressaltar que nem todos os pedidos de informação apresentados ao governo federal podem ser verificados quanto à citação ou não da LGPD e termos relacionados, e que a base de dados usada na análise não contém solicitações que o órgão público demandado considera que contém informações pessoais. Portanto, os números apresentados no relatório são aproximados (Transparência, 2021, p. 7-10).

No intervalo de fevereiro de 2019 a outubro de 2021, o GSI registrou o maior índice de recusas fazendo menção à LGPD. Do total de recusas durante esse período, 49,5% das respostas negativas faziam referência à LGPD.

Há a prevalência de alguns termos nas respostas negativas que mencionam a LGPD sem que o pedido fosse a respeito dela ou a mencionasse, o que indica o uso da legislação para bloquear o acesso a informações. No caso do GSI, todas as negativas respondem a demandas por registros de entrada e saída em palácios do governo, por agendas de autoridades e registros de reuniões. No entanto, o texto não especifica quais são os termos mais utilizados para a negativa (Transparência, 2021, p. 7-10).

Vale sublinhar que tanto a LAI quanto a LGPD têm mecanismos intrínsecos que buscam prevenir a utilização inadequada da legislação, como é o caso das recusas de pedidos de acesso fundamentadas de forma equivocada na proteção de dados.

Nessa direção, para compreender como os marcos legais foram harmonizados para coibir tais práticas indevidas, é primordial observar o artigo 5º da LAI, que estipula ser “responsabilidade

estatal assegurar o acesso à informação, que deve ser proporcionado de maneira clara, transparente e em linguagem acessível”.

O compromisso de fornecer informações apropriadamente já está delineado nesse dispositivo legal. Além dessa obrigação, a legislação estabeleceu métodos para garantir a integralidade dos acessos e barrar lacunas legais. Assim, o marco legal já possui diretrizes bem definidas que devem ser cumpridas.

Quando se examina a LGPD, no seu artigo 2º, também se percebe a interação entre as leis, uma vez que a legislação aborda questões ligadas ao direito à privacidade e à integridade do titular dos dados pessoais.

A transparência e o acesso à informação, pilares essenciais da democracia e da gestão pública eficiente, enfrentam novos desafios com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Embora a LGPD tenha sido criada para proteger os dados pessoais dos cidadãos, é imperativo que sua aplicação não contrarie os princípios de publicidade e transparência estabelecidos pela Constituição e pela Lei de Acesso à Informação (LAI). Os dados apresentados revelam que certos órgãos da Administração Pública, como o GSI, podem estar utilizando a LGPD como justificativa para negar acessos a informações de relevância social. Dessa forma, é essencial a análise da harmonia entre os instrumentos legais, como se fará em seguida.

2 A CONVERGÊNCIA FINALÍSTICA DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Diante do cenário esboçado no tópico anterior, torna-se imprescindível uma investigação meticulosa das inter-relações entre a Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Face aos desafios apresentados pela aplicação simultânea destes dispositivos legais, identifica-se uma demanda crescente por entender se ambas coexistem de forma harmoniosa ou se, pelo contrário, existem zonas de tensão que possam comprometer os objetivos centrais de cada uma. Neste capítulo, busca-se desvendar as nuances, convergências e possíveis áreas de discordância entre estas duas legislações, procurando

discernir em que medida elas se complementam ou entram em contradição em suas finalidades e aplicações.

O advento da LGPD no Brasil está intrinsecamente vinculado ao imperativo de modernizar o quadro regulatório brasileiro à luz dos impactos socioeconômicos engendrados pela progressão tecnológica. Em escopo mais amplo, entende-se que a emergência de regulamentações voltadas à proteção de dados pessoais em diferentes nações emerge da dialética entre o avanço e o alargamento dos direitos humanos, juntamente com a revisão e adaptação de documentos internacionais referentes à salvaguarda destes direitos. Esta perspectiva é ressaltada por Leandro Alvarenga Miranda (2018. p. 19-20) ao observar que o interesse pela privacidade é uma constante histórica, presente desde os albores das civilizações hebraica, grega e chinesa, a maturação das normativas e a emergência de codificações surgem em paralelo à afirmação dos direitos individuais

A intrincada relação entre proteção de dados e direitos humanos fica evidente no GDPR, que se fundamenta no artigo 8º, n. 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no artigo 16º, n. 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia para instaurar o recente marco regulatório europeu sobre proteção de dados.

O capítulo IV da LGPD, que versa sobre o “Tratamento de dados pessoais pelo poder público”, especialmente os artigos 23 a 32, é de suma importância por determinar as condutas de entidades jurídicas de direito público no tratamento de dados. O art. 23 da LGPD, por exemplo, direciona que o processamento de dados pelo Poder Público deve ser feito por entidades mencionadas no art. 1º da Lei de Acesso à Informação, abarcando assim, toda a estrutura administrativa brasileira.

Fernando Augusto Martins Canhadas (2020. p. 442) postula que, apesar de sua redação complexa, o artigo 23 destaca a responsabilidade do titular da informação pública ao tratar dados pessoais, expondo claramente as justificativas legais, objetivos, práticas e até mesmo nomeando um responsável para tal atividade.

A importância da transparência e a necessidade de compatibilização entre o direito à informação e a proteção de dados

pessoais são ainda mais ressaltadas na LAI, que estabelece a publicidade como regra e o sigilo como exceção, exceto em circunstâncias onde o acesso à informação possa ameaçar direitos ou interesses juridicamente protegidos. A própria LAI, em seu art. 31, antecipa a demanda por uma legislação específica para tratar de dados pessoais, função agora desempenhada pela LGPD.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) emerge como um instrumento legal meticulosamente construído, destinado à salvaguarda dos dados pessoais. Ela delinea, com precisão, os protocolos que devem ser seguidos no que tange à coleta, conservação, manipulação e difusão desses dados por entidades corporativas e órgãos governamentais. O cerne dessa legislação é assegurar não apenas a privacidade, mas também a integridade dos dados pessoais dos indivíduos, estabelecendo simultaneamente os direitos e responsabilidades dos controladores e operadores dessas informações.

Por outro lado, a Lei de Acesso à Informação (LAI) enraíza-se na garantia do direito inalienável de acesso à informação pública, um pilar estabelecido na Constituição Federal. Ela prescreve diretrizes e mecanismos, permitindo que qualquer cidadão, sem necessidade de explicitar os motivos, possa requisitar e obter informações públicas geradas ou mantidas por entidades e órgãos públicos. O intuito subjacente à LAI é infundir uma cultura de transparência e responsabilização na administração pública, possibilitando que a população exerça uma fiscalização mais assertiva sobre as atividades governamentais.

Em uma análise mais profunda, percebe-se uma harmonia intrínseca entre a LGPD e a LAI. Essa simbiose é fundamentada na premissa de impulsionar a máxima transparência nas informações públicas de relevância coletiva, respeitando o escopo e o limite de cada legislação, com o propósito de minimizar as discrepâncias informacionais entre o aparato estatal e a população (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Ambas as leis, embora com focos distintos, navegam pelo *ethos* da transparência. Enquanto a LGPD é centrada na proteção de dados pessoais, assegurando que as informações dos cidadãos sejam manipuladas com zelo e segurança, a LAI concentra-se em assegurar que as informações públicas sejam disseminadas

de maneira clara e acessível. O objetivo final é reduzir a disparidade informacional entre o Estado e seus cidadãos (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Desse modo, a convergência lógica entre a LGPD e a LAI é cristalizada na aspiração comum de ambas: garantir a transparência e a acessibilidade de informações públicas de interesse coletivo, atenuando as assimetrias informacionais entre o aparato governamental e a população, cada qual dentro de sua especificidade legal (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Na análise sobre as legislações que tutelam as informações e dados no país, observa-se que o gênero do direito de acesso pode ser subdividido em duas categorias específicas: (i) direito de acesso à informação ou a dados de interesse público, e (ii) direito de acesso aos próprios dados pessoais (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Ao se aprofundar no direito de acesso aos próprios dados pessoais, o que se almeja é estabelecer um ambiente onde o cidadão, enquanto titular de seus dados, possa, de maneira simplificada e sem ônus, acessar os dados pessoais que terceiros – sejam eles controladores públicos ou entidades privadas – possuam a seu respeito. Isso se fundamenta na premissa de empoderar os indivíduos, proporcionando-lhes o controle e conhecimento sobre suas informações armazenadas (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Essa prerrogativa visa assegurar que, ao solicitarem acesso a seus dados, os titulares recebam informações precisas, cristalinas e de fácil entendimento acerca de como seus dados pessoais estão sendo processados e utilizados. A transparência nesse processo não apenas oferece clareza ao titular, mas também possibilita a verificação da legalidade do tratamento e a precisão dos dados armazenados (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Ademais, o direito de acesso a dados pessoais não se limita a ser apenas um fim em si mesmo, mesmo que o simples ato de acessar a informação já cumpra um dos preceitos essenciais dos direitos dos titulares. Esse direito também serve como um meio facilitador, uma vez que, com as informações adquiridas através do exercício deste direito, uma série de outras prerrogativas podem ser ativadas pelo titular. Dentre essas prerrogativas, destacam-se o direito de retificação, conforme o artigo 18, inciso

III, e o direito de exclusão, como estabelecido nos incisos IV e VI do mesmo artigo (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Assim, é perceptível a relevância dessa gama de direitos, pois ela se propõe a fortalecer o poder do cidadão sobre suas próprias informações, permitindo que ele seja não apenas um espectador passivo, mas um agente ativo na gestão e controle de seus dados pessoais.

O enlace entre a LGPD e a LAI não apenas ilustra a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, mas também ressalta o país como pioneiro em um compromisso bilateral com a transparência governamental e a proteção dos direitos individuais. Na confluência dessas duas leis, tem-se um panorama onde a transparência é garantida e a privacidade é preservada, estabelecendo um equilíbrio dinâmico entre o direito de acessar informações e o direito de proteger dados pessoais.

Essa interação harmoniosa entre a LGPD e a LAI simboliza a força da democracia brasileira, onde os direitos dos cidadãos são colocados no pedestal. Entretanto, para que esse equilíbrio seja mantido e essas leis cumpram seu propósito com eficiência, é fundamental uma abordagem integrativa na interpretação e aplicação dessas normas. O diálogo entre essas legislações é crucial para garantir que a transparência e a privacidade coexistam de forma complementar e produtiva.

Assim, percebe-se que essa interação não é apenas uma questão de compatibilidade, mas uma necessidade para a evolução da sociedade. E é aqui que se depara com a questão-chave: como garantir que a interpretação dessas leis pelo aparato estatal seja feita de maneira holística e integrativa? A resposta a essa indagação nos conduz ao próximo tópico deste estudo.

3 A INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA DAS NORMAS COMO DIRETRIZ À ATUAÇÃO ESTATAL

Diante da coexistência da LGPD e da LAI no ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade de uma interpretação integrativa se destaca. Essa abordagem busca harmonizar e esclarecer as áreas de interseção e possíveis tensões entre as duas legislações, permitindo uma aplicação eficaz e harmônica. Neste contexto, a

atuação estatal deve ser guiada por uma compreensão holística, onde LGPD e LAI são vistas não como normas isoladas, mas como partes complementares de um todo. Este tópico se propõe a desvendar os mecanismos e benefícios de uma interpretação integrativa, evidenciando como ela pode conduzir a uma prática governamental mais transparente, eficiente e alinhada aos direitos dos cidadãos.

Para entender esta confluência, torna-se imperativo olhar além das letras das leis e identificar os mecanismos que podem harmonizar sua aplicação. As instruções do Tribunal de Contas da União (TCU) surgem como um guia preliminar nesse processo. Ao deixar de lado as orientações consolidadas por tais instituições, o país incorre no risco de prejudicar tanto o acesso à informação quanto a segurança na aplicação da LGPD, colocando em xeque a estrutura de direitos fundamentais que sustenta o ordenamento jurídico brasileiro.

O Enunciado 4/2022¹ da Controladoria-Geral da União (CGU) é um marco nessa discussão. Ele estabelece que, no contexto dos pedidos de acesso à informação que envolvem dados de pessoas naturais, a LAI deve ser a norma reguladora. Isso se dá pela sua especificidade no trato da questão e pela compatibilidade sistemática entre a LAI, a LGPD e a Lei de Governo Digital. O enunciado esclarece que não há conflitos entre os dispositivos destas leis, fortalecendo a ideia de que elas atuam em harmonia.

Essa postura adotada pela CGU, em conjunto com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), reflete um esforço conjunto para alinhar e fortalecer a aplicação dessas leis. O plano de ação estabelecido pelas instituições busca criar políticas de transparência, acesso à informação, proteção de dados pessoais e privacidade, além de coordenar esforços em casos específicos e orientar órgãos públicos para a correta aplicação das leis.

1 Enunciado 4/2022: “Nos pedidos de acesso à informação e respectivo recursos, as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), vez que: A LAI, por ser mais específica, é a norma de regência processual e material a ser aplicada no processamento desta espécie de processo administrativo; e A LAI, a Lei nº 14.129/2021 (Lei de Governo Digital) e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) são sistematicamente compatíveis entre si e harmonizam os direitos fundamentais do acesso à informação, da intimidade e da proteção aos dados pessoais, não havendo antinomia entre seus dispositivos.”

Ao analisar o cenário internacional, David Banisar (2011) destaca a complexa interação entre o direito à privacidade e o direito ao acesso à informação. Em sua análise, Banisar examina como diferentes nações enfrentam este desafio, concluindo que, embora esses direitos frequentemente se completem, conflitos emergem, sobretudo quando governos utilizam leis de privacidade para salvaguardar interesses específicos. Esta percepção é extremamente pertinente para o contexto brasileiro, dada a intrincada tarefa de implementar de forma harmonizada a LAI e a LGPD.

A legislação mexicana, em particular, emerge como um exemplo a ser considerado. A Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública do México de 2015 evidencia uma abordagem integrada, vinculando transparência, acesso à informação e proteção de dados em um único instrumento legal.

Retornando ao cenário nacional, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) surge como um órgão de centralidade vital no ambiente de proteção de dados no Brasil. Sua função, delineada por múltiplos preceitos, é justamente assegurar que a LGPD seja aplicada de forma íntegra e eficaz, garantindo assim, a proteção dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros. Neste cenário, é imprescindível compreender o papel da ANPD como uma entidade que busca harmonizar os preceitos da LGPD com outras normas, como a LAI (Ferreira, Souza, 2021).

AANPD, com poderes para estabelecer normas complementares sobre o compartilhamento seguro dos dados pessoais, torna-se um baluarte na prevenção de possíveis violações da LGPD. Em circunstâncias de descumprimento da norma, cabe à autoridade adotar a medida diligente de informar o órgão competente, garantindo que sejam adotadas ações adequadas. Este mecanismo de retroalimentação evidencia uma preocupação em garantir a integridade dos dados e responsabilizar os possíveis infratores (Ferreira, Souza, 2021).

Ainda em sua esfera de atuação, a ANPD pode exigir dos agentes públicos a publicação de relatórios de impacto relacionados à proteção de dados, assim como incentivar a adoção de padrões e boas práticas no tratamento de dados pessoais pelo poder público, conforme o art. 32 da LGPD. Tal prerrogativa reforça a

postura proativa da ANPD em garantir que o setor público esteja em consonância com as melhores práticas de proteção de dados.

Porém, é inegável a sensação de insegurança jurídica que permeia a falta de um regulamento sancionador específico para a LGPD. Embora o ordenamento jurídico brasileiro possua mecanismos e legislações que poderiam ser invocados em caso de infrações à LGPD, a expectativa era de que esta norma, devido à sua especificidade, trouxesse soluções mais concreta (Ferreira, Souza, 2021). Esta preocupação é agravada quando se considera que as penalidades também podem ser aplicadas ao setor público.

Nesse sentido, rememora-se as conclusões de Silveira (2013), para quem a interpretação de todos os dispositivos da Lei de Acesso à Informação Pública deve ser fundamentada nos valores republicanos, democráticos e de transparência. O objetivo é realizar plenamente o direito fundamental à informação, considerando esses valores como alicerces essenciais para a interpretação e aplicação da lei. Ele enfatiza que as informações públicas são propriedade dos cidadãos, não do Estado, reforçando a ideia de que o acesso à informação é um direito inerente ao indivíduo.

A realidade da administração pública digital e do governo eletrônico, ambas potencializadas pela hiperconexão dos cidadãos e das instituições governamentais, só reforça a necessidade de equilíbrio entre a transparência administrativa e a proteção de dados pessoais. Em muitos cenários, a administração pública pode se ver diante de um dilema, ponderando entre a transparência e a proteção de dados, especialmente em situações de falhas ou violações (Ferreira, Souza, 2021).

O fato de o legislador ter se debruçado de forma breve sobre a aplicação da LGPD no âmbito governamental, apesar da vastidão de dados armazenados na estrutura administrativa, aponta para uma lacuna. Esta lacuna, aliada à multiplicidade de possíveis conflitos entre o interesse público e a proteção de dados pessoais, destaca a complexidade inerente à convivência entre a LGPD e a LAI.

Nesse cenário intrincado, a ANPD, com sua função mediadora, desempenha um papel crucial, buscando incessantemente a harmonização das leis e a consolidação de um ambiente jurídico

seguro e eficaz. Ao fazer isso, a autoridade não apenas garante os direitos dos cidadãos, mas também reforça a integridade e a confiabilidade das instituições públicas.

