

Editorial

Caras leitoras e Caros leitores,

É com grande satisfação que apresentamos a nova edição v. 51 n.º 2 da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, dedicada a temas que refletem os desafios contemporâneos do Direito e das sociedades brasileira e internacional. Neste volume, reunimos textos relevantes que abordam questões urgentes e transversais, desde a saúde global até os impactos das mudanças climáticas, passando por debates sobre direitos fundamentais, tecnologia e justiça social.

A saúde, como um bem comum global, assume destaque nesta edição. Discutimos como a comunidade internacional tem enfrentado essa temática, especialmente em um contexto de pandemia, onde a judicialização da saúde e a assistência à saúde mental no Brasil ganharam relevância inédita. Esses artigos nos convidam a refletir sobre a efetividade dos direitos humanos e os limites do sistema jurídico em garantir o acesso universal à saúde.

Outro eixo temático central é a interseção entre Direito, tecnologia e sociedade. Apresentamos artigos sobre o direito ao acesso à informação na era digital, as plataformas de streaming e o direito à cultura, e a violência política contra mulheres nos espaços digitais evidenciam como o Direito precisa se adaptar às novas dinâmicas sociais.

A proteção dos direitos fundamentais e a justiça social também são temas recorrentes. Discutimos a reserva do possível como obstáculo à efetivação de direitos, a condenação de grandes veículos de mídia por danos morais, e os desafios do controle judicial das políticas sociais no Brasil. Além disso, artigos sobre desaparecimentos forçados, migrações e o Direito Internacional das Catástrofes reforçam a necessidade de uma abordagem humanista e interdisciplinar.

A sustentabilidade e o meio ambiente não poderiam ficar de fora. Analisamos o impacto das mudanças climáticas sobre populações vulneráveis, a

agricultura urbana como expressão do direito à cidade sustentável, e os efeitos das normas de licenciamento ambiental. O ICMS ecológico em Minas Gerais é um exemplo de como o Direito pode ser instrumento de promoção de políticas públicas ambientais.

Por fim, revisitamos clássicos do pensamento jurídico e filosófico, como o *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*, de Rousseau, que nos convida a refletir sobre as raízes das desigualdades e seu impacto no Direito contemporâneo.

Agradecemos aos/às autores/as e à nossa colaboradora Heloísa que tornaram esta edição possível, e convidamos os/as leitores/as a mergulharem nestes textos, que buscam não apenas analisar, mas também propor caminhos para um Direito mais justo e inclusivo.

Desejamos uma excelente leitura!

Atenciosamente,

Prof. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito da UFU

Health as a Global Common and How It is Addressed in The International Community: Perspectives from the Ethics of Care¹

La Salud como Bien Común Global y su Abordaje en La Comunidad Internacional: Perspectivas desde la Ética del Cuidado

Elisabet Vidal²

Vinicius Villani Abrantes³

Thiago Giovani Romero⁴

Abstract: The global explosion of the last pandemic has rekindled the debate on the need to consider health as a global common good. Therefore, the aim of this article is to present the relationship between universal health coverage as a possible safeguard policy – although subject to criticism – to face the vicissitudes that health, understood as a global common good, is going through in the post-pandemic world era. Thus, a review is made of the concept of global health and the implications of universal health coverage of drugs, treatments and supplies, understood as common goods. Finally, the opportunity to establish an ethics of care with a global perspective that nurtures a new approach to the subject from a paradigm based on the inalienable respect for human dignity is discussed.

¹ Translator's Note (t/n.): This article was originally published in: Vidal, E. *La Salud como Bien Común Global y su Abordaje en La Comunidad Internacional: Perspectivas desde la Ética del Cuidado*. *Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras*, Issue 5, Number 1, 2023. The translation was authorized by the author, Elisabet Vidal, and also by the editors of the Journal in which it was published. All ideas and quotations in this text are the responsibility of the author.

² Abogada (UCSF). Mediadora (Intermed - ADE). Doctora en Derecho (UCA). Docente e Investigadora (UCSF). Miembro del Proyecto "Derechos Humanos y Economía. Relaciones y Tensiones entre los Derechos Sociales y Ambientales y el Orden jurídico-económico Transnacional", UCSF - Res. C.S. 7230, Directora: Dra. Ana M. Bonet. Doctorando en Ciencias de la Salud (FURG). Maestrando en Bioética (UFV - FJL).

³ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Estudos Linguísticos, na área de Linguística Aplicada, da Universidade Federal de Minas Gerais (POSLin/FALE/UFMG – Brasil). Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito, do Instituto Metodista Granbery (FMG – Brasil). Graduando em Letras, pela Faculdade de Letras, da Universidade Federal de Juiz de Fora (FALE/UFJF – Brasil). Pesquisador Associado ao Direito Internacional sem Fronteiras, na Linha de Pesquisa: "Os Direitos das Crianças no Sistema Internacional" (DIIsF – Brasil). Pesquisador Associado ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na Linha de Pesquisa "Direito Internacional Crítico" (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU – Brasil).

⁴ Doutorando em Direito Internacional na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito na Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor na FUNEPE/SP e advogado.

Keywords: Global Health. Common Goods. Universal Health Coverage. Ethics. Care.

Resumen: La explosión mundial de la última pandemia avivó nuevamente el debate vinculado a la necesidad de considerar a la salud como un bien común global. Por ello, este artículo tiene como objetivo presentar la relación existente entre la cobertura universal de salud como posible política de resguardo –aunque pasible de críticas- para afrontar las vicisitudes que atraviesa la salud entendida como bien común global en la era mundial post pandemia. Así, se realiza un recorrido por el concepto de salud global y las implicancias de la cobertura universal de salud de medicamentos, tratamientos e insumos, entendidos como bienes comunes. Por último, se trata la oportunidad de establecer una ética del cuidado con perspectiva global que nutra un nuevo abordaje de la temática desde un paradigma asentado sobre el respeto inalienable de la dignidad humana.

Palabras claves: Salud Global. Bienes Comunes. Cobertura Universal de Salud. Ética. Cuidado.

1. Introduction

The worldwide explosion of the pandemic in Wuhan, caused by the rapid spread of the Sars-Cov-2 virus, rekindled the debate on the need to consider health as a global common good, given that it has all the characteristics of a common good, thus changing the meaning of the traditional notes that had been attributed to health as an individual good, linked to exclusivity and rivalry (PELLIGRA, 2020).

The appreciation of health as a common good – an intermediate category between private and public goods (CLACSO, Observatorio Social, 2021); implies that no one can be excluded from its enjoyment, although its individual consumption will be exhausted with the passage of time (REVELLO, 2019), confronting it with the paradox posed by Garret Harrin (1968) in relation to the conflict between the rationality of individual interest and the irrationality of the consequences that the former entails (OSTROM, 2020).

In this sense, human health becomes especially important not only because the quality of life depends on it but also because of its particular fragility (MOORE; CATELLA; ABBOTT, 2017), so it requires protection and

active guardianship without falling into the classic dichotomy: privatization *vs.* stateization (CLACSO, Social Observatory, 2021).

However, in the globalized society, these solutions are shown to be limited (NAVARRO, 2018) generating a transformation in common goods and giving them a global dimension whose effect transcends the borders of States (ANTONIO, 2013). In the case of health this would mean ensuring its quality in the millions of people living in each of the States that make up the entire world (ROSA, 2013) but without being tutored in the proper way by resorting to the instruments of the market or national authorities (TERESA, 2014).

Today, the post-pandemic scenario calls for progress along these lines, recognizing health as a global common good and assuming that it is insufficient to guarantee access to health for citizens within the limits of the State, but that it is necessary to move towards universal health coverage (PELLIGRA, 2020), although balanced and fraternal, where everyone is safe or no one is safe (VIDAL, 2020).

It also shows that health costs – from an economic point of view – were not distributed equally (PUCHETA, 2020). The greatest impact fell on the most impoverished sectors and countries whose fragility and vulnerability in access to medication, health treatments and public health has been a pending debt for years (PUNTE, 2020) despite its express recognition in the international human rights system (TERESA; CARMEN, 2014).

The globality of the assumed crisis invites to rethink the conditions of community life, social action and the distribution of health goods and resources within a new horizon of fraternity (SANCHEZ DE LA IGLESIA, 2020) so that – from a prospective vision – it is possible to build a future based on a new anthropological paradigm (VALLEJO, 2020) of ethical relationality (YACARINI, 2020) capable of influencing the normative and institutional framework after a participatory and global cultural and transformative work (SVAMPA; VALE, 2020).

Therefore, the aim of this article is to present the relationship between universal health coverage as a possible safeguard policy -although subject to criticism- to face the vicissitudes that health, understood as a global common good, is going through in the post-pandemic World Era, through a path that starts with the concept of global health, It continues with the implications of universal health coverage of medicines, treatments and supplies, understood as common goods and, finally, it deals with the opportunity to establish an ethics of care with a global perspective that nurtures a new approach to the subject from a paradigm based on the inalienable respect for human dignity.

2. Health as a Global Common

The concept of global health began to take shape in the 1950s due to its recognition in the international instruments signed after the last post-war period.⁵

Influenced by globalization and the interdependence between mankind that this brings, it has been accompanied by various damages to health, which begins to manifest itself with the 2001 crisis (DOMINGUEZ, 2015) motivating the emergence of a growing awareness about it.

This "awareness" begins to manifest itself with the Millennium Development Goals (FUKUDA-PARR; YAMIN; GREENSTEIN, 2014), with the adoption of which the States intended to reduce inequalities in access to health, the distribution of health resources and errors in the global

⁵ An example of this is the Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and many other universal and regional instruments that recognize the human right to health and its exercise in conditions of equality and without discrimination. These make up the international human rights system, which requires the States subscribing to the treaties to adopt all those legislative, administrative and technical measures necessary for the effective realization of the right to health without hiding behind the present weakness of the international regulation linked to the scarce enforceability of the right to health before the jurisdictional bodies of International Law; a deficiency that must be overcome by the domestic law of the States (NAVARRO, 2018).

governance of health (DOMINGUEZ, 2015)⁶ and is "reinforced" through the SDGs with the supra-state creation of a Platform for monitoring and follow-up of the Global Health Framework Convention in order to achieve universal health coverage (VANDEMOORTELE, 2014) in both northern and global south countries (SOUSA SANTOS, 2017).

However, the last Public Health emergency of International Concern (PHEIC), while showing the insufficiency of the global alliance in this sense, brought about a current of thought that seeks to establish a specific perspective of global health understood as a common good (PELLIGRA, 2020) that responds to the criterion of global justice, that guarantees the legitimate exercise of social rights and equity through specific axes that promote the construction of a new public health model (PUCHETA, 2020) within the existing cultural and political diversity at the global level (VIDAL, 2020), that abandons the hegemonic position (KNAUL et al, 2013) and proposes changes capable of redirecting the current models with criteria of locality and fraternity (FRANCISCO, 2020).

This position defines it – then – as a holistic and integral understanding with a critical socioecological and participatory approach (GARELLI; DUMRAUF, 2021) that articulates the biological, ecological, social, cultural and symbolic dimensions. Seen in this way, it is a common good, whose care is the shared responsibility of all the inhabitants of the "common home" (MACHADO ARÁOZ, 2020) and whose implications involve recognizing the limitations of the effort initiated by international health conceived in a traditional way (MENENDEZ, 2020)⁷, having the acuity and

⁶ The economic-financial crisis unleashed between 2001-2002 due to the decline in the volume of world trade in goods influenced the strict field of health in the distribution of resources in health policy, the implementation of governmental plans and inequality in access to health, questioning the concept of ethics in the development of high-cost health programs and opening the field to think about health in terms where the social dimension in all its complexity is contemplated (MICHELLI; LOPEZ; OTERO ZÚCARO, 2008).

⁷ Where production and consumption patterns and economic and social determinants condition the health of individuals and peoples, a situation that entails a necessary awareness of the vulnerability of the human species that requires collective responses that

ability to implement new strategies to address the social determinants of inequality (RIKAP et. al 2020) and seek a renewed scenario to change international relations, power relations in the world and institutional arrangements in countries in such a way that they are capable of fostering a universal and citizen democracy conceived in human rights, solidarity, reciprocal interest, humanitarianism and equity (SOLIS TORRES et. al, 2020).

3. Universal Health Coverage

From this perspective, the need to have an instrument to respond to the contingencies that the population is going through appears as an international health problem -together with the pandemic- which implies guaranteeing people the possibility of accessing the health services they need without causing them financial difficulties⁸ (PONS RAFOLS, 2020).

Promoted by the WHO/OMS after the publication of the World Bank report presenting those global financing mechanisms (WBG, 2020) considered necessary by this organization to address the health crisis (PERAZZO, 2022)⁹, the proposal implies investment in "human capital and economic growth" (OMS, 2022)¹⁰ to enable access to affordable primary care to end poverty and

should be based on the unity of the human species, solidarity among peoples and strengthened multilateral cooperation among States (ALDANA ROSILLO, 2022).

⁸ In addition, the taxation of the economy related to public health problems should be considered, in addition to strengthening, reviewing and progressively updating the social protection systems linked to public health (CEPAL, 2022).

⁹ As stated when considering the MDGs, universal health coverage is an integral part of the SDGs. 3.8 by which it seeks to "[...] achieve universal health coverage, including financial risk protection, access to quality essential health services and access to safe, effective, affordable and quality medicines and vaccines for all." (DOMINGUEZ, 2015) (t/n.: Quote in Spanish, translated by the translators).

¹⁰ The healthcare sector is one of the most important sectors of the world economy and represents 50 million jobs (QUIROS, 2022). In this regard, the WHO/OMS (2022) is committed to a global strategy of both expanding the number of health workers and the hierarchy of the health workforce by 2030 by offering UN Member States policy solutions in terms of training, regulation, retention and optimization of the skill mix of the health workforce, among other things.

increase equity and shared prosperity (VELASCO et. al, 2022) through services ranging from health promotion to prevention, treatment, rehabilitation and palliative care (OMS, 2021).

This conception – contradictory in its formulation – (FRANCO GIRALDO, 2016) ignores the current socio-ecological crisis (YACARINI, 2020) aggravated by the prevailing social class and ethnic-racial inequities – mostly in the countries of the global south (SOUSA SANTOS, 2021), the pressures coming from the monopolies of the pharmaceutical industry¹¹ and the intellectual property regime that affects the human right to health and access to medicines, resources and technology (SERCOP, 2015)¹², which hinders the certain, real, concrete and timely possibility of universal health coverage with all that this implies (PERAZZO, 2022).

In this sense, the ecosocial theory (ZÁRATE CUELLO; CUESTA; ARIAS PINEDA, 2020), which links health with socio-cultural and historical factors – if addressed – would make possible the authentic implementation of this measure with a holistic and integral approach (WILLIAMS BECKER, 2020). According to this approach, the development of healthy environments is necessary because if the environment is not adequate, neither will be human biology, lifestyle and the organization of service care (LEÓN, 2020).

From this position, in order to move towards universal health coverage, it is necessary to strengthen health systems in all countries without structuring them solely on the basis of monetary financing ¹³ (LÓPEZ;

¹¹ The top twenty laboratories known as Big Pharma, mostly from the European Union and the United States, account for more than 60% of total global pharmaceutical industry sales (PERAZZO, 2022).

¹² The TRIPS Agreement (1995) remains the primary mechanism by which a global multilateral body as the WTO imposes the interests of the pharmaceutical complex on states, societies and health systems, especially in those countries dependent on pharmaceutical imports in the South. These patent and licensing rights on products, vaccines and pharmaceuticals effectively impose the trade and profit of multinational and national pharmaceutical companies on collective health (FRANCO-GIRALDO, 2016).

¹³ The current structure requires solid financing, which is understood to be based on credit, the gain that makes access possible to those who can afford to pay for health care, creating disadvantages between and within States due to the unequal division of health care resources (PERAZZO, 2022).

SANTOS; SANMARTÍN, 2015) whether public or private (PERAZZO, 2022). If the population has to pay for most of its health expenses by its own means, those in vulnerable situations will be unable to obtain many of the services they need, and even the "rich" would be exposed to financial difficulties in the event of serious or prolonged illness.¹⁴

The Covid-19 pandemic has dramatically highlighted the interconnection¹⁵ between the human right to health and the criteria and forms of distribution of the resources¹⁶ it implies and the absence of protection against dominant interests.¹⁷

The "communality" of health also requires – also – another organization of health practice transcending the provision of services, whose accessibility implies an adequate interconnection between all levels of care, overcoming the classic hierarchical and bureaucratized state structures,

¹⁴ In the contemporary world in which there are "so many iniquities and more and more disposable people deprived of basic human rights" ethics leads to the principle of justice and solidarity to strive for the common good (VIDAL, 2020) which means making decisions based on "[...] a preferential option for the poor" (FRANCIS, 2015) with intragenerational, intergenerational and global aspects (SACCHINI, 2019).

¹⁵ The intergenerational dimension emphasizes that the economic and social problems of the present cannot be solved without taking into account the guarantee of the foundations of life for future generations (LATOUCHE, 2009).

¹⁶ Solidarity and justice, both intra and intergenerational, nowadays also require to be thought not only within national states or inter-state relations but also as global justice, which requires institutions that act as effective subjects of the demands of equity at a global or interdependent level to favor and protect global public or common goods (SZTULWARK, 2020). Effective ways and instruments are needed for global governance (ZÁRATE CUELLO; CUESTAS; ARIAS PINEDA, 2020).

¹⁷ Therefore, sustainable development (ALONSO BEDATE, 2013) must be complemented by eco-solidary development, which radically challenges the idea of infinite or unlimited growth, which has so excited economists, financiers and technologists. It supposes the lie of the infinite availability of the planet's goods that leads to squeezing it to the limit and beyond the limit (H.H. FRANCIS, 2015).

complemented by a supply of services¹⁸ that does not exclude anyone or generate rivalries through their consumption (ECLAC, 2022).¹⁹

4. Ethics of Care with a Global Perspective

The various situations described, the prevailing world²⁰ situation and the consequences they bring about show the need to rethink a moral response²¹ that takes into account all the circumstances and actors involved.

In this sense, a possible response comes from the theoretical/discursive construction presented as "ethics of care"²² which "requires sitting down to think and discuss about the conditions of life and survival of a society, with the honesty to question models of development, production and consumption" (H.H. FRANCIS, 2015) with openness towards categories that transcend language and connect with the essence of the human (WILLIAMS BECKER, 2020)²³ building bridges.

¹⁸ Improving health services coverage and health outcomes also implies the availability, accessibility and capacity of health and care workers to provide quality, integrated, people-centered care. The Covid-19 pandemic, which initially disproportionately affected health care workers, has highlighted the need to protect health and care professionals, to prioritize their training and employment, and to promote partnerships to provide them with decent working conditions (PERAZZO, 2022; QUIROS, 2022).

¹⁹ Digitalization in healthcare is transforming medical care and, consequently, fostering the emergence of companies with "innovative digital solutions" that favor consumerism, jeopardize the data protection system for those used and promote the concentration of this "digital transformation" in the hands of those who prevail in the market (MARTÍNEZ VERDE, 2022).

²⁰ The war unleashed between the Russian Federation and Ukraine has generated an international crisis whose effects have not only exacerbated the disruptions present in the production, trade and transportation systems but have also increased the economic and social impacts of the pandemic, making the massive support that has been provided – since 2020 – to compensate for them insufficient (CEPAL, 2022).

²¹ Jonas (1997) writes: "the moral obligation of men to the next generations and to the natural world does not imply reciprocity. Include in your present choice the future integrity of mankind as the common goal of your will" (t/n.: Quote in Spanish, translated by the translators).

²² The ethics of care refers directly to the exercise of caring, which is an indispensable requirement for the development, growth and maturity of any human life – in order to live it with dignity (LLANO, 2002).

²³ There are two cultures, which seem to be unable to communicate: the economic and the humanistic: if it is accepted that this lack of communication is one of the reasons that make

The bridge metaphor expresses the idea of communicating and allowing interaction, through a common space, between separate points that may constitute an obstacle to "human progress". Current structures were conceived and cultivated by the will of the modern spirit as separate spaces, by virtue of a metaphysical belief or dogma that decouples knowledge, the world and fundamental human rights (ARANA, 2008). That separation is no longer sustainable (DONADÍO MAGGI DE GANDOLFI, 2019).

Therefore, we propose a Global Ethics based on the already described paradigm of care that takes into account in a special way man in the relational context that he establishes with the physical, social and mental environments in which he lives (PORTELA, 2017), which is respectful of his nature, *i.e.* his ontology based on his intrinsic dignity (WILLIAMS BECKER, 2020).

The pandemic traversed leaves the teaching that as long as the distribution of goods is strongly unequal, it is "perfectly compatible" with our current geopolitical and economic system, given that it is centered on national political units, and – the distribution of evils – can only be seen with a cosmopolitan gaze. Thus, the panorama contemplated with such a view is truly disheartening (PELLIGRA, 2020).

The most fundamental call is to get out of the despotic anthropocentrism (BERGOGLIO, 2010) proper to modernity, belief and attitude by which the hegemonic conception that man "can handle everything" is maintained (LUKAC DE STIER, 2019).²⁴ In synthesis the paradigm of dominance must be radically overcome by a paradigm: of care (DIAZ, 2017).²⁵

us doubt the possibility of the future of humanity, possibly by building a bridge between these two cultures we will build a bridge to the future (LLANO, 2002).

²⁴ This statement responds to the thought that it is up to man to dominate creation and the species in the manner of an all-powerful king who subjugates his subjects without considering other ends than his own interests (HABERMAS, 2002).

²⁵ Care, as part of existence itself, takes place in everyday life and in all the spaces in which a person lives and develops; it is a type of relationship that one has with all that one loves (John Paul II, 1995); it is an essential characteristic of the human condition, therefore it is

Men cannot solve the economic, political, social, cultural and health problems of the global community (DONADÍO MAGGI DE GANDOLFI, 2019), but through communion, fraternity and solidarity (LUKAC DE STIER, 2019) they can provide what cannot be achieved through economic plans, political programs and legal regulations (PUCHETA, 2020) to facilitate beneficial processes for the sustainable²⁶ development of the present and future global common health.²⁷

Care – then – is not just any ethical attitude; it is the fundamental ethical attitude, the basis of ethical awareness of personal dignity, respect for the rights of people, healthy political coexistence, recognition of differences, a healthy environment, have their foundation in the care of oneself and the relationships that are maintained with the other (human and non-human) (SVAMPA AND VIALE, 2020).²⁸

5. Perspectives

The health pandemic experienced helps to reason what happened trying to overcome the national perspective, because it is true that each country went through partially different stories, but they are all part of the same global event, which equals and makes us understand, in an

as old as the human species and in this sense every person has the capacity to care (John Paul II, 1997).

²⁶ Sustainable development is understood as "development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs" (POTTER, 1988) (t/n.: Quote in Spanish, translated by the translators).

²⁷It appropriates human and social realities that reflect an ethical problem that points to a crisis of values that sustain sustainable development and the common good (VIDAL, 2019) and is based on the most basic feeling of interindividual life: respect (CAPÓ; DRANE, 2014). Without respect for the other: nature, other people, a genuinely ethical behavior would be impossible (FINN; O' FALLON, 2017).

²⁸ In the relation with the earth that one inhabits, such care also implies "respect for the rhythms inscribed in nature by the hand of the Creator" (H.H. FRANCIS, 2015), just as we respect the various rhythms that shape life: the rhythms of personal learning, of loving relationships and friendship with other people, of the political processes through which a people struggles to achieve peace and development.

unprecedented way, the dimension of humanitarian interdependence at the planetary level (PELLIGRA, 2020).

Given these circumstances, the member states of the United Nations have agreed to strive to achieve universal health coverage by 2030 at the latest in the framework of the achievement of the so-called SDGs.

However, this pact does not contemplate primary health care, which meets 80-90% of the needs of the population throughout their lives (PERAZZO, 2022) and adds up to a mismatch, worldwide, of eighteen million professionals between active health personnel and those who would be needed today to ensure universal health coverage (QUIROS, 2022).

It also faces the stark reality that nearly half of the world's population lacks comprehensive access to basic health services (ECLAC, 2022) within which it is estimated that about one hundred million people turn to extreme poverty by having to pay for health services out of their own pocket and that about 12% spend at least 10% of their household budget to pay for health services (FERRARI, 2022).

The scenario is set and awaits change. Any change needs motivation and a moral educational path. This is not exclusively dedicated to denouncing the prevailing degradation, to informing about the rights and duties of citizens from the ecological responsibility or to promoting good practices but tries to think what are those virtues that make possible those habits that must be cultivated by every inhabitant who intends to make care one of the primary objectives of his action in the world (REY LEMA, 2019).

The task is ahead and there are those who personally and communally are already involved in it. We will have to try to promote among all and from different areas (each one where he/she can) an authentic ethical behavior that effectively helps to grow in solidarity, responsibility and care based on compassion (ARAOS, 2018).

References

- ALDANA ROSILLO, E. **Las cadenas productivas sienten el impacto del incremento en los costos.** Available from: <https://www.contextoganadero.com/economia/cadenasproductivas-sienten-el-impacto-del-incremento-en-los-costos>. Accessed: 6 feb. 2023.
- ALONSO BEDANTE, C. **¿Es sostenible el mundo en que vivimos?** Madrid, pp. 11-32, 2013.
- ANTONIO, P. R. **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales.** Madrid: Tecnos, 2013.
- ARANA, J. R. Hacia una metafísica ecológica. In: **Filosofía en un mundo global**, AYESTARÁN, Ignacio; INSAUSTI, Xabier; ÁGUILA, Rafael (Eds.). Anthropos: Barcelona, pp. 147-154, 2008.
- ARAOS, J. El Padre Hurtado, prisma para una nueva comprensión de la Responsabilidad Social. **Teol. Vida**, Santiago, v. 59, n. 1, p. 102-104, 2018. Available from: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004934492018000100085&lng=e&nrm=iso. Accessed: 6 feb. 2023.
- BERGOGLIO, J. M. Prólogo en Revello R., Bioética. **La verdad que busca el bien.** EDUCA: Buenos Aires, 2010.
- CAPÓ, M. A.; DRANE, J. F. Planteamientos Bioéticos del Medio Ambiente. **Revista BIOETHIKOS**, Centro Universitário São Camilo, n. 8(1), pp. 46-52, 2014.
- CEPAL. **Repercusiones en América Latina y el Caribe de la guerra en Ucrania: ¿cómo enfrentar esta nueva crisis?** Naciones Unidas, 2022.
- CLACSO, Observatorio Social (2021). Las vacunas como bien público global y la cuestión de la soberanía sanitaria global. **Grupo de Trabajo CLACSO Salud internacional y soberanía sanitaria**, 2021. Available from: <https://www.clacso.org/las-vacunas-como-bien-publico-global-y-cuestion-de-soberania-sanitaria-regional/>. Accessed: 6 feb. 2023.
- DÍAZ, J. La ética del cuidado para el bien de la casa común. **Phainomenon, Unife**, v. 16, n. 1, Ene-Jun, 2017.
- DOMINGUEZ, M. R. La salud como bien público global en la agenda de desarrollo post-2015. **Revista SALJAL**, Año 2, n. 3, Septiembre – Diciembre, pp. 120-131, 2015.
- DONADÍA MAGGI DE GANDOLFI, M. C. La ética global desde el paradigma del bien común. [en línea]. **Vida y Ética**, v. 20 (1), 2019. Available from: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8954>. Accessed: 6 feb. 2023.
- FERRARI, M.C. Procesos y decisiones en salud con efectividad y afectividad. Recursos en salud. Siempre una necesidad: UCA. **En prensa**, 2022.
- FIL, S. Y.; O'FALLON, L. **The Emergence of Environmental Health Literacy: from its roots to its future potential**, n. 125(4): pp. 495–501, 2017.
- FRANCO-GIRALDO, A. Salud global: una visión latinoamericana. **Rev. Panam. Salud Pública**; v. 39(2), pp. 128-36, 2016.
- FAKUDA-PARR, S.; YAMIN, A. E.; GREENSTEIN, Y. The Power of Numbers: A Critical Review of Millennium Development Goals Targets for Human Development and Human Rights”, **Journal of Human Development and Capabilities: A Multi-Disciplinarity Journal for People-Centred Development**, 15 (2/3), pp.105-117, 2014.
- GARELLI, F. M.; DUMRAUF, A. G. Una mirada al campo de la educación en salud: hegemonía, pandemia y alternativas. **Espacio Abierto**, v. 30, n. 2, pp. 100-116, 2021.
- GBM. **Salud. Panorama General**, 2020. Available from: <https://www.bancomundial.org/es/topic/health/overview>. Accessed: 6 feb. 2023.
- HABERMAS, J. **El futuro de la naturaleza humana.** ¿Hacia una eugenesia liberal? Barcelona, pp. 11-12, 2002.
- HARRIN, G. The tragedy of the commons. **Science**, v. 162, n. 3859, pp. 1243-1248, 1968.

- JONAS, H. Das Prinzip Verantwortung. **Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation**, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1979 (versión en alemán). El principio de responsabilidad. Una ética para la civilización tecnológica. Einaudi: Turín, 1997.
- KNAUL, F. M. Hacia la cobertura universal en salud: protección social para todos en México. **Salud Pública de México**, 55 (2), pp. 207-235, 2013.
- LATOUCHE, S. Pequeño tratado del decrecimiento sereno. **ICARIA**, 2009.
- LEÓN, F. J. Métodos de análisis de casos en ética ambiental. **La Bioética como ayuda en la toma de decisiones sobre ecología y medio ambiente**. Fundación Interamericana Ciencia y Vida, Centro de Bioética del Instituto de Investigación e Innovación en Salud, de la Universidad Central de Chile en Bioética y Ambiente, León Correa (Coord). Santiago de Chile, pp. 42-50, 2020.
- LLANO, A. S. J. Apuntes para una historia de la Bioética. **Bioética Selecciones 1**. Universidad Javeriana. Instituto de Bioética – CENALBE: Bogotá, 2002.
- LÓPEZ, M.; SANTOS, J.; SANMARTÍN, D. **Bioética en Salud con Enfoque de Ecosistema**, 2015.
- LUKAC DE STIER, M. L. La dignidad humana como fundamento de una bioética global [en línea]. **Vida y Ética**, n. 20 (1), 2019. Available from: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8953>. Accessed: 6 feb. 2023.
- MACHADO ARAÓZ, H. La pandemia como síntoma del Capitaloceno: la arrogancia de la Razón. **Redacción La Tinta**, 2020. Available from: <https://latinta.com.ar/2020/04/pandemia-capitaloceno-razon>. Accessed: 6 feb. 2023.
- MARTÍNEZ VERDA, A. La aceleración de la digitalización en salud, 2022. Available from: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/operations/articles/digitalizacion-sector-salud.html>. Accessed: 6 feb. 2023.
- MENÉNDEZ, E. L. Consecuencias, visibilizaciones y negaciones de una pandemia: los procesos de autoatención. **Salud Colectiva**, n. 16, 2020.
- MICHELLI, V.; LOPEZ, G. S.; OTERO ZÚCARO, L. E. El sistema de salud en argentina post crisis del 2001: el papel del Trabajo Social en la formulación e implementación de políticas sanitarias que garanticen el derecho a la salud. **SEDICI - Repositorio Institucional de la UNLP**, 2008. Available from: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/125440>. Accessed: 6 feb. 2023.
- MOORE, C. M.; CATELLA, S. A.; ABBOTT, K. C. **Population dynamics of mutualism and intraspecific density dependence**: how logistic density dependence affects mutualistic positive feedback, 2017. Available from: <https://www.biorxiv.org/content/10.1101/108175v3>. Accessed: 6 feb. 2023.
- NAVARRO, R. A. Reconocimiento y protección del derecho humano a la salud por el corpus iuris internacional de los derechos humanos: universal y regional, alcances y limitaciones. **Revista Contacto Global**. ISSN: 2215-3578. Décima Edición, pp. 12-44, 2018.
- OMS. **Cobertura universal de salud**, 2021. Available from: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc)). Accessed: 6 feb. 2023.
- OMS. Recursos humanos para la salud. **Estrategia mundial de recursos humanos para la salud**: personal sanitario 2030, Informe del Director General. Naciones Unidas. A75/15, 2022.
- OSTROM, E. La tragedia de la tragedia de los comunes. **The Royal Swedish Academy of Sciences**, 2020.
- PASCAU, P.; BATISTA, C. **La telemedicina como herramienta de inclusión social**, 2022. Available from: <https://www.isglobal.org/healthisglobal/-/custom-blog-portlet/la-telemedicina-como-herramienta-de-inclusion-social/8427878/0>. Accessed: 6 feb. 2023.
- PELLIGRA, V. **La salud es un bien común global**. Economía de comunión, 2020. Available from: <https://www.edc-online.org/es/publicaciones/articulos-de/vittorio-pelligra/16013-la-salute-e-un-bene-comune-globale-2.html>. Accessed: 6 feb. 2023.
- PERAZZO, G. La cobertura universal de salud desde la perspectiva de la bioética. **Recursos en salud**: siempre una necesidad. UCA. En prensa, 2020.

PONS RAFOLS, X. La Covid-19, la salud global y el derecho internacional: una primera aproximación de carácter institucional. **Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)**, ISSN-e 1697-5197, n. 39, pp. 1-29, 2020.

PORTELA, J. G. **Hacia una ecología integral**: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos. *Prudentia Iuris*, 83, 2017. Available from: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/hacia-ecologia-integral-portela.pdf>.

Accessed: 6 feb. 2023.

POTTER, V. R. *Global Bioethics: building on the Leopold Legacy*, East Lansing (Mich.): University Press, 1988.

PUCHETA, L. Covid-19: Consideraciones éticas desde una perspectiva global. Análisis del Documento de la UNESCO, 2020. Available from: <https://centrodebioetica.org/covid-19-consideraciones-eticas-desde-una-perspectiva-global-analisis-del-documento-de-launesco/>.

Accessed: 6 feb. 2023.

PUNTE, R. A. **Editorial**: la carta encíclica fratelli tutti, 2020. Available from: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11119>. Accessed: 6 feb. 2023.

QUIROS, F. G. B de. Libertad y responsabilidad en la gestión marco de un sistema de salud. **Recursos en salud**: siempre una necesidad. UCA. En prensa, 2022.

REVELLO, R. El campo de la bioética en un mundo globalizado. *Instituto de Bioética/UCA, Vida y Ética*, año 20, n. 1, pp. 67-74, 2019.

RERY-LEMA, D. M. Bioética y bioeconomía: disciplinas para supervivencia del mundo planetario. **Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad**, 11(20), pp. 177-204, 2019. Available from: <https://doi.org/10.22430/21457778.1217>. Accessed: 6 feb. 2023.

RIKAP, C.; GARELLI, F.; CARRILLO, M. G.; LARROSA, P. N. F.; BLAUSTEIN, M. Lucro empresarial, extractivismo y pandemia: el rol del modelo científico hegemónico en la acumulación de capital basada en la monopolización del conocimiento. **Antagónica Revista de investigación y crítica social**, v. 2(2), pp. 67-100, 2020.

ROSA, F. E. El derecho de salud en la Unión Europea. In: **Tratado de Derecho a la Salud**, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

SACCHINI, D. La bioética como base de una ecología y antropología que evita la cultura de los residuos. *Vida y ética*, año 20, n. 1, Junio. Instituto de bioética: UCA - Buenos Aires, 2019.

SÁNCHEZ DE LA IGLESIA, E. Bioética y educación ambiental como compromiso para la sostenibilidad. **Objetivos de Desarrollo Sostenible**, n. 13, Doi: <https://doi.org/10.14422/rib.i13.y2020.005>, 2020.

SERCOP. **Acceso público a medicamentos de calidad**: Las compras públicas como mecanismo para garantizar el derecho a la salud. 1ra. Ed. Quito, 2015.

SOLÍZ TORRES, M. F. El derecho a la salud en el oficio del reciclaje. **Acciones comunitarias frente al COVID-19**. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.

SOUSA SANTOS, B. de. (2017). **Una nueva visión de Europa**: aprender del sur global en demodiversidad: imaginar nuevas posibilidades democráticas. Boaventura de Sousa Santos (ed. lit.), José Manuel Mendes (ed. lit.), ISBN 978-607-97537-5-7, pp. 59-92, 2017.

SOUSA SANTOS, B. de. Lecciones iniciales de la pandemia de Covid-19, 2021. Available from: <https://www.redalyc.org/journal/419/41966914005/movil/>. Accessed: 6 feb. 2023.

S. S. Francisco. **Laudato Si**, 2015. Available from: http://w2.vatican.va/content/francesco/en/encyclicals/documents/papafrancesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Accessed: 6 feb. 2023.

S. S. Francisco. **Comunión y Esperanza**. **Libreria Editrice Vaticana (LEV)**, 2020.

S. S. Juan Pablo II. **Evangelium Vitae**, 1995. Available from: http://www.vatican.va/content/johnpaul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Accessed: 6 feb. 2023.

S. S. Juan Pablo II. **Discurso al Congreso Internacional sobre Ambiente y Salud**, 1997. Available from: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1997/march/documents/hf_jpii_spe_19970324_ambiente-salute.html.

Accessed: 6 feb. 2023.

- SZTULWARK, D. La crítica y el “Estado fuerte”: el futuro después de la pandemia. In: GRIMSON, A. (Ed.). **El futuro después del COVID-19**. Argentina: Argentina Unida, Presidencia de la Nación, 2020.
- SVAMPA, M.; VIALE, E. Hacia un gran pacto ecosocial y económico. In: GRIMSON, A. (Ed.). **El futuro después del COVID-19**. Argentina: Argentina Unida, Presidencia de la Nación, 2020.
- TERESA, M. M.; CARMEN, Q. A. Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España: la protección de la salud en tiempos de crisis. **Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- VIDAL, E. A. El concepto de ecología humana integral. Aportes para la construcción de un auténtico desarrollo humano sustentable. **Anuario de Ecología Humana y Desarrollo Sustentable**, Facultad de Ciencias de la Salud, UCSF. Santa Fe: Perspectiva, pp. 15-20, 2019.
- VIDAL, E. A. COVID-19: perspectivas éticas desde los conceptos de ecología integral y responsabilidad social. **El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia**. Buenos Aires. ISSN 1666-8987, n. 14.936, año LVIII, ED 289, 2020.
- VALLEJO, C. Cuidar al otro: **consideraciones bioéticas ante la pandemia de COVID-19**, 2022. Available from: https://es.zenit.org/articles/cuidar-al-otro-consideraciones-bioeticas-ante-la-pandemia-de-covid-19/?utm_medium=email&utm_campaign=TuClausuraMiClausura%20Ayuda%20a%20los%20monasterios%20de%20vida%20contemplativa%201586886953%20ZNP&utm_content=TuClausuraMiClausura%20Ayuda%20a%20los%20monasterios%20de%20vida%20contemplativa%201586886953%20ZNP%20CID_27e67195385d25968da6206aa85761a5&utm_source=Editions&utm_term=Cuidar%20al%20otro%20Consideraciones%20bioticas%20ante%20la%20pandemia%20de%20COVID-19&fbclid=IwAR3QrhkP2r8TSok95KWSXsovBD7NFHvVGcrDxJzvP5xjGzKNRgD9wZnqb4s. Accessed: 6 feb. 2023.
- VANDEMOORTELE, J. Post-2015 agenda: mission imposible? **Development Studies Research**, v. 1, n.1, pp. 223-232, 2014.
- VELASCO, E. S. de; GAYOL FERNÁNDEZ, M.; EYARALAR RIERA, M. T.; MAGALLÓN BOTOYA, R.; ABAL FERRE, F. Impacto de la pandemia en la atención primaria. **Informe SESPAS**, 2022. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9244614/>. Accessed: 6 feb. 2023.
- WILLIAMS BECKER, A. **Ciudadanía, libertad y bien común: ¿qué nos recuerda el aislamiento social obligatorio?** 2020. Available from: <https://centrodebioetica.org/ciudadania-libertad-y-bien-comun-que-nos-recuerda-el-aislamiento-social-obligatorio/>. Accessed: 6 feb. 2023.
- YACARINI, A. E. **Bioética y su rol en las políticas de salud ambiental**. In: Fundación Interamericana Ciencia y Vida, Centro de Bioética del Instituto de Investigación e Innovación en Salud, de la Universidad Central de Chile en Bioética y Ambiente, León Correa (Coord). Santiago de Chile, pp. 51-66, 2020.
- ZÁRATE CUELLO, A. de J. .; CUESTA, J. .; ARIAS PINEDA, J. N. . El estudio de la bioética ambiental para todos los niveles de educación y su importancia en la gobernanza colombiana. **Plumilla Educativa**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 127–144, 2020. DOI: 10.30554/pe.2.4042.2020. Available from: <https://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/plumillaeducativa/article/view/4042>. Accessed: 6 feb. 2023.

Artigo recebido em: 11/02/2023.

Aceito para publicação em: 02/08/2023.

A assistência à saúde mental no Brasil sob a perspectiva da (in) eficácia dos Direitos Humanos

La atención a la salud mental en Brasil desde la perspectiva de la (in)efectividad de los Derechos Humanos

Leandro Luciano Silva Ravnjak¹

Rodrigo Leal Teixeira²

Bruna Rafaela Dias Santos³

Resumo: No Brasil, as práticas em saúde mental evidenciam um contexto de violações sistemáticas de Direitos Humanos, que somente começou a ser alterado a partir da promulgação da Lei n.º 10.213/2001. O objetivo é analisar o panorama da proteção dos Direitos Humanos na saúde mental, considerando-se o histórico brasileiro de violência e discriminação contra as pessoas que convivem com transtornos mentais, deficiência intelectual e pacientes psiquiátricos. O presente estudo parte do método bibliográfico e documental, a partir do exame de publicações em revistas científicas, livros, artigos, doutrinas e nas legislações pertinentes ao objeto da pesquisa. A análise permitiu concluir que a influência sociocultural do modelo asilar na sociedade brasileira não se extinguiu com os fechamentos dos manicômios e as mudanças ocorridas na assistência à saúde mental, embora bastante significativas, ainda carecem de novas contribuições, em especial no campo jurídico.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Saúde Mental. Assistência em saúde mental. Saúde Coletiva. Institucionalização.

Resumen: En Brasil, las prácticas de salud mental se caracterizan por un contexto de violación sistemática de los derechos humanos, que sólo empezó a cambiar con la promulgación de la Ley n.º 10.213/2001. El objetivo es analizar el panorama de la protección de los derechos humanos en salud

¹ Advogado. Professor Universitário. Doutor em Educação pela FAE/UFMG. Mestre em Ciências Agrárias pela UFMG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Público, Especialista em Gestão Integrada: Meio Ambiente, Saúde e Segurança do Trabalho. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas em 2003. Analista Universitário. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Docente do Curso do Direito do Centro Universitário - UNIFIPMoc.

² Advogado. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC, área de concentração "Instituições Sociais, Direito e Democracia" e linha de pesquisa "Esfera pública, legitimidade e controle". Pós Graduado em Direito Tributário Faculdades Anhanguera. Graduado em Direito pelas Faculdades Santo Agostinho (2008). Professor de Prática Jurídica Civil e Processo Civil IV do Centro Universitário FIPMoc - UNIFIPMoc - AFYA. Professor no curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES; integrante do Grupo de Pesquisa “Educação, Trabalho e Saúde”; Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG, no projeto de Iniciação Científica ‘HIV/AIDS sob a perspectiva do Direito: aprendizados e desafios’.

mental, considerando la historia brasileña de violencia y discriminación contra las personas que viven con trastornos mentales, discapacidad intelectual y pacientes psiquiátricos. El estudio se basa en el método bibliográfico y documental, examinando publicaciones en revistas científicas, libros, artículos, doctrinas y legislación pertinentes al tema de la investigación. El análisis permitió concluir que la influencia sociocultural del modelo asilar en la sociedad brasileña no se extinguió con el cierre de los manicomios y que los cambios ocurridos en la atención a la salud mental, aunque bastante significativos, siguen necesitando nuevas contribuciones, especialmente en el campo jurídico.

Palabras clave: Derechos humanos. Salud mental. Atención a la salud mental. Salud colectiva. Institucionalización.

1. Introdução

No Brasil, a assistência à saúde na área mental pode ser dividida em dois grandes conjuntos que refletem diferentes contextos socioculturais, são eles: o modo manicomial, também chamado de asilar, que pressupõe o trancamento do paciente em instituições de caráter totalizante e estigmatizante; e o modo psicossocial, também chamado de substitutivo ou comunitário, que se trata de um modelo aberto, de caráter democrático e emancipatório.

O primeiro conjunto de práticas, que vigorou até meados da década de 1990, foi progressivamente sendo substituído pelo modo psicossocial, consagrado pela Lei n.º 10.213/2001, principal conquista do Movimento da Reforma Psiquiátrica (MRP). Soma-se a isso a subscrição do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e, posteriormente, a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e a primeira condenação, no Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, em 2006, que também suscitou importantes reflexões sobre a urgência da superação do modelo manicomial e do reconhecimento da cidadania e autonomia dos ditos “loucos de todo gênero”.

Com o passar dos anos, além da Lei n.º 10.213/2001, outros diplomas jurídicos se juntaram na defesa dos direitos das pessoas com deficiência – como a Lei n.º 13.146/2015 – e houve a edição de importantes documentos no

cenário da proteção internacional que disciplinavam acerca da tutela jurídica da saúde mental.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo refletir sobre o panorama da proteção da saúde mental, considerando-se a trajetória brasileira de sistemáticas violações de Direitos Humanos contra as pessoas que convivem com transtornos mentais, deficiência intelectual e pacientes psiquiátricos; assim como, a evolução normativa do tema, com ênfase para o desenvolvimento e as recentes mudanças na Política Nacional de Saúde Mental (PNSM).

A pesquisa será norteadada pela seguinte pergunta-problema: “Os Direitos Humanos estão sendo observados no âmbito das práticas de atendimento em saúde mental no Brasil?”. O questionamento, parte justamente do interesse em compreender o histórico de violações de Direitos Humanos e os seus resquícios na atualidade, bem como a efetividade da reforma psiquiátrica.

Ao longo de muitas décadas, os estigmas e preconceitos em torno da loucura foram utilizados como justificativa para a marginalização, exclusão e outras violações de Direitos Humanos contra os pacientes psiquiátricos. O interesse pela temática advém da necessidade de compreender a trajetória da assistência à saúde mental no Brasil, os resquícios da cultura manicomial na atualidade e a efetividade da reforma psiquiátrica na garantia dos Direitos Humanos.

O presente estudo parte do método de abordagem dedutivo e é classificado como uma revisão de literatura. Buscou-se estabelecer a trajetória histórica e normativa do tema, com ênfase para as violações de Direitos Humanos das pessoas em sofrimento mental e as mudanças nas políticas de saúde mental promovidas pela constitucionalização do direito à saúde.

Para tal fim, foram utilizadas as técnicas bibliográfica e documental, a partir do exame de publicações em revistas científicas, livros, artigos, doutrinas, jurisprudências e legislações, pertinentes ao objetivo da pesquisa.

A estrutura do trabalho está dividida em três seções. Na primeira seção, será analisado o nascimento do modelo manicomial, as primeiras noções em torno da loucura, o surgimento dos movimentos sociais reformistas e os olhares sobre o tema concretizados após a constitucionalização do direito à saúde e a criação dos demais diplomas protetivos. Na segunda seção, será realizada uma reflexão sobre o tratamento jurídico da loucura e a evolução do tema no campo conceitual. Na terceira seção, será verificada a possível eclosão do chamado de direito à saúde mental, como uma garantia própria e autônoma.

2. A história da loucura no Brasil: dos manicômios à reforma psiquiátrica

Para compreender a forma como a sociedade contemporânea interpreta, interage e julga a loucura, se faz necessário revisitar as noções mais remotas que permeiam essa temática. A classificação de um comportamento como sinal de loucura pode estar intrinsecamente relacionada com as próprias condutas que determinado grupo social espera de seus membros. Por essa razão, a maneira como os indivíduos considerados loucos são vistos – seja em razão de sua excentricidade e/ou por apresentar um comportamento desviante – pode variar bastante de acordo com o contexto.

Historicamente, a concepção de loucura enquanto doença mental é definida como um resultado do transcurso do período clássico para a modernidade. Durante o período clássico, a loucura era associada ao misticismo e ao sobrenatural e os indivíduos, tidos como loucos, eram geralmente expulsos das cidades. Por sua vez, o racionalismo descreve o louco como o sujeito cuja razão está submetida aos desejos naturais, ou seja, aquele

que não é norteado pelas condutas morais vigentes. A partir de então, buscou-se institucionalizar esses sujeitos, com o objetivo de reprimir seu comportamento, corrigir os desvios ou recuperá-los, tornando-os seres produtivos, ou pelo menos, isolados dos membros da sociedade (FOUCAULT, 1978).

Acerca desta relação estabelecida entre o conceito de loucura e o seu momento histórico, Foucault (1978, p. 147-148) esclarece que:

A doença mental, que a medicina vai atribuir-se como objeto, se constituirá lentamente como a unidade mítica do sujeito juridicamente incapaz e do homem reconhecido como perturbador do grupo, e isto sob o efeito do pensamento político e moral do século XVII. [...] O internamento do homem social preparado pela interdição do sujeito jurídico significa que pela primeira vez o homem alienado é reconhecido como incapaz e como louco; sua extravagância, de imediato percebida pela sociedade, limita – porém sem obliterá-la – sua existência jurídica. Com isso, os dois usos da medicina são reconciliados – o que tenta definir as estruturas mais apuradas da responsabilidade e da capacidade, e o que apenas ajuda a pôr em movimento o decreto social do internamento.

Os manicômios são classificados como instituições gerais, conceito que se refere a estabelecimentos sociais com tendências de “fechamento”, ou seja, barreiras com o mundo externo, que inclui a proibição de saídas, geralmente pensadas para indivíduos incapazes de cuidarem de si mesmos ou que representam alguma ameaça à comunidade (GOFFMAN, 1961).

Por sua vez, a categoria de “doente mental” torna-se socialmente significativa quando o sujeito passa pela hospitalização, uma vez que é no hospital psiquiátrico que o interno está sujeito às regras e condições degradantes do ambiente da instituição (AMARANTE, 2010).

No campo jurídico, Goffman (1961, p. 71-72) identifica que:

Evidentemente, os direitos negados a um doente mental são usualmente transferidos a um parente, uma comissão ou ao superintendente do hospital, que então se torna a pessoa legal cuja autorização precisa ser obtida para as numerosas questões que surgem fora da instituição: benefícios da previdência social, imposto de renda, manutenção de propriedades, pagamentos de seguro, pensões para a velhice, dividendos de ações, contas de dentista, obrigações legais assumidas antes do internamento, permissão para consulta do caso por companhias de seguro ou advogados,

permissões para visitas de outras pessoas, além dos parentes próximos etc.

É também nesse período em que surge a compreensão tradicional da incapacidade civil como sendo um elemento puramente técnico e relacionado à aptidão do sujeito para a formação da vontade. Por consequência, as internações psiquiátricas adotaram também uma concepção pautada na ideia de controle racional da vida. Devido à influência dessas ideias na tradição do direito privado, o diagnóstico médico terminou por tornar as decisões autônomas desses indivíduos como juridicamente irrelevantes (SCHULMAN; ZANLORENZI, 2019).

A loucura sempre foi percebida como socialmente perigosa, despossuída de coerência e permeada pelo erro, de modo que a reclusão seria a sua solução social. No entanto, com a modernidade, verificou-se uma importante mudança de paradigma, a partir da qual se passou a considerar a loucura como um mal potencialmente curável. Diante disso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) estabeleceu que a internação dos loucos somente seria possível como ato terapêutico, não obstante a reclusão continuar a ser eminentemente a prática dominante, justificada pela necessidade do tratamento (AMARANTE, 2010).

Apesar dessas mudanças, os estigmas continuaram fundamentando a marginalização e exclusão dos indivíduos tidos como loucos, uma vez que os torna, dentro do olhar social, como seres diminuídos ou estragados. Em regra, esse processo está frequentemente associado com a admissão em uma instituição de custódia, como uma prisão ou um sanatório, já que ambas as instituições representam um destino possível aos indivíduos considerados socialmente indesejáveis. Note-se que, em função disso, os ex-internos, quando saem de hospitais para tratamentos de saúde mental, relatam em razão do estigma que enfrentam, a necessidade de esconder o seu passado, em virtude da condição social desfavorável gerada pela experiência institucional (GOFFMAN, 2004).

A noção de desinstitucionalização surgiu nos Estados Unidos, em decorrência de um plano de medidas do governo Kennedy, visando a prevenção de práticas de internações inadequadas em instituições psiquiátricas. No entanto, essas reformas não possuíam um caráter de superação do modelo fundante da psiquiatria, mas sim em transformações de cunho superficial, de natureza meramente administrativa e organizacional. Logo, essas medidas não tiveram impactos significativos nas estruturas sociais e manteve-se a posição social anterior dos pacientes e ex-pacientes das instituições psiquiátricas (AMARANTE, 2010).

Desde meados do século XV, a loucura é alvo de repressão, castigos e punições, sendo que mesmo nos contextos da modernidade, ao passar a ser entendida como uma doença que se pode observar, catalogar e, em alguns casos, até mesmo tratar, os loucos ainda ocupavam um lugar social de transgressão, estando o conceito de doenças mentais fortemente atrelado às noções de produtividade e cuja culpabilidade é identificada no próprio sujeito – que deveria reconhecê-la e libertar-se dela, deixando transparecer a verdade de sua doença para suprimi-la e, então, reatar com sua liberdade ao aliená-la no querer do médico (FOUCAULT, 1978).

No Brasil, a loucura também passa por diferentes conceitos que refletem os contextos de sua época, bem como os tratamentos e o olhar social para a pessoa do louco. Amarante (2010, p. 77) propõe as seguintes reflexões acerca do tema:

A doença mental, objeto construído pela psiquiatria, tem sido a justificativa que sustenta a exclusão daqueles que são considerados enfermos. A realidade manicomial, contudo, vem demonstrar que o que se exercita sobre a doença objetivada é mais um ato de violência que um ato de cura ou libertação. Mas o que é a doença mental? Esse conjunto de trejeitos, excentricidades, idéias absurdas e obscenas que o psiquiatra observa, cataloga, relaciona e interpreta? E, sobretudo, quem é esse homem, doente, autor de todas essas expressões?

Ao final, partindo destes questionamentos, Amarante (2010, p. 115) concluiu que:

A desinstitucionalização é um processo ético porque, em suma, inscreve-se em uma dimensão contrária ao estigma, à exclusão, à violência. É manifestação ética, sobretudo, se exercitada quanto ao reconhecimento de novos sujeitos de direito, de novos direitos para os sujeitos, de novas possibilidades de subjetivação daqueles que seriam objetivados pelos saberes e práticas científicas, e inventa - prática e teoricamente - novas possibilidades de reprodução social desses mesmos sujeitos.

A designação negativa da loucura e a exclusão social decorrente dos estigmas do sujeito tido como louco perante a sociedade, vão além da ciência médica e permeiam a percepção do indivíduo enquanto um ser social. Por consequência disso, outras instituições, como a polícia, a família e a justiça também desempenham um papel ativo na tentativa de compreender, classificar e julgar a loucura, por meio de critérios que dizem respeito às transgressões das regras.

Embora a materialização dos instrumentos de segregação social da loucura tenha se tornado mais evidente somente após a criação dos manicômios, não se pode negar que os indivíduos identificados nessa categoria sempre estiveram à margem de diferentes contextos sociais.

Por seu turno, o direito era utilizado somente como meio um de controle e penalização de comportamentos tidos como extravagantes e/ou desviantes, inerentes a loucura, e até um momento muito recente na história, não havia instrumentos protetivos próprios para a parcela da população que convivia com transtornos mentais, deficiências intelectuais ou mesmo para aqueles que residiam em instituições psiquiátricas.

2.1. A perspectiva constitucional sobre a saúde mental

O desenvolvimento de uma perspectiva constitucionalista do direito à saúde e de proteção do aspecto mental foi precedido de diversas mudanças sociais e também legislativas. Com efeito, foi somente com o processo de abertura democrática, que resultou na Assembleia Constituinte de 1988, é

que começaram a ser instituídas as primeiras políticas públicas voltadas especificamente para a ampliação do acesso à assistência à saúde mental.

Durante vários anos, os hospitais psiquiátricos foram o destino de todos os tipos tidos como indesejáveis pela sociedade (mendigos, homossexuais, mães solteiras, negros, pessoas com deficiência, militantes políticos e outros). Até a década de 1960, a institucionalização era percebida como a única solução terapêutica para a enfermidade mental, além de uma ferramenta de segregação de indivíduos e grupos estigmatizados (AMARANTE, 2010).

Na prática, os internos eram submetidos a tratamentos cruéis, fome, violência física, sexual e moral, entre outros exemplos de violações de Direitos Humanos. Na obra jornalística *Holocausto Brasileiro*, estão registradas as primeiras impressões do fotógrafo Luiz Alfredo e do repórter José Franco, ao presenciar os maus-tratos vivenciados pelos internos do Hospital 17 Colônia, na cidade de Barbacena, no Estado de Minas Gerais (MG), durante a década de 1960. Segundo Arbex (2013, n.p), ao adentrar na instituição:

Milhares de mulheres e homens sujos, de cabelos desgrehados e corpos esquilidos cercaram os jornalistas. A primeira imagem que veio à cabeça de José Franco foi a do inferno de Dante. Difícil disfarçar o choque. O jornalista levou um tempo para se refazer e começar a rascunhar em seu bloco suas primeiras impressões. Já Luiz Alfredo, protegido pela sua Leica, decidiu registrar tudo que a lente da sua câmera fosse capaz de captar. Quase todas as imagens feitas naquela tarde foram registradas em preto e branco, em rolos de filme 35 mm. A loucura que desfilava diante dos seus olhos não o impressionava, e sim as cenas de um Brasil que reproduzia, menos de duas décadas depois do fim da Segunda Guerra Mundial, o modelo dos campos de concentração nazistas.

Com efeito, o cenário do Hospital Colônia não é distante de outros manicômios ao redor do mundo. Franco Basaglia, psiquiatra italiano, ao se confrontar com uma realidade semelhante em seu país, começou a desenvolver sua crítica e ação política, contra o modelo de psiquiatria vigente. Basaglia propôs um processo prático de desconstrução e de criação de uma nova realidade, partindo da negação do ato terapêutico como ato de violência mistificada e do conceito de doença mental como construção teórica. De acordo com Amarante (2010, p. 94 *apud*. SARTRE, 1981, p. 347):

A pergunta ‘o que é a psiquiatria?’, propositadamente ‘provocativa’, nasce do estado de mal-estar real no qual se encontra a psiquiatria que, no confronto com seu objeto, não pôde mais que definir a diversidade e a incompreensibilidade em simples e concreta estigmatização social. A discussão do método científico torna-se o escopo desta obra que, tendo como base a pesquisa psiquiátrica, no contexto ainda das reflexões de Sartre em *Crítica à Razão Dialética*, atenta para o fato de que a “distância do pesquisador do terreno da própria pesquisa é particularmente significativa no caso do psiquiatra”, o que determina ao psiquiatra afastar-se do doente, de seu sofrimento e de sua condição real de institucionalizado.

Em linhas gerais, os primeiros movimentos sociais que propunham a reformulação da assistência à saúde mental buscaram inspiração na crítica epistemológica do saber médico da psiquiatria proposto por Basaglia, que colocava em questão o próprio conceito de doença mental. Assim sendo, a promulgação da Lei n.º 180/1978 – que garantiu a extinção progressiva dos manicômios em todo o território italiano e teve grande repercussão internacional – atribuiu um caráter fortemente político às ideias e propostas dos movimentos antimanicomiais brasileiros (PITTA, 2011).

Destaca-se a atuação do Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), primeiro sujeito coletivo com o propósito de reformulação da assistência psiquiátrica. O MTSM foi significativamente influenciado pelas ideias de Basaglia e, em meados da década de 1970, já propunha um novo modelo de psiquiatria. No contexto, surgiram as primeiras experiências extra institucionais bem-sucedidas, voltadas para uma forma de cuidado em saúde mental, segundo a qual o tratamento não estaria baseado na exclusão dos indivíduos em ambientes de violência e morte social (PITTA, 2011).

Na final dos anos 1970, surgiu o MRP, cujo lema era o desejo de “uma sociedade sem manicômios”, com o objetivo de combater a violência, a discriminação e extinguir as instituições e concepções manicomiais vigentes. Na década seguinte, este movimento integrou as lutas pela redemocratização do país, estando presente inclusive na 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), onde foram definidas as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) (AMARANTE; NUNES, 2018).

No âmbito das deliberações da 8ª CNS, houve diversas críticas ao modelo asilar dos grandes hospitais públicos e da ausência de fiscalização em instituições da rede privada. Além disso, ganhou ênfase a necessidade de recontextualização dos pacientes psiquiátricos, através da garantia de seus direitos e do exercício da cidadania. Por sua vez, mesmo que o texto constitucional não faça menção à saúde mental especificamente, ao assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os Direitos Humanos e liberdades inerentes ao ser humano, incluiu-se também as pessoas que convivem com demandas de saúde mental e pacientes psiquiátricos (VIVAS, 2021).

Documentos produzidos pelas autoridades sanitárias, no decorrer da década de 1980, demonstraram que o sistema vigente estava organizado majoritariamente em torno da internação em hospitais privados, que auferiram amplos benefícios financeiros advindos de fontes públicas. Apesar de concentrar grande parte dos investimentos estatais em saúde, a maioria dos internos dos hospitais privados viviam em condições sub-humanas e muitos morriam em decorrência de desnutrição, doenças infectocontagiosas ou por ações violentas como espancamentos e torturas (TENÓRIO, 2002).

Os governos militares (1964-1985) consolidaram a articulação entre a privatização da assistência à saúde e o direcionamento do financiamento público para a esfera privada, por meio da contratação de leitos em clínicas e hospitais conveniados, para atendimento da demanda pelas internações. Em vista disso, no primeiro momento da redemocratização, as propostas de reformulação da assistência à saúde mental limitaram-se ao aperfeiçoamento e universalização dos dispositivos tradicionais já existentes, embora tenham contribuído para o amadurecimento da perspectiva antimanicomial (TENÓRIO, 2002).