Nesse sentido, Patricia Peck Garrido Pinheiro (2019) ressalta que, superada a fase inicial de criação de uma legislação ou regulamentação sobre o tratamento de dados, é imperativo educar o mercado a respeito. Ela observa que este tipo de legislação é dinâmico e exige um período para seu pleno amadurecimento. Embora um prazo para adaptação tenha sido estipulado, é reconhecido que será necessário um tempo mais extenso para realizar as transformações necessárias ao cumprimento das novas normas.

Pinheiro (2019) também aponta que a adequação à proteção de dados não é uma tarefa única, mas sim um projeto contínuo que deve ser revisado periodicamente. Isso se deve às constantes mudanças nos ambientes de negócios e tecnológicos, que introduzem inovações e funcionalidades, exigindo atualizações frequentes em procedimentos e documentações, especialmente em políticas de privacidade, termos de uso e contratos, com revisões aconselhadas em intervalos não maiores que dois anos.

Conforme Pinheiro (2019), ter uma legislação específica é apenas o ponto de partida de um longo processo que afeta tanto entidades públicas quanto privadas. Atender aos requisitos da nova legislação demanda investimentos significativos, atualizações nas ferramentas de segurança de dados, revisões documentais, melhorias de processos e, primordialmente, uma evolução cultural.

Dando continuidade à temática proposta, uma solução promissora para a coexistência harmoniosa entre LGPD e LAI pode ser alcançada por meio de uma política robusta de governança de dados, fundamentada nos princípios da necessidade e da finalidade (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

A LGPD, em seu art. 6º, inciso III, destaca o princípio da necessidade, estabelecendo que o tratamento de dados deve restringir-se ao mínimo necessário para suas finalidades específicas. Assim, no contexto da LAI, isso significa que, ao solicitar informações, um indivíduo deve fornecer apenas os dados pessoais estritamente necessários para processar sua

requisição. Esse mecanismo de “menos é mais” visa proteger os direitos do solicitante e garantir a transparência.

O juízo de necessidade torna-se crucial na administração pública. Ao processar um pedido de acesso, deve-se avaliar quais dados pessoais são essenciais. Esse princípio atua como um filtro, otimizando o tratamento de dados e reforçando a relação complementar entre LGPD e LAI (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Por outro lado, o princípio da finalidade, conforme estipulado pela LGPD, assegura que os dados sejam tratados com propósitos claros e legítimos. Enquanto a transparência ativa da LAI promove a disseminação de informações, o princípio da finalidade impõe limitações ao uso desses dados, garantindo que não sejam usados para propósitos não declarados originalmente (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Ao considerar a política de ciclo de vida de dados, é vital reconhecer que os dados têm um trajeto, desde sua coleta até o descarte. Esse ciclo exige responsabilidade, sobretudo ao descartar dados que se tornaram desnecessários, excessivos ou processados fora da lei (Bioni, Silva, Lobo, 2022).

Em meio ao cenário jurídico brasileiro, a simultânea vigência da LGPD e da LAI apresenta desafios e oportunidades. A intersecção dessas duas legislações destaca a importância de uma interpretação integrativa, que visa não apenas identificar, mas também resolver possíveis tensões e sobreposições entre elas.

A harmonização proposta, como ressaltada pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União, reflete um esforço consciente do Estado em direcionar sua atuação para um paradigma que reconhece ambas as legislações como pilares complementares na salvaguarda dos direitos dos cidadãos. O reconhecimento internacional, exemplificado pela abordagem mexicana, e a análise aprofundada de estudiosos confirmam a complexidade desta tarefa.

A atuação da ANPD, crucial neste contexto, reforça o compromisso do Brasil em consolidar um ambiente que equilibre de forma efetiva o acesso à informação e a proteção de dados pessoais. Por fim, os princípios da necessidade e finalidade da LGPD e sua interação com a LAI delineiam uma rota que, se

percorrida com diligência e visão integrativa, pode estabelecer um padrão de governança de dados transparente, respeitoso e alinhado com os direitos fundamentais do cidadão. Esta coexistência harmoniosa não só é possível, mas também é imperativa para o fortalecimento da democracia e da confiança na estrutura jurídica do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar este estudo sobre a interação da Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto da administração pública, torna-se evidente a complexidade que envolve a aplicação destas duas legislações. A hipótese inicial, que questionava se a LGPD estava sendo interpretada e aplicada corretamente quando usada como barreira à transparência prevista na LAI, mostrou-se profundamente relevante diante das práticas recentemente adotadas.

Os desdobramentos analisados destacaram que, em algumas situações, a LGPD tem sido evocada de maneira possivelmente distorcida para negar solicitações amparadas pela LAI. Essa postura, adotada por segmentos da administração pública, gera preocupações quanto à integridade da transparência governamental e à aplicação efetiva das legislações em questão.

A convergência finalística entre a LAI e a LGPD, ao contrário de se mostrar antagônica, deveria reforçar a sinergia e as complementaridades entre ambas, reconhecendo que o direito à informação e a proteção de dados são dois lados da mesma moeda em um Estado Democrático de Direito.

Em síntese, a pesquisa evidenciou a necessidade de uma maior clareza na aplicação e interpretação dessas leis, garantindo que o direito fundamental de acesso à informação não seja indevidamente limitado sob o pretexto de proteção de dados. O desafio reside em equilibrar adequadamente esses direitos, assegurando a transparência necessária para o exercício pleno da cidadania, ao mesmo tempo em que se resguarda a privacidade dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BANISAR, David. *The right to information and privacy: balancing rights and managing conflicts*. 2011. Disponível em: [<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/23022>]. Acesso em: 10 out. 2023, 18:15.

BIONI, Bruno Ricardo; SILVA, Paula Guedes Fernandes da; LOBO, Pedro Bastos Lobo. Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI): análise contextual pela lente do direito de acesso. *Cadernos Técnicos da CGU*. Coletânea de artigos da Pós-Graduação em Ouvidoria Pública. 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/504/284. Acesso em 15 ago. 2023, 12:30.

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

BRASIL. *Controladoria-Geral da União. Enunciado nº 4, de 10 de março de 2022*. Informa que nos pedidos de acesso à informação e respectivos recursos as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI). Brasília, DF. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/67735/3/Enunciado_4_2022.pdf. Acesso em 10 out. 2023, 13:30

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 out. 2023, 15:30.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 out. 2023, 15:45.

CANHADAS, Fernando Augusto Martins. *A Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados: a transparência proibida*. 2020.

FRAZÃO, Ana. Propósitos, desafios e parâmetros gerais dos programas de compliance e das políticas de proteção de dados. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coordenação). *Compliance e política de proteção de dados* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.

MÉXICO. *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. Ciudad de México Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/LGTAIP.pdf>. J. Acesso em 10 out. 2023.

MIRANDA, Leandro Alvarenga. *A proteção de dados pessoais e o paradigma da privacidade*. São Paulo: All Print Ed., 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. Nova Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 309-323, fev. 2019. DTR\2019\23652.

RAMOS, Severiano Fernández. La transparencia pública: pasado, presente y futuro. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 51, 2018, p. 213-243. Disponível em: [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6519747>]. Acesso em 10 out. 2023, 12:40.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) - Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 927, p. 131-155, jan. 2013. DTR\2012\451302.

TRANSPARÊNCIA Brasil. *LGPD: Reforço a Respostas Negativas*. Dez/2021. Disponível em: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/lgpd_reforco_respostas_negativas_dez_2021.pdf. Acesso em 27 ago. 2023, 15:30

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, L119, 4 mai. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 10 out. 2023, 16:35.

NEUTRALIDADE DA REDE: DESAFIOS JURÍDICOS E IMPACTOS NA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INOVAÇÃO

Cildo Giolo Júnior

Universidade do Estado de Minas Gerais, Professor
Efetivo, Curso de Direito, Departamento de Ciências
Jurídicas, Passos, Brasil, cildo.giolo@uemg.br

Lorena Bertonha

Universidade do Estado de Minas Gerais, Discente bolsista,
Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas,
Passos, Brasil, lorena.2149656@discente.uemg.br

Pietra Lima Lopes

Universidade do Estado de Minas Gerais, Discente,
Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas,
Passos, Brasil, pietra.2149657@discente.uemg.br

RESUMO: A pesquisa tem como justificativa a importância crescente da internet na sociedade contemporânea e a necessidade de compreender os desafios jurídicos que envolvem a neutralidade da rede e seus impactos na liberdade de expressão e inovação. O objetivo principal é investigar os desafios jurídicos relacionados à neutralidade da rede e analisar seus impactos na liberdade de expressão e inovação na internet. Para isso, será realizada uma pesquisa exploratória, com revisão bibliográfica e análise de legislações e regulamentações existentes em diferentes países. Estudos de casos serão analisados para compreender as consequências da violação ou preservação da neutralidade da rede. A pesquisa também contempla a consulta de diferentes atores envolvidos na governança da internet. Os resultados esperados incluem a identificação de recomendações e estratégias para a proteção da neutralidade da rede, contribuindo para o avanço do conhecimento científico e orientando políticas públicas na busca por um ambiente digital mais equitativo e inovador.

PALAVRAS-CHAVE: Neutralidade da rede; Liberdade de expressão; Inovação; Governança da internet; Políticas públicas.

ABSTRACT: The research is justified by the growing importance of the internet in contemporary society and the need to understand the legal challenges surrounding net neutrality and its impacts on freedom of expression and innovation. The main objective is to investigate the legal challenges related to net neutrality and analyze its impacts on freedom of expression and innovation on the internet. To achieve this, an exploratory research will be conducted, including literature review and analysis of existing laws and regulations in different countries. Case studies will be analyzed to understand the consequences of violating or preserving net neutrality. The research also includes consultation with different authors involved in internet governance. Expected results include the identification of recommendations and strategies for protecting net neutrality, contributing to the advancement of scientific knowledge and guiding public policies in the pursuit of a more equitable and innovative digital environment.

KEYWORDS: Network neutrality; Freedom of expression; Innovation; Internet governance; Public policy.

INTRODUÇÃO

The power of online freedom of expression lies in the ability of every individual to become a producer and disseminator of information, ideas, and opinions. (Benkler, 2006)

A evolução da internet trouxe consigo um princípio fundamental conhecido como neutralidade da rede. Esse princípio estabelece que todos os dados transmitidos pela internet devem ser tratados de forma igualitária, independentemente de sua origem, destino, conteúdo ou serviço. A neutralidade da rede busca garantir que os provedores de serviços de internet não privilegiem ou discriminem certos tipos de tráfego, assegurando um ambiente aberto, igualitário e livre de práticas discriminatórias.

A importância da neutralidade da rede reside na sua relação direta com a liberdade de expressão, igualdade de acesso e inovação na internet. A neutralidade da rede permite que todos os usuários tenham acesso igualitário a conteúdos, serviços e aplicações online, independentemente de seu poder econômico ou das empresas que fornecem os serviços. Além disso, a neutralidade da rede estimula a concorrência e a inovação, possibilitando que pequenas empresas e startups compitam em igualdade de condições com grandes corporações estabelecidas.

No entanto, a neutralidade da rede enfrenta desafios e debates jurídicos complexos. Diversos países têm adotado diferentes abordagens regulatórias em relação à neutralidade da rede, o que levanta questões sobre a eficácia das regulamentações existentes, a capacidade de implementação e fiscalização, bem como os impactos dessas abordagens na preservação dos princípios da neutralidade da rede.

Tais abordagens buscam regular as relações entre empresas provedoras de serviço de internet (ISPs) e as provedoras de conteúdo para a internet, através de proibições de discriminação de tráfego, exigências de maior transparência em relação às práticas de gerenciamento de tráfego, impedimentos de bloqueios ou prioridades pagas ou ainda estabelecimento de multas e penalidades como medida de fiscalização aos princípios da neutralidade de rede.

Diante desse contexto, o presente projeto de pesquisa tem como objetivo analisar e compreender os desafios jurídicos relacionados à neutralidade da rede, bem como os impactos dessas questões na liberdade de expressão e na inovação na internet.

Serão exploradas as legislações e regulamentações existentes, bem como estudos de casos de violações ou situações em que a neutralidade da rede foi preservada. Além disso, serão consideradas perspectivas internacionais e discutidos desafios futuros em relação ao tema. Também se buscará contribuir para a compreensão e o debate sobre a neutralidade da rede, oferecendo subsídios teóricos e práticos para a formulação de políticas públicas eficazes, a proteção da liberdade de expressão e a promoção de um ambiente online que incentive a inovação e a diversidade de conteúdo.

A pesquisa se baseia em estudos, pesquisas e contribuições acadêmicas de renomados autores e especialistas na área. Para isso, foram selecionadas obras que, em se tratando da Sociedade em Rede e das rápidas alterações dos meios digitais, podem ser consideradas ultrapassadas. Todavia, a inclusão de obras mais antigas é motivada pelo reconhecimento de suas relevâncias e impactos mais duradouros no campo de estudo desta pesquisa. Essas obras clássicas têm sido amplamente citadas e referenciadas ao longo dos anos, e muitas pesquisas mais recentes se baseiam nelas como fundamentos teóricos e referenciais importantes.

Dessa forma, a pesquisa visa se aprofundar nas questões jurídicas da neutralidade da rede e nos seus impactos, contribuindo para uma compreensão mais aprofundada desse princípio fundamental na governança da internet.

1 MEIOS PARA A NEUTRALIDADE E QUALIDADE DE SERVIÇO

Desde os primórdios das redes, foi-se adotada uma rede livre de interferências, em especial em relação ao tráfego, representando assim um regime de natureza aberta e não discriminatória, que posteriormente passou a delinear um princípio “end-to-end”, consistindo em uma cadeia de processos integrados, onde o tráfego

de ponto a ponto deve ser livre e igualitário, independente de conteúdo e forma.

No entanto, com o aumento do alcance da internet e consequentemente de sua comercialização, passam a surgir empecilhos quanto a relação entre essa liberdade e a capitalização das relações entre provedores de serviço de internet e empresas desenvolvedoras de conteúdo. Baseado nessa divergência de interesses e no princípio citado, em 2003, Tim Wu, professor na Columbia Law School, publicou uma proposta de regularização de tráfego de pacotes online, em seu artigo “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, assim consagrando o princípio da Neutralidade de Rede.

A partir da popularização do termo, surgiram debates acerca das melhores opções para esse controle e efetivação. Inicialmente, propôs-se um regime autorregulador, baseado em ideais liberais, no qual a internet se comportaria como um ecossistema e encontraria um ponto de equilíbrio “natural”. Em uma dissertação sobre o “Governo” da Internet, Froomkin afirma:

A Internet é um sistema complexo, predominantemente autorregulador. Embora governos nacionais e poucos acordos internacionais regulem alguns aspectos específicos da Internet, tais regulamentos cobrem pouco dos padrões técnicos e quase nada dos padrões sociais. Apesar disto, a Internet é uma anarquia disciplinada” (2000).

Contudo, com a implementação desse método, foi possível notar que os ISPs passaram a usar formas de manipulação de mercado que acabavam por prejudicar seus consumidores, assim como Tim WU apresenta:

On the whole the evidence suggests that the operators were often pursuing legitimate goals, such as price discrimination and bandwidth management. The problem was the use of methods, like bans on certain forms of applications, which are likely to distort the market and the future of application development. In short, the recent historical record gives good reason to question the efficacy of self-regulation in this area.” (Wu, 2003)

Embora a autorregulação possa ser uma abordagem eficaz em alguns casos, críticos argumentam que pode não ser suficiente para proteger completamente os interesses dos consumidores

e garantir um ambiente de internet verdadeiramente aberto e equitativo. A partir disso, faz-se necessário um regimento específico voltado à liberdade e igualdade dentro do espaço online, ou seja, um regime de não discriminação, que consiste em aplicar um princípio válido a todos os provedores de internet vedando a priorização por conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou aplicação.

Diante do citado, é possível que cada país, de acordo com sua própria legislação, torne presente princípios educativos que induzam os ISPs a um regime de não discriminação. Sobre o tópico Tim Wu defende que “For these reasons, anti-discrimination regulation or the threat thereof can also serve a useful educational function. It can force broadband operators to consider whether their restrictions are in their long-term best interests.” (2003)

Silveira discute a importância da governança dos algoritmos e a necessidade de estabelecer limites claros para a tomada de decisão, enfatizando a transparência na administração de dados. Isso leva a reflexão sobre a neutralidade de rede ao destacar a importância de delimitadores de decisão, transparência na gestão de dados e políticas que assegurem a privacidade e proteção dos cidadãos. Esses princípios podem ser aplicados no contexto da neutralidade de rede para garantir um acesso equitativo à internet, impedindo discriminações injustas e assegurando a livre circulação de informações, sem interferências arbitrárias ou vies algorítmico que possam comprometer a neutralidade da rede e a igualdade de oportunidades no ambiente digital. (2017).

Todavia, é possível notar nas práticas aplicadas atualmente, que mesmo com regulamentações que induzam as empresas a adotarem um método neutro de rede e dados, ainda se observam políticas com limitações ou priorizações de determinados conteúdos, como por exemplo o *zero rating*. Sobre essa inaptidão de controle por meio da normatização, Lessig (2001) apresenta em seu livro *Code*:

The claim for cyber space was not just that government would not regulate cyberspace—it was that government could not regulate cyberspace. Cyberspace was, by nature, unavoidably free. Governments could threaten, but behavior could not be

controlled; laws could be passed, but they would have no real effect.” (2001)

Para solucionar tal lacuna, há ainda a possibilidade de um regime regulamentador estrutural, através da codificação da própria rede, refere-se à ideia de que a infraestrutura de rede deve ser projetada e gerenciada de maneira a garantir um tratamento justo e igualitário para todos os dados que passam por ela, de maneira irredutível e impositiva.

Isso inclui garantir que a capacidade da rede seja distribuída de forma eficiente, para que isso ocorra é necessário a aplicação de práticas de gestão de tráfego, ou seja, um conjunto de técnicas utilizadas para controlar, otimizar e gerenciar o fluxo de dados em uma rede, atendendo às demandas dos usuários e aplicativos. Neste sentido, afirma Silveira, demonstrando como a neutralidade de rede pode ser afetada por algoritmos que priorizam determinados tipos de tráfego (2017).

As práticas de controle de tráfego referem-se às ações tomadas por provedores de serviços de Internet (ISPs) ou outras entidades para gerenciar o fluxo de dados em suas redes. Elas são frequentemente implementadas para otimizar o desempenho da rede, garantir uma experiência consistente para os usuários e lidar com situações de congestionamento. Neste sentido, Zuboff, ao explorar o impacto do capitalismo de vigilância, que implica na coleta excessiva de dados comportamentais dos usuários, os quais são manipulados para antecipar e moldar suas ações. Ela estabelece um paralelo entre essa prática e a relevância da neutralidade de rede, cujo propósito é impedir que os provedores de internet exerçam influência sobre o fluxo online, privilegiando certos conteúdos em detrimento de outros. Essa comparação ressalta a importância de garantir a liberdade e a equidade no ambiente digital, destacando os desafios enfrentados para proteger os direitos individuais dos usuários na era da tecnologia (2021).

Dentre os métodos utilizados, alguns dos principais são a Priorização de Tráfego, que consiste em priorizar determinados tipos de tráfego sobre outros. A Modelagem de Tráfego, na qual os ISPs podem dar prioridade a determinados protocolos, serviços ou usuários durante períodos de congestionamento. O shaping de Tráfego, que envolve limitar a taxa de transferência

de dados para certos tipos de tráfego ou usuários. O Bloqueio ou a Restrição de Aplicações, onde o acesso a determinados serviços ou conteúdo pode ser bloqueado por questões de segurança ou gerenciamento. Há ainda outras práticas amplamente difundidas como Gestão de Congestionamento, Ferramentas de Otimização de Rede, Aceleração de Conteúdo.

É importante observar que, quando essas práticas são usadas para garantir a qualidade e eficiência da rede, elas podem ser benéficas. Porém, em contraponto, ao observar seus meios de aplicação, é possível notar uma violação aos princípios de neutralidade de rede. Assim opinam Gonçalves, Silva e Shima:

Os ISPs querem ter poder de decisão sobre a aceleração e degradação da velocidade de serviços/produtos que trafegam sobre a infraestrutura da rede de que são detentores. Esse aumento de poder decisório infringe a NR, que prevê o livre trânsito a todos os pacotes de dados existentes na rede, sem interferência de qualquer agente, a não ser em caso de calamidade pública e/ou manutenção da garantia da qualidade dos serviços/produtos acessados pelo usuário. (Gonçalves; Silva; Shima, 2019)

A transparência sobre essas práticas, juntamente com a conformidade com os regulamentos locais, é essencial para garantir uma abordagem equitativa e justa no controle de tráfego, em especial na forma como elas se relacionam com o princípio da neutralidade de rede e experiência satisfatória do consumidor.

Protocolos de rede são as normas que delimitam o funcionamento e alcance da mesma, fazendo com que a multiconectividade de aparelhos não só seja possível, mas também ocorra com segurança e efetividade. Além disso, eles também são responsáveis pela sistematização das fases de estabelecimento, controle, tráfego e encerramento.

Tais protocolos são compostos por regras, políticas e práticas que orientam o gerenciamento e a operação dos pacotes de dado e de comunicação e podem variar dependendo da sua finalidade e os objetivos específicos de quem os opera. Alguns deles já foram inclusive citados anteriormente, como as práticas de controle de tráfego, o princípio da neutralidade de rede, mas também estão inclusos nessa categoria a privacidade do usuário,

transparência ao consumidor, censura e restrições de conteúdo e segurança cibernética.

Ao analisar cada um separadamente, é possível notar uma dicotomia ética e legal, em especial por ferir o princípio de neutralidade como uma rede livre de restrições e discriminações. Dessa forma, busca-se questionar como chegar a uma abordagem equilibrada, que atenda os direitos e interesses dos usuários, garantindo segurança e pleno funcionamento, ao mesmo tempo que permita a integridade e eficácia em conformidade com as leis e regulamentações do local em que se encontra.

2 DESAFIOS JURÍDICOS

A partir do início do debate acerca da Neutralidade de Rede, evidenciou-se a necessidade cada vez mais crescente de projetos de regulamentação efetivos, que incluíssem não só o estabelecimento de princípios e regras, mas também a criação de órgãos responsáveis por fiscalizar e garantir o cumprimento dos mesmos. Diante disso, cada país em sua própria soberania avaliou, e se assim julgou preciso, criou projetos de órgãos competentes à essa função. Dessa maneira, a normatização do princípio em questão, mesmo que ainda instável, teve um pontapé inicial.

Quando busca-se avaliar a situação global das diretrizes de neutralidade, nota-se um processo ainda em evolução, uma vez que alguns países já possuem regulações definidas, enquanto outros apresentaram apenas princípios para o bom funcionamento e ainda há alguns que estão em debate sobre o tema, assim como afirmam Gonçalves, Silva e Shima (2018) no artigo “Neutralidade da rede de internet no Brasil: regulação, violações e a atuação de órgãos de defesa do consumidor”.

Atualmente, os países com regulação já definida e seus respectivos órgãos especializados são: Japão, MIAC (*Ministry of Internal Affairs and Communications*); Noruega, NPT (*Norwegian Post and Telecommunications Authority*—atual mente renomeada como Nkom, *Norwegian Communications Authority*); Canadá, CRTC (*Canadian Radio Television and Telecommunications Commission*); Chile, SUBTEL (*Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile*); Colômbia, Lei 1.450; Singapura, IMDA (*The Info-communications Media*

Development Authority); Coréia do Sul, KCC (*Korea Communications Commission*); Peru, OSIPTEL (*Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones*); Nova Zelândia, ComCom (*Commerce Commission of New Zealand*); Rússia, FAS (*Federal Antimonopoly Service*); Brasil, Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações); México, Lei Federal de Telecomunicações e Radiodifusão (México, 2014); Argentina, Lei Argentina Digital (2014); Estados Unidos, FCC (*Federal Communications Commission*); Índia, TRAI (*Telecom Regulatory Authority of India*); União Europeia, BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*); Austrália, ACMA (*Australian Communications and Media Authority*) e África do Sul, ICASA (*Independent Communications Authority of South Africa*, 2017).

O primeiro país a criar um programa a favor da neutralidade de rede é o Japão, que em 2006, através do órgão citado, lançou o “Programa de Promoção da Nova Concorrência 2010, que buscou disseminar as redes e a criação de um Grupo de Trabalho sobre a neutralidade. Posteriormente outros países, de acordo com suas adequações, criaram seus próprios projetos, leis e órgãos.

Faz-se importante ressaltar a criação da Lei 12.965 (Brasil, 2011), conhecida hoje como Marco Civil da Internet, promulgado em 2014, no entanto, os debates sobre a necessidade de regulamentar a Internet já eram comuns ao país desde 2007. Tal Lei determina que os ISPs têm o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

Outro caso de grande relevância para a evolução do processo de regularização, foi nos Estados Unidos, onde a questão havia sido concretizada durante o governo Barack Obama, em 2015, mas ao ser retomada a discussão alguns anos depois, durante o governo Donald Trump, mais especificamente em 2017, a FCC voltou a classificar o serviço de internet como serviço de informação.

A análise do evento citado, nos permite abrir espaço para um debate mais amplo, mas não menos necessário, acerca da interrelação entre política, legislação e economia.

A dependência citada remete a séculos anteriores ao debate sobre neutralidade, mas não deixa de ser um ponto que carrega

consigo influência para melhorar ou degradar essa discussão. No Brasil, a elaboração de leis é responsabilidade do Poder Legislativo, sendo este composto por senadores, deputados federais, estaduais, distritais e vereadores, os quais devem apresentar projetos para possível aprovação na câmara.

De acordo com a etimologia da palavra “Democracia”, se trata de uma forma de governo onde o poder pertence ao povo, uma vez que este elege seus representantes. No entanto, ao observar a prática da mesma, é possível notar o claro controle de poder pela classe dominante, que compõe cerca de 75% das posições políticas (Agência Senado, 2021), influenciando nas Leis criadas, aprovadas, e inclusive a maneira como são fiscalizadas.

Em consonância, cita-se o lobby político, que é a representação diversificada de interesses de empresas, categorias profissionais e organizações junto a autoridades públicas, que deve ocorrer dentro da lei e da ética. (Site da Câmara dos Deputados, 2022). Dessa forma, ao conectar a influência do lobby político, ou seja, das empresas economicamente interessadas, a um rol político composto por uma classe que também representa o resultado do capitalismo, tem-se duas potências oligárquicas que, juntas, buscam e alcançam tudo aquilo que seu interesse lhe permite.

Em 2021 O Projeto de Lei 4391/21, do Poder Executivo regulamentou a atividade do lobby político no Brasil (Agência Câmara de Notícias, 2022), fazendo com que a relação citada se estreitasse ainda mais, e consequentemente fazendo com que os interesses de empresas influenciem cada vez mais na criação de leis.

Acerca do assunto, é importante estabelecer que empresas de telecomunicações e ISPs muitas vezes têm uma presença significativa no cenário político e podem empregar atividades de lobby para influenciar legisladores e formuladores de políticas a favor de suas posições sobre a neutralidade de rede.

A introdução de progresso técnico, todavia, implica investimento em pesquisa para o desenvolvimento e a implementação do mesmo, e quanto mais lucro um capitalista obteve no passado tanto mais dinheiro terá para investir no presente e no futuro. É isso que faz com que apenas alguns capitalistas sejam bem-sucedidos. (COCOTA, 2013)

Quando se fala da elaboração de leis sobre a Neutralidade de Rede, também implica em diminuição de lucro para as ISPs, uma vez que teriam que se adequar aos moldes impostos, vedando a capacidade de acordos econômicos visando priorizações de pacotes de dados específicos e limitando sua capacidade de controle de mercado. Por isso, os interesses econômicos das empresas de telecomunicações e provedores de serviços de Internet, juntamente com outras partes interessadas, podem desempenhar um papel significativo na elaboração e modificação das leis e regulamentos relacionados ao tópico.

Ao se estabelecer uma regulamentação acerca de neutralidade, é importante ressaltar que indiretamente também há uma regulamentação para práticas não só comuns ao sistema econômico vigente, mas também favoráveis. O capitalismo, desde seus primórdios, visa o lucro e consequentemente o acúmulo de capital, fazendo assim com que o objetivo de grandes empresas seja o mesmo, e que tentem promover ele através de alterações nas legislações. As práticas de discriminação e priorização de tráfego, permitem que os ISPs limitem a concorrência e restrinjam o acesso de novos concorrentes, além de possibilitar que os mesmos multipliquem seus lucros através de acordos com empresas provedoras de conteúdo pra internet para priorizar o tráfego das mesmas.

Ainda existem diversas outras opções de como a flexibilização da neutralidade pode incitar potências econômicas a levar cada vez menos em consideração a satisfação do usuário, um exemplo prático é a iniciativa do programa *Internet.org* como prática de *zero rating*, que à primeira vista parece benéfico ao consumidor, mas carrega consigo uma problemática mais abrangente, sobre o assunto, Gonçalves, Silva e Shima opinam que “Ao tempo em que procura ofertar serviços de Internet gratuita para cidadãos de países menos desenvolvidos, esta iniciativa procura aumentar o poder de monopólio, assim como afetar a questão de concorrência e competitividade que, por consequência, viola à NR.”(2018)

A *internet.org* é uma proposta do Facebook e busca difundir o conceito de internet como serviço básico, e a partir disso, oferecer conexões gratuitas em países de baixa renda. A iniciativa dá a oportunidade para populações marginalizadas de terem acesso à

rede online, no entanto só inclui a conexão a uma parte limitada da internet, a qual é definida por seu operador comercial (OECD, 2016). Assim sendo, a população com acesso a essa conectividade se torna um mercado de fácil acesso à empresa que oferecer o melhor acordo, neste caso, o Facebook, sem contar que não existem garantias de uma rede segura em relação às informações que a utilizarem. Portanto, é possível afirmar que as grandes empresas provedoras de internet e de conteúdo online teriam um interesse econômico visível acerca das regulamentações sobre a Neutralidade de Rede.

Caso as grandes empresas, tanto fornecedoras de internet quanto de conteúdo, conseguissem uma flexibilização na legislação, representaria prejuízos a pequenos criadores de aplicativos e redes de internet, fazendo com que seja mais fácil encarecer as ofertas online, e dificultar a concorrência. Sobre o tópico, Vinton Cerf (2006), co-designer do TCP/IP, um conjunto de protocolos que possibilita a comunicação entre computadores e servidores, formando a Internet (Santana, 2023), apresenta uma visão:

Because the network is neutral, the creators of new Internet content and services need not seek permission from carriers or pay special fees to be seen online. As a result, we have seen an array of unpredictable new offerings... Entrepreneurs need not worry about getting permission for their inventions will reach the end users... This is a direct contrast to closed networks like the cable video system, where network owners control what the consumer can see or do. (CERF, 2006)

Dessa forma, é nítida a necessidade de políticas neutras, que garantam a equidade na regulamentação da neutralidade de rede, protegendo os direitos dos consumidores, incentivando a inovação e a competição, além de promover a liberdade de expressão e impedir práticas de censura ou discriminação.

Ao estabelecer um ambiente imparcial online, as políticas citadas garantem que todos os usuários tenham acesso ao conteúdo que quiserem, sem imposições comerciais ou providas de outros fatores, simultaneamente incentivando a inovação contínua e concorrência de mercado entre provedores de serviços, aplicativos e conteúdo. Outro ponto relevante é a promoção de todos aqueles que quiserem se expressar na internet, que como um ambiente neutro se torna propícia para dar voz a quem não a

tem, difundir debates com maior eficácia e alcance, amplificando e fortalecendo a diversidade online.

3 RELAÇÃO DIRETA COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INOVAÇÃO

O direito à liberdade de expressão está definido no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo ele o direito de opinar sobre qualquer assunto, e também procurar, receber ou transmitir quaisquer informações que julgar válidas. É importante ressaltar também que na Constituição está vedado o anonimato. Dessa forma, a internet se torna o espaço ideal para que as pessoas se manifestem, um lugar sem leis facilmente aplicáveis, onde as notícias têm um alcance inimaginável.

Ao se postar uma notícia no Facebook por exemplo, as chances são quase certas de ela ser compartilhada e disseminada para milhares de pessoas, abrindo a possibilidade da facilidade de acesso tanto a notícias verídicas e relevantes, quanto as que não possuem um respaldo ou incitam ideais errôneos.

Ha alguns anos, acabou se tornando comum que algumas redes sociais apagassem postagens feitas por internautas, por não condizerem com os ideais da respectiva rede, a partir disso, em especial o CEO do *Facebook*, foi questionado acerca do acontecimento, se isso representava ou não uma limitação da liberdade de expressão (NEVES, 2018). Ao estabelecer uma paralela entre o citado e a ideia de neutralidade de rede, é possível notar que a última, além de defender a liberdade dentro da própria estrutura online, rechaça a ideia da liberdade de expressão como um direito absoluto, sendo muito favorável diante de alguns pontos, mas também passível de críticas.

No quesito positivo dessa interrelação, é importante citar a essência democrática da internet, onde os usuários podem assumir determinado protagonismo em seus lugares de fala. Mas mais que isso, atualmente, quando falamos dessa multiplicidade de vozes, estamos a restringindo ao algoritmo criado para cada usuário, uma vez que as redes sociais não são apenas um meio de comunicação, são também produtos, provindas de monopolizações do espaço digital e que visam agradar ao consumidor. No entanto,

com o avanço da Neutralidade de Rede, torna-se cada vez maior o alcance e a criação de pequenas empresas e startups, que ao entrar na competição acirrada do mercado podem se diferenciar por dar uma real voz e diversificar o público-alvo.

Em contraponto, ao pregar um espaço completamente livre e aberto em relação a liberdade de expressão, logo é comum questionar quais os limites desse direito, até onde ir sem que a sociedade como um todo seja prejudicada. Com a popularização recente das *fake news* foi possível notar que nem sempre o discurso livre nos é benéfico, onde informações não confiáveis, se distribuídas para o público correto, se tornam verdades universais.

Em consonância ao apresentado, ressalta-se que a Neutralidade de Rede tem uma relação direta também com a inovação online, podendo a promover ou inibir, dependendo de como é implementada e aplicada.

É possível que o princípio incite o aperfeiçoamento da rede ao garantir igualdade de oportunidades, ou seja, ao adotar um meio de não discriminação absoluta de tráfego online, há inicialmente um incentivo à livre concorrência, no sentido que a competição, antes ditada pela corrida financeira, passa a se tornar mais justa por meio da equidade de distribuição de pacote de dados, permitindo que pequenos criadores de conteúdo, novas ISPs, ou *startups* tenham a mesma possibilidade de distribuição e alcance. Neste sentido, Lee e Wu, citam:

First, as discussed, network effects are prevalent: the decision by users to subscribe to Internet access depends on which content providers are online; similarly, the decision of a content provider to invest in the creation of new content and applications depends on the number of users that can be reached. (2009)

Portanto, é possível afirmar que no caso da implementação da Neutralidade de Rede, como consequência imediata ocorreria uma maior distribuição de conteúdo diversificado, que carregaria consigo posteriormente a abertura de mercado para a criação de novas possibilidades comerciais online, tornando a inovação online não só uma opção, mas inevitável às empresas que quisessem se manter na concorrência.