A partir do paradigma estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), houve uma ampliação das demandas por justiça na sociedade, de modo que se pode considerar que ocorreu uma verdadeira redescoberta da própria cidadania e um processo de

conscientização das pessoas em relação aos seus direitos. Como principal fruto da constitucionalização, verificou-se a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, refletidos também na elaboração de novas leis, criadas justamente para atender a essas mudanças introduzidas (BARROSO, 2018).

Não obstante, a criação de leis e portarias, voltadas especificamente à proteção dos indivíduos com demandas de saúde mental e regulamentação das unidades de apoio psicossocial, somente se deu após décadas da promulgação da CRFB/1988, cujo principal fruto é a Lei n.º. 10.216/2001, também conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica (PITTA, 2011).

Ressalta-se que os “Princípios para a Proteção às Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental”, adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), no ano de 1991, e a Declaração de Caracas, de 1990, ambos assinados pelo Brasil, apesar de não possuírem conteúdo normativo, foram consideradas como marcos conceituais para a Lei n.º. 10.216/2001 (VIVAS, 2021).

De fato, mesmo após a promulgação da CRFB/1988 e o início das políticas de ampliação dos meios comunitários de assistência à saúde mental em todo o país, os impactos na realidade dos hospitais psiquiátricos não se deram de modo imediato. Pelo contrário, o Brasil ainda iria protagonizar, menos de uma década depois, um dos principais episódios de violência institucional contra pacientes psiquiátricos.

Como já mencionado anteriormente, o cenário dos manicômios brasileiros era descrito como um ambiente comparável ao modelo dos campos de concentração nazistas, com higiene e alimentação precárias, a presença de animais peçonhentos, doentes esquecidos nos leitos, inúmeros corpos empilhados, precariedade e violência.

Muito embora, a obra Holocausto Brasileiro se dedique ao relato dos casos ocorridos no Hospital Colônia, no município de Barbacena – MG, a forma manicomial era o modelo hospitalar predominante e as práticas eram

semelhantes em todo o Brasil. Ademais, mesmo após o encerramento da referida instituição, houve outras ocorrências de violações de Direitos Humanos em locais de tratamento mental, sendo que o caso de maior repercussão na época foi objeto da primeira condenação no Brasil frente à Corte IDH (PAIVA; HEEMANN, 2020).

Na década de 1990, o Caso Ximenes Lopes foi o primeiro precedente a versar sobre a violação de Direitos Humanos de pessoas com deficiência mental, demonstrando a urgência de que a assistência à saúde mental no país fosse repensada e houvesse a sua regulamentação. Após a condenação do Estado brasileiro na Corte IDH, foram estabelecidos ao Brasil os deveres de indenização, para com os familiares da vítima, e de desenvolvimento da política antimanicomial no país, bem como o reconhecimento de uma particular vulnerabilidade das pessoas que convivem com questões mentais, principalmente, aquelas que se encontram em hospitais psiquiátricos (PUENTE, 2015).

No ano de 1999, Damião Ximenes Lopes foi internado na instituição psiquiátrica Casa de Repouso Guararapes, na cidade de Sobral, no Estado do Ceará, um hospital privado contratado pelo Estado para prestar serviços psiquiátricos, onde faleceu em decorrência dos maus tratos sofridos, menos de três dias após a sua admissão. No dia do falecimento, a mãe esteve no hospital para visitá-lo e o encontrou sangrando, com sinais de agressão física, sujo e fedendo excrementos, com as mãos amarradas para trás, dificuldade para respirar, em um estado agonizante, gritando e pedindo auxílio à polícia (PUENTE, 2015).

Diante da omissão do Estado brasileiro em investigar o caso e apurar a responsabilidade da instituição, a Corte IDH concluiu que houve diversas violações de Direitos Humanos em face de Damião Ximenes Lopes e de seus familiares. O fato fez reacender o ativismo do MRP, que passou a promover novos encontros, com vistas à regulamentação da assistência à saúde mental,

a promoção do direito à saúde e da dignidade dos pacientes psiquiátricos (PAIVA; HEEMANN, 2020).

A Lei n.º 10.216/2001 é o principal fruto do MRP e constitui um importante instrumento normativo de proteção dos Direitos Humanos das pessoas que convivem com questões de saúde mental, com deficiência intelectual e de pacientes psiquiátricos em geral. A partir disso, buscou-se a reorientação do modelo assistencial em saúde mental no Brasil. No entanto, inspirados pela atuação dos movimentos sociais reformistas, alguns Estados da federação, incluindo o Estado de MG, antes mesmo da promulgação da referida lei, já estabeleceram a substituição dos leitos hospitalares por uma rede integrada de serviços de atenção psicossocial (DALLARI; AITH, MAGGIO, 2019).

Diante do exposto, verifica-se que a instituição de uma tutela jurídica específica para a proteção dos pacientes psiquiátricos e das pessoas que convivem com questões de saúde mental foi precedida de um longo histórico de negligência e sucessivas violações de Direitos Humanos. Por esse motivo, mesmo com alguns avanços, sua efetivação ainda constitui um desafio e não se pode dizer que houve uma ruptura completa com o modelo manicomial anteriormente vigente.

3. Os lugares da loucura no Direito

Ao longo dos séculos, a concepção jurídica de saúde e doença mental vem se alterando à medida em que a própria sociedade brasileira muda, refletindo a evolução do direito à saúde e as contribuições das teorias dos Direitos Humanos e das normas internacionais no cenário local.

Na legislação brasileira, os temas doença mental e capacidade foram tratados, pela primeira vez, no Código Criminal do Império (1830), que trazia as seguintes previsões:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente.

Mais tarde, o Código Penal de 1890, que substituiu o diploma anterior, tratou dos assuntos supracitados, nos seguintes artigos:

Art. 27. Não são criminosos: § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.

A legislação seguinte a tratar do assunto foi o Decreto n.º 1.132/1903, promulgado pelo Presidente Rodrigues Alves, que, com o intuito de salvaguardar a ordem pública e a segurança das pessoas, previu o procedimento a ser seguido para a internação e a necessidade de laudo médico, bem como a proibição da manutenção de pessoas com transtornos mentais em estabelecimentos penais. Para os padrões da época, houve uma sensível evolução no tratamento jurídico destas temáticas (SANTORO FILHO, 2019).

Após isso, a capacidade civil passou a ser disciplinada também no Código Civil de 1916 (CC/1916), que dispunha, em seu artigo 1.132, §5º, inciso II, que eram absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil “os loucos de todo o gênero”. Tradicionalmente, o Direito Civil traduz a doença mental pelo signo da incapacidade, fixado a partir do reconhecimento ou da negação jurídica da vontade.

Durante o ‘Governo Provisório’ de Getúlio Vargas, sob influência das teorias higienistas, houve a edição do Decreto n.º 24.559/1994, que revogou o diploma anterior, passando a disciplinar o tratamento, amparo médico, fiscalização dos serviços psiquiátricos, entre outros temas relativos à tutela jurídica das pessoas com transtornos mentais. Vale ressaltar o caráter eminentemente manicomial e viés eugenista do referido diploma normativo,

muito embora, tenha estabelecido critérios mínimos para as internações em instituições de longa permanência (CAPONI, 2009).

O Código Penal de 1940 (CP/1940), inicialmente seguiu na mesma linha do Decreto n.º 24.559/1994, tendo como principal escopo o afastamento e a exclusão social das pessoas com transtornos mentais, em detrimento de sua inclusão social (SANTORO FILHO, 2019).

A Lei n.º 7.209/1984, que alterou algumas disposições do CP/1940, introduziu, ainda que timidamente, a primazia do tratamento médico sobre a segregação social de pessoas que convivem com transtornos mentais, consideradas juridicamente inimputáveis ou semi-inimputáveis. Diante disso, como regra, foi estabelecido o cumprimento de medida de segurança em hospitais de custódia e tratamento, desde que os crimes cometidos estivessem sujeitos à pena máxima de detenção. Além disso, definiu que a internação ou tratamento ambulatorial ocorreriam por tempo indeterminado, até a averiguação da cessação da periculosidade por perícia médica especializada (PAULON *et al.*, 2017).

No entanto, a reforma do CP/1940, ocorrida em 1984, recebeu críticas devido a ideia de periculosidade, de origem na Criminologia Positivista, que foi introduzida juntamente com as medidas de segurança. Com isso, a noção de responsabilidade foi substituída pela concepção de que o crime pode ser fruto de patologias psicossomáticas, que se fundamentam na própria personalidade do sujeito. O mesmo sentido ainda é empregado atualmente, mesmo que tenha surgido entre o fim do século XIX e início do século XX, como um meio de projetar sobre determinadas pessoas – no caso os indivíduos identificados como loucos – uma conotação patológica capaz de materializar os medos presentes no imaginário social (CAETANO; TEDESCO, 2017).

Em linhas gerais, os primeiros manicômios judiciais surgiram na Europa, especificamente na Inglaterra, no decorrer da segunda metade do século XIX, com vistas à organização da assistência médico-legal dos loucos infratores. No contexto, buscava-se a substituição das teorias atreladas ao

Direito Penal Clássico, por um modelo de medidas pautado nas produções científicas da época. Inspirado por esses movimentos, foram adotadas também no Brasil as medidas de segurança, cujo período de seu cumprimento estaria baseado na ideia de periculosidade. Inicialmente, havia sido adotado o denominado sistema ‘duplo-binário’, segundo o qual a pena deveria ser aplicada juntamente com as medidas de segurança. Porém, com a reforma de 1984, estas passaram a ser aplicadas somente aos inimputáveis e semi-inimputáveis. Resumidamente, a crítica a esse modelo se fundamenta na suposta incomunicabilidade, entre os princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade da pena e a noção de periculosidade vigente (PAULON *et al.*, 2017).

A questão mental só voltou a ser citada posteriormente, com a edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/1990), que traz as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e financiamento dos serviços correspondentes. Apesar de não detalhar diretamente nenhum serviço de atenção à saúde mental ou quanto às obrigações dos entes federados em questões dessa natureza, a referida Lei trouxe algumas menções ao bem-estar mental e ao acompanhamento psicológico no sistema de atendimento (VIVAS, 2021).

Conforme citado anteriormente, a atenção à saúde mental somente começou a ser abordada de forma específica na Lei n.º 10.216/2001 que, mesmo não reconhecendo expressamente o direito à saúde mental, afirma categoricamente a proteção aos direitos das pessoas recolhidas em instituições psiquiátricas. A referida norma traz no seu bojo três diferentes modalidades de internação: a voluntária, que se dá com o consentimento do paciente; a involuntária, que se dá sem o consentimento do paciente e a pedido de terceiro; e a compulsória, que se dá por determinação da Justiça. Em qualquer modalidade, a internação tem como finalidade a reinserção social do paciente e deve ocorrer mediante formalização do requerimento, instruído com atestado médico circunstanciado, que fundamente a excepcionalidade da

medida e informe sobre ineficácia dos recursos extra-hospitalares no caso (VIVAS, 2021).

Com efeito, o Código Civil de 2002 (CC/2002), em seu texto original, trouxe uma série de limitações aos direitos e à capacidade jurídica das pessoas com deficiência e transtornos mentais. Todavia, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD/2015), grande parte destas restrições foram suprimidas, na tentativa de adequar a legislação nacional à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU). Em síntese, essa lei alterou o CC/2002 para limitar as hipóteses de incapacidade absoluta somente para as pessoas menores de 16 anos, revogou as restrições quanto à capacidade para testemunhar e de se casar e adequou o instituto da curatela para os casos de incapacidade relativa (MENEZES, 2018).

Em que pese a insipiência de produções no campo jurídico, voltadas de forma mais particular para a saúde mental e seus desdobramentos, somada à falta de menção na legislação sobre o direito fundamental à saúde mental, notam-se significativos avanços, em especial, após a Lei n.º 10.216/2001, que inverteu o sistema até então vigente, tornando possível a gradativa inserção social das pessoas que convivem com transtornos mentais, deficiência intelectual e dos pacientes psiquiátricos em geral.

4. Direito à Saúde Mental: utopia ou realidade?

Com a evolução do tratamento jurídico do assunto, começou a se discutir acerca da possibilidade de reconhecimento de um novo direito, autônomo e com características próprias: o direito à saúde mental. De acordo com essa perspectiva, essa diretriz estaria presente, não somente como uma ramificação do direito à saúde, mas como uma prerrogativa de toda pessoa, a ser assegurada nas mais diversas esferas de sua vida – dentro das relações de trabalho, na área de comunicação, na segurança pública, entre outros.

Após promulgação da CRFB/1988, em consonância com as reivindicações derivadas da 8ª CNS, foi outorgada à saúde o patamar de direito social fundamental, atribuindo-lhe princípios e diretrizes próprios, são eles: a universalidade, a igualdade, a gratuidade e a integralidade. O princípio da universalidade garante a todos os brasileiros, independentemente de qualquer coisa, o direito ao acesso às ações e serviços de saúde que podem e devem ser disponibilizados à população. Complementarmente, a igualdade orienta que a assistência à saúde deve ser pautada na isonomia, transmitindo-se as ações de forma igualitária, sem deixar de tratar de forma desigual os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Por sua vez, o princípio da gratuidade informa que os serviços prestados pelo SUS não podem gerar qualquer tipo de cobrança aos usuários. Ao final, a diretriz da integralidade objetiva a erradicação das causas, a diminuição dos riscos e tratamentos dos danos em saúde, com ênfase na priorização das atividades preventivas e em todos os níveis de complexidade (DALLARI; AITH, MAGGIO, 2019).

A ampliação da perspectiva constitucional sobre o direito à saúde, para abranger o bem-estar mental, somente tornou-se factível com a apresentação do Projeto de Lei n.º 3.657/89, que deu origem à Lei n.º 10.216/2001. No ponto, os princípios que orientam a proteção jurídica do direito à saúde e o SUS, passaram a refletir na reestruturação da assistência psiquiátrica, permitindo também a introdução de modelos alternativos, centrados no paciente e na sua inclusão na comunidade (SANTOS; PONTES, 2017).

A atuação de organismos e instrumentos criados no plano internacional também foram fundamentais para o reconhecimento e proteção da saúde mental, pela via dos Direitos Humanos. A Declaração de Caracas de 1990, realizada no âmbito da Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina no Contexto dos Sistemas Locais de Saúde, na Venezuela, contribuiu para o fortalecimento dos instrumentos de

reforma psiquiátrica e reconhecimento da relevância da atenção primária em saúde mental (SANTOS; PONTES, 2017).

Com a ampliação da proteção internacional dos Direitos Humanos, desenvolveu-se no campo o conceito de ‘consentimento informado’, que se refere à necessidade de exigir dos profissionais da saúde a consideração dos desejos expressos do paciente no momento de um tratamento. A questão torna-se ainda mais complexa quando diz respeito às pessoas com deficiência intelectual e transtornos mentais, já que a sua condição pode impedir a manifestação da vontade, de modo livre, consciente, claro e efetivo (VENTURINI, 2017).

Outro fenômeno bastante relacionado à efetividade dos Direitos Humanos é a judicialização que, em regra, tem como fundamento a correção de omissões legislativas e a concretização de determinadas políticas públicas. Por conseguinte, a judicialização dos direitos relaciona-se de forma intrínseca com a própria constitucionalização dos direitos sociais (BARROSO, 2018).

No âmbito da saúde mental, esse fenômeno também ocorre pela necessidade de efetivação do direito individual, por meio do acesso a tratamentos médicos e/ou à assistência farmacêutica, como sucede em grande parte dos casos de judicialização da saúde, porém, também tende a estar relacionado, de forma mais específica, com demandas de familiares e profissionais da saúde, com foco na compulsoriedade do tratamento de saúde mental (VIVAS, 2021).

Sabe-se que o microssistema jurídico-sanitário, como um todo, carece de aperfeiçoamentos e melhorias. Especificamente, na esfera da saúde mental, requer da sociedade, dos profissionais da saúde e das autoridades públicas, uma nova postura, em consonância com os objetivos da reforma psiquiátrica e a partir dos princípios da universalidade, igualdade, integralidade e gratuidade, que orientam a atuação sanitária. Ademais, a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), inegavelmente, deve ser organizada, planejada e executada, em conformidade à realidade local e em interação com

os fatores ambientais e sociais, vinculados à saúde mental (DALLARI; AITH, MAGGIO, 2019).

Em que pese a consolidação da atual PNSM no campo jurídico e a evolução do conceito de capacidade, nota-se que o consentimento do paciente com o tratamento médico, a efetividade das políticas públicas vigentes e a observância, pelos profissionais da saúde e o próprio poder público, em suas esferas de atuação, de métodos atualizados e amparados em evidências científicas, ainda se inserem como utopias. Apesar disso, a literatura aponta para a existência do direito à saúde mental, embora o indique como sendo um processo em construção (VIVAS, 2021).

Diante disso, observa-se que o direito à saúde mental, não se restringe às pessoas que convivem com transtornos mentais, deficiência intelectual e pacientes psiquiátricos, uma vez que o bem-estar psíquico é uma necessidade básica de todo ser humano. No entanto, deve-se assegurar uma especial proteção a esses públicos, tendo em vista as vulnerabilidades sociais que decorrem do contexto de sistemáticas violações de Direitos Humanos.

Pode-se dizer, portanto, que essa prerrogativa tem como escopo assegurar a todos a integridade psíquica e o pleno desenvolvimento intelectual e emocional, além de garantir àqueles que convivem com condições especiais, que justifiquem essa distinção, a proteção de seus direitos específicos. Entretanto, não se pode olvidar a existência de outras determinantes que prejudicam a qualidade dos serviços em saúde pública no país e que, conseqüentemente, afetam a universalização do acesso a essas garantias.

5. Conclusão

No Brasil, as práticas em saúde mental evidenciam um contexto de violações sistemáticas de Direitos Humanos, que, somente começou a ser alterado, a partir da promulgação da Lei n.º 10.213/2001. Ao longo de muitos

anos, os manicômios serviram como verdadeiros depósitos de indivíduos tidos como socialmente indesejáveis, não havia uma preocupação estatal em relação às condições de higiene, segurança, alimentação e cuidados de saúde que eram oferecidos a essas pessoas e o escopo do tratamento era a discriminação e o isolamento da loucura.

Consequentemente, o sujeito tido como louco, sempre ocupou um lugar de transgressão, de insubmissão às normas sociais, de incapacidade de exercer controle sobre a própria vontade e de estigmatização.

Inspirados pelas ideias de Franco Basaglia, os profissionais brasileiros da saúde mental iniciaram uma luta, que levaria mais de duas décadas para colher os seus resultados, mas que acabou inspirando diversos setores da sociedade civil a se unirem em torno da criação de um país sem manicômios.

Inegavelmente, a influência cultural dos manicômios no imaginário social, não desapareceria somente com os fechamentos dos hospitais psiquiátricos, mas, sim exigiria enormes esforços no enfrentamento dos estigmas e preconceitos contra os ex-pacientes psiquiátricos, de modo geral, e as pessoas que convivem com transtornos mentais e com deficiência intelectual, de modo específico.

Não obstante diversos dados apontem que o modelo comunitário vem se sobressaindo em relação ao manicomial, gerando menores custos para o poder público e melhores condições de tratamento para a população, não se pode olvidar que a reforma psiquiátrica ainda não foi implementada de forma integral em todo território nacional.

Na prática, além dos aspectos socioculturais, a reforma psiquiátrica, também precisou encarar as profundas desigualdades sociais e regionais brasileiras, que afetam significativamente o acesso e a continuidade aos tratamentos de saúde. Por essa razão, verifica-se que, a garantia de universalização da oferta de serviços de saúde mental gratuitos, pautados em um modo de atenção psicossocial e comunitário, sempre sofreu entraves sociais, operacionais e, sobretudo, orçamentários. Soma-se a isso a incipiência

de produções no campo jurídico acerca do tema, que dificultam a ampliação e o aperfeiçoamento dos instrumentos protetivos.

Tratando-se de um debate de caráter complexo e intersetorial, é premente a necessidade de que o destino das políticas públicas de atenção à saúde mental, sejam incorporados pelas mais diversas áreas do conhecimento, para que novas perspectivas sejam agregadas e o futuro aumento nessa demanda, que já vem sendo projetado, possa ser enfrentado da forma mais adequada.

Referências

- AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. **O homem e a serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2010.
- AMARANTE, Paulo; NUNES, Mônica de Oliveira. **A reforma psiquiátrica no SUS e a luta por uma sociedade sem manicômios**. Rio de Janeiro: Ciência & Saúde Coletiva, 23(6): 2067-2074, 2018.
- ARBEX, Gabriela. **Holocausto Brasileiro: Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil** [livro eletrônico]. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Brasil: Diário Oficial da União, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.
- BRASIL. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890**. Brasil: Diário Oficial da União, 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>.
- BRASIL. **Decreto n.º 1.132, de 22 de dezembro de 1903**. Brasil: Diário Oficial da União, 1903. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>>.
- BRASIL. **Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Brasil: Diário Oficial da União, 1916. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>.
- BRASIL. **Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934**. Brasil: Diário Oficial da União, 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24559.htm>.
- BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasil: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
- BRASIL. **Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984**. Brasil: Diário Oficial da União, 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasil: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>.
- BRASIL. **Lei n.º 10.216, de 06 de abril de 2001**. Brasil: Diário Oficial da União, 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasil: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>.

BRASIL. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasil: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>.

BRASIL. **Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015**. Brasil: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: 49 <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo Paulo. O Direito à saúde e seu campo no Brasil. In: DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo Paulo (Org.). **Direito Sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde**. Curitiba: Editora Juruá, 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Título original: ASYLUMS - Essays on the social situation of mental patients and other inmates. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 1961.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

LIMA, Rossano Cabral. **O avanço da Contrarreforma Psiquiátrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 29(1), 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. Fortaleza: **Revista Pensar**, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), 2018.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e Saúde Mental**. 2. ed. São Paulo: Verlu Editora, 2019.

PITTA, Ana Maria Fernandes. **Um balanço da Reforma Psiquiátrica Brasileira: Instituições, Atores e Políticas**. Rio de Janeiro: Ciência & Saúde Coletiva, 16(12): 4579-4589, 2011.

PAULON, Simone Mainieri; PINTO NETO, Moysés; DIAS, Miriam Thais Guterres; GUIMARÃES, Willian. Desinstitucionalização nos manicômios judiciais: quem se assegura com a medida de segurança? In: Walter Ferreira de Oliveira, Ana Maria Fernandes Pitta e Paulo Amarante (org.). **Direitos Humanos e Saúde Mental**. 1.ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2017.

PUENTE, Sofia Galván. **Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

SANTOS, Beatriz Oliveira; PONTES, Maria Vania Abreu. A primeira condenação do Brasil na Corte interamericana: implicações para o surgimento do Fórum Cearense da luta antimanicomial. In: Walter Ferreira de Oliveira, Ana Maria Fernandes Pitta e Paulo Amarante (org.). **Direitos Humanos e Saúde Mental**. 1.ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2017.

SCHULMAN, Gabriel; ZANLORENZI; Rafael Otávio Ragugnetti. Saúde mental e internação psiquiátrica na Corte Europeia de Direitos Humanos. In: Sueli Gandolfi Dallari, Fernando Aith e Marcelo Paulo Maggio (Org.). **Direito Sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde**. Curitiba: Editora Juruá, 2019.

TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. Rio de Janeiro: **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, vol. 9(1): p. 25-59, 2002.

VENTURINI, Ernesto. O consentimento informado e a recusa do tratamento. In: Walter Ferreira de Oliveira, Ana Maria Fernandes Pitta e Paulo Amarante (org.). **Direitos Humanos e Saúde Mental**. 1.ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2017.

VIVAS, Marcelo Dayrell. **Direito à saúde Mental no Brasil – ficção ou realidade? Histórico, Normativas, Políticas Públicas e Judicialização** [livro eletrônico]. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

Artigo recebido em: 06/09/2023.

Aceito para publicação em: 24/01/2024.

A judicialização da saúde durante a pandemia de COVID-19: uma análise acerca da obtenção de leitos de unidade de terapia intensiva no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

The judicialization of health during the COVID-19 pandemic: An analysis about obtaining Intensive Care Unit in the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul

Aline Andrighetto¹
Denisi Senti Silva²

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário para garantir o acesso aos leitos de UTI durante a pandemia de COVID-19 visando a efetivação do direito à saúde. Em suma, o trabalho pretende realizar o resgate histórico do direito à saúde no Brasil, que ensejou a disposição como direito social na Constituição Federal de 1988, sendo direito de toda a população e dever do Estado, bem como objetiva-se a análise da judicialização da saúde no Brasil. Como metodologia empregada, será realizada pesquisa bibliográfica e um estudo do tipo qualitativo, visando à análise jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), no período entre 1º de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021. As expressões de pesquisa serão: “Leitos de UTI”, “Tutela de urgência”, classe do CNJ “Agravo de Instrumento”. A partir destes será possível identificar o conteúdo e fundamentação, possibilitando a compreensão da atuação do Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde. Como resultado da pesquisa compreendeu-se que as decisões do judiciário do Estado do Rio Grande do Sul foram acertadas ao reconhecerem os critérios estabelecidos pelos gestores de saúde.

Palavras chaves: Saúde; Judicialização; COVID-19.

Abstract: The present study aims to analyze the performance of the Judiciary to guarantee access to ICU beds during the COVID-19 pandemic, aiming at the realization of the right to health. In short, the work intends to carry out the historical rescue of the right to health in Brazil, which gave rise to the provision as a social right in the Federal Constitution of 1988, being a right of the entire population and a duty of the State, as well as the objective of analyzing the judicialization of health in Brazil. As a methodology used, a bibliographical research and a qualitative study will be carried out, aiming at the jurisprudential analysis on the website of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul (TJRS), in the period between March 1, 2020 and December 31, 2021. The search expressions will

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos- Unisinos. Pesquisadora. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos da Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URD); Bacharel em Direito e pós-graduada em Direito Ambiental pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Atualmente é professora e membro do Comitê de Educação para os Direitos Humanos no Centro Universitário Cenecista de Osório - UNICNEC.

² Bacharel em Direito pela UNICNEC- Osório.

be: “ICU beds”, “Emergency care”, CNJ class “Interlocutory Appeal”. From these it will be possible to identify the content and rationale, enabling the understanding of the role of the Judiciary in the scope of the right to health. As a result of the research, it was understood that the decisions of the judiciary in the State of Rio Grande do Sul were correct in recognizing the criteria established by health managers.

Keywords: Health; Judicialization; COVID-19.

1. Introdução

No Brasil, o direito à saúde é consagrado como direito fundamental e social estando elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, devendo ser assegurado pelo Estado o livre acesso a todo cidadão comum.

Nos últimos anos, o acesso à saúde vem se tornando alvo de destaque no mundo jurídico em razão da alta demanda no serviço público, bem como em virtude do crescente número de ações judiciais que buscam a efetivação da tutela do direito fundamental violado. O Poder Judiciário vem sendo acionado para a efetivação do direito à saúde, desse modo surge então a denominada Judicialização da saúde, que atua como mecanismo de reivindicação do direito mencionado. Durante a pandemia de COVID-19, demandas relativas à saúde aumentaram drasticamente, especialmente quanto à obtenção de leitos de UTI.

Nesse contexto, considerando o momento caótico vivenciado nos últimos dois anos pela busca à saúde, ocasionada pela pandemia de COVID-19, se faz necessário questionar: de que forma o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul atuou para assegurar o direito à saúde, especialmente quanto à obtenção dos leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI)?

Para responder este questionamento, será realizada uma pesquisa bibliográfica e um estudo do tipo qualitativo, visando à análise jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), no período entre 1º de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021. Os argumentos de pesquisa serão “Leitos de UTI”, “Tutela de urgência”, classe do CNJ “Agravo de Instrumento”. A partir destes será possível identificar o conteúdo e fundamentação, possibilitando a compreensão da atuação do Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar a atuação do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde, especialmente para a obtenção dos leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), durante a pandemia de COVID-19.

Como estrutura para o trabalho, inicialmente serão identificados pontos relevantes sobre o direito à saúde em contexto histórico e global, direcionando-se à observação deste no Brasil. Posteriormente o capítulo seguinte abordará a judicialização da saúde e a situação evidenciada pelo sistema brasileiro no período pandêmico. No último capítulo será realizada uma pesquisa bibliográfica e um estudo do tipo qualitativo, visando à análise jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), no período entre 1º de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021.

A escolha da temática justifica-se por ser atual e extremamente relevante uma vez que, em um momento excepcional, há a dificuldade na ponderação entre a necessidade do indivíduo que busca a saúde e a possibilidade do Estado em efetivar este direito.

2. Do direito à saúde

Durante muito tempo o termo saúde não tinha definição específica, sendo relegada e atrelada à ideia de ausência de doença. Entretanto, é irrefutável que o bem mais valioso do ser humano é a vida. Nessa linha, entende-se que para todos os seres humanos alcançar uma boa qualidade de vida é imprescindível o acesso à saúde.

Em abril de 1948, a Organização Mundial da Saúde (OMS, 1948) conceituou que “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”.

Em 1986, foi realizada no Brasil a VIII Conferência Nacional da Saúde, que dentre outros assuntos tratados, estabeleceu o direito à saúde como:

A saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1986, p.04)

Todavia, a falta de conceituação na legislação faz com que haja a insegurança no mundo jurídico, culminando em dificuldades para se exigir tal direito. Pelas correntes já existentes, no campo jurídico, do que seria saúde, pode-se concluir que saúde é a ausência de enfermidades que geram qualidade de vida (SILVA, 2017).

2.1. Evolução histórica do direito à saúde

O direito à saúde como direito fundamental é fruto de um processo gradativo, iniciado pela Magna Carta em 1215, a qual trouxe os primeiros dispositivos para garantir a liberdade individual. Porém, somente em 1628 se obteve a efetivação de tais direitos, através da Petição de Direitos dirigida à monarquia inglesa que solicitava a observância dos direitos já constantes na Magna Carta.(SILVA, 2013, p.153-155).

As inúmeras mortes ocorridas na Segunda Guerra Mundial possibilitaram o desenvolvimento de instituições e doutrinas de proteção à vida humana (WUNSCH, 2018, p.89). Assim, a Organização das Nações Unidas (ONU) tornou-se a organização que busca a integração de todos os países para assegurar a dignidade humana, consagrando-se como um ente importante para a instituição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual dispõe em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem de forma livre e iguais em dignidade de direitos”. (NAÇÕES UNIDAS, 1948)

A Declaração Universal de Direitos Humanos, criada em 1948, “é o primeiro instrumento de proteção em nível mundial dos direitos dos homens, visando assegurar uma vida digna a todas as pessoas” (WUNSCH, 2018).Essa nova Declaração trouxe assegurado o direito à saúde e à vida,conforme elencado nos artigos 3º e 25º:

Artigo 3º- Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal;

Artigo 25º- toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito

à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (UNITED NATIONS, 1948).

Diante disso, é perceptível que o texto da declaração atrelou o direito à saúde ao direito à vida e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, tendo como alento a igualdade entre os seres humanos. Neste contexto, leciona Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidieiro (2018):

O direito à vida (e, no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível(SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 834-835).

No mesmo ano, foi criada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a principal agência multilateral de saúde, denominada Organização Mundial da Saúde (OMS). Em sua Constituição, a OMS estabeleceu que a saúde é direito fundamental de todas as pessoas do mundo, sem discriminação de crença política, raça, religião e condição econômica.(MOREIRA; SANTOS; SOUSA, 2020)

Em 1976, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), instituído pelas Nações Unidas, trouxe o conteúdo de Direitos Humanos, o que contribuiu para que os Estados respeitassem a DUDH (WUNSCH, 2018). O PIDESC asseverou sobre o direito à saúde em seu artigo 12, §1º, discorrendo que “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”(NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais possuem algumas distinções, mas ambos têm como objetivo primordial garantir e proteger os direitos mínimos para todos os cidadãos, através da intervenção Estatal, que busca resguardar a vida. A Declaração Universal dos Direitos Humanos possui abrangência mundial, sendo o seu texto obrigatório para todos os países, inclusive para o Brasil, “que passou a adotar constitucionalmente o direito à saúde como Direito Fundamental” (ALVARENGA, 2019, p.28-30).

2.2. O direito à saúde no Brasil

No âmbito nacional, o reconhecimento do Direito à saúde levou certo tempo para se estabelecer tendo em vista que apesar de já consolidado na esfera internacional dependia da implementação por seus Estados-Membros para ser efetivado. (WUNSCH, 2018)

No Brasil, a Constituição Federal de 1824 trouxe os chamados “socorros públicos” em seu artigo 179, sendo que a Constituição Federal de 1891, suprimiu os chamados “socorros públicos” e estabeleceu em seu artigo 72 a segurança individual:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) XXXI) A Constituição também garante os socorros públicos; (BRASIL, 1824)

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes (...) (BRASIL, 1891)

O direito à saúde passou a ser tratado com maior ênfase na Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), a qual ampliou o rol dos direitos individuais e políticos e atribuiu aos Estados e a União a competência concorrente, visando assegurar o direito à saúde dos trabalhadores e a assistência médica das gestantes, sendo que o restante da população ficou desamparada (SILVA, 2017). Com isso, observa-se:

Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) II - cuidar da saúde e assistência públicas;

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. § 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador: (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. (BRASIL, 1934)

No ano de 1946 (BRASIL, 1946) a Constituição trouxe como novidade a repartição de competência, mantendo a competência da União de legislar sobre o

direito à saúde. Já Constituição de 1967 não manifestou nenhuma inovação sobre o direito à saúde. (BRASIL, 1967).

Todavia, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), inovou em termos do direito à saúde, classificando como direito social e assim se consolidando como cláusula pétrea no artigo 6º “direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância”. (SARLET, 2007, p.4).

Além do mais, o direito à saúde passou a ser tratado nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988, no qual o artigo 196 assevera que:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Assim, o direito à saúde foi classificado como direito subjetivo público, passando o Estado, a ser o ente responsável por garantir para todas as pessoas, sejam elas brasileiras ou estrangeiras. Logo, é dever o Estado garantir plenas condições de saúde para a coletividade. Entretanto, o sujeito não se exime de cuidar da própria saúde e de ajudar a cuidar da saúde da coletividade. (BASTOS; JÚNIOR, 2022)

O direito à saúde possui titularidade, tanto individual quanto coletiva, não se esgotando em nenhum de seus aspectos e possibilitando a exigibilidade por meio de demandas judiciais, individuais e coletivas. No entanto, se for proposta a demanda judicial coletiva para pleitear o direito à saúde, a titularidade individual não é excluída, visto que o direito à saúde possui cunho individual. (SARLET; FIGUEREDO, 2014)

Quanto aos destinatários, o Estado se apresenta como o sujeito passivo do direito à saúde, buscando efetivar a defesa, a proteção e as prestações, tanto em sentido amplo quanto estrito desse direito. Em vista disso, não há de se falar em exclusão da esfera privada, pois deve ser assegurado o respeito à saúde pelos particulares. Assim, o texto constitucional não apresenta restrições expressas para a eficácia dos direitos sociais entre os indivíduos e o Estado. (SARLET; FIGUEREDO, 2014)

Não obstante, o artigo 197 (BRASIL, 1988) estabelece a relevância pública das ações e serviços de saúde. No entanto, “o legislador também se preocupou com outros aspectos relevantes, tais como as políticas públicas, o bem-estar social e os princípios da igualdade, universalidade e solidariedade” (SILVA, 2017, p.12).

Diante disso, com o intuito de garantir o acesso igualitário e universal para todas as pessoas que necessitam de auxílio a sua saúde, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que serve como mecanismo de efetivação da saúde no território brasileiro.

2.3. Direito à saúde e sua prestação pelo Estado

O texto constitucional (BRASIL, 1988) instituiu ao Estado o dever de prestar e promover políticas públicas para garantir acesso a todas as pessoas, visando assegurar a igualdade entre as pessoas. Neste cenário, entende José Afonso da Silva(2005) que o texto constitucional estende a responsabilidade da saúde ao Estado, buscando proporcionar o direito à saúde para todas as pessoas da sociedade, vejamos:

são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas, em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.(SILVA, 2005, p.286).

Cabe destacar, que quando se fala em Estado, deve ser compreendido como todos os entes, isto é, União Federal, Estados e Municípios, tendo em vista a competência concorrente para tratar de saúde, conforme entendimento jurisprudencial Tema 793do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.”(BRASIL, 2015).

O artigo 23, inciso II da Constituição Federalassevera também sobre o tema:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.(BRASIL, 1988)

Para a real efetivação do direito à saúde por parte do Estado, foi criado um dos maiores e de maior complexidade sistema de saúde já existente, denominado Sistema Único de Saúde (SUS), (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022) o qual abarca de um simples exame até um procedimento cirúrgico, sendo regulado pela Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990). Salienta-se que o SUS é estruturado nos seguintes princípios: universalização da assistência à saúde; integralidade de atenção; equidade; descentralização; regionalização; e hierarquização de serviços (NORONHA; MARTINI, 2017).

Na referida legislação, o Estado como garantidor da saúde está presente no artigo 2º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Diante do exposto, é dever do Estado cumprir, através do Sistema Único de Saúde, a implementação de políticas públicas, promover pleno gozo da saúde, com o objetivo de findar com as desigualdades no âmbito da saúde. Assim, “a partir do momento que o Estado se omite, este pode ser responsabilizado pela omissão de cumprir seu dever” (BRITO; AQUINO; FARIA, 2021, p.13).

No tocante as desigualdades e dificuldades encontradas ao acessar a saúde, os brasileiros têm optado por buscar a efetivação do direito através do meio judicial, sendo que, através disso surge o fenômeno denominado Judicialização da Saúde. (BRITO; AQUINO; FARIA, 2021)

3. Da judicialização da saúde

A judicialização da saúde é definida pelo Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) como o “fenômeno das ações judiciais contra o Sistema Único de Saúde (SUS) que demandam o fornecimento de tratamentos médicos com base no direito constitucional à saúde”. (CONASEMS, 2021).

3.1. Judicialização do Direito à Saúde no Brasil

No texto constitucional de 1988 foi conferido ao Poder Judiciário o direito de concretizar os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2011, p.9). Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2012), a judicialização do direito à saúde é definida como “Judicialização da Vida”, pois o Judiciário intervém na vida de todas as classes sociais por meio dos Juizados Especiais. (BARROSO, 2012, p.02).

A judicialização do direito à saúde no Brasil teve início em 1990, quando portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) pleitearam o fornecimento de medicamentos. A presente demanda ensejou a obrigação do Poder Público de fornecer os medicamentos para as pessoas portadoras do vírus. (CORREA; FARIAS, 2020, p.69)

O fenômeno da judicialização da saúde atua como meio pelo qual a população materializa o direito que lhe é devido, o qual deveria ser prestado pelos entes públicos, mas que por omissão ou ineficiência não são prestados de maneira efetiva. (FORUNATO; BOTELHO, 2021)

Esse protagonismo por parte do Poder Judiciário acarreta no chamado Ativismo Judicial que é definido pelo Ministro Barroso como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2009, p.14)

Desse modo, a judicialização do direito à saúde acontece quando assuntos de repercussão político e social, que deveriam ser decididos pelo Poder Executivo e Legislativo, passam a ser decididos pelo Poder Judiciário (LEAL; MAAS, 2020), tornando o magistrado importante ator para a resolução de conflitos morais e políticos, afetando decisões no sistema político (COSTA; MOTTA; ARAÚJO, 2017).

Logo, a judicialização da saúde está relacionada com a intervenção judicial na política, ao passo que as decisões acerca da saúde e de outros direitos sociais, se positivas aos autores, fazem como que o Poder Público cumpra com as decisões judiciais no prazo fixado pelo magistrado. Sendo assim, o Poder Público deixa de cumprir com seu planejamento financeiro para efetivar as decisões judiciais, tendo

em vista que essa possui natureza coercitiva, e caso não sejam cumpridas conforme estabelecido, pode resultar em multa. (FORTUNATO; BOTELHO, 2021)

Diante disso, observa-se que a judicialização da saúde se torna a alternativa mais efetiva, legítima e democrática para combater as desigualdades e a exclusão social, que a população dependente dos serviços de saúde tem encontrado para obter o acesso à saúde (BRITO; AQUINO; FARIA, 2021).

3.2. Princípio do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível

Como explanado anteriormente, o direito à saúde está intimamente ligado à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que obriga o Poder Público a concretizar condições mínimas de sobrevivência para a população, sendo definido pelos doutrinadores como Mínimo Existencial. (LOPES, 2021)

No entanto, o conceito de Mínimo Existencial é palco de divergências, pois este não está apenas relacionado a satisfação de condições básicas de um ser humano, o conceito vai além, abrangendo uma vida saudável e com dignidade. Isso significa dizer que não está somente amparado à sobrevivência humana, mas também a todo o desenvolvimento de personalidade de um ser humano, pois viver é mais do que somente sobreviver (WEBER, 2013). Nesse sentido entende Sarlet:

guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra, ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa. (SARLET, 2011, p.50)

Ainda, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu em seu artigo 11 uma ideia sobre o Mínimo Existencial:

Art. 11º Estados-membros do presente Pacto reconhecem o Direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim com ao uma melhoria contínua de suas condições de vida. (NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Destarte, o Mínimo Existencial está intimamente ligado aos direitos fundamentais como forma de representação do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o Mínimo Existencial busca a efetivação de uma vida

digna. O Mínimo Existencial, portanto, surge como uma salvaguarda dos direitos sociais, a fim de não permitir que seja realizada a restrição ou exclusão desses direitos. (LOPES, 2021, p.819)

Em contrapartida, “o princípio da Reserva do Possível passa a ser aderido pelos entes estatais para refutar os direitos fundamentais tendo em vista a escassez dos recursos para assegurar os direitos fundamentais” (DIAS, 2019, p.34).

A Reserva do Possível surge da necessidade de restringir a eficácia dos direitos fundamentais sob o argumento da escassez de recursos para efetivar os direitos fundamentais. Dentre os direitos fundamentais, o direito da saúde é um dos mais afetados, pois pressupõe o direito à vida, ocasionando a procura ao Poder Judiciário por parte do indivíduo que necessita da prestação jurisdicional. (LOPES, 2021)

Para Silva *et.al* (2019), é “justamente nessa zona dos direitos e garantias fundamentais que se deve buscar a satisfação do mínimo existencial. Sendo assim, o Estado não pode ficar inerte às suas obrigações, sob o escudo da reserva do possível” .

Desta forma, verifica-se que a concretização dos direitos fundamentais está condicionada a Reserva do Possível haja vista que o Poder Público elabora suas políticas públicas com base em seu planejamento orçamentário. Porém, a Reserva do Possível não pode ser impeditivo para consolidação de direitos fundamentais. Neste seguimento, “a posição adotada pelos doutrinadores e pelo Supremo Tribunal Federal é de que a Reserva do Possível não se opõe ao Mínimo Existencial”(LOPES, 2021, p. 824).

3.3. Judicialização da Saúde no contexto pandêmico

Antes do advento da pandemia de COVID-19, o Sistema Único de Saúde (SUS) se encontrava em situação precária com os serviços básicos para a população. “Os casos de maior complexidade não recebiam os devidos atendimentos, haja vista que o SUS estava operando bem abaixo da linha viável” (COSTA; MOURA, 2021). Situação que vinha acarretando o crescimento exponencial da judicialização do direito à saúde nos últimos anos no Brasil.

Segundo dados do painel interativo da Justiça em Números, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça acerca da temática saúde, a maior incidência de processos envolvendo saúde são julgados pela Justiça Estadual, a qual no ano de 2015 totalizou 322.395 (trezentos e vinte e dois mil, trezentos e noventa e cinco) novos casos e em 2018 um total de 326.397 (trezentos e vinte e seis mil, trezentos e noventa e sete). No ano de 2019 totalizou 427.633 (quatrocentos e vinte e sete mil, seiscentos e trinta e três) decisões. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021)

No Brasil, a pandemia de COVID-19 se instaurou em fevereiro de 2020. Sendo que no dia 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde expediu a Portaria nº 188, declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em virtude do Coronavírus. Em 26 de fevereiro de 2020, houve a confirmação do primeiro caso de COVID-19 no país, mais especificamente no Estado de São Paulo. (ALVES; RODRIGUES, 2020, p. 101-102)

Assim, a grave crise sanitária gerada pela COVID-19 tornou o cenário propício para a instauração de demandas judiciais, pleiteando direito à saúde e à vida (IRAILDES; SIMÕES; SOUZA, 2021). Para acompanhar a crescente demanda relacionada à saúde, o Supremo Tribunal Federal inaugurou a ferramenta “Painel de Ações Covid-19”, a qual monitora e informa em tempo real as demandas judiciais relacionadas à saúde, sendo possível vislumbrar o aumento acentuado quanto às ações de saúde (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

As demandas judiciais versavam sobre cuidados complexos e dos mais diversos tipos de tecnologias, tais como a falta de profissionais, de equipamentos de proteção individual (EPI) e de leitos de UTI para internação, demonstrando a calamidade dos serviços públicos (CARVALHO; SOUZA; VARELLA; SOUZA; FARIAS; SOARES, 2020).

As demandas que versavam sobre o acesso aos leitos de UTI apresentavam-se com maior incidência. “Em abril de 2020, a ocupação no Brasil dos leitos de UTI e respiradores já se apresentava em 80%-90%” (IRAILDES; SIMÕES; SOUZA, 2021, p. 08). “Isso porque, 5% das pessoas infectadas com o Coronavírus necessitavam de internação em Unidade de Terapia Intensiva (UTI)” (CONASS, CONASEMS, 2021) e conforme estudos realizados em março de 2020, os leitos de UTI fornecidos

pelo Sistema Único de Saúde não seriam suficientes para atender toda a população. (RACHE; ROCHA; NUNES; SPINDOLA; MALIK, MASSUDA, 2020).

Nesta toada, observa-se que o dever de prestação e promoção do Estado ao direito à saúde, de maneira universal e igualitária, ficou ainda mais deficitário tendo em vista questões relacionadas a orçamentos, falta de planejamento e corrupção, que de forma inoportuna tirou proveito do caos vivenciado pela saúde pública no Brasil. Com o intuito de garantir os direitos fundamentais, o Poder Judiciário foi atuante fazendo jus ao princípio da dignidade da pessoa humana frente à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, a desorganização e o déficit de planejamento (COSTA; MOURA, 2021, p.93-94). Entre as ações realizadas pelo Poder Judiciário é possível mencionar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 756³ julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual ordenou o Governo Federal a disponibilização de oxigênio e insumos para atender as demandas do Hospital no Amazonas, como também determinou a apresentação de alguma estratégia de controle e enfrentamento à pandemia frente a situação agravante vivida no Estado. (BRASIL, 2021).

Considerando os aspectos citados, se faz necessária a análise sobre a atuação do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde durante a pandemia de COVID-19, em especial quanto ao acesso e disponibilização dos leitos de UTI, uma vez que diante da superlotação das UTI's e a ausência de leitos, a população não via outra opção senão recorrer ao Poder Judiciário (IRAILDES; SIMÕES; SOUZA, 2021).

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 756**. O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprimindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional, nos termos do voto do Relator. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756. Partido Comunista do Brasil e outros versus Presidente da República. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 22 de março de 2021. Processo Eletrônico. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7998310/ADPF+756.pdf/034a88ba-469f-4df2-51ed-a647459aa214?t=1617764386744>. Acesso em: 03 out 2022.

4. Decisões do tribunal de justiça do estado do rio grande do sul para a obtenção de leitos de uti na pandemia de covid-19

A recente pandemia do novo Coronavírus foi conceituada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (WORLD WEALTH ORGANIZATION, 2020) como situação epidemiológica da doença causada pelo vírus denominado Coronavírus (Sars-CoV-2)⁴. No Brasil, a pandemia instaurada em fevereiro de 2020, tornou-se mais aguda em virtude da ausência de profissionais capacitados, equipamentos, leitos de unidade de terapia intensiva (UTI), dentre outros. Assim sendo, o Poder Judiciário passou a ser acionado por diversas ações judiciais referentes ao novo Coronavírus, como se passará a expor a seguir. (IRAILDES; SIMÕES; SOUZA, 2021).

4.1. Comentários sobre a excepcional pandemia de COVID-19 e as decisões judiciais envolvendo leitos de UTI.

Em 12 de maio de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a nota técnica nº 24, que dispunha sobre diretrizes de gestão e a necessidade da criação de um plano que controlasse leitos de UTI, bem como sua ocupação. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020)

A Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul disponibilizou o Painel Coronavírus, que possibilitou o controle de todos os dados relacionados ao vírus, inclusive quanto à ocupação dos leitos de UTI. Ainda, a Secretaria Estadual emitiu a Portaria 299/2020, em que ficou estabelecida uma regulamentação de acesso para Internações Hospitalares do SUS, a fim de atender pacientes que apresentavam Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG). (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

⁴O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos. BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é COVID-19? Saiba quais são as características gerais da doença causada pelo novo coronavírus, a Covid-19.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 15 maio 2022.

Neste contexto, no Rio Grande do Sul, região objeto do estudo, registrou em novembro de 2020 recorde de hospitalizações em UTI's por COVID-19 (FERRERIRA, 2020). Em dezembro de 2020, a capital do Estado apresentou-se colapsada, uma vez que a soma da ocupação dos leitos de UTI públicos e privados chegou a marca de 100% (GALZO, 2021). Dados do Enfrentamento da pandemia da Covid-19 revelaram que de abril de 2020 a janeiro de 2021, os casos envolvendo internações em leitos de UTI cresceram exponencialmente no Estado (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Sendo assim, foi realizada uma pesquisa qualitativa, no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, visando identificar a incidência de ações relacionadas à obtenção de leitos de UTI. A seleção das decisões consiste no período de 1º de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021, com a classe do CNJ Agravo de Instrumento e argumentos de pesquisa “Leitos de UTI” e “Tutela de Urgência⁵”. A pesquisa resultou em 07 demandas, em que se priorizou analisar as que tratavam sobre o acesso aos leitos de UTI relacionadas à COVID-19, identificadas em 03 demandas.

4.2. Decisões do TJRS envolvendo leitos de UTI durante a pandemia de COVID-19

A primeira decisão trata do Agravo de Instrumento nº 71010019792, (RIO GRANDE DO SUL, 2021) interposto pelo Município de Panambi contra a decisão do Juízo “*a quo*”, que deferiu a tutela de urgência para o fornecimento de leito de UTI.

Em suas alegações, aduz ser parte ilegítima na presente demanda tendo em vista que o Município é responsável apenas pela assistência básica de saúde. Atribuiu o dever de custear internações a União. Salientou a não comprovação da parte autora a ser submetida aos leitos disponibilizados pelo SUS. Informou que existem inúmeras pessoas aguardando a internação preferencial. Finalizou,

informando que o Estado e a União são os entes responsáveis pelo fornecimento dos leitos de UTI.

Na decisão, a Relatora Dra. Adriane de Mattos Figueiredo, não deu provimento ao recurso por entender que não há elementos que afastem a conclusão do Juízo “a quo”, pois estão presentes os pressupostos de admissibilidade do art. 300, caput, do Código de Processo Civil, mantendo a decisão liminar. Quanto ao pedido de ilegitimidade de ser parte, a Relatora asseverou que conforme a jurisprudência pacificada a efetivação do direito à saúde é solidária, devendo o Estado, nas três esferas de poder, prover as condições ao seu pleno exercício, através do Sistema Único de Saúde.

A segunda decisão a ser analisada trata-se do Agravo de Instrumento nº 50000609-53.2021.8.21.7000 (RIO GRANDE DO SUL, 2021), interposto pelo agravante Pedro Alves de Souza que pleiteava o benefício da gratuidade à justiça, bem como a necessidade de transferência para leito de UTI.

O Relator Dr. Newton Luis Medeiros Fabrício entendeu ser cabível a concessão do benefício da gratuidade à justiça, pois o autor estava impossibilitado de comprovar a sua hipossuficiência financeira, devido ao fato do autor estar internado. Em análise ao pedido da transferência hospitalar, considerou-se a situação de saúde em que se encontrava o paciente, bem como que o paciente já se encontrava internado no leito de UTI, manteve a medida liminar, provendo o recurso.

Por fim, a terceira decisão a ser analisada, é o Agravo de Instrumento nº 50499054420218217000, interposto por Mari Lene Adami Berneira, em face da decisão que indeferiu a tutela antecipada de urgência para a condenação do Estado do Rio Grande do Sul, que solicitava transferir a paciente para leito de UTI público ou privado ou ainda o bloqueio numerário nas contas dos requeridos. A Agravante alega ser pessoa acometida pelo Coronavírus, necessitando ser internada em leito de UTI. (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

O Relator Dr. Newton Luis Medeiros Fabrício, em suas razões recursais, reconheceu o direito à saúde e o dever do Estado em garantir esse direito. Contudo, fez menção ao período excepcional que o mundo vinha vivenciando. Nesse sentido, citou as medidas tomadas pelas autoridades para a contenção do vírus, dentre elas

a Portaria nº 299/2020 (RIO GRANDE DO SUL, 2020), expedida pelo Estado do Rio Grande do Sul, que regula as internações em Leitos de UTI, bem como a recomendação nº 66, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, para que os magistrados ao decidir sobre o mérito saúde, atentem as medidas adotadas pelos entes governamentais. Dito isso, o Relator asseverou que não pode o Poder Judiciário decidir quem será internado nos leitos de UTI, devendo aguardar o gerenciamento dos leitos proposto pelo Estado, desprovendo o recurso (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

4.3. Análise das decisões acerca da obtenção dos leitos de UTI

A partir deste momento passa-se, com base no exposto neste trabalho, a análise dos argumentos dos Desembargadores para a tomada de decisão nos casos apresentados acima, aos quais foram extraídos do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

Na primeira decisão, (RIO GRANDE DO SUL, 2021) a Desembargadora Relatora prezou por manter a decisão do Juízo de 1º grau que determinou a transferência do paciente, por entender estarem presentes os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, haja vista que há perigo de dano caso o paciente não fosse transferido para o leito de UTI, podendo resultar no óbito do autor. No tocante aos argumentos suscitados pelo Município sobre sua responsabilidade ao prestar o direito à saúde, a Desembargadora se valeu da jurisprudência já consolidada pelos Tribunais da responsabilidade solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que são responsáveis pela prestação da saúde, conforme Tema 793 do STF. No mais, negou o recurso e fez prevalecer o direito à saúde e o dever dos Entes Públicos (BRASIL, 2015).

Na segunda decisão, o Desembargador Relator manteve a liminar da transferência hospitalar, haja vista que o paciente já estava internado. Entretanto, destaca sua posição quanto à intervenção do Poder Judiciário nas transferências Hospitalares, vejamos:

(...) Apesar da minha posição quanto ao tema, no sentido de, considerando a situação excepcional de grave crise de saúde vivenciada em razão da

pandemia que acomete o Estado, priorizar os critérios técnicos previstos pelos gestores, não é possível desconsiderar que o paciente encontra-se, atualmente, internado em leito de UTI, conforme relatado pelo agravante na petição acostado ao Evento 16.(...) (RIO GRANDE DO SUL, 2021)

A terceira e última decisão, manifesta-se na mesma correte, pois o Desembargador Relator compreendeu que diante da situação caótica vivenciada, não compete ao Poder Judiciário intervir nas diretrizes de enfrentamento à doença, devendo este reconhecer a essencialidade das medidas adotadas pelos gestores. (RIO GRANDE DO SUL, 2021)

Dessa maneira, verifica-se que a segunda e a terceira decisão atrelam, de forma implícita, ao princípio da Reserva do Possível, que conforme mencionado por DIAS (2019), no segundo capítulo deste trabalho, é a escassez de recursos que no caso em tela, apresentam-se pela indisponibilidade dos leitos de UTI. Dessarte, as decisões prezaram por seguir as diretrizes estabelecidas pelos gestores de saúde visando não tornar o acesso desigual.

Diante disso, observa-se que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, quando acionado para dirimir assuntos relacionados aos leitos de UTI, optou por aplicar a jurisprudência quanto a responsabilidade solidária dos entes em garantir a saúde. Entretanto, quando o assunto é deferir liminar para a obtenção de leitos de UTI preferiu seguir os critérios estabelecidos pelos gestores de saúde.

3. Conclusão

O direito à saúde é consolidado como um direito fundamental. Entretanto, como se observou no primeiro capítulo, nem sempre foi assim, visto que poucas pessoas tinham acesso ao sistema de saúde. O ponto de partida para a consolidação do direito à saúde se deu com a Segunda Guerra Mundial, momento em que o direito à vida passou a ser valorizado.

Contudo, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 é considerada um marco importante no tocante à saúde, uma vez que foi a partir desta que a saúde se consagrou como direito social e universal.

Sendo um direito universal, cabe ao Estado o dever de promover e garantir acesso a todos os cidadãos, conforme dispõe o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que quando há a omissão ou ineficácia das prestações positivas, surge o fenômeno chamado Judicialização da saúde, o qual se intensificou nos últimos anos no Brasil, gerando cada vez mais a intervenção do Poder Judiciário nas demandas relativas à saúde.

Todavia, a intervenção do judiciário deve levar em consideração o contexto a qual está sendo vivenciado. No âmbito da recente pandemia, essa intervenção se torna ainda mais complexa, uma vez que não foi possível garantir de forma igualitária o acesso aos leitos de UTI a todas as pessoas.

A atuação do Poder Judiciário se deu de acordo com as possibilidades existentes, mantendo os pacientes que já estavam internados em leitos de UTI, impondo aos Entes Federativos a obrigação solidária no dever de prestar o direito à saúde e optando por seguir os critérios estabelecidos pelos gestores de saúde.

Diante disso, as decisões judiciais foram, cuidadosamente analisadas, pois se por um lado há o direito que disciplina acesso universal à saúde e o dever do Estado, de outro há o Estado que, em um cenário excepcional, não dispunha de meios para a consolidação desse direito, devendo ser ponderada a necessidade do indivíduo e a possibilidade do Estado. Assim sendo, não seria justo conceder leitos de UTI somente àqueles que, através de uma decisão judicial obteriam vaga em leitos de UTI, uma vez que existiam centenas de pessoas na fila de espera. Isso porque, nem todas as pessoas possuem acesso ao Poder Judiciário, seja por falta de informação, seja por falta de Defensorias Públicas na região que residem.

As decisões do judiciário do Estado do Rio Grande do Sul foram acertadas ao reconhecerem os critérios estabelecidos pelos gestores de saúde, visto que a interferência do Poder Judiciário nesta situação ocasionaria um colapso ainda maior no sistema de saúde, que já estava superlotado.

O tema do direito à saúde em situações de pandemia, portanto, é de difícil trato, estando longe de ser uma discussão simples e consensual, pois as questões relacionadas à saúde e a vida são extremamente delicadas. Porém, diante de um cenário excepcional, não pode o Poder Judiciário tomar decisões sem verificar o

contexto a qual se está inserido. Caso as decisões, que pleiteavam o deferimento de liminares para obtenção de leitos de UTI, fossem positivas, tornaria o acesso ao sistema de saúde ainda mais injusto e desigual.