Outro ponto importante é a abertura do controle sob a informação, uma vez que veda possíveis acordos entre empresas provedoras de internet e as formadoras de opinião. Ao considerar um plano de acesso mais básico oferecido por uma empresa que tenha uma cobertura restrita, incluindo apenas sites específicos e escolhidos sem critérios políticos. É possível notar a facilidade de controle de informações provindas do monopólio de grandes empresas, o qual, com a instauração de uma rede livre e aberta, fica impedido, abrindo assim espaço para novas redes de notícias e conteúdo, diversificando os pontos de vista disponíveis e os tópicos abordados.

Em um viés mais voltado a estrutura da rede em si, retoma-se a ideia de um princípio “*end-to-end*”, ou seja, o ideal de que a internet foi projetada para ser neutra, como dito em (PATEL, 2014), a internet é apenas o meio, não o fim, não há distinção entre coisas que são feitas “na internet” ou apenas feitas. A rede está entrelaçada nas ações e interações humanas do cotidiano de forma que é apenas um ambiente que permite que se inove, produza ou entretenha. Dessa maneira, o objetivo em teoria, seria que a internet funcionasse de maneira a não só permitir, mas também incentivar a inovação online.

Contudo, mesmo diante dos inúmeros pontos positivos da Neutralidade de Rede para a renovação, existem também teorias que defendem a discriminação de tráfego, se posicionando contra uma internet neutra. Acredita-se que a regulamentação excessiva há de prejudicar a qualidade do serviço oferecido, sem contar que com a atuação dos lobistas já citados, é possível que haja uma influência econômica indireta. Além disso, os críticos da neutralidade, que defendem um regime de autorregulação, apresentam argumentos de que os usuários escolherão os provedores que prezem pela qualidade de serviço e adotem medidas mais neutras, levando à neutralidade de forma orgânica, no entanto, não levam em consideração que em muitos lugares, em especial países emergentes, não há uma escolha real entre provedores, realidade essa, apenas possível através da Neutralidade já estabelecida.

CONCLUSÃO

A Neutralidade de Rede é um princípio fundamental para garantir um ambiente aberto, igualitário e livre de práticas discriminatórias na internet. Este artigo aborda os desafios jurídicos associados à sua regulamentação, bem como a importância desse princípio na promoção da liberdade de expressão e inovação.

A implementação de leis reguladoras da neutralidade da rede busca garantir que todos os dados transmitidos pela internet sejam tratados de forma igualitária, independentemente de sua origem, destino, conteúdo ou serviço. Isso é essencial para assegurar um ambiente neutro, permitindo que todos os usuários tenham acesso igualitário a serviços e aplicações online, independentemente de seu poder econômico ou das empresas que fornecem os serviços. Atualmente, a regulamentação da neutralidade da rede enfrenta desafios jurídicos complexos, incluindo a fiscalização e aplicação das leis, o papel do lobby político na formulação de leis e a influência de interesses econômicos na legislação sobre neutralidade.

Além disso, a relação direta da neutralidade da rede com a liberdade de expressão e inovação é discutida, como a mesma estimula a concorrência e a inovação, possibilitando que pequenas empresas e startups compitam em igualdade de condições com grandes corporações já estabelecidas. Demonstra-se como a neutralidade promove um ambiente aberto e equitativo para a troca de ideias e o desenvolvimento de novas tecnologias, ao mesmo tempo em que protege os direitos dos usuários e evita práticas discriminatórias. Sem contar que é também explorado como a neutralidade promove ou inibe a inovação online, dependendo de como é implementada e aplicada.

Diversos autores e especialistas contribuem para uma compreensão aprofundada do tema, oferecendo uma análise abrangente e crítica dos desafios jurídicos e impactos da neutralidade da rede, para isso, a pesquisa apresenta diferentes perspectivas teóricas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO, Brancos dominam representação política, aponta grupo de trabalho, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/>

noticias/materias/2021/11/26/brancos-dominam-representacao-politica-aponta-grupo-de-trabalho> Acesso em 01 de fev. 2024, 15:53:00.

BELLI, Luca. Data Protection in the BRICS Countries: Enhanced Cooperation and Convergence towards Legal Interoperability. Disponível em: <<https://cyberbrics.info/data-protection-in-the-brics-countries-enhanced-cooperation-and-convergence-towards-legal-interoperability/>>. Acesso em 15 de jan. 2024, 15:00:00.

BENKLER, Yochai. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. 2006. Disponível em: <https://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf> Acesso em 11 de jan. 2024, 09:00:00.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. (2014). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em 17 de jan. 2024, 21:00:00.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. A neutralidade da rede e o direito digital no Brasil. DireitoNet. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10680/A-neutralidade-da-rede-e-o-direito-digital-no-Brasil>>. Acesso em 17 de jan de 2024, 16:30:00.

CERF, Vinton G. 2006. Prepared Statement, U.S. Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation Hearing on “Network Neutrality.” Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-109shrg30115/html/CHRG-109shrg30115.htm>>. Acesso em 03 de fev. 2024, 14:23:00.

COCOTA, Glisa Rafaella Naves Costa. Uma Perspectiva Crítica Sobre o Capitalismo e Uma Proposta de Alternativa. Disponível em <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6738/1/2013_GlisaRafellaNavesCocota.pdf> Acesso em 01 de fev. 2024, 19:46:00.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de fev. 2024, 18:15:00.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 03 de fev. 2024, 18:22:00.

DIONÍSIO, Cristiano. Revista Tecnologia e Sociedade. Marco civil da internet, neutralidade de rede e sua relação com a liberdade como direito da personalidade. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/7109>>. Acesso em 20 de dez. 2023, 15:00:00.

FROOMKIN, A. Michael. Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution. *Duke Law Journal*, 2000. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol50/iss1/4/>>. Acesso em 03 de fev. 2024, 21:35:00.

KANG, Cecilia. The New York Times. F.C.C. Repeals Net Neutrality Rules. 14 Dec. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/12/14/technology/net-neutrality-repeal-vote.html>>. Acesso em 13 de jan. 2024, 14:30:00.

LESSIG, Lawrence. Code: Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/f/fd/Code_v2.pdf>. Acesso em 17 de dez. 2023, 09:00:00.

LIMA, Cíntia R. P. Os Desafios À Neutralidade Da Rede: O Modelo Regulatório Europeu E Norte-americano Em Confronto Com O Marco Civil Da Internet Brasileiro, 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4635700/mod_resource/content/1/art_desafios_neutralidade_rede_Ci%CC%81ntia.pdf>. Acesso em 15 de jan. 2024, 21:32:00.

MARSDEN, Christopher T. Network neutrality. From policy to law to regulation. Manchester, UK: Manchester University Press, 2017.

NEVES, Felipe Costa Rodrigues. Facebook: É possível limitar a liberdade de expressão?. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/constituicao-na-escola/278775/facebook--e-possivel-limitar-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em 03 de fev. 2024, 16:35:00.

NOGUEIRA, Camila. A Regulação do Lobby, 2022. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/regulacao-de-lobby/index.html>>. Acesso em 01 de fev. 2024, 16:16:00.

OECD - Organization for Economic Co-operation and Development. Economic and Social Benefits of Internet Openness.[s. l]: OECD, 2016. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/cote=DSTI/ICCP\(2015\)17/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/cote=DSTI/ICCP(2015)17/FINAL&docLanguage=En)>. Acesso em 03 de fev. 2024, 14:02:00.

PATEL, N. The Internet is Fucked (but we can fix it). *The Verge*, 25 Fevereiro 2014. Disponível em: <<http://www.theverge.com/2014/2/25/5431382/the-internet-is-fucked>>. Acesso em 04 de fev. 2024, 11:44:00.

PONTIERI, Alexandre. Marco civil da internet - Neutralidade de rede e liberdade de expressão. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/284816/marco-civil-da-internet---neutralidade-de-rede-e-liberdade-de-expressao>>. Acesso em 18 de jan. 2024, 20:00:00.

SANTANA, Bruno. O que é o protocolo TCP/IP e como ele funciona?. Disponível em < <https://www.hostinger.com.br/tutoriais/tcp-ip>>. Acesso em 03 de fev. 2024, 14:18:00.

SHIMA, Walter, et al. Blucher Engineering Proceedings Neutralidade da rede de internet no Brasil: regulação, violações e a atuação de órgãos de defesa do consumidor. Disponível em: <<https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/28402>>. Acesso em 13 de jan. 2024, 15:00:00.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos algoritmos. Revista de Políticas Públicas, vol. 21, núm. 1. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321152454013>. Acesso em 13 de jan. 2024, 18:30:00.

VAN SCHEWICK, Barbara. Network Neutrality and Quality of Service: What a non discrimination rule should look like. Stanford Law Review, Forthcoming, Stanford Law and Economics Olin Working Paper. v.67. 26/06/2014. Stanford, Califórnia: Crown Quadrangle, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2459568>>. Acesso em 19 de jan. 2024, 20:00:00.

WEBER, Max. Sociologia. 7. ed. Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática; 1999. WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. New York: Columbia Press, 2003. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2282&context=faculty_scholarship. Acesso em: 16/05/2023.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. New York: Columbia Press, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2282&context=faculty_scholarship>. Acesso em 15 de dez. 2023, 20:00:00.

WU, Tim. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. Londres: Atlantic Books, 2010.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: A luta por um Futuro Humano na Nova Fronteira de Poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

**DEMOCRACIA E JUSTIÇA
GLOBAL: PERSPECTIVAS
DA JUSTIÇA CRIMINAL
INTERNACIONAL
NA SOCIEDADE
DO SÉCULO XXI**

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER:
UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO ABOLICIONISMO
PENAL E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Isabela Orelli dos Santos
UNIVEL, Acadêmico do Curso de Direito, Cascavel,
Brasil, isabelaorelli@gmail.com.

Kátia R. Salomão
UNIVEL, Professora titular vinculada ao curso de
Direito, Cascavel, Brasil, salomao@univel.br¹.

RESUMO: O sistema penal, no que tange aos casos de violência contra a mulher e mediante ao agravamento do feminicídio, apresenta problemas e incoerências que levantam suspeitas quanto à sua possível (in)eficiência. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo ponderar, à luz das considerações e das críticas do Abolicionismo Penal, um contraponto ao sistema penal punitivo, a fim de aferir a respeito da sua (in)eficácia diante dos crimes de violência contra a mulher e, ainda, apresentar uma possibilidade de solução das críticas que permeiam o sistema penal, por meio da promoção das práticas de Justiça Restaurativa enquanto modelo alternativo para tais litígios. A partir desse contexto, a problemática enfrentada consiste em considerar a crítica levantada no abolicionismo sobre o sistema penal e, ao ponderar sobre essa ideologia, verificar sobre a viabilidade da aplicação dos métodos de Justiça Restaurativa como medida alternativa ao sistema carcerário. Na hipótese de aplicá-la, avaliar se a Justiça Restaurativa poderá atribuir maior eficiência ao combate à violência contra a mulher e, por consequência, se poderá também evitar a continuidade do aumento de feminicídios. Para o desenvolvimento de tais argumentos, a pesquisa aborda a metodologia de revisão bibliográfica e análise documental. Por fim, diante da crítica Abolicionista, o artigo procura apontar a Justiça Restaurativa como a solução mais assertiva e adequada para beneficiar as partes impactadas pela violência contra a mulher e enfraquecer os argumentos que sustentam os métodos abordados pelo sistema penal atual.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra a Mulher; Feminicídio; Abolicionismo Penal; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: The criminal justice system, concerning cases of violence against women and given the worsening of femicide, presents problems and inconsistencies that raise suspicions about its possible (in)effectiveness. In this sense, this article aims to consider, in light of the considerations and criticisms of Penal Abolitionism, a counterpoint to the punitive criminal justice system in order to assess its (in)effectiveness regarding crimes of violence against women and to present a possible solution to the gaps present in the criminal justice system by promoting Restorative Justice practices as an alternative model for such disputes. Within this context, the problem at hand involves considering the abolitionist critique of the criminal justice system and, by weighing this ideology, verifying the viability of applying Restorative Justice methods as an alternative to the prison system. In the event of its application, to assess whether Restorative Justice can provide greater efficiency in combating violence against women and, consequently, whether it can also prevent the continued increase in femicides. To develop these arguments, the research uses the methodology of literature review and document analysis. Finally, faced with the abolitionist critique, the article seeks to point out Restorative Justice as the most accurate and suitable solution to benefit the parties affected by violence against women and weaken the arguments supporting the methods employed by the current criminal justice system.

KEYWORDS: Violence against Women; Femicide; Penal Abolitionism; Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340 foi instaurada na legislação brasileira, em 2006, com o intuito de adotar medidas punitivas e preventivas para coibir atos de violência contra a mulher. Dentre as medidas adotadas, a doutrina apresenta a medida protetiva como uma das principais ferramentas para alcançar o objetivo do legislador. Tal instituto foi criado para tutelar e garantir a segurança da mulher diante de um perigo iminente à sua saúde física ou emocional.

Outrossim, a Lei que regulamenta a medida protetiva abrange tanto medidas para repreender e afastar o agressor – como no caso, a saber, da medida protetiva de urgência – quanto meios de proteção à vítima, os quais estão dispostos de maneira exemplificativa no decorrer dos artigos 22 e 23 da Lei 11.340/06. Contudo, mesmo com essas medidas, o número de feminicídios continua a crescer de maneira exponencial, o que demonstra a ineficácia do sistema frente à temática e também permite que se conclua que tais métodos não cumprem com os objetivos descritos na Lei em questão ou sequer demonstram qualquer tipo de avanço ou benefício social.

No entanto, mesmo que seja uma conquista social que inaugura o início de discussões culturais e políticas, vez que envolve a igualdade de gênero e o empoderamento feminino, o sistema de leis e medidas repressivas contra a violência de gênero no sistema penal se compara a um medicamento que trata apenas sintomas superficiais de uma doença, mascarando a real problemática – o sistema punitivo e seu tratamento diante do agressor.

Neste sentido, a problemática enfrentada neste artigo, por um lado, é verificar frente às críticas do abolicionismo penal a (in)eficácia do sistema penal vinculado ao feminicídio, já que suspeita-se que o caminho do agravamento das penas em relação aos crimes contra as mulheres, não trazem benefícios para as vítimas e muito menos evita que as agressões ocorram repetitivamente e, por outro lado, é buscar amparo na Justiça Restaurativa e nos desdobramentos que a circundam a possibilidade de inibir o processo de violência contra a mulher e buscar evitar o feminicídio.

Frente a esse imbróglio, o abolicionismo penal faz críticas contundentes ao sistema penal de maneira geral. Dentre outras avaliações, descreve-o como um sistema seletivo e vingativo, no qual se repreendem as ações ruins e se recompensam os bons comportamentos, o que acaba por generalizar as penas e atribui, aos agressores e às vítimas, papéis secundários e numéricos.

Ao aplicar tal crítica aos crimes de violência contra a mulher verifica-se que, mesmo com medidas protetivas e inúmeras punições previstas em lei, a violência perdura, por não ser tratada socialmente, por meio de políticas públicas mais eficazes. Tal violência evolui, na maioria dos casos, para o que se considera o estágio mais gravoso da violência de gênero: o feminicídio. Outrossim, ainda que, no melhor dos cenários, a medida protetiva impeça o agressor, não impedirá que esse mesmo indivíduo pratique a violência com outras mulheres que venham a cruzar seu caminho, uma vez que a medida protetiva deve garantir a segurança da mulher, mas em nada muda o sistema imposto pela sociedade, que molda a personalidade do agressor. Além disso, objetifica os seres humanos e constrói as diferenças sociais, o que gera inúmeros conflitos problemáticos.

Por isso, será primeiramente abordado o tema por meio da análise da eficácia das medidas protetivas de urgência, sendo esse o principal mecanismo legal utilizado pelo sistema penal para o combate ao feminicídio. Após essa análise, procurar-se-á discorrer a respeito das críticas do abolicionismo penal que envolvem o sistema penal punitivo e os efeitos sociais gerados por essa sistemática aplicada na atualidade, a fim de aproximar a crítica oriunda do abolicionismo ao sistema do agravante do feminicídio no direito penal. Em seguida, será apresentada a possibilidade de solucionar a celeuma enfrentada, utilizando-se das práticas de justiça restaurativa e analisando, ainda, as (des)vantagens ao aplicar seus métodos no cenário de violência doméstica.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo analisar a crítica envolvendo a filosofia do abolicionismo Penal, com o foco em demonstrar a ineficácia do sistema penal. De maneira mais específica, observar isso nos crimes de gênero, que, por vezes, resultam no feminicídio; por fim, apresentar a Justiça

Restaurativa como a possível alternativa eficaz para o combate da violência contra a mulher.

1 MEDIDAS PROTETIVAS E SUA INSUFICIÊNCIA FRENTE AOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E AO FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher é uma situação que se desdobra a partir de uma série de conceitos construídos pela sociedade durante milhares de anos: diante dessas concepções, constroem-se barreiras humanas capazes de segregar a humanidade ao fazer distinções, por exemplo, entre papéis femininos e masculinos, distinções entre o que poderia ser encaixado na categoria ‘mulher’ ou não (DAVIS, 2018, p. 92), dentre outras milhares de questões sociais. Por consequência, isso gera, no caso da violência de gênero, uma visão massificada em que as mulheres deveriam exercer um papel de fragilidade, dependência e submissão ao gênero masculino, atribuindo a esse gênero uma carga de superioridade e inviolabilidade, o que prejudica não só as mulheres, como todos os indivíduos.

Tal construção ideológica vem se enfraquecendo com o passar dos anos, por meio das lutas de milhares de pessoas que passam por situações de violência, encarceramento e até mesmo de morte, para garantir que os direitos mínimos das mulheres sejam reconhecidos e validados como Direitos Humanos (DAVIS, 2018, p.92).

Até o presente momento, a principal ferramenta estatal utilizada para inibir a violência contra as mulheres tem sido a Lei 11.340/2006, a qual insere, dentre outras disposições, a possibilidade de se aplicar medidas protetivas de urgência da vítima contra seu agressor. No entanto, essas conquistas geradas pelas lutas feministas ainda estão longe de serem unânimes, tendo em vista que, mesmo com o progresso dos direitos feministas e sociais adquiridos e com a inserção da Lei 11.340/2006, no ordenamento jurídico brasileiro, os casos de violências e mortes em razão do gênero ainda crescem exponencialmente, principalmente entre as mulheres de minorias étnicas. Por esse motivo, surge a necessidade de verificar a (in)eficiência normativa que está

atrelada ao grande número de feminicídios e suas consequências legais para a sociedade.

1.1 Medidas protetivas, violência contra a mulher e seus desdobramentos

No ano de 2006, entrou em vigor a Lei nº 11.340, que objetiva assegurar a proteção dos direitos igualitários entre homens e mulheres, que dispõe de medidas protetivas e punitivas para garantir, conforme o artigo 2^a da lei em questão, que:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Tal legislação aponta, como uma das principais ferramentas de proteção das mulheres, a Medida Protetiva de Urgência, que se apresenta na legislação entre os artigos 18 e 24, e contém um rol exemplificativo de medidas possíveis a serem tomadas, tanto para o agressor quanto para a proteção da vítima, as quais incluem a possibilidade de afastamento do agressor do lar. Também, prevêem o afastamento da mulher, proteção à vítima e, ainda, previsão de pena privativa de liberdade ao autor, em caso de descumprimento de alguma dessas medidas.

Contudo, a pesquisa ‘Avaliação sobre aplicação das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha’, publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (2022), demonstra que, entre os anos de 2020 e 2022, foram registradas 572.159 Medidas Protetivas de Urgência no Brasil. Em outra pesquisa publicada pelo portal do g1 (2023), com base nos números oficiais de cada Estado, verificou-se o crescimento de 5% dos casos de feminicídio, alertando, inclusive, ser o maior número desde que a lei de Feminicídio passou a vigorar no Brasil.

O ciclo da violência, que, por vezes, finda na morte da mulher, principalmente no caso de violência doméstica, segue alguns padrões, conforme destacado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública:

São processos que costumam começar de forma silenciosa, sutil, nos quais o agressor passa a controlar a mulher, restringindo suas relações sociais até o ponto em que passa a ser sua única referência de convívio. Nessa fase, marcada pela violência psicológica, podem ocorrer humilhações, insultos e intimidações que afetam a autoestima das vítimas. A tensão se agrava e pode se desdobrar em agressões mais contundentes, incluindo as físicas. Geralmente o agressor responsabiliza a mulher por seu próprio comportamento violento, fazendo com que a mulher se sinta culpada pelas violências que sofre. Após o ponto agudo da violência, o agressor pode se mostrar arrependido, faz promessas de mudança e o casal entra na chamada “lua de mel” do ciclo da violência. Em um novo pacto, seguem a relação e ela nutre a esperança de que dali para a frente será diferente, mas o que se observa é um retorno ao momento de tensão e novamente ao episódio agudo de violência, alimentando um ciclo recorrente muito difícil de ser rompido. São relações íntimas, nas quais são depositadas expectativas construídas socialmente a respeito do que seria uma família e um casamento. (VISÍVEL E INVISÍVEL: A VITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO BRASIL, 2023, s/p.).

Por esses motivos, muitas vezes, as denúncias ou requerimentos de Medidas Protetivas sequer ocorrem e, mesmo que o façam, os números anteriormente apresentados demonstram que as medidas legais não são suficientes para garantir os direitos mínimos das mulheres. Mesmo que o autor seja punido e afastado dessa vítima, deve-se levar em conta que isso não repara qualquer tipo de dano e não rompe com o ciclo da violência. Diante do contexto, Bezerra (2016) afirma que o empoderamento é a solução para que a mulher saia dessa dependência, se reconheça como um indivíduo capaz de lutar por si mesmo e seja protagonista de sua vida.

Conforme defendido por Davis (2018), a luta feminista, que possui como uma de suas máximas a frase “o pessoal é político”², deve ser associada à luta contra as instituições, uma vez que a criminalização nada mais é do que a reprodução consciente, por parte do Estado, da violência cometida contra a mulher no ambiente doméstico.

Ademais, vê-se que a violência contra a mulher possui origem no próprio sistema estatal e gera consequências gravíssimas

² Expressão feminista que surge no fim do ano de 1960 e ressalta a ligação entre as lutas sociais e as experiências individuais, ou seja, o que é particular também é uma luta coletiva.

para a sociedade; por isso, fica clara a necessidade da busca por alternativas com eficácia real, tais como o combate de um sistema de desigualdades sociais e a difusão dos ideais feministas, que buscam uma sociedade, na qual as vidas das mulheres, ou de quaisquer minorias sociais, não serão banalizadas pelas instituições.

Frente ao exposto, fez-se possível observar que o sistema, na busca incansável por ampliar as punições e torná-las mais rigorosas, abandona e desampara as vítimas, além de não contribuir com a ressocialização dos agressores, deixando nítida sua problemática. Por isso, serão apresentadas, a seguir, as teorias abolicionistas de Louk Hulsman e de outros doutrinadores favoráveis ao abolicionismo penal, com a finalidade de verificar a (in)eficácia normativa do sistema no tratamento dos casos de violência contra a mulher, a partir dessa perspectiva.

1.2 A crítica do abolicionismo penal e sua plausibilidade frente à violência contra a mulher

O Abolicionismo Penal é um movimento que faz críticas ao sistema penal punitivo e à sua estruturação, ao apontar suas fragilidades e demonstrar sua ineficácia. Como um dos principais nomes doutrinários desse movimento, tem-se Hulsman (1997), que descreve o sistema carcerário como seletivo e estigmatizante, o qual ressalta ainda que seu objetivo consiste em privar seres humanos de direitos essenciais, como forma de demonstração de poder por parte do Estado, sem ao menos escutar os indivíduos envolvidos, sujeitando-os à violência e perda de sua dignidade, como maneira de punir e demonstrar o poder estatal.

Hulsman (1997) aponta também que o sistema não prejudica somente o autor, mas também a vítima, que, às vezes, quer entender o que aconteceu com ela, mesmo nos casos de violência, entretanto, o sistema trata todos os casos da mesma forma, sem se importar com qualquer indivíduo, incluindo as “vítimas” que objetiva, ou que, pelo menos, deveria proteger. Outrossim, Hulsman (1997) ainda ressalta que seu posicionamento sobre a abolição do sistema não envolve abolir qualquer tipo de medida coercitiva ou de responsabilização do indivíduo, mas sim questionar o modo como a pena é entendida dentro do sistema penal.

Nesse sentido, a ótica abolicionista tem muito a contribuir para a problemática da violência contra a mulher, uma vez que, conforme analisado por Davis (2018), o sistema punitivo faz-se presente até mesmo nas reações emocionais que envolvem as relações, uma vez que, em caso de violência, por exemplo, seja ela verbal ou não, o instinto do indivíduo é rebater essa agressão também de maneira violenta, o que demonstra a influência social do sistema retributivo.

Por esse motivo, o contexto público é baseado também na vida particular (DAVIS, 2018, p.100), de modo a gerar uma violência constante, tanto em âmbito público, por meio das imposições institucionais, quanto em ambientes particulares, pela reprodução automática desses ideais punitivos irracionais.

Diante disso, deve-se observar que a crítica abolicionista proporciona uma visão mais profunda do delito, ao levar em conta o contexto social em que os autores dessas agressões foram inseridos (OLIVEIRA, 2017, p.16), em vez de denominá-los como criminosos. Ainda, isso se efetiva ao analisar as consequências do fato delituoso para a sociedade, o que vai além de rotulá-los como monstros e ignorar a origem e a extensão da problemática, tal como se faz no atual sistema penal punitivo.

A filosofia Abolicionista versa também sobre a substituição da linguagem penal por uma linguagem mais adequada, que inclui a substituição do conceito de ‘crime’ – o qual trata apenas de um ato isolado e distorcido por um rito processual irracional – por uma situação problemática, que considera o que o sistema denomina como ‘ato criminoso’ uma situação que carrega um contexto social, e não somente um rótulo abstrato de cunho pejorativo (HULSMAN, 1997, p.96).

A filosofia abolicionista entende ainda que as prisões não são um caminho adequado para ressocialização dos encarcerados; também, que não previnem a ocorrência dos crimes (OLIVEIRA, 2017, p.10).

Apesar da disseminação dos ideais abolicionistas, muitas críticas permeiam esse pensamento, com o argumento de tratar-se de algo utópico, sem a possibilidade de se concretizar ou, ainda,

que a punição deveria ser, na verdade, mais rigorosa e intensa para que as vítimas recebam justiça.

Nesse sentido, Mathiesen (2003, apud COSTA, 2020) defende que as prisões, na verdade, se mantêm de maneira sigilosa e, uma vez que a irracionalidade desse sistema fosse revelada, demonstraria o quanto não funcionam; a partir disso, esse sistema seria descredibilizado e destruído. Outrossim, é fundamental que se discuta sua funcionalidade perante os seres humanos que participam do sistema carcerário, já que os abolicionistas entendem o sistema como ineficaz e irracional.

No que tange às vítimas, Hulsman (1997) demonstra que, na maior parte das vezes, elas sequer evidenciam interesse no processo, sendo seu objetivo apenas ter alguém que apresente sensibilidade pelo seu caso, tendo empatia e respeito por suas dores, sendo que, com isso, parte dos conflitos e aflições já seriam resolvidos. Nesse sentido, seria necessária a humanização dessa problemática, para que as vítimas sejam tratadas como protagonistas, de maneira que seja ainda oportunizada, ao autor, uma reparação real do dano causado, o que, sem dúvidas, geraria uma melhora social significativa em comparação ao sistema adotado atualmente.

Tal posicionamento também se faz presente na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, o qual entende que:

Na verdade, o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos os seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatias horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente. (ZAFFARONI, 1927, p. 104)

Sob essa ótica, é possível observar que a filosofia abolicionista inspira a apresentação de novas metodologias que podem e devem ser aplicadas aos casos de violência contra a mulher, tendo em vista que o Estado visa tão somente à repreensão de condutas delitivas. Isso gera um encarceramento em massa, no qual os indivíduos são tratados como uma mera estatística de um sistema que pune, como demonstração de soberania e do controle, ao invés de demonstrar verdadeira empatia com os casos reais e buscar uma verdadeira evolução da problemática.

Portanto, observa-se a necessidade de adaptação da metodologia existente para tratar a violência contra as mulheres de maneira eficaz, com objetivo de atribuir maior segurança às mulheres, de maneira que o sistema não as revitimiza e, sim, as conforte e empodere. Por outro lado, também é importante analisar e tutelar o agressor, desconstruindo o pensamento machista criado pela sociedade, para que seja encerrado o ciclo de violência, de forma definitiva.

Nesse contexto, será apresentada, adiante, como uma possível solução, a Justiça Restaurativa, já que trata-se de uma abordagem que tem ganhado espaço no cenário jurídico diante da eficiência apresentada pelos seus métodos. Tais métodos consistem em restaurar e reparar os danos sofridos pelas vítimas, através da escuta ativa e das diretrizes terapêuticas associadas, colocá-las como protagonistas de suas histórias, para que identifiquem suas dores e traumas. Desse modo, por meio dos métodos restaurativos, os quais serão analisados com mais detalhes posteriormente, as vítimas podem ter a possibilidade de reparação de seus danos, além de tratar e transformar os autores desses delitos.

1.3 Uma alternativa à violência de gênero: justiça restaurativa e mediação

A possível solução, convergente com as ideologias abolicionistas, com o intuito de atuar pelos seres humanos na resolução de seus conflitos e na humanização do sistema, é a aplicação da Justiça Restaurativa, mais especificamente, nos casos de violência contra a mulher.

Em um primeiro momento, deve-se estabelecer que a Justiça Restaurativa, segundo Costa *et al.* (2020), é um método de transição, uma vez que faz com que as pessoas comecem a observar a justiça por uma nova perspectiva, a qual adentra na questão criminal com a preocupação de restaurar o estado anterior ao conflito. Assim, é possível observar, então, não um autor e uma vítima, mas sim indivíduos em circunstâncias sociais problemáticas que antecedem à existência da situação danosa. A partir disso, permite-se, então, tratar e sanar as verdadeiras causas geradoras do conflito para combatê-lo com maior eficácia e

também reparar seus danos, a fim de excluir os ideais de punição irracionais inseridos no sistema prisional.

Howard Zehr (2016) elucida a questão ao explicar que a Justiça Restaurativa pode ser estruturada em 3 princípios, sendo, em primeiro lugar, a avaliação do dano, as dimensões dele na vida das vítimas e de que forma poderá ser reparado. Num segundo momento, busca questionar a quem cabe a reparação do dano, para que esse seja responsabilizado e, ainda, quais as demais partes atingidas que deveriam ser incluídas nesse processo restaurativo.

Nesse mesmo sentido, Zehr (2012) apresenta a análise na hipótese de o interlocutor exercer um papel de paternidade ou maternidade de um indivíduo que viola as leis. Como consequência, as opções para a resolução seriam: a escolha entre prendê-lo em um lugar onde ele aperfeiçoaria suas características delituosas, sofreria uma punição desumana e não seria preparado para a ressocialização; ou, então, a possibilidade dele ser orientado para entender a gravidade do dano causado e também a oportunidade de entender o contexto de seu delito, sendo responsabilizado a fim de reparar o dano causado.

Diante da questão, é certo que a segunda opção faria maior sentido para a maioria das pessoas: quando se trata de alguém próximo, cujo sentimento de afeto se sobrepõe ao que é imposto pelo sistema penal, o sentimento vingativo e punitivo é deixado de lado e torna-se possível tratar a questão com maior clareza e sensibilidade.

Com relação aos métodos aplicados, de acordo com Costa (*et al.*, 2020), podem ocorrer somente entre vítima e autor ou podem abranger demais familiares. Também, ocorrem por meio de encontros, círculos restaurativos e conferências. No entanto, independentemente do método aplicado, o que os unifica é a prevalência do diálogo, que ocorre com o apoio de um terceiro, denominado facilitador.

Os métodos descritos acima já possuem amplo reconhecimento no meio jurídico atual, sendo instituídos pelo novo Código de Processo Civil de 2015, o qual incentiva e impõe a utilização dessas ferramentas no âmbito jurídico:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Contudo, a aplicação da Justiça Restaurativa e da Mediação de conflitos, no cenário dos crimes contra a mulher, não é tão simples, uma vez que os métodos restaurativos possuem técnicas que podem envolver a inserção da vítima e do autor frente a frente. Isso, em um primeiro momento, pode causar estranheza e temor às partes. No entanto, o que se deve compreender é que a Justiça Restaurativa busca a elucidação do conflito por meio da remoção do foco no Estado e do seu exercício de poder sobre as pessoas. Desta forma, direciona-o para os verdadeiros envolvidos nas situações problemáticas e para a comunidade atingida (COSTA *et al.*, 2020, p.10).

Tais discussões aproximam a Psicologia e o Direito e, conforme Bezerra (2016), atribuem maior sensibilidade ao conflito, possibilitando sua reconstrução por meio de audiências humanizadas que visam ouvir o próximo e levam em consideração que a violência ocorre, por vezes, dentro do núcleo familiar, em que se criam, por exemplo, laços familiares entre marido e mulher, mas também entre pais e filhos. Nesse cenário, as pessoas estão envolvidas emocionalmente e as questões que permeiam um conflito familiar refletem na construção social dos filhos e familiares que cercam o relacionamento amoroso, vez que não deve-se reduzir uma problemática complexa a uma tipificação penal que traz mais danos que vantagens.

Mediante tal contexto, surge a:

[...] urgente necessidade de repensar o modelo punitivo atual da justiça penal. Com isso, emerge nesse cenário a Justiça Restaurativa, que propõe uma nova forma de intervenção penal, com vistas à reparação dos danos e ao reequilíbrio das relações sociais. Dessa maneira, a Justiça Restaurativa visa à idealização de um modelo penal mais humano, legítimo e democrático, alicerçado na proteção dos direitos fundamentais, bem como na construção de uma sociedade livre e solidária (ZAMBIA-SI, ALVES, 2022 p. 21).