Referências

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito, objetivo e diferença. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 78, p.22-31, maio de 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/159631/2019_alvarenga_rubia_direitos_humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 ago. 2022.
- ALVES, Sandra Mara Campos; RODRIGUES, Ana Paula Nogueira. Fila única para regulação de leitos de UTI: uma alternativa para a desjudicialização em tempos de crise sanitária. **Revista Direito Sanitário da Comissão de Saúde**, Brasília, nº1p.101-117, 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/documentos/REVISTA_DIREITO_SANITARIO_WEB.pdf. Acesso em: 31 out. 2022.
- BARCELLOS, Logan Calda. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas, Mundialização (substituída pela Revista de Direito Internacional)**. Brasília, v.8, n.1, p.2-43, 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/prisma/article/view/1222/1147>. Acesso em: 10 maio 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n.8. p.11-22, 2009. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 07 out. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, v.5, n.1, p.23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 maio 2022.
- BASTOS, Arthur de Souza; JÚNIOR, Ricardo Oliveira da Silva. A Evolução do Direito à saúde no Brasil. **Ordem dos Advogados do Brasil Goiás**, não paginado, Goiás [ano?]. Disponível em: <https://esa.oabgo.org.br/esa/arquivos/downloads/a-evolucao-do-direito-a-saude-no-brasil-614181119.pdf>. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL, [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL, [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL, [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL, [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 07 set 2022.
- BRASIL, [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 07 set. 2022.
- BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 maio 2022.
- BRASIL, **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e

- dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL, **Lei 13.105 de maio de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 out. 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é COVID-19? Saiba quais são as características gerais da doença causada pelo novo coronavírus, a Covid-19**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 15 maio 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 756**. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7998310/ADPF+756.pdf/034a88ba-469f-4df2-51ed-a647459aa214?t=1617764386744>. Acesso em: 03 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 793**. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal [2015]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 31 ago. 2022.
- BRITO, Larissa Souza; AQUINO, Rodrigo Pelet Nascimento; FARIA, Luíza Cristina de Castro. A Judicialização como via de acesso à saúde: A atuação da Defensoria Pública do Distrito Federal em busca de Leitos de UTI durante a pandemia de COVID-19. **Revista Projeção, Direito e Sociedade. Distrito Federal**, v.12, nº1, p.10-27, 2021. Disponível em: <https://revista.faculadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1721/1369>. Acesso em: 21 set. 2022.
- CARVALHO, Eloa Carneiro; SOUZA, Pedro Hugo Dantas de Oliveira; VARELLA, Thereza Christina Mó Mó Laoureito; SOUZA, Noema Valéria Dantas de Oliveira; FARIAS, Sheila Nascimento Pereira; SOARES, Samira Silva Santos. Pandemia da COVID-19 e a judicialização da saúde: estudo de caso explicativo. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. [S.I], p.02-09, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/Z9L5sggXdBpqM5bdcywg9xn/?lang=pt>. Acesso em: 03 out. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Judicialização e sociedade. Ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade-16072021.pdf. Acesso em: 04 out. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Nota técnica nº 24 de 12 de maio de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3315%2077%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20colhidas%20pelo%20setor%20de%20jornalismo%20do%20G1,%20dispon%C3%ADvel%20em:%20h>. Acesso em: 12 out. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação nº 66 de 13 de maio de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>. Acesso em: 25 out. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DAS SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE (CONASEMS). **Judicialização da saúde: como responder e prevenir**. [S.I] Volume 3, 2021, E-book. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Cartilha_3_PROVA-3-2.pdf. Acesso em: 18 maio 2022.
- CORREA, Arícia Fernandes; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Pandemia e Judicialização da crise: A necessidade de diálogo institucional e da observância da medicina baseada em evidências. **Revista da ESDM**, Porto Alegre n.12, v.6, p.67-83, 2020. Disponível em: <http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/148/114>. Acesso em: 03 out. 2022.
- COSTA, Elenild de Góes; MOURA, Josilne Botelho. Ativismo Judicial e Judicialização da Saúde: Impactos da pandemia de Covid-19 no judiciário brasileiro. **Revista Direito.UnB**, [S.I], v. 05, n.2, p. 93-122, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32174/29523>. Acesso em: 04 out. 2022.
- COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas. Direito e Mundo**

- Digital./S.I]**, v.7, n.3 p. 846-874, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso em: 20 set. 2022.
- DIAS, Sandra de Oliveira. **A judicialização da política pública: o direito de acesso a leitos em unidade de terapia intensiva em hospitais públicos de Goiânia – Goiás**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2995/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o_%20%20SA%20NDR%20DE%20OLIVEIRA%20DIAS_MESTRADO%20EM%20DIREITO_2019.pdf. Acesso em: 06 out. 2022.
- DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos Entes Federativos na área da saúde. **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1127/FEDERALISMO-SOLIDARIO-A-RESPONSABILIDADE-DOS-ENTES-FEDERATIVOS-NA-%C3%81REA-DA-SA%C3%9ADE.pdf>. Acesso em: 07 out. 2022.
- FERREIRA, Marcelo. Rio Grande do Sul tem recorde de hospitalizações por covid-19 em UTIs. **Brasil de Fato**. Porto Alegre, 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.brasildefatores.com.br/2020/11/25/rio-grande-do-sul-tem-recorde-de-hospitalizacoes-por-covid-19-em-utis>. Acesso em: 12 out. 2022.
- FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Descompasso na saúde pública: o acesso à justiça e a judicialização versus o direito à saúde na Constituição de 1988. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v.29, n.1, p.153-172, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/13837/8986>. Acesso em: 15 maio 2022.
- GALZO, Weslly. Com mais de 90% das UTIs ocupadas, nove capitais estão em colapso na saúde. **CNN Brasil**. São Paulo, 03 de março de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/nove-capitais-estao-em-colapso-na-saude-com-mais-de-90-das-utis-ocupadas/>. Acesso em: 12 out. 2022.
- IRAILDES, Juliano Andrade; SIMÕES, Aliana Ferreira de Souza; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Judicialização Da Saúde E Pandemia De Covid-19: Novos Desafios Para Os Sistemas De Saúde E De Justiça, **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v.21, p.1-25, 2021. DOI:<http://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2021.170717>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/170717/181060>. Acesso em: 17 maio 2022.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da Saúde e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Entre informação e participação**. 1º edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Direito, 2020.
- LOPES, Mariana Pereira. Direitos Fundamentais Sociais Frente Aos Princípios Da Reserva Do Possível E Do Mínimo Existencial, No Atual Estado Democrático De Direito. **Revista Processus Multidisciplinar**. Distrito Federal, v.II, n.4, jul-dez, p.815-832, 2021. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/524/595>. Acesso em: 21 set. 2022.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **8º Conferência Nacional da Saúde**. Relatório Final. Brasília, 1986. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional das Secretarias de Saúde (CONASS). Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS). **COVID-19 guia para o enfrentamento da pandemia na Rede de atenção à saúde**. 4º Edição. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Covid-19_guia_orientador_4ed.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Brasília, 2022 Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus-estrutura-principios-e-como-funciona>. Acesso em: 31 ago. 2022.
- MOREIRA, Rafael da Silveira; SANTOS, Lucas Fernando Rodrigues dos; SOUSA, Marcos Henrique Oliveira. Organização Mundial da Saúde, origem, políticas, percurso histórico e ações frente a pandemia de COVID-19. **Revista de cultura**, Recife, v. 37, n. 1 e 2, p.112-135, dez, 2020. Disponível em: <https://www.cpqam.fiocruz.br/uploads/Arquivos/eebeeaf9-828f-4e3a-9202-bdcc7794fdb.pdf>. Acesso: 02 ago. 2022.
- MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, p.01-09, jul.2013. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/O%20direi>

to%20C3%A0%20sa%C3%BAde%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988%20-%20Constitucional%20-%20C3%82mbito%20Jur%C3%ADdico.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 16 ago. 2022.

NAÇÕES UNIDAS, Assembléia Geral. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

NORONHA, Pâmela da Costa. MARTINI, Sandra Regina. O direito à saúde à luz da legislação brasileira e a efetividade da implementação da cobertura universal de saúde no Brasil. **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS**. Porto Alegre, 2017. Volume especial, n. 36, p. 126-146. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/73391/44455>. Acesso em: 07 out. 2022.

RACHE, Beatriz; ROCHA, Rudi; NUNES, Letícia; SPINOLA, Paula; MALIK, Ana Maria; MASSUDA, Adriano. Necessidades de infraestrutura do SUS em preparação para COVID-19: leitos de UTI, respiradores e ocupação hospitalar. **Nota Técnica n. 3**. Instituto de Estudos para Políticas de Saúde; p. 1-5. São Paulo 2020. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2020/03/IEPS-NT3.pdf>. Acesso em: 17 maio 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Modelo de distanciamento controlado Rio Grande do Sul**. Enfrentamento da pandemia de COVID-19. Rio Grande do Sul, 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/upload/arquivos/live-pandemia-280121.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. **Painel Coronavírus RS**. Rio Grande do Sul, [2020?]. Disponível em: <https://ti.saude.rs.gov.br/covid19/>. Acesso em: 12 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual de Saúde. **Portaria nº 299 de 10 de agosto de 2020**. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/202008/18145031-portaria-ses-299-2020-e-suas-atualizacoes.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 71010019792**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?tipoConsulta=por_processo&return=proc&client=wp_index&combo_comarca=710&comarca=&numero_processo=71010019792&numero_processo_mobile=71010019792&CNJ=N&uf_OAB=&OAB=&nome_parte=. Acesso em: 25 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 5000609-53.2021.8.21.7000**. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/resumo?numeroProcesso=50006095320218217000&codComarca=700>. Acesso em: 26 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 50499054420218217000**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50499054420218217000&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 25 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Nona edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. E-book (não paginado) Disponível em: http://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo_W._Sarlet_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Direitos_Fundamentais.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.11, p. 1-17, 2007. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. Acesso em: 18 maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2018.

- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: Principais aspectos e problemas**. Temas aprofundados da Defensoria Pública. Editora Jus PODVIM, 2014. E-book Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11336/2/O_direito_fundamental_a_protecao_e_promocao_da_saude_no_Brasil_Principais_aspectos_e_problemas.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.
- Silva, T. H. C., Jordão, L. R., & Carvalho, J. (2020). Judicialização de Políticas Públicas e a Concretização de Direitos Fundamentais: a Questão da Separação de Poderes. *Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia*, 47(2). <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v47n2a2019-48091>. Acesso em: 08 ago.2023.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. E-book. Disponível em: https://www.academia.edu/37058652/Curso_de_Direito_Constitucional_Positivo_Jose_Afonso_da_Silva. Acesso em: 20 ago. 2022.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Michele Emanuella de Asiss, Direito À Saúde: Evolução Histórica, Atuação Estatal E Aplicação Da Teoria De Karl Popper. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. São Paulo, v. 33, n. 4, p. 04-22, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251/8480>. Acesso em: 05 ago. 2022.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **O Pannel de Ações Covid-19, página no site do Supremo Tribunal Federal (STF) onde é possível acompanhar dados atualizados sobre todos os processos em curso relacionados à pandemia**. Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verniciadetalhe.asp?idconteudo=447383&ori=1>. Acesso em: 17 out. 2020.
- WEBER, Thadeu. A ideia de um mínimo existencial de “J Rawls”. **SciELO**, Brasil, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/9Xm9v9snhPspZRxqV6LtP5F/?lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2022.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**, 1948. Disponível em: <https://www.who.int/about/governance/constitution#:~:text=Health%20is%20a%20state%20of,belief%2C%20economic%20or%20social%20condition>. Acesso em: 25 ago. 2022.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (OMS). **CoronavírusDisease (COVID-19)**. 2020. Disponível em: https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_3. Acesso em: 25 maio 2022.
- WUNSCH, Marina Sanches. O processo de formação do Direito Internacional dos Direito Humanos e o Reconhecimento do Direito à saúde. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas (RECSA)**. Garibaldi, RS, V.8, n. 2, p. 84-104, julho/dez 2018. Disponível em: <http://187.103.250.244/index.php/revista/article/view/122/116>. Acesso em: 28 jul. 2022.

Artigo recebido em: 13/02/2023.

Aceito para publicação em: 14/08/2023.

Direitos Fundamentais como expressão da manifestação do capitalismo: a COVID-19 e a potência de reampliação do estado

Los derechos fundamentales como expresión de la manifestación del capitalismo: el COVID-19 y el poder de reaplicación del Estado

Clara Skarlleth Lopes de Araujo¹
Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho²

Resumo: Diante da conjuntura atual de disseminação da COVID-19, ressurge a temática acerca dos direitos fundamentais como expressão do capitalismo. A partir disso, o presente estudo propõe-se a desenvolver a problemática sobre a necessidade de reampliação do Estado, no sentido de verdadeiramente concretizar tais direitos. O estudo apresentará, em um primeiro momento, os elementos dos direitos fundamentais e as sua história de concretização, a qual se dará a partir da análise de suas dimensões. Para finalizar a primeira seção de análise, apresentar-se-á uma crítica à visão dominante de direitos fundamentais, no sentido de demonstrar que tal categoria está amplamente relacionados à forma de reprodução do modo de produção capitalista. Em um segundo momento, far-se-á uma abordagem mais detida da conjuntura atual, marcada pela disseminação do vírus da COVID-19 e pela crise econômica e política, demonstrando uma necessidade de reampliação da atuação estatal. Essa atuação do Estado deve ser dissociada das amarras do capitalismo e das políticas neoliberais e direcionar-se à garantir direitos básicos aos indivíduos, cujas características comuns os particularizam, demonstrando quais são os corpos que estão morrendo nesse contexto de pandemia. Para desenvolver o tema, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem e como métodos de procedimento, o histórico e o comparativo. A pesquisa será de natureza teórica; do ponto de vista dos objetivos, será de cunho exploratório e relativamente aos procedimentos técnicos, será bibliográfica (teórica). Quanto à forma de abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Capitalismo. Neoliberalismo. COVID-19.

Resumen: En vista de la situación actual de la difusión de COVID-19, el tema sobre los derechos fundamentales reaparece como una expresión del capitalismo. En base a esto, el presente estudio propone desarrollar el

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. E-mail: claraskarlleth@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4328-3293>. Telefone: (88) 993627643

² Professor Mestre em Dedicação exclusiva do Departamento de Direito na Universidade Regional do Cariri (URCA) – E-mail: djamiro.acipreste@urca.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4559-1126>. Telefone: (84) 99977-8492

problema de la necesidad de que el Estado se amplifique de nuevo, em el sentido de hacer realidade esos derechos. El estudio presentará, en primer lugar, los elementos de los derechos fundamentales y su historia de implementación, que tendrá lugar a partir del análisis de sus dimensiones. Para concluir la primera sesión de análisis, se presentará una crítica de la visión dominante de los derechos fundamentales, em el sentido de demostrar que esta categoría está em gran medida relacionada com la forma de reproducción del modo de producción capitalista. En un segundo momento, se hará um acercamiento a la situación actual, marcada por la propagación del virus de COVID-19 y por la crisis económica y política, demostrando la necesidad de reactivar la acción estatal. Esta acción estatal debe estar dissociada de los lazos del capitalismo y las políticas neoliberales y tiene como objetivo garantizar los derechos básicos de las personas, cuyas características comunes los particularizan, demostrando qué cuerpos están muriendo em este contexto de pandemia. Para desarrollar el tema, se utilizará el método deductivo de enfoque y como método de procedimiento, el histórico y comparativo. La investigación será de carácter teórico y, desde el punto de vista de los objetivos, será de carácter exploratorio y en relación con los procedimientos técnicos, será bibliográfica (teórica). En cuanto a la forma de abordar el problema, la investigación será cualitativa.

Palabras-Clave: Derechos Fundamentales. Capitalismo. Neoliberalismo. COVID-19.

1. Introdução

O estudo dos direitos fundamentais é tema constante nos debates jurídicos, principalmente, pela relevância e expressividade de sua carga valorativa. Esses direitos, em uma concepção limitada, são identificados como o meio de limitação do poder do Estado e concretizam-se, principalmente, a partir de sua positivação em diversos documentos.

Em relação à história de concretização desses direitos, essa pode ser expressada através da análise de suas dimensões, as quais refletem períodos de ampliação no rol desses direitos e demonstram que, para além de garantias básicas e essenciais dos indivíduos frente ao poder estatal, esses direitos constituem um meio de legitimar a reprodução capitalista.

Assim, diante da conjuntura atual de disseminação da COVID-19, ressurge a temática acerca dos direitos fundamentais como expressão do capitalismo. A partir disso, o presente estudo propõe-se a desenvolver a problemática sobre a necessidade de reampliação do Estado, no sentido de verdadeiramente concretizar tais direitos.

O estudo apresentará, em um primeiro momento, os elementos dos direitos fundamentais e a sua história de concretização, a qual se dará a partir da análise de suas dimensões, oportunidade em que serão destacadas as três primeiras dimensões e a forma como se deu a ampliação do rol dos direitos. Para finalizar a primeira seção de análise, apresentar-se-á uma crítica à visão dominante de direitos fundamentais, no sentido de demonstrar que tal categoria está amplamente relacionados à forma de reprodução do modo de produção capitalista.

Em continuidade, em um segundo momento, far-se-á uma abordagem da conjuntura atual, marcada pela disseminação do vírus da COVID-19 e pela crise econômica e política que se desenvolve, demonstrando uma necessidade de reampliação da atuação estatal. Essa atuação do Estado deve ser dissociada das amarras do capitalismo, visto que, com a adoção do modelo neoliberal, desaparece a concepção de Estado intervencionista e ascende uma concepção de Estado totalmente inserido em uma lógica de mercado.

Para tanto desenvolver o tema, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem, no sentido de estabelecer uma reflexão crítica que parte de uma cadeia de raciocínio descendente, a qual se desenvolve a partir da análise de uma premissa mais ampla para a análise de uma premissa mais específica, até chegar a uma conclusão. Assim, através desse método, buscar-se-á uma interpretação abrangente da realidade investigada. Como métodos de procedimentos, valer-se-á do histórico e do comparativo.

A pesquisa, por sua vez, será de natureza teórica e, do ponto de vista dos objetivos, será de cunho exploratório, eis que buscará proporcionar mais informações sobre a questão proposta dentro do recorte conceitual estabelecido. Relativamente aos procedimentos técnicos, a pesquisa será tanto bibliográfica (teórica), sendo elaborada a partir de materiais publicados, tomando por principais fontes livros, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos, jornais, teses, dissertações, documentários e internet, quanto documental, pautando-se por fontes de primeira e segunda mão. Quanto à forma de abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa.

Por fim, destaca-se a relevância do estudo proposto, uma vez que se dispõe a realizar uma análise crítica acerca das dimensões dos direitos fundamentais,

ênfatizando o cenário da pandemia da Covid-19 e a necessária reampliação do Estado diante desse cenário.

2. Compreensão conceitual e histórica dos Direitos fundamentais e suas dimensões

A compreensão acerca dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela sua conceituação e pela análise dos seus períodos histórico de concretização. Nesse sentido, importante iniciar com uma diferenciação terminológica essencial entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais.

Materialmente, não há diferenças substanciais entre as expressões, uma vez que o conteúdo principal lhes é comum e orbita, principalmente, em torno da proteção e garantia da dignidade da pessoa humana. A diferença entre os termos reside mais em um aspecto espacial, haja vista que os direitos humanos são compreendidos como o conjunto de valores e direitos positivados e reconhecidos no âmbito internacional e os direitos fundamentais caracterizam-se também como o conjunto de valores e direitos que visam a proteção da dignidade da pessoa humana, mas que, em contrapartida, encontram-se positivados e reconhecidos nos ordenamentos jurídicos internos de cada um dos países.³

No tocante à análise do aspecto histórico, a posituação desses direitos cumpriu um papel importante e decisivo pois, tanto em âmbito interno como em âmbito internacional, eles passaram a ganhar muita relevância. Passou-se, portanto, de um período de total inexistência no plano teórico para um grande conteúdo de carga normativa.

Outro aspecto que merece destaque ao se falar em base histórica e conceitual dos direitos fundamentais é a análise dos seus elementos, quais sejam: o Estado, o indivíduo e o liame entre os dois, pois não há como falar em direitos fundamentais sem tratar dessas duas condições essenciais. Sobre essa relação, já tivemos a oportunidade de nos expressar nos seguintes termos

Sem a existência do Estado, os direitos em questão não teriam razão de ser, pois careceriam de relevância prática, uma vez que surgem com a

³ Para fins do presente estudo, optou-se pelo uso do termo “direitos fundamentais” pela maior adequação com o objetivo da análise.

finalidade precípua de impor limitações à atuação do próprio Estado, em benefício dos sujeitos a ele ligados. Além disso, quando se nota que o Estado surge como um meio necessário para sustentar o sistema de dominação desenvolvido com o surgimento do complexo de apropriação privada, é necessário dar ao indivíduo direitos individuais que possibilitem o seu reconhecimento não mais como um ser coletivo, mas, sobretudo, como um ser autônomo e independente.

O indivíduo atua, portanto, como sujeito principal, na medida em que necessita ter condições básicas para se desenvolver. Já a garantia de seus direitos fundamentais pelo ente Estatal, exterioriza-se justamente através da implementação de um texto normativo regulador, constituindo o liame entre a atuação estatal e os indivíduos. (ARAUJO, 2019, 238-239)

Em posse dessas considerações, os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em sua obra “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, apresentam um conceito de direitos fundamentais na qual esses direitos vêm delimitados como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 41).

Assim, nota-se que o Estado e os indivíduos compreendem os elementos centrais dentro da conceituação dos direitos fundamentais justamente porque a razão de existência desses direitos é a busca pela limitação do poder estatal em benefício dos direitos dos indivíduos.

No entanto, além dessa relação de limitação do poder estatal, há também, dentro da compreensão de direitos fundamentais, a necessidade de estabelecer uma relação de igualdade entre os indivíduo que, nas palavras de Fábio Konder Comparato, compreendem:

A revelação de que todos os seres humanos, apesar de inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito [...]. É o reconhecimento universal de que nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2008, p. 01)

Feitas essas considerações iniciais, faz-se necessário entender como se deu o desenvolvimento histórico desses direitos, destacando que o processo se deu através de lutas e mudanças paulatinas marcadas por aspectos políticos, econômicos e jurídicos. Esse processo de conquistas paulatinas pode ser perfeitamente compreendido a partir do estudo das dimensões dos direitos fundamentais, que compreendem momentos sucessivos de reconhecimento dos direitos aos indivíduos e do estudo da relação de interação entre o ente estatal e os indivíduos sujeitos de direitos.

2.1. O Estado Liberal e a Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais

Como já foi exposto, a história de concretização dos direitos fundamentais foi, e continua sendo, marcada pela progressiva recepção de direitos. Em um primeiro momento, essa conquista de direitos, liberdades e garantias constituiu apenas um esboço daquilo que viria a ser positivado posteriormente e, nesse sentido, alguns documentos foram importantes para constituir essa base.

O primeiro deles foi a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, que estabeleceu, pela primeira vez, ainda no período da Idade Média, a limitação dos poderes do rei em favor dos interesses dos barões e bispos ingleses. Apesar de ser uma espécie de acordo entre o rei e a nobreza e o clero da época, a *Magna Charta* possui importância pelo fato de trazer algum tipo de limitação, mesmo que não tão significativa, aos poderes do rei e contribuir para o fim do regime feudal, mesmo que a longo prazo.

As Declarações Inglesas do século XVII também foram importantes porque estabeleceram de forma expressa diversos direitos aos cidadãos ingleses e influenciaram diretamente a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América. No tocante à Declaração de Independência, Comparato assevera que “é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade soberana popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. (COMPARATO, 2008, p. 115).

Mas, dentre os documentos, merece destaque a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, o primeiro texto da modernidade a positivar os direitos fundamentais. O texto trazia em seu bojo a base de alguns direitos individuais, com a finalidade de limitar o poder do rei e proteger os indivíduos contra as suas arbitrariedades, refletindo o momento de superação do Antigo Regime e possibilitando a estruturação de um novo modelo, qual seja, o liberal.

Em continuidade, no dia 17 de setembro de 1787, a Constituição dos Estados Unidos foi aprovada, tendo como um dos elementos essenciais de seu texto uma carta que tinha como objetivo garantir os direitos fundamentais do homem, dando origem ao que constitui o *Bill of Rights*, em que foram assegurados direitos como a liberdade de crença, de imprensa, de reunião, bem como o direito à inviolabilidade da pessoa e de sua casa e o direito de defesa.

Tais direitos também foram amplamente reconhecidos na França, em sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 26 de agosto de 1789 e fruto da Revolução Francesa. No presente documento havia disposições acerca dos direitos individuais de liberdade (em suas diversas concepções), igualdade, propriedade e garantias penais, que serviam como base para a instauração da ordem burguesa surgida com a derrocada do Antigo Regime.

Esses direitos de liberdade, igualdade e defesa da propriedade privada são, portanto, reflexo das concepções de um Estado Liberal, imbuído nos moldes de um sistema capitalista, que tinha como objetivo principal estabelecer meios de limitar os poderes estatais.

Frisa-se que o movimento liberal partia de duas bases fundamentais, a primeira constituía um ideal de que todos os homens eram iguais (ideia limitada, porque só considerava a parcela dos homens “civilizados”) e a segunda era a ideia de que a sociedade deveria perseguir uma “bem comum”. Com base em tais ideais, nasce a base do que se denomina de primeira dimensão dos direitos fundamentais. Nessa dimensão estão compreendidos aqueles direitos oponíveis ao Estado, traduzidos como faculdades ou atributos do indivíduo.

Assim, em síntese, os direitos de primeira dimensão compreendem as liberdades individuais - direitos civis e políticos - que aparecem como as primeiras a serem asseguradas pelo Estado, tendo como característica essencial o seu caráter negativo ou de *non facere*, que se manifesta através de um dever imposto ao Estado de não intervir na esfera individual. Tais direitos são reconhecidos, portanto, pelo seu caráter de resistência ou de defesa, caso o Estado venha a intervir na esfera dos direitos dos indivíduos.

Logicamente, os direitos de primeira dimensão, baseados nas ideias liberais, eram restritos a apenas uma pequena parcela da sociedade, que era justamente a

burguesia detentora do capital. José Afonso da Silva resume bem esse caráter da primeira dimensão dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí porque as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como *liberdades-resistência* ou como meio de limitar o poder, que, então, era absoluto. (SILVA, 2005, p. 159)

Observa-se, portanto, que a garantia de liberdades individuais e de direitos civis e políticos como direitos fundamentais dos indivíduos constituiu um avanço significativo, principalmente sob o ponto de vista formal, apesar dos interesses variados que os patrocinaram. No entanto, conforme dispõe José Afonso da Silva:

O desenvolvimento industrial e a consequente formação de uma classe operária logo demonstram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas *liberdades formais*, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições *materiais* para exercê-las. (SILVA, 2005, p. 159)

Com isso, tornou-se clara a necessidade de concretizar os direitos de primeira dimensão e, ao mesmo tempo, avançar no sentido de ultrapassar a concepção limitada compreendida apenas pela individualidade, e defender a ampliação da sua esfera de direitos. Os direitos civis e políticos não eram mais suficientes para representar a complexidade da realidade social.

2.2. O *Welfare State* e a Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais: A necessidade de ampliação do Estado

Apesar de parecer contraditório, o *Welfare State* – ou Estado de Bem-Estar Social - é resultado direto do modelo liberal e do modo de produção capitalista. Isso ocorre, principalmente, porque a acumulação do capital e as contradições daí decorrentes são responsáveis por reforçar a necessidade de uma reforma social, com uma nova ampliação dos direitos.

Isso pode ser melhor compreendido quando leva-se em consideração que o sistema capitalista investe diretamente em uma lógica de busca pela acumulação privada do capital e utiliza-se dos mais variados meios para concluir esse intento.

Todavia, para que isso ocorra, o sistema deve também desenvolver meios para que ocorra uma certa harmonia entre os distintos polos da sociedade, caso contrário, perderia sua legitimidade. Assim, o sistema capitalista, para se manter firme no seu propósito de acumulação de capital, compreendeu que há, portanto, a necessidade de destinar uma parcela, mesmo que mínima, de retorno à sociedade para manter a sua legitimidade.

Nesse sentido, observa-se que o desenvolvimento do processo de industrialização inseriu na sociedade uma complexa divisão social do trabalho e essa nova demanda impulsionou a criação desses programas de *Welfare State*. Esses novos programas surgem como uma resposta por parte do modo de produção capitalista frente às necessidades individuais e sociais que poderiam constituir ameaças ao seu avanço.

O *Welfare State* constitui, portanto, uma resposta estatal sob a forma de políticas sociais em face das necessidades geradas no e pelo processo de acumulação privada característico do modo de produção capitalista. Essa resposta estatal objetiva, antes de tudo, a reprodução do próprio sistema.

A origem e o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social fazem parte de um processo mais amplo de progresso da própria ordem social. Vale destacar que o cenário pós-guerra foi fundamental para acelerar a evolução desse processo, principalmente porque após esse evento surgiram amplas desigualdades sociais e um fervoroso sentimento de solidariedade nacional, essenciais ao desenvolvimentos dessa forma de Estado.

Nesse período pós Primeira Guerra Mundial, o *Welfare State* desenvolveu-se pela relação de coincidência entre o capital e o trabalho. Mesmo que justificadas por razões distintas, a classe dos detentores do capital e a classe trabalhadora viam seus interesses manifestados nessa política; os capitalistas conseguiam reduzir o descontentamento da classe trabalhadora que, por sua vez, conseguia adquirir benefícios, ainda que mínimos, nos campos social e econômico.

Assim, pode-se afirmar que o fenômeno é intrínseco ao modo de produção capitalista, posto que nasce pela necessidade de preservar a dinâmica de acumulação capitalista. Porém, não se pode negar que a implementação desses

programas sociais também foram resultado de pressões por parte da classe trabalhadora organizada.

Nesse contexto, era necessário desenvolver um Estado com características intervencionistas que, como primeira medida direta impulsionou a ampliação do rol de direitos fundamentais nos textos de alguns documentos. Esses documentos foram importantes no sentido de expressar a luta entre as classes antagônicas da época pela necessidade de ampliação do Estado.

Dentre tais documentos a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Oprimido, fruto da Revolução Russa, foi um texto que trouxe ideias introdutórias que findaram por ser utilizadas no texto da Constituição Soviética de 1918. Em síntese, esse texto tinha como função principal garantir a liberdade do homem frente a qualquer forma de opressão, seja vinda do Estado, seja vinda de outros indivíduos.

Já a Constituição do México, de 1917, é inovadora pois foi a primeira a sistematizar direitos sociais em seu texto, trazendo disposições inéditas sobre o trabalho e a previdência social, por exemplo. Comparato (2008) destaca justamente esse aspecto pioneiro da Constituição Mexicana de ter sido a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos.

Contudo, a crítica que se faz a esse texto é que, apesar de ampliar o rol dos direitos fundamentais, não impôs nenhum tipo de rompimento com o regime capitalista, principal violador desses direitos.

A Constituição Mexicana de 1917 desempenhou, portanto, um papel precursor na inserção dos direitos sociais no rol de direitos fundamentais, mas foi a Constituição alemã de 1919 – Constituição de Weimar – que apresentou de forma consistente no âmbito jurídico e político os direitos sociais. Para uma melhor compreensão, Comparato estabelece que “o Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição Mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser tomada em vários países após o trágico interregno nazifascista e a Segunda Guerra Mundial.” (COMPARATO, 2008, p. 189)

Essa onda de ampliação dos direitos fundamentais e a consequente necessidade de ampliação do Estado também puderam ser observadas no Brasil. A Constituição brasileira de 1934, amplamente influenciada pela Constituição de Weimar, introduziu, ao lado da clássica garantia aos direitos individuais, um título específico sobre a ordem econômica e social, sobre a família, a educação e a cultura.

Conforme exposto, para acompanhar a dilação no conceito de direitos fundamentais, o Estado precisa agir de forma mais intervencionista e ampliar o seu leque de atuação. Esse aspecto marca a passagem para a segunda dimensão dos direitos fundamentais, delineada pelo seu *status* positivo ou de *facere*. Nesse contexto, diante da natureza prestacional dos direitos sociais, o Estado necessitaria assumir uma posição de ação, buscando a realização e a implementação desses direitos sociais, a partir da implementação de políticas públicas específicas que atendessem às mais diversas áreas.

Frisa-se que esses direitos sociais, em sua grande maioria, também foram concretizados apenas no âmbito formal, sendo que a impossibilidade de concretização desses direitos fez com que eles fossem remetidos a uma esfera programática.

Aqui um parêntese merece ser aberto para destacar que esse caráter programático acompanhava as normas que tratavam sobre justiça social e sobre a concretização de uma sociedade realmente livre e justa há muito tempo. Esse era o principal ataque feito pelos socialistas às ideias liberais e ao sistema capitalista.

Cabe destacar também que essa realidade de falta de concretização dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão, encontra-se presente até os dias atuais. Coincidência ou não, o texto da Constituição Federal de 1988, estabelece que os direitos sociais básicos e essenciais são normas constitucionais de eficácia limitada, portanto, são direitos que dependem de uma regulamentação posterior que nunca se efetiva. Isso faz com que os direitos de segunda dimensão, quase que em sua totalidade, sejam normas programáticas que nunca “saem do papel”.

2.3. A Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais e o pacto civilizatório pela dignidade da pessoa humana

Em continuidade, a terceira dimensão dos direitos fundamentais surge no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial, marcada por um caráter internacional humanitário, especialmente para melhor proteger os indivíduos após esse contexto de amplas violações de direitos, além de muitos mortos, feridos e desaparecidos. Ademais, diante das atrocidades ocorridas nos campos de concentrações alemães e das desumanidades do holocausto, manifestaram uma ampliação da ideia de direitos do indivíduo, passando a considerar e valorizar a sua essência enquanto ser humano.

Como enfrentamento a essas atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra, foi aprovada, em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual retomou os ideais da Revolução Francesa e afirmou, em âmbito universal, os valores da igualdade, da liberdade e da fraternidade.

Além desses valores, a Declaração também impôs uma espécie de pacto civilizatório pela dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de valor básico e direcionador da concepção de direitos humanos (âmbito internacional) e direitos fundamentais (âmbito nacional). Nesse perspectiva, dispõe Alarcón:

A aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas. (ALARCÓN, 2004, p. 81)

Além disso, os direitos de terceira dimensão ao retomarem o terceiro lema da Revolução Industrial, qual seja, a fraternidade, incorporam ao rol já existente direitos relacionados à proteção de interesses coletivos e difusos, dentre os quais destacam-se, o patrimônio histórico, o meio ambiente, o direito à comunicação e à paz.

2.4. Crítica à concepção dominante de Direitos Fundamentais

Após o estudo dos períodos históricos de concretização dos direitos fundamentais, é possível notar que, em diversos aspectos, eles são rodeados de contradições. Como visto, os direitos fundamentais, apesar de formalmente positivados, no âmbito de concretização, em grande parte, não se efetivam.

Essa realidade contraditória era esperada, uma vez que os direitos fundamentais, assim como outras categorias políticas e jurídicas, estão compreendidos em contextos amplamente variados e marcados por relações antagônicas e conflituosas. Quando trata-se, especificamente dessa categoria, a disputa entre os polos antagônicos fica ainda mais em evidência, uma vez que reflete diretamente as bases de um sistema posto.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais são, para além de garantias básicas e essenciais dos indivíduos frente ao poder estatal, um meio de legitimar a reprodução capitalista. Esses direitos, muitas vezes, são utilizados como “bandeiras” para a implementação de políticas e ações que, na verdade, confrontam frontalmente a sua concepção material. Assim, “a defesa dos direitos humanos na sociabilidade contraditória capitalista é, exatamente e ao mesmo tempo, de algum modo sua negação.” (MASCARO, 2017, P. 111)

Seguindo essa lógica, é importante destacar que para que essa legitimação capitalista se concretize e se reproduza, é fundamental a relação entre modo de produção capitalista, o Estado e o Direito. Essa relação é marcada por uma correlação mútua e benéfica para todos, pois o Estado é fundamental para a garantia da propriedade privada e o Direito oferece as bases jurídicas para legitimar e legalizar o sistema.

Portanto, há uma íntima relação entre a afirmação dos direitos fundamentais e o capitalismo. Esses direitos não surgiram como verdadeiro reconhecimento de que os indivíduos necessitavam de garantias mínimas nem como um ato de bondade e respeito por parte dos detentores de poder; esses direitos são, em verdade, concessões advindas de um processo de embate e contestação que,

diante da possibilidade de perda de legitimidade, foram cedidas pelos detentores do poder.

Seguindo essa perspectiva, dispõe Cunha que

Os direitos humanos, no modo como estão disponíveis, tanto na forma jurídica quanto convertidos em técnicas, não põe qualquer negação dos traços decisivos da produção capitalista. Na verdade, como vimos, tais direitos os pressupõem existentes e visam preservá-los. No máximo, estabelecem alguns limites, como resultado da luta de classes e que variam segundo as circunstâncias econômicas e políticas, à prática de comando da força de trabalho pelo capital. Mas esse movimento como se mostra em seu resultado não revela o processo histórico de sua constituição. (CUNHA, 2017, p. 684)

Nesse sentido, uma análise crítica sobre os documentos clássicos de direitos fundamentais permite a constatação de que esses direitos que são garantidos são específicos e possuem sujeitos determinados. Portanto, a visão de universalidade que foi atribuída a esses direitos é uma falácia que busca iludir os indivíduos subalternizados, fazendo-os acreditar, verdadeiramente, que as elites preocupam-se com suas vidas e com suas demandas.

Diante de todo o exposto, é importante o desenvolvimento desse olhar crítico acerca da visão dominante dos direitos fundamentais. Essa visão majoritária veste-se de uma roupagem romântica que não expressa de forma fiel a verdadeira história e o verdadeiro conteúdo desses direitos.

3. Crise capitalista e a potência de reampliação do Estado

Como visto, ao término da Segunda Guerra Mundial, o capitalismo se desenvolvia de forma contínua, aliando o seu processo característico de acumulação privada às concessões por meios de políticas de intervenção estatal. A concepção de *Welfare State* ainda continuava vigente e atendendo aos interesses postos.

No entanto, essas ideias de intervencionismo e ampliação da atuação estatal findaram por manifestar posições contraditórias a seu respeito. Por um lado, os defensores dessas ideias utilizaram argumentos de que a falta de atuação estatal e a livre manifestação do mercado poderiam levar a um cenário de ampliação de desigualdades sociais e de aumento do desemprego e da miséria por um tempo indeterminado e que, uma vez posta essa situação, o mercado não teria condições estruturais de sair sozinho dela.

Por outro lado, os argumentos contrários seguiam no sentido de que os agentes econômicos teriam plenas condições de chegar a um estado de equilíbrio e criticavam o igualitarismo promovido pelo Estado de Bem-Estar Social e pelo intervencionismo estatal que, segundo eles, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência.

Em um primeiro momento, esses questionamentos contrários ficaram concentrados apenas em uma esfera de debates teóricos, conduzidos, principalmente, por parte de Friedrich von Hayek, o que veio a mudar com o fim do período denominado de “anos de ouro do capitalismo”. Esse período estava relacionado justamente com esse movimento de maior intervenção estatal e com as políticas do Estado de Bem-Estar Social e foi marcado pelo crescimento da economia e pelas baixas taxas de desemprego.

Após cerca de trinta anos de duração desse período de bem-estar, ocorreram algumas crises dentro do sistema capitalista, que colocaram em questão o modelo em andamento e impuseram a necessidade de ultrapassar essa etapa e conduzir o capitalismo a um novo momento. Segundo Paulani,

Essa nova fase é marcada pela exacerbação da valorização financeira, pela retomada da força do dólar americano como meio internacional de pagamento, pela intensificação, em escala ainda não vista, do processo de centralização de capitais e pela eclosão da terceira revolução industrial, com o surgimento da chamada ‘nova economia’. (PAULANI, 2006, p. 72)

Esse novo momento a que o capitalismo era conduzido era o neoliberalismo, imbuído de um discurso e de uma prática que abrigavam todas as pretensões necessárias naquele período. Esse discurso e essa prática neoliberal podem ser expressados por meios dos corolários do Estado mínimo, da globalização, do livre mercado e do livre comércio, das privatizações, do capitalismo financeiro e da cultura de mercado, dentre outros.

3.1. A ascensão do modelo econômico neoliberal

Com base nisso, vê-se que, com a adoção do modelo neoliberal, desaparece a concepção de Estado intervencionista e ascende uma concepção de Estado totalmente inserido em uma lógica de mercado. Ao contrário do que existia no Estado de Bem-Estar social (que frise-se, ainda estava longe de constituir uma

realidade ideal), essa nova roupagem direciona o Estado aos interesses de uma parcela específica de agentes detentores de poder econômico, em detrimento da concretização de direitos mínimos dos cidadãos.

Para efetuar esse projeto, o neoliberalismo potencializa uma expressão perigosa que soma o poder do Estado ao poder do capital. Além disso, transforma a democracia em um modelo meramente formal, completamente despido de qualquer potencialidade transformadora da realidade social e restrita ao processo eleitoral formal de alternância de poder.

Nesse ponto, destaca-se a atuação do Estado, que encontra-se completamente inserida dentro dessa lógica capitalista. Nessa perspectiva, seria ingênuo acreditar que o Estado atua de forma neutra, pelo contrário, os agentes políticos que o representam possuem interesses específicos, os quais são determinantes na condução dos processos políticos, findando por fazer das instituições estatais instrumentos de manutenção de privilégios, bem como meios de perpetuação das estruturas de poder típicas do modo de produção capitalista e do modelo econômico neoliberal.

Nesse sentido, David Held apresenta o pensamento de Poulantzas, que defendia a necessidade de compreender o Estado como um elemento unificador do capital e acrescenta que, o Estado seria um “Estado capitalista” (HELD, 1987, p. 189).

O autor ainda apresenta que “há um auto interesse do Estado e um interesse de todos aqueles que detêm o poder estatal, de proteger a vitalidade da econômica capitalista” (HELD, 1987, p. 191). Assim, com o intuito de manter a continuidade desses arranjos institucionais, o Estado democrático neoliberal atua de forma favorável aos interesses dominantes, deixando à margem a parcela mais vulnerável da sociedade.

Ainda nessa perspectiva e complementando o entendimento de David Held, Loic Wacquant defende a existência dessa influência do capital, destacando-se, mais notadamente, que as políticas de caráter neoliberal são disseminadas e implementadas como necessárias, mas que têm consequências negativas que recaem diretamente sobre a vida dos indivíduos mais necessitados, maculando seus direitos fundamentais. O autor destaca a decadência de um “Estado de

Providência”, que oferecia condições básicas aos indivíduos, e a ascensão do “Estado Penal”, que atual, principalmente, por meio da coerção e da repressão.

Como visto, essas políticas de caráter neoliberal manifestam suas consequências em diversas esferas. Na esfera política impõe a degradação de um estado social que, mesmo que minimamente, garantia determinados direitos aos indivíduos. Na esfera jurídica, utiliza o Direito como meio legitimador desse processo e transforma a democracia em um instrumento dissociado da sua essência. E por fim, na esfera econômica, as políticas neoliberais conduzem ao desenvolvimento de políticas de ajustes fiscais e corte dos gastos públicos que, no lugar de produzir o tão almejado crescimento econômico, são responsáveis por causar mais recessão e deixar a maioria mais necessitada da população sem assistência.

3.2. A crise capitalista e neoliberal, a pandemia da COVID-19 e a necessidade de reampliação do Estado

A pandemia da COVID-19, em si, não é um efeito da crise capitalista nem uma de suas causas, mas surge e ganha contornos mundiais, justamente em um contexto de desequilíbrio e questionamentos acerca desse sistema, pois manifesta, de forma nítida, a antiga contradição do capital entre a defesa da vida e a defesa do lucro. Esse entendimento é muito bem exposto por Boaventura de Sousa Santos, quando diz que

A actual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade. Desde a década de 1980 – à medida que o neoliberalismo se foi impondo como a versão dominante do capitalismo e este se foi sujeitando mais e mais à lógica do sector financeiro -, o mundo tem vivido em permanente estado de crise. (SANTOS, 2020, p. 06)

Nessa perspectiva, os efeitos decorrentes da pandemia da COVI-19 não foram o fator que gerou a crise, foram apenas responsáveis por pôr ainda mais em xeque esse modelo econômico vigente, que já vinha passando por um processo de recessão, manifestado já há alguns anos, principalmente, em alguns setores da economia.

Esse problema, além de se manifestar em um contexto de recessão econômica, também aparece em um momento de crise política encabeçada,

principalmente, por setores da extrema-direita e marcada por cortes e desmontes nas áreas da saúde e da educação, por supressões de direitos, notadamente nos campos trabalhistas e previdenciário, e por posicionamentos racistas, xenofóbicos e autoritários.

Em meio a todo esse cenário posto, a pandemia impõe seu ritmo e é cobrada do Estado uma posição de ação. A conta da falta de investimentos, dos cortes e da omissão estatal em setores básico como a saúde (como ocorreu no Brasil com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016) começa a chegar e a política neoliberal, marcada por privatizações, concentração de renda e exclusão social mostra-se, ainda mais incompatível com essa nova realidade.

Dessa forma, observa-se que o modelo neoliberal, que têm como principais vítimas a classe trabalhadora e a população mais pobre, impõe como resultado de suas políticas o colapso de serviços públicos essenciais, resultado de um Estado mínimo e responsável por formar uma massa cada vez maior de desassistidos. Mas, é justamente nesse contexto de pandemia, que essas políticas precisam ser repensadas, pois a atuação estatal, por meio desses serviços públicos, é necessária e fundamental para o enfrentamento da questão.

A atuação do Estado, nesse contexto, é fundamental porque o vírus atinge principalmente aquela parcela da população mais afetada pelas ideias de intervenção mínima; assim, a ideia de que o vírus é “democrático” e que qualquer pessoa está passível de ser infectada, merece ser repensada.

Na Resolução nº 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, essa questão foi posta em plano central, uma vez que o órgão considerou que a falta de condições mínimas de saneamento básico, a falta de acesso à água potável, bem como as precárias condições de moradia e alimentação são fatores que estão presentes na maioria dos países da América Latina e que constituem elementos que demonstram que a pandemia pode causar consequências ainda piores nesses locais.

Essa população constituída por “*hominis sacri*”, que nas palavras de Giorgio Agamben (2002), são aqueles indivíduos cujas vidas não merecem ser vividas é, portanto, ainda mais vulneráveis aos efeitos do vírus.

No caso específico do Brasil, ela é constituída, principalmente, pela classe trabalhadora e por aqueles indivíduos que residem em favelas, em condições de extrema miserabilidade (realidade comum tanto nos grandes centros, como em outras localidades brasileiras). Esses indivíduos inseridos nesses grupos não tem sequer condições de realizar as medidas mais simples de proteção contra a infecção pelo vírus, nem as medidas de isolamento, ou porque vivem em barracos ou pequenas moradia ou porque precisam continuar realizando suas atividades laborais e se expor para não morrer de fome. Além disso, a maioria desses indivíduos já sofrem com a existência de doenças que potencializam o risco de morte.

Nos Estados Unidos, também é possível identificar aspectos dessa realidade, principalmente em relação à população negra e hispânica, uma vez que o país registra taxas de mortalidade dessas populações em números alarmantes. Apesar de os dados referentes às características demográficas dos casos de COVID-19 no país, disponíveis no site⁴ do *Centers for Disease Control and Prevention (CDC)*, apresentarem que, em todas as faixas etárias analisadas, o percentual de pretos ou afro-americanos é inferior ao de brancos, eles não refletem a totalidade da realidade, pois tratam especificamente do números de pessoas infectadas pelo vírus e não demonstra os dados referente aos óbitos.

Analizando, por exemplo, os dados disponibilizados no pelo site⁵ do *Departmente of Health* do Estado de Nova Iorque, o qual apresenta o número de mortes levando em consideração a raça ou a etnia, observa-se que, no Estado de Nova Iorque, excluindo-se a cidade de Nova Iorque, o percentual de mortes da população negra chega a 18%, considerando que eles correspondem a cerca de 9% da população total e o percentual de morte entre os hispânicos é de 14%, sendo que eles correspondem a 12% da população. Esses números demonstram que, em comparação à população branca (74% da população com um percentual de 60% de mortes) a COVID-19 mata, proporcionalmente, mais negros e hispânicos.

⁴ <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html>. Acesso em 19 de abril de 2020

⁵ <https://covid19tracker.health.ny.gov/views/NYS-COVID19-Tracker/NYSDOHCOVID-19Tracker-Fatalities?%3Aembed=yes&%3Atoolbar=no&%3Atabs=n>. Acesso em 19 de abril de 2020.

Segundo os dados disponíveis, é possível concluir, ainda, que os números referentes à cidade de Nova Iorque, apesar de refletirem apenas 63% dos números de morte e por isso não poderem conduzir a maiores conclusões no momento, demonstram que o número de mortes entre os negros (28%) e os hispânicos (34%) tende a ser preocupante.

Esses dados levam ao entendimento de que as desigualdades estruturais historicamente existentes potencializam as chances dessa parcela da população adquirir a doença. A maior parte dos negros e hispânicos residentes nos Estados Unidos não tem condições de seguir as orientações de isolamento social, pois desempenham atividades essenciais que não podem ser realizadas em suas residências. Isso impõe uma situação de exposição que sozinhas já coloca-os em maior risco. Mas, somado a isso, existem as comorbidades preexistentes como a obesidade, a diabetes, a hipertensão, os problemas vasculares e a asma – doenças que, assim como no Brasil, são comuns a esses grupos – e potencializam as chances de perecimento após a contaminação.

Além desses fatores, existe o fato de que grande parte dessa população não possui condições de arcar com um plano de saúde e, como nos Estados Unidos não há um sistema universal e gratuito, esses indivíduos não tem condições de ter um mínimo de assistência hospitalar.

Em continuidade, outro país que merece destaque é o Equador, em especial a cidade de Guayaquil, que registrou um crescimento exponencial nos casos de contaminação e de mortes em face da demora na adoção de políticas de combate ao vírus, expondo uma situação de extrema falta de condições estruturais e de políticas governamentais e tendo como consequência, além das mortes, o colapso nos sistemas médico e funerário e a falta de alimentos e outros recursos mínimos para as populações mais necessitadas.

Nesse país, assim como na grande maioria dos países americanos, as desigualdades sociais são responsáveis por intensificar os números da pandemia e expressar a realidade de falta de respeito à dignidade humana. Essa realidade conduz à constatação de que os corpos que estão morrendo nesse contexto de pandemia possuem características comuns que os particularizam.

Nesse sentido, interessante a reflexão de Butler,

La desigualdad social y económica asegurará que el virus discrimine. El virus por sí solo no discrimina, pero los humanos por los poderes entrelazados del nacionalismo, el racismo, la xenofobia e el capitalismo. Es probable que en el próximo año seamos testigos de um escenario doloroso en el que algunas criaturas humanas afirmarán su derecho a vivir a expensas de otros, volviendo a inscribir la distinción espuria entre vidas dolorosas e ingratas, es decir, aquellos quienes a toda costa serán protegidos de la muerte y esas vidas que se considera que no vale la pena que sean protegidas de la enfermedad y la muerte. (BUTLER, 2020, p. 62)

Com base nesse entendimento, é necessário que o Estado atue de forma a garantir os direitos mínimos dos cidadãos, assumindo uma postura ativa e livre das amarras do capital e não que se omita, constituindo um descaso que finda por recair sobre os indivíduos causando, na maioria das vezes, as suas mortes. Portanto, é necessário, acima de tudo, priorizar a vida das pessoas em detrimento da economia ou da busca pelo lucro.

Nessa perspectiva destaca-se que “en el contexto de la pandemia, los Estados tienen la obligación reforzada de respetar y garantizar los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, incluyendo la aplicación extraterritorial de dicha obligación, de conformidad com los estandartes interamericanos en la matéria” (CIDH, 2020, p.05).

A Comissão reforça, nesse sentido, uma necessidade de respeito e reampliação da garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, dando enfoque, em diversos artigos da Resolução, à situação dos diversos grupos vulneráveis, a destacar, as pessoas privadas de liberdade, as mulheres⁶, os povos indígenas, os imigrantes e refugiados, as crianças e os adolescentes, as pessoas LGBTI, os afrodescendentes e as pessoas com deficiência.

Boaventura de Sousa Santos, seguindo esse mesmo caminho, também destaca a situação desses grupos em condição de vulnerabilidade, e dispõe que eles compõe aquilo que ele chama de “Sul”. Reproduzindo as palavras do autor: “o Sul não designa um espaço geográfico. Designa um espaço-tempo político, social e cultural. É a metáfora do sofrimento humano injusto causado pela exploração capitalista, pela discriminação racial e pela discriminação sexual.” (SANTOS, 2020, p. 15).

⁶ Em relação às mulheres, especificamente, a CIDH foi além e chamou os Estados à incorporarem medidas de prevenção e repressão mais eficazes contra os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher decorrentes das medidas de isolamento social contra a COVID-19. Essa medida foi necessária diante do aumento de casos de violência identificados nesse período.

Segundo o autor, muitos desses indivíduos que compõem esses grupos (o autor destaca as mulheres, os trabalhadores informais e trabalhadores de rua, os moradores das periferias pobres, os refugiados confinados em campos de internamento, os deficientes e os idosos) vivem constantemente em uma espécie de quarentena, em que a limitação dos seus direitos é a normalidade.

Mas diferente do que se espera, observa-se que, em geral, a atuação do sistema continua constituindo os moldes de uma “política de morte”, retomando o pensamento de Achille Mbembe, a qual se manifesta por meio de uma escolha específica, ditando aqueles que podem viver e aqueles que devem morrer e priorizando os interesses dos grandes empresários à frente dos direitos básicos e essenciais à sobrevivência de inúmeros cidadãos.

Seguindo essa lógica destacam-se alguns pontos que refletem como esse modo de atuação vem sendo manifestado pelo governo brasileiro. O primeiro foi a Medida Provisória 927/2020, que autorizou empresas a realizarem cortes de salários e suspender contratos de trabalho por até quatro meses⁷, confirmando a linha do governo de salvar os empresários e deixar os trabalhadores relegados à sua própria sorte; o segundo foi a proposta do governo federal de aprovar uma renda básica emergência no valor vil de apenas R\$ 200,00 para famílias necessitadas, valor este que foi aumentado pelo Congresso Nacional mas que, ainda assim, está longe de abarcar as reais necessidades desses grupos.

Além disso, houve também a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do texto base da Medida Provisória 905/2020, que aprofunda a flexibilização de direitos trabalhistas já ocorrida com a “Reforma Trabalhista”, implementada em 2017, e demonstra a falta de compromisso com os direitos da classe trabalhadora, já amplamente prejudicada com a crise. Esses exemplos servem para materializar alguns efeitos das medidas extremas de caráter neoliberal adotadas pelo Brasil.

Nesse sentido, constata-se que

Na presente crise humanitária, os governos de extrema-direita ou de direita neoliberal falharam mais do que os outros na luta contra a pandemia. Ocultaram informação, desprestigiaram a comunidade científica, minimizaram os efeitos potenciais da pandemia, utilizaram a crise humanitária para chicana política. Sob o pretexto de salvar a economia, correram o risco irresponsável pelos quais, esperamos, serão responsabilizados. Deram a entender que uma dose de darwinismo social

⁷ Esse ponto foi retirado após causar inúmeras polêmicas e revoltas.

seria benéfica: a eliminação de parte das populações que já não interessam à economia, nem como trabalhadores nem como consumidores, ou seja, populações descartáveis como se a economia pudesse prosperar sobre uma pilha de cadáveres ou de corpos desprovidos de qualquer rendimento. (SANTOS, 2020, p. 26)

Mas esses são apenas alguns pontos que demonstram como essa antiga lógica capitalista/neoliberal se manifesta nesse momento de pandemia. Tudo isso deixa claro que essa realidade precisa mudar, impondo-se, com urgência, uma necessidade de reampliação do Estado para garantir reais direitos aos cidadãos.

4. Conclusão

Com base nas reflexões desenvolvidas até o presente momento, observa-se que a concepção de direitos fundamentais não pode ser analisada dissociada da análise do modo de produção capitalista, já que esses direitos surgiram como espécies de concessões advindas de um processo de embate e contestação que, diante da possibilidade de perda de legitimidade, foram cedidas pelos detentores do poder.

Os direitos fundamentais refletem, portanto, que o fundamento da sociedade é baseado na desigualdade e na concentração de riquezas. Assim, apesar de o texto de diversos documentos apresentarem, de forma expressa, uma realidade de liberdade, igualdade e ampliação de direitos, isso ainda não apresenta concretização prática.

Essa falta de concretização é histórica e, nessa conjuntura específica atual de avanços do efeito de uma pandemia, mostra a sua face mais cruel. A realidade mostra que os efeitos da pandemia estão afetando de forma desigual as diversas partes da população, em diversas localidades e estão demonstrando uma política de morte que recai sobre corpos específicos.

A partir cenário, constata-se que um Estado neoliberal, com suas concepções mínimas e direcionadas, em grande medida, ao acúmulo constante de riquezas, não é suficiente para atuar frente ao cenário posto. Nesse momento, é essencial presença de um Estado que atue através de políticas pública direcionadas, principalmente, às áreas mais críticas e necessitadas. Faz-se mister, por conseguinte, priorizar a vida das pessoas em detrimento da economia ou da busca pelo lucro.

Com isso posto, nota-se que esse vírus chegou para escancarar a face mais cruel do sistema capitalista e das medidas neoliberais, cujos resultados recaem sobre corpos com características bem definidas. Ademais, plantou-se o questionamento e a constatação sobre a necessidade de mudança na atuação do Estado, no sentido reampliar a garantia dos direitos fundamentais que, além de verdadeira, efetiva e direcionada aos mais necessitados, deve ser constante, não se limitando apenas a um momento de crise.

Ao se analisar o contexto específico pós-Covid-19, verificou-se que essa antiga lógica capitalista/neoliberal se manifestou nesse momento de pandemia. Nesse sentido, as medidas e ações adotadas pelos governos diante da calamidade instaurada demonstraram que há uma urgente e necessária reampliação do Estado para garantir reais direitos aos cidadãos.

Referências

- ACIPRESTE, D. **O estado brasileiro e a exceção do povo**: Casagrandismo ou Democracia. In: 3º CONIDIH. **Anais**. João Pessoa: UEPB, p. 1 – 9, 2018.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.
- ARAUJO, Clara Skarlleth Lopes de. Relativização e supressão dos direitos sociais constitucionalmente assegurados como desdobramento da adoção do estado de exceção como paradigma de governo na política brasileira atual. In: JÚNIOR, Willian Paiva Marques (org). **Estudos em homenagem aos 31 anos da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Fortaleza: Mucuripe, 2019.
- ARAUJO, Clara Skarlleth Lopes de; ACIPRESTE, D. **Direito Penal do inimigo**: A dicotomia cidadão *versus* inimigo e a exceção do povo. In: I Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Crato: URCA, 2019, 18p.
- ARAUJO, Clara Skarlleth Lopes de. **Vida entre arames e violação de direitos na escassez do estado de exceção**: Uma abordagem sobre a institucionalização dos Campos de Concentração para flagelados da seca em 1932 no Estado do Ceará. 2018. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Regional do Cariri, Crato, 2018. Cap. 2
- BUTLER, Judith. El capitalismo tiene sus limites in **Sopa de Wuhan**, Editora ASPO. 1ª ed, 2020. 188p
- COMPARTO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CUNHA, Elcemir Paço. Direitos humanos do capital: reflexo jurídico e comando da força de trabalho. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, n. 2, 2018, p. 663-696. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/28349| ISSN: 2179-8966. Acesso em 15 abr. 2010
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, 5. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizontal: Editora Paidéia, 1987. (Capítulos: 5 e 6)

- MARX, Karl. **Os despossuídos**. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MASCARO, Alisson Leandro. Direitos Humanos: uma crítica marxista. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, no. 101, São Paulo, mai./ago. 2017, p. 109-137. ISSN 1807-0175. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-109137/101>. Acesso em 15 abr. 2020
- NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf, acesso em 15 de abril de 2020.
- PAULANI, L.M. O projeto neoliberal para a sociedade brasileira: sua dinâmica e seus impasses. In: LIMA, J.C.F., and NEVES, L.M.W., org. **Fundamentos da educação escolar do Brasil contemporâneo** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006, pp. 67-107. ISBN: 978-85-7541-612-9. Acesso em 16 abr. 2020
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Edições Almedina, S/A, 2020. ISBN 978-972-40-8496-1
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. (Capítulos 21, 22 e 23)
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Brasil, tradução André Telles. Sabotagem, 1999.

Artigo recebido em: 23/04/2020.

Aceito para publicação em: 08/08/2023.

O Direito ao acesso à informação na sociedade digital brasileira

The right of access to information in the brazilian digital Society

Marcus Geandré Nakano Ramiro¹
Thaina Kariny Oliveira Mendonça²

Resumo: A presente pesquisa se volta ao estudo do direito fundamental do acesso à informação, com foco na sua evolução histórica e às políticas públicas brasileiras voltadas à sua tutela na contemporaneidade. Para tanto, propõe-se uma revisão bibliográfica descritiva, com o aporte teórico da legislação e da doutrina, a fim de satisfazer a pergunta-problema “Como se dá o direito fundamental do acesso à informação na contemporaneidade?”. A sociedade da informação faz uso da tecnologia para transferir conhecimentos instantaneamente, substituindo a produção industrial pela criação de saberes, assim, o acesso à informação passa a figurar como um importante direito fundamental no contexto globalizado. Após obter estas novas tecnologias, o sujeito poderá se instrumentalizar, no entanto, o acesso ainda é obstaculizado pois as desigualdades socioeconômicas impõem dificuldades ao livre acesso à informação. No contexto contemporâneo, o acesso à informação ainda esbarra em questões mercadológicas e econômicas, assim, é imperativa a intervenção estatal no sentido da universalidade do acesso à informação e, por conseguinte, às tecnologias e meios de comunicação digitais.

Palavras-chave: Acesso à Informação. Direito Fundamental. Sociedade Digital.

Abstract: This research focuses on the study of the fundamental right of access to information, focusing on its historical evolution and public policies aimed at protecting it in contemporary times. To this end, a descriptive bibliographical review is proposed, with the theoretical contribution of legislation and doctrine, in order to satisfy the question-problem “How does the fundamental right of access to information happen in contemporary times?”. The information society makes use of technology to transfer knowledge instantly, replacing industrial production with the creation of knowledge, thus, access to information becomes an important fundamental

¹ Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UniCesumar / Maringá PR); Pesquisador Bolsista na Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Mestre e Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; bacharel em Direito e Música pela Universidade Estadual de Maringá; Advogado.

² Mestre em Ciências Jurídicas junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) do UniCesumar, na linha de pesquisa com enfoque nos Direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade. Integrante do Grupo de Pesquisa "Proteção integral da pessoa: interações dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade?". Pós-graduada a em Psicologia Jurídica e Ciências Criminais pela UniFatecie. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Cesumar de Maringá - UNICESUMAR.

right in the globalized context. After obtaining these new technologies, the subject will be able to equip himself, however, access is still hampered because socioeconomic inequalities impose difficulties on free access to information. However, the contemporary context perceives information as the main marketing and economic objective, thus, state intervention is imperative in the sense of universal access to information and, consequently, to digital technologies and means of communication.

Keywords: Access to Information. Fundamental right. Digital Society.

1. Introdução

A globalização impõe mudanças severas aos padrões de funcionamento da sociedade, mas nenhuma destas se compara à digitalização, que instrumentaliza os indivíduos para interagir com pessoas de qualquer local do mundo, adquirir conhecimentos em larga escala e obter fácil acesso a novas oportunidades. Além disso, os novos padrões mercadológicos evidenciam uma economia com base na informação, em que todas as nações forjam relações de consumo, compra, venda, importação e exportação.

Na sociedade atual, as relações celebradas no plano cibernético possuem a mesma influência das perpetradas no mundo real. Assim, é imprescindível que o ambiente virtual seja devidamente regulamentado, de maneira que os direitos fundamentais estejam defesos como previsto no ordenamento jurídico brasileiro, na combativa de prevenir ameaças à acessibilidade, evitar riscos e delimitar as relações comerciais.

Nesse âmbito, a presente pesquisa trata-se de uma revisão bibliográfica descritiva, com aporte teórico da doutrina e da legislação brasileira, que adota por objetivo analisar o direito fundamental do acesso à informação na contemporaneidade, contemplando, para tanto, a evolução histórica dos direitos fundamentais. Além disso, observa-se a sociedade digital e a importância das políticas públicas para a efetividade ao direito fundamental à informação segura no contexto contemporâneo. Para tanto, a pergunta de pesquisa selecionada para nortear o estudo foi “Como se dá o

direito fundamental do acesso à informação na contemporaneidade?”. O estudo em tela foi fomentado pelo benefício “Taxa CAPES/PROSUP”.

2. A evolução histórica dos Direitos Fundamentais

Originários do período iluminista (Século XVII-XVIII), esses atributos jurídicos se voltam à tutela do próprio homem, defendendo seus direitos mais basilares do poder estatal. De maneira similar, na esfera privada, os direitos da personalidade asseguram ao cidadão privilégios, à medida que atribuem ao Estado obrigações no sentido do bem-estar social (MARMELESTEIN, 2008).

A popularização destes direitos foi potencializada pelos rompimentos políticos do final do Século XVIII, como a Revolução Americana (1776), período que ensejou a elaboração da Declaração da Independência dos Estados Unidos. Ademais, relevante a contribuição da Revolução Francesa (1789), época em que os populares se ergueram contra a sociedade estamental e passaram a demandar pela extinção dos privilégios exclusivos à nobreza e ao clero, o que acabou por resultar na destituição da Monarquia e subsequente implementação da República (CANOTILHO, 2003).