Uma possível solução, voltada para os casos de violência contra a mulher, seria o cuidado emocional por meio de psicólogos que ouçam essas mulheres, com o objetivo de emponderá-las (BEZERRA, 2016, p.5). Assim, é possível fazer com que entendam que são as protagonistas de suas histórias e permitir que compreendam seu papel como uma vítima. Caso se sintam prontas, prosseguirão com a audiência humanizada para entender o que se passou na situação e acabou por gerar o conflito.

Outro ponto importante que Bezerra (2016) destaca é a instrução do profissional que mediará esse conflito, o qual deve ser preparado para lidar com a situação de maneira cautelosa e empática, isto porque, deve estar ciente de que poderá a problemática envolver não só duas pessoas de um relacionamento, mas também todo o núcleo da família.

Segundo Bezerra (2016), a mediação abrange um cenário transformador que serve como um método que clareia a visão de seus participantes por meio de seu ambiente acolhedor, demonstra que o conflito existente era o que impedia que as pessoas vítimas de violência vissem suas prioridades reais, frente a uma situação irreal que as cegava.

No ordenamento jurídico, a aplicação dos métodos restaurativos já é regulamentada pela resolução 225 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que prevê:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: §2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Diante disso, no que se refere à aplicação da Justiça Restaurativa, é possível sua aplicação e abordagem no Ordenamento jurídico, o que contribui para a mudança da percepção da justiça e aborda as problemáticas sociais com mais humanidade e eficiência.

Ademais, deve-se ressaltar que todos os procedimentos de restauração ou de mediação deverão ser aplicados com o consentimento das partes, respeitando seus limites emocionais, e sempre adaptando os métodos e instrumentos aos casos fáticos, tendo a ciência de que são situações únicas e pessoais. Após seguidas essas orientações, é possível atingir a principal finalidade do método, que é humanizar o processo de restauração do autor e a reparação do dano causado à vítima. Por consequência, é possível ampliar o alcance dos métodos restaurativos para que consigam, de forma gradativa, mudar a visão equivocada de justiça, imposta por um sistema que, ao imputar seus ideais abstratos de punição, prolifera sua doença por toda a sociedade.

Os métodos da Justiça Restaurativa já vêm sendo utilizados em diversas áreas, incluindo a esfera criminal e, de maneira mais específica, nos casos de violência contra as mulheres. Nesse sentido, será abordado, no tópico seguinte, a inserção da aplicação da Justiça Restaurativa na prática, a fim de verificar a extensão de seus resultados.

1.4 A justiça restaurativa e a sua aplicação nos conflitos

Em um primeiro momento, é importante destacar que a Justiça Restaurativa é amplamente utilizada em lides de diversas áreas, tanto no Direito de Família, por exemplo, uma ampla adesão, uma vez que se trata de uma matéria de grande envolvimento emocional entre as partes envolvidas, a qual nem sempre pode ser suprida por uma sentença favorável à vítima, uma vez que as consequências psicológicas, em alguns casos, podem ser irreparáveis.

Neste sentido, faz-se necessário ressaltar ainda que, conforme Verga (2018), a Justiça Restaurativa diferencia-se dos métodos de mediação e conciliação. Enquanto a Justiça Restaurativa tem por objetivo a resolução de conflitos por meio de diversos métodos restaurativos, a conciliação e a mediação são métodos específicos com suas próprias adequações regulatórias, as quais limitam as matérias de alcance de ambas as técnicas. Por esse motivo, a Justiça Restaurativa acaba por tornar-se mais ampla

e versátil quanto à sua aplicação nas lides, abrangendo diversas áreas para além da esfera criminal.

No que se refere ao âmbito criminal, os métodos restaurativos também possuem atuação e são promovidos pela justiça brasileira, inclusive nos casos de violência contra as mulheres. De acordo com a notícia publicada por Vória (2023) no site do Tribunal de Justiça do Tocantins, tal medida já se faz presente na comarca de Guaraí, por meio de um projeto de Justiça Restaurativa promovido pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), o qual envolve homens acusados de infrações envolvendo a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Ainda conforme Vória (2023), já foram atendidos cerca de 50 homens desde o início do projeto, que chegou à 5ª edição em março de 2023, e desses 50 participantes, apenas um deles teve registro de reincidência. Tal resultado foi obtido por meio de atividades como o círculo de diálogos, vídeos e dinâmicas coletivas, além de outras ações promovidas por mediadores.

Dentre os casos de êxito, Vória (2023) relata a história de Nemildes Bezerra, de 51 anos, o qual adentrou ao grupo restaurativo após ter sido levado à justiça por inúmeros conflitos com a companheira. Além de cumprir a medida protetiva, o homem foi também inserido no projeto. Nemildes relata que, além de mudar características agressivas de sua personalidade, a Justiça Restaurativa o fez tentar ser uma pessoa mais afetuosa e paciente, que espera não errar mais e seguir em frente, o que fez com que ele se reaproximasse de sua família. Além de integrar e restaurar os homens, o projeto conta ainda com uma rede de médicos e psicólogos, que combatem a violência desde sua origem ao falar abertamente sobre o machismo com esses homens, a fim de atuar de maneira preventiva com base nas situações negativas já vivenciadas por eles (VÓRIA, 2023).

Neste diapasão, a pesquisa do CNJ (2018) revela que:

Com efeito, sobre o tema restaurativo, os resultados empíricos já apresentados no presente Relatório Final indicam, principalmente, que: 1) os profissionais entrevistados (magistrados e membros das equipes multidisciplinares) já ouviram falar de justiça restaurativa, mas não possuem, em regra, uma compreensão clara acerca do que vem a ser práticas de justiça restaurativa;

2) as vítimas entrevistadas, de um modo geral, nunca ouviram falar sobre a possibilidade restaurativa, o que sugere que, nas cidades pesquisadas, não existem projetos de justiça restaurativa para casos de violência doméstica já implementados e/ou em pleno funcionamento; 3) dentre os profissionais entrevistados (magistrados e membros das equipes multidisciplinares), é comum a preocupação que a justiça restaurativa seja imposta pelo CNJ “de cima para baixo”, existindo, muitas vezes, um “desconforto” declarado em torno do tema. Importante ressaltar que esse “desconforto” decorre, visivelmente, da insegurança atrelada à falta de compreensão do que seja a justiça restaurativa, bem como à falta de clareza sobre as potencialidades do seu uso em casos de violência doméstica. Mais uma vez, evidenciada está a importância de se inaugurar um debate nacional aprofundado sobre os possíveis benefícios e riscos associados ao uso de práticas restaurativas em casos de violência doméstica no País.

Diante da pesquisa, é possível analisar que, na prática, a aplicação da Justiça Restaurativa ainda gera dúvidas e desconfortos nos diversos cenários, tanto com relação aos membros do poder judiciário ou mesmo entre as vítimas que seriam beneficiadas pela metodologia. Nesse sentido, entende-se que os receios que cercam este tema, envolvem, principalmente, a elucidação da temática e a difusão do processo restaurativo a fim de demonstrar os aspectos que fundamentem e justifiquem sua viabilidade frente aos casos de violência contra a mulher.

Outro ponto importante é que, de acordo com o CNJ (2018), as pesquisas identificaram o descontentamento das vítimas com o tratamento oportunizado a elas pelo sistema penal e, isto ocorre, devido ao foco do Estado não estar na vítima, e sim no acusado, o que faz as vítimas sentirem-se excluídas e desamparadas. Por isso, a Justiça Restaurativa mostra-se o caminho mais satisfatório para que as vítimas não sejam revitimizadas pelo sistema, já que, dessa forma, elas podem ter mais contato com o andamento processual, com o autor da violência, o que, segundo a pesquisa, torna o acusado mais propício a uma reatuação sincera, e ainda, permite o empoderamento delas mesmas diante de uma situação de violência.

Dito isto, a pesquisa do CNJ (2018) encerra o assunto ao descrever que, ainda que exista grande potencial envolvendo o processo restaurativo no ordenamento jurídico brasileiro, não foi encontrada uma resposta que conclua pela unanimidade de

inclusão ou não da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica, uma vez que se trata de um tema que divide posicionamentos. No entanto, ressalta a importância dos debates sobre o tema, para que se possa ponderar sobre as adequações que devem ser feitas para evitar a revitimização das vítimas e o desequilíbrio encontrado em alguns casos de violência específicos, e então aplicar a Justiça Restaurativa nos casos de violência contra a mulher.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o contexto social presente na violência de gênero vai além das alterações evidentes em leis, não sendo a punição exacerbada ou a privação de liberdade incondicionada dos agressores o caminho mais plausível diante desse cenário. Sabe-se ainda que a violência contra a mulher tem sua origem em um sistema opressor, o qual se utiliza do sistema carcerário para punir outros indivíduos, mas também pune as vítimas, uma vez que se trata de um sistema que objetiva a demonstração de poder e de controle de sua sociedade por meio do encarceramento ao invés da tutela social de seus indivíduos.

Ademais, fez-se possível verificar que o sistema penal não tem racionalidade lógica como aponta Hulsman e os demais autores abolicionistas mencionados e não atrela-se, como objetivo, a resolução de conflitos sociais; assim, serve como método de demonstração da soberania estatal sobre sua população. Frente a essa pauta, entende-se que é possível abordar a Justiça Restaurativa como o método de combate aos princípios retributivos do sistema carcerário, de maneira mais pontual, nos casos de violência contra mulheres, uma vez que tais contextos envolvem, na maioria dos casos, relações pessoais, cuja solução está ligada à compreensão e ao apoio fornecidos pela Justiça Restaurativa.

No que tange à possibilidade de abolição do sistema penal, tal tema não é utópico, mas sim embasado na evolução social e, assim como, as transformações sociais alcançam lutas, por exemplo, com a permissão de casamentos homoafetivos ou o reconhecimento de famílias monoparentais e multiparentais, a abolição do sistema penal pode também ser um exemplo de

luta alcançada, na medida em que àqueles são temas que anteriormente podem ter sido julgados como utópicos, mas, com a evolução social, obtiveram reconhecimento.

Nesse sentido, por fim, é possível, utilizando-se da difusão dos métodos restaurativos, mudar a percepção da sociedade com relação ao sistema penal e, em um futuro evoluído, abolir o sistema penal e todos os ideais prejudiciais que o permeiam.

REFERÊNCIAS

AGUIAR e SALLES, Anamaria. Louk Hulsmann e o Abolicionismo Penal. PUC-SP. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bits-tream/handle/3303/1/Anamaria%20Aguiar%20e%20Salles.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2023.

BEZERRA, Virgínia de Fatima Marques. O Olhar Jurídico Feminino Sobre a Violência de Gênero. Revista dos Tribunais, vol.971, setembro de 2016. Disponível em: [https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018b2014b79da-7b9acd7&docguid=Ib77a3ca07ee911e68f7701000000000000&hitguid=Ib77a3ca07ee911e68f7701000000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=41&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018b2014b79da-7b9acd7&docguid=Ib77a3ca07ee911e68f77010000000000&hitguid=Ib77a3ca07ee911e68f7701000000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=41&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 22 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, 2006) Avaliação sobre a Aplicação das Medidas Protetivas de Urgência da Lei Maria da Penha. Brasília: Instituto Avon, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

_____. (CNJ, 2018). Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais entre Práticas Retributivas e Restaurativas: a lei maria da penha e os avanços e desafios do poder judiciários. Pernambuco: Universidade Católica de Pernambuco, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf>. Acesso em 28 out. 2023.

_____. (CNJ, 2016). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

CARAVELLAS, Elaine M. C. T. M. Justiça restaurativa. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 120-131. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-11.pdf>. Acesso em 22 abr. 2023.

COSTA, Ilton Garcia da. (et al.). Caminhos Para Mudanças: Diálogos Entre Criminologia, Abolicionismos Penais E Justiça Restaurativa. Revista dos Tribunais, vol. 170, agosto de 2020. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018b2012d2913f1dbe13&docguid=Id96fbfc0b82d11eab2ca874fb732afb8&hitguid=Id96fbfc0b82d11eab2ca874fb732afb8&spos=1&epos=1&td=100&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 22 abr. 2023.

DIAS, Camila Libório da Costa. Justiça restaurativa: aplicação da justiça restaurativa em casos de violência contra mulher. Conteúdo Jurídico, 31 de maio de 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58540/justia-restaurativa-aplicao-da-justia-restaurativa-em-casos-de-violncia-contra-mulher> . Acesso em: 22 abr. 2023.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: o sistema penal em questão. 1ª ed. Niterói-RJ: Luam Editora, 1993.

JODAS, Juliana. Abolicionismo Penal: entenda esse debate. Politize!, 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/abolicionismo-penal/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

MESQUITA, Clívia. Medida protetiva não é suficiente para proteger mulheres da violência, avalia pesquisadora. Brasil de Fato. Rio de Janeiro, 6 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/08/06/medida-protetiva-nao-e-suficiente-para-protoger-mulheres-da-violencia-avalia-pesquisadora#:~:text=Vemos%20alguns%20casos%20de%20feminic%C3%ADdio,outras%20frentes%22%2C%20refor%C3%A7a%20Camila> . Acesso em: 21 mai. 2023.

NETTO, Leônidas de Albuquerque. Violência contra a mulher e suas consequências. Rev. Acta Paulista de Enfermagem, setembro-outubro de 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0194201400075> . Acesso em: 22 abr. 2023.

OLIVEIRA, Luciano. As Plantas do Jardim de Hulsman: Discutindo o Abolicionismo Penal e o Abolicionismo Carcerário. Revista dos Tribunais, vol.129, março de 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000018b20167bf3c99a1123&docguid=I951220c0e37911e6a0e6010000000000&hitguid=I951220c0e37911e6a0e6010000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=61&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 22 març. 2023.

VELASCO, Clara (et al.). Brasil bate recorde de feminicídios em 2022, com uma mulher morta a cada 6 horas. 08/03/2023. Disponível em: <ht-

[tps://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-feminicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml](https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-feminicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml) > Acesso em: 21 març. 2023.

VERGA, Leidi Daiana Mattos. Justiça Restaurativa nos Conflitos de Família. Revista do curso de direito do UNIFOR, v.9 n.2, 11 de agosto de 2018. Disponível em: < <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/750> >. 25 abr. 2023.

Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Datafolha Instituto de Pesquisas, 4. ed. 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/03/visiveleinvisivel-2023-relatorio.pdf> . Acesso em 21 abr. 2023.

VÓRIA, Tarcísio. Homem consciente, Mulher protegida: a atuação da Justiça Restaurativa na origem da violência doméstica. Disponível em: < <https://www.tjto.jus.br/comunicacao/noticias/a-atuacao-da-justica-restaurativa-na-origem-da-violencia-domestica> >. Acesso 10 abr. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revam, 1991.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner; ALVES, Ferreira José Juciêr. Justiça Restaurativa: Um modelo alternativo de solução de conflitos. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 10, n. 1, p. 61-84, jan-jun 2022, ISSN 2358-7008. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/2321/1994>. Acesso em 22 abr. 2023.

ZEHR, Howard. Howard Zerh: o que é justiça restaurativa?. (YouTube, 3 de novembro de 2016). Disponível em: <https://youtu.be/Nrd7uZ3p3NQ> . Acesso em: 23 abr. 2023.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. São Paulo: *Pallas Athenas*, 2012.

**O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E O ARQUIVAMENTO DO
INQUÉRITO SEGUNDO O **STF**, UM SEGREDO DE POLICHINELO**

Prof. Dr. Ozéas Corrêa Lopes Filho

Acad. Cauany Bastos Garcia

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise detalhada da interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca dos artigos 3º-A e 28 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei 13.964/2019, no contexto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305. O objetivo principal é evidenciar a incompatibilidade dessa decisão com os princípios do sistema acusatório, destacando a retenção da gestão da prova pelo magistrado e a fragilização da autonomia do Ministério Público, especialmente no que tange a permanência do controle judicial sobre o arquivamento do inquérito policial. A metodologia adotada é descritiva-bibliográfica, focalizando os princípios fundamentais dos sistemas acusatório e inquisitivo, além de analisar a legislação vigente e a literatura jurídica produzida acerca do assunto. Os capítulos do artigo abordam a contextualização dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório, a predominância histórica do sistema inquisitivo no Brasil, a inclusão do artigo 3º-A e modificação do artigo 28 pela Lei 13.964/19, e uma análise crítica da decisão do STF nas ADIs. Conclui-se com uma reflexão sobre as implicações práticas dessas mudanças legislativas no sistema de justiça criminal brasileiro, destacando como a recente interpretação do Supremo Tribunal Federal reverteu a ênfase para o sistema inquisitivo, contrariando a proposta inicial de fortalecimento do sistema acusatório.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema acusatório; arquivamento; inquérito policial; Lei 13.964/19; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The present article proposes a detailed analysis of the interpretation by the Federal Supreme Court regarding Articles 3-A and 28 of the Code of Criminal Procedure, introduced by Law 13,964/2019, in the context of Direct Actions of Unconstitutionality (ADIs) 6298, 6299, 6300, and 6305. The main objective is to highlight the incompatibility of this decision with the principles of the accusatorial system, emphasizing the retention of evidence management by the judge and the weakening of the autonomy of the Public Prosecutor's Office, particularly concerning the continued judicial control over the dismissal of police investigations. The adopted methodology is descriptive-bibliographical, focusing on the fundamental principles of the accusatorial and inquisitorial systems, in addition to analyzing current legislation and legal literature on the subject. The article's chapters address the contextualization of inquisitorial and accusatorial procedural systems, the historical predominance of the inquisitorial system in Brazil, the inclusion of Articles 3-A and 28 by Law 13,964/19, and a critical analysis of the Supreme Court's decision in the ADIs. It concludes with a reflection on the practical implications of these legislative changes in the Brazilian criminal justice system, highlighting how the recent interpretation by the Federal Supreme Court shifted the emphasis back to the inquisitorial system, contradicting the initial proposal to strengthen the accusatorial system.

KEYWORDS: Accusatory system; archiving; police inquiry; Law 13,964/19; Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende examinar a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal dos artigos 3º-A e 28 do Código de Processo Penal, em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, que foram incluídos pela Lei 13.964/2019, e se buscará demonstrar a incompatibilidade da referida decisão com o sistema acusatório, em especial, no que tange a gestão da prova permanecer em poder do magistrado, e a fragilização da autonomia do Ministério Público, em razão da possibilidade do controle judicial ser exercido quando o órgão acusador determinar o arquivamento do inquérito policial.

A promulgação da Lei 13.964/19 representou uma significativa transformação no cenário jurídico, suscitando inúmeras controvérsias. O amplo debate em torno desta lei decorre da combinação de dispositivos garantistas alinhados ao sistema acusatório e, ao mesmo tempo, do fortalecimento do poder punitivo estatal mediante a implementação de previsões mais rigorosas. Nesse contexto, a inclusão dos artigos 3º-A e a alteração do artigo 28 são exemplos das mudanças promovidas em consonância com o sistema acusatório.

Neste estudo, a metodologia adotada para analisar a interpretação do Supremo Tribunal Federal dos artigos 3º-A e 28 do Código de Processo Penal, no contexto das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, é descritiva-bibliográfica. A abordagem descritiva se concentra na exposição detalhada dos princípios fundamentais que regem os sistemas acusatório e inquisitivo, bem como na análise dos dispositivos constantes no Código de Processo Penal que historicamente delinearão o sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, a análise descritiva-bibliográfica busca apresentar uma visão abrangente da inclusão do artigo 3º-A pela Lei 13.964/19, bem como a alteração no artigo 28 do Código de Processo Penal. Ao explorar a literatura jurídica pertinente, a metodologia bibliográfica permite uma análise crítica e reflexiva sobre a contradição entre o avanço almejado na implementação do sistema acusatório e a interpretação efetiva conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em um primeiro momento, realizaremos uma breve explanação acerca dos princípios fundamentais que regem o sistema acusatório e

o sistema inquisitivo, a fim de estabelecer um paradigma facilitador à compreensão da problemática colocada em pauta.

Posteriormente, discorreremos sobre a predominância do sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando como base a análise de dispositivos constantes no Código de Processo Penal (CPP), que historicamente têm evidenciado e consagrado este sistema.

Em seguida, exploraremos a inclusão do artigo 3º-A, pela lei 13.964/19, no Código de Processo Penal, bem como a alteração promovida no seu artigo 28, a fim de promover uma reflexão sobre a contradição entre o pretendido avanço na implementação do sistema acusatório na legislação pátria que tais artigos representam, e sua facticidade a partir da decisão da Suprema Corte.

Por fim, faremos uma análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, que conferiu uma interpretação diversa à literalidade escrita e propósitos legislativos dos artigos supramencionados, e abordaremos os motivos pelos quais a decisão objeto deste artigo é antagônica ao sistema acusatório, e como tal interpretação, num giro sobre seu eixo de 360º, manteve verossimilhança do processo penal no seu antigo *status quo*.

Dessa forma, pretende o artigo oferecer uma análise abrangente das mudanças legislativas recentes no sistema processual penal brasileiro, que promoveram a inclusão de dispositivos consonantes ao sistema acusatório, através da aprovação do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), e das implicações práticas no sistema de justiça criminal do país geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que devolveu a dominância ao sistema inquisitivo.

1 O MODELO INQUISITIVO E O MODELO ACUSATÓRIO

O surgimento do modelo inquisitivo remonta à Idade Média, notadamente durante os Concílios de Verona e Latrão. Além desses marcos históricos, as Bulas Papais desempenharam um papel crucial na formação desse novo modelo. Naquela época, a organização do processo penal era caracterizada pela fusão entre o delito e o pecado, em que o poder punitivo estatal não reconhecia o princípio da legalidade, concentrando-se exclusivamente na expiação das transgressões sob a perspectiva da Igreja Católica (CARVALHO, 2022).

Com esse objetivo definido, os procedimentos eram marcados por uma brutalidade notável, e os instrumentos utilizados para as torturas são atualmente preservados como artefatos históricos em museus. Com a disseminação do modelo inquisitivo, algumas adaptações foram implementadas para aprimorar a instrumentalização do procedimento, conforme apontado por Salo de Carvalho:

Dentre as principais vantagens do novo método, pode-se destacar: a) o caráter universal das denúncias, ou seja, não mais restritas À vítima ou aos seus familiares e interessados; b) o sigilo da identidade do delator (noticiante); **c) a inexistência de separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito ao magistrado realizar a imputação, produzir a prova e decidir o caso;** d) o sistema tarifado de provas, com a consequente graduação da culpabilidade, na qual a confissão recebe valor supremo (*regina probatio*); e a autorização irrestrita para o uso da tortura como mecanismo idôneo para obtenção da prova. (CARVALHO, 2022, p.142) (grifo nosso).

A centralização da figura do acusador e do julgador em um mesmo personagem, e a consequente gestão da prova pelo inquisidor, eram os elementos necessários para propiciar a busca pela denominada “verdade material” e a confirmação da hipótese que já havia sido previamente estabelecida pelo poder punitivo. O estímulo à tortura para obtenção da confissão – que era prova com valor absoluto – denota a quase inevitabilidade de condenação dos sujeitos classificados como criminosos pela ideologia teocrática da época, os ditos “hereges” e “bruxas”. Nesta esteira, conclui-se que não há diálogo entre as partes neste modelo processual, e sim um monólogo, em que o juiz-acusador previamente estava cientificado do desfecho do caso, já que este foi determinado por ele próprio.

Neste diapasão, no âmbito do sistema inquisitivo, observamos distintivas características que delineiam sua estrutura. O referido modelo se destaca pela iniciativa probatória do magistrado, que assume um papel ativo na busca e produção de evidências. Além disso, caracteriza-se pela concentração da função acusatória e de julgamento nas mãos do juiz, consolidando, assim, um único protagonista no processo.

Ainda no contexto inquisitivo, é marcante a atuação *ex officio* do juiz, que age de forma independente na condução da investigação e no desenvolvimento do processo. Esse modo de operação muitas

vezes conduz a uma percepção de parcialidade do julgador, já que o mesmo detém o controle tanto da instrução quanto do julgamento, podendo influenciar de maneira direta no curso do processo.

Outro aspecto distintivo do sistema inquisitório é a ausência de um contraditório efetivo e a falta de igualdade de armas entre acusação e defesa. A participação ativa do juiz na produção de provas e na condução do processo muitas vezes pode resultar em um desequilíbrio, prejudicando a capacidade da defesa de se contrapor adequadamente aos argumentos da acusação.

Em contraste com os princípios do sistema inquisitivo, emerge o sistema acusatório, cuja origem remonta ao período de governança de Henrique II, na Inglaterra, conforme apontado por Coutinho (2009). Nesse sistema, os indivíduos cujos direitos fossem violados tinham o direito de apresentar reclamações diretamente ao Rei, por meio de petições, as quais eram recebidas e processadas pelo Lord Chanceler. Em nome do rei, o Lord Chanceler emitia ordens escritas – denominadas *writ* – aos representantes locais, instruindo-os a exigir que o acusado prestasse esclarecimentos sobre a alegada violação de direitos (COUTINHO, 2009).

Em decorrência do aumento da busca por esta prestação estatal, e do fato da decomposição do *Curia regia* em três tribunais não ter sido suficiente para atender a demanda, o Rei Henrique II fundou o “Trial by Jury”. Inicialmente, o acusado seria submetido a um *Grand Jury*, e caso fosse aceita a acusação, ocorreria o julgamento no *Petty Jury*. Neste modelo, o representante real desempenhava o papel de “mantedor da ordem”, e não interferia além dos limites deste papel. (COUTINHO, 2009).

Neste contexto, o julgamento desenrolava-se em um local público, e fundava-se em um debate, em que havia a dialética entre acusação e defesa em igualdade de condições. O direito material era pautado significativamente nos costumes em detrimento das leis, e as regras processuais possuíam um caráter mais geral e integravam um sistema comum, o dito *Common Law*. (COUTINHO, 2009).

Com efeito, a evolução do modelo acusatório na contemporaneidade consagra princípios que estão em sintonia com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em resumo, esse modelo estabelece a separação nítida das funções de acusar e julgar, garantindo a imparcialidade do julgador, a paridade de armas no

processo, a restrição da iniciativa probatória às partes, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a publicidade dos atos processuais e o estrito respeito ao contraditório.

A separação das funções de acusar e julgar no sistema acusatório contribui para um ambiente processual mais equilibrado, evitando a concentração excessiva de poder nas mãos de um único ator, como no sistema inquisitivo. A imparcialidade do julgador é um pilar fundamental para assegurar a justiça e a equidade no processo, enquanto a paridade de armas garante que ambas as partes tenham condições igualitárias de apresentar suas argumentações e provas.

Além disso, a limitação da iniciativa probatória às partes no modelo acusatório reforça a autonomia das partes na construção de suas estratégias processuais, promovendo a igualdade de oportunidades. A exigência de fundamentação das decisões judiciais contribui para a transparência do processo, possibilitando que as partes compreendam as razões por trás das decisões judiciais.

A publicidade dos atos processuais é um elemento-chave para a legitimidade do sistema, permitindo que a sociedade tenha conhecimento e confiança no funcionamento da justiça. Por fim, o estrito respeito ao contraditório assegura que ambas as partes sejam ouvidas de maneira justa e equitativa, sendo essencial para a construção de uma decisão judicial fundamentada e justa.

2 A INCIDÊNCIA DO SISTEMA INQUISITIVO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A predominância do sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro é uma herança do autoritarismo da Era Vargas, que se inspirou nos ideais fascistas delineados no Código de Processo Penal Italiano (*Codice Rocco*) para criar o Código de Processo Penal brasileiro. Esse período histórico influenciou profundamente a estrutura do sistema jurídico no Brasil, promovendo uma abordagem mais autoritária no processo penal. (COUTINHO; DA ROSA; LOPES JR, 2023a)

Apesar da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consolidou princípios democráticos e, implicitamente, introduziu o sistema acusatório, observamos que diversos dispositivos de natureza inquisitória persistem no processo penal brasileiro. Essa

permanência gera uma tensão entre as normas legais que refletem uma mentalidade inquisitória e os princípios democráticos e garantias individuais estabelecidos pela Constituição.

Essa incompatibilidade entre disposições inquisitórias e a Constituição democrática é um desafio importante, uma vez que a Constituição Federal representa a base normativa que estabelece os princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro. A coexistência de elementos inquisitivos pode impactar negativamente a efetivação dos princípios democráticos e o respeito aos direitos individuais no processo penal.

Conforme destacado por Aury Lopes Jr. (2023), o Código de Processo Penal brasileiro confere ao magistrado a legitimidade para a produção de provas e a imposição de medidas cautelares de ofício. Ao examinarmos o Código, evidenciamos respaldo legal para que o juiz determine, por iniciativa própria, o sequestro de bens na fase processual ou pré-processual (artigo 127). Adicionalmente, o magistrado pode ordenar a produção de provas antecipadas e a realização de diligências para esclarecer dúvidas consideradas relevantes (artigo 156).

A legislação também autoriza, de forma expressa, que o juiz, de ofício, inquiria testemunhas que não foram arroladas pelas partes (artigo 209) e ordene busca e apreensão (artigo 242). Esses amplos poderes conferidos ao juiz evidenciam a presença de uma mentalidade inquisitória enraizada no processo penal brasileiro, a qual é incompatível com os princípios do sistema acusatório.

Essa característica inquisitória, ao permitir a atuação ativa e direta do magistrado na produção de provas e condução da investigação, contrasta com a postura mais imparcial e distante do juiz no sistema acusatório, no qual as partes têm o protagonismo na apresentação e contestação das evidências. Nesta esteira, leciona Aury Lopes Jr:

O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do *juiz-espectador* em oposição à figura inquisitória do *juiz-ator* é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório.

Mais do que isso, é uma questão de respeito às esferas de exercício de poder. São as limitações inerentes ao jogo democrático. (LOPES JR, 2023, p.39)

Imperioso destacar que, além das normas de natureza inquisitorial legadas do fascismo, recentemente tivemos a incorporação de artigos no Código de Processo Penal que invocam princípios do sistema inquisitivo. Tal inclusão foi efetivada através da Lei 13.964/19, alvo de significativa controvérsia. Esta legislação introduziu diversas alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, adicionando disposições tidas como rigorosas e inquisitoriais de um lado, e, de outro, inserindo normas que fortalecem os fundamentos do sistema acusatório.

No que concerne ao aumento na cota inquisitiva, podemos destacar a modificação realizada no rito do Tribunal do Júri, onde foi introduzida a possibilidade de execução provisória da pena quando a condenação atingir 15 anos de reclusão ou mais (conforme o artigo 492, inciso I, alínea e do CPP). Essa disposição legal confronta diretamente o princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito da sentença penal condenatória, elemento fundamental do sistema acusatório. Como salientado por Mario Pisani (2000, p. 64, apud LOPES JR, 2023, p. 75), esse princípio é um *“pressuposto implícito e peculiar do processo acusatório penal”*.

Assim, fica evidente a persistência da influência do modelo inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas devido à herança das normas implementadas por ocasião da promulgação do Código de Processo Penal de 1940, mas também pela incorporação de disposições legislativas recentes que relutam em consolidar de maneira plena o sistema acusatório no Brasil.

3 LEI 13.964/19: A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL E A AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme explicitado anteriormente, a Lei 13.964/19, midiaticamente conhecida como Pacote Anticrime, introduziu mudanças profundas no Direito Penal e Processual Penal brasileiro. Neste artigo, concentraremos nossa análise especificamente na inclusão do artigo 3ºA e a alteração realizada no artigo 28 *caput* e §1º, ambos do Código de Processo Penal.

A inserção do artigo 3ºA estabeleceu de forma explícita a adoção do sistema acusatório, conforme transcrito a seguir:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Este artigo é inequívoco ao proibir a atuação proativa do juiz nas etapas pré e processual, estabelecendo, ademais, a concentração do poder probatório no órgão de acusação. Em outras palavras, a legislação vedou expressamente a participação direta do juiz na fase de investigação, assegurando que essa responsabilidade permaneça sob a jurisdição exclusiva do órgão acusador.

Essa alteração representa um marco na consolidação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, reforçando a separação de funções entre acusador e julgador. Ao vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e concentrar a produção de provas na acusação, busca-se assegurar a imparcialidade do magistrado, promovendo um ambiente mais equitativo e alinhado aos princípios democráticos e constitucionais.

Aury Lopes Jr (2023) salienta que a mera separação entre a figura do acusador e do julgador não é suficiente para efetivar o sistema acusatório na prática, sendo crucial a gestão probatória ser restrita às partes envolvidas no processo.

Neste mesma linha de raciocínio, Gilberto Thuns (2004, p. 159, apud SAMPAIO, 2009, p. 13) ensina que “o processo penal é nutrido por um discurso sobre a verdade que fundamenta a outorga legal de poderes ao magistrado para a busca desta verdade. Este discurso sobre a verdade e os poderes conferidos ao juiz é o divisor de águas entre os sistemas processuais.”.

É imperativo ressaltar que a atribuição de poder probatório ao juiz tende a favorecer a acusação, visto que a existência de dúvida quanto à materialidade ou autoria do fato já enseja a absolvição em decorrência da aplicação do princípio fundamental *in dubio pro reo*.

A alteração promovida no artigo 28 *caput* do Código de Processo Penal conferiu autonomia para o Ministério Público ordenar o arquivamento do inquérito policial. Com a redação original da Lei 13.964/19, a revisão da decisão que determina o arquivamento é realizada em uma outra instância do órgão acusador. A referida redação estabelece o seguinte procedimento:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

Ademais, a inclusão do §1º no artigo 28 confere o direito à vítima ou seu representante legal submeter a manifestação pelo arquivamento à instância competente do órgão ministerial, caso discordem da decisão:

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Anteriormente à Lei 13.964/19, a redação do artigo 28 exigia a participação do juiz no processo de arquivamento do inquérito policial. Se o Ministério Público solicitasse o arquivamento e o juiz considerasse improcedentes as razões apresentadas, ele encaminharia o inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, que então poderia oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistir no pedido de arquivamento. Adiante, a transcrição da antiga redação do artigo 28:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

A modificação introduzida pela Lei 13.964/19 foi essencial para consolidar a autonomia funcional do Ministério Público, como assegurado pela Constituição Federal. Neste viés, o órgão ministerial teria a competência de ordenar o arquivamento diretamente, sem a necessidade de intervenção judicial, reforçando sua independência e agilizando o processo de tomada de decisões no âmbito do arquivamento de investigações. Essa alteração representou um avanço no fortalecimento das funções do Ministério Público no sistema jurídico brasileiro, bem como do sistema acusatório.

Ademais, o acréscimo do §1º ao artigo 28 ressalta a preocupação em garantir não apenas a autonomia do Ministério Público, mas também a participação da vítima ou seu representante legal no processo decisório, promovendo, assim, maior transparência e salvaguardas para assegurar a justiça e a imparcialidade no âmbito do arquivamento do inquérito policial.