Os direitos fundamentais são um conceito recente na história, pois suas primeiras manifestações relevantes foram com os documentos de cunho declaratório redigidos no bojo das revoluções políticas de fins do século XVIII, precisamente a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 (VIEIRA JR., 2015, p. 3).

As ações revolucionárias executaram as concepções de pensadores iluministas como John Locke e Voltaire no sentido da ilustração, conceito elaborado por Kant (1784, p. 516) para descrever a busca do homem por autonomia política, em outras palavras, trata-se de um processo de independência intelectual, estimulando o sujeito a tomar as próprias decisões, “é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A

menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”.

Logo, a democracia é o ambiente ideal para o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais (MIRANDA, 1998). Pois, apenas num contexto garantista, em que a participação da população no regime é sólida e eficaz, assim, implementação destes atributos jurídicos torna-se possível que a população demande ação por parte do Estado, como aduz Immanuel Kant, “para esta ilustração, nada mais se exige do que a liberdade; e, claro está, a mais inofensiva entre tudo o que se pode chamar liberdade, a saber, a de fazer um uso público da sua razão em todos os elementos” (KANT, 1784, p. 516).

José Afonso Silva (2012) observa a contribuição das declarações de direitos para o estabelecimento das garantias fundamentais através da proclamação orgânicas de novos atributos jurídicos voltados à tutela da população. Para o autor, o primeiro aparecimento desses direitos se deu no preâmbulo das constituições anglo-saxãs, especialmente na francesa. A seguir, no âmbito internacional, foram contemplados nas declarações de direitos, ao passo que, na esfera nacional, passam a integrar as novas constituições, “[...] adquirindo o caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais, [...]” (SILVA, 2012, p. 175).

É possível observar, portanto, que os direitos fundamentais resultam de oposições ao absolutismo monárquico, concretizadas primeiramente nos países de origem anglo-saxônica, espalhando-se posteriormente para o resto do globo. Nesse interim, as declarações de direitos evidenciam a busca pelas liberdades individuais, civis e políticas (VIEIRA JR., 2015).

A passagem dos direitos fundamentais voltados para as liberdades civis e políticas do homem proprietário, conquistada a duras penas pela burguesia européia do século XVIII, para as garantias sociais do homem operário do século XIX, marcou essa reviravolta que [...] garantiu aos direitos fundamentais seu prestígio cultural e jurídico moderno (VIEIRA JR., 2015, p. 4).

Vieira Jr. (2015) aduz que a evolução dos direitos fundamentais caminha em conjunto com as transformações de caráter filosófico no sentido da liberdade. “Tem-se uma verdadeira evolução das concepções jusnaturalistas para a concepção positivista até o surgimento do chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo”. Nesse contexto, novos direitos florescem, progredindo dos ideais “que exigiam uma atuação negativa do Estado frente ao cidadão”, como a liberdade para “direitos sociais, também fundamentais, que exigem uma atuação positiva do Estado” (VIEIRA JR., 2015, p. 73).

No entanto, a solidificação desses direitos apenas é possível em virtude da inclusão de camadas sociais que representam grupos antes “destituídos de riqueza que, pela primeira vez na História, passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade”. Estes eventos ocorreram apenas no Século XIX, especificamente após o final da Segunda Guerra Mundial, principalmente na Europa, “não por coincidência, ele se confunde com o advento do Direito do Trabalho” (DELGADO, 2007, p. 12).

No mesmo sentido vão os ensinamentos de George Marmelstein (2008), que percebe os eventos conectados ao final da Guerra e à queda do regime nazista. Para o pesquisador, o nazismo oferecia oposição ao positivismo kelseniano, teoria hegemônica dentre os juristas da época. Nesse período, os juristas deram início à corrente do pós-positivismo, ou do positivismo ético, com objetivo de conferir tutela jurisdicional aos valores éticos basilares para a dignidade humana.

Assim, os direitos fundamentais se apoiam em valores éticos para promover a defesa da dignidade humana. Evidentemente, esses valores se modificam com o passar do tempo, de maneira que sua definição holística, de maneira absoluta, é impossibilitada (ALEXY, 2008; VIEIRA JR., 2015).
Estes

direitos não surgem simultaneamente, e sim aparecem em virtude do progresso social, a fim de remediar eventuais desequilíbrios de poderes e ameaças às liberdades individuais (BOBBIO, 2004).

Da análise doutrinária, percebe-se uma classificação que subdivide os direitos fundamentais em três gerações, através do ponto de vista histórico, consoante o momento em que foram positivados. Nesse sentido, a primeira dimensão de direitos fundamentais data da segunda metade do Século XVIII, sendo que a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) é considerada a pioneira na regulamentação dos atributos jurídicos fundamentais. No entanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) representa uma síntese dos valores republicanos políticos e filosóficos que pautaram a Revolução Francesa (SARLET, 2009, VIEIRA JR., 2015).

A ação popular de clamor pelas liberdades do próprio homem foi liderada pela burguesia, classe social em ascensão no período compreendido entre o Século XVIII e XIX. Especificamente, descontentes com a concentração de poderes na figura do monarca, os sujeitos desprovidos dos privilégios sociais concedidos à nobreza utilizaram as vantagens obtidas no âmbito econômico para demandar a separação dos poderes, positivadas em documentos que assegurem a liberdade (FACHIN, 2012).

Acerca desses direitos, é o que apontam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não fazer, de não interferência, de não intromissão no espaço de auto-determinação de cada indivíduo. São as chamadas liberdades individuais, que têm como foco a liberdade do homem individualmente considerado, sem nenhuma preocupação com as desigualdades sociais (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 43).

Os direitos fundamentais de primeira geração são caracterizados, dessa forma, pela busca por liberdade no âmbito individual, assim, “são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa”. Logo, representam a resistência popular contra o poderio estatal,

potencialmente lesivo no contexto de regimes autoritários como o nazismo ou o absolutismo (BONAVIDES, 2009, p. 563-564).

Assim, os direitos fundamentais da primeira geração se caracterizam pela prestação estatal negativa em prol das prerrogativas individuais. Em virtude disso, atributos como a liberdade de culto, consciência, religião, e inviolabilidade do domicílio se destacam neste arcabouço. Assim, não cabe à esfera pública interferir na vida particular e privadas dos cidadãos da nação, cabendo-lhe “uma prestação negativa de não intervenção, precipuamente, na propriedade privada, nas relações mercantis, ou seja, no campo econômico já sob domínio da burguesia ascendente” (VIEIRA JR., 2015, p. 8) .

Os direitos fundamentais de segunda dimensão evidenciam uma preocupação em efetivar a tutela de atributos sociais, econômicos e culturais. A principal mudança em relação aos seus predecessores reside na incumbência do Estado em realizar prestações positivas para a consolidação da justiça (SARLET, 2009).

Acerca desse progresso legislativo, são os apontamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2009) que durante o Século XIX, múltiplos movimentos surgiram com a intenção de reivindicar novos direitos. À época, o clamor popular demandava a participação ativa do Estado na garantia da justiça social.

Logo, a segunda dimensão de direitos fundamentais trouxe como inovação jurídica não só a exigência de prestações positivas, mas também concedeu aos indivíduos liberdades sociais amplamente reivindicadas no contexto popular, voltadas à “proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no Liberalismo) ” (PAULO, 2009, p. 94).

A exemplo disso, foram concedidos direitos no âmbito sindical e trabalhista, como o repouso semanal remunerado, férias, limitação de jornada, direito à sindicalização, greve e remuneração mínima (SARLET,

2009). Tratam-se de direitos “sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia” (BONAVIDES, 2010, p. 564).

A terceira geração dos direitos fundamentais teve início no Século XX, intensificando-se nas últimas três décadas, período em que o princípio da solidariedade foi positivado. Para Norberto Bobbio (2004, p. 30), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) funciona como um marco inicial para a terceira geração dos direitos fundamentais:

Põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Sarlet (2009, p. 49) esclarece que os atributos jurídicos fundamentais originários da terceira dimensão se caracterizam pela titularidade coletiva, “não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”. Concebidos com base na universalidade e no humanismo, esses direitos se somam à liberdade e à igualdade no sentido da tutela da própria humanidade, “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Nessa etapa, a titularidade coletiva se destaca sobre a individual, por conseguinte, os direitos difusos são destaque, sendo que os grupos sociais são o sujeito da discussão. Assim, a proteção cultural, do patrimônio histórico, do meio-ambiente e da paz figuram como exemplos dessa geração (BOBBIO, 2004; SARLET, 2009). Assim, a terceira geração de direitos fundamentais se consolida sobre os princípios da fraternidade e da solidariedade, com foco na tutela da coletividade, representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras, expressando a ideia de fraternidade e solidariedade entre os diferentes povos e Estados soberanos” (PAULO, 2009, p. 94).

Malgrado o debate doutrinário no que se refere à possível existência de outras duas gerações de direitos fundamentais, a classificação proposta por Sarlet (2007) percebe que a quarta (bioética) estaria tutelada pela primeira dimensão, ao passo que a quinta (cibernética) resta protegida pela terceira dimensão de direitos fundamentais.

3. Contemporaneidade, sociedade digital e a proteção dos direitos fundamentais

A concepção do modelo social com base na informação remonta à década de 1960, um novo modelo organizacional surge mediante a substituição do elemento central da economia. Especificamente, a informação tomou o lugar da produção industrial, de maneira que as habilidades no sentido referentes à manipulação da tecnologia ganham destaque gradativamente com o passar do tempo. Hodiernamente, a conectividade torna-se sinônimo de acesso à informação em qualquer região do globo (NAZARENO, et al., 2007).

No entanto, a informação como parte de um modelo econômico apenas beneficia os países já desenvolvidos, ao passo que as nações em desenvolvimento experienciam os efeitos do esgotamento. Assim, o estabelecimento do bem-estar social demanda severas transformações, cabendo ao Direito interferir no sentido do balanceamento do poder e da garantia de condições para a mobilidade social. Nesse contexto, o acesso à informação, bem como à possibilidade de transmiti-la e utilizá-la fazem parte dos Direitos Fundamentais (RIBEIRO e MAZZUOLI, 2006).

A sociedade da informação trata-se de um novo arranjo socioeconômico e se apoia no avanço tecnológico para fortalecer o desenvolvimento social. Por conseguinte, cada empresa, instituição e indivíduo faz parte de uma rede integrada de conhecimentos. Portanto, a capacidade de compartilhar e

receber conhecimentos de maneira adequada faz parte das prerrogativas necessárias para a formação de relações sociais e laborais (GASPARETTO JUNIOR, 2002).

Desse modo, não é possível afirmar que a sociedade da informação já esteja implementada em todo o planeta, ao contrário, diversas populações e locais do globo ainda não possuem acesso à internet ou às plataformas digitais, logo, excluídas do mundo globalizado (PINHEIRO, 2021). Nesse contexto, Pinheiro (2021) propõe um conceito de Direito Digital, área das ciências jurídicas que se faz imprescindível para a organização da sociedade de informação:

O Direito Digital é o conjunto de regras e códigos de conduta que regem o comportamento e as novas relações dos indivíduos, cujo meio de ocorrência ou a prova da manifestação de vontade seja o digital, gerando dados eletrônicos que consubstanciam e representam as obrigações assumidas e sua respectiva autoria. Deve, portanto, reunir princípios, leis e normas de autorregulamentação que atendam ao novo cenário de interação social não presencial, interativo e em tempo real. O Direito Digital é, portanto, a evolução do próprio direito, para atender às mudanças de comportamento e as necessidades de novos controles de conduta gerados pelo uso da Tecnologia (PINHEIRO, 2021, p. 29).

Assim, Pinheiro (2021) evidencia que a resolução dos embates jurídicos no âmbito da sociedade de informação alia elementos do Direito Costumeiro e do Direito Codificado, de maneira que se deve aplicar o melhor que cada área pode oferecer na dissolução de conflitos, “no Direito Costumeiro, os elementos que estão a amparar o Direito Digital são: a generalidade, a uniformidade, a continuidade, a durabilidade, e a notoriedade (ou publicidade)” (PINHEIRO, 2021, p. 32).

No entanto, para que o Direito Costumeiro seja aplicado aos eventos cibernéticos, o tempo do ato deve ser considerado, pois as transformações da contemporaneidade impõem mudanças de paradigmas aceleradas, trazendo reflexos em toda a sociedade. Nesse âmbito, Pinheiro (2021) considera a arbitragem e a analogia como importantes instrumentos da prática jurídica

atual, ao passo que o pacta sunt servanda se destaca dentre os princípios norteadores a serem utilizados.

O Direito Digital engloba todos os meios de comunicação em massa, tendo em vista que cada uma das inovações nesse sentido trouxe novas necessidades jurídicas, como “questão dos direitos autorais, a liberdade de imprensa, as restrições à programação por ofensa a valores ou moral, entre outros”. O principal objetivo é preservar a idoneidade da informação e evitar a manipulação da opinião pública, pois “a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo Direito, sob a pena de criar insegurança no ordenamento jurídico e na sociedade” (PINHEIRO, 2021, p. 30).

Dessarte, apesar de se tratar de uma ferramenta recente, a Internet figura como principal recurso a receber atendimento jurídico, passando a ser regulamentada sob a mesma lógica que as demais mídias já consolidadas ou que virão a existir “Com a internet não há diferença: não existe um Direito da internet, assim como não há um direito televisivo ou um direito radiofônico” (PINHEIRO, 2021, p. 30). Pinheiro (2021) aponta as principais características do Direito Digital são dinamismo, celeridade, autorregulamentação, base legal na prática de costumes, utilização de poucas leis, aplicação de analogia e dissolução de lides por arbitragem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) prevê, ao seu artigo 19, a imprescindibilidade da informação como parte dos direitos fundamentais, isso, pois, configura parte da revolução tecnológica e principal instrumento da sociedade de informação. In verbis:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (UNICEF, online).

No mesmo sentido, incorporando as previsões da DUDH, a Constituição Federal de 1988 elenca o acesso à informação no rol dos direitos e garantias fundamentais, previstos no Título II, Capítulo I, Artigo 5º, inciso XIV, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988).

Ribeiro (2006) aponta que no Brasil contemporâneo, ainda é necessário transcender a “dogmática jurídica constitucional positivista brasileira quanto à prevalência ou não do ordenamento jurídico interno com relação aos tratados sobre direitos humanos”. Essa discussão se faz imprescindível em virtude do caráter internacional da internet, em outras palavras, a comunicação digital supera as barreiras geográficas e fronteiras territoriais e, atualmente, conecta todo o mundo de maneira instantânea. Por conseguinte, evidente a necessidade da aplicação automática e imediata das previsões elencadas à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Assim, em virtude do próprio caráter internacional das informações compartilhadas na rede, é possível “constatar que os direitos de informação apontados na Declaração Universal dos Direitos do Homem devem possuir aplicabilidade imediata e automática” (RIBEIRO, 2006, p. 307).

Bobbio (2004) entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH implementa e registra valores globais a serem positivados por todas as nações sob sua égide. Assim, o acesso à informação ganha caráter internacional ao ser previsto pela DUDH, integrando uma espécie de moral internacional, que contempla atributos indispensáveis à dignidade humana. Especificamente, no que se refere à internet, pertinentes os apontamentos do autor no sentido do surgimento gradual de novas prerrogativas jurídicas, “isto é, nascem gradualmente, nem todos de uma só vez e para sempre, em determinadas instâncias, caracterizadas por lutas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes” (BOBBIO, 2004, p. 19).

Por se tratar de um direito defeso no arcabouço constitucional e ramificação do direito à liberdade, a literatura posiciona o acesso à informação como um dos direitos fundamentais no âmbito individual, não só por viabilizar o pleno exercício da cidadania, mas também por instrumentalizar o povo no sentido da mobilidade social, contribuindo para a consolidação de uma democracia sólida (CANELA, 2009).

4. A importância das políticas públicas para a efetividade ao direito fundamental à informação segura

A sociedade pós-industrial se apoia nas redes digitais para estabelecer novos paradigmas organizacionais, portanto, é papel do Estado, através das políticas públicas, implementar medidas para balancear as desigualdades, bem como cabe ao legislador regulamentar tais previsões, dando origem a novos direitos (WOLKMER, 2006). A informação pode ser definida como um bem de interesse público, dessarte, integra o arcabouço protetivo dos direitos fundamentais, pois, trata-se de uma propriedade pública, riqueza a ser aproveitada por toda a sociedade. Assim, a importância desse atributo pode estender sua influência à esfera pública, causando impactos na Administração Pública e impondo dificuldades à atividade estatal (SARLET, 2007).

Não se pode olvidar que a inclusão digital é parte imprescindível do combate à desigualdade econômica e social, por tratar-se de “uma sociedade onde cada vez mais o conhecimento é considerado riqueza e poder” (CRUZ, 2004, p. 9). Assim, é possível afirmar que a informação é uma ferramenta de ascensão social e crescimento econômico. As novas tecnologias viabilizam a consolidação da dignidade humana, de maneira que instrumentalizam o sujeito para buscar melhores condições de vida e facilitam a obtenção de novos saberes (COSTA, 2005).

A influência da internet age no sentido da promoção de igualdade e da consolidação de um cenário de mobilidade social em virtude do constante fluxo de informação e dinamismo das comunicações. Dessa forma, havendo acesso e inclusão digital, a democratização dos espaços torna-se possível, de maneira

que todos podem galgar seus caminhos e assegurar seu espaço na sociedade (SARLET, 2007).

Assim, forma-se um cenário de aplicação hegemônica da tecnologia no cotidiano. Ao utilizar-se das máquinas, o homem é capaz de acumular saberes e multiplicar conhecimentos em proporções até então inalcançáveis. Por conseguinte, cabe ao Direito compreender as transformações sociais e adaptar-se no sentido da busca por “mecanismos de aplicação de normas que possam extrapolar os princípios da territorialidade” (PINHEIRO, 2021, p. 22). Portanto, esse contexto de severas transformações demanda que o justo acesso à informação seja compreendido como parte da evolução dos direitos fundamentais.

É importante mencionar também que, além daquela função de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, hipótese em que são conhecidos como liberdades negativas, os direitos fundamentais também se prestam a compelir o Estado a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos. Nesta última hipótese, são também denominadas liberdades positivas (DANTAS, 2009, p. 119).

No entanto, apesar de se tratar de uma parcela indispensável dos direitos fundamentais e do pleno exercício da cidadania, a digitalização ainda demanda investimento por parte do sujeito. Como consequência disso, o acesso à informação resta condicionado a fatores econômicos, excluindo a participação dos indivíduos mais vulneráveis e, logo, impedindo sua ascensão social. Destarte, a universalização da conectividade via internet depende de ações por parte do Poder Público, no sentido da tutela dos direitos fundamentais (PINHEIRO, 2021).

Assim, a implementação de políticas públicas no âmbito universal demanda uma estrutura física e socioeconômica. Para a popularização das tecnologias, é necessária a criação de uma cobertura total de rede, que alcance

todos os cidadãos do Brasil, independente da sua condição financeira e do local de sua residência. Nesse sentido, o legislador brasileiro, atento às desigualdades experienciadas pela população, elaborou a Lei nº 9.998 de 17 de agosto de 2000, que institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST, conforme as disposições do artigo 1.º:

É instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust), com as finalidades de estimular a expansão, o uso e a melhoria da qualidade das redes e dos serviços de telecomunicações, reduzir as desigualdades regionais e estimular o uso e o desenvolvimento de novas tecnologias de conectividade para promoção do desenvolvimento econômico e social (BRASIL, 2000).

As previsões específicas para o acesso à internet incluem a implementação de serviços públicos que ofereçam a conectividade, “a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários” (BRASIL, 2000). Para tanto, utiliza-se a contribuição de 1% da receita bruta das operadoras, revertida ao oferecimento de serviços de telecomunicações para o restante do país (COSTA, 2005).

O analfabetismo é um dos maiores comprometedores da liberdade do indivíduo ao longo da história, sendo um dos sintomas mais antigos da humanidade relacionados a falta de cidadania, sendo recentemente desenvolvidas ações para diminuir a distância entre classes sociais, no âmbito da saúde, educação, saneamento, além de informação (COSTA, 2005).

Partindo desta linha de raciocínio, Cristina Costa (2007) aduz que o Governo Federal, entre outros órgãos da administração direta, assim como organizações não-governamentais, passara a implementar projetos com intuito de aumentar a inclusão digital, promovendo a democratização ao acesso à internet, além de outros meios digitais, no sentido da promoção da cidadania.

É pertinente considerar a diversidade de aspectos relativos à informação e a comunicação advindas da educação na sociedade a respeito da

informação, pois este se prova mister na construção de uma sociedade que tenha como base a justiça e a inclusão social como suas prioridades (TAKAHASHI, 2000, p.71).

Ao contrário de inúmeros países que agiram no sentido da implementação das TIC e da inovação tecnológica, o Brasil iniciou o processo de modernização com atraso considerável. Nesse sentido, a intervenção do Estado no que se refere à viabilização do acesso à tecnologia é necessária para assegurar que a população geral seja capaz de consultar informações públicas, adquirir conhecimento e comunicar-se com o restante do mundo globalizado. A exemplo disso, a Lei de Informática (Lei N.º 8.248, de 23 de outubro de 1991) foi um dos primeiros e principais impulsos no sentido do estabelecimento de uma Política Industrial de Informática (BRASIL, 1991; MACADAR, 2009). A partir de então, o Governo Federal passou a dedicar esforços no âmbito social e tecnológico para promover a inclusão digital e o acesso à informação, reformulando completamente as políticas de infoinclusão no Brasil a fim de consolidar a plena cidadania e satisfazer as previsões constitucionais quanto aos direitos fundamentais (NAZARENO, ET AL, 2007).

Ainda neste sentido, o Governo Federal criou o Observatório Nacional de Inclusão Digital (ONID), concebido para atuar, em consonância à sociedade civil, atua na sistematização, coleta e disponibilização de informações para assim, melhor acompanhar as ações de inclusão digital no Brasil, tornando-se um instrumento para iniciativas e gestão de novas políticas públicas de infoinclusão (ONID, 2009). No que diz respeito a política de inclusão digital do Governo Federal, o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades, instituído pelo Decreto nº 6.991, de 27 de outubro de 2009, prevê, em seu primeiro artigo:

art. 1.º Fica instituído, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal, o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades - Telecentros.BR, coordenado pelos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, das Comunicações e da Ciência e Tecnologia.

Parágrafo único. O Programa Telecentros.BR tem como objetivo desenvolver ações que possibilitem a implantação e a manutenção de telecentros públicos e comunitários em todo o território nacional (BRASIL, 2009).

O apoio e execução das ações governamentais à inclusão digital são feitos por meio de outros órgãos e programas, (ONID, 2009), destacam-se:

i) Casa Brasil: Visa a criação de equipamentos públicos com atividades referentes a inclusão digital, através de um programa interministerial da informação; ii) Centros de Inclusão Digital: Laboratórios de informática que buscam diminuir a exclusão digital de moradores de comunidades carentes próximas às escolas, onde seus alunos são os próprios monitores. Conta com diversas parcerias, tais como Microsoft, Cisco, Intel e MediaLab; iii) Computador para Todos: Através da isenção fiscal e créditos para o consumidor, este projeto visa facilitar a aquisição de computadores; iv) Computadores para Inclusão: Criado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do MPOG, promove o acondicionamento dos computadores descartados por empresas estatais e de iniciativa privada, além dos computadores do próprio governo, para serem direcionados a novos laboratórios, telecentros comunitários, bibliotecas e escolas; v) Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI): Realiza pesquisas no Brasil sobre internet, visando contribuir na melhor integração de seus serviços; vi) Governo Eletrônico Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac): programa federal criado para levar conexão, equipamentos, serviços e metodologias para comunidades carentes; vii) Rede Saci: visa a difusão de informações para pessoas com deficiência; viii) Rede Jovem: Através de centros de acesso à internet, a Rede Jovem foca na solução coletiva para problemas comuns da juventude. Sendo uma iniciativa da ONG Comunitas e implementado em periferias, oferece aos jovens acesso a novas tecnologias; ix) Pontos de Cultura: Promove o compartilhamento de experiências de produções geradas pelas ações em pontos de cultura federal.

Outras políticas públicas propostas sob a égide do ONID incluem:

Programa Banda Larga nas Escolas; Programa Computador Portátil para Professores; Programa Estação Digital; Programa SERPRO de Inclusão Digital - PSID; ProInfo - Programa Nacional de Informática na Educação; Projeto Computadores para Inclusão; Quiosque do Cidadão; Territórios Digitais; TIN - Telecentros de Informação e Negócios; UCA - Projeto Um Computador Por Aluno. (ONID, 2009).

Busca-se implementar, por meio de parcerias, espaços multifuncionais em comunidades de baixo IDH, dedicadas a conhecimento e cidadania. Cada unidade contará com três espaços, sendo um reservado ao telecentro, e outros dois usados para módulos como biblioteca, auditório, oficina de reparo de equipamentos de informática, oficina de rádio, laboratório de ciência, além de um espaço para instituições bancárias em localidades afastadas (ONID, 2009).

A Lei N.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida popularmente como Lei de Acesso à Informação foi elaborada com a finalidade de garantir a eficácia do direito fundamental de acesso à informação. Para tanto, a norma define informação como dados que podem ser aplicados a fim de criar ou transmitir conhecimentos (BRASIL, 2011). No que se refere aos aspectos tutelados pela Lei N.º 12.527/2011 são as previsões, in verbis:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores (BRASIL, 2011).

À época, a internet já se tratava do principal meio de comunicação e transmissão de dados, e assim, o acesso ao bem jurídico tutelado pela Lei 12.527/2011 demandava uma regulamentação específica. Nesse sentido, a criação do Portal da Transparência se destaca dentre os maiores esforços emitidos por parte do Governo Federal. O website, que pode ser acessado através de qualquer aparelho com acesso à internet, assim, é possível visualizar a aplicação de diversas práticas públicas e recursos do Governo. Criado através do Decreto N.º 7.724, de 16 de maio de 2012, o Portal foi criado no sentido da garantia do direito fundamental de acesso à informação, viabilizando que a população fiscalize a aplicação dos recursos públicos. São as previsões do Decreto:

Art. 7º É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.527, de 2011.

§ 1º Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput.

§ 2º Serão disponibilizados nos sítios na Internet dos órgãos e entidades, conforme padrão estabelecido pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (BRASIL, 2012).

Quando bem organizada e difundida, a informação transforma-se em conhecimento, que no que lhe concerne, é um fator determinante para mudança na desigualdade social, inserção dos indivíduos excluídos e de distribuição de riquezas (SANTOS, 2009, p.1).

A infoinclusão demanda a realização de um projeto social a longo prazo, seja por meio das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento

sociocultural, seja pelo oferecimento de saberes ou ferramentas no âmbito do desenvolvimento nacional, trazendo melhores condições de melhoramento profissional e educacional na esfera das Tecnologias de Informação e Comunicação - TIC, “participação ativa do setor privado e de organizações governamentais nas iniciativas de universalização das TIC; e compromisso com a geração de novos postos de trabalho, tanto em quantidade quanto em qualidade” (NAZARENO, ET AL, 2007, p. 29).

Dentre os entraves ao pleno acesso à informação, importante destacar o oligopólio do conhecimento, importante consequência da globalização, que atinge não só a esfera política, mas também a acadêmica. Nesse interim, poucas organizações detém o poderio e o acesso ao saber, ao passo que os demais restam obstaculizados (NAZARENO et al., 2007). Por conseguinte, cabe ao Estado lançar mãos de esforços no sentido da distribuição de informação e acesso aos meios de comunicação digitais para todos os cidadãos brasileiros, o que se faz importante para a autonomia e soberania nacional (SANTOS, 2008).

3. Conclusão

O presente estudo adotou por objetivo analisar o direito fundamental do acesso à informação na contemporaneidade, contemplando, para tanto, a evolução histórica dos direitos fundamentais. Estes atributos jurídicos se voltam à tutela do próprio homem, defendendo seus direitos mais basilares do poder estatal. São resultantes da revolta popular contra o absolutismo monárquico, originária de nações com tradição anglo-saxônica, e com forte apoio nos ideais democráticos.

A doutrina subdivide os direitos fundamentais em três gerações, através do ponto de vista histórico, em virtude do momento da positivação.

Primeiramente, os direitos fundamentais se davam no plano das liberdades individuais, sendo oponíveis contra o Estado, incumbido de uma prestação negativa. Na segunda geração, a preocupação era a tutela de atributos socioeconômicos, trazendo a exigência de prestações positivas. Por fim, a terceira geração de direitos fundamentais se volta à coletividade, trazendo consigo a solidariedade e a fraternidade.

A sociedade da informação faz uso da tecnologia para transferir conhecimentos instantaneamente, substituindo a produção industrial pela criação de saberes, assim, cada pessoa passa a integrar uma rede global de comunicação e troca de informações. Nesse contexto, o acesso à informação passa a integrar o arcabouço dos direitos fundamentais, demandando a prestação positiva do Estado no sentido da sua implementação.

Para a infoinclusão no Brasil, órgãos da esfera federal, estadual e municipal devem colaborar para a implementação e correto funcionamento das mídias digitais como instrumento para o acesso à informação. Assim, munido destas novas tecnologias, o brasileiro poderá se instrumentalizar no sentido da obtenção de informação. Contudo, as desigualdades socioeconômicas impõem dificuldades à consolidação desta previsão constitucional, ao passo que o cenário de globalização vislumbrado na literatura enseja uma digitalização cada vez maior.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Campos, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 dez. 2022.
- BRASIL, Lei Nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 24/10/1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8248.htm. Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL, Lei N. 9.998, de 17 de agosto de 2000. Institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19998.htm. Acesso em: 1. Dez. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.991, de 27 de Outubro de 2009. Institui o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades - Telecentros.BR, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6991.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206991&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.991%2C%20DE%2027,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias. Acesso em: 07 dez. 2022.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. Decreto Nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm. Acesso em: 06 dez. 2022.

CANELA, Guilherme. Acesso à Informação e Controle Social das Políticas Públicas. Brasília: Andi, 2009. 136 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Coimbra: Almedina, 2003. 1506 p.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. Disponível em: <https://www.portaldatransparencia.gov.br/05>. Acesso em: dez. 2022.

COSTA, Cristina. Sociologia: Introdução à Ciência da Sociedade. 3ª ed. São Paulo: Moderna, 2005. 416p.

CRUZ, Renato. O que as Empresas Podem Fazer pela Inclusão Digital. São Paulo: Ethos, 2004. 110 p.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, 2007.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

GASPARETTO JUNIOR, Renato et al. A Sociedade da Informação no Brasil. Grupo Telefônica (São Paulo): Takano, 2002. 248 p.

GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. Globalização e o Comércio Internacional no Direito da Integração. São Paulo: Edições Aduaneiras; Lex, 2005. 396 p.

KANT, Immanuel. Resposta a pergunta: que é Ilustração? Trad. Artur Morão, 1784. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acesso em: 02 dez. 2022.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. 551 p.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1998.

NAZARENO, Claudio et al. Tecnologias da Informação e Sociedade: O Panorama Brasileiro. Brasília: Plenarium, 2007. 188 p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 4ª São Paulo: Método, 2009. 990 p.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, 760 p.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional dos direitos humanos. 3ª Curitiba: Juruá, 2006. 434 p.

SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09, jan./jun. 2007

SARLET, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2012.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez. 2022.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. Revista da Faculdade de Direito RFD UERJ, Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015

WOLKMER, Carlos. Fundamentos de história do direito. 3.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 400 p.

Artigo recebido em: 27/02/2023.

Aceito para publicação em: 08/08/2023.

Plataformas de *streaming* e o direito de acesso à Cultura: entendimentos e limites

Streaming platforms and the right to access Culture: understandings and limits

Ana Paula Bagaiolo Moraes¹
Pedro Lucas Comarella Schatzmann²

Resumo: A pesquisa abordou as possibilidades de utilização das plataformas de streaming como ferramentas de ampliação e efetivação do direito constitucional de acesso à Cultura. O método utilizado foi o dedutivo, com um recorte temporal vertical, encaixando-se no campo das ciências sociais aplicadas. Foi necessário uma análise histórico-conceitual da palavra Cultura, como também um estudo das plataformas de *streaming*, visando uma formulação capaz de distinguir estas plataformas de outros serviços. Unindo os dois pontos anteriores foi realizado um exame dos principais componentes de políticas públicas, como também uma breve análise de três dessas políticas. Todo este desenvolvimento tencionou um diagnóstico pertinente ao questionamento motivador da pesquisa.

Palavras-chave: Acesso à Cultura. Plataformas de *streaming*. Políticas Públicas.

Abstract: The research addressed the possibilities of using streaming platforms as tools for expanding and implementing the constitutional right of access to culture. The deductive method was employed, with a vertical temporal scope, falling within the field of applied social sciences. A historical-conceptual analysis of the term "Culture" was necessary, as well as a study of streaming platforms, aiming for a formulation capable of distinguishing these platforms from other services. By combining the two previous points, an examination of the main components of public policies was conducted, along with a brief analysis of three of these policies. This entire development generated a pertinent diagnosis to the research's motivating question.

Keywords: Access to Culture. Public Policies. Streaming Platforms.

1. Introdução

¹ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2011), Mestranda em Desenvolvimento Regional pela UNI-FACEF (2020), Especialista pela Fundação Armando Álvares Penteado em Direito do Agronegócio (2010) e Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2008). Atualmente é professora e atua nas áreas de Direito Civil (com ênfase em Parte Geral, Obrigações, Família e Sucessões) e Direito do Agronegócio.

² Estudante de Direito na Faculdade de Direito de Franca, no município de Franca, São Paulo. Intercambista na Universidade de Coimbra. Pesquisas voltadas para o campo de políticas públicas e direitos culturais.

O presente artigo é a síntese de um projeto de pesquisa que teve como motivação a pergunta: “poderiam as plataformas de *streaming* (a Netflix, por exemplo) ampliar o acesso à cultura, efetivando assim premissas constitucionais?”.

Tratou-se de uma pesquisa exploratória pois o tema e as respostas foram conhecidos conforme as investigações eram realizadas. No quesito temporalidade a abordagem foi vertical, pois a coleta de dados, seu tratamento e fundamentalmente o olhar – a abordagem – de pesquisa foi realizada tendo o presente como horizonte.

O método utilizado foi o dedutivo, elementar às ciências humanas, pois a premissa estava posta e restariam os esforços no sentido de retornar com uma resposta capaz de elucidar o problema proposto. Neste sentido, quando objetiva-se classificar esta pesquisa no quesito área do conhecimento, é patente estar o estudo localizado nas ciências sociais aplicadas, por ser um estudo do Direito, mas quanto à classificação específica enquadra-se num campo nascente da grande ciência jurídica, o dos “Direitos Culturais”.

Dois pontos essenciais tiveram de ser esclarecidos: o primeiro foi o termo Cultura, pois é uma palavra de muitos significados e interpretações. O segundo foi o de fixar o significado da expressão “Plataformas de *streaming*” inculcando nela uma acepção mais restrita, trazendo no contexto de sua aplicação uma maior clareza e rigidez teórica.

A importância do estudo está fundamentalmente na busca por soluções que visem dignificar as mais variadas manifestações culturais componentes da república brasileira, ampliando o acesso a elas por meio da tecnologia de *streaming*, oriunda da revolução técnico-científica do início do século XXI.

No mérito da questão motivadora, mostrou-se necessário analisar uma conceituação de políticas públicas, sendo os seus elementos internos esclarecidos, assim como três dessas políticas, resultando em um importante

embate de conceitos e um pertinente diagnóstico relativo à pergunta da pesquisa.

2. A que Cultura quer se ampliar o acesso?

A palavra CULTURA é muito presente na vida humana, utilizada cotidianamente, em pelo menos algum contexto, e dificilmente aparecendo duas vezes com o mesmo significado num mesmo dia. Palavra tão potente que grandes dicionários da língua portuguesa (como por exemplo Houaiss, Michaelis e Aurélio) trazem em média 10 definições, e logo em seguida aduzem ao seu potencial como radical de outras milhares de palavras.

Sobre a palavra Cultura é fascinante o primeiro comentário que o crítico literário Raymond Williams tece em seu livro “*Keywords: A vocabulary of culture and society*”³:

Culture is one of the two or three most complicated words in the English language. This is so partly because of its intricate historical development, in several European languages, but mainly because it has now come to be used for important concepts in several distinct intellectual disciplines and in several distinct and incompatible systems of thought. (Williams, 1985, p. 87. Grifos adicionados)⁴

Aponta-se que a Cultura é tão importante – e pluripotente – que figura no próprio subtítulo do livro de Williams, sendo, de certa forma, paradoxal e onipresente, definindo-se a si mesma num complexo emaranhado de relações lógicas, lente de análise e objeto desta.

As dificuldades de análise da palavra, então, ganham dimensão em dois pontos: o primeiro versando o estudo da evolução histórica dos sentidos da

³ Em português brasileiro recomenda-se a edição da Boitempo, com tradução de Sandra Guardini Vasconcelos. “Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade”.

⁴ “A cultura é uma das duas ou três palavras mais complicadas da língua inglesa. Isso se deve em parte ao seu intrincado desenvolvimento histórico em várias línguas europeias, mas principalmente porque ela agora passou a ser utilizada para conceitos importantes em diversas disciplinas intelectuais distintas e em vários sistemas de pensamento distintos e incompatíveis.” (Tradução própria).

palavra Cultura, de como ela tornou-se essa palavra polivalente, e como efetivamente ela pode existir nos dias de hoje; e o segundo sobre como se dá a aplicação desse termo em diversas ciências, filosofias e artes, sem que haja necessariamente uma correlação lógica entre o significado que elas conferem ao verbete.

No presente estudo é necessário abordar a problemática da Cultura sobre os dois aspectos, inicialmente realizando uma síntese da evolução do vocábulo, e mais adiante, se mostra mais latente, a aplicação que a palavra Cultura pode ter nos mais variados estudos da ciência jurídica.

Antes de adentrar-se a uma análise mais intrincada dos venturosos usos que esta palavra teve ao longo do tempo, mostra-se importante aduzir à vivência que o vocábulo tem na língua portuguesa em si, sendo assim é trazido à cena o verbete da palavra Cultura, e do importante vocábulo adjacente Culto – mais adiante ficará explícito o motivo desta aparição –, constante da obra “Dicionário etimológico da língua portuguesa” de Antônio Geraldo da Cunha:

Culto¹ *sm.* ‘orig. adoração ou homenagem à divindade em qualquer de suas formas, e em qualquer religião’ ‘ext. ritual’ XVI. Do lat. *cultus* -ūs || **Aculturação** XX || **Aculturado** XX || **Aculturar** XX || **culteranismo** *sm.* ‘excessivo apuro ou afetação no uso da linguagem’ 1899. Do cast. *culteranismo* || culterano *adj. sm.* ‘partidário do culteranismo’ 1899. Do cast. *culterano* || **cultivador** 1813. Adapt. do fr. *cultivateur* || **cultivar** *vb.* ‘orig. fertilizar (a terra) pelo trabalho’ ‘ext. aplicar-se ou dedicar-se a’ ‘ext. procurar manter ou conservar’ XVII. Do lat. med. *cultivāre* (cláss. *colēre*) || **cultivável** 1844. Adapt. do fr. *cultivable* || cultivado 1813. Dev. de *cultivar* || **Culto**² *adj.* ‘instruído, civilizado’ XVI. Do lat. *cultus*, part. de *colēre* || **cultor** *adj.* ‘o que cultiva’ XVII. Do lat. *cultor* - *ōris* || **cultural** *adj.* 2g. 1899. De *culto*¹ || **cultuar** XX. De *culto*¹ || **cultura** *sf.* ‘orig. ato, efeito ou modo de cultivar’ ‘ext. civilização’ XVI. Do lat. *cultūra*. Na segunda acepção, o voc. vem do al. *Kultur*, através do fr. *culture* || **cultural** 1881. Do fr. *culturel*, deriv. do al. *Kulturell* || **inculto** XIII. Do lat. *in-cultus* || **incultura** 1813.
⇒ **culto**¹ — **cultivação** | 1614 sgonç 1.274.12 || **cultivado** I *coltiuido* c 1539 jcasd 39.25 || **cultivável** | 1836 sc I. (Cunha, 2015, p. 194)

Digno de nota reforçar o conhecido fato de que o português é uma língua latina, deste modo, temos por evidência que o vocábulo moderno Cultura, no idioma de Camões, tem relações ainda mais estreitas com sua românica raiz.

Valioso, assim, destacar que para o Latim Clássico a raiz de *Cultura* advém do Latim Arcaico *Colĕre* (cujo significado é o de colher e cultivar, designando atividade agrícola no geral), tendo por intermediário a derivada *Cultus* (em português o moderno lexema “culto”), esta por sua vez com duas acepções: a de adoração a divindade, e por extensão o ritual em que se pratica esta atividade; e a de pessoa instruída ou civilizada. Neste último sentido é que se encontra um dos maiores focos de debate em torno do vocábulo *Cultura*, posto que a conjunção dos significados (e por sua vez, a também complexa história) da palavra civilizado com culto, geram na palavra *Cultura* a significação de algo que torna um indivíduo instruído, ou é a presença da característica “*Cultura*” que eleva uma civilização (esta última, neste caso, tendo o sentido principal de “coletivo de civilizados”).

Seguindo esta consideração é possível comentar como o vocábulo *Cultura*, em um de seus sentidos, passa a representar a ideia de artes, saberes e ciências de um povo (igualmente o exercício das mesmas); tendo seu sentido primordial ligado ao conceito de cultivo e crescimento, quando da interação de civilizado com culto, também incute-se, por extensão, no lexema, a ideia de produção desses elementos supracitados como sendo o motivo da presença ou não de *Cultura* em um coletivo de indivíduos, concomitantemente surge a premissa de que o detentor de “*Cultura*” é pessoa culta e civilizada, e pelos desgastes – ao longo do tempo – destas noções é que *Cultura*, através da sinonímia, passa também a representar dentro de si arte, saber e ciência.

Os sintéticos parágrafos acima já demonstram quão árdua é a tarefa de se traçar uma linha temporal da existência desta labiríntica entrada de dicionário, pois as suas relações com outras igualmente importantes palavras do cotidiano a inserem numa cadeia de lógicas, não necessariamente coesas, amplamente complexa e cada vez mais expansiva e derivativa. Por essa razão

é que Terry Eagleton, em clara alusão à Williams, em seu livro “*The idea of Culture*”⁵, inicia seu texto com o seguinte parágrafo:

‘Culture’ is said to be one of the two or three most complex words in the English language, and the term which is sometimes considered to be its opposite – nature – is commonly awarded the accolade of being the most complex of all. Yet though it is fashionable these days to see nature as a derivative of culture, culture, etymologically speaking, is a concept derived from nature. (Eagleton, 2000, p. 7, Grifos adicionados)⁶

É essencial asseverar que não necessariamente todas as línguas possuem esta complexa palavra, mas da perspectiva do oeste global, temos a onipresença dela, fato evidenciado, por exemplo, pelo paralelo histórico que pode ser traçado entre as línguas inglesa, espanhola, francesa e alemã com a portuguesa, e que traz uma similar ficha de existência e uso do lexema Cultura, restando assim muito úteis a visão dos estrangeiros pensadores citados, e a fatídica conclusão que Cultura é uma das duas ou três palavras mais complexas da língua portuguesa.

Assim sendo, profícuo é realizar um breve levantamento dos significados que a palavra Cultura teve em alguns nichos do pensamento humano, notadamente a Filosofia, a História, a Antropologia e a Sociologia. É digno de nota que vagarosos debates ainda ocorrem nestes campos, mas a linha mestra que cada um - munido de suas peculiaridades – utilizou para objetivar a aplicação da palavra Cultura em seus estudos, mesmo que o conceito desta continue em mutação dentro das próprias disciplinas, já propiciaria um grau mais elevado de discernimento sobre a lexema em

⁵ Em português brasileiro recomenda-se a edição da Editora Unesp de 2003, com tradução de Sandra Castello Branco. “A ideia de Cultura”.

⁶ “Diz-se que ‘Cultura’ é uma das duas ou três palavras mais complexas da língua inglesa, e o termo que é considerado às vezes como seu oposto - natureza - é comumente reconhecido como o mais complexo de todos. No entanto, embora seja moda nos dias de hoje ver a natureza como um derivado da cultura, cultura, etimologicamente falando, é um conceito derivado da natureza.” (Tradução própria)

disputa, o que favorece eventual crivo e posicionamento do vocábulo no âmbito exclusivo da ciência social aplicada que é o Direito.

Guilherme Varella, pesquisador da área de direitos culturais, em semelhante labuta de definir a história da palavra Cultura, em comentário à obra do professor José Afonso da Silva “A organização constitucional da Cultura”, tece a ponderação de que a filosofia enxerga o conceito de Cultura pelo “prisma da interação entre Cultura e Natureza” (Varella, 2014, p. 38), válido frisar a já explicitada relação etnológica do vocábulo com *Colère*, por consequência colheita, além de reforçar a anterior citação de Eagleton, onde o destaque recai agora na locução “*and the term which is sometimes considered to be its opposite – nature*” (Eagleton, 2000, p. 7) a qual reforça intensamente a dicotomia Cultura-Natureza.

A filósofa Marilena Chauí em seu “Convite à filosofia”, igualmente buscando demarcar o conceito da palavra Cultura, traz a vital pontuação:

À medida que este segundo sentido [o oriundo da interação entre culto e civilizado] foi prevalecendo, além de ‘civilização’, cultura passou também a significar a relação que os seres humanos socialmente organizados (isto é, civilizados) estabelecem com o tempo e com o espaço, com os outros seres humanos e com a natureza, relações que se transformam no tempo e variam conforme as condições do meio ambiente. Agora, cultura torna-se sinônimo de História. (Chauí, p. 309. 2010. Marcação e nota adicionados)

Esta anotação conduz a ainda outro sentido deste enredado verbete, Cultura é também História. Diversos debates foram originados em decorrência desta acepção, Kant, Hegel, Marx, e tantos outros pensadores debruçaram-se sobre a relação do tempo, do homem, dos homens e da Cultura, inclusive sendo esta querela uma das molas propulsoras da ciência histórica. Nesta sequência, ela própria não tratou, inicialmente, de gerar um sentido particular para a aplicação do vocábulo Cultura em seus estudos, hora pois, como asseverado, ela própria é Cultura.

Destarte, História como ciência ocupou de se distinguir daquele verbete e das outras disciplinas acadêmicas, tarefa que, um dos fundadores da

moderna historiografia propriamente científica, Marc Bloch em seu livro “A apologia da História” se dedicou quase que exclusivamente. Precípua, portanto, apresentar sua definição desta gnose: “A ciência dos homens no tempo” (Bloch, 2001, p. 55) refletindo sobre a própria existência destes homens, buscando “compreender o presente pelo passado e o passado pelo presente” (Bloch, 2001, p. 25).

Chauí perpassa sucintamente o debate do parágrafo acima, mas visando realizar um claro recorte para os usos que a palavra Cultura tem em seu próprio campo de estudos, delimitando que na Filosofia é adotado por base a significação decorrente das reflexões de Kant, nas palavras da pensadora:

Com Kant, consolida-se a ideia que Natureza é o reino da casualidade ou da necessidade enquanto a cultura é o reino da vontade humana, da ação dotada de finalidade e da liberdade, tais como se exprimem na ética, na política, nas artes, nas ciências e na filosofia. (Chauí, 2010, p. 309,-Grifos adicionados)

Munidos das aplicações do vocábulo Cultura analisadas até o momento, acaba-se reforçando a asserção geral anteriormente feita de que é a relação entre Culto e Civilizado, por extensão do arcaico sentido de colheita existente no núcleo do verbete, gera a significação desta como sinônimo, ou elemento produtor de artes, ciências e saberes.

É por este caminho que os primeiros antropólogos caminharam, tentando melhor compreender a interação e embate entre aquele par de substantivos, Varella (2014, p. 35) assevera que a “antropologia tenta, então, superar a dicotomia entre cultura e civilização justamente equiparando-as, tratando-as como sinônimos”.

Nesta toada, é que Edward Burnett Tylor é inserido, pois como diz Celso Castro (2005, p. 9) “Tylor é por muitos considerado o pai da antropologia cultural por ter dado pela primeira vez uma definição formal de cultura”, esta definição por sua vez é inserida no primeiro volume da obra intitulada “*Primitive Culture*”, na qual em suas próprias palavras, constantes do prefácio da primeira edição, o pensador intentou “realizar uma investigação

da Cultura em outros ramos do pensamento e da crença, da arte e dos costumes”⁷ (Tylor, 1920, p. 1).

De pronto, já é curiosa a relação que antropólogo fez nestes pares pensamento-crença e arte-costume, indo ela de encontro com as aplicações anteriormente realizadas do termo Cultura, contudo a preocupação do cientista é outra, a de restringir esta palavra a uma aplicação precisa. Neste sentido a Antropologia acaba, inicialmente, adotando a definição de Tylor, sendo ela:

Culture **or** Civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom and any other capabilities and habits acquired by man as member of society. (Tylor, 1920, p. 1, Grifos adicionados)⁸

Digno de destaque, que esta definição, em si, admite a realização de um recorte para um determinado sentido, notadamente um que é derivado da interação entre culto e civilizado, sendo similar, no tocante a sua extensão, ao ensino de Chauí anteriormente citado. Válido também o friso que foi feito da palavra *Law* (lei), pois de plano o antropólogo passa a inserir ela dentro da Cultura, como produto desta, o que para um estudo do ponto de vista do Direito é relevante. Neste sentido, Celso Castro faz importante apontamento quando analisa este trecho da obra de Tylor:

Deve-se ressaltar, no entanto, algo muitas vezes esquecido nas inúmeras citações desde então feitas dessa frase: que Tylor fala de cultura ou civilização. Ao tomar as duas palavras como sinônimas, a definição de Tylor distingue-se do uso moderno [na antropologia] do termo cultura (em seu sentido relativista, pluralista e não-hierárquico) [...] Cultura, para Tylor, era palavra usada sempre no singular, e essencialmente hierarquizada em "estágios". (Castro, 2005, p. 8. Notas e grifos adicionados.)

⁷ No original: “*carry on the investigation of culture into other branches of thought and belief, art and custom*”.

⁸ “Cultura ou Civilização, considerada em seu amplo sentido etnográfico, é o conjunto complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo ser humano como membro da sociedade.” (Tradução própria).

O que o pensador intentou nesta advertência é esclarecer que o uso feito deste conceito, por vezes, leva a uma concepção evolucionista, gerando um entendimento de que existe uma relação de superioridade e inferioridade num encontro entre diferentes civilizações. Contudo, a ciência antropológica já visou superar esta questão, como o próprio Castro aduz no período acima, restando eliminada a hipótese de hierarquização entre civilizações e suas Culturas.

Em uma abordagem própria sobre a palavra Cultura, e partindo da visão puramente sociológica, Williams, num estudo que visava compreender a postura dos sociólogos ante aquela lexema e quais os usos empregados do vocábulo, traz que a definição geral de Cultura para a Sociologia é:

Sistema de significações mediante o qual necessariamente (se bem que entre outros meios) uma dada ordem social é comunicada, reproduzida, vivenciada e estudada. (Williams, 1992, p. 13. Ênfase adicionado)

Nítido é o espaço que separa esta conceituação das antecedentes, o foco no elemento propulsor da sociologia, qual seja o estudo das instituições, é mais proeminente, este conceito de Cultura acaba, de certo modo, sendo o mais restrito.

Culmina nesta definição um processo onde Cultura passa a representar a estrutura que compõe uma determinada realidade material, incorporando as artes, saberes e ciências de uma sociedade, mas também a estrutura que permite a reprodução destes elementos, dando manutenção, ou permanência, a um ordenamento social já posto, o contraste com o conceito antropológico – onde o essencial era a reunião de elementos adquiridos pelo indivíduo em si, e pelo homem na sociedade – permite a visualização de uma maior dinamicidade na aplicação do lexema realizada pelos sociólogos.

Entretanto, para que se possa plenamente compreender os usos da palavra Cultura no ocidente, interpelando a análise acima com elementos observáveis na atual conjuntura material, é vital trazer à voga a palavra Latina *Puericultura*.

Esta lexema é originada da junção de duas palavras, *Cultura + Puer*, onde este significa menino (*puera* sendo menina), mas por extensão, quando utilizada na forma Latina agênero *pueri*, passava a ter o sentido de infância. Nesta combinação a palavra significava, portanto, “o cultivo do corpo e da alma das crianças”, sendo uma tradução do conceito helênico *Paideia*. Chauí (2010, p. 308), comentando esta palavra, aduz que Cultura acaba absorvendo este conceito, passando a ter a acepção de “aprimoramento da natureza humana pela educação em sentido amplo”.

A conclusão que se pode obter, partindo destes conceitos, com farta história, e amplas diferenças, é que o núcleo da palavra Cultura, repousa no somatório de significações oriundas entre a interação de civilizado com culto, consistindo o lexema de uma alusão à totalidade de artes, saberes e ciências de um povo, incluindo a realidade material que lhes é inerente, perpassando as estruturas relacionadas a preservação e propagação destes elementos, não sendo a Cultura de um povo hierarquizada em relação as demais – logo é possível falar em Culturas e civilizações de forma plural e abrangente, como constatarem alguns antropólogos – onde uma pode interagir e expandir ao ter contato com outra, e através do tempo é factível constatar mudanças ao longo da história própria de um povo e de uma história coletiva da humanidade, sendo a força propulsora desta movimentação a busca do aprimoramento social e individual pela educação.

Contudo, para que a Ciência Jurídica possa fazer algum uso desta palavra, é fundamental que elabore um conceito próprio de Cultura, demarcando e inserindo neste polissêmico lexema, características próprias de seu método de analisar o mundo, e assim como fez a Sociologia – na qual o conceito foi elaborado partindo do objeto principal de estudo desta ciência, as instituições – o Direito deve perseguir o mesmo caminho, sendo o seu objeto as Normas.

Foi esta tarefa que nos anos 90, um então estudante de Direito, Francisco Humberto Cunha Filho, explorando a recém promulgada Carta

Magna da República do Brasil, e fascinado pelo tema da Cultura – trabalhava inclusive como servidor da Secretaria de Cultura de seu Estado, o Ceará –, tendo sua formação e vida acadêmica dedicadas à complicada palavra, doutorando-se e tornando-se professor nos estudos entre Cultura e Direito. É um dos mais influentes pensadores na área, sendo o primeiro catedrático de uma cadeira acadêmica voltada exclusivamente aos direitos culturais no Brasil, concentrou seus principais estudos no intento de moldar um conceito jurídico de Cultura, sendo o norte de suas análises a Cultura pelo ponto de vista da norma e vice-versa.

Em sua seminal tese de mestrado, nomeada “Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro” dedicou um capítulo inteiro ao estudo da palavra Cultura. O pensador, ao tempo de seus primeiros estudos, notou que “não há uma construção doutrinária sobre aquilo que vem sendo designado como ‘direitos culturais’” (Cunha Filho, 2000, p. 18), sua observação holística da ciência jurídica permitiu que vislumbrasse esse vácuo teórico, sentiu-se então impelido a compreender a origem desse vazio e preenchê-lo, contudo, antes, era necessário entender a história do próprio vocábulo Cultura.

Na abordagem histórica que realizou, pouco divergiu àquela constante anteriormente, contudo é interessante apontar que o seu ponto de partida teve origem na própria ciência jurídica, e a ela retornado, pois compreendeu que “cultura é tema de preocupação particular das ciências sociais, e seu conceito para elas é tão importante que pode ser comparado às noções de evolução e gravidade para a biologia e a física” (Cunha Filho, 2000, p. 23), sendo então necessário que um conceito fosse desenvolvido.

Após eloquente lucubração, apoiada principalmente nos escritos de José Luis dos Santos, Peter Habërle e Werner Jaeger, arguiu que uma definição de Cultura interessante para o mundo jurídico seria “a produção humana vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um de seus indivíduos” (Cunha Filho, 2000).
Notaria,

contudo, que tal definição carecia de um elemento fundamental para que pudesse ser vinculada a qualquer futuro estudo do Direito: uma relação explícita com as normas. Logo, em sua tese doutoral passou a definir o conceito jurídico de Cultura como:

a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos. (Cunha Filho, 2004, p. 53)

Nesta definição é possível observar um cuidadoso recorte dos elementos essenciais que devem ser aduzidos em qualquer ideia que se cogite chamar de Cultura, e a cautelosa, mas basilar, inserção de um regulamento normativo, é um enquadramento primoroso de diversos elementos complexos.

Comentando sobre este conceito Varella (2014, p. 44) fez a seguinte anotação:

Essa conceituação, inédita e sintética, se não exaustiva e possivelmente ainda pendente de complementações, dada à boa concatenação de ideias e conceitos, de várias escolas e, principalmente, em virtude da boa assimilação de princípios eminentemente jurídicos será utilizada como referencial neste trabalho. Ressalta-se que, longe de qualquer pretensão dogmática, trata-se de uma delimitação de ordem prática e, assim, passa-se a considerá-la não como “a” definição, mas como “uma” definição jurídica de cultura.

Concorda-se com a colocação acima e similarmente será utilizado este conceito no presente estudo, justificando-se tal posicionamento pelo vagaroso destaque que a definição do professor Francisco Humberto Cunha Filho, em sua tese doutoral, deu à Norma jurídica apresentando-se valiosa a qualquer análise científico-jurídica que se possa pretender neste viés.

Válido reforçar que ambas as definições não são imutáveis e restritas a um estudo isolado, não se configuram como figuras retóricas ideais, admitindo alterações, complementações e sendo passíveis de evoluir, e que, entre os mais variados aspectos da palavra Cultura, trazem em si noções que são de grande importância para o Direito.

Assim sendo, dentro do escopo pretendido por este trabalhado, fixa-se que a palavra Cultura e quaisquer conceitos relacionados ou derivados tem

ligação com esta última definição apresentada e não pretende-se que seu uso seja limitador de inovações, mas sirva como uma mola propulsora à novas ideias quanto ao que pretende-se estudar: A possibilidade do uso de plataformas de *streaming* na ampliação do acesso à Cultura, sendo esta – agora entendida – como a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos.

Deste modo quando se diz “a que Cultura quer se ampliar o acesso?” a resposta é este conceito, restrito aos horizontes do Direito, moldado por uma essência normativa, mas cujo fim prático e último é o aprimoramento e a dignidade dos indivíduos e da coletividade.

3. Afinal, o que são plataformas de *streaming*?

Quando se fala em esponjas de aço, no Brasil, o nome que se pensa é Bombril, de mesmo modo que quando fala-se em Gillete, todos pensam em lâminas de barbear, idem o que se sucede com a palavra Yakult, que passou a simbolizar leite fermentado, este é o processo de metonímia, onde algo específico passa a significar toda uma classe de itens por uma relação lógica de proximidade entre os termos. De mesmo modo procede-se com o termo “*streaming*” e “plataforma de *streaming*”, prontamente pensa-se na empresa Netflix. É fundamental, pois, compreender como operou-se tal processo.

A empresa existe desde 1997, tendo sido fundada nos Estados Unidos, como um serviço de aluguel de filmes e séries armazenados no formato físico *Digital Versatile Disc* (DVD; Disco Versátil Digital), onde um indivíduo realizava o pedido pelos correios e alguns dias depois recebia o disco em sua casa, após alguns anos, em 2002, o pedido já poderia ser feito pela internet, entretanto ela sofria para gerar receita no início do milênio, passando seus primeiros anos de operação no vermelho.

Contudo, o grande salto veio em 2007, quando implementou em seu site a possibilidade de assistir um filme ou série imediatamente, através da tecnologia chamada *streaming*. Esta permite que um usuário da internet se conecte a um servidor e passe a realizar um fluxo constante de pacotes de dados entre as duas partes – dispositivo do usuário e servidor da empresa – permitindo a exibição síncrona de um conteúdo que imediatamente se esvai, não ficando armazenado no dispositivo receptor⁹.

A *Netflix* não foi a primeira a realizar o uso dessa tecnologia, sendo o título concedido ao site *YouTube* (que implementou *streaming* no site em 2005), contudo tal tecnologia acabou tornando-se indissociável daquela, muito possivelmente por ela ter deixado claro que o mundo passava por uma transição da era da mídia física para uma era de mídia digital. Através deste novo sistema de entrega imediato de seus produtos – os conteúdos de audiovisual – a empresa passou a ter um considerável número de assinantes, e posteriormente passaria a dominar o mercado, inclusive, no ano de 2018 ultrapassou a *Disney*, como companhia de mídia com maior valor do mundo (segundo reportagem do veículo G1)¹⁰.

Com isto, pode-se melhor compreender como operou esta associação intrínseca entre o termo *streaming* e a empresa *Netflix*, esta por conta de sua trajetória histórica acabou sendo a corporificação de um serviço de mídia audiovisual através da rede de computadores, serviu de inspiração, molde e principal rival de todos os outros serviços e atividades que operaram e operam num mesmo mercado, podendo-se até arguir que esta empresa criou tal mercado.

Deste modo é inconcebível analisar plataformas de *streaming* sem tomar a *Netflix* como modelo, e assim é preciso proceder numa análise que

⁹ A historiografia da empresa *Netflix* está disponibilizada no site de repositório de marcas e análises de investimento “*Fundinguniverse*”.

¹⁰ Como estes dados são baseados em oscilações do mercado não é possível afirmar que a *Netflix* permanecerá como a maior, mas serve a título de exemplificação para demonstrar que a empresa cresceu a tal ponto de ser considerada uma forte líder de mercado, e ferrenha implementadora de políticas hegemônicas.

englobe características vitais a este serviço, mas que possibilite uma distinção clara deste mercado supramencionado, melhor delimitando quais atividades ou serviços podem ser entendidos como plataformas de *streaming* e quais não.

É possível uma confusão entre a expressão *Video on demand* (VOD, vídeo sob demanda) e *streaming*, sendo ela originada principalmente quando a análise parte do tipo de conteúdo disponibilizado. O ponto essencial é que *streaming* refere-se à tecnologia pela qual se faz a transmissão dos dados, não importando a natureza deles, sendo o traço distintivo o estabelecimento de uma transmissão de pacotes síncrona entre um dispositivo e um respectivo servidor, como um rio de dados que flui entre a nuvem(servidor) e a casa do destinatário.

Em contrapartida *Video on demand* possui duas acepções: a primeira e mais antiga refere-se a tecnologia que permite a decodificação de um dado para a exibição, em um dispositivo receptor, de um conteúdo estritamente audiovisual; já a segunda acepção versa serviços que permitem a um cliente a escolha de um conteúdo específico, a qualquer tempo e quando desejar, para a reprodução em seu dispositivo, podendo este conteúdo ter natureza audiovisual ou auditiva.

Assim, uma das confusões mais possíveis de suceder são relativas a esta segunda acepção de VOD, pois neste sentido o conteúdo que está sendo reproduzido pode ocorrer através de uma plataforma de streaming, mas não necessariamente, pois existem outros tipos de serviço que fornecem vídeos sob demanda, cabível como exemplo aqueles disponibilizados através de uma operadora de televisão por cabo. Logo, nem todo VOD tem relação com *streaming* e vice-versa, mas muitas das plataformas de *streaming* tem como essência serem capazes de VOD, incluindo a paradigmática *Netflix*.

Outro ponto digno de destaque é uma breve apresentação das nomenclaturas “negócios de audiovisual” e “plataformas digitais”, as quais são utilizadas em diversos estudos que versam analisar atividades relacionadas à disponibilização de conteúdo audiovisual na internet (v.g.:

Canassa, 2020; Ladeira, 2012; Moschetta, Vieira, 2018; Pinheiro, 2022; Valiati, 2020; Teixeira, 2015).

A primeira, negócios de audiovisual, é deveras interessante e seu emprego ocorreu em estudos paralelos à mudança entre uma era de mídia física para uma era de mídia digital, é oriunda principalmente da ciência da comunicação, e sua fundamentação era a comparação que se fazia entre a *Netflix* (já capaz de *streaming*), *Spotify* e outros serviços como o de aluguel e venda de DVDs, VOD's de empresas como a Net (atual Claro) e outros meios legais de obtenção de conteúdo. Tal nomenclatura é genérica, sendo o foco de análise a presença de uma determinada empresa no mercado audiovisual e como a relação de consumo era estabelecida, não importando a natureza do conteúdo.

Já a segunda, plataformas digitais, coloca em foco a natureza de pertencimento ao mundo digital dessas propagadoras de conteúdo, sendo os estudos orientados para as modificações que a interação no próprio mundo virtual gerou entre os indivíduos, estes em relação ao conteúdo consumido, e ao próprio conteúdo e seu processo de produção.

Há ainda uma terceira nomenclatura de extrema valia, a “serviços culturais-digitais”, elaborada pelo Professor Elder Patrick Maia Alves, e utilizado em seus variados estudos, neles o enfoque de sua análise é a relação entre um mercado de conteúdos audiovisuais, com caráter cultural (neste sentido aquela acepção oriunda da sociologia, mas que aceita também um enquadramento pelo conceito jurídico), e a criação de serviços para atenderem a esta demanda através do meio digital. Em seus estudos acaba por elevar serviços capazes de disponibilização de conteúdo através de *streaming* ao pináculo das plataformas digitais que realizam serviços culturais-digitais, cuja definição: “Os serviços culturais-digitais são serviços que ofertam conteúdos de arte, entretenimento e cultura, por meio de modelos de negócios específicos, desenvolvidos por empresas e plataformas digitais.” (Alves, 2019, p. 141)

Contudo, quando se pensa em plataformas de *streaming*, além de serem estes serviços digitais-culturais, quando se observa o problema por outros ângulos resta evidente que há uma clara distinção entre serviços cujo acesso é livre, talvez por ser financiado através de anúncios, talvez por ter o objetivo de propriamente constituir um espaço de livre acesso e obter renda através de doações, e outros tipos de serviço cujo acesso seja permitido somente após o pagamento.

Nesta conjectura surgem muitas alterações sobre qual a aplicação exata de cada um dos termos acima, e quais conceitos melhor se amoldam para cada situação. É preciso prosseguir, e esclarecer um último termo, “plataformas”, antes que seja possível organizar todas estas possibilidades em um sistema coeso de informações.

Para o presente estudo, este termo pode ser entendido por duas perspectivas relevantes: a de fluxos e fixos¹¹ ou a de sociedade em rede¹². Naquela temos as “plataformas” como sendo um elemento fixado, criado para a propagação de novos fluxos – agora na virtualidade, esta própria um grande fluxo, constituído e mantido somente pela intervenção humana e o constante domínio de uma técnica hegemônica, removida a ação humana, e suas motivações e desejos, cessa a existência da virtualidade – sendo estes fluxos não exclusivamente o indivíduo que se movimenta para acessar a plataforma, mas também a informação, o produto cultural que ele consome, a interação que tem com outros consumidores e com a plataforma em si, é a formação de um “espaço” de suporte para fluxos¹³; Já na perspectiva de sociedade em rede, a plataforma seria colocada na posição de nodo, ponto de encontro estável de

¹¹ Par conceitual elaborado pelo geógrafo Milton Santos para explicar o espaço.

¹² Nomenclatura elaborada pelo sociólogo Manuel Castells para explicar seu modelo teórico de globalização.

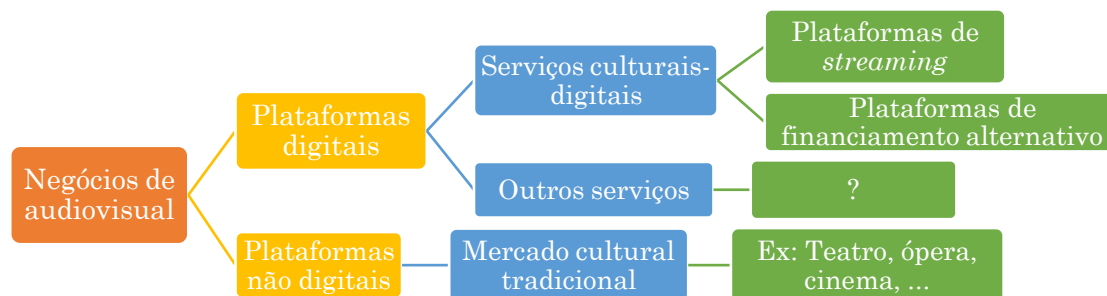
¹³ Barros, em estudo sobre este par conceitual, nomeia este tipo de fixo de “condutor”, além de exemplificar: “O fluxo não é a rede de fiações, mas sim a eletricidade que nela circula, ou as mensagens que a atravessam de um para o outro lado entre dois telefones” (Barros, 2020, p. 497)

várias redes e onde a informação passa ser redistribuída e re-circulada a partir dele.

Ambos os posicionamentos são válidos, se não complementares, dadas as visões que cada pesquisa pode engendrar, e no prisma deste estudo o foco repousa na conceituação de plataformas quando colocadas como elementos fixados na virtualidade, uma tentativa de transposição de espaços físicos específicos como o “cinema” ou “teatro” para “salas de estar” inefáveis, atemporais e inomináveis.

Foram apresentados, até o momento, os termos “negócios de audiovisual”, “plataformas digitais”, “serviços culturais-digitais” e uma explicação geral sobre “plataformas”, destarte faz-se mister apresentar melhor o posicionamento de cada terminologia dentro de um mesmo sistema, tarefa que pode ser melhor realizada visualmente:

Imagem 1: Um possível organograma terminológico considerando os conceitos abordados



Fonte: elaboração própria.

Com a imagem é possível apresentar de forma mais clara, e coesa as relações de nomeação e conceituação entre os termos, além de formalizar o espaço de argumentação para cada possibilidade, frisa-se que muitas vezes os termos podem ser intercambiados se uma fundamentada contextualização ocorrer, logo, assim como na física, cada lente irá gerar uma certa imagem acompanhada de distorção, não sendo por isto, necessariamente errôneas.

Quanto à própria nomenclatura “plataformas de *streaming*” o que se põe em debate é como seria possível distingui-la da conceituação “serviços culturais-digitais”, posto que nestes a própria tecnologia de *streaming* é

elemento distintivo, e quando se confronta uma plataforma como a *Netflix* com uma plataforma aos moldes do *Youtube*, ambas utilizadoras da mesma tecnologia base, igualmente sendo VODs, a diferença é consideravelmente sutil, conquanto o fato de serem plataformas não há querela.

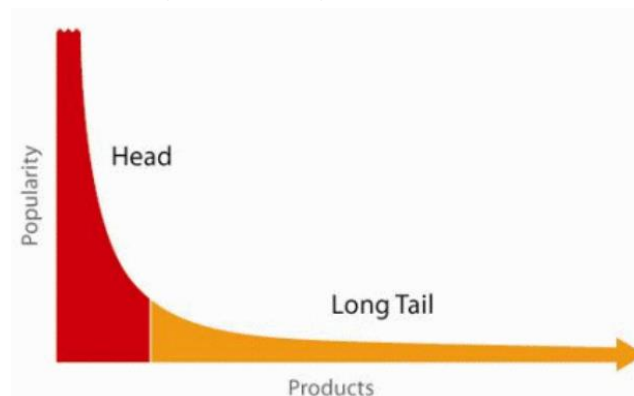
Um dos pontos de distinção, é o modo como são granjeadas as receitas de cada uma, o primeiro modelo é de subscrição, no qual paga-se uma taxa para que seja realizado um contrato de prestação de serviços de entretenimento por um período determinado, já o segundo modelo de negócios é orientado pelo arrecadamento de valores através da veiculação de anúncios em espaços pré-determinados na própria plataforma, entretanto é possível cogitar outras formas de financiamento, ainda que exemplos não sejam fáceis de localizar.

Desta forma, o posicionamento que este estudo adota, é que para plataformas nos moldes do arquétipo *netflixiano*, sejam elas especificamente referidas como *plataformas de streaming* – alternativamente pode ser adicionado a extensão “*por subscrição*” à nomenclatura para aumentar a exatidão terminológica – por historicamente estarem associadas à um modelo de negócios possibilitado somente por esta tecnologia, onde a constituição do serviço foi especificamente voltada para a curadoria de títulos condicionada ao pagamento de uma taxa de subscrição.

Quanto a este fator curadoria, é essencial trazer à voga o conceito do fenômeno cauda longa, conceitualizado pela primeira vez por Chris Anderson (2006). Este fenômeno retrata o conceito de armazenamento, disponibilização e curadoria de informações em espaços da virtualidade aparentemente “infinitos”, onde conteúdos são organizados por nichos, e os mais populares tendo um número maior de acessos e os menos populares um número mais diminuto. Quando tal descrição é organizada em um gráfico de eixo X e Y, no qual Y seria o número de acessos e X cada nicho existente naquele repositório, e o quesito popularidade fixado no ponto de origem, formar-se-ia uma cabeça

com uma elevação considerável e após uma “longa cauda”, teoricamente infinita:

Imagem 2: A longa cauda



Fonte: Anderson, 2006, p. 19 (adaptado)

O conceito de cauda longa é amplamente disputado (Benghozi; Benhamou, 2010; Netessine; Serguei; Tan, 2017), mas ainda assim prova-se de interesse pois demonstra as capacidades que estas plataformas de *streaming* tem de ofertarem uma vasta gama de produtos para consumo, e é igualmente importante que este espaço seja controlado pela empresa, ampliando-o ou diminuindo-o conforme seus interesses e necessidades, tendo o consumidor discreta influência no padrão geral da empresa, diferentemente de serviços como *YouTube*, onde o consumidor é que determina os tópicos de sucesso, influenciando amplamente no funcionamento do serviço e no tamanho de seu acervo.

Logo, foram identificados alguns elementos essenciais às plataformas de *streaming* – agora entendidas já numa conceituação mais restrita – e que permitem a diferenciação na vasta gama de serviços existentes. São eles: Portabilidade, a qual refere-se à necessidade de uma plataforma ser passível de funcionamento em quaisquer dispositivos capazes de conexão com a rede; Taxatividade, refere-se à necessidade de uma subscrição *obrigatória* para que o acesso seja liberado; Exauribilidade ou instantaneidade, refere-se ao esgotamento do produto assim que ele é usufruído, sendo os dados não armazenados no dispositivo (aqueles que permitem o download de um

conteúdo, para posterior exibição offline, o fazem criptografando os dados, situação em que não é possível o livre acesso e exibição fora da plataforma); Capacidade de cauda, para ser uma genuína plataforma de *streaming* é necessário que o serviço tenha um acervo de proporções homéricas, abarcando nichos dos mais variados, mas que ainda assim a curadoria desse acervo seja realizada pela própria empresa e não pelos usuários.

Neste sentido é possível consolidar todo o debate anterior na seguinte fórmula: Plataformas de *streaming* são serviços culturais-digitais de audiovisual, constituídos com finalidade especificamente lucrativa, mediante expressa cobrança de taxas, escalonadas ou não, onde a apresentação do conteúdo se dê através da tecnologia *streaming* sendo estes recebidos e exauridos instantaneamente em tempo real de consumo, curados por um núcleo empresarial dedicado, e caso armazenados no dispositivo só possam ser acessados através da plataforma, rendendo-se inúteis se separados dela.

É necessário ressaltar que os elementos aqui trabalhados, e conceituações feitas, tendem a não serem exaustivas e claramente passíveis de modificações, melhoramentos e adaptações, sendo um dos objetivos finais deste trabalho, elaborar elementos capazes de aptamente descrever e responder a pergunta motivadora, destarte quando ocorrer uma referência terminológica a uma plataforma de *streaming* tratar-se-á do conceito apresentado anteriormente.

4. Podem, portanto, as plataformas de *streaming* ampliar o acesso à Cultura?

A pergunta título desta seção tem o intuito de evocar um caminho, uma ponte, entre as plataformas de *streaming* – agora já confinadas as definições tratadas anteriormente – e a concretização de um direito inscrito na Constituição Federal do Brasil. Destarte, tal ponte é compreendida pela

ciência jurídica como uma “Política Pública”, pois trata-se de um movimento do Estado visando um determinado fim, *in casu* ampliar o acesso à Cultura.

Deste modo, faz-se mister compreender, de modo geral, como são definidas políticas públicas e sua relação com o Estado, além de apresentar algumas dessas políticas que estão em vigor no campo cultural do país, efetivamente moldando-o no cenário hodierno.

A palavra Estado teve diversas significações ao longo da História, e é notória que sua relação com a ciência jurídica está em nível celular, sendo tarefa excessivamente complexa gerar definições para uma, sem que a outra esteja presente; o estudo das normas implica necessariamente na compreensão da eficácia das mesmas, e para tanto é imperioso a existência de um poder coercitivo sendo este exercido por um Estado.

Muitos foram os pensadores que refletiram sobre a temática, e os campos do pensamento humano como Ciência Política, Sociologia, Economia, Filosofia e o próprio Direito tiveram desdobramentos singulares sobre uma definição de Estado, ainda assim não se pode dizer que há uma definição correta ou única.

Considerando esta perspectiva traz-se a conceituação generalizante apresentada por Paulo Nader (2020, p. 130, grifo adicionado) em sua Introdução ao Estudo do Direito: “Estado é um complexo político, social e jurídico¹⁴, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de um poder autônomo.”

Logo, quando se posiciona a figura do Estado como objeto de estudo é possível tomá-lo somente em seu aspecto jurídico, no qual as normas é que lhe dão forma e conteúdo, pelo menos num plano isolado e idealizado. Sendo o Estado este agrupamento de normas, dentro de normas e por normas, conclui-se que a ação estatal só poderia se dar através, evidentemente, de normas. Assim, pode-se analisar os modos pelos quais dado Estado atua em um certo

¹⁴ Enfatizando o caráter recíproco entre Direito e Estado, a própria definição tem como um de seus alicerces o elemento jurídico.

campo através do estudo do conteúdo das normas que produz para conduzirem tal setor.

Neste sentido caminharam os primeiros estudos que objetivaram compreender as políticas públicas pela ótica do direito, pois inicialmente elas foram tidas como artefatos estranhos à ciência jurídica, sendo colocados mais no campo da ciência administrativa e política, posto que seus contornos só podem ser observados quando separados da pureza normativa – saindo de um plano idealizado e inseridas no plano material.

Assim fez Maria Paula Dallari Bucci (2006) em estudo que buscava justamente um conceito jurídico para as políticas públicas, o qual elencou as características essenciais do processo de criação de uma delas, as quais a distinguem dos outros tipos de política, e que pelo ponto de vista das normas são: a fixação de fins, princípios, diretrizes e instrumentos, sendo estes inseridos em planos, programas e projetos, os quais possuem objetivos, metas e prioridades estabelecidos em uma norma fundante.

Observe-se que estes dez elementos estão definidos em normas, mas que cada um deles se admirado isoladamente, perceber-se ia que são externos à ciência do Direito (Exemplo é a elementar meta, a qual obrigatoriamente teria de ser cravada com base em critérios matemáticos, sociais e específicos do problema que se ataca). Ao ponderar todos esses aspectos, Bucci sintetizou a definição de políticas públicas como:

um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas concretizar um direito. (Bucci, 2006, p. 14)

Conceitualmente as políticas públicas, para assim serem definitivamente chamadas, devem ser estruturadas de modo a constituir um sistema, esta rede de ações coordenadas de um Estado voltado para um determinado fim.

Conforme esses sistemas se estruturam, os Estados acabam assumindo alguns perfis de ação, e no que tange o campo de estudos de Cultura alguns

cientistas do Direito já ocuparam-se dessa análise, categorizando quatro formas que um Estado pode assumir frente ao tratamento de normas para a Cultura, ele podendo ser: facilitador, gerando fundos de produção artística e mecanismos fiscais; mecenas, no qual o incentivo se dá pela encomenda e compra de obras artísticas para fins de legitimação de uma determinada obra pelo Estado e do Estado pela obra; arquiteto, o próprio Estado se ocupa das produções artísticas, com membros e órgãos estatais voltados especificamente para a atividade artístico-cultural; engenheiro, o Estado assume total controle da atividade artística, além de envolver-se como na categoria anterior, as normas passam a ditar os mínimos detalhes de produção e expressão artística-cultural¹⁵.

Importante frisar que estes papéis podem ser modificados ao longo do tempo, sempre condizentes com o momento histórico e com as normas editadas no período, sendo então possível categorizar o atual momento da república brasileira como um Estado facilitador. Por decorrência temos que atuação dele é mais voltada para a criação de sutis mecanismos de incentivo às artes, saberes e ciências.

Compreendidas os mecanismos pelos quais operam as políticas públicas, além de reforçados os entendimentos sobre Estado e normas, apresenta-se profícuo exemplificar algumas dessas políticas na prática, observando suas existências, resultados e mecanismos.

As políticas públicas de Cultura receberam considerável atenção nos estudos de Direito, quando analisadas isoladamente, mas a que se destacou mais intensamente, é sem dúvida a Lei nº 8.313 de 1991, mais conhecida como Lei Rouanet, e tornou-se o modelo de política que seria intentado na república após a redemocratização pós-ditadura empresarial-militar, pautada essencialmente em princípios neoliberais.

¹⁵ Estas classificações são oriundas de Olivieri, mas a exposição tem origem em Sarreta (2016, p. 306).

A atuação de tal lei se dá em duas modalidades de incentivo, a de mecenato e a de contribuição ao Fundo Nacional de Cultura (FNC). O mecenato é um incentivo fiscal no qual uma empresa que atinja determinados parâmetros legais pode optar por destinar diretamente uma parte de seus impostos para produções culturais de sua escolha. Acaba por dividir-se em duas categorias, o patrocínio e a doação, a primeira é uma transferência que permite à empresa atrelar seu nome ao projeto escolhido, gerando o complexo fenômeno do marketing cultural¹⁶, já a segunda é uma transferência que veda a possibilidade de atrelar a empresa ao projeto, evitando o supracitado fenômeno, sendo a vantagem desta última categoria a possibilidade de destinar mais fundos para a produção.

Já o Fundo Nacional de Cultura trata-se da disponibilização das verbas de, também, empresas que atinjam parâmetros legais específicos, mas sendo estes valores destinados para este fundo, gerenciado pelo Estado, o qual irá escolher as produções culturais através da abertura de editais e competições, sendo a vantagem de adesão ao FNC a possibilidade de transferência de até 80% dos valores devidos.

Frisa-se que ambas as modalidades são formas de renúncia fiscal, ou seja, são valores devidos ao Estado, mas que em decorrência dos ditames neoliberais, permitem que os próprios empresários optem os caminhos a serem seguidos pelas cifras, gerando um grave problema de transferência da direção do setor cultural do Estado para o setor privado e “o montante de verba acumulado pelo incentivo fiscal dessa lei é, portanto, componente de verba pública a ser administrada e, dessa forma, vem servindo para que o capital privado se promova publicitariamente sem gastos próprios.” (Calil; Moraes, 2017, p. 53).

¹⁶ Trata-se do uso de uma produção artística-cultural para a promoção de uma marca, não sendo o cuidado com a Cultura o objetivo final (v.g. Banco do Bradesco patrocinando o *Cirque du Soleil*).

Muitas críticas podem ser feitas à lei 8.313/91, mas ela teve um valoroso sucesso em ampliar o número de produções culturais desde sua criação, ampliando o número de produções apoiadas em mais de 100% ao longo dos seus anos de existência (Costa; Medeiros; Bucco, 2017).

Os maiores problemas, no entanto, além da mencionada transferência do poder de escolha, são a concentração desses recursos em espaços geográficos centrais e o marketing cultural, os quais acabam se retroalimentando, pois os projetos apoiados por algum dos mecanismos da Lei Rouanet acabam por serem centrados na região sudeste, e uma lei federal que deveria abarcar toda a União, acaba restringindo-se a apenas 4 estados, sendo os principais receptores de verbas os estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Evidencia-se que as empresas optam por incorrerem em um número menor de abate fiscal, para vincularem suas marcas a algum projeto, pois acabam tendo um retorno financeiro muito maior em propaganda, logo escolhem locais de maior visibilidade para somente então declararem apoio a algum projeto.

O caráter mercadológico inerente a esta lei é deveras impactante, sendo toda ela permeada por concessões ao setor privado, e como observa Sarreta (2016, p. 310, grifos adicionados): “devido a esse fator, deixa-se de ter uma distribuição voltada para a real necessidade das práticas culturais passando-se a ter um incentivo voltado a imagem das empresas envolvidas”. Ainda assim mostrou-se um passo importante nos desenvolvimentos teóricos e práticos acerca de políticas públicas culturais na história recente do Brasil, amplamente influenciando projetos posteriores.

Outra lei de destaque é a Lei nº12.933 de 2013, uma política pública relativamente simples, desenvolvida num sistema bem mais simplório do que a anterior, sendo popularmente conhecida como Lei da Meia-Entrada. O objeto em comento mostra-se interessante justamente por versar sobre o acesso físico a espaços onde habitualmente realizam-se atividades culturais, posto que “os principais obstáculos para o acesso à oferta cultural são: os preços elevados, a barreira social imposta pelo perfil do público que frequenta

espaços culturais e a localização dos equipamentos culturais.” (Brito, 2019, p. 1252).

É uma lei que foi objeto de poucos estudos próprios, sendo difícil mensurar sua eficácia, mas do ponto de vista normativo sua implementação teve considerável sucesso, sendo uma criativa política pública visando ampliar o acesso de setores historicamente marginalizados da sociedade para espaços culturais tradicionais, ao impor a diminuição dos valores para determinados grupos.

Outra lei interessante para que se observe uma linha evolutiva nas políticas públicas é a denominada Política Nacional de Cultura Viva, instituída na lei nº 13.018 de 2014, sendo um instrumento normativo que aparece como um contraponto à Lei Rouanet, tentando estabelecer um sistema de proteção, gestão e propagação de Cultura em toda a federação, sendo seu mecanismo de incentivo principal a criação dos “Pontos de Cultura”.

Neste sentido esta lei não trata do repasse indireto de verbas, ficando o Estado no controle das cifras que serão aplicadas – sanando o problema da transferência da direção do setor cultural – além disso o sistema elaborado busca a integração e colaboração entre as esferas municipal, estadual e federal, sendo também visada uma distribuição de valores voltada para a real necessidade das práticas culturais, principalmente pelo estabelecimento do Termo de Compromisso Cultural, o qual leva em consideração a experiência direta dos dirigentes dos projetos à serem auxiliados.

Contudo, a aferição da eficácia desta lei também se mostra complexa em razão desta própria expansão em todas as áreas necessitadas, mas do ponto de vista normativo ela foi uma considerável evolução em relação às políticas públicas do setor cultural apresentadas até então, e trouxe engenhosas e elegantes soluções para a infiltração da dogmática neoliberal, buscando a produção, preservação e avanço da defesa das artes, saberes e conhecimentos.

Todos os elementos anteriormente debatidos, Cultura e seus significados, as plataformas de *streaming* e suas entranhas, e as políticas públicas, quando dispostos nesta sequência permitem a observação de algumas questões.

A Cultura quando entendida como a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos, faz com que o caráter de atuação do Estado, o vagaroso conjunto de normas, não possa se dar em termos distantes de elementos dignificantes, não podendo ele atuar como um déspota, um engenheiro, mas não podendo também relegar-se ao papel de mero facilitador.

Como observou-se, uma política pública tipicamente facilitadora, como a lei Rouanet, faz com que o Estado se esvazie de seu poder de direcionamento da Cultura rumo à dignidade, deixando a população à mercê dos interesses mercantilistas. Uma abordagem direta, como a realizada pela lei da Meia-Entrada, tem seus méritos, mas não amplia devidamente o acesso à Cultura em rincões onde não existam espaços tradicionais de exercício cultural, ficando, tal qual na lei Rouanet, os avanços restritos a certas localidades geográficas.

As inovações da Política Nacional de Cultura Viva, apontam o verdadeiro direcionamento que uma atuação estatal deve ter, qual seja, a de manejar a colaboração entre todas as esferas de poder, em prol de uma dignificação dos mais variados setores de existência cultural. Sendo assim é preciso pensar a transposição de serviços de *streaming* para uma atuação semelhante ao dos pontos de cultura, no qual a realidade local é considerada, e o Estado ainda exerça o papel de maestro dos incentivos culturais, blindando-o de lógicas mercantilistas, mas também não o colocando na posição de dirigente, esta capacidade legada às comunidades interessadas.

A natureza dos serviços de *streaming*, em destaque *Netflix*, *Disney+*, *Amazon Prime* e *HBO Max*, é a busca pelo máximo engajamento no serviço, a

busca pela total dominação do mercado cultural, gerando sempre mais desdobramentos de exclusão do que de inclusão.

Seria então possível cogitar um mecanismo de repasse financeiro do Estado para essas empresas, permitindo em troca o acesso de alguns grupos sociais determinados? Tal confabulação, se realizada, até iria ampliar o acesso à Cultura, pois tais serviços tem sim material que amplia a dignidade, mas não em sua integralidade.

Isso se dá porque além de o Estado perder todo o seu protagonismo, a curadoria dos materiais disponibilizados estaria completamente sendo regida pelo setor privado, não sendo possível afirmar que o mesmo iria buscar espontaneamente a preservação de remotas manifestações culturais e igualmente seriam ignorados valores contrários aos pregados por estas empresas, ficando o espírito criativo refém das flutuações do mercado.

No cenário anterior também seria caótico conceber a elaboração de um projeto legislativo em si, pois a fiscalização destes valores pelos agentes públicos seria de difícil controle, e a nível de pureza normativa, quando considerado o significado jurídico de Cultura, seria inviável a criação de tipos normativos cuja derivação levariam a uma não dignidade, e “caso o direito seja essencial para garantir a vida digna e o exercício da cidadania, esse direito deve ser considerado fundamental” (Varella, 2014, p. 51), e pela dogmática constitucional, direitos fundamentais são irreduzíveis, sendo uma prescrição normativa que atente contra eles nula.

Deste modo, o panorama atual conduz a uma resposta negativa: as plataformas de *streaming* não podem ampliar o acesso à Cultura, tanto em virtude de as escolhas para a curadoria ficarem, pelo menos em um primeiro momento, à cargo dos interesses da iniciativa privada, que dificilmente traria conteúdo cultural contra-hegemônico que reduzisse sua audiência e procura, quanto também a criação de uma nova lei que regulamentasse essa atividade, haja vista a impossibilidade de fiscalização da propagação desse conteúdo com a infraestrutura vigente.

5. Conclusão

Assim como os avanços teóricos elaborados nos setores de políticas públicas culturais proporcionaram um progresso da Lei Rouanet para a Política Nacional de Cultura Viva, a presente resposta negativa pode fazer avançar a exploração de questionamentos voltados para uma outra perspectiva, a de geração de serviços digitais-culturais antagônicos às plataformas de *streaming*, constituídas a partir de um conjunto de elementos próprios, voltados exclusivamente para a preservação, manifestação e ampliação das artes, saberes e conhecimentos.

Esta tarefa importaria obrigatoriamente num entendimento mais profundo das estruturas básicas das plataformas de *streaming*, visando essencialmente formas de combater o domínio da curadoria de conteúdo, e o estabelecimento de uma estrutura legal capaz de coordenar um sistema de normas na virtualidade.

Se tratando de novas possibilidades de atuação estatal, ela deve ser voltada para o aprimoramento da sociedade como um todo, e das mais variadas comunidades integrantes da República, considerando principalmente as necessidades específicas do setor cultural e sempre visando o engrandecimento da Dignidade Humana.

Referências

- ALVES, Elder P. Maia. A digitalização do simbólico e o capitalismo cultural-digital: a expansão dos serviços culturais-digitais no Brasil. **Revista Sociedade e Estado**, V. 34, n.1, Pags: 129 – 157, Jan./Abr. Brasília. 2019.
- ALVES, Elder P. Maia. Competição e digitalização: a expansão dos serviços culturais-digitais – os casos da Netflix, Disney e Apple. **Ciências Sociais Unisinos.**, Vol. 55. set/dez. N. 3. p. 328-340. São Leopoldo. 2019.
- ANDERSON, Chris. **The Long Tail**. New York: Hyperion E-Books. 2006.
- BARROS, José D’assunção. Fixos e Fluxos: revisitando um par conceitual. **Cuaderno de Geografia: Revista Colombiana de Geografia**. Vol. 29. n. 2. Jul-Dez. Págs. 493-504. 2020.
- BENGHOZI, Pierre-Jean; BENHAMOU, Françoise. The Long Tail: Myth or Reality?. **International Journal of Arts Management**, Vol. 12, n. 3. Págs. 43-53. 2010.

- BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**. 1ª ed. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar. 2001
- BRASIL. **Lei Nº 8.313**, de 23 de dezembro de 1991. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313compilada.htm. Acesso em: 10 de ago. de 2023.
- BRASIL. **Lei Nº 12.933**, de 26 de dezembro de 2013. Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória nº 2.208, de 17 de agosto de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12933.htm. Acesso em: 10 de ago. de 2023.
- BRASIL. **Lei Nº 13.018**, de 22 de julho de 2014. Institui a Política Nacional de Cultura Viva e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13018.htm. Acesso em: 10 de ago. de 2023.
- BRITO, Danyella Juliana Martins de Brito; SILVA, Marcus Vinícius Amaral e. O impacto de choques no setor cultural brasileiro: uma análise de emprego e renda à luz dos cortes orçamentários. **Nova Economia**, v.29, n. especial, p.1249-1275. 2019.
- BUCCO, Guilherme Brandelli; COSTA, Camila Furlan da; MEDEIROS, Igor Baptista de Oliveira. O financiamento da cultura no Brasil no período 2003-15: um caminho para a geração de renda monopolista. **Revista de Administração Pública**. Págs. 509-527 Jul-ago. 2017
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva. p. 1-59. 2006.
- CALIL, Lucas Eckert; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. Lei Rouanet e pontos de cultura: uma análise crítica sobre o certame das políticas culturais no Brasil neoliberal e a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v.45. n.1. Jan-Jun. p.46-65. Uberlândia. 2017.
- CANASSA, Ana Luíza de Faria. **Streaming e a função social do direito autoral**. Dissertação (Mestrado – Programa de pós-graduação em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2020.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTRO, Celso (Org.). **Evolucionismo cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon. 2010.
- CUNHA FILHO, Humberto. **Direitos Culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica. 2000.
- CUNHA FILHO, Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à Cultura**. Dissertação (Doutorado – Programa de pós-graduação em Direito Público) – Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2004.
- CUNHA FILHO, Humberto. Políticas Públicas como Instrumental de Efetivação de Direitos Culturais. **Seqüência (Florianópolis)**. n. 77. Págs. 177-196. Nov. 2017.
- CUNHA FILHO, Humberto. **Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades**. 2. ed. São Paulo: Edições Sesc. 2020.
- CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14ª ed. São Paulo: Editora Ática. 2010.
- EAGLETON, Terry. **The idea of Culture**. First edition. Blackwell Publishing. 2000.
- FERREIRA, Gustavo Assed. MANGO, Andrei Rossi. Cultura como Direito Fundamental: regras e princípios culturais. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Brasília v. 3. n. 1. p. 80 – 98. Jan/Jun. 2017.

- HITT, Lorin; NETESSINE, Serguei; TAN, Tom. **Is Tom Cruise Threatened? An Empirical Study of the Impact of Product Variety on Demand Concentration.** Information Systems Research. 2017. Disponível em: <https://mackinstitute.wharton.upenn.edu/2017/is-tom-cruise-threatened-an-empirical-study-of-the-impact-of-product-variety-on-demand-concentration/>. Acesso em 14 de Jul. de 2023.
- LADEIRA, João Martins. Negócios de audiovisual na internet: uma comparação entre Netflix, Hulu e iTunes-AppleTV, 2005-2010. **Contracampo**, v. 26, n. 1, ed. Abr. Pags:145-162. Niterói. 2013
- MOSCHETTA, Pedro Henrique; VIEIRA, Jorge. Música na era do streaming: curadoria e descoberta musical no spotify. **Sociologias**, ano 20, n. 49, set-dez. p. 258-292. Porto Alegre. 2018.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020
- NETFLIX, Inc. **History**. Disponível em: <https://www.fundinguniverse.com/company-histories/netflix-inc-history/>. Acesso em: 12 de jul. de 2023.
- NETFLIX passa Disney e vira empresa de mídia com maior valor de mercado. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/netflix-passa-disney-e-vira-empresa-de-midia-com-maior-valor-de-mercado.ghtml>. Acesso em: 12 de jul. de 2023.
- NETTO, José Veríssimo Romão; Políticas de Cultura no Brasil: uma análise ideacional da 54ª legislatura (2011-2015). **Revista de Sociologia e Política**. v. 27, n. 70. 2019.
- PINHEIRO, Leandro R. Consumo de seriados entre jovens estudantes: Narrativas e indícios à individualização. **Educ. Soc.** v. 43, p.1-18. Campinas. 2022.
- PROPMARK. **Bradesco apresenta nova campanha com Cirque du Soleil**. 2022. Disponível em: <https://propmark.com.br/bradesco-apresenta-nova-campanha-com-cirque-du-soleil/>. Acesso em: 24 de Jul. de 2023.
- SANTOS, Milton. **Por uma Geografia nova: Da crítica da Geografia a uma Geografia Crítica**. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2012.
- SANTOS, Milton. **Metamorfoses do espaço habitado: Fundamentos teóricos e Metodológicos da Geografia**. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2021.
- SARRETA, Cátia Rejane Liczbinski. O direito a cultura como fundamental: considerações em relação à aplicabilidade da lei Rouanet. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 2, n.1, p. 297-317, Jan-Jun. 2016.
- TEIXEIRA, Felipe da Silva. **O impacto da netflix na produção e consumo de conteúdo audiovisual**. Monografia (Graduação em Comunicação Social/ Jornalismo) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Escola de Comunicação – ECO. Rio de Janeiro. 2015.
- TYLOR, Edward Burnett. **Primitive Culture**. Editora: John Murray London. 1920
- VALIATI, Vanessa Amália Dalpizol. Consumo audiovisual em plataformas digitais: a configuração de práticas e fluxos na rotina de usuários da Netflix. **Galáxia**. n. 45, set-dez. p.194-206. São Paulo. 2020.
- VARELLA, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Azougue. 2014.
- WILLIAMS, Raymond. **Keywords: A vocabulary of culture and society**. Revised edition. Oxford University Press. 1985.

Artigo recebido em: 24/08/2023.

Aceito para publicação em: 13/11/2023.

A propaganda eleitoral discriminatória e divulgação de fake news como espécies de violência política contra mulheres nos espaços digitais

Discriminatory electoral propaganda and dissemination of fake news as types of political violence against women in digital spaces

Bruna Azevedo de Castro¹

Liange Hiroe²

Resumo: A mulher, enquanto sujeito político, está em constante luta para conquistar direitos, resguardá-los ou afirmá-los diante de possíveis retrocessos. No contexto da sociedade da informação, caracterizada por relações estabelecidas em rede, com utilização massiva de novas tecnologias da informação, verifica-se que o espaço virtual é propositadamente utilizado para perpetuar a violência política de gênero. O presente artigo tem por finalidade analisar as formas de violência política de gênero, com especial ênfase àquelas praticadas nos espaços digitais e os instrumentos normativos recentemente promulgados para coibir condutas dessa natureza, em especial as alterações promovidas pela Lei 14.192/2021. Para tanto, utilizou-se na pesquisa o método dedutivo e, como técnica de pesquisa, foram necessárias a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Violência política de gênero. Espaços digitais. Fake News. Lei 14.192/2021.

Abstract: The woman, as a political subject, is in constant struggle to conquer rights, protect them or claim them in the face of possible rewinds. In the context of the information society, characterized by relationships established in a network, with massive use of new information technologies, it appears that the virtual space is deliberately used to perpetuate political gender violence. The purpose of this article is to analyze the forms of political gender violence, with special emphasis on those practiced in digital spaces and the normative instruments recently enacted to curb conduct of this nature, in particular the changes promoted by Law 14.192/2021.

¹ Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestra em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá - área de concentração: tutela de interesses supraindividuais. Bolsista da CAPES (2007 a 2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2005). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2006-2007). Atualmente, é Professora no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), também leciona na graduação em Direito das Faculdades Londrina (Londrina -PR) e Centro Integrado Universitário de Campo Mourão (Campo Mourão - PR).

² Mestre em Direito, Sociedade e Tecnologias (Faculdades Londrina). Especialista em Direito Previdenciário e Direitos Coletivos do Trabalho (Universidade Positivo). Bacharel em Direito (UNIFIL). Secretária Municipal de Políticas para as Mulheres na Prefeitura de Londrina - PR. Advogada. Servidora pública municipal.

Therefore, the deductive method was used in the research and, as a research technique, bibliographical and documental research were necessary.

Keywords: Digital spaces. Fake News. Gender political violence. Law 14.192/2021.

1. Introdução

Quando uma mulher coloca seu nome à disposição da sociedade em uma corrida eleitoral, ela também coloca a sua vida, a sua integridade biopsicossocial e a sua imagem. A partir de então, múltiplas formas de violência política contra mulheres (violência política de gênero) podem ser praticadas contra ela, seja nos espaços físicos ou digitais, nos espaços públicos ou na esfera privada.

Em uma sociedade amplamente tecnológica e virtual, os mecanismos de proteção à mulher devem ser utilizados como forma de prevenção, intervenção e principalmente, rompimento da violência sofrida, para não se permitir que a mulher sofra outras consequências para muito além daquelas já experimentadas pela própria violência.

O presente artigo tem por finalidade debater as principais alterações legislativas voltadas a coibir a propaganda discriminatória e a divulgação de fake News, que são formas de violência política contra mulheres ou violência política de gênero.

A violência política contra mulheres, ou seja, a violência contra o pleno exercício dos direitos políticos, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei 14.192/2021, cujo objetivo é prevenir e enfrentar as múltiplas formas de violência política de gênero, a partir de alterações pontuais em legislações infraconstitucionais. Por meio dos ensinamentos de Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel, ambos cientistas políticos brasileiros, cogitamos esclarecer alguns fatores de exclusão da mulher na política.

Além disso, buscamos caracterizar as formas de violência política de gênero, a partir da coleta de dados através de pesquisas realizadas por

instituições como o Senado Federal, a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Observatório de Violência Política contra mulheres.

Nesse contexto, entendemos a pertinência de dar voz a algumas vítimas e transcrever seus relatos sobre a violência política vivenciada., conferindo especial enfoque à violência que nos espaços digitais.

Quanto à técnica de pesquisa, o artigo parte de pesquisas bibliográficas e documentais, a fim de investigar como estão caracterizadas a violência política de gênero e as tecnologias de enfrentamento na sociedade informacional. O método utilizado foi o dedutivo.

2. Caracterização dos casos de violência política contra mulheres no Brasil

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher conceituou violência contra mulheres como quaisquer atos de violência que tenham por base o gênero e que resultem ou possam resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica da mulher, e que se produzam na vida pública ou privada (ORGANIZAÇÃO, 1995).

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra mulheres, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994, a violência contra mulheres foi conceituada como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (BRASIL, 1996, p. 1). Nesta Convenção, as formas de violência compreendiam a violência física, sexual e psicológica, ocorridas no ambiente doméstico e familiar, ou em qualquer relação interpessoal; na comunidade (violência urbana); e por ato do Estado (violência institucional).

Nos dois instrumentos de proteção internacional à mulher, a violência perpetrada ou permitida pelos órgãos públicos, ou institucionais, são identificadas em diferentes modalidades de violações e injustiças de gênero.

O avanço das mulheres e a conquista da igualdade entre mulheres e homens são uma questão de direitos humanos e uma condição para a justiça social; não devem, portanto, ser encarados isoladamente, como um problema feminino. [...]. (O contexto social aliado) à discriminação sistemática ou de fato, às violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todas as mulheres e de seus direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, inclusive o direito ao desenvolvimento, e os preconceitos enraizados em relação às mulheres e às jovens são apenas alguns dos obstáculos defrontados [...]. (ORGANIZAÇÃO, 1995, p. 162).

De acordo com Miguel (2015, p. 33), a relação entre violência e política deve ser analisada sob a ótica de uma incorporação sistêmica e estrutural nos órgãos que conduzem a política. A violência política pode, portanto, ser perpetrada por instituições e classificada em violência aberta, sistêmica e estrutural.

A violência estrutural é camuflada por sua conformidade às regras; é naturalizada por sua presença permanente na tessitura das relações sociais; é invisibilizada porque, ao contrário da violência aberta, não aparece como uma ruptura da normalidade. Em particular, a violência estrutural tem beneficiários, mas não tem necessariamente perpetradores particularizáveis (MIGUEL, 2015, p. 33).

Essa violência também denomina de violência sistêmica, “muitas vezes está incorporada nas próprias instituições que devem prevenir a violência aberta. A desatenção à violência estrutural faz com que a reação contra a opressão transite simbolicamente como violenta, mas a própria opressão, não” (MIGUEL, 2015, p. 33). Diante disso, complementa que: “É necessário entender que a violência sistêmica e estrutural é em si mesma violência, na medida em que impede formas de ação e acesso a bens e espaços, por meio da coerção física ou da ameaça de seu uso”. Por seu turno, a violência aberta é aquela reconhecida imediatamente pela sociedade como tal, ou seja, ocorrendo a violação é instantaneamente percebida (MIGUEL, 2015, p. 33).

A ONU Mulheres (2021, p. 29) afirma que a violência política contra mulheres é enraizada no sistema político-institucional por meio de uma (re)produção histórica e naturalizada através do sistema patriarcal. Essa violência de gênero institucionalizada é exercida pelo poder político que desrespeita os marcos normativos que visam a igualdade de gênero na esfera política, assim como outros instrumentos adotados, como protocolos de ação e regulamentações (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 29). Nessa perspectiva:

[...] em certas ocasiões, as autoridades competentes para agir em resposta a denúncias desta expressão de violência de gênero tendem a tolerar esses comportamentos e, conseqüentemente, tendem a desrespeitá-los ou desconsiderá-los (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 29).

No ordenamento jurídico brasileiro, as múltiplas formas de violência contra mulheres ganharam destaque a partir da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Apesar da referida lei se restringir aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, as classificações previstas na norma se tornaram paradigma para identificar outras espécies que possam atingir as mulheres em outros contextos, não restritos somente ao âmbito intrafamiliar e afetivo. Consoante o artigo 7º da Lei 11.340/2006, são formas de violência contra mulheres a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, podendo existir outras formas de violência, pois o rol é exemplificativo.

A Lei 14.192/2021 definiu a violência política de gênero como toda ação, conduta ou omissão cuja finalidade seja impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos das mulheres, incluindo como ato violento qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo (BRASIL, 2021a, p. 1).

Enquanto a Lei 14.192/2021 define a violência política especificamente praticada contra mulheres para prevenir a sua ocorrência e, ainda, assegurar a participação da mulher na política, a Lei 14.197/2021 introduz a violência política no rol dos crimes contra o funcionamento das instituições

democráticas no processo eleitoral, ou seja, os objetivos das leis diferem, tendo em vista que essa se direciona a qualquer pessoa (homem ou mulher) em razão de discriminação, tendo como vítima a democracia.

A Lei 14.192/2021 busca, como uma ação afirmativa, a igualdade entre os gêneros, tendo como fundamento para a criminalização o enfrentamento à sub-representação feminina nos espaços de poder. Trata-se de uma conduta em que basta a prática dos comandos previstos no dispositivo com esse especial fim de agir para ser configurado o crime. Ou seja, para que se caracterize violência política contra mulheres, não é necessário que o resultado pretendido pelos atos de violação ocorra. Desse modo, a intervenção do Estado para assegurar o rompimento da situação de violência política é fundamental para não causar danos ainda maiores àqueles vivenciados pelas mulheres.

Sobre as múltiplas formas de violência política de gênero sofrida pelas mulheres, a ONU Mulheres destaca:

Entre as formas de violência — muitas vezes imperceptíveis ou naturalizadas — que as mulheres tendem a sofrer no exercício de seus direitos políticos estão a humilhação e/ou piadas sexualizadas, insultos, ridicularização de sua aparência, comentários sobre sua vida privada, desqualificação de sua imagem, isolamento. Assim, entre muitas outras formas de violência, elas são obrigadas a renunciar quando eleitas ou quando a lista é registrada, são excluídas ou constantemente interrompidas nos debates legislativos — assim como em outras esferas —, não recebem dotações orçamentárias suficientes para suas campanhas eleitorais, lhes é negada a informação necessária para o exercício adequado de seu cargo, lhes é negado acesso à mídia — que tem cobertura desigual em termos de gênero —, não são convidadas para as principais reuniões decisórias e se distorce o conceito de alternância como um exercício compartilhado do cargo (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 23).

Notoriamente, a política é a esfera que detém o maior poder em um Estado. É através da política que se define o presente e o futuro de uma nação. São os políticos escolhidos pelo povo que decidem — a partir de suas próprias ideologias — as leis que regerão um país, as políticas públicas que serão destinadas à sua população, entre outros vários assuntos. Todavia, há muitas formas de violência que podem incidir sobre as mulheres que decidem fazer parte desse ambiente. Nesse sentido, a ONU Mulheres afirma que:

A violência política contra as mulheres é um problema de direitos humanos que atinge as democracias e impede o progresso em direção à igualdade efetiva e, portanto, ao desenvolvimento humano sustentável. Trata-se de um problema latente em nível mundial, que repercute na dinâmica democrática em termos de gênero e se manifesta diariamente, embora com mais intensidade durante os processos eleitorais, no exercício da cidadania política das mulheres. Neste contexto, o exercício dos direitos políticos e eleitorais das mulheres normalmente é acompanhado de formas de discriminação e outras expressões de violência de gênero que criam um cenário adverso para a participação da metade da população do mundo (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 20).

Apesar de corresponderem a mais da metade do eleitorado brasileiro, as mulheres são minoria no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores, Prefeituras e nas demais esferas de poder e decisão. Todavia, durante o caminho percorrido no processo eleitoral e após a conquista do espaço político, são os principais alvos de violência política. Esclarece o Observatório de Violência Política Contra mulheres (2021a, p. 34), que a violência política de gênero não ataca somente a saúde física da vítima, ou seja, o dano não é somente aquele visivelmente percebido. Nesse sentido:

É fundamental destacar, desde logo, que as formas mais explícitas de violência não são as únicas que representam as tentativas de causar dano ou sofrimento a mulheres ou que podem prejudicar, limitar e impedir o exercício

de seus direitos políticos. [...] 40% das mulheres da América Latina sofrem algum tipo de violência física, enquanto 60% sofrem violência psicológica. Assim, ao tratar de violência política de gênero, é necessário que se considere não apenas os atentados ao corpo físico ou ao patrimônio material das mulheres, mas também àquilo que compõe a dimensão moral, emocional e simbólica de suas existências (OBSERVATÓRIO, 2021a, p. 34).

Conforme os dados apresentados no relatório Violência Política de Gênero é Crime — saiba como reconhecer e denunciar essa prática, elaborado pelo Ministério Público Federal (2022b, p. 4) a partir de uma entrevista com a participação de 73 parlamentares do Congresso Nacional, foi constatado que 80,80% daquelas mulheres já sofreram violência política de gênero, e 90,4% acreditam que essas agressões afastam a mulher da esfera política.

No segundo Censo das Prefeitas Brasileiras, realizado em 2022, pelo Instituto Alziras, foram entrevistadas 42% das 673 prefeitas em exercício para o mandato 2021 – 2024, incluindo mulheres que assumiram as chefias dos Executivos Municipais após mortes de lideranças pela COVID-19. De todas as entrevistadas, 58% delas afirmaram que já sofreram assédio ou violência política pelo fato de ser mulher (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1).

Além da própria violência decorrente do “simples fato de ser mulher”, também elencam como motivação dos atos de violência sofridos: seu pertencimento político e/ou partidário (28%); preconceito etário (20%); aparência física (14%); intolerância religiosa (7%); racismo (4%); LGBTfobia (1%); deficiência física (1%); e outros motivos (12%) (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1). No que tange à denúncia pela agressão sofrida, 1 em cada 2 prefeitas não noticiou a violência sofrida às autoridades competentes ao longo de sua trajetória política (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1). Dentre as que registraram queixa ou boletim de ocorrência, metade acredita que os casos não foram devidamente apurados e os agressores não foram devidamente responsabilizados (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1). Em relação às prefeitas que não denunciaram a agressão, 40% delas não acredita na eficácia

da apuração da violência política e familiar contra mulheres (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1).

O Conselho Nacional de Justiça (2022, p. 1) indica que o Brasil registra sete casos de violência política de gênero a cada 30 dias. Desde a sanção da Lei 14.192/2021 até novembro de 2022, o Ministério Público Federal contabilizou 112 procedimentos relacionados ao tema (CONSELHO, 2022, p. 1).

Para o Observatório de Violência Política Contra mulheres (2021b, p. 3), os espaços a serem considerados para fins de ocorrência de violência política de gênero devem ser compreendidos numa perspectiva ampla, englobando todos os ramos da Administração Pública Direta e Indireta, os espaços para formulação e execução de políticas públicas; os espaços destinados às campanhas eleitorais; as casas parlamentares; recintos para o exercício de mandatos democraticamente conquistados; espaços que compõem sindicatos, partidos políticos, associações profissionais, organizações comunitárias e não governamentais.

Conforme se extrai do primeiro Censo das Prefeitas Brasileiras (2017 – 2021), elaborado em 2018 pelo Instituto Alziras, por meio de uma pesquisa que ouviu 45% das 649 prefeitas eleitas, 53% destacam já ter sofrido assédio ou violência política pelo fato de ser mulher; 30% destacam assédios e violências simbólicas no espaço político; 23% o desmerecimento de seu trabalho e de suas falas; 48% a falta de recursos para as campanhas; 22% a falta de apoio do partido e/ou base política (INSTITUTO ALZIRAS, 2018, p. 1).

Em relação às violências sofridas, 57% relataram casos de opressão, perseguição e hostilização por meio de ataques verbais, insinuados ou diretos diante de pronunciamentos, pautas ou relações estabelecidas; 58% sofreram ataques relacionados à capacidade como prefeita; 75% sofreram agressões físicas ou verbais diretamente; 90% das prefeitas receberam ameaças físicas ou de morte a membro de sua família; e 93% ameaças de silenciamento ou de

morte com uso de força física, segurando, impedindo a passagem ou tocando em alguma parte de seu corpo (INSTITUTO ALZIRAS, 2018, p. 1).

Por meio dos dados acima, denota-se que o ambiente político se apresenta hostil para as mulheres, inclusive para aquelas que lograram êxito no processo eleitoral e conquistaram o cargo eletivo pretendido. Todavia, como já mencionado, a violência política contra mulheres pode ocorrer na disputa de uma eleição, quando eleita e após, no exercício de seu mandato.

Conforme já expusemos, a violência política contra mulheres as afasta dos espaços de decisão e poder e a viola de diferentes formas: física, psicológica, sexual, moral, patrimonial, entre outras, tanto em espaços físicos como em espaços virtuais. A presente seção caracteriza alguns casos de violência política contra mulheres a partir de pesquisa exploratória (estudos de casos), e outros casos levantados a partir da pesquisa documental.

2.1. Violência Política contra as mulheres nos espaços físicos

Nos espaços físicos, a violência política contra mulheres se manifesta de diversas formas. São casos de assédio moral e sexual, constrangimento, violência física, humilhações, entre outras, com a finalidade de impedir ou dificultar não apenas a campanha eleitoral da mulher candidata, como também o desempenho de mandato eletivo da mulher política eleita.

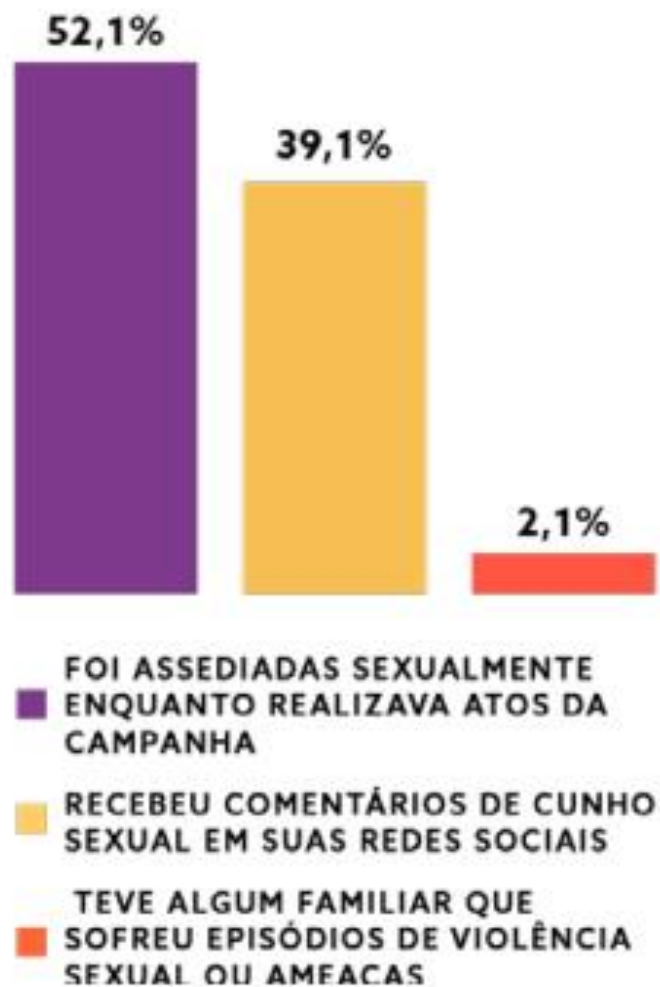
Os dados estatísticos acerca dessa forma de violência são alarmantes, pois mesmo nos locais onde as políticas exercem o seu mandato, a violência é prática reiterada. Ora, 30% das mulheres entrevistadas pelo Instituto Alziras (2018, p. 1) declararam que uma das principais dificuldades enfrentadas por ser mulher na política é, justamente, o assédio e a violência simbólica que sofrem no espaço político. Em 2022, uma nova pesquisa do Instituto Alziras com outras candidatas apresentou dados muito próximos, 26% relatando a mesma violência (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1).

Anteriormente à Lei 14.192/2021, a violência política contra mulheres, apesar de não ser tipificada, era prática corriqueira em nosso país. Relata a Deputada Federal Áurea Carolina que, em 2019, foi vítima de assédio sexual em espaço físico e público: a Câmara dos Deputados.

Na ocasião, eu estava sentada mais ao fundo de um plenário de comissão quando um colega se sentou ao meu lado, puxou um assunto e, sem mais nem menos, colocou a mão na minha coxa. Ele continuou falando como se nada tivesse acontecido, com aquela mão nojenta no meu corpo. Fiquei paralisada por uns segundos, incrédula, e tive a reação de empurrar a mão dele. Só consegui dizer que ele não podia fazer aquilo. “Isso o quê?”, ele dissimulou. Eu me irritei, abri o verbo, e ele respondeu que eu não tinha entendido, que eu estava louca, que ele não tinha feito nada. Voltei minha atenção para a reunião, nervosa, e ficou por isso mesmo (CAROLINA, 2022, p. 29).

A violência sofrida por Áurea Carolina evidencia as agressões sofridas por mulheres negras nos espaços públicos. Em 2021, uma pesquisa realizada pelo Instituto Marielle Franco com 142 participantes, onde 82% delas se autodeclararam sendo da raça/cor preta e 18% parda, 26,1% relataram ter sofrido alguma forma de violência sexual (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2020, p. 26).

Gráfico 1 - Violência política sexual contra mulheres pretas e pardas, 2020.



Fonte: Instituto Marielle Franco, 2020.

Ademais, é importante ressaltarmos a questão da violência física. Conforme observamos no gráfico a seguir, o ambiente político apresenta-se hostil às mulheres racializadas.

Gráfico 2 - Violência política física contra mulheres pretas e pardas, 2020³.



Fonte: Instituto Marielle Franco, 2020.

A violência descrita pela parlamentar Áurea Carolina, conforme o Manual da Taxonomia de Direitos Humanos da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2020b, p.45) é prevista como abuso sexual físico (subespécie). Essa classificação decorre da ausência de uma taxonomia própria para violência política de gênero, impossibilitando a formação de dados estatísticos que subsidiem políticas públicas para o enfrentamento à violência política contra mulheres:

Abuso Sexual Físico (Subespécie): Toda ação que se utiliza de adultos ou crianças e adolescentes, seja para conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiros, e

³ Sobre o gráfico apresentado, o Instituto Marielle Franco (2020, p. 24) esclarece: “Entre as participantes de nossa pesquisa, 42% relataram ter sofrido algum tipo de violência física, entre elas: 41,6% temeram pela sua integridade física ao realizar campanha em um determinado território, 16,6% foram intimidada por alguém ao realizar campanha na rua, 13,3% sofreram outro tipo de intimidação que limitou o seu direito de fazer campanha em determinados territórios, 13,3% receberam ameaças de morte durante o período de pré-campanha ou campanha eleitoral, 6,6% sofreram ameaça de violência física durante o período de pré-campanha ou campanha eleitoral, 5% sofreram agressões físicas ou tentativas de agressões físicas em ambiente público enquanto realizavam campanha e 3,3% tiveram algum familiar que sofreu agressões físicas ou tentativas de agressões em decorrência da sua atividade política nas eleições”.

mediante contato físico. Inclui-se nesta categoria a importunação sexual, capitulada no artigo 215-A do Código Penal, que corresponde à prática, contra alguém e sem a sua anuência, de ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Observação: esta subespécie serve como categoria residual, de forma que todas as violências sexuais físicas não identificadas como estupro ou exploração sexual são registradas neste item (BRASIL, 2020b, p. 45).

Outra política, a vereadora Bruna Rodrigues, da cidade de Porto Alegre, transcreve as múltiplas violências que sofreu em outro espaço físico e público: na Câmara dos Vereadores. Foi impedida de entrar no plenário, por três vezes; foi chamada de “empregada” por uma mulher branca no plenário; e, também, vítima de importunação sexual (RODRIGUES, 2022, p. 49). Apesar de ter denunciado a importunação sofrida, a denúncia foi engavetada na Câmara dos Vereadores.

A discriminação por raça é outro fator que, somado à violência política contra mulheres, intensifica as injustiças de gênero contra as candidatas racializadas. No que tange às mulheres pretas ou pardas, 44,3% das mulheres entrevistadas pelo Instituto Marielle Franco (2020, p. 17) relataram ter sofrido violência racial.

Gráfico 3 - Violência política discriminatória contra mulheres pretas e pardas, 2020.



Fonte: Instituto Marielle Franco, 2020.

Importante destacar, conforme o Ministério Público Federal (2022, p. 10) sinaliza, que não é necessário haver agressão física para que a violência política de gênero seja considerada crime. Afinal, a agressão pode ocasionar danos psicológicos, “inclusive em razão de ataques dirigidos ao corpo, à família, à moral ou à sexualidade” (MINISTÉRIO, 2022, p. 10). Neste sentido, indica que: “Insinuações, cantadas, propostas e comentários de natureza sexual que causem constrangimento e influenciem as aspirações ou atividades políticas da mulher” (MINISTÉRIO, 2022, p. 11) são exemplos de violência política contra mulheres na forma de violência sexual.

Um emblemático caso de violência política de gênero anterior à Lei 14.192/2021, e que ainda não foi solucionado pelas autoridades competentes, é o assassinato de Marielle. Em 14 de março de 2018, a vereadora Marielle Franco foi assassinada, no Rio de Janeiro. O assassinato de Marielle ocorreu em um espaço físico e público: na rua. Um crime que, de acordo com Anielle Franco (2022, p. 14), irmã de Marielle, evidencia a necessidade de “identificarmos a violência política de gênero como um problema de raízes estruturais em nossa sociedade”.

O efeito da violência política é impedir mulheres de se candidatarem, é interferir no exercício de seu mandato, e por fim, desestimular, desanimar, encurtar, abreviar sua carreira política. Ou seja, é uma violência exercida antes, no início, durante e no fim de um mandato, que influi no ingresso na política, na permanência e na saída/desistência (FRANCO, 2022, p. 14).

O feminicídio, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.104/2015, é uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, previsto no Código Penal Brasileiro. Torna o assassinato de mulheres por razões da condição do sexo feminino (quando o crime envolve violência doméstica e familiar, ou menosprezo, discriminação à condição de mulher) um crime hediondo. Renata Souza (2020, p. 119), propõe utilizar a expressão “feminicídio político” para “caracterizar, categorizar, denominar e classificar a execução sumária da vereadora Marielle Franco, em 14 de março de 2018”.

É relevante o empreendimento desse esforço de categorização da expressão “feminicídio político” uma vez que, em jargão jurídico, aquilo que não se denomina não existe. E o assassinato de lideranças femininas à frente da política é algo real em nossa sociedade e, em especial, no Brasil, mas pouco visibilizado e problematizado na mídia. O patriarcado deixou o legado de invisibilização das mulheres em vida e em morte. E não seria diferente com aquelas que ousaram, e ousam, estarem na linha de frente da política, seja essa institucional ou não. O feminicídio político traz consigo uma das faces mais cruéis da vulnerabilidade da mulher na vida política (SOUZA, 2020, p. 127).

Esses casos exemplificam a violência sofrida por parlamentares em espaços físicos e que, apesar da gravidade, não resultaram na responsabilização dos agressores. Por meio da Lei 14.192/2021, se pretende a responsabilização do agressor pelos atos de violência. Contudo, o primeiro caso registrado após a promulgação da referida norma indica haver um grande caminho a ser percorrido para que a mulher não continue a sofrer violência política de gênero.

O primeiro caso denunciado de violência política contra mulher após a promulgação da Lei 14.192/2021 foi registrado em Maranhão, no município de Pedreiras, que possui pouco mais de 39 mil habitantes. Na ocasião, em 6 de outubro de 2021, a vereadora Katyane Leite foi impedida de falar após outro parlamentar, o vereador Emanuel Nascimento, arrancar o microfone de sua mão. Após denúncia pelo Ministério Público Eleitoral, o próprio órgão requereu a suspensão condicional do processo pelo período de dois anos, com base no artigo 89 da Lei 9.099/96.

A respeito do tema, o Instituto Alziras indica, também como obstáculo ao desempenho da mulher política, que o desmerecimento de seu trabalho ou de suas falas atinge 34% das mulheres políticas (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1). Mediante outra perspectiva, o Senado Federal (2022, p.17) indica que 28% das mulheres políticas já tiveram suas falas interrompidas no exercício da função.

Outros casos que ocorreram em espaços físicos após o advento da Lei 14.192/2021 demonstram a necessidade de uma atuação célere e com

perspectiva de gênero por parte da Justiça Eleitoral, para que a violência seja interrompida e a mulher prossiga com a sua atuação política.

Em representação encaminhada pelo Grupo de Trabalho de Prevenção e Combate à Violência Política de Gênero (GT/PGE) da Procuradoria-Geral Eleitoral à Procuradoria-Regional Eleitoral, é informado o constrangimento sofrido pela única vereadora de Aparecida de Goiânia, Goiás, ao ter o seu microfone cortado durante o seu discurso.

[...] o registro de ato de constrangimento em relação à vereadora do município de Aparecida de Goiânia/GO, vereadora Camila Rosa (PSD), a qual teve o som do seu microfone interrompido pelo presidente dessa Casa Legislativa, o vereador André Fortaleza (MDB), no momento em que a parlamentar, única vereadora desse município, defendia a presença de mais mulheres na política. Segundo a matéria divulgada pela imprensa, no momento de sua fala, o presidente da Câmara dos Vereadores, o vereador André Fortaleza, a interrompeu com os seguintes dizeres: “corta o microfone (MINISTÉRIO, 2022a, p. 1).

Notadamente, a violência política sofrida por mulheres nos espaços físicos de poder e deliberação tem por escopo a determinação do território político como masculino, e se intensifica em situação de violência física, sexual, e atentatórias às suas manifestações públicas.

2.2. Violência política contra mulheres nos espaços digitais

A utilização dos espaços digitais por governos, políticos e partidos políticos têm crescido ao longo dos anos. A digitalização das relações e da vida torna cada vez mais necessária a interação virtual para a ampliação da comunicação entre políticos e eleitorado. Leciona Castells (2005, p. 24):

Uma vez que a política é largamente dependente do espaço público da comunicação em sociedade, o processo político é transformado em função das condições da cultura da virtualidade real. As opiniões políticas e o comportamento político são formados no espaço da comunicação (CASTELLS, 2005, p. 24).

Indica Castells (2005, p. 24) que para a construção de uma política hegemônica ou não hegemônica, os participantes devem estar ativamente inseridos nos meios midiáticos, pois todos que se encontram ausentes desse

espaço não chegam, em uma sociedade de redes como a que vivenciamos atualmente, às mentes do público. Mas ao reverso, com o avanço tecnológico também se avança a violência digital.

A violência de gênero on-line, ou seja, praticada contra as mulheres nos espaços digitais, é ameaçadora e veloz, com diversas modalidades embasadas em características próprias das novas tecnologias. Nesse sentido:

A violência virtual não conhece fronteiras. Caracterizada pela exposição a um grande número de pessoas, com a perpetuação imensurável das informações propagadas e dos conteúdos compartilhados, essa forma de violência tem as mulheres e meninas como alvo em 95% dos casos (INSTITUTO AVON, 2021, p. 5).

Segundo o relatório *Muito além do cyberbullying: a violência real do mundo virtual*, elaborado pelo Instituto Avon em parceria com a Decode, as principais formas de violência de gênero nos espaços digitais são vazamentos não autorizados de imagens íntimas; perseguição (*stalking*); ameaças; e assédios. O documento indica que a estimativa da ONU é de que 95% de todos os comportamentos agressivos e difamadores na internet tenham como alvo as mulheres, havendo, em média, 87 relatos de violação virtual de gênero por dia (INSTITUTO AVON, 2021, p. 24).

A violência *online*, dizem especialistas, subverteu a premissa original positiva da liberdade na internet e a tornou um espaço arrepiante que permite crueldade anônima e facilita ataques contra mulheres e meninas. As violências que acontecem em espaços digitais têm como principais características a exposição da vítima a amplas audiências, a permanência das informações e a falta de controle sobre a repercussão dos conteúdos compartilhados. Dito de outra maneira, a internet torna possível expor alguém a um volume expressivo de pessoas, familiares, amigos/as e colegas de trabalho, trazendo prejuízos profundos para a vida social e afetiva da vítima. Além disso, os momentos na internet tendem a ficar se repetindo no tempo, uma vez que podem ser salvos e compartilhados por terceiros quando bem entenderem. Por fim, em situações de violência em ambientes digitais, a vítima não tem controle sobre o tamanho da repercussão da circulação de um determinado conteúdo (INSTITUTO AVON, 2021, p. 25).

O impacto da violência virtual de gênero é estarrecedor e transborda para a esfera física, ao considerar que 35% das vítimas relatam terem

desenvolvido medo de sair de casa; 21% excluem suas contas em redes sociais e mais de 30% relatam efeitos psicológicos sérios, como adoecimento psíquico, isolamento social e pensamentos suicidas (INSTITUTO AVON, 2021, p. 35). Em que pese não tratar especificamente de índices sobre a violência política de gênero nos espaços virtuais, se evidencia o quão igualmente grave é a violência nesses ambientes. Explica a ONU Mulheres (2021b, p. 38) que:

[...] a violência política de gênero é (re)produzida através de redes sociais - Facebook, Twitter e Instagram - onde circulam memes - zombando, desacreditando, humilhando etc. - e onde os trolls assediam e até ameaçam suas vítimas. Assim, a realidade em várias regiões do mundo evidencia que o exercício da cidadania política das mulheres nesses espaços normalmente é acompanhado de graves agressões - ameaças de morte, estupro ou espancamento; assédio sexual; ataques verbais misóginos e disseminação de imagens sexualizadas - de forma significativamente desproporcional àquelas que os homens tendem a sofrer em sua vida política. Neste cenário, há uma tendência a reconhecer e tornar visível o *cyberstalking* ou o assédio on-line como uma expressão de violência política contra as mulheres, o que exige a adoção de ações concretas através da aplicação de instrumentos legais (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 38).

É nesse sentido que os espaços digitais devem ser considerados ambientes nos quais podem ocorrer a violência política contra mulheres e a inteligência da Lei 14.192/2021 deve ser aplicada àqueles que praticam crimes contra as mulheres, se utilizando desses espaços. Para isso, deve considerar não apenas os ambientes virtuais (mídias sociais) como também os meios de comunicação.

Certo é que a violência política contra as mulheres nos espaços digitais pode se manifestar de diversas formas, desde a utilização da internet — como as mídias sociais — para a prática da violência, até a propagação, por meios de comunicação (transmissão em tempo real, programas de rádio, televisão, entre outros) de materiais que visam estereotipar a imagem da mulher.

Sobre o impacto dos meios de comunicação, importante mencionar os ensinamentos de Biroli (2010, p. 47), ao esclarecer que:

Os meios de comunicação têm um papel ativo na definição do que é socialmente relevante — em grande parte porque a própria centralidade da mídia nas sociedades contemporâneas amplia a sobreposição entre relevância social e visibilidade produzida pelo

advento da política de massas, especialmente a partir das primeiras décadas do século XX. Existe uma relação direta entre a definição dos temas presentes no noticiário, as narrativas em que esses temas se inserem e a seleção de quem tem voz nos debates que ganham tempo e espaço nos meios de comunicação (BIROLI, 2010, p. 47).

Como exemplo de violência política de gênero praticada por meio de comunicação, podemos mencionar a violência direcionada à Deputada Federal Natália Bonavides, em 15 de dezembro de 2021. Conforme consta da representação encaminhada à Procuradoria Regional-Eleitoral pelo GT/PGE Violência Política de Gênero, do Ministério Público Federal, o apresentador Ratinho, para tecer críticas à atuação política de Natália Bonavides, sugeriu que ela fosse assassinada.

[...] o apresentador Carlos Roberto Massa - “Ratinho”, durante o programa na Rádio “Massa FM”, no dia 15.12.2021, ao criticar a atuação política da parlamentar federal Natália Bonavides, dirigiu-se à Deputada Federal e sugeriu que esta fosse eliminada com o uso de uma “metralhadora” e, no mesmo tom jocoso e ameaçador, disse à parlamentar federal: “você não tem o que fazer”; “vai lavar roupa”; “vá costurar a calça do seu marido”; “a cueca dele”; “vá lavar louça”; “isso é uma imbecilidade esse tipo de coisa”; “a gente tinha que eliminar esses loucos”; “nem dá pra, o quê, pegar uma metralhadora?”. A conduta, em tese, criminosa do apresentador relaciona-se à atuação da parlamentar federal em relação ao PL 4.004/2021, a qual defende que as declarações de casamento não façam referência ao gênero dos casais, para evitar constrangimentos a pessoas da comunidade LGBTQIA+ e assegurar o tratamento igualitário (MINISTÉRIO, 2021a, p. 2).

Também em ambiente virtual, a vereadora Carol Dartora foi vítima de violência praticada em rede social. Indica o GT/PGE, na representação encaminhada à Procuradoria-Regional Eleitoral, que:

[...] notícia divulgada na mídia no dia 09.02.2021, informando que a vereadora Carol Dartora, primeira mulher negra a tomar posse como vereadora na Câmara Municipal de Curitiba, teria sido ofendida e ameaçada, em rede social, após participar de um protesto contra o assassinato do congolês Moise Kabagambe. Segundo a matéria, a parlamentar foi chamada de “macaca fedorenta”, “preta safada” e “filha de Satã” (MINISTÉRIO, 2021b, p. 1).

Em outra esfera de atuação política, como Chefe do Executivo Municipal, a prefeita do município de Sant’Ana do Livramento, Sra. Ana

Tarouco (DEM) e a secretária municipal de educação foram vítimas de violência política de gênero que buscava, sobremaneira, menosprezar a atuação das políticas.

Segundo divulgado, ao criticar um pedido de financiamento apresentado pela prefeita ao Banrisul, o vereador do município, Enrique Cideira (PDT), fez um pronunciamento dizendo que o cérebro da prefeita se assemelhava a um “caroço de azeitona”. A ofensa também se dirigiu à secretária de educação do município, conforme se extrai do seguinte trecho da matéria divulgada na mídia citada: “Só a secretaria e a prefeita de Sant’Ana do Livramento para ter um pensamento destes. Eu comparo o cérebro dessas senhoras a um caroço de azeitona. Não pode ser muito maior do que isso”, ressaltou na tribuna, se referindo também à secretária de Educação da cidade, Elisangela de Almeida Duarte.” E após o episódio acima, também consta informação de que, ao ser procurado para esclarecer o fato, o parlamentar posicionou-se de forma jocosa e ofensiva: “Fizeram isso para denegrir (sic) a minha imagem. As pessoas não conhecem os benefícios do caroço da azeitona, eu conheço porque a nossa cidade cultiva oliveiras”, diz, em tom de chacota” (MINISTÉRIO, 2021c, p. 3-4).

A violência política contra mulheres, conforme expõe o Instituto Alziras (2022, p. 1), é uma das principais formas de violência cometida contra mulheres candidatas. A divulgação de *fakes news* atinge 74% das mulheres entrevistadas, enquanto ataques, ofensas e discurso de ódio violaram 66% delas (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1) Porém, metade das mulheres políticas não denunciou a violência sofrida nas redes sociais (INSTITUTO ALZIRAS, 2022, p. 1).

Restritivamente às mulheres políticas pretas ou pardas, merece destaque que 20,7% receberam algum comentário racista em suas redes sociais; 8,1% foi vítima de *fake news*; e 5,4% sofreram invasão nas redes sociais (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2020, p. 13).

Diante disso, é fundamental que o Estado consolide e/ou aprimore instrumentos hábeis ao enfrentamento da violência política contra mulheres, em especial nos espaços digitais. Nesse sentido, a Lei 14.192/2021 representou um significativo avanço no sentido de se buscar, no âmbito normativo, coibir as mais variadas formas de violência política de gênero comumente praticadas por meio da *internet*.

3. Mudanças legislativas voltadas ao enfrentamento à violência política contra mulheres nos espaços digitais

Em 2022, ano em que as eleições brasileiras foram regidas por uma lei destinada a punir a violência praticada contra a candidata mulher, a Lei 14.192/2021⁴, a empresa estrangeira Meta (*Facebook, WhatsApp e Instagram*), com o apoio do Tribunal Superior Eleitoral e a organização *Women's Democracy Network* (WDN) lançou oficialmente, em Brasília o guia *Mulheres na Política: Combatendo a Violência nas Plataformas da Meta*. Segundo o guia:

Um estudo conduzido pela União Interparlamentar em cinco regiões do mundo, incluindo as Américas, constatou que 82% das mulheres parlamentares sofreram violência psicológica; 67% foram insultadas; 44% receberam ameaças de morte, estupro, espancamento ou sequestro; 20% foram vítimas de assédio sexual; e outras 20% passaram por violência no ambiente de trabalho (META, 2022, p.3).

Esses dados corroboram com os estudos acerca da violência política de gênero no país. Segundo Biroli (2018, p. 75): “O Brasil é um dos países com os menores índices de representação feminina no mundo e no continente americano”. Acrescenta a autora (BIROLI, 2018, p. 76) que diversos obstáculos afastam as mulheres da participação política brasileira. Não se trata apenas da esfera pública, na representação política formal e midiática, como também dos obstáculos consubstanciados na divisão sexual do trabalho no cotidiano que “rouba às mulheres tempo e recursos financeiros, condições preciosas para que tenham voz na esfera pública” (BIROLI, 2018, p. 76).

A Lei 14.192/2021 emerge com o objetivo de coibir a violência política contra mulheres com base nas ações ou omissões baseadas no *gênero*, tendo

⁴ “Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra mulheres; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra mulheres e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais”. (BRASIL, 2021a, p. 1).

como parâmetro a utilização do termo *gênero* presente na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), para designar as diversas mulheres que protege.

Conforme o artigo 3º da lei em comento, “considera-se violência política contra mulheres toda ação, conduta ou omissão que vise impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher” (BRASIL, 2021a, p. 1). Igualmente, qualquer distinção, exclusão ou restrição, ou seja, discriminação no reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos das mulheres e de suas liberdades políticas fundamentais, também são atos de violência política de gênero.

A Lei 14.192/2021, tem por escopo prevenir, reprimir e combater a violência política contra mulheres. Para isso, altera dispositivos do Código Eleitoral, da Lei dos Partidos Políticos e da Lei das Eleições para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico (*fake news*) no período da campanha eleitoral; criminalizar a violência política contra mulheres e assegurar a participação das mulheres em debates eleitorais, proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais (BRASIL, 2021a, p. 1).

Destaca-se, ainda, a Lei 14.197/2021, outro instrumento legal que expressamente prevê a violência política como um dos crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral, alterando o Código Penal para tipificar essa violência:

Código Penal. Violência política. Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência (BRASIL, 2021b, p. 1).

No item subsequente, trataremos das alterações promovidas pela Lei 14.192/2021 para coibir a propaganda eleitoral discriminatória por razões de gênero e as *fake news*.

3.1 Proibição da Propaganda Eleitoral Discriminatória por Razões de Gênero e coibição das *Fake News*

A Lei 14.192/2021 altera o Código Eleitoral para prever que não será tolerada propaganda que deprecie a condição da mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia; e que divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado é crime eleitoral, com pena de detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos (BRASIL, 2021a, p. 1).

A pena será aumentada de $\frac{1}{3}$ até metade se o crime for cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou transmitido em tempo real; ou se envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia (BRASIL, 2021a, p. 1).

Ensina Gomes (2015, p. 393), que enquanto a propaganda partidária tem por objetivo divulgar o programa e as ideologias do partido político, a propaganda eleitoral se destina a divulgar os projetos do candidato em período de campanha eleitoral, com o objetivo certo e bem definido de convencer os eleitores para que votem no candidato e este seja eleito. Diferente, ainda, da propaganda intrapartidária, que é endereçada aos convencionais do próprio partido político.

A Lei 14.192/2021 visa, portanto, proibir que sejam realizadas campanhas atentatórias à dignidade da mulher em dois momentos: primeiramente, conforme o artigo 243 do Código Eleitoral, durante as campanhas partidárias; em segundo momento, durante as campanhas eleitorais. Nesse sentido, é importante tratar do chamado princípio da autenticidade eleitoral, que se relaciona “diretamente com a exigência constitucional de eleições livres e limpas, de garantia de opções reais ao

eleitor, de ampla liberdade de expressão e informação e de formação do voto livre de vícios” (SALGADO, 2011, p. 107-108).

Para o autor (SALGADO, 2011, p. 107-108), o Estado Democrático de Direito exige um ambiente que assegure a liberdade e a igualdade de voto para a escolha dos representantes, estando o corpo eleitoral imbricado à autenticidade eleitoral. Nesse sentido, a exclusão de grupos sociais dos direitos políticos (votar e ser votado) não encontra guarida em um sistema democrático onde o adjetivo “universal” acompanha o voto.

A propaganda partidária e a eleitoral devem estar em consonância com princípio da autenticidade eleitoral, buscando propiciar a inclusão de grupos socialmente excluídos, bem como mecanismos reais para permitirem, diante de um contexto secular de desigualdade política, condições igualitárias para competição no processo eleitoral.

No que concerne às mulheres e sob a tutela da Lei 14.192/2021, todo o procedimento eleitoral, desde o chamamento de futuros filiados para ingressarem nos partidos políticos, bem como para obterem sucesso no pleito, devem ter como base o respeito à pessoa.

Menciona Gomes (2015, p. 49), que com base no entendimento que aspira afastar a mulher da política, “encontra-se odioso e injustificável preconceito contra mulheres, durante muito tempo considerada inapta, desinteressada e naturalmente insensível para a vida política”.

A elaboração de propagandas partidárias e eleitorais que depreciem a condição da mulher política ou candidata, ou ainda que estimule sua discriminação por motivos de gênero, cor ou raça, ou divulguem *fake news* sobre as mulheres, ofende a norma diretriz de um sufrágio universal. Por consequência, enraíza o sufrágio masculino, garantindo a permanência do maior número de homens ocupando o maior número de cadeiras nos espaços de poder e decisão.

Barreto (2022, p. 24) conceitua *fake news* como “componentes de estratégias comunicacionais bastante sofisticadas e que envolvem desde a

produção de conteúdo deliberadamente fraudulento, falso, distorcido, enviesado ideologicamente, além da sua distribuição e impulsionamento pela Internet”. Trata-se de conteúdo de desinformação, com o objetivo determinante de enganar ou confundir os destinatários das mensagens, disseminando esse discurso desinformado nas redes sociais (BARRETO, 2022, p. 24). São conteúdos intencionalmente falsos, distorcidos e deturpados.

Com o intuito de revestir as *Fake News* de credibilidade torna-se imprescindível que seus teores – mesmo que distorcidos ou deturpados – encontrem alguma aderência com o mundo real, ou seja, o contexto social, econômico, cultural, religioso ou moral, que marca os sucessivos ciclos históricos. Assim, mostra-se necessária a existência de uma infraestrutura ou superestrutura propícias à propagação da estratégia comunicacional em análise (BARRETO, 2022, p. 33).

Há de se determinar, para melhor análise dos discursos discriminatórios e daqueles que permeiam as *fakes news*, a conceituação de discurso de ódio. Isto porque, há uma linha tênue entre inveracidade e propagação de ódio no campo político. Um dos maiores desafios no enfrentamento ao discurso de ódio disseminado por meio de propagandas eleitorais é a sua apresentação, não raras vezes, por piadas, considerações genéricas ou aparentemente inofensivas, sob o manto da liberdade de pensamento e expressão que são diretrizes norteadoras das democracias modernas (BARRETO, 2022, p.46). Inclusive, em muitos momentos, as matérias falsas buscam atingir determinadas pessoas, utilizando-se de *fake news* que poderão atingir questões íntimas e de grande valor para a pessoa, criando uma aversão a determinado candidato em virtude da matéria veiculada.

Relembramos, para tanto, a utilização de *fake news* contra duas candidatas mulheres. Em 2018, durante as eleições gerais, circulou amplamente uma foto da então candidata a Vice-Presidência da República na chapa com Fernando Haddad, Manuela D’Avila, vestindo uma camiseta com a escrita “Jesus é travesti”.

A imagem divulgada durante a campanha do primeiro turno das eleições havia sido compartilhada mais de dezesseis mil vezes até o dia 2 de outubro de 2018, no *Facebook*. Todavia, a camiseta da foto original apresenta a frase “rebele-se!” (UOL, 2018, p.1).

Nas eleições de 2020, o vereador de Votorantim — SP, Pastor Lilo, publicou em uma rede social que a candidata à prefeita, a também vereadora Fabíola Alves, residia em um imóvel de um milhão de reais adquirido por meio de enriquecimento ilícito. O Tribunal de Justiça reconheceu as inverdades constantes na publicação e determinou o pagamento de multa e a retirada da postagem da rede social (GLOBO, 2020).

Indubitável é a dificuldade em determinar em que momento o discurso atinge o limiar do incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência. Diante disso, Barreto (2022, p. 47) explica que a ONU desenvolveu o Plano de Ação Rabat, “um conjunto de critérios para avaliar, caso a caso, o contexto, o orador, a intenção, o conteúdo, a extensão da difusão do discurso e a probabilidade de dano e dessa forma estabelecer diretrizes mais objetivas para o discurso de ódio” (BARRETO, 2022, p.47).

Este plano de ação indica que o enquadramento jurídico do discurso de ódio se fundamenta no artigo 20, §2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 592/92. Consoante este artigo, “será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.

Ainda segundo o autor (BARRETO, 2022, p. 48), a educação para os direitos humanos é “a estratégia mais poderosa, tanto para prevenir, como para combater o discurso de ódio, as suas causas e manifestações”. Importante destacar que no Brasil, e considerando que a Lei 14.192/2021 visa proteger a mulher candidata desses discursos odiosos, deve-se, ainda, identificar e superar um componente adicional a elas: o racismo estrutural.

Nessa toada, demonstra-se a necessidade de se combater a violência política contra mulheres disseminada por meio de propagandas eleitorais, partidárias e *fake news*, considerando as especificidades e diferentes contextos sociais nos quais se encontram inseridas as diversas mulheres do país.

A violência política de gênero tem impacto e manifestações diferentes para mulheres pertencentes a grupos sociais específicos, como mulheres pretas, indígenas, homossexuais, pobres e/ou deficientes, que tendem a ter menos acesso a redes familiares e de proeminência política. Essas mulheres, segundo a ONU (2021, p. 13) estão mais propensas a serem vítimas de formas mais agravadas de violência por conta das diversas discriminações às quais estão sujeitas.

Contudo, é preciso lembrar que a mudança legislativa, por si só, não é suficiente para colocar fim a um problema que traz, de forma subjacente, a situação de discriminação e injustiça de gênero, mecanismos utilizados para afastar a mulher da esfera pública, apesar dos discursos inclusivos. Em última análise, é necessário cuidar para que a tutela jurídica da mulher no espaço político não termine por reificar a injustiça de gênero, alienando os sujeitos políticos em relação ao verdadeiro problema que está na base das mais variadas formas de violência política contra mulheres.

4. Conclusão

Durante séculos, as mulheres foram vítimas de múltiplas formas de violência, que permitiram a construção social de uma subalternidade feminina fincada em mecanismos e privilégios direcionados aos homens.

Durante cento e oito anos, enquanto os homens exerciam os seus direitos políticos e a partir de então, definiam os seus poderes sobre as mulheres, estas encontravam-se marginalizadas e enclausuradas em uma esfera do constante “espera-se”. Espera-se que seja comportada; espera-se que

respeite o homem do lar; espera-se que abaixe a cabeça para as determinações impostas a elas.

Marginalização, desigualdade, exploração e violência contra mulheres também são formas de construção social. Ora, construção social de injustiças direcionadas ao gênero feminino. Com o surgimento de movimentos feministas, indubitavelmente encorajadores e criados a partir de mulheres que, assim como Bertha Lutz e Leolinda Daltro se dedicaram a levantar a voz e buscarem o seu lugar na sociedade, as mulheres puderam ter novas perspectivas decisórias sobre seus corpos e suas vidas.

No Brasil, a conquista do direito ao voto, em 1932, é marcada por um viés discriminatório e reificador da desigualdade de gênero dentro do próprio gênero, pois restrito às mulheres casadas e/ou detentoras de posses. Contudo, o avanço legislativo, ainda que a passos lentos, começou a ocorrer. Por outro lado, conquanto o direito ao voto e de ser candidata exista há quase cem anos, ainda hoje persiste a ínfima participação das mulheres nas esferas de poder político e nos espaços de decisão.

A participação política das mulheres é permeada por violência política de gênero, que inibe e afasta as mulheres dos espaços políticos e da participação política. Certo é que a violência política atinge a mulher de maneira cruel por meio de violência física, violência moral, violência psicológica; por meio da morte. Aliás, são inúmeras as formas de violência política de gênero, desde aquelas perpetradas pelo próprio Estado até as praticadas na esfera privada ou por particulares.

Diante dessa exclusão política das mulheres marcada por violência política de gênero, a Lei 14.192 de 4 de agosto de 2021 foi sancionada para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher.

Contudo, apenas normas jurídicas, apesar de importantes, não são suficientes para modificar o contexto sociocultural em que a mulher candidata ou política se encontra. As reflexões devem ser mais profícuas, para que

outras medidas concretas sejam pensadas e implementadas, seja no plano local, seja no plano nacional.

Referências

BRASIL. Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.192/2021, de 4 de agosto de 2021. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece%20normas,os%20crimes%20de%20divulga%C3%A7%C3%A3o%20de. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.197/2021, de 1º de setembro de 2021. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 set. 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL (Brasil). **Pesquisa DataSenado**: mulheres na política 2022. Brasília: Instituto de Pesquisa DataSenado, 2022. Disponível em: <https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/602950>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BARRETO, Irineu. **Fake News**: Anatomia da Desinformação, Discurso de Ódio e Erosão da Democracia. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

BIROLI, Flávia. Mulheres e política na mídia brasileira: estereótipos de gênero e marginalidade do “feminino” na política. In: PAIVA, Denise (Org.). **Mulheres, política e poder**. Goiânia: Editora da UFG, 2010. p. 127-158. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1765>. Acesso em: 25 dez. 2022.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 17-30.

CAROLINA, Áurea. Por nós e a partir de nós. In: D’AVILA, Manuela (Org.). **Sempre foi sobre nós**: relatos de violência política de gênero no Brasil. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022. p. 23-31.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Violência política de gênero**: Brasil registra sete casos a cada 30 dias. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/violencia-politica-de-genero-brasil-registra-sete-casos-a-cada-30-dias/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

FRANCO, Anielle. Liberdade é não ter medo. In. D'AVILA, Manuela (Org.). **Sempre foi sobre nós: relatos de violência política de gênero no Brasil**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022. p. 13-15.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 11.ed. **São Paulo: Editora Atlas**, 2015.

GLOBO. **Vereador de Votorantim terá que indenizar candidata a prefeita após divulgar fake news**. G1 Globo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/eleicoes/2020/noticia/2020/10/05/vereador-de-votorantim-tera-que-indenizar-candidata-a-prefeita-apos-divulgar-fake-news.ghtml>. Acesso em 16 dez. 2022.

INSTITUTO ALZIRAS. **Censo das prefeitas brasileiras**. (Mandato de 2017-2020). [s.l], 2018. Disponível em: <http://prefeitas.institutoalziras.org.br/> . Acesso em: 14 dez. 2022.

INSTITUTO ALZIRAS. **Censo das prefeitas brasileiras**. (Mandato de 2021-2024). [s.l], 2022. Disponível em: <http://prefeitas.institutoalziras.org.br/censo/> . Acesso em: 14 dez. 2022.

INSTITUTO AVON. **Muito além do cyberbullying: a violência real do mundo virtual**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://institutoavon.org.br/pesquisa/> . Acesso em: 14 dez. 2022.

INSTITUTO MARIELE FRANCO. **A violência política contra as mulheres negras**. [s.l.], 2020.

META. **Mulheres na política: combatendo a violência nas plataformas da Meta**. 2022, 19p. Epub. Disponível em: <https://about.fb.com/br/wp-content/uploads/sites/11/2022/07/Mulheres-na-poli%CC%81tica-2022-jul-06-V.4B.pdf> . Acesso em: 10 dez. 2022.

MIGUEL, Luís Felipe. Violência e política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, p. 29-44, 2015. DOI: <https://doi.org/10.17666/308829-44/2015> . Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/HWjmHhdvmbgTkk8qLrwnKzm/?format=html&lang=pt> . Acesso em: 13 dez. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional da República da 1ª Região. **Ofício nº 7-197/2021/MPF/PRR1/13º OF Criminal**. Brasília, 2021a.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional da República da 1ª Região. **Ofício nº 7-036/2022/MPF/PRR1/13º OF Criminal**. Brasília, 2021b.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional da República da 1ª Região. **Ofício nº 7-047/2022/MPF/PRR1/13º OF Criminal**. Brasília, 2021c.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Regional da República da 1ª Região. **Ofício nº 7-029/2022/MPF/PRR1/13º OF Criminal**. Brasília, 2022a.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL **Violência política de gênero é crime: saiba como reconhecer e denunciar essa prática**. – Brasília: MPF, 2022b. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pge/institucional/gt-violencia-de-genero/Eleitoral_Campanha_Mulheres_na_Politica_Cartilha.pdf . Acesso em: 1 jan. 2023.

OBSERVATÓRIO DA VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. **Relatório 2020-2021 de violência política contra a mulher**. Brasília: Transparência Eleitoral Brasil, 2021a. Disponível em: <https://transparenciaeleitoral.com.br/wp-content/uploads/2021/12/Relatorio-de-violencia-politica-contra-a-mulher.pdf> . Acesso em: 2 dez. 2022.

OBSERVATÓRIO DA VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER. **Cartilha sobre violência política de gênero**. Brasília: Transparência Eleitoral BRASIL, 2021a. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Cartillabrasilcompactado.pdf> . Acesso em: 2 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Mulheres. **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em:

https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf . Acesso em: 27 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Mulheres. **Atenea**: por uma democracia 50/50. 2021. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Roteiro_HojadeRuta.pdf Acesso em: 27 nov. 2022.

RODRIGUES, Bruna; SANTOS, Daiana. Não, não somos tua empregada. In. D'AVILA, Manuela (Org.). **Sempre foi sobre nós**: relatos de violência política de gênero no Brasil. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2022. p. 23-31.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. **Estudos eleitorais**, Brasília: TSE, 2011. v. 6, n. 3, p. 103-129. Disponível em: https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v6_n3.pdf#page=104 . Acesso em: 9 nov. 2022.

SOUZA, Renata. Femicídio Político: um estudo sobre a vida e a morte de Marielles. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 119–133, 2020. DOI: 10.9771/cgd.v6i2.42037. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/42037>. Acesso em: 20 jan. 2023.

UOL, Lupa. **É falsa foto de Manuela com camiseta que traz a frase “Jesus é travesti”**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://lupa.uol.com.br/jornalismo/2018/10/02/verificamos-manuela-jesus/> . Acesso em: 12 jan. 2023.

Artigo recebido em: 08/03/2023.

Aceito para publicação em: 27/09/2023.

Estândares Interamericanos sobre Desaparecimentos Forçado de Pessoas e sua possível aplicação no caso da Chacina de Acari

Inter-American Standards about the Enforced Disappearances of Persons and their possible application in the case of the Chacina de Acari

*Thiago Oliveira Moreira¹
Rafael Pinheiro Camelo²*

Resumo: A prática do desaparecimento forçado de pessoas, conforme estândares interamericanos, é delimitada como crime continuado e pluriofensivo, em que o Estado tem o dever de investigar os fatos e punir os responsáveis. No entanto, a irresolução do caso da Chacina de Acari e a subsequente submissão da ação para a apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressalta o descaso por parte do Estado brasileiro com mais uma situação de desaparecimento forçado ocorrida no país. Diante disso, busca-se responder à questão: com base nos estândares interamericanos sobre desaparecimento forçado de pessoas, o que esperar da futura decisão da Corte IDH no Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil? Nesse sentido, a pesquisa tem como objetivo geral identificar estândares interamericanos sobre desaparecimento forçado de pessoas capazes de serem aplicados ao Caso Leite de Souza, principalmente no que diz respeito aos padrões interpretativos e procedimentais utilizados pela Corte IDH nos julgamentos de circunstâncias similares. Para tanto, são delimitados os seguintes objetivos específicos: a) entender a realidade da prática do desaparecimento forçado no território brasileiro; b) verificar a jurisprudência da Corte IDH sobre o desaparecimento forçado de pessoas; e c) examinar o caso da Chacina de Acari. A partir desses objetivos, a pesquisa é desenhada através de abordagem qualitativa com fontes de análise documental, por meio da revisão bibliográfica de legislações, jurisprudências, doutrinas e artigos relativos à temática. Com efeito, o estudo assente a necessidade de uma condenação firme frente a persistência da posição omissa e conivente do Brasil com circunstâncias de desaparecimento forçado de pessoas ocorridas no país.

¹ Professor Associado da UFRN. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Coordenador do PPGD/UFRN. Líder do Grupo de Pesquisa DIDH e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Membro do OBDI.

² Bacharel em Relações Internacionais pela UnP. Graduando em Direito pela UFRN. Estagiário de graduação do MPRN. Membro do Grupo de Pesquisa DIDH e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade e do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI).

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Desaparecimento forçado de pessoas. Estândares interamericanos. Chacina de Acari.

Abstract: The practice of enforced disappearance of persons, according to Inter-American standards, is delimited as a continuous and multi-offensive crime, in which the State has the duty to investigate the facts and to punish those responsible. However, the unresolved case of the Chacina de Acari and the subsequent submission of the action for consideration by the Inter-American Court of Human Rights, underscores the disregard on the part of the Brazilian State with yet another situation of enforced disappearance in the country. In view of this, it is sought to answer the question: based on the Inter-American standards on enforced disappearance of persons, what to expect from the future decision of the Inter-American Court in the Case of Leite de Souza et al v. Brazil? In this sense, the general objective of the research is to identify Inter-American standards on enforced disappearance of persons capable of being applied to the Case of Leite de Souza, especially with regard to the interpretative and procedural standards used by the Inter-American Court in judgments of similar circumstances. For this purpose, the following specific objectives are delimited: a) understand the reality of the practice of enforced disappearance in Brazilian territory; b) verify the jurisprudence of the Inter-American Court on the enforced disappearance of persons; and c) examine the case of the Chacina de Acari. From these objectives, the research is designed by a qualitative approach with sources of document analysis, through the bibliographic review of legislation, jurisprudence, doctrines and articles related to the theme. In effect, the study establishes the need for a firm condemnation of Brazil's persistently omissive and conniving position with circumstances of enforced disappearance of persons occurred in the country.

Keywords: International Human Rights Law. Enforced disappearances of persons. Inter-American standards. Chacina de Acari.

1. Introdução

A prática do desaparecimento forçado de pessoas é perpetrada pela privação de liberdade, com atuação direta ou indireta do Estado, de modo a configurar grave violação aos direitos humanos, sem, no entanto, existir o resultado material do crime e o subsequente paradeiro do destino da vítima, dificultando a responsabilização dos envolvidos, além de tornar o desfecho abstrato ou desconhecido. Neste contexto, o sentimento de angústia dos familiares das vítimas perdura com a conjuntura de esperança/desilusão constante do cenário de desconhecimento e morosidade de um crime

continuado ou permanente, conseqüente de transgressões complexas à múltiplos direitos.

Diante dessa inquietação, pauta-se a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP) e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Outrossim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condena as violações cometidas em circunstâncias de desaparecimento forçado, delimitando estândares para a proscrição do crime e a definição de procedimentos que amparem o julgamento destas ações. Diante disso, a Corte assevera o dever estatal de investigar os fatos e punir os responsáveis, a fim de garantir mecanismos de não repetição e a efetiva persecução penal, tendo em peso o caráter sistêmico e deliberado resultante do binômio ação/omissão dos órgãos estatais nestes crimes.

No entanto, apesar dos avanços internacionais no assunto, a realidade no Brasil ainda é restringida por lacunas no direito interno e pela inépcia do poder público, de modo que mesmo o dito Estado tendo ratificado tratados relativos ao tema, o ordenamento jurídico pátrio ainda não tipifica o crime de desaparecimento forçado, obstando o prosseguimento da persecução penal e a precisa punição dos envolvidos. A Chacina de Acari, em trâmite na Corte IDH através do Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil, é mais um em que perpetrrou a impunidade em razão da morosidade das investigações e da carência de soluções ou legislações pertinentes à circunstância delituosa. Esta situação escancara o problema da violência urbana no país, atestando também a incompetência do Estado brasileiro na garantia da segurança pública, de forma a refletir em posição omissa e conivente com circunstâncias de desaparecimento forçado.

Perante o exposto, surge a seguinte problemática: com base nos estândares interamericanos sobre desaparecimento forçado de pessoas, o que esperar da futura decisão da Corte IDH no Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil? Nesse sentido, a pesquisa parte da hipótese de que os estândares

interamericanos apontam para o dever estatal de investigar e punir em circunstâncias de desaparecimento forçado, derivado de padrões interpretativos e procedimentais que guiam o julgamento destas violações pela Corte IDH. Desse modo, este texto vai tratar, a partir do Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil, da complexidade que contorna o crime de desaparecimento forçado, com o intuito de identificar *standards* de julgamento adequados a este caso dentro do âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH).

Sendo assim, de modo geral, objetiva-se identificar estândares interamericanos sobre desaparecimento forçado de pessoas capazes de serem aplicado ao Caso Leite de Souza, principalmente no que diz respeito aos padrões interpretativos e procedimentais utilizados pela Corte IDH nos julgamentos de circunstâncias similares. Para alcançar esse objetivo, é fundamental percorrer algumas etapas, quais sejam: a) entender a realidade da prática do desaparecimento forçado no território brasileiro; b) verificar a jurisprudência da Corte IDH sobre o desaparecimento forçado de pessoas; e c) examinar o caso da Chacina de Acari, identificando o seu legado histórico para os Direitos Humanos.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa de abordagem qualitativa com fontes de análise documental, a partir da revisão bibliográfica de legislações, jurisprudências da Corte IDH, doutrinas e artigos especializados nas áreas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Penal Internacional. Ademais, traça-se um estudo do Caso Leite de Souza, através da investigação de matérias jornalísticas e reportagens especializadas sobre a Chacina de Acari, uma vez que as referências acadêmicas sobre o caso são escassas, atrelando esta investigação ao acompanhamento do trâmite na Corte IDH. Por conseguinte, o presente estudo relaciona as fontes do Direito Internacional com uma situação crítica de Direitos Humanos no âmbito brasileiro, de modo a analisar medidas relevantes e estândares interamericanas pendentes de efetivação no sistema jurídico pátrio.

A pesquisa se justifica pela iminência de nova condenação do Brasil pela Corte IDH em razão da reticência estatal para tipificar e julgar o delito do desaparecimento forçado de pessoas no país. Para mais, o estudo pauta-se na importância de efetivamente adequar o sistema jurídico nacional às ações propostas no Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, com ênfase no controle de convencionalidade, bem como de concomitantemente cumprir com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, em especial o objetivo 16, que diz respeito a promoção de Paz, Justiça e Instituições Eficazes, que sejam responsáveis e transparentes, através do desenvolvimento de uma sociedade pacífica e inclusiva.

Espera-se, portanto, que este trabalho possa promover a relevância do Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil, de modo a estimular os debates acadêmicos e jornalísticos sobre a situação em trâmite, além de impulsionar o estudo sobre as obrigações do Estado brasileiro em face à proteção dos Direitos Humanos e à subordinação frente as fontes do Direito Internacional e as deliberações do SIPDH.

2. A prática do desaparecimento forçado de pessoas no Brasil

Durante o período do regime militar ditatorial brasileiro, entre os anos de 1964 e 1985, a prática do desaparecimento forçado de pessoas foi empregada por agentes estatais como instrumento de repressão aos movimentos opositores do governo, seguido do encobrimento da ação como maneira de ocultar o paradeiro da vítima e evitar o exercício dos recursos legais. Assim sendo, o governo militar utilizou do desaparecimento como procedimento de desculpabilização, a fim de não reconhecer os crimes cometidos através do aparato estatal, sustentando o discurso oficial de que, por não haver um corpo que comprovasse a morte, as autoridades estariam desobrigadas da responsabilização (Fustinoni; Caniato, 2019).

Em vista disso, criou-se um ambiente propício à impunidade, no qual foi consolidado efetivamente com a Lei da Anistia³, que concedeu “perdão” aos cidadãos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (Brasil, 1979). Registra-se, no entanto, que ficou excetuado dos benefícios da anistia os indivíduos que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Dessa forma, manifestantes que agiram contra o governo ditatorial e foram julgados nos crimes citados na exceção ficaram desprotegidos, enquanto as autoridades públicas que comandaram ou agiram sob o regime militar foram absolvidas.

Com isso, foi perpetuado um aparato jurídico protetor dos agentes da repressão política, de modo a evidenciar a fragilidade do sistema jurídico interno estatal em punir violações a direitos humanos fundamentais, em especial nos casos de desaparecimento forçado, que além da falta de responsabilização, susteve o desconhecimento dos paradeiros de inúmeras vítimas do regime militar (Diniz; Moreira, 2022). O processo de transição à democracia surgiu de forma retraída, cuja perpetuação do cenário de impunidade dos perpetradores de violações dos direitos humanos minimizou o impacto da violência estatal e atenuou a luta por verdade, memória, justiça e reparação (Diniz, 2022). Nesse ínterim, a condenação do Brasil pela Corte IDH no Caso Gomes Lund em 2010 adverte para o caráter complexo e contínuo do desaparecimento forçado, de modo que violações antigas não resolvidas permanecem carecendo de esclarecimentos por parte do Estado infrator, que tem a responsabilidade de investigar e julgar o acontecido.

³ Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153 de 2010, os efeitos da Lei de Anistia permanecem convalidados. No caso, interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, requerendo o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, a Suprema Corte julgou improcedente o pedido por sete votos contra dois. No voto vencedor do Ministro Eros Grau, relator do processo, foi ressaltado que não cabe ao Poder Judiciário rever acordo político realizado na transição do regime militar para a democracia, devendo esta modificação, se for o caso, ser feita pelo Poder Legislativo (Pinto, 2021, p. 1277 e 1278).

Não obstante, o ato de fazer desaparecer pessoas ainda perdura na sociedade brasileira pós-ditadura, sendo transformado em uma prática do repertório da linguagem da violência urbana, associada ao liame entre violência policial, grupos de extermínio, milícias e traficantes (Araújo, 2016). Conforme dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), foram registrados 74.061 boletins de ocorrências de desaparecimentos no Brasil no ano de 2022, apresentando uma taxa de crescimento de 12,9% em relação a 2021, enquanto durante os anos de 2007 a 2016 foram somados 693.076 registros (FBSP, 2017; 2023). Para tanto, o Fórum ressalta que estes dados não correspondem ao total de desaparecidos, na medida em que uma pessoa pode ser registrada mais de uma vez, como também um boletim pode constar mais de uma vítima (FBSP, 2022).

Nesse sentido, apesar destes números serem propriamente vagos, uma vez que misturam desaparecimentos voluntários, involuntários e forçados⁴, são ainda capazes de realçarem a dimensão complexa e abstrata de uma situação alarmante no país, permeada pelo desamparo de soluções e procedimentos factíveis ao real problema, bem como pela falta de categorização própria nos documentos policiais e pela ilegibilidade⁵ do Estado frente a carência de estatísticas. A abrangência que configura o fenômeno do desaparecimento forçado é vinculada a um dispositivo de força situado entre a violência estatal e a violência criminal, em que corpos e pessoas desaparecidas fazem parte da linguagem do confronto, enquanto o terror

⁴ “O Desaparecimento Voluntário caracteriza-se quando a pessoa se afasta por ato volitivo próprio e sem avisar a ninguém. (...) Por sua vez, o Desaparecimento Involuntário ocorre quando a pessoa é afastada do seu dia a dia por um evento sobre o qual não tem nenhum tipo de controle. (...) Já Desaparecimento Forçado fica caracterizado quando outros indivíduos provocam o afastamento da pessoa do seu viver cotidiano, sem a sua concordância” (Mello *et al.*, 2019, p. 25-26).

⁵ “A ilegibilidade do Estado é apresentada, compreendida e interpretada como a dificuldade de leitura e compreensão de suas regras e regulações. É essa questão da ilegibilidade do Estado que se coloca no caso do desaparecimento. (...) É o Estado produzindo sua ilegibilidade, ora através da forma como interpreta, classifica fenômenos e dados e faz circular explicações, ora através do recurso ao segredo, evitando a liberação e publicização dos dados” (Araújo, 2016, p. 43).

configura-se como parte de um mecanismo de poder, cuja concretude não está materializada, porém é dada através do rumor, dos fragmentos e da suposição, de forma a prolongar (ou até mesmo eternizar) o sofrimento dos familiares das vítimas (Araújo, 2016).

Diante disso, enquanto o desaparecimento foi uma política institucionalizada de repressão política durante o período da ditadura, na realidade da redemocratização foi convertida em uma prática extraoficial, cometida sob o controle ou a aquiescência de agentes oficiais de segurança pública, através da utilização de recursos militares e políticos como procedimento de terror policial, coerção social, controle territorial ou, até mesmo, para vender mercadorias políticas, em ações associadas a clientelismo, corrupção e extorsão (Araújo, 2012). Neste contexto, em meio as dinâmicas da sociedade civil e das políticas de segurança do Estado brasileiro, as ações governamentais engendram jovens, comumente negros e periféricos, como alvos diletos de uma violência histórica institucionalizada e sistemática, que se reinventa conforme as novas tecnologias e discursividades (Carregosa, 2019).

Não por acaso, a prática do desaparecimento forçado no Brasil é moldada conforme a realidade política e social, encaixada no contexto de controle governamental dos meios de segurança e monopólio do uso da força, atingindo as estruturas de oposição política, durante o regime autoritário militar, e modificando o alvo para a guerra contra o tráfico de drogas e o domínio sobre favelas e regiões periféricas, em uma conjuntura latente de desigualdade e reorganização governamental. Em face disso, encontra-se a heterogeneidade de casos registrados como desaparecimento, embutido no complexo de violência urbana e criminalidade, com relatos de homicídio, sequestro, destruição de cadáver e, propriamente, de desaparecimento forçado de pessoa (Ferreira, 2013).

A irresolução do caso da Chacina de Acari, transcorrido em 1990 quando onze jovens desapareceram e nunca foram encontrados seus corpos ou

tampouco declarado culpados pela ação, retrata a persistência da conduta de descaso do Estado brasileiro, já durante o período de redemocratização. Mesmo após o histórico negativo de impunidade e conivência com as violações cometidas pelos agentes da ditadura, o poder público não foi capaz de viabilizar procedimentos efetivos para a investigação de casos de desaparecimento forçado e a punição de autoridades públicas suspeitas de envolvimento nestas transgressões. A submissão do Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil na Corte IDH em 2022 reforça a posição omissa do órgão estatal, alertando novamente para uma situação de constante afronta aos direitos humanos, que viola acima de tudo o princípio constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, a falta de conhecimento sobre o destino do desaparecido forçado nutre o paradoxo de esperança e tristeza para aqueles que ficam; convivendo com um enigma obtuso dificilmente ultrapassado, em que perpétua a expectativa de que o ente querido reapareça, através de uma irreabilidade que não pode ser confirmada ou aferida (Endo, 2016). A figura do desaparecido configura um paradoxo ontológico, em que a vítima se situa no limbo entre a vida e a morte, através de uma catástrofe identitária que surge como uma estratificação de ausências, fundada na subtração do corpo e na manutenção do segredo sobre as circunstâncias da captura, que impede os familiares de completar o sentimento do luto (Scaramucci, 2020).

Sendo assim, o forçoso sumiço de pessoas, sem que tenha havido ou haja esclarecimento por parte do poder público, configura grave violação aos direitos humanos, de modo que muitos desses desaparecimentos permanecem sem investigação ou punição, refletindo em um cenário de impunidade que já levou o Estado brasileiro a ser condenado na Corte IDH (Diniz; Moreira, 2022). A persistência da omissão e inépcia dos órgãos estatais, direcionou para que mais uma vez o Brasil esteja submetido à jurisdição contenciosa interamericana no tocante a circunstância não resolvida de desaparecimento forçado de pessoas no país. Diante disso, a próxima seção aborda os

estândares interamericanos que permeiam a proscrição deste delito no âmbito regional, por meio de padrões interpretativos e procedimentais especiais aplicados a fim de garantir a reparação dos danos e a apuração dos fatos.

3. Estândares interamericanos sobre desaparecimento forçado de pessoas

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) tem origem a partir da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948, seguida da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), que estruturaram a cooperação regional no âmbito do continente americano e instituíram deveres aos Estados membros. Através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), subscrita em 1969 e em vigor desde 1978, este sistema regional foi fortalecido, atrelando direitos e obrigações aos signatários, bem como desenvolvendo o papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte IDH no tratamento de demandas individuais ou comunicações interestatais, sendo os órgãos responsáveis por receber denúncias de violações de direitos humanos e investigá-las (Guerra; Guerra; Manganote, 2022).

Neste âmbito, a Corte IDH, surgida em 1979, consolida o sistema da CADH, viabilizando uma jurisdição contenciosa a partir de direitos humanos postos nos dispositivos interamericanos. Desse modo, o SIPDH opera de forma coadjuvante ou complementar à ordem doméstica dos Estados-partes, em casos de falta de amparo ou não garantia de determinado direito, cabendo a responsabilidade de proteção mediata, através da atuação subsidiária para a garantia dos direitos humanos (Mazzuoli, 2019). Em vista disso, as sentenças proferidas pela Corte IDH produzem autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes, de forma que todos os órgãos e poderes internos dos Estados membros estão obrigados a cumprirem com a decisão (Cambi; Porto, 2021).

A Corte principia sua atuação durante a década de 1980, com o julgamento de três casos sobre o desaparecimento forçado de pessoas⁶. Este fenômeno é influído pelo contexto de militarização dos Estados da América Latina a partir da década de 1960, que gerou uma atmosfera de terror generalizado, com a submissão psicológica da sociedade e a impunidade de agentes estatais violadores de direitos humanos e garantias fundamentais (Tavares, 2010). Neste contexto, a prática do desaparecimento forçado foi instituída pelas forças militares como mecanismo de coerção social e repressão política, facilitado com o monopólio estatal do uso da força física e a vinculação/omissão de órgãos públicos, de forma a dificultar a efetiva persecução penal e a responsabilização dos atos.

Por efeito disso, o SIPDH contribuiu com o processo histórico de proscrição da prática do desaparecimento forçado, de modo a estipular como uma violação pluriofensiva de direitos garantidos pela DADH, CADH e CIDFP, além de tratar como crime continuado ou permanente – que se protraí sem o paradeiro da vítima –, cujo Estado tem o dever convencional de apurar e exercer a persecução penal contra os responsáveis (Oliveira, 2021). Por conseguinte, o preâmbulo da CIDFP, também denominada de Convenção de Belém, reputa o desaparecimento forçado como crime de lesa-humanidade, com grave ofensa de natureza hedionda à dignidade inerente à pessoa humana (Brasil, 2016a). Nesse ínterim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional igualmente reconhece o desaparecimento forçado de pessoas como crime contra humanidade (Brasil, 2002).

Sob a ótica dos dispositivos interamericanos, o delito do desaparecimento forçado é configurado através da privação de liberdade, de qualquer natureza, com a participação direta de agentes estatais, ou indireta ao apoiar, autorizar ou consentir com a ação, cujo resultado material é desconhecido tendo em peso a ocultação de informações e a negação do

⁶ São eles: Caso Velásquez Rodríguez, Caso Fairén Garbí e Solís Corrales e Caso Godínez Cruz, todos contra o Estado de Honduras.

reconhecimento da prática (Juárez, 2018). Trata-se, pois, de uma conduta múltipla, autônoma e permanente, com transgressões de vários direitos assegurados nos dispositivos jurídicos internacionais e interamericanos, cuja gravidade e complexidade perdura com o desconhecimento do paradeiro da pessoa desaparecido, sem a devida identificação dos seus restos mortais e das circunstâncias do ocorrido (Gonçalves, 2022).

Com efeito, conforme a Resolução 33/173 adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) em 20 de dezembro de 1978, o desaparecimento forçado de pessoas viola os artigos 3, 4, 5, 9 e 11 da DUDH, representando ofensa ao direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, bem como ao direito de não ser submetido a torturas, de não ser arbitrariamente preso e de presunção da inocência, com a submissão perante julgamento justo e legal (Perruso, 2010). A criação da Convenção de Belém e da Convenção Internacional contra o Desaparecimento Forçado, durante a década de 1990, fixam um mandado internacional de incriminação do comportamento, suscitando uma dimensão objetiva e positiva às obrigações de prevenção e repressão doméstica aos infratores (Oliveira, 2021). Apesar de configurarem uma resposta tardia ao fenômeno, coincidem com o aumento da governabilidade democrática, exigindo a adoção de medidas especiais nos âmbitos nacional e internacional a fim de viabilizarem a efetiva proscrição desta prática (Tavares, 2010).

Isto posto, em torno do âmbito da SIPDH e da sua jurisdição contenciosa, as sentenças dos casos julgados pela Corte IDH operam de maneira objetiva e indireta em face dos Estados signatários da CADH, possuindo eficácia *erga omnes*, em que a jurisprudência surge como *standard* interpretativo mínimo de efetividade da norma convencional, cujo precedente é forma de promover a continuidade, o dinamismo e a coerência das decisões, além de fomentar uma unidade normativa vinculante às jurisdições domésticas (Cambi; Porto, 2021). Nesse sentido, as deliberações, os procedimentos e as medidas adotadas pela Corte no julgamento dos casos têm

força normativa e vinculante, servindo como estândares de interpretação de práticas similares reiteradamente apreciadas pela jurisdição interamericana, de modo que os Estados-partes ficam obrigados a adequarem seus ordenamentos internos e cumprirem com as obrigações estipuladas, enquanto o Tribunal tem o dever de manter a congruência nas suas sentenças.

Diante disso, o conjunto de casos de desaparecimento forçados de pessoas julgados pela Corte IDH formam estândares interamericanos para proscrição da prática na região. A jurisprudência da Corte em torno deste delito é ampla, contando com mais de 40 casos apreciados, que inclusive inaugurou as atividades da jurisdição contenciosa através do ciclo de casos hondurenhos. No tocante ao Brasil, o país foi condenado uma única vez em relação a prática de desaparecimento forçado, por meio do Caso Gomes Lund, julgado em 2010. No entanto, a recente submissão do Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil, indica o descumprimento de deliberações apontadas na sentença do caso antecessor e reforça a persistência na omissão do Estado brasileiro em investigar e punir circunstâncias de desaparecimento forçado irresolvidas que ocorreram no país.

Afinal, as sentenças proferidas pela Corte IDH consolidam o posicionamento em relação a prática do forçoso sumiço de pessoas na região, reconhecendo como delito pluriofensivo e continuado, que demanda da responsabilidade estatal para punir os envolvidos, reparar a dor dos familiares das vítimas e atestar a materialidade dos fatos, tendo em vista a inversão do ônus da prova. Desse modo, torna-se imprescindível analisar algumas decisões da Corte na resolução de casos de desaparecimento forçado, de modo que no primeiro subtópico é abordado o ciclo de casos hondurenhos no final da década de 1980, no qual principiou não apenas a atividade jurisdicional do Tribunal, como também a proscrição da prática no âmbito interamericano, servindo de base para a CIDFP adotada em 1996. Em seguida, é versado sobre a condenação do Brasil no Caso Guerrilha do Araguaia, inaugurando a punição ao país por circunstância de

desaparecimento forçado ocorrida no território nacional e pendente de resolução. Por fim, é tratado de maneira ampla acerca dos principais padrões de interpretação aplicados na jurisprudência da Corte para a condenação desta transgressão.

3.1. As primeiras condenações da Corte: o ciclo de casos hondurenhos

A jurisdição contenciosa do SIPDH foi inaugurada com o julgamento de três casos de desaparecimento forçado transcorridos na República de Honduras, concorrentemente submetidos à Corte IDH pela CIDH no dia 24 de abril de 1986. O ciclo de casos hondurenhos foi consequência do movimento de militarização dos governos latino-americanos, com a prática sistemática e reiterada de mecanismos de repressão e terror generalizado, juntamente com estratégias de ocultação das ações e a subsequente impunidade dos agentes estatais. O desaparecimento do estudante Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, do professor Saúl Godínez Cruz e dos costarriquenhos Francisco Fairén Garbi e Yolanda Solís Corrales, todos detidos com a participação de integrantes das Forças Armadas de Honduras, fizeram parte da conjuntura de sequestros, perseguições e controles fruto deste cenário de instabilidade política.

Neste contexto, destaca-se que os primeiros casos submetidos para apreciação da Corte IDH permeiam um estágio mais consultivo e de autocontenção nos pontos resolutivos, em que a jurisdição opta pelo desenvolvimento progressivo da fundamentação decisória (Legale, 2020). Em razão disso, foram estipuladas normas e diligências que serviu de precedente para jurisdição contenciosa e para proscrição do desaparecimento forçado de pessoas, influenciando inclusive de a sociedade internacional reunir forças para a aprovação de tratados que versem sobre a obrigação objetiva de prevenir e reprimir a prática (Oliveira, 2021). A entrada em vigor da Convenção de

Belém em 1996 é consequência direta da jurisprudência desenvolvida pela Corte em casos de desaparecimento, sendo instrumento que consolidou a obrigação dos Estados de não permitirem, praticarem ou tolerarem esta transgressão (Tavares, 2010).

Assim sendo, a Corte IDH na apreciação do trio de casos hondurenhos, reconheceu a existência de uma prática sistemática e seletiva de desaparecimentos, com amparo ou tolerância do poder público, ponderando o fenômeno como uma forma complexa de violação múltipla e contínua de direitos humanos reconhecidos na CADH (Rodrigues; Santos, 2011). Na decisão do Caso Godínez Cruz, a Corte assente que a atividade estatal deve ser pautada pelo respeito à dignidade humana, tendo o Estado o direito e o dever de garantir sua própria segurança, não podendo se valer de qualquer procedimento para alcançar seus objetivos (OEA, 1989). Outrossim, o dever estatal de investigar eventos dessa natureza subsiste enquanto houver incerteza sobre o paradeiro do desaparecido (OEA, 1989).

Diante disso, a Corte Interamericana suscita procedimentos especiais para apreciação de casos de desaparecimento forçado na região, reconhecendo a complexidade do delito e o envolvimento do Estado na execução e na investigação do fato. Nesse sentido, no Caso Velásquez Rodríguez a Corte definiu uma exceção jurisprudencial de inversão do ônus da prova quando os meios para esclarecer os fatos ocorridos estiverem em poder ou à disposição exclusivamente do Estado, o que comumente ocorre nas circunstâncias de desaparecimento forçado (OEA, 1988)⁷. Desse modo, a capacidade de transferência do ônus probatório para a parte que está em melhores condições de exercê-lo confere uma carga dinâmica da prova no âmbito da jurisdição interamericana (Paiva; Heemann, 2020).

⁷ Conforme proferido no § 135 da sentença de mérito do Caso Velásquez Rodríguez: “À diferença do Direito Penal interno, nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não se podem obter sem a cooperação do Estado” (OEA, 1988).

Aliás, a proteção dos direitos humanos difere da justiça penal e estritamente condenatória, na medida em que seu principal objetivo é proteger as vítimas e prever reparações (Tavares, 2010). A clandestinidade e a irregularidade característica da prática de desaparecimento forçado influíram para que a Corte admitisse a utilização de provas indiciárias, circunstanciais ou por presunção, sempre que sejam capazes de inferirem em conclusões consistentes sobre a situação fática (OEA, 1988)⁸. Dessa maneira, valorando o ônus do Estado para comprovar que a vítima não foi sequestrada e assassinada por agentes estatais, uma vez que raramente existem provas diretas, como testemunhas e documentos, que comprovem e vinculem o ente estatal ao desaparecimento da vítima, ressaltando a dificuldade de se provar o crime e a concretude do fato (Paiva; Heemann, 2020).

Por conseguinte, a Corte IDH supôs um rito transcendental, que através da via jurisprudencial reconhece o direito de toda pessoa a não ser submetida ao desaparecimento forçado, de forma a identificar o Estado de Honduras como responsável pela detenção ilegal e pela falta de proteção judicial às vítimas (DINIZ, 2022). Diante disso, esses *leadings cases* se constituíram em decisões paradigmáticas aos demais organismos e tribunais de direitos humanos, através da compreensão de que o Estado e seus órgãos devem respeitar e fazer respeitar as cláusulas presentes no artigo 1 da CADH, inclusive sendo estipulado como inadmissível a excludente de antijuridicidade em razão de cumprimento de ordens superiores ou mesmo de omissão do Estado (Oliveira, 2021).

Sendo assim, nas decisões do Caso Velásquez Rodríguez e do Caso Godínez Cruz a Corte IDH declarou que o Estado de Honduras violou os deveres de respeito e de garantia dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, em relação ao cumprimento de obrigações como a

⁸ Com efeito, é esclarecido no § 131 da sentença: “A prova indiciária ou presuntiva possui especial importância quando se trata de denúncias sobre o desaparecimento, já que esta forma de repressão se caracteriza por procurar a supressão de todo elemento que permita comprovar o sequestro, o paradeiro e o destino das vítimas” (OEA, 1988).

reparação dos danos causados e a punição dos responsáveis (OEA, 1988; 1989). Portanto, o ciclo de casos hondurenhos inaugurou a jurisdição contenciosa da Corte IDH, sendo importantes precedentes para a definição de procedimentos imperiosos no julgamento dos casos de desaparecimento forçado, bem como para o reconhecimento da prática como violação pluriofensiva e continuada.

3.2. Condenação do Brasil: Caso Guerrilha do Araguaia

Durante os anos iniciais do regime militar brasileiro, no final da década de 1960 e início dos anos 1970, militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) montaram um movimento guerrilheiro na região amazônica do país, com o intuito de fomentar uma revolução socialista, sendo denominada como Guerrilha do Araguaia, em razão dos acampamentos serem localizados na Bacia Hidrográfica Araguaia-Tocantins. Neste contexto, a prática do desaparecimento forçado de pessoas foi aplicada como política e instrumento de extermínio das ideologias combatidas pelo regime, de forma a conter os movimentos opositores e propiciar o sigilo das operações, através de uma estratégia de controle da população, à mercê da alienação e das inverdades propagadas pelo governo (Diniz; Moreira, 2022).

Desse modo, a repreensão aos integrantes da Guerrilha do Araguaia, durante as operações militares perpetradas entre 1972 e 1975, foi realizada através de detenções arbitrárias, torturas e desaparecimentos forçados de 70 pessoas, incluindo militantes comunistas e camponeses moradores da região (Ceia, 2013). Não obstante, o Estado brasileiro, ao longo de muitos anos, negou os desaparecimentos ocorridos, de modo a se opor em fornecer informações e documentos oficiais sobre os fatos transcorridos nas operações e os paradeiros dos corpos desaparecidos (Grabois, 2018). Diante da reiterada omissão do ente estatal na investigação do feito, em 2008 a CIDH

compreendeu pela admissibilidade da ação interposta por familiares de algumas vítimas, encaminhando o caso para julgamento pela Corte IDH.

Para tanto, o Estado brasileiro alegou a incompetência da Corte para examinar supostas violações cometidas anteriormente ao reconhecimento interno da jurisdição contenciosa em 10 de dezembro de 1998. Nesse sentido, o Tribunal concedeu parcialmente a exceção preliminar, atestando a exclusão de competência apenas em relação a alegada execução extrajudicial da vítima Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, enquanto manteve a capacidade de examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, uma vez que o ato de desaparecimento é de caráter contínuo ou permanente (OEA, 2010). Assim, posto que os corpos das vítimas continuam desaparecidos e os responsáveis não foram responsabilizados, o direito à vida e à integridade física perduram sendo violados (Paiva; Heemann, 2020). Esse entendimento da Corte corrobora com a posição tomada a partir do Caso Blake vs. Guatemala, no qual compreende que o efeito continuado do delito lhe permite julgar casos fora da competência *ratione temporis* (Tavares, 2010).

Por conseguinte, reiterando a posição tomada no Caso Velásquez Rodríguez, o tribunal interamericano reafirmou o dever do Estado de investigar os fatos e punir os autores das violações de direitos humanos, alegando o caráter de *jus cogens* do combate ao desaparecimento forçado, ou seja, como norma cogente e imperativa para a comunidade internacional (Paiva; Heemann, 2020). Nesse sentido, para alcançar a aplicação do *standard* interpretativo, os países signatários da Convenção devem ajustar suas normas internas a partir do controle de convencionalidade, moldando às disposições previstas nos dispositivos interamericanos e a compreensão firmada na jurisprudência da Corte IDH (Cambi; Porto, 2021). Desse modo, com ênfase no controle de convencionalidade, a CIDH decidiu que a ausência da tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas no

ordenamento jurídico brasileiro não configuraria em impeditivo na punição dos seus responsáveis (Moreira, 2015).

Diante disso, a Corte IDH pronunciou que a prática do desaparecimento forçado surge a partir da falta de informação sobre o destino da pessoa desaparecida, se protraindo na medida em que haja o desconhecimento de seu paradeiro e a falta de esclarecimento sobre os fatos ocorridos, de modo que a obrigação de investigar e punir os autores possui caráter permanente (OEA, 2010). Portanto, nos pontos resolutivos do Caso Gomes Lund, a Corte reconheceu que o Estado brasileiro violou os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e de expressão, descumprindo com a obrigação de adequar o direito interno à CADH, sendo reconhecido inclusive a incompatibilidade da Lei de Anistia com os dispositivos interamericanos (OEA, 2010).

3.3. Padrões especiais de interpretação da Corte em casos de desaparecimento forçado

A jurisprudência da Corte IDH sistematizou o desaparecimento forçado como violação múltipla e complexa de direitos, atingindo inclusive os familiares dos desaparecidos, através do alcance do direito à verdade, em circunstância que enseja padrões probatórios especiais, atrelado essencialmente aos deveres estatais de garantia, prevenção, investigação e punição dos responsáveis (Corte IDH, 2022). Com efeito, os casos de desaparecimento forçado julgados pela Corte ensejam padrões interpretativos e normativos aos Estados-partes, de modo que o conjunto de decisões proferidas sobre a temática formam estândares interamericanos para as obrigações estatais frente ao SIPDH e para a tipificação deste delito nas legislações domésticas.

No Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, a Corte IDH reafirmou o dever estatal de adequar o direito interno aos tratados internacionais celebrados, ensejando ser obrigatório a tipificação do desaparecimento forçado como delito autônomo a partir do momento em que o Estado é vinculado à CIDFP (Rodrigues; Santos, 2011). Nesse sentido, no julgamento do Caso *Gelman*, a Corte avançou a jurisprudência sobre o controle de convencionalidade, ampliando o poder-dever de exercício para toda autoridade pública (Paiva; Heemann, 2020). Desse modo, vinculando juízes e órgãos atrelados à administração de justiça aos efeitos das disposições da CADH e as interpretações realizadas pela Corte, de modo que possuem a obrigação de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e os padrões interamericanos (OEA, 2011).

Além disso, a Corte IDH reconhece que o dever estatal de investigar e punir a prática de desaparecimento forçado é uma obrigação de meio, e não de resultado, ou seja, que deve ser assumida pelo Estado como seu próprio dever legal, cuja investigação precisa ser séria, imparcial e eficaz, orientada para a determinação da verdade e a efetiva persecução penal dos perpetradores, por meios de procedimentos legais de captura, acusação e eventual punição (OEA, 2017). Nesse ínterim, a obrigação estatal de buscar a pessoa desaparecida é contínua, permanecendo até que o seu paradeiro seja determinado, cujo dever surge imediatamente quando o poder público tem notícia do suposto caso de desaparecimento forçado, com a adoção de medidas de busca necessárias para encontrar a vítima, ou seus restos mortais, através da investigação criminal e de correlatos procedimentos adequados e eficazes (Dulitzky; Orizaga, 2019).

Quanto a natureza de violação pluriofensiva, a Corte Interamericana consolidou a posição de que além do desaparecimento forçado transgredir o direito do desaparecido à vida, à liberdade pessoal, à integridade física e à personalidade jurídica, também atinge os familiares da vítima de ter acesso às garantias judiciais e ao direito à verdade, além de serem padecidos pelo

desrespeito à integridade psíquica e moral (Paiva; Heemann, 2020). Sendo assim, na decisão do Caso Blake, o Tribunal ampliou a noção de vítima para o desaparecido (a vítima principal) e seus familiares, na medida em que a incerteza e a indefinição subtrai a todos a proteção do direito, maculando aqueles que sofrem com as recordações do ente querido, através de um tormento permanente causado pelo desconhecimento do fato (OEA, 1998).

Enfim, a jurisprudência e os dispositivos assentados no SIPDH ensejaram padrões especiais de interpretação e aplicação em circunstâncias de desaparecimento forçado de pessoas ocorridas na região, norteados pela necessidade da colaboração dos Estados enquanto partes envolvidas na execução do fato, através do dever de investigar e punir, bem como de garantir os direitos reconhecidos na CADH e de prevenir a repetição destas violações. Isto posto, como forma de conectar os estândares interamericanos e a realidade do desaparecimento forçado no território brasileiro, de forma a viabilizar o exame do Caso Leite de Souza, a próxima seção trata da proscrição deste delito no Brasil, destacando as obrigações assumidas pelo dito Estado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4. Proscrição do desaparecimento forçado no Brasil

O Brasil promulgou em maio de 2016 a Convenção de Belém e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, ambas internalizadas através da edição dos Decretos 8.766 e 8.767, respectivamente. Convém destacar que conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida no RE 466.343-1/SP de 2008, os tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados no novel rito da Emenda Constitucional 45/2004, têm caráter

supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo superior as normas ordinárias, mas inferior à Constituição Federal (Moreira, 2015)⁹.

Nesse íterim, o Brasil, como parte vinculada à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, se responsabiliza de que não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de tratado internacional, além de se comprometer a adotar medidas com o propósito de implementação dos instrumentos normativos convencionados (Pereira, 2018). Desse modo, a internalização por parte do Estado brasileiro de tratados internacionais que versam sobre a prática do desaparecimento forçado representa um avanço no reconhecimento doméstico da temática e na mudança de postura frente ao retrospecto de omissões e convivências durante o regime militar.

Todavia, ainda perdura a falta de tipificação no direito interno do crime de desaparecimento forçado, mesmo após a Corte IDH ter proferido um mandado internacional implícito de criminalização contra o Brasil¹⁰. Desde 2013 o Projeto de Lei 6.240, que propõe tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoa no Código Penal, permanece aguardando aprovação no Senado Federal. Neste contexto, apesar da submissão do Estado brasileiro aos tratados internacionais que versam sobre a temática, bem como a subordinação frente as jurisdições contenciosas interamericanas, permanece no país a perpetuidade de casos de desaparecimento forçado sem resolução –

⁹ A Emenda Constitucional 45/2004 positivou um novo procedimento de incorporação aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme reza o § 3º do art. 5, de que quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, através de decreto legislativo, às normas neles contidas serão conferidas de status constitucional. No entanto, os tratados nos quais não sejam submetidos com as referidas formalidades, não terão reconhecidos o caráter material de normas constitucionais, perdurando a hierarquia infraconstitucional (Moreira, 2015).

¹⁰ Com efeito, conforme elucidam Caio Paiva e Thimotie Heemann (2020, p. 387), “ao condenar o Estado brasileiro no Caso Gomes Lund, a Corte IDH ordenou que o Brasil procedesse à tipificação do crime de desaparecimento forçado. Quando uma lei, tratado ou até mesmo uma sentença internacional profere uma ordem de criminalização de determinada conduta, estamos diante do que a doutrina convencionou chamar de mandado de criminalização. (...) Caso o comando para tipificação de uma determinada conduta advenha de uma sentença de determinado tribunal internacional, atribui-se o nome de mandado internacional implícito de criminalização”.

como na Chacina de Acari –, agravada justamente com a falta de normas e diligências que norteiem a sua efetiva persecução penal.

Para tanto, a ausência de tipificação não deve ser fundamento para obstruir o julgamento dos casos de desaparecimentos forçados ou justificar o arquivamento das investigações (Jardim, 2010). Com efeito, é dever do Estado investigar os fatos ocorridos e apurar as circunstâncias dos desaparecidos, de forma a identificar os envolvidos, punir os agentes responsáveis e reparar as violações cometidas (Perruso, 2010b). A função de prevenção por parte do Estado brasileiro deve abranger todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos (Diniz, 2022). Assim sendo, a mudança de paradigma com a internalização dos tratados internacionais de proscrição do crime de desaparecimento forçado representa uma postura ajustada sob à ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, propiciando punir criminalmente os responsáveis, inclusive não sendo a Lei de Anistia um óbice para tal feito (Perruso, 2010a).

Por conseguinte, a internalização destas convenções concerne não apenas à prevenção de futuras vítimas, mas essencialmente a possibilidade de investigação dos fatos e de identificação dos responsáveis pelos desaparecimentos já ocorridos no Brasil e que seguem irresolvidos (Perruso, 2010a). Com isso, caracterizando o reconhecimento e o comprometimento do Estado brasileiro de responsabilidade para prevenir novas violações e combater a impunidade em casos de crime de desaparecimento forçado (Brasil, 2016b). Não obstante, a Corte IDH subsiste que a falta de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro contrapõe a obrigação do país-membro de repressão penal imediata dos responsáveis por violações graves aos direitos humanos (Jardim, 2010).

Nesta conjuntura, a persistência da irresolução de casos antigos de desaparecimento forçado no país, somado ao não cumprimento de pontos resolutivos do Caso Gomes Lund, conduziu para a recente submissão do Caso Leite de Souza em 2022. A falta de empenho do país com a sentença expedida

no caso antecessor vai de encontro com o previsto no art. 68.1 da CADH, que afirma o dever de comprometimento dos signatários para cumprirem com a decisão da Corte nos casos em que forem partes, bem como contrapõe o art. 69, no qual assevera a vinculação dos Estados às sentenças proferidas pela Corte, atestando a sua autoridade de coisa julgada internacional (OEA, 1969).

Diante disso, será abordado na próxima seção sobre as violações cometidas na Chacina de Acari, aludindo inclusive o legado histórico para os direitos humanos surgido através da luta dos familiares das vítimas por justiça e pelo direito à verdade. Com isso, tendo em peso os padrões interamericanos sobre desaparecimento forçado, será apontado possíveis padrões interpretativos e procedimentais capazes de serem aplicados pela Corte IDH na decisão do Caso Leite de Souza.

5. Caso Leite de Souza e Outros vs. Brasil: a Chacina de Acari e o legado histórico para os direitos humanos

O Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil, submetido pela CIDH para trâmite na Corte IDH em abril de 2022, trata do desaparecimento de onze jovens da favela de Acari, que estavam em um sítio no bairro de Suruí, na cidade de Magé/RJ, em julho de 1990. Outrossim, aborda também acerca do assassinato de Edméa da Silva Euzébio e Sheila da Conceição, familiares de um dos jovens desaparecidos, ocorrido em janeiro de 1993 na cidade do Rio de Janeiro. Conforme aludido pela CIDH na Carta de Submissão do caso, o envolvimento do Estado brasileiro esteve atrelado com a participação de agentes estatais no momento do desaparecimento das vítimas, quando um grupo de policiais civis e militares as sequestrou e transferiu para o rancho militar Peninha, estando vinculado ainda com a falta de empenho e a ineficiência dos órgãos públicos nas investigações e nas responsabilizações dos autores (OEA, 2022b).

Desse modo, a morosidade das investigações e a impunibilidade dos responsáveis pelo desaparecimento dos jovens da favela de Acari instigou para que os familiares das vítimas denunciasses a omissão e a conivência dos órgãos estatais com os crimes cometidos. Além do mais, estes familiares são igualmente vítimas deste contexto de desaparecimento de seu ente querido, conforme interpretação da Corte IDH. Neste ínterim, foi criado o movimento das “Mães de Acari”, cuja busca por justiça incitou a visibilidade do caso à nível nacional e regional, bem como engajou a luta contra as violações aos direitos humanos cometidas ou ocultadas pelo Estado brasileiro. A ação coletiva destas mães, visando de imediato a justiça no caso do desaparecimento impune de seus filhos, com o tempo ampliou o foco para denunciar uma conjuntura de vítimas da violência urbana, de modo que através da ênfase na dor da perda, o movimento destaca elementos de desigualdade, discriminação e violência policial (Brites; Fonseca, 2013).

Motivadas e indignadas pela impunidade, as “Mães de Acari” denunciaram o *modus operandi* da violência institucional cometida por milícias e grupos de extermínios que empregam a prática do desaparecimento forçado como estratégia para desconfigurar o homicídio, posto que ocultam os corpos e, conseqüentemente, os indícios e as provas materiais das práticas truculentas, cruéis e abusivas (Silva, 2022). Diante disso, essas mulheres construíram estratégias de luta, mobilização e busca pela verdade, emergindo contra o modo de intervenção violenta do Estado, sendo a maternidade um signo em disputa capaz de mobilizar alianças para cobrar do poder público o reconhecimento pelas mortes de seus filhos, guiadas ainda pela luta incansável por esclarecimento dos fatos através de diligências investigatórias efetivas, bem como pela preservação das trajetórias e histórias das vítimas (Carregosa, 2019).

Neste contexto, a Comissão considerou que houve conexão entre o desaparecimento das vítimas de Acari e o assassinato de Edméa da Silva Euzébio e Sheila Conceição, cujos trabalhos no movimento das “Mães de

Acari” expunham ambas a uma situação de risco, tendo sido o Estado brasileiro responsável pela violação do direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, às garantias judiciais e à proteção de ambas as mártires (OEA, 2022a). Não obstante, a morte da senhora Edméa da Silva transcorreu pouco depois dela testemunhar em Tribunal sobre o envolvimento da polícia no desaparecimento dos jovens de Acari (OEA, 2022b). Assim sendo, o procedimento de ocultação das violações cometidas na Chacina de Acari se expandiu para além da prática do desaparecimento das vítimas, atingindo familiares envolvidos na denúncia do crime e na busca por justiça, de forma a evidenciar uma estratégia sistemática pelo arquivamento das investigações sem a efetiva punição dos autores do fato.

Nesse sentido, a CIDH constatou que a investigação policial durou quase 20 anos com morosidade nas técnicas e diligências tomadas e com avaliação tardia das provas, sendo posteriormente arquivado sem encontrar o paradeiro das vítimas ou responsabilizar os agentes estatais envolvidos nas violações (OEA, 2022b). Com isso, o arquivamento do inquérito responsável pelas investigações dos desaparecimentos dos jovens de Acari enseja o esgotamento das vias internas, ressaltando a relevância da submissão do caso para julgamento pela Corte IDH. Em tal âmbito, os procedimentos inaugurados no ciclo de casos hondurenhos, de inversão do ônus da prova e admissão de provas indiciárias, circunstanciais ou por presunção em circunstâncias de desaparecimento forçado de pessoas, suscita especial utilização no Caso Leite de Souza.

A falta de empenho dos órgãos públicos para efetiva persecução penal do caso e os indícios de envolvimento de policiais na ocultação de provas e execução dos fatos, apontam para o ônus do Estado no dever de investigar e punir. A prática do desaparecimento forçado como linguagem da violência urbana e mecanismo de poder, empregada por agentes estatais que aproveitam do aparato institucional para ocultar as provas materiais e encobrir as violações cometidas, vincula a responsabilidade do Estado em

demonstrar provas contrárias e encontrar os corpos dos desaparecidos. Conforme ressaltado na decisão do Caso Gomes Lund, o crime de desaparecimento forçado é de caráter contínuo e pluriofensivo, cuja competência da Corte IDH atinge atos realizados antes do reconhecimento da sua jurisdição e que se prologam com a indefinição jurídica.

O Caso Leite de Souza é apenas um dos tantos inseridos no complexo repertório da violência urbana transcorrida no Brasil, cujo desaparecimento reflete a indiferença do poder público pela vida das vítimas, enquanto o consequente envolvimento de agentes estatais revela a ineficiência dos órgãos de segurança pública. A realização desta chacina simboliza uma mudança de arquétipo no pós-ditadura, não mais atrelado ao fenômeno do desaparecimento político e institucional, mas representado através do desaparecimento como consequência da intervenção violenta do Estado, com procedimentos de terror policial, corsão social e controle territorial. Esta situação, somada a luta das “Mães de Acari”, escancara o problema da violência estrutural, principalmente em regiões periféricas e segregadas, sendo a desigualdade social um propulsor para vulnerabilidade, em que a indiferença pelos desaparecidos reflete a fragilidade dos Direitos Humanos frente a desordem estatal. Desse modo, a repercussão internacional da Chacina de Acari simboliza um legado histórico na luta dos familiares das vítimas por justiça.

Sendo assim, o dever de investigar e punir enquanto norma de natureza *jus cogens* prescinde sobre a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico brasileiro. A internalização dos tratados internacionais relativos à temática evidencia a responsabilidade estatal perante as violações cometidas, permitindo inclusive que a Corte julgue o país em torno de normas especiais deste delito, aumentando o rigor em relação ao Caso Gomes Lund. Diante disso, a CIDH recomendou que o Estado brasileiro seja responsabilizado para reparar de forma material e imaterial as violações de direitos humanos; investigar os fatos de forma diligente, efetiva e em um

prazo razoável; identificar as pessoas responsáveis e determinar punições; disponibilizar medidas de atendimento em atenção à saúde física e mental dos familiares das vítimas; proteger e promover o trabalho de defesa aos direitos humanos realizado pelas Mães de Acari; tipificar o crime de desaparecimento forçado em conformidade com os parâmetros interamericanos; e, criar consistentes mecanismos de não repetição (OEA, 2022b).

6. Conclusão

Os avanços internacionais na proteção contra a prática do desaparecimento forçado de pessoas na segunda metade do século XX ressaltaram uma realidade preocupante e desafiadora, relacionada à complexidade desse delito, que fere uma pluralidade de direitos humanos e permeia o sentimento de angústia e desilusão nos familiares das vítimas. De outro modo, no entanto, a realidade brasileira padece de lacunas no direito interno, inefetividade de tratados internacionais firmados e falhas na implementação de medidas adequadas para combater o crime de desaparecimento forçado. A falta de tipificação deste delito na legislação nacional dificulta a responsabilização dos envolvidos e perpetua a impunidade.

Neste contexto, a tramitação do Caso Leite de Souza e outros vs. Brasil na Corte IDH reforça a omissão do Estado brasileiro no combate desta prática criminosa. O país outrora condenado na Corte pelo Caso Guerrilha do Araguaia, mais uma vez é submetido pela jurisdição contenciosa tendo em peso violação de direitos humanos cometida em circunstância de desaparecimento forçado de pessoas, indicando uma posição de conivência com a impunidade dos autores, bem como de negligência com as diligências e deliberações estipuladas na jurisprudência interamericana. Diante disso, é necessário que o Estado cumpra suas obrigações internacionais e adote

medidas concretas para combater esse delito, incluindo a implementação de mecanismos de prevenção e não repetição, proteção aos familiares das vítimas, além de uma abordagem abrangente e multidisciplinar no enfrentamento desse problema.

Enfim, espera-se que o julgamento do Caso Leite de Souza pela Corte IDH esteja em consonância com as recomendações estipuladas pela Comissão, utilizando ainda dos estândares delimitados na jurisprudência do Tribunal para nortear a análise do caso e a punição do Estado brasileiro. O descumprimento da sentença do Caso Gomes Lund e a internalização de tratados que versam sobre o desaparecimento forçado de pessoas salienta a primordialidade de uma condenação firme frente a persistência da posição omissa e conivente do Brasil com violações cometidas e ocultadas por agentes estatais, que seguem pendentes de resolução.

O problema da violência urbana é latente na sociedade brasileira, em especial nas regiões periféricas e segregadas, sendo o desaparecimento forçado um repertório extremo dessa linguagem em que se desenvolve os aspectos da indiferença e do horror. Portanto, urge como necessário o reconhecimento deste fenômeno como crime hediondo dentro do ordenamento penal brasileiro, sendo o Caso Leite de Souza uma oportunidade da Corte reforçar esta premência e expandir os efeitos da condenação para guiar a persecução penal em torno da amplitude de casos de desaparecimento constantemente registrados no país.

Referências

ARAÚJO, Fábio Alves. “Não tem corpo, não tem crime”: notas socioantropológicas sobre o ato de fazer desaparecer corpos. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 22, n. 46, p. 37-64, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/ZDrBbYVXJ4KDRLFKPrmC8Fm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ARAÚJO, Fábio Alves. **Das consequências da “arte” macabra de fazer desaparecer corpos**: violência, sofrimento e política entre familiares de vítima de desaparecimento forçado. Orientador: Prof. Dr. Luiz Antonio Machado da Silva. 2012. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio

de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://objdig.ufrj.br/34/teses/787654.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Brasília: Presidência da República, 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Brasília: Presidência da República, 2016b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8767.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRITES, Jurema; FONSECA, Cláudia. As metamorfoses de um movimento social: Mães de vítimas de violência no Brasil. **Análise Social**, Lisboa, v. 48, n. 209, p. 858-877, 2013. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_209_d02.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Ministério público resolutivo e proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

CARREGOSA, Malu Stanchi. Mães de Acari: o luto partido pela luta ou dos corpos negros e periféricos inelutáveis. **Dignidade Re-Vista**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 139-149, 2019. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/46292/46292.PDF>. Acesso em: 19 jul. 2023.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 6: Desaparición forzada**. San José: Corte IDH, 2022. Disponível em: https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2022/49/68697_2022_1.pdf?app=cidh&class=2&id=38897&field=168. Acesso em: 20 jul. 2023.

DINIZ, Elenilde Medeiros. **O desaparecimento forçado de pessoas e a (in)aplicabilidade dos tratados internacionais sobre o tema no Brasil: uma análise do caso Edgar de Aquino Duarte**. Orientador: Prof. Dr. Thiago Oliveira Moreira. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/49111>. Acesso em: 30 jun. 2023.

DINIZ, Elenilde; MOREIRA, Thiago Oliveira. O Desaparecimento Forçado de Pessoas e a (In)aplicabilidade dos Tratados Internacionais sobre o Tema no Brasil: uma análise do Caso Edgar de Aquino Duarte. In: LOPES, Inez; PALUMA, Thiago; SQUEFF, Tatiana (orgs.). **Diálogos Hermenêuticos entre Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2022. Cap. 17, p. 295-317.

DULITZKY, Ariel; ORIZAGA, Isabel Anayanssi. **¿Dónde Están? Estándares internacionales para la búsqueda de personas desaparecidas forzadamente**.

London: International Bar Association, 2019. Disponível em: <https://www.idheas.org.mx/wp-content/uploads/2019/07/donde-estan-estandares-busqueda.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2023.

ENDO, Paulo Cesar. Sonhar o desaparecimento forçado de pessoas: impossibilidade de presença e perenidade de ausência como efeito do legado da ditadura civil-militar no Brasil. **Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 8-15, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/TFwLZVJrKWQggRpFPY6kjpg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 jul. 2023.

FERREIRA, Letícia Carvalho de Mesquita. “Apenas preencher papel”: reflexões sobre registros policiais de desaparecimento de pessoa e outros documentos. **Revista Mana**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 39-68, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/qS7f8NWsmTPWQgWdqPQFd3S/>. Acesso em: 19 jul. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. ISSN 1983-7364. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/01/ANUARIO_11_2017.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**: Uma ausência permanente: desafios para compreensão dos registros de desaparecimentos no Brasil. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/06-anuario-2022-uma-ausencia-permanente-desafios-para-compreensao-dos-registros-de-desaparecimentos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2023.

FUSTINONI, Chiara Ferreira; CANIATO, Angela. O luto dos familiares de desaparecidos na Ditadura Militar e os movimentos de testemunho. **Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 30, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/cS4JHgWVpWcpTVSyq3rNvFk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 jul. 2023.

GONÇALVES, Marcos. Ativismo em direitos humanos e violência: notas sobre a história da FEDEFAM e a atualidade do desaparecimento forçado de pessoas. **Revista História**, São Paulo, v. 41, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/YYWxtjsYYMcBih8qc59JzGD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 jul. 2023.

GRABOIS, Victória. A Guerrilha do Araguaia e a Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Transversos: Revista de História**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 221-234, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/transversos/article/view/33665/23900>. Acesso em: 30 abr. 2023.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Raquel; MANGANOTE, Bárbara. O Ministério Público e a violência policial na cidade do Rio de Janeiro: um estudo do caso Favela Nova Brasília e do controle de convencionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 50, n. 1, p. 346-372, 2022. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/66319>. Acesso em: 15 jul. 2023.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. **Centro de Estudos da Consultoria do Senado**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-83-brasil-condenado-a-legislar-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos->

[da-obrigacao-de-tipificar-o-crime-de-desaparecimento-forcado-de-pessoas](#). Acesso em: 30 abr. 2023.

JUÁREZ, Karlos. **Desaparición forzada. Mecanismos y estándares internacionales**. Barcelona: refword, 2018. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b32d1bd4.pdf> . Acesso em: 19 jul. 2023.

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Derechos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken? **Anuario mexicano de derecho internacional**, Ciudad de México, v. 20, p. 315-349, 2020. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542020000100315. Acesso em: 19 jul. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Adriana *et al.*, (coord.). **Relatórios de pesquisa NUPEGRE: o desaparecimento forçado de meninas no Rio de Janeiro: desafios do sistema de justiça**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/relatorios_de_pesquisa_nupegre/edicoes/n3/o-desaparecimento-forcado-de-meninas-no-rio-de-janeiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/19482/4/A%20aplica%c3%a7%c3%a3o%20do%20Tratados%20Internacionais%20de%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2023.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. O desenvolvimento histórico da proscrição do desaparecimento forçado de pessoas e sua fenomenologia no Direito Penal Internacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 330-360, 2021. Disponível em: <https://www.jus.uniceub.br/rdi/article/viewFile/7727/pdf>. Acesso em 15 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. A CIDH apresenta caso do Brasil à Corte IDH por desaparecimento forçado e violência sexual. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, Washington, 2022a. Comunicado de Imprensa. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/098.asp>. Acesso em: 2 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Carta de submissão do caso 13.691: Cristiane Leite De Souza e outros, Brasil**. Washington, 2022b. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2022/BR_13.691_NdeREs.PDF. Acesso em: 21 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm . Acesso em: 30 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Blake vs. Guatemala**. Sentença de 24 de janeiro de 1998. San José, 1998. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. San José, 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Godínez Cruz vs. Honduras**. Sentença de 20 de janeiro de 1989. San José, 1989.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de mérito de 24 de novembro de 2010. San José, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 01 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Gutiérrez Hernández vs. Guatemala**. Sentença de 24 de agosto de 2017. San José, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de mérito de 29 de julho de 1988. San José, 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 01 jul. 2023.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e seus impactos no Brasil. **Anuario mexicano de derecho internacional**, Ciudad de México, v. 18, p. 213-252, 2018. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/12101>. Acesso em: 30 abr. 2023.

PERRUSO, Camila Akemi. O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 30, n. 1, p. 61-73, 2010a. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12067>. Acesso em: 01 jul. 2023.

PERRUSO, Camila Akemi. **O desaparecimento forçado de pessoas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos Humanos e Memória**. Dissertação de mestrado em Direito - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010b. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-04012011-133617/publico/MESTRADO_CAMILA_PERRUSO_Versao_eletronica.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

PINTO, Marcos José. A possibilidade de punição pela prática do delito de desaparecimento forçado de pessoas no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 4, p. 1261-1306, 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_1261_1306.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; SANTOS, Shana Marques Prado dos. A responsabilização pelo desaparecimento forçado no sistema interamericano de direitos humanos e no ordenamento jurídico brasileiro: o caso da Guerrilha do Araguaia. **PublicaDireito**, [s. l.], 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e8412ad48562e3c>. Acesso em: 19 jul. 2023.

SCARAMUCCI, Marianna. Monumentos precários: luto (im)possível e lápides de papel em K.: relato de uma busca. **Estudos De Literatura Brasileira Contemporânea**, Brasília, n. 60, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/estudos/article/view/30755/25807>. Acesso em: 19 jul. 2023.

SILVA, Luciene. Mães de Acari: um legado histórico. **Le Monde Diplomatique Brasil**, [S. l.], 27 jul. 2022. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/maes-de-acari-um-legado-historico/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

TAVARES, Amarilis Busch. O desaparecimento como uma prática sistemática de estado nas ditaduras na América latina: uma abordagem crítica sobre o papel do Sistema interamericano de Direitos Humanos. **Revista anistia política e justiça de transição**, Brasília, ed. 4, p.

290–316, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30004.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Artigo recebido em: 11/08/2023.

Aceito para publicação em: 06/10/2023.

Revisitando o Direito Internacional das Catástrofes: Novos Desafios e Caminhos a serem percorridos

Revisiting the International Catastrophe Law: New Challenges and Paths To Follow

Sidney Guerra¹

Pedro Nery²

Resumo: No cenário global do século XXI, o Direito Internacional é constantemente confrontado com elementos de risco que perpassam limites fronteiriços, seja no que tange sua criação ou seus efeitos. Nesse contexto, o Direito Internacional das Catástrofes (DIC) é um ramo que tem por função precípua a coordenação de respostas internacionais de uma forma eficiente para a gestão desses riscos. Sendo assim, o presente estudo almeja analisar quais seriam alguns dos desafios presentes a essa inovadora abordagem impostos pela conjuntura atual do cenário global e do próprio Direito Internacional, frente às características e objetivos propostos pelo ramo.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direito Internacional das Catástrofes. Globalização. Riscos. Desafios.

Abstract: In the 21st century International Law is constantly confronted with risk elements which cross borders, whether in terms of their creation or effects. In this context, International Catastrophe Law (ICL) is a branch whose primary function is to coordinate international responses in an efficient way to manage these risks. Therefore, the present study aims to analyze what would be some of the present challenges to this innovative approach imposed by the current global scenario and by International Law itself, in view of the characteristics and objectives proposed by this new branch.

Keywords: International Law. International Catastrophe Law. Globalization. Risks. Challenges.

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-Doutor pelo Programa em Direito – Mackenzie –SP. Doutor e Mestre em Direito (UGF). Doutorando em Relações Internacionais (UCC-Argentina). Professor Titular - Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade do Grande Rio. Advogado

² Mestrando em Direito Internacional (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, com período de estudos junto ao Institut d'Études Politiques (IEP Sciences Po) de Lyon, França. Orador semifinalista na edição de 2017 da Interamerican Human Rights Moot Court Competition - IAMOOT. Foi estagiário jurídico do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e assistente de proteção do Programa para Assistência de Refugiados e Solicitantes de Refúgio da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro.

1. Introdução

A sociedade global no mundo contemporâneo convive diariamente com uma plethora de riscos de múltiplas naturezas: econômicas, geopolíticas, sociais, industriais, tecnológicas, ambientais etc (GUERRA, 2021, pp. 44-45). Nesse sentido, o risco se traduz por uma percepção de perigo, de uma ameaça acerca de uma catástrofe em potencial destinada a um indivíduo, grupo ou comunidade (VEYRET, 2007, p.11).

Para Ulrich Beck, a razão de ser do evento catastrófico são as forças sistêmicas por detrás do risco que transformam um eventual erro em algo incompreensível (BECK, 1995, p.216). Há, portanto, uma construção social do risco na medida em que essas estruturas promovem mudanças na percepção social desses riscos, minimizando-os de acordo com a importância do tema (BECK, 1995, pp.22-24).

Conforme assentado em outra oportunidade, o Direito Internacional das Catástrofes (DIC) almeja promover respostas internacionais à gestão de riscos de crises econômicas, ambientais, provenientes de conflitos armados, além de outros cenários cujo maior objetivo esteja voltado à proteção de vítimas em situações decorrentes de catástrofes (GUERRA, 2021, p.16;63).

Nesta esteira, o presente estudo tem como finalidade analisar os principais desafios e potenciais impostos ao Direito Internacional nesta perspectiva voltada às catástrofes. Para tanto, impende analisar os pressupostos, características e objetivos do DIC para apresentar alguns potenciais obstáculos e dificuldades que se colocam no sistema internacional. Notadamente, os diferentes cenários de catástrofes, com suas particularidades, vão impor desafios específicos a serem lidados pelo DIC. Paralelamente, os objetivos do DIC igualmente requerem um esforço profundo com fulcro de investigar as possibilidades de serem criadas normas e estruturas efetivas no sistema internacional para a) prevenção das catástrofes futuras, b) gestão das catástrofes presentes e de seus riscos, c) reparação das catástrofes pretéritas (GUERRA, 2021, p. 63).

Ademais, podem ainda ser assinalados alguns desafios que são associados a questões clássicas do Direito Internacional. Assim, o DIC precisa lidar com uma questão central dentro de sua atuação em tragédias: a relação do sistema internacional desenhado para lidar com catástrofes e a soberania do Estado nacional, nomeadamente, nas circunstâncias em que o Estado nacional apresenta limitações para sanar as dificuldades existentes admitindo-se o seguinte questionamento: esse sistema internacional deve suplementá-lo ou substituí-lo? (GUERRA, 2021, p. 65).

Sem embargo, registra-se que o propósito principal deste estudo reside no fato de contemplar os desafios gerais da implementação e concepção de um DIC autônomo e focado na proteção da pessoa humana. Nessa medida, a intenção do presente trabalho consiste também em questionar e apresentar alguns potenciais desafios para o Direito Internacional das Catástrofes. Para alcançar estes objetivos, serão abordados desafios inerentes a um pressuposto essencial para a noção de risco na sociedade atual: a globalização; em seguida, serão apresentados obstáculos existentes para a prevenção e gestão de riscos em cenários de catástrofes no sistema internacional; logo após serão trazidos problemas que envolvem o processo de reparação de catástrofes e, por fim, nas últimas duas sessões iremos abordar os desafios na formulação de um arcabouço jurídico-normativo no Direito Internacional, bem como problemáticas atinentes à criação de uma estrutura institucional de caráter global para lidar com o tema que seja capaz de incluir a participação de outros atores.

2. Alguns desafios provenientes da Globalização e o Direito Internacional das Catástrofes

Dentro da construção teórica do Direito Internacional das Catástrofes, a Globalização se insere como um dos elementos catalisadores do impacto dos

eventos catastróficos. Nessa perspectiva, esse processo conjuga diversas culturas, etnias e raças em diferentes graus de protagonismo na esfera global, uns como atores chave e outros de menor relevância. Outrossim, essa maior integração entre Estados e outras diferentes entidades afeta os efeitos de determinadas ações, podendo estas terem desdobramentos transnacionais não previstos. Entretanto, ocorre que os riscos nessa sociedade globalizada não tendem a ser repartidos de maneira proporcional, ou seja, quem mais contribui para determinado fator de risco nem sempre é o ente que sofre diretamente com a ocorrência de um evento catastrófico (GUERRA, 2021, p. 25). Notadamente, observa-se a referida tendência quando tratados do caso, por exemplo, dos Pequenos Estados insulares em desenvolvimento (*Small Island Developing States - SIDS*). Nesse contexto, o *SIDS* é um grupo heterogêneo de 38 Estados Membros das Nações Unidas e cerca de 20 Estados não membros associados que, em razão de suas características ambientais e geográficas remotas e únicas, enfrentam uma série de desafios econômicos, de desenvolvimento e de preservação de um meio ambiente sadio que limitam sua possibilidade de desenvolvimento (ONU, *About Small Island Developing States*, Disponível em <https://www.un.org/ohrlls/content/about-small-island-developing-states>).

Com efeito, no campo ambiental muitos dos Estados do grupo sofrem extensivamente com as consequências das mudanças climáticas, não somente em razão de furacões e tempestades, mas pela própria elevação do nível do mar. Inclusive, alguns Estados e comunidades insulares sofrem perigos existenciais no que tange o aumento do nível do mar, tanto na perspectiva prática, exigindo a relocação da sua população, quanto no âmbito jurídico, perdendo elementos essenciais da estatalidade perante o Direito Internacional (BAIAMONTE; REDAELLI, 2017, pp. 8-12). Ademais, destaca-se que se trata de uma população de cerca de 66 milhões de pessoas espalhadas por regiões como o Caribe, Oceanos Atlântico, Pacífico e Índico, bem como o Mar Mediterrâneo e o Mar do Sul da China, cuja situação de

especial vulnerabilidade já foi reconhecida pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (*United Nations Framework Convention on Climate Change - UNFCCC*), assinada em 1992 (KOSTAKOS, 2014, p.4). Desse modo, ressalta-se que, entre os anos de 2000 e 2015, não somente a ocorrência de desastres climáticos tem escalado, como também as perdas diretas causadas por danos provenientes de causas climáticas aumentaram nesses países e chegaram às cifras de U\$22,7 bilhões de dólares (BANCO MUNDIAL, 2016, pp.9-12). Frente isso, representantes da República de Vanuatu anunciaram que planejam acionar a Corte Internacional de Justiça para emissão de uma opinião consultiva sobre o tema dos direitos de gerações presentes e futuras serem protegidas das mudanças climáticas, afirmando que o nível de ação nos mecanismos de cooperação internacional tem produzido resultados insuficientes (CARREON, 2021).

Em verdade, nota-se de maneira geral que os Estados de menor desenvolvimento relativo afetados por catástrofes não somente acabam por serem impactados de maneira muito mais profunda, como também experimentam menores oportunidades de recuperação. Nesse sentido, esses Estados normalmente convivem com dificuldades históricas nos âmbitos econômico, social e político que prejudicam sua infraestrutura e capacidade prática de promover respostas efetivas aos cenários de catástrofe. Com efeito, ocorre que não somente esses Estados possuem menos condições de lidar isoladamente com cenários de catástrofes, como também suas características e histórico facilitam a perpetuação desses contextos.

Como resposta, Guerra coloca uma importância especial nos princípios da solidariedade, da não indiferença e na cooperação para a gestão internacional eficaz dos diferentes cenários de catástrofes dentro desse contexto de marcada assimetria entre os entes estatais.

Em linhas gerais o princípio da solidariedade, nessa conjuntura, consolidaria uma espécie de responsabilidade mútua de assistência entre Estados, sobretudo no campo normativo. Concomitantemente, o princípio da

não indiferença propõe o reconhecimento de que determinadas situações, apesar de aparentemente estarem restritas à esfera interna de um Estado, podem ter consequências em outros locais, de modo que a solução de crises e cenários de catástrofes é abstratamente de interesse da comunidade internacional. Por fim, o princípio da cooperação integra a noção de estimular a implementação de ações integradas entre os diversos Estados para o alcance de resultados mais efetivos a partir de interesses recíprocos, sendo consagrado tanto na experiência da Carta das Nações Unidas, como também nas estruturas da sociedade globalizada atual (GUERRA, 2021, pp.299-302; 303-305; 307-311).

Em que pese a importância dos valores elencados por esse conjunto de princípios na compreensão da gestão de catástrofes, destaca-se que a coordenação entre diferentes membros da comunidade internacional, levantamento de recursos financeiros e promoção de uma abertura jurídico-política para a solução e prevenção desses cenários são aspectos pragmáticos que ainda podem diminuir o interesse dos Estados e obstar a consecução perfeita dessas disposições.

No tema de mudanças climáticas, nota-se que essas assimetrias globais têm figurado nos debates promovidos nas Nações Unidas. Nesse diapasão, o artigo 9 do Acordo de Paris estabelece a obrigação de países desenvolvidos disponibilizarem recursos financeiros para países em desenvolvimento na mitigação de efeitos climáticos, adaptação e manutenção das obrigações da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (ONU, 2015, Artigo 9). Inclusive, a Secretária Executiva das Nações Unidas sobre Mudanças Climática Patricia Espinosa caracterizou o apoio financeiro a longo prazo destinado a países em desenvolvimento como um dos pilares do Acordo de Paris. Todavia, a própria Secretária Executiva reconhece a promessa feita em 2010 por parte de Estados de maior grau de desenvolvimento relativo, de alocar cerca de U\$ 100 bilhões de dólares para apoiar nações em desenvolvimento nesse esforço (UN CLIMATE CHANGE NEWS, 2021).

Concomitantemente, a Organização Meteorológica Mundial, uma agência das especializadas das Nações Unidas, destaca que, dentre as condições necessárias para almejar um efetivo desenvolvimento sustentável, estão inclusas estratégias de combate à pobreza, desigualdade, melhoramentos à saúde e educação (ORGANIZAÇÃO METEREOLÓGICA MUNDIAL, 2020, p.31).

Desse modo, dentro do contexto do tratamento de cenários de emergência gerados por catástrofes, o Direito Internacional das Catástrofes necessita promover efetivas respostas para essa sorte de assimetrias de caráter político, histórico e econômico, a fim de conferir a Estados de menor desenvolvimento relativo uma alternativa para combater consequências negativas geradas pela concretização do risco, sobretudo nos casos em que os referidos entes estatais não possuem condições de, por si só, superá-las.

3. Prevenção, risco e gestão de catástrofes: alguns desafios

Preliminarmente, impende assinalar que há várias agências internacionais, governamentais e não governamentais que atuam em temas e cenários com repercussões potencialmente catastróficas. Nesse sentido, a própria coordenação de informações técnicas entre diversos entes para estabelecer previsões concretas sobre eventuais cenários de catástrofes já é um desafio em si.

Além disso, a implementação na prática de medidas destinadas à prevenção desses eventos é uma problemática à parte. Nessa perspectiva, em muitos contextos, a criação de medidas macroeconômicas e estruturais para conferir resistência aos choques proporcionados por catástrofes são caminhos para a concepção de uma infraestrutura capaz de mitigar seus efeitos negativos e riscos. Em que pese o potencial valor dessas iniciativas para Estados particularmente vulneráveis ou de menor grau de desenvolvimento relativo, ocorre que tais modelos são baseados em esforços coletivos e de

caráter estrutural para que as catástrofes sejam efetivamente prevenidas (ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL, 2020, p.44). Notadamente, ressalta-se que a implementação concreta dessas iniciativas se relaciona intrinsecamente com o tema da soberania em Direito Internacional, uma vez que não somente se faz necessária uma coordenação de um conjunto de Estados (individualmente considerados ou dentro do âmbito de uma organização internacional), mas também da existência de vontade política desses entes para se engajar ou permitir o engajamento de outros na prevenção desses eventos.

A soberania é um dos conceitos e valores mais antigos e importantes do Direito Internacional. Nessa perspectiva, Guggenheim afirma que o conceito de soberania possui múltiplas facetas, podendo assumir determinadas nuances distintas a partir do ponto de vista do exame (GUGGENHEIM, 1952, pp.83-84). No campo do Direito Internacional e da relação entre Estados, a soberania assume os contornos de independência, significando o direito de exercer, dentro de um determinado espaço, as funções de Estado, excluindo-se aí qualquer outro ente estatal (GUGGENHEIM, 1952, pp.84-85). Com efeito, reconhece-se a noção de uma soberania relativa por parte do Estado, na medida que é independente da esfera jurídica dos demais Estados e ao mesmo tempo está submetido à ordem jurídica do direito das gentes, como se observa nesta passagem:

"La notion d'indépendance est donc identique à celle de souveraineté étatique. Elle permet toutefois de donner à cette dernière une interprétation dogmatique plus rigide. La pratique judiciaire internationale emploie souvent aussi la notion de souveraineté extérieure qui correspond à celle d'indépendance au sens technique, en ce qu'elle admet que l'Etat souverain est soumis à l'ordre juridique international." (GUGGENHEIM, 1952, p. 85)

Paralelamente, em que pese estarem submetidos à ordem internacional, o caráter vinculante das normas de Direito Internacional perante a ordem jurídica estatal também é um tema controverso dentre

internacionalistas. Nesse contexto, historicamente temos que determinada parcela da doutrina coloca um peso maior no consentimento estatal como elemento maior na formulação das obrigações e normas de Direito Internacional (voluntaristas) (TOMUSCHAT, 1993, pp.209-210). Em contraste, apesar da importância do Estado como bloco elementar dos parâmetros legais das relações internacionais, outros autores entendem que não unicamente o consentimento pode ser o elemento que explica a força vinculante do Direito Internacional, divergências que acarretam a formulação de modelos diferentes acerca da ordem jurídica internacional (TOMUSCHAT, 1993, p.210). Nessa medida, o modelo do consentimento puro não seria capaz de refletir as especificidades da ordem jurídica internacional na atualidade, sobretudo tendo em vista o crescimento do protagonismo de outros atores como organismos internacionais, como as Nações Unidas, que denotaria um modelo mais comunitário de Direito Internacional onde os entes estatais estariam inseridos dentro de um arcabouço jurídico determinado que confere direitos e obrigações. Ainda, a comunidade internacional da atualidade apresenta maiores necessidades regulatórias coletivas, com proteção de interesses comuns globais nos campos da economia, poluição, perigo nuclear, migração, crime, conflitos armados etc. Igualmente, as hipóteses de impactos externos que as atividades que um Estado tem, ainda que dentro de suas fronteiras, são eminentemente variadas (TOMUSCHAT, 1993, pp.212-215). Desse modo, exige-se um alto grau de sofisticação do DI e do próprio DIC para lidar com essa espécie de anacronismo da ideia de liberdade soberana absoluta: ao mesmo tempo que os Estados são soberanos para tomar suas decisões, estão inseridos em uma espécie de conjuntura comunitária internacional cujas ações podem potencialmente contrariar seus interesses. Aqui, ressalta-se que as medidas necessárias para o desempenho das funções de prevenção às catástrofes exigem um grau de ingerência, potencialmente elevado, nos assuntos internos dos Estados afetados e com risco de estarem em choque com interesses estatais, na medida que se tratam de iniciativas de

modificações de políticas públicas, alocação de recursos em setores em que o retorno de investimento não é tão claro etc. Nesse sentido, os órgãos internacionais incumbidos pelo DIC da atuação na prevenção de catástrofes necessitam de autonomia frente os Estados, tanto para terem liberdade de definir as medidas preventivas a serem adotadas, mas também para efetivamente implementá-las. Sendo assim, nota-se que a importância de fomentar a vontade política dos Estados em prol desse determinado objetivo de prevenção pode ser particularmente problemático dentro do cenário internacional.

Outro ponto importante a ser tratado na questão de prevenção de catástrofes são determinados efeitos psicológico-comportamentais intrinsecamente presentes no tratamento de cenários de risco. Nesse contexto, a chamada *Hot-Hand Fallacy* foi um termo cunhado em 1985 após um estudo proposto pelos psicólogos Thomas Gilovich, Robert Vallone and Amos Tversky a partir da análise de arremessos no basquete. Eles chegaram à conclusão de que as sequências de erros e acertos seriam indistinguíveis de sequências cara ou coroa (GILOVICH; VALOONE; TVERSKY, 1985, pp. 295-314). Essa falácia constitui-se por um viés analítico que tende a acreditar que os jogadores continuariam a marcar pontos simplesmente pelo fato de terem marcado anteriormente. Nessa perspectiva, nossa estrutura cognitiva é conduzida ao erro a partir de uma análise restrita de informações e a presunção que o que aconteceu nesse período continuará acontecendo (THE DECISION LAB, 2022, Disponível em <https://thedecisionlab.com/biases/hot-hand-fallacy>). Da mesma forma, dentro do contexto de instituição de medidas preventivas no que tange catástrofes, Estados também podem estar naturalmente inclinados a não as promover, pois acreditam que os eventos catastróficos não ocorrerão, em razão dessa falha no viés analítico. Ainda, essa resistência dos Estados é potencializada a depender da natureza e do grau de ingerência das medidas preventivas sugeridas pelos órgãos vinculados ao DIC.

Desse modo, nota-se como os órgãos encarregados pelo DIC de promover medidas de prevenção devem lidar com um conjunto amplo de conjunturas, política, econômica, psicológica etc absolutamente desafiadoras no sentido de fomentar os interesses dos Estados em se engajar na prevenção de catástrofes, sobretudo em relação a Estados de menor desenvolvimento relativo. Torna-se, portanto, ter em mente que as medidas preventivas aqui mencionadas não se tratam de caridade, mas sim fruto de uma compreensão mais ampla de que, como a ocorrência de um cenário catastrófico em um local pode ter consequências não previstas em outro lugar do mundo completamente diferente, se fazem necessárias medidas coletivas com base nos já mencionados princípios da solidariedade, cooperação e não indiferença.

Uma vez ocorrendo um cenário de catástrofe, rapidez e eficácia são elementos absolutamente valiosos para proteção da dignidade humana (GUERRA, 2021, p.295). Paralelamente, por se tratarem de cenários de exceção, o combate a cenários de catástrofes podem importar em determinadas restrições de direitos. Nesse sentido, durante a pandemia do COVID-19 no mundo, notadamente uma das medidas mais eficazes para controle do contágio entre as pessoas era a restrição da circulação, sobretudo antes da estruturação de uma cobertura vacinal, com as chamadas medidas de *lockdown* (BARRUCHO, 2021). No mais, nota-se que mesmo com o andamento da vacinação, outras sortes de medidas restritivas passaram a ser adotadas para controlar o avanço da doença e suas variantes, como por exemplo, a exigência de certificados de vacinação para que indivíduos possam viajar internacionalmente ou mesmo frequentar bares e restaurantes, locais em que há a possibilidade de contaminação dada a concentração de pessoas³.

³ Uma série de países procuraram estabelecer uma espécie de passaporte sanitário para credenciar a imunização contra a COVID-19 e, assim, permitir a flexibilização de algumas das medidas restritivas anteriormente adotadas. Ver CNN BRASIL. Saiba que países estão adotando ‘passaporte da vacina’ para suspender restrições. Internacional. 27 de Julho de 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-que-paises-estao-adotando-passaporte-da-vacina-para-suspender-restricoes/>. Acesso em 07 de Fevereiro de 2021. Além disso, os países adotam restrições de viagem para estrangeiros. Ver CONSULADO GERAL DO BRASIL EM PARIS. COVID-19 - Entrada

Apesar de catástrofes se tratarem de cenários de exceção, podendo importar em restrição de direitos, é mister não implementar medidas que, em que pese efetivas, serão uma restrição ou uma violação de direitos fundamentais desproporcional para a dignidade humana, visto que a legitimidade das medidas de gestão está em um delicado balanço entre a natureza da restrição e o bem jurídico que se almeja proteger. Sendo assim, um alerta geral para o Direito Internacional das Catástrofes é ter sempre em mente esse singelo arranjo de valores para que as medidas de gestão de caráter restritivo, que seus órgãos venham a ordenar, não sejam desproporcionais em relação aos valores que o próprio DIC quer proteger.

Outrossim, como o DIC se propõe a contemplar cenários diversos, como também em contextos internos de Estados de diferentes graus de desenvolvimento relativo, é importante saber e ter claro em mente essas particularidades para moldar os objetivos e a natureza da intervenção. Notadamente, restam claras essas preocupações se compararmos que tipo de medidas seriam necessárias para auxiliar na gestão de um cenário de catástrofe hipotético na Alemanha versus um mesmo evento na República Democrática do Congo. Nesse diapasão, sendo o primeiro um Estado de maior grau de desenvolvimento relativo, ele possui uma infraestrutura mais adaptada para o provimento de medidas rápidas e eficazes de controle do evento catastrófico. Em virtude dessas assimetrias, apesar do cenário hipotético de catástrofe ser o mesmo, a resposta provida pelo DIC no caso da República Democrática do Congo deve ser eminentemente diferente.

Sem embargo, nota-se que Estados de menor desenvolvimento relativo vão necessitar de intervenções mais profundas para prevenção, gestão e mesmo de reparação, de forma efetiva, das catástrofes. Dessa forma, esse tema também levanta a questão ao DIC de que tipos de medidas serão implementadas: tão somente medidas de assistência pontual de caráter

França. Ministério das Relações Exteriores. Atualizado em 31 de Janeiro de 2021. Disponível em http://cgparis.itamaraty.gov.br/pt-br/entrada_na_franca.xml. Acesso em 06 de fevereiro de 2022.

paliativo ou medidas estruturais mais profundas capazes de mexer nas bases fundamentais do Estado com o fim de evitar resultados negativos futuros?

Esse ponto evidencia uma questão maior: qual o papel do DIC frente os Estados? Aqui, é importante notar que quanto menor for o grau de desenvolvimento relativo, maior será o grau de ingerência e intervenção necessários para prevenir ou mesmo promover a gestão eficaz da catástrofe. Nesse contexto, voltamos também à questão da relativização da soberania estatal, uma vez que quanto mais ingerência interna no Estado na gestão da catástrofe, maior será a ingerência dos órgãos do DIC e maior será a relativização da soberania estatal, de modo que Estados podem não estar confortáveis com esse nível de interferência externa na sua esfera de poder.

É mister destacar que, no campo da assistência humanitária, apesar da ideia central por trás dessas iniciativas esteja a proteção aos direitos humanos, sobretudo na noção de que o Estado não é o único capaz de socorrer suas vítimas, bem como fazer cessar graves e repetidas violações a esses direitos, muitos Estados observam essas atividades como manifestações políticas da esfera de influência de Estados hegemônicos (BETTATI, 1996, p.96). Paralelamente, ocorre que a responsabilidade pelo atendimento das necessidades da população vitimada pertence, em primeiro lugar, ao próprio Estado afetado, cabendo aos Estados estrangeiros, organizações internacionais e organizações não governamentais tão somente uma atuação subsidiária no campo da assistência.

Ora, nota-se, pois, que não há o dever jurídico específico do Estado afetado de permitir o acesso dos agentes ao território, bem como de facilitação do trabalho de agentes humanitários (GUERRA, 2021, pp.322-324)⁴. Dessa forma, em que pese a existência de Resoluções da Assembleia Geral das

⁴ Ver também ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution n. 46/182. Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations*. 19 de Dezembro de 1991. Disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/46/182&Lang=E&Area=RESOLUTION. Acesso em 07 de Fevereiro de 2022.

Nações Unidas no sentido da facilitação do trabalho de agentes humanitários Estados ainda possuem o poder discricionário de recusar a atuação ou dificultar a atuação dessas agências em várias frentes⁵.

Por fim, é preciso notar que tanto as medidas solicitadas pelos órgãos do DIC, como as normas gerais devem ser efetivas, o que significa a existência de força vinculante e mecanismos de fazê-las valer no âmbito interno dos Estados alvos das iniciativas de prevenção, gestão ou mesmo das reparações. Nessa linha, Sidney Guerra expressa preocupação com o desafio normativo na falta de vontade política de transformar em *hard law* as estratégias de *soft law* e de erigir uma estrutura supranacional, de nível mundial para fazer face à gestão do risco de eventos extremos (GUERRA, 2021, p.330). Acrescenta-se a esta questão o fato de que o DIC também necessita de mecanismos e instrumentos concretos para fazer valer seu arcabouço normativo, seja por intermédio de uma via política ou jurisdicional.

4. Desafios à criação de uma organização internacional das catástrofes a partir do sistema ONU

A abordagem teórica do Direito Internacional das Catástrofes consubstancia propostas práticas para o enfrentamento coletivo de cenários potencialmente danosos à comunidade humana considerada em seu todo. Para tal, se faz necessário um arcabouço institucional capaz de levar à frente as medidas específicas de assistência e fazer valer as normas gerais do DIC. Nessa perspectiva, a organização do poder e da legitimidade em organizações internacionais é um outro tema problemático no Direito Internacional. Isso

⁵ Nesse sentido, ver as Resoluções 43/131, de 1988, 45/100, de 1990, e 46/182, de 1991. ESPIELL, Hugo Gross. Os fundamentos jurídicos do direito a assistência humanitária. In: O direito a assistência humanitária: anais do coloquio internacional sobre o direito a assistência humanitária. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Garamond. Rio de Janeiro. 1999. p. 31; Ver também SOUZA, Carolina Romero; SALES, Ramiro Gonçalves. A Assistência Humanitária Internacional em Caso de Desastres Naturais: O Exemplo da Atuação Brasileira no Haiti Após o Terremoto de 2010. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f380b99d45812a2>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2022. p. 3.

porque a hegemonia política e econômica de Estados de maior grau de desenvolvimento relativo acaba por influenciar o protagonismo e as ações de organizações internacionais, potencialmente comprometendo o exercício salutar de suas atribuições.

A estrutura das Nações Unidas é marcada por problemas de legitimidade em razão da atuação política hegemônica de seus membros, especificamente na figura do Conselho de Segurança, órgão que age sob autoridade de todos os membros com o conjunto de atribuições mais expansivo da ONU, responsável pela outorga de medidas de intervenção em prol da manutenção da paz e segurança internacional, previstas do Capítulo VII de seu ato institutivo. Nesse contexto, critica-se o modelo dessa estrutura, pois ela reflete uma estrutura de poder arcaica, datada do período do pós segunda guerra, sem que permita novos espaços institucionais para outros atores importantes e emergentes da esfera internacional para solução das questões globais. O Conselho de Segurança possui um total de 15 membros, sendo 5 deles, permanentes (Estados Unidos, Rússia, China, Reino Unido e França) e os demais de caráter rotativo, sendo escolhidos para mandatos de 2 anos pela Assembleia Geral. Concomitantemente, segundo o artigo 27 da Carta, os membros permanentes do Conselho gozam de um poder de veto em todas as matérias salvo procedimentais, exigindo-se voto positivo de todos os cinco. Evidencia-se que qualquer voto negativo de um dos membros permanentes é suficiente para vetar qualquer resolução a ser adotada pelo Conselho (SHAW, 2014, p.877)⁶. Com efeito, o poder de veto foi concebido como um mecanismo para viabilizar a estruturação do sistema onusiano frente à percepção do bloco

⁶ É importante ressaltar que os 10 assentos de membros não permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas são distribuídos equitativamente por disposição geográfica. Nesse sentido, 5 assentos são destinados para Estados Africanos ou Asiáticos, 1 para Europa Oriental, 2 para a América Latina e 2 para Europa Ocidental e outros poderes. Ver ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution 1991 (XVIII)*. 17 de Dezembro de 1963. Disponível em [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1991\(XVIII\)](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1991(XVIII)). Acesso em 08 de Fevereiro de 2022.

soviético que os órgãos do Conselho e da Assembleia Geral estariam marcados por um viés em prol do ocidente (NICHOLAS, 1975, pp.10-13).

Apesar da participação de outros Estados no âmbito do Conselho de Segurança, o poder de veto apresenta-se como um aspecto vital para a cristalização da estrutura política do órgão. Nessa linha, os artigos 108 e 109 da Carta da ONU estabelecem que para a alteração ou emenda do instrumento, se faz necessário o consentimento de todos os membros permanentes do Conselho de Segurança (SHAW, 2014, pp. 877-878). Com efeito, observa-se que não somente esses membros gozam de um poderio político, econômico na prática, mas também de caráter institucional, sendo capazes de impedir quaisquer iniciativas de modificações nessa estrutura que comprometam sua posição e seus interesses. Desse modo, com o descolamento temporal da estrutura de poder de 1945 que é a base para estruturação da ONU, levantam-se crescentemente questões de legitimidade acerca da adoção de um modelo organizacional mais participativo, com uma distribuição política mais equitativa e mais adequada à atualidade.

Apresentadas as críticas sobre o sistema vigente nas Nações Unidas, as estruturas a serem propostas no âmbito do DIC levarão em conta uma dinâmica própria e diferenciada para a consecução de seus objetivos *in casu* nos mecanismos e estruturas que possam mitigar essas questões de legitimidade.⁷

Frise-se, por oportuno, que as atividades, bem como medidas de prevenção e gestão dos órgãos do DIC necessitam ser custeadas de alguma forma, sendo certo que a autonomia financeira das organizações internacionais torna-se um elemento de suma importância na medida que elas desenvolvem suas atividades e, em certos casos, acabam por invadir o domínio tradicional das competências dos Estados, tratando-se um indício e um instrumento da salvaguarda de suas competências e da própria

⁷ O estudo que corresponde a uma Organização Internacional de atual própria em cenários de catástrofes será apresentada de maneira autônomo.

efetividade da sua personalidade jurídica (PELLET; FORTEAU; DAILLIER, 2009, p.663).

O reconhecimento deste aspecto para a estruturação pragmática do DIC apresenta-se como elemento importante, colocando a possibilidade de criação de um fundo internacional específico para prestação de auxílio e desenvolvimento das atividades e programas de prevenção, gestão etc (GUERRA, 2021, pp.324-326).

Dentro do modelo orçamentário das Nações Unidas, de acordo com os artigos 17 e 18, a Assembleia Geral é o órgão encarregado da autoridade em matéria de orçamento, votando-o como uma "questão importante" por decisões de maioria de dois terços. Nesse sentido, as receitas da organização seriam angariadas por intermédio da repartição dos valores necessários para o desempenho das funções entre os Estados membros. Notadamente, as contribuições dos Estados são divididas entre mandatórias, ou seja, aquelas estabelecidas como obrigatória pelo instrumento normativo constitutivo do tratado e voluntárias, que não resultam de obrigações convencionais (PELLET; FORTEAU; DAILLIER, 2009, p.664). Ainda, no âmbito das Nações Unidas, apesar das diversas classificações de funções de seus ramos, bem como suas respectivas parcelas orçamentárias refletem a evolução dos trabalhos da organização, é importante ressaltar que uma parte importante dos fundos necessários para o desempenho dos programas operacionais mais específicos foge ao processo tradicional de organização orçamentária, sendo predominante, em verdade, a oferta de contribuições voluntárias por parte dos Estados (PELLET; FORTEAU; DAILLIER, 2009, pp.663-665).

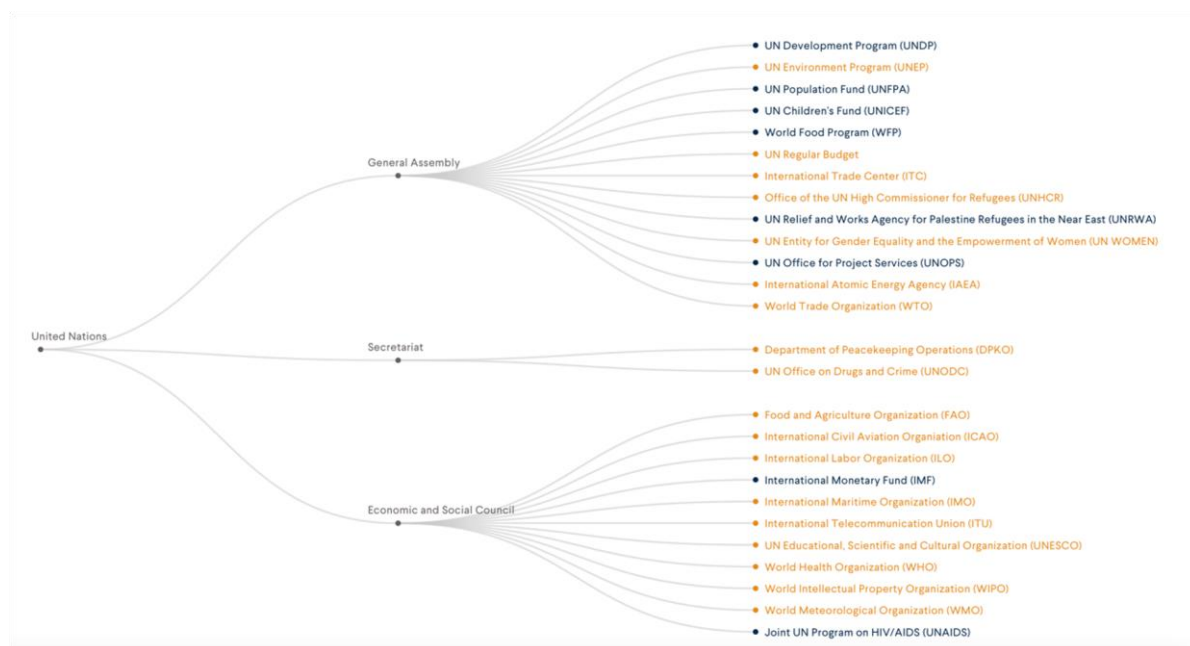


Figura 1: Divisão de entidades onusianas com orçamento inteiramente ou parcialmente mandatário (em amarelo) e totalmente voluntário (azul) (SHENDRUK; ROSENTHAL, 2021)

Nessa perspectiva, nota-se que apesar do orçamento da ONU colocar uma contribuição mandatária mínima para os Estados, evidencia-se que os fundos temáticos são estruturados a partir de contribuições voluntárias. Com efeito, ressalta-se a morosidade na disponibilização dos recursos econômicos para os Estados afetados por catástrofes pode ser um elemento prejudicial à efetividade das atividades e propósito do DIC. Nesse contexto, a existência de uma lacuna entre o momento em que uma crise começa e quando efetivamente chega, em grande parte devido ao tempo que leva para obter materiais e organizar uma resposta apresenta-se como algo especialmente relevante quando a agilidade é um fator vital na mitigação dos danos (GUERRA, 2021, p. 325; 327).

Finalmente, na medida que as agências do DIC se engajarem na promoção de medidas de caráter estrutural, sobretudo no que tange a prevenção de catástrofes futuras e outorga de reparações, notadamente o dispêndio de recursos será maior. Nesse contexto, frente o exposto, há de se

conceber mecanismos para que se garanta o mínimo de autonomia em termos de recursos para que a morosidade, a falta de vontade política dos Estados de contribuir financeiramente de maneira proativa e os próprios montantes necessários para o desempenho das atividades dos órgãos do DIC não sejam obstáculos à proteção da dignidade das vítimas de catástrofes, objetivo maior que subjaz o tema aqui tratado.

No campo das reparações, para além das preocupações financeiras, é preciso se atentar para a natureza das medidas outorgadas e qual órgão possuiria a competência para determiná-las. Primeiramente, como visto, diferentes determinações para promover a reparação e promoção de dignidade de populações afetadas requerem diferentes graus de ônus político para os Estados afetados e para os órgãos do DIC. Nesse diapasão, reparações de natureza pecuniária para as vítimas, medidas para a garantia da dignidade da população civil afetada, iniciativas de recuperação do meio ambiente e da vida social prejudicada pelo cenário de catástrofe são exemplos de ações de reparação que devem ser debatidas no âmbito do DIC.

Notadamente, a natureza do órgão competente para outorgar essas medidas também acarreta séries específicas de desafios. Nessa perspectiva, a exemplo do Conselho de Segurança, a existência de um órgão de natureza política competente para tal significa que a hegemonia política, econômica de determinados Estados será um elemento mais determinante na tomada de decisão dos órgãos. Paralelamente, um órgão de natureza jurisdicional deve lidar com a questão da efetividade de suas decisões, uma vez que não seriam os Estados as autoridades encarregadas da decisão. Ainda, cortes e tribunais internacionais devem igualmente estar atentos para a influência política dos Estados no funcionamento desses organismos, elemento que pode prejudicar a autonomia inerente a entes jurisdicionais.

5. À Guisa de conclusão inacabada

A partir dos estudos existentes sobre o Direito Internacional das Catástrofes, a proposta deste artigo foi de trazer alguns desafios que se apresentam neste *novel* ramo do Direito Internacional. É bem verdade que muitos deles espelham, em certa medida, problemáticas já experimentadas pelo Direito Internacional.

De toda sorte, torna-se evidente que em razão de um mundo globalizado e interconectado, onde as consequências de determinadas ações de um Estado não necessariamente serão sofridas por ele, mas poderão produzir efeitos significativos para outros, sejam pensadas e repensadas.

Não por acaso, o estudo das catástrofes reaviva o debate sobre soberania, tema caro para os estudos de direito internacional, e os interesses coletivos e difusos existentes no sistema internacional.

Neste espaço de reflexão há, indubitavelmente, grandes desafios que precisam ser enfrentados. Muitos deles escapam, inclusive, a questão eminentemente jurídica, posto que a discussão recai e envolve aspectos políticos. Estes (aspectos políticos), por exemplo, a partir da existência de um sistema cooperativo de gestão de catástrofes que envolve Estados, bem como a questão da efetividade das normas jurídicas internacionais, frente à vontade dos sujeitos primários de Direito Internacional, se mostram como obstáculos a serem superados.

Como se trata de um *direito* em construção, o presente estudo pretendeu revisitar ideias postas e lançadas, mas também suscitar novas questões e enfatizar que o Direito Internacional das Catástrofes⁸ se coloca como mais uma possibilidade no campo normativo em razão das profundas mudanças e desafios que se apresentam em um mundo que se encontra em permanente transformação e ameaçado por múltiplas catástrofes.

Referências

⁸ GUERRA, Sidney. Direito Internacional das Catástrofes. Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade. Curitiba. 2021. p. 333.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution 1991 (XVIII)*. 17 de Dezembro de 1963. Disponível em [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1991\(XVIII\)](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1991(XVIII)). Acesso em 08 de Fevereiro de 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolution n. 46/182. Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations*. 19 de Dezembro de 1991. Disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/46/182&Lang=E&Area=RESOLUTION. Acesso em 07 de Fevereiro de 2022.

BAIAMONTE, Valentina; REDAELLI, Chiara. *Small Islands Developing States and Climate Change: an overview of legal and diplomatic strategies*. *Journal of Public & International Affairs*. Princeton University. 2017. Disponível em https://www.academia.edu/32142883/Small_Islands_Developing_States_and_Climate_Change_An_Overview_of_Legal_and_Diplomatic_Strategies. Acesso em 01 de Fevereiro de 2022.

BANCO MUNDIAL; OCDE. *Climate and Disaster Resilience Financing in Small Island Developing States*. 2016. Disponível em <https://documents1.worldbank.org/curated/en/626571492596854843/pdf/114389-WP-v2-PUBLIC-CDRFinSIDs-20170208-webversion.pdf>. Acesso em 28 de Janeiro de 2022.

BARRUCHO, Luís. Coronavírus: 'Não há dúvida sobre eficácia de lockdown', diz ex-chefe do combate à pandemia em Israel. BBC News. 17 de Março de 2021. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56417661>. Acesso em 06 de Fevereiro de 2022.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética*. São Paulo: Editora UNESP. 1995. 1-52.

BETTATI, Mario. O direito de ingerência: mutação da ordem internacional. Trad. de Ana Faria. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

CARREON, Bernadette. "Vanuatu to seek international court opinion on climate change rights". The Guardian. 26 de Setembro de 2021. Disponível em <https://www.theguardian.com/world/2021/sep/26/vanuatu-to-seek-international-court-opinion-on-climate-change-rights>. Acesso em 27 de Janeiro de 2022.

CNN BRASIL. Saiba que países estão adotando 'passaporte da vacina' para suspender restrições. Internacional. 27 de Julho de 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-que-paises-estao-adotando-passaporte-da-vacina-para-suspender-restricoes/>. Acesso em 07 de Fevereiro de 2021. Além disso, os países adotam restrições de viagem para estrangeiros.

CONSULADO GERAL DO BRASIL EM PARIS. COVID-19 - Entrada na França. Ministério das Relações Exteriores. Atualizado em 31 de Janeiro de 2021. Disponível em http://cgparis.itamaraty.gov.br/pt-br/entrada_na_franca.xml. Acesso em 06 de fevereiro de 2022.

ESPIELL, Hugo Gross. Os fundamentos jurídicos do direito a assistência humanitária. In: O direito a assistência humanitária: anais do coloquio internacional sobre o direito a assistência humanitária. Trad. de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Rio de Janeiro: Garamond. 1999.

GILOVICH, Thomas; VALLONE, Robert; TVERSKY, Amos. *The hot hand in basketball: On the misperception of random sequences*. *Cognitive Psychology*. Vol. 17. N. 3. 1985. 295-314.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional das Catástrofes*. Centro de Estudos da Contemporaneidade. Curitiba: Instituto Memória. 2021.

GUGGENHEIM, Paul. "Les principes de droit international public". *Academia da Haia de Direito Internacional. Recueil des cours*. Volume 80. 1952. 2-189.

KOSTAKOS, Georgios; ZHANG, Ting; VEENING, Wouter. *Climate Security and Justice for Small Island Developing States: An Agenda for Action. Policy Brief 9. The Hague Institute for Global Justice*. Março de 2014. Disponível em <https://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/wp-content/uploads/2015/11/PB9-Climate-security.pdf>. Acesso em 25 de Janeiro de 2022.

NICHOLAS, Herbert G. *The United Nations as a Political Institution*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press. 1975.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *About Small Island Developing States" Office of the High Representative for the Least Developed Countries, Landlocked Developing Countries and Small Island Developing States*. Disponível em <https://www.un.org/ohrrls/content/about-small-island-developing-states>. Acesso em 01 de Fevereiro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Adoption of the Paris Agreement. Decision -/CP.21. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima*. 12 de Dezembro de 2015. FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1. Disponível em <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>. Acesso em 01 de Fevereiro de 2022.

ORGANIZAÇÃO METEOROLÓGICA MUNDIAL. *State of the Global Climate 2020*. WMO-No. 1264. Disponível em https://library.wmo.int/doc_num.php?explnum_id=10618. Acesso em 04 de Fevereiro de 2022.

PELLET, Alain; FORTEAU, Mathias; DAILLIER, Patrick. *Droit International Public*. 8ed. Paris: Lextenso Éditions (L.G.D.J). 2009.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 7 ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2014.

SHENDRUK, Amanda; ROSENTHAL, Zachary. *Funding the United Nations: What Impact Do U.S. Contributions Have on UN Agencies and Programs?*. Council on Foreign Relations. 04 de Agosto de 2021. Disponível em <https://www.cfr.org/article/funding-united-nations-what-impact-do-us-contributions-have-un-agencies-and-programs>. Acesso em 10 de Fevereiro de 2022.

SOUZA, Carolina Romero; SALES, Ramiro Gonçalves. *A Assistência Humanitária Internacional em Caso de Desastres Naturais: O Exemplo da Atuação Brasileira no Haiti Após o Terremoto de 2010*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f380b99d45812a2>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2022. p. 3.

THE DECISION LAB. *"Why do we expect previous successful performance to lead to future successful performance? The Hot Hand Fallacy Explained"*. Disponível em <https://thedecisionlab.com/biases/hot-hand-fallacy/>. Acesso em 07 de Fevereiro de 2022.

TOMUSCHAT, Christian. "Obligations arising for states without or against their will". Academia da Haia de Direito Internacional. Recueil des cours. Volume 241. 1993. pp.195-374.

UN CLIMATE CHANGE NEWS. "UN Climate Chief Urges Countries to Deliver on USD 100 Billion Pledge". 07 de Junho de 2021. Disponível em <https://unfccc.int/news/un-climate-chief-urges-countries-to-deliver-on-usd-100-billion-pledge>. Acesso em 13 de Fevereiro de 2022.

VEYRET, Yvette. *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. São Paulo: Editora Contexto. 2007.

Artigo recebido em: 08/02/2023.

Aceito para publicação em: 02/08/2023.

O impacto das alterações climáticas na população em situação de vulnerabilidade social

The impact of climate changes on the population in situation of social vulnerability

José Ricardo Caetano Costa¹
Dandara Trentin Demiranda²
Vitor Prestes Olinto³

Resumo: O presente trabalho visa compreender de que modo as mudanças climáticas impactam as populações vulneráveis. Trata-se de temática importante de ser debatida, em especial diante do aumento dos eventos climáticos extremos, que passaram a ocorrer com maior frequência e intensidade, causando inúmeros danos. Para tanto, serão debatidos temas como industrialização, exploração de recursos naturais e aquecimento global. Em um segundo momento, será abordada a temática das mudanças climáticas e seus impactos. Por fim, serão feitas discussões sobre quais grupos serão inicialmente atingidos pelas mudanças climáticas e os impactos desse fenômeno global sobre populações vulneráveis. A presente pesquisa utiliza uma abordagem qualitativa para a apreciação dos dados pesquisados. Trata-se de pesquisa teórica, com utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental pertinentes a temática em discussão, além de uma metodologia teórico-exploratória. Ao final, serão apresentadas algumas reflexões sobre a temática abordada.

Palavras-chave: justiça socioambiental. mudanças climáticas. vulnerabilidade social.

Abstract: The present work aims to understand how climate change impacts vulnerable populations. This is an important topic to be debated, especially in view of the increase in extreme weather events, which have started to occur with greater frequency and intensity, causing numerous damages. To this end, topics such as industrialization, exploitation of

¹ Doutor em Serviço Social. Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Coordenador do Projeto de Pesquisa e Extensão Cidadania, Direitos e Justiça – CIDIJUS.

² Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Especialista em Prática Jurídica Social - Residência Jurídica pela FURG. Bacharel em Direito pela FURG. Membro do Projeto de Pesquisa e Extensão Cidadania, Direitos e Justiça – CIDIJUS.

³ Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS). Especialista em Prática Jurídica Social - Residência Jurídica pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Membro do Projeto de Pesquisa e Extensão Cidadania, Direitos e Justiça – CIDIJUS.

natural resources and global warming will be discussed. In a second moment, the theme of climate change and its impacts will be addressed. Finally, discussions will be held on which groups will be initially affected by climate change and the impacts of this global phenomenon on vulnerable populations. The present research uses a qualitative approach for the appreciation of the researched data. It is a theoretical research, using bibliographic and documental research techniques on the subject under discussion, in addition to a theoretical-exploratory methodology. At the end, some reflections on the topic will be presented.

Keywords: socio-environmental justice. climate changes. social vulnerability.

1. Introdução

O ser humano e o meio ambiente possuem uma história antiga: desde os primórdios, o homem explora a natureza com a finalidade de sobreviver. Inicialmente, essa exploração ocorria de forma módica, mediante a caça de animais e da coleta de frutos e vegetais. Após, com os avanços tecnológicos, os recursos passaram a ser cada vez mais explorados, com a finalidade de crescimento e desenvolvimento econômico.

No Brasil, a Constituição Federal confere proteção ao meio ambiente em seu art. 225⁴, relacionando-o também com a proteção à vida e à saúde, bem como ao princípio da dignidade humana. O meio ambiente ecologicamente sustentável, nesse viés, é definido como um direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial para uma vida com qualidade.

No âmbito internacional, são considerados marcos históricos importantes a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, e as Convenções Sobre a Proteção do Meio Ambiente, em 1992. Tratam-se de eventos que buscaram aplicar o princípio fundamental da solidariedade à questão ambiental, estabelecendo deveres entre todas as nações e povos, bem como a solidariedade entre a geração atual e as futuras (COMPARATO, 2019).

⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A temática das mudanças climáticas, apesar de discutida há muitos anos, segue causando polêmica em razão da desinformação e *lobby* de empresas que atuam em ramos poluidores. Todavia, o aquecimento global, a extinção de espécies e o risco de esgotamento de recursos naturais são problemas reais, cujas consequências já estão sendo sentidas pela população global.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar de que modo as mudanças climáticas impactam as populações vulneráveis. Assim, o artigo será dividido em três seções. Em um primeiro momento, será realizada uma explanação acerca da industrialização, tecendo comentários acerca da exploração de recursos naturais. Além disso, serão feitas considerações sobre como a busca por desenvolvimento econômico foi utilizada como justificativa para a poluição do meio ambiente. Na segunda parte do trabalho, será abordada a temática das mudanças climáticas e seus impactos sobre o clima global. Por fim, na terceira seção serão feitas discussões sobre quais indivíduos serão inicialmente atingidos pelas mudanças climáticas e os impactos desse fenômeno global sobre populações vulneráveis social e economicamente.

A escolha pelo tema justifica-se pela importância de debater a temática das mudanças climáticas diante do aumento dos eventos climáticos extremos⁵. Conforme apontam os estudos científicos, tais eventos irão ocorrer com maior frequência e intensidade, causando danos materiais, perda de vidas humanas e prejuízos ao patrimônio ambiental e social (MARCELINO, 2008; IPCC, 2022).

A presente pesquisa utiliza uma abordagem qualitativa para a apreciação dos dados pesquisados. Trata-se de pesquisa teórica, com

⁵ No presente trabalho, para fins de conceituação, eventos extremos de origem climática serão considerados como eventos que provocam impactos extremos, envolvendo risco de morte, pessoas desabrigadas, danos materiais, entre outras consequências (AMBRIZZI, 2014).

utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental a temática em discussão, além de uma metodologia teórico-exploratória.

2. O processo de industrialização e seus impactos ambientais

A industrialização pode ser entendida como o processo em que uma determinada localidade realiza uma transição econômica, que deixa de ser voltada para as atividades primárias, e passa a ser baseada em um modelo industrial.

Até meados do século XVIII, a economia dos países era voltada para a produção agrícola e para as atividades desenvolvidas em pequenas manufaturas, e grande parte da população mundial vivia no meio rural. Todavia, avanços tecnológicos, como a criação da máquina a vapor, permitiram o desenvolvimento de atividades mecanizadas, as quais passaram a ser executadas em escala industrial.

A substituição da mão de obra braçal pelo trabalho com máquinas possibilitou a criação das primeiras indústrias e a transformação do espaço geográfico. Os recursos naturais, utilizados como matéria prima nas mais diversas atividades econômicas, começaram a ser explorados em demasia, em razão da maior demanda do mercado de consumo.

Tal processo teve início na Inglaterra através da chamada Primeira Revolução Industrial, mas aos poucos foi espalhando-se pelos demais países europeus, de modo heterogêneo, adaptando-se a cada realidade. A Revolução Industrial foi possível em razão das mudanças tecnológicas que permitiram a substituição das habilidades humanas por maquinário, uso e domínio da energia de fonte inanimada perante a força humana e animal, e nas melhorias dos métodos de extração e transformação das matérias-primas (LIMA, OLIVEIRA NETO, 2017). Iniciou-se assim a lógica capitalista de produção, voltada para a obtenção de lucro e a precarização das relações de trabalho.

Em um primeiro momento, o processo de industrialização concentrou-se na Europa e nos Estados Unidos, nações que já possuíam relações comerciais bem estabelecidas e economias desenvolvidas. Em países emergentes, como o Brasil, a industrialização ocorreu de forma tardia.

Conforme leciona Hees (2011), no Brasil Colonial a atividade manufatureira era extremamente limitada, pois era reprimida pela Coroa Portuguesa. Foi somente a partir de 1808 que a atividade passou a ser permitida, ainda que de forma tímida. Condições favoráveis à industrialização começaram a surgir no final do século XIX, com o aumento da imigração e, principalmente, a baixa dos preços do café. Todavia, o processo somente foi impulsionado durante o governo de Getúlio Vargas (1930-1945), e posteriormente no de Juscelino Kubitschek (1956-1961).

Uma das consequências da industrialização foi o desenvolvimento dos grandes centros urbanos. A industrialização acarretou intenso êxodo rural, com a migração da população camponesa para as áreas urbanas (HOBSBAWN, 2010), que passaram a concentrar as oportunidades de trabalho.

A urbanização acarretou em crescimento populacional e mudanças nos padrões de consumo: quanto maior o crescimento da população, maior a necessidade de matéria prima para produzir os bens necessários, o que gerou aumento do ritmo da atividade industrial. A exploração de recursos naturais com a finalidade de suprir as necessidades da indústria e do consumismo tornou-se rotineira e desenfreada.

Inobstante a industrialização tenha acarretado efeitos positivos, como aumento das opções de emprego para a população e o desenvolvimento de novas tecnologias, os impactos negativos sobre o meio ambiente foram ignorados durante muito tempo, e tratados como um problema de menor importância.

Gases passaram a ser dispersos na atmosfera, resíduos começaram a ser descartados nas águas e os recursos naturais passaram a ser

intensamente explorados. Os grandes centros urbanos passaram a apresentar problemas em razão da poluição gerada pelas indústrias. Além da contaminação das águas e do ar, as cidades não possuíam sistemas de saneamento básico, o que acarretava problemas para a população, inclusive aumento nos índices de mortalidade (SOFFIATI, 2020). A natureza era tratada como fonte inesgotável de matéria prima, e capaz de absorver todos os resíduos gerados pela ação humana.

O crescimento populacional e a pressão por desenvolvimento econômico acarretaram na exploração em excesso dos recursos naturais. A busca por crescimento passou a conflitar com a capacidade de regeneração da biosfera, que não consegue se regenerar no ritmo desejado pelos capitalistas: a busca pelo crescimento infinito não é compatível com um planeta com recursos finitos (LATOUCHE, 2009). Florestas passaram a ser desmatadas com a finalidade de obtenção de madeira e para abrir espaço para o aumento da produção de alimentos e a atividade agropecuária. A caça desenfreada, aliada a perda de habitat natural acarretou no declínio populacional – e, em alguns casos, a extinção – de espécies da flora e da fauna. A contaminação do ar e das águas acarretaram severos problemas de saúde para os seres humanos. Os combustíveis fósseis, extremamente poluentes, tornaram-se essenciais para a indústria, gerando uma dependência global de tais recursos.

Mesmo diante das tentativas de criação de protocolos internacionais de proteção ao meio ambiente, ainda se discute a transferência de atividades e indústrias poluidoras para países menos desenvolvidos, pois persiste a ideia de que a preocupação com um meio ambiente sustentável é típica dos países mais ricos, e que os problemas ambientais são mais baratos, do ponto de vista econômico, nos países periféricos (ACSERALD, MELLO, BEZERRA, 2009). Tratam-se de argumentos perversos, mas que demonstram a visão capitalista sobre a questão ambiental.

Conforme apontam Franco e Druck (1998), na seara ambiental um dano local pode ter impactos globais, de modo que a potencialidade das

degradações socioambientais ultrapassam os locais de ocorrência de acidentes/contaminações. Os danos e seus efeitos não se limitam as fronteiras geopolíticas dos países de origem. Como exemplo, podemos citar o desmatamento da Floresta Amazônica, que acaba por gerar alteração nos padrões pluviais de toda a região, afetando também outros países. De igual modo, podemos mencionar a acidificação dos oceanos em razão das emissões globais de dióxido de carbono (CO₂), que desestabilizam o equilíbrio ecológico das algas e prejudicam os recifes de corais, gerando consequências irreversíveis.

Os recursos naturais foram vistos durante muito tempo apenas como parte integrante da cadeia de produção de bens, necessários para o desenvolvimento e crescimento econômico das nações. Atualmente, a proteção do meio ambiente passou a ser vista como forma de proteção do homem, através do uso racional dos recursos naturais.

Os avanços nos debates da área ambiental não ocorreram por motivos meramente políticos ou econômicos, mas em razão dos avanços em pesquisas científicas, que demonstraram a urgência de promover debates sobre a temática, com a finalidade de garantir um meio ambiente ecologicamente sustentável e garantir o futuro das próximas gerações. O ser humano sempre tratou os recursos naturais como infinitos e inesgotáveis, que deveriam ser utilizados para o progresso da humanidade. Agora, percebe-se os impactos dessa utilização desenfreada: mudanças climáticas e eventos extremos, desmatamento e desertificação dos solos, extinção de espécies e da biodiversidade.

Feitas tais considerações, na próxima seção será abordada a temática das mudanças climáticas e os impactos do aquecimento global sobre a população.

3. A problemática do aquecimento global

A preservação do meio ambiente e da biodiversidade tem sido ameaçada pelo sistema capitalista de produção. Sob o pretexto de crescimento econômico e produção de bens e serviços, os recursos naturais têm sido explorados em demasia, causando danos a natureza.

O aquecimento global pode ser entendido como o processo em que ocorre o aumento da temperatura média em todo o planeta. Trata-se de um tema polêmico, pois alguns indivíduos negam a ocorrência desse fenômeno⁶. O efeito estufa é um fenômeno natural, responsável pelo aquecimento natural do planeta. Sem ele, as temperaturas seriam muito baixas, o que dificultaria a existência de vida (GIDDENS, 2010; AMBRIZZI, 2014). Inobstante ocorra de forma natural, a atividade humana tem impulsionado as mudanças climáticas, acelerando o processo, especialmente em razão da queima de combustíveis fósseis.

A emissão de gases na atmosfera, como o dióxido de carbono e o metano, contribuem negativamente para o efeito estufa, acarretando o aquecimento do planeta. Atividades corriqueiras como a queima de combustível em veículos automotores, produção agrícola, despejo de resíduos em aterros sanitários e o desmatamento também são responsáveis pela emissão de tais poluentes. A emissão de gases em razão da atividade humana intensifica o processo de manutenção do calor na atmosfera, o que gera aumento em demasia das temperaturas.

Segundo o senso comum, o aquecimento global gera apenas o aumento das temperaturas. Todavia, em um ecossistema tão sensível como o nosso, as consequências são diversas, e os reflexos, globais. Entre as consequências diretas causadas pelo aquecimento global estão a ocorrência de eventos extremos (inundações, furacões, ondas de frio e calor intensos, por exemplo)

⁶ Trata-se do negacionismo climático, fenômeno em que os fatos objetivos, comprovados cientificamente, são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais. O fenômeno surgiu na década de 1970, nos Estados Unidos, em meio a discussões sobre as emissões relacionadas à queima de combustíveis fósseis, o que representava riscos aos negócios de grandes corporações do petróleo (MIGUEL, 2022).

com maior frequência, secas e desertificações, aumento do nível do mar, escassez de água e perda da biodiversidade (LIMA, 2013; AMBRIZZI, 2014). Podemos ainda citar ainda os impactos sobre a saúde da população, como o aumento de doenças respiratórias em razão da poluição, e a diminuição da capacidade de produção de alimentos, em razão da desertificação e da alteração dos padrões pluviais.

Inobstante alguns indivíduos considerem que o aquecimento global não causa impacto em suas vidas, pequenas nações insulares já estão enfrentando o problema da elevação do nível dos mares, e futuramente haverá aumento expressivo dos chamados “refugiados do clima”. Conforme menciona Giddens (2010), a situação da região do Ártico é preocupante. A calota de gelo está com menos da metade do tamanho que tinha há 50 anos, e as temperaturas médias aumentaram cerca de 7°C. Tratam-se de alterações com impactos globais.

Atualmente, o principal órgão que atua no monitoramento das mudanças climáticas é o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC). Em relatório divulgado recentemente, foram apresentadas conclusões preocupantes: desde 2008, inundações e tempestades forçaram mais de 20 milhões de pessoas por ano a deixarem suas casas; atualmente, metade da população mundial enfrenta insegurança hídrica por pelo menos um mês a cada ano; até 2030, entre 32 milhões e 132 milhões de pessoas estarão em condição de extrema pobreza em decorrência das alterações climáticas; o aumento da temperatura global em relação ao período pré-industrial é, atualmente, de 1,1°C, caso esse número ultrapasse 1,5°C, também aumentará a probabilidade de eventos de alto impacto, como a morte massiva de florestas (IPCC, 2022).

Segundo Comparato (2019), a industrialização em ritmo acelerado de China e Índia, os dois países com maior densidade demográfica, agravaram de forma importante o fenômeno do aquecimento global: na década de 1990, a China aumentava anualmente suas emissões de gases em 0,9% ao ano, e

partir do ano 2000 o aumento anual passou a ser de 2,9%, em média. Países ricos, com cerca de 15% da população mundial, são responsáveis por quase metade das emissões de CO₂ (SCHONS, 2012). Inobstante os acordos globais para controle das emissões de gases, não existem meios coercitivos para exigir o cumprimento das metas assumidas, dificultando sobremaneira as ações de combate as mudanças climáticas.

Verifica-se, portanto, que o aquecimento global é um problema atual e preocupante. A população precisa ficar atenta a questão, pois a biosfera é comum a todos, e ela tem sido impactada negativa e desigualmente pela emissão de gases de efeito estufa, com implicações graves para a vida humana (LIMA, 2013).

A população reconhece o aquecimento global como um problema de extrema relevância, porém são reticentes em tomar medidas para preveni-lo, em função da complexidade inerente ao tema, bem como em razão da falta de interesse em mudar hábitos de consumo, da invisibilidade do risco climático na vida cotidiana e da desinformação sobre o assunto (GIDDENS, 2010). Tal entendimento por parte da sociedade moderna demonstra a necessidade de ações voltadas para a educação ambiental da população, como forma de mitigar os efeitos das mudanças climáticas e das informações falsas.

Conforme menciona Lima (2013), a problemática das mudanças climáticas é de alta complexidade em razão de seu alcance global, e por envolver discussões de cunho social, político, ecológico, tecnológico e epistemológico. Ademais, existe incerteza acerca da extensão e intensidade dos riscos envolvidos. Essas incertezas, todavia, não devem afastar a urgência em discutir a temática, haja vista que seus efeitos já estão sendo sentidos em todo o planeta, atingindo com maior intensidade indivíduos em condição de vulnerabilidade.

Feitas tais considerações acerca da problemática do aquecimento global, na próxima seção serão abordados os impactos das mudanças climáticas sobre indivíduos em situação de vulnerabilidade.

4. A relação do ser humano com o meio ambiente e os impactos das mudanças climáticas na sociedade

Tratar sobre o ser humano e a sua relação com o meio ambiente não é uma tarefa simples. Neste momento do trabalho, pretende-se trazer a relação entre as pessoas e o ambiente em que estão inseridas e analisar os impactos que as mudanças climáticas, essas muitas vezes causadas por consequência direta das ações humanas, na sociedade, especialmente na população em situação de vulnerabilidade⁷.

Num primeiro momento, deve-se destacar que o meio ambiente não deve ser compreendido somente como a área florestal longe das cidades como aponta o senso comum, mas deve ser visto como o espaço em que se vive. Saber que o meio ambiente é parte integrante do ser humano é vital para entender que a natureza e humanidade devem caminhar harmonicamente. Todavia, sabe-se que a referida convivência harmoniosa foi deixando de existir nas últimas décadas, sobretudo a partir da Revolução Industrial e em razão dos avanços tecnológicos, os quais foram transformando a relação do ser humano com o meio ambiente.

As relações existentes entre os indivíduos, a sociedade e o ambiente começam, especialmente, com as representações entre natureza, cultura e adjetivações daí resultantes. Dessa forma, verifica-se que estas relações emergem das condições materiais de produção e das necessidades demandadas, agregadas à especificados sistemas econômicos e políticos vinculados às características daquele determinado ambiente e das condições socioculturais (MOLINARO, 2007).

⁷ Entende-se vulnerabilidade, neste momento, em sentido amplo, como por exemplo: vulnerabilidade social, vulnerabilidade econômica, vulnerabilidade de acesso a recursos básicos, vulnerabilidade informacional, dentre outras. De acordo com Ambrizzi (2014), a vulnerabilidade indica a suscetibilidade das pessoas, suas atividades, posses e infraestrutura às perdas e danos quando sujeitas a eventos físicos de diferentes ordens de magnitude.

Em que pese a Constituição de 1988 tenha previsão legal, em seu artigo 225, sobre o direito da sociedade em ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a responsabilidade do Poder Público e da coletividade para alcançarem tal feito, é possível notar atualmente a existência de dois contrastes ambientais: o ambiente humano e o ambiente natural, no qual, este último está perdendo espaço pelo crescimento populacional e a grande demanda de recursos naturais. Atrelado a isto, percebe-se que o modelo capitalista cresce de maneira muito acelerada, incentivando a sociedade cada vez mais a consumir não somente novas tecnologias, como também recursos naturais, esgotando-os e provocando graves e, às vezes, irreversíveis alterações ambientais (CÓRDULA, 2015). Desta forma, pode-se compreender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como aquele que ultrapassa os limites individuais da pessoa humana, para atender os interesses difusos da coletividade.

Importante refletir também acerca da complexidade da relação ser humano-natureza, tendo em vista as diversas formas de interação que surgem a partir da própria construção social, de cada indivíduo e sua localidade, assim como as diferentes visões acerca de como o ser humano percebe a natureza, necessitando assim de avaliações interdisciplinares para contemplar as diferentes interfaces. As formas de utilização e apropriação da natureza, partindo de uma análise pré-histórica até os dias atuais, são marcadas por um modo de agir predador e utilitarista (CIDREIRA-NETO, RODRIGUES, 2017).

Assim, observa-se que as relações entre ser humano-natureza vêm passando por mudanças que acompanham o próprio desenvolvimento da sociedade, principalmente de cunho econômico, tecnológico e político, onde as formas de utilização são configuradas pela situação da economia mundial e local. Entretanto, é importante salientar que nos últimos anos a transformação do meio ambiente em razão das mudanças climáticas, bem como pelas ações da própria sociedade, tem acarretado em desdobramentos

nefastos para a população mundial, em especial para as pessoas que se encontram em situações vulneráveis. Os efeitos da mudança do clima, dentre eles a intensificação e magnitude de eventos climáticos, atingem a todos, mas a repercussão e intensidade de seus impactos não serão vivenciados da mesma forma pelas diferentes classes da sociedade.

Dentro da temática abordada neste trabalho, é possível traçar um perfil dos grupos que serão mais lesados nas situações que envolvem as mudanças climáticas: pessoas com menor poder aquisitivo e, conseqüentemente, com menos recursos disponíveis e acesso à informação. Se viver, sobretudo em tempos de pandemia da COVID-19, é uma tarefa difícil para essa parcela da população, imagina-se que enfrentar as mudanças climáticas provenientes de uma crise ambiental em que se vive atualmente deva ser uma luta diária.

Conforme mencionando anteriormente, os riscos e os impactos dos acidentes ambientais estão desigualmente distribuídos, atingindo principalmente indivíduos em situação menos favorecida. Inobstante problemas como poluição, degradação e esgotamento de recursos naturais afetem a todos, comunidades e populações marginalizadas sofrem com as adversidades ambientais de forma desproporcional⁸. Embora países desenvolvidos emitam muito mais gases de efeito estufa, os seus efeitos serão mais gravosos em países pobres (MOONEY, KNOX, SCHACHT, 2016).

As chuvas torrenciais, por exemplo, costumam atingir de forma mais significativa indivíduos residentes em regiões periféricas, em moradias precárias, gerando perdas patrimoniais e de vidas. As secas prolongadas impactam significativamente a produção de alimentos, com elevação dos preços de itens básicos e essenciais, causando fome generalizada entre os mais pobres, além de problemas de saúde, como a desnutrição. Quando o plantio

⁸ Para Acserald, Mello e Bezerra (2009), verifica-se na prática a ocorrência de racismo ambiental, situação em que minorias étnico-raciais e com menor poder aquisitivo (classes sociais consideradas inferiores) são mais afetadas.

fica impossibilitado, as florestas desaparecem e a fauna torna-se escassa, os pequenos produtores que dependem desses recursos acabam afetados e são forçados a buscar outros meios de sobrevivência.

Inobstante os efeitos sejam globais, percebe-se que os indivíduos que já estão sendo afetados pelas mudanças climáticas, e que no futuro serão ainda mais atingidos, são aqueles que se encontram em alguma condição de vulnerabilidade. Esses indivíduos, infelizmente, serão considerados refugiados ambientais, sendo forçados a migrar, abandonando o lugar em que vivem por não conseguirem garantir sua subsistência em decorrência de problemas ambientais (MOONEY, KNOX, SCHACHT, 2016).

As mudanças no clima têm sido assunto recorrente nos noticiários, diante do aumento de catástrofes e crises climáticas nunca antes vistas em escala tão frequente. Nesse sentido, sabe-se que as transformações no clima acontecem de forma natural no meio ambiente. Todavia, nas últimas décadas tem-se verificado que essas alterações, inclusive em níveis globais, ocorrem em um ritmo nunca antes visto na história, impulsionada justamente por países mais ricos e impactando, sobretudo, as populações vulneráveis.

No contexto brasileiro, onde ainda perduram acentuadas desigualdades sociais e regionais, a vulnerabilidade socioambiental⁹, sem dúvidas, é um dos fatores que mais contribuem para aumentar a exposição da população aos efeitos das alterações climáticas e reduzir sua capacidade de adaptação a estes eventos indesejáveis. Nessa esteira, vale salientar que os impactos das alterações climáticas podem, e muitas vezes vão, se somar ou intensificar outros impactos que os povos e populações vulneráveis já enfrentam nas diversas regiões do Brasil, seja de saúde pública, seja educacional, por exemplo.

⁹ O termo vulnerabilidade socioambiental é utilizado, neste momento, para caracterizar a dupla exposição que essa parcela da população enfrenta diariamente: além de vulnerabilizada socialmente, é colocada em situação de vulnerabilidade ambiental.

Desta forma, a ausência de condições socioeconômicas para o enfrentamento dos impactos dos novos fenômenos climáticos tende a resultar na perda de vidas, perda de moradias, eliminação de fontes de produção e renda, impulsionar doenças, além de inviabilizar ainda mais o acesso dessa parcela da sociedade aos serviços públicos básicos. Ademais, estas alterações climáticas que, muitas vezes, transformam-se em catástrofes ambientais, podem anular a melhoria das condições de vida das populações vulneráveis conquistadas recentemente ou, mais grave ainda, fazê-las retroceder para condições mais críticas.

As consequências das mudanças climáticas são perceptíveis rotineiramente nos últimos anos, e apontam como principal responsável para o fato a ação humana, podendo ser exemplificadas como: temperaturas elevadas, tempestades severas, aumento das secas, perda de espécies, aumento da pobreza e necessidade de deslocamentos advindos de uma realidade onde não há opção senão a moradia em áreas de risco. Restringindo a análise para a América do Sul, o Brasil se encontra entre o grupo dos países com maior número de habitantes comprometidos pelos impactos dos acidentes naturais, apesar de não sofrer com terremotos e tsunamis, que são os acidentes que afetam milhares de pessoas em outras regiões. Nota-se, a partir disso, que o cenário brasileiro de acidentes naturais está diretamente ligado às ações antrópicas e às mudanças climáticas (BRUNA, PISANI, 2010).

Em outras palavras, o que está sendo dito é que a culpa pelas mudanças climáticas é, em grande parte, do próprio ser humano. Há muitos anos já existe um consenso científico e popular de que as atividades praticadas pela sociedade estão superaquecendo o planeta e que esta elevação de temperatura tem sido responsável pelas mudanças climáticas cada vez mais intensas. Dessa forma, pode-se afirmar que as mudanças climáticas não são uma preocupação apenas para as gerações futuras. Atualmente, pessoas pelo mundo já estão sendo afetadas pelo aquecimento global. E as mais lesadas são justamente as mais vulneráveis.

Isto posto, o trabalho, neste momento, teve o intuito de apresentar a relação existente entre o ser humano e o meio ambiente, além de identificar a parcela da população que geralmente está exposta aos efeitos e às consequências das mudanças climáticas, que são as pessoas em situação de vulnerabilidade em sentido amplo. Assim, foi possível verificar que as mudanças climáticas encontram uma sociedade desigual, provocando impactos desiguais e potencializando tais desigualdades. O fator vulnerabilidade potencializa os perigos que, muitas vezes, se convertem em tragédias, uma vez que a condição de vulnerável socioambientalmente diminui a capacidade de adaptação e mitigação a estes eventos que atingem a sociedade.

5. Conclusão

O presente artigo não busca apresentar soluções práticas para a problemática das mudanças climáticas e seus impactos, sobretudo negativos, nas pessoas em situação de vulnerabilidade. Objetivamos, com o presente artigo, realizar uma análise acerca das alterações climáticas e apresentar reflexões sobre os impactos nas populações vulneráveis. A relação entre ser humano e o meio ambiente é um assunto altamente complexo, especialmente no que concerne ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, portanto, não comporta simples respostas.

O estudo sobre os impactos das alterações climáticas na população em situação de vulnerabilidade pode ser compreendido como uma fotografia do atual cenário de desigualdades sociais que assola diversas comunidades no Brasil e no mundo, tendo em vista que a produção científica e acadêmica sobre assuntos como o trabalhado durante o artigo possui caráter bastante dinâmico. Ademais, soma-se a isto o fato de que não há como prever exatamente o que pode acontecer no futuro, pois este será influenciado por

diferentes variáveis, não apenas climáticas propriamente ditas, mas também de cunho econômico e político.

No que tange aos processos de industrialização e os seus consequentes impactos ambientais, verificou-se que o ser humano sempre tratou os recursos naturais como infinitos e inesgotáveis, os quais deveriam ser utilizados para o progresso da humanidade, custe o que custar. Neste momento em que se vive, percebe-se os impactos dessa utilização desenfreada: mudanças climáticas e eventos extremos, desmatamento e desertificação dos solos, extinção da biodiversidade.

Por sua vez, a problemática atual do aquecimento global foi apresentada justamente para destacar a necessidade de mudança de mentalidade de vida e de hábitos por parte da população pois, como referido, apesar das alterações climáticas muitas vezes ocorrerem de forma invisível, suas consequências são capazes de aniquilar vidas. Dessa forma, em que pese a preocupação com alterações climáticas já esteja inserida no contexto da sociedade, mostra-se evidente a urgência de condutas, também por parte das pessoas, que visem reduzir os impactos ambientais de seus atos.

Ao final, pretendeu-se expor de forma acessível a relação dos seres humanos com o meio ambiente, o que contempla, inclusive, o meio em que vivem, além de reconhecer as pessoas em situação de vulnerabilidade socioambiental como as grandes prejudicadas pelas alterações climáticas nas últimas décadas. Nesse sentido, pode-se afirmar que são essas pessoas geralmente que, além de perderem o pouco que possuem, muitas vezes perdem a própria vida ante os desastres ambientais.

Inobstante as mudanças climáticas afetem todas as nações, indivíduos em condição de vulnerabilidade são mais afetados pelo aquecimento global, que é potencializado pelas ações antrópicas. O presente trabalho pretende contribuir para a reflexão acerca do tema e incentivar estudos que analisem dados das mudanças climáticas e suas relações com as desigualdades sociais, tendo em vista que a pesquisa científica se constitui

como um mecanismo fundamental de construção de estratégias de combate e de prevenção aos desastres causados pelas alterações climáticas. Nessa esteira, almeja-se um fortalecimento das relações entre ser humano e o meio ambiente, especialmente na preservação do meio, pois o crescimento econômico do país não se traduz necessariamente em alívio da pobreza.

Referências

- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- AMBRIZZI, Tércio. Variabilidade e mudança no clima: passado, presente e futuro. In: CORTESE, Tatiana Tucunduva P.; NATALINI, Gilberto (Org.). **Mudanças climáticas: do global ao local**. Barueri, SP: Manole, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRUNA, Gilda Collet; PISANI, Maria Augusta Justi. Mudanças climáticas e pobreza: reflexões. In: **Revista Brasileira de Ciências Ambientais**, São Paulo, v. 18, p. 58-66, dez. 2010. Disponível em: https://www.abes-dn.org.br/publicacoes/rbciamb/PDFs/18-08_RBCIAMB-N18-Dez-2010-Materia06_artigos261.pdf. Acesso em: 07 ago. 2022.
- CIDREIRA-NETO, Ivo Raposo Gonçalves; RODRIGUES, Gilberto Gonçalves. **RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA E OS LIMITES PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**. In: **Movimentos Sociais & Dinâmicas Espaciais**, Recife, v. 6, n. 2, p. 142-156, dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistamseu/article/viewFile/231287/25644>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CÓRDULA, Eduardo Beltrão de Lucena. O meio ambiente, o ser humano e os problemas ambientais. In: **Educação Pública**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 7, abr. 2015. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/15/7/o-meio-ambiente-o-ser-humano-e-os-problemas-ambientais>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça. Padrões de industrialização, riscos e meio ambiente. In: **Ciência & Saúde Coletiva [online]**, v. 3, n. 2, pp. 61-72, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/xpjStHyz9MQfrvmLx4mzStR/?lang=pt#>. Acesso em 28 jul. 2022.
- GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- HEES, Felipe. A industrialização brasileira em perspectiva histórica (1808-1956). In: **Em Tempo de Histórias**, [S. l.], n. 18, p. 100-132, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/view/19892>. Acesso em: 02 ago. 2022.
- HOBSBAWM, Eric. J. **A era das revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2010.
- IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change. **Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability**. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegria, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)] Cambridge University Press, 2022. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_FullReport.pdf. Acesso em 27 jul. 2022.

- LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LIMA, Elaine Carvalho de; OLIVEIRA NETO, Calisto Rocha de. Revolução Industrial: considerações sobre o pioneirismo industrial inglês. In: **Revista Espaço Acadêmico**, v. 17, n. 194, p. 102-113, jul. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/32912>. Acesso em 04 ago. 2022.
- LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. EDUCAÇÃO AMBIENTAL E MUDANÇA CLIMÁTICA: CONVIVENDO EM CONTEXTOS DE INCERTEZA E COMPLEXIDADE. In: **Ambiente & Educação**, v. 18, n. 1, p. 91-112, 2013. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/ambeduc/article/view/2623>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- MARCELINO, Emerson Vieira. **Desastres naturais e geotecnologias**: conceitos básicos. Santa Maria: INPE, 2008.
- MIGUEL, Jean Carlos Hochsprung. A “meada” do negacionismo climático e o impedimento da governamentalização ambiental no Brasil. In: **Sociedade e Estado [online]**, jan./abr 2022, v. 37, n. 01, pp. 293-315. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/wCDHY4RdNWSBZC5m6Q7fpBx/?format=html&lang=pt#>. Acesso em 01 ago. 2022.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MOONEY, Linda A.; KNOX, David; SCHACHT, Caroline. **Problemas sociais**: uma análise sociológica da atualidade. São Paulo, SP: Cengage Learning, 2016.
- SCHONS, Selma Maria. A questão ambiental e a condição da pobreza. In: **Revista Katálisis [online]**, 2012, v. 15, n. 1, pp. 70-78. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/y9scXhN89BBn9zgyXcrbsrd/?lang=pt#>. Acesso em 22 jul. 2022.
- SOFFIATI, Arthur. Breve história da globalização ocidental e seus custos ambientais. In: **AMBIENTES**: Revista de Geografia e Ecologia Política, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 144-173, 2020. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/ambientes/article/view/24225>. Acesso em: 03 ago. 2022.

Artigo recebido em: 26/05/2023.

Aceito para publicação em: 14/08/2023.

Os impactos da Lei no 21.972/16 e da deliberação normativa nº 217 nos processos de licenciamento ambiental simplificado

The impacts of Law no. 21.972/16 and normative deliberation no. 217 on simplified environmental licensing processes

Los impactos de la Ley nº 21.972/16 y la deliberación normativa nº 217 en los procesos simplificados de licencia ambiental

Marlene de Paula Pereira¹
Sara Elizabeth da Silveira²

Resumo: O presente artigo tem como premissa promover análises de forma quantitativa e qualitativa a fim de explicar quais seriam os maiores impactos advindos da Licença Ambiental Simplificada (Lei nº 21.972/16 e Deliberação Normativa nº 217). De modo quantitativo, foram analisados os números de licenciamentos concedidos antes e depois da Lei nº 21.972/16, e posteriormente, foram exploradas as circunstâncias que levaram a esse aumento e riscos de impactos ambientais. A perspectiva qualitativa não foi afastada, visto a coleta de informações embasada na idiosincrasia da vertente bibliográfica de artigos científicos, fulcro desdobramento da presente. Desse modo, foram utilizados recursos bibliográficos de fontes secundárias e uma entrevista de um servidor da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais, a fim de desvendar os impactos das legislações supracitadas. Os resultados demonstraram que há riscos no que tange à análise de consequências advindas dessa prática, vez que cumpre com a proposta de celeridade, mas apresenta falhas quanto à procedimentalização dos estudos de impacto.

Palavras-Chave: Ambiental, Licença Ambiental, Simplificado.

Abstract: The present article has as its premise to promote analyses both quantitatively and qualitatively, in order to explain what the major impacts arising from the Simplified Environmental License (Law No. 21.972/16 and Normative Deliberation No. 217) would be. Quantitatively, the numbers of licenses granted before and after Law No. 21.972/16 were analyzed, and subsequently, the circumstances that led to this increase and the risks of environmental impacts were explored. The qualitative perspective was not disregarded, given the collection of information based on the idiosyncrasies of the bibliographic branch of scientific articles, which is the main focus of this article. Thus, bibliographic resources from secondary sources and an

¹ Professora do Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais e doutora em Extensão Rural pela UFV.

² NÃO IDENTIFICAR O TEXTO. As informações dos autores devem vir totalmente preenchidas nos **metadados durante a submissão**. Salienta-se a importância de preencher o n. ORCID (cadastro sem custos em <http://orcid.org/>) e o URL do Link do CV Lattes.

interview with an official from the Environmental Secretariat of Minas Gerais were used to uncover the impacts of the aforementioned legislations. The results demonstrated that there are risks concerning the analysis of consequences arising from this practice, since it fulfills the proposal of expediency but presents shortcomings in terms of proceduralizing impact studies.

Keywords: Environmental, Environmental License, Simplified.

Abstracto: El presente artículo tiene como premisa promover análisis de manera cuantitativa y cualitativa con el fin de explicar cuáles serían los mayores impactos derivados de la Licencia Ambiental Simplificada (Ley N° 21.972/16 y Deliberación Normativa N° 217). Cuantitativamente, se analizaron los números de licencias otorgadas antes y después de la Ley N° 21.972/16, y posteriormente, se exploraron las circunstancias que llevaron a este aumento y los riesgos de impactos ambientales. La perspectiva cualitativa no fue descartada, dado que se recopiló información basada en las idiosincrasias del ámbito bibliográfico de artículos científicos, que es el foco principal de este artículo. Así, se utilizaron recursos bibliográficos de fuentes secundarias y una entrevista con un funcionario de la Secretaría de Medio Ambiente de Minas Gerais para descubrir los impactos de las legislaciones mencionadas. Los resultados demostraron que existen riesgos en lo que respecta al análisis de las consecuencias derivadas de esta práctica, ya que cumple con la propuesta de celeridad, pero presenta deficiencias en cuanto a la proceduralización de los estudios de impacto.

Palabras clave: Ambiental, Licencia Ambiental, Simplificada.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma discussão a respeito de alguns pontos específicos trazidos pela Lei n° 21.972/16, especialmente no que se refere às novas modalidades de licenciamento apresentadas, com destaque para o Licenciamento Ambiental Simplificado (LAS).

A Licença Ambiental Simplificada é um ato administrativo destinado a empreendimentos ou atividades de pequeno porte e baixo potencial poluidor, concedida antes de iniciar a atividade, em uma única fase, atestando a viabilidade ambiental, aprovando a localização e autorizando a implantação e operação do empreendimento. A competência para preservação do meio ambiente está prevista na Constituição Federal, no art. 23, III, VI e VII. Trata-se de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. O artigo 30 da CF, inciso VIII, também declara ser competência do Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, os

entes federativos devem atuar no sentido de assegurar uma proteção efetiva em relação aos bens ambientais, sendo o licenciamento ambiental um importante instrumento para alcançar este fim.

Ainda, de acordo com o art. 225 da CF (BRASIL, 1988), o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, devendo ser resguardado pelo Estado, a fim de promover qualidade de bem-estar à natureza e à sociedade.

Por fim, a Lei Federal nº 6.938/1981 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Esta lei define o licenciamento como sendo um instrumento de política ambiental, por meio do qual o órgão ambiental averigua a localização, implantação e operação de empreendimentos ou atividades que possam causar degradação ambiental.

De acordo com a Resolução do CONAMA nº 237 (BRASIL, 1997), o licenciamento ambiental deve ser realizado pelo órgão estadual, que fará controle e exigências às empresas que utilizam recursos ambientais, a fim de mitigar, evitar ou direcionar melhor os possíveis impactos que estas possam provocar.

Para as empresas, o licenciamento ambiental se torna de grande valia às políticas nacionais do meio ambiente. Para tanto, a empresa se torna mais preparada não apenas para mitigar possíveis desastres ambientais, mas também para se tornar menos suscetível a protagonizar acúmulo de materiais tóxicos, excessiva degradação do solo, incorreto manejo de recursos hídricos, entre outros.

Tradicionalmente o licenciamento ambiental é realizado em três etapas. Entretanto, existe a modalidade de licenciamento ambiental simplificada, assim considerado o licenciamento que, em razão de fatores como o baixo potencial poluidor da atividade, é realizado em etapa única. Esta modalidade de licenciamento, no Estado de Minas Gerais, está prevista na Lei Estadual nº 21.972, de 21 de janeiro de 2016, e desde então é cerne do contexto legislativo de Minas Gerais, quando trata-se de licenciamento ambiental. Desse modo, a normativa traz perspectivas de monitoramento, redução e aproveitamento de recursos vinculados ao melhor aproveitamento de acordo com cada espécie de empresa.

Nesse sentido, a legislação pretende estabelecer medidas que serão controladas pelo empreendedor, de modo a priorizar atividades de baixo custo e

impacto ambiental. Esse modo de emissão da licença, monofásico, visa dinamizar o funcionamento de atividades que tenham baixo impacto ambiental.

Em fevereiro de 2017, o Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM) definiu em Minas Gerais, por meio da Deliberação Normativa nº 213, uma extensa lista de tipos de empreendimentos que seriam classificados como de impacto local, e, portanto, estariam sujeitos ao licenciamento ambiental municipal.

A presente pesquisa, portanto, tem o objetivo de analisar o impacto desses dois instrumentos legais (a Lei estadual de MG, nº 21.972/16 e a Deliberação Normativa nº 213, do COPAM de 2017) em relação ao número de licenças concedidas. Busca-se averiguar se houve um relevante impacto quantitativo em relação à concessão de licenças.

A justificativa de tal pesquisa deve-se à sua contribuição no meio científico, o qual ainda necessita de mais estudos sobre tais instrumentos normativos. Além disso, os estudos a respeito do licenciamento ambiental são importantes para fortalecer decisões nas áreas de gestão ambiental e urbanística.

Embora a bibliografia seja escassa, busca-se averiguar os impactos desta lei em termos de número de licenças concedidas e prazos para a concessão. A pesquisa, portanto, tem um caráter quantitativo, sem, no entanto, deixar de lado aspectos qualitativos possíveis de serem deduzidos dos dados obtidos.

A importância das pesquisas científicas pautadas em métodos quantitativos e qualitativos se deu porque estes métodos permitem a reflexão dos tópicos a serem seguidos nos estudos científicos. Isso se dá, pois permitem desvendar, procurar e quantificar como uma forma de verificação de hipóteses e procedimentos (PROETTI, 2018).

A metodologia para fins de obtenção dos dados da pesquisa desenvolve-se a partir de uma análise realizada no site da SEMAD, no item relativo às licenças concedidas. Trabalhou-se com o marco temporal de três anos anteriores e três anos posteriores à edição da referida lei (janeiro de 2016).

No decorrer desta pesquisa, foram realizadas diversas pesquisas na própria legislação nº 21.972 de 21 de Janeiro de 2016, bem como a Deliberação Normativa COPAM nº 217, de 06 de Dezembro de 2017. Foram realizadas diversas consultas

ao site da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais e também ao site do Ministério do Meio Ambiente.

Inicialmente foi utilizada a revisão bibliográfica, momento em que foram feitas buscas em portais científicos, como Google acadêmico e Scielo, utilizando-se como termos de busca as seguintes expressões “Licenciamento Ambiental”, “Licenciamento Ambiental Simplificado”, “Lei nº 21.972 de 21 de Janeiro de 2016”. Esses artigos foram classificados conforme a proximidade com o tema de pesquisa e contribuíram para que os dados obtidos na Secretaria do Meio Ambiente fossem interpretados.

Utilizou-se também dados secundários, de natureza quantitativa, obtidos por meio de pesquisa ao banco de dados da Secretaria Estadual do Meio Ambiente – SEMAD. Ademais, foi utilizada uma entrevista com um servidor do SEMAD, denominado de modo fictício neste trabalho de Pedro, para preservar a identidade do entrevistado. Esta entrevista teve a finalidade de analisar a aprofundamento do problema de acordo com a perspectiva de um funcionário atuante no órgão em questão. Esta entrevista, do tipo estruturada, foi realizada de forma on-line e o seu conteúdo compõe-se de cinco perguntas.

Nesse viés, a prerrogativa do presente se desenvolveu a fim de esclarecer se essa modalidade de licenciamento obedece ao tripé da sustentabilidade, qual seja: o econômico, o social e o ambiental. Nessa vertente, foram respondidas os seguintes questionamentos: (i) se a Licença Ambiental Simplificada atende sua função social; (ii) se a Licença Ambiental Simplificada de fato simplificou a regularização e quais seriam as consequências de tal proposta na esfera econômica; e (iii) se a Licença Ambiental Simplificada atende à protocolos eficientes de sustentabilidade, na medida em que oferece substrato de uso consciente dos recursos disponíveis sem comprometer o bem-estar das gerações futuras.

2. Explicação acerca da Lei nº 21.972 e suas possibilidades

O artigo 17, do Capítulo II da Lei nº 21.972 de 21 de Janeiro de 2016 menciona o licenciamento simplificado como uma modalidade de licenciamento.

Nesse íterim, explana melhor acerca, no art. 20, ao elencar que tal procedimento poderá ser realizado eletronicamente de forma monofásica (MINAS GERAIS, 2016).

Nesse cenário, de modo posterior ao cadastro ou apresentação do Relatório Ambiental Simplificado pelo empreendedor, pode ser manejado de forma a obedecer os requisitos estabelecidos pelo órgão ambiental competente, resultando na concessão de uma Licença Ambiental Simplificada – LAS. Na questão de competência, o artigo 18, evoca