No período de Dezembro de 2019 a Janeiro de 2020, testemunhamos a instauração das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Estas ações objetivavam questionar a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 13.964/19, dentre estes, os artigos 3º A e 28 *caput* do Código de Processo Penal.

Nesse cenário, o Ministro Fux concedeu uma liminar na Medida Cautelar vinculada às ADIs, suspendendo de maneira indeterminada (*sine die*), a eficácia dos mencionados artigos. Cumpre ressaltar que essa medida, embora refletisse o compromisso com a análise aprofundada da constitucionalidade, também instaurou um período de considerável insegurança jurídica.

Em Agosto de 2023, o Tribunal julgou parcialmente procedente as ADIs, oportunidade em que atribuiu interpretação conforme aos artigos 3º A e 28 *caput* e §1º do Código de Processo Penal, a ser examinada no tópico seguinte.

4 A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MANUTENÇÃO DO SISTEMA INQUISITIVO

É imprescindível ressaltar, em um primeiro momento, que a inclusão do artigo 3º A e a alteração do artigo 28 no contexto da Lei 13.964/19 carregavam consigo uma intenção primordial de fortalecer o sistema acusatório já positivado pela Constituição Federal.

Essas alterações foram concebidas com o propósito claro de consolidar o modelo processual acusatório através da retirada do poder probatório das mãos do magistrado, e do reforço da autonomia do Ministério Público, na medida que descartava a participação do Judiciário no arquivamento do inquérito policial.

Consideranto tais fatos, partiremos para a análise da interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal dos artigos objeto do presente estudo. Adiante, a transcrição da interpretação conforme atribuída ao artigo 3º A:

1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin.

De acordo com a decisão proferida pelo STF, o poder probatório é devolvido ao magistrado, permitindo-lhe a faculdade de “determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento de mérito”.

É necessário ressaltar que o poder-dever de provar deve permanecer sob a responsabilidade das partes, sendo incongruente com os princípios do sistema acusatório a abertura de margem para que o magistrado determine a produção de prova sob o argumento de esclarecer determinado aspecto tido como relevante, haja vista a possibilidade da sua imparcialidade ser prejudicada. Neste sentido, alerta Jacinto Coutinho:

Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiendo o órgão acusatório (COUTINHO, 2009, p. 111).

Nesse contexto, é fundamental reiterar que o ônus de provar a ocorrência do delito e quem o praticou repousa sobre a acusação, e qualquer falha significativa que gere dúvidas substanciais sobre a autoria ou materialidade do fato impõe, por decorrência do princípio *in dubio pro reo*, a medida de absolvição.

Aliás, o magistrado também não deve poder produzir prova de ofício sob a justificativa de auxiliar a defesa. Em um sistema acusatório, o juiz deve se contentar com as provas produzidas pelas partes, mesmo que tais provas sejam insuficientes (LOPES JR, 2023).

Em função desta decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, os artigos 156, 209 e 242 do Código de Processo Penal, – anteriormente abordados – claramente implementados sob uma natureza inquisitória, restam pacificados. A utilização destes artigos será respaldada sob a invocação da ideia de que “é necessário dirimir dúvida relevante para o julgamento de mérito”.

Neste viés, recente crítica traçada por Aury Lopes Jr., Jacinto Coutinho e Alexandre Moraes da Rosa destaca a permanência da estrutura acusatória com a decisão do STF:

Em resumo, o STF entendeu que o sistema é acusatório, mas pode o juiz determinar a produção de provas – de ofício – para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento. E quais são os limites legalmente autorizados? Aqueles previstos no CPP e desde sempre criticados, como por exemplo, os artigos 156 e 209. Eis a síntese do sistema acusatório “a la STF”: a estrutura é acusatória, mas se o juiz quiser, pode assumir função de acusador [juiz inquisidor]. (COUTINHO; DA ROSA; LOPES JR, 2023b)

A interpretação feita pelo STF esvazia, portanto, a literalidade escrita do artigo 3º A e a clara intenção do legislador de extinguir a iniciativa de produção probatória do juiz. Ao permitir a realização de atos instrutórios fundamentados na necessidade de esclarecer dúvidas relevantes para o julgamento do mérito, ocorre a manutenção do sistema inquisitivo, ou seja, a transformação prometida pelo artigo 3ºA da Lei 13.964/19 é totalmente suprimida.

No que concerne à interpretação conferida ao *caput* e §1º do artigo 28 do Código de Processo Penal, destaca-se a seguinte orientação resultante do posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal:

20. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses.

21. Por unanimidade, atribuir interpretação conforme ao § 1º do art. 28 do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento.

Ao analisarmos esta interpretação, evidencia-se a reintrodução do Poder Judiciário no processo de arquivamento do inquérito

policial. Dessa maneira, além da obrigação do Ministério Público de comunicar o juiz ao se manifestar pelo arquivamento, concede-se à autoridade judicial a faculdade de submeter a matéria à revisão do órgão ministerial competente, quase que inalterando a antiga redação do art. 28 do CPP, que possibilitava uma submissão do pedido de arquivamento do inquérito ao crivo do procurador-geral.

A leitura da decisão revela um redimensionamento na autonomia do Ministério Público, anteriormente conferida pela Lei 13.964/19. Neste sentido, o Poder Judiciário assume um papel de controle externo sobre a decisão de arquivamento do inquérito policial, apontando para uma alteração significativa no balanço de poderes e responsabilidades estabelecido pela legislação supramencionada.

A redação introduzida no caput do artigo 28 pela Lei 13.964/19 já impunha ao Ministério Público a obrigação de submeter sua manifestação pelo arquivamento ao órgão ministerial competente para fins de revisão. Adicionalmente, o §1º do mesmo artigo conferia à vítima ou ao seu representante legal o direito de submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso discordassem da decisão de arquivamento.

Nesse contexto, o controle interno estava intrinsecamente vinculado ao respeito à autonomia funcional do Ministério Público, e aqui, neste direcionado artigo, não se quer discutir a legitimação, se ordinária ou extraordinária do *parquet*, ou de onde busca legitimação política para decidir quem deve ou não ser processado pelo Estado, considerando a sua obrigatoriedade constitucional à promoção da ação de iniciativa pública, que não a ser tratada em outra oportunidade. A lógica subjacente a essa abordagem era clara: se o órgão acusador, após análise, concluisse que a medida mais apropriada fosse o arquivamento do inquérito, era coerente que a revisão dessa decisão ocorresse dentro do âmbito da instância competente do próprio órgão acusador.

Além do mais, é crucial ressaltar que a manifestação pelo arquivamento deve ser sempre devidamente fundamentada, cumprindo o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal de iniciativa pública (LOPES JR., 2023). Nesse sentido, o parecer apresentado pelo Ministério Público que careça dessa fundamentação, a ponto de torná-lo ilegal ou teratológico, seria

inevitavelmente submetido à verificação pela instância ministerial competente e posteriormente corrigido.

Portanto, observa-se o reforço da estrutura inquisitória em mais um dispositivo por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal. Essa decisão amplia a lógica do juiz-inquisidor, que, além de manter um poder probatório considerável, passa a exercer controle sobre uma decisão que deveria ser restrita ao órgão acusador.

A inclusão do poder do órgão judicante revisar o arquivamento do inquérito policial parece contrapor a ideia da inércia, característica fundamental do Poder Judiciário em um sistema acusatório. Essa revisão por parte do Judiciário, ao questionar a manifestação do órgão acusador, potencialmente descredibiliza a autonomia e a expertise do Ministério Público.

Surge a indagação: por que o juiz necessita intervir para apontar a ocorrência de ilegalidade ou manifestação teratológica no parecer pelo arquivamento do inquérito, quando há a previsão de revisão por outra instância do próprio órgão ministerial? Essa dualidade de revisão, embora possa ser vista como uma espécie de mecanismo de *checks and balances*, levanta preocupações sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e sobre a real autonomia funcional do Ministério Público.

A interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 28, tanto em seu caput quanto no §1º, assemelha-se à abordagem adotada no caso do artigo 3º A, consolidando, assim, a matriz inquisitória no sistema penal brasileiro. Embora haja uma alteração na construção de frases na interpretação conforme, a essência permanece inalterada.

Em resumo, a decisão do Supremo reforça a manutenção do juiz com poder probatório, uma condição incompatível com o sistema acusatório desenhado pela Constituição Federal e com a redação objetiva e taxativa do original artigo 3º A da Lei 13.964/19. A redação inicial do artigo era clara, precisa e não deixava margem para interpretações divergentes.

A reinclusão do Poder Judiciário no processo de arquivamento do inquérito policial representa, de certa forma, um retorno ao antigo *status quo*. Apesar de não mais se fazer alusão ao termo “considerar improcedentes as razões invocadas” quando da manifestação pelo

arquivamento do inquérito, a expressão “caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento”, na decisão, introduz uma dinâmica semelhante. Isso implica, da mesma maneira que antes, no esvaziamento da autonomia funcional do Ministério Público, gerando um sentimento de desconfiança na sua atuação.

Novamente, observamos que os preceitos constitucionais de autonomia funcional do Ministério Público, que buscam assegurar sua independência na condução das investigações e na propositura da ação penal, parecem ser negligenciados. A própria semântica do artigo 28 (*caput* e §1º) é reinterpretada, criando um cenário em que a intervenção judicial, sob a justificativa de verificar ilegalidade ou teratologia, resulta em um controle mais rígido sobre as decisões do órgão acusador, contrariando a proposta original da legislação.

CONCLUSÃO

Por conta de uma personagem da *commedia dell'arte* italiana, do século XVI, Pulcinello, um corcunda que não guardava segredos, inicialmente ingênuo e tolo, no entanto, mais para frente, astuto e atento a interesses servis, diz-se que quando algum fato que não é segredo para ninguém, a não ser quando se precisa simular por outras pretensões, nem que seja para dissimular verdades que não soam bem de serem ditas, que essas falsas verdades ou oculta mentiras, não passam de segredos de Polichinelo.

Assim, nos parece que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal as questões que afetam o modelo penal brasileiro, introduzidas pela Lei 13.964/19, também guardam verdades inconvenientes não reveladas, ou pelo menos camufladas. Como afirmamos no início de nosso texto, em giro de 360º, saímos de um modelo inquisitivo, em gritante antagonismo constitucional, para um modelo acusatório, todavia, após interpretadas pela Corte Maior, com semelhantes características pretéritas, ou seja, mudamos tudo e no final quase nada se alterou.

Em análise crítica das recentes interpretações do Supremo Tribunal Federal acerca dos artigos 3º A e 28 (*caput* e §1º) do Código de Processo Penal, emerge uma preocupação significativa quanto à preservação dos princípios fundamentais do sistema acusatório no contexto do sistema penal brasileiro. A decisão do Supremo,

ao devolver o poder probatório para o magistrado e reintroduzir o Poder Judiciário no processo de arquivamento do inquérito policial, marca um retorno a elementos inquisitórios. Eis o giro do processo penal sobre seu eixo, que traz consigo o segredo de polichinelo.

A devolução do poder probatório ao magistrado, conforme estabelecido pela interpretação do STF, representa uma alteração substancial no papel tradicionalmente designado ao juiz no sistema acusatório. A concepção de que o juiz, pontualmente e dentro dos limites legais, pode ordenar a produção de provas revela a incongruência com a essência do sistema acusatório, no qual a responsabilidade pela produção de provas recai sobre as partes envolvidas.

A insistência na participação judicial na revisão do arquivamento, mesmo sob a justificativa de verificar ilegalidade ou teratologia, parece mitigar a efetividade dos preceitos constitucionais que conferem autonomia ao Ministério Público. É imperativo considerar o impacto dessa decisão no equilíbrio de poderes entre acusação e julgamento, bem como na confiança pública na atuação do Ministério Público. A autonomia funcional do órgão acusador é uma pedra angular do devido processo legal e do sistema acusatório, e qualquer intervenção externa deve ser minuciosamente ponderada para preservar esses princípios fundamentais.

Em síntese, a análise crítica dessas interpretações revela a revitalização da essência inquisitória no processo penal brasileiro, contrariando não apenas a literalidade do texto original da Lei 13.964/19, mas também os princípios basilares do sistema acusatório, que foi implicitamente incorporado pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

COUTINHO, Jacinto; DA ROSA, Alexandre M.; LOPES JR, Aury. De qual modelo acusatório o STF fala? 2ª parte do julgamento do pacote anticrime. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de Setembro de 2023.

COUTINHO, J; DA ROSA, A. M.; LOPES JR, A. O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF?. *Revista Consultor Jurídico*, 19 de Setembro de 2023.

COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n.183, p. 103-115, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 20ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

SAMPAIO, Denis. A gestão da prova no processo penal: continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Ano I, Número 1, p. 1-21, 2009.

SOBRE OS AUTORES

ORGANIZADORES

CLODOMIRO JOSÉ BANNWART JUNIOR

Professor e coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Filosofia pela UNICAMP.

ELVE MIGUEL CENCI

Docente do programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Negocial, Londrina, Brasil.

GILVAN LUIZ HANSEN

Docente do do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense, docente da Graduação em Direito, do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), do Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Doutor em Agua, sostenibilidad y desarrollo pela Universidade de Vigo/Espanha.

JÚLIA MARIA FELICIANO

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

LAÍS ALVES DE OLIVEIRA

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

MARIA EDUARDA GOBBO ANDRADES

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

AUTORES

ALESSANDRO SEVERINO VALLÉR ZENNI

Professor do Programa de Mestrado em Direito, Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Cascavel, Brasil.

ANNA LUIZA MASSARUTTI CREMONEZI

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Brasil.

CAUANY BASTOS GARCIA

Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense - campus Niterói.

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI

Doutor em Direito Constitucional (UFMG/Cardozo School of Law), professor permanente PPGD/FDV, São Luís/MA, Brasil.

CLEBER DA CRUZ CUNHA

Doutorando - PPGDIN, Niterói/RJ, Brasil.

CILDO GIOLO JÚNIOR

Professor Efetivo, Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Passos, Brasil.

DORIVAL ASSI JUNIOR

Mestrando em Direito Negocial, Londrina, Brasil.

ELLEN PEREZ LANDGRAF

Bacharel em Direito, Membro do Programa de Formação Complementar em Direito e Tecnologia, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Londrina, Brasil.

EWERTON ALBERTO OST

Acadêmico do Curso de Direito pela UNIVEL, Cascavel-PR, Brasil.

GUILHERME BORGES CILIÃO

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

HENRIQUE PINHO DE SOUSA CRUZ

Mestrando em Direito Negocial, Londrina, Brasil.

ISABELA ORELLI DOS SANTOS

Acadêmica do Curso de Direito pela UNIVEL, Cascavel, Brasil.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Professor Doutor, Departamento de Direito Público, Londrina.

JOSÉ ANTÔNIO CALLEGARI

Professor Adjunto, Departamento de Direito, Macaé, Brasil.

JUSSARA ROMERO SANCHES

Professora, Departamento de Direito Público, Londrina, Brasil.

JULIANA DUCATTI SCODRO

Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

KÁTIA ROCHA SALOMÃO

Professora titular vinculada ao curso de Direito, Cascavel, Brasil.

LORENA BERTONHA

Discente bolsista, Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas, Passos.

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA

Professor do departamento de Direito Público e Pós-Graduação Estrito Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

LUÍS FELIPE ASSUNÇÃO DE OLIVEIRA SANTOS

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

LUÍS FERNANDO FERREIRA MARQUES

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Brasil.

MARIA EDUARDA DANTAS GROU

Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

MARIA EDUARDA GALVÃO CORRÊA

Graduanda em Direito, Universidade Federal do Maranhão, Departamento de Direito, São Luís/MA, Brasil.

MARIA EDUARDA REIS SOUTO DA SILVA

Acadêmica do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Membro do Programa de Formação Complementar em Direito e Tecnologia.

MARLON DO NASCIMENTO BARBOSA

Centro Universitário UNIVEL, Mestrando em Direito, Inovação e Regulações do Programa de Pós-Graduação em Direito, Cascavel, Brasil.

MAYARA RIBEIRO SIMARO

Mestranda em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

MÔNICA ALVES DE CARVALHO CUNHA

Advogada, Niterói/RJ, Brasil.

OZÉAS CORRÊA LOPES FILHO

Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. É professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, campus Niterói,

PATRÍCIA AYUB DA COSTA

Doutora em Direito Internacional pela USP, Mestre em Direito Negocial pela UEL, Professora e vice-coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Brasil.

PATRÍCIA MARIA BARRETO BELLOT DE SOUZA

Universidade Candido Mendes, Mestranda em Direito, Rio de Janeiro, Brasil.

PIETRA LIMA LOPES

Acadêmica do curso de Direito Universidade do Estado de Minas Gerais, Discente, Departamento de Ciências Jurídicas, Passos, Brasil.

PRISCILA APARECIDA DA SILVA

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

RACHEL BRUNO ANASTÁCIO

Doutoranda em Direito e Pesquisadora na Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. Mestre em Direito. Professora da Universidade Federal Fluminense, RJ, Brasil.

RENATA VIEIRA MEDA

Professora do departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina e Universidade Veiga de Almeida, Professora do Curso de Direito da UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

TÊMIS CHENSO DA SILVA RABELO PEDROSO

Professora do departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina; Coordenadora do Programa de Formação Complementar em Direito e Tecnologia, Londrina, Brasil.



ISBN: 978-85-86457-86-5

CD



9 786586 457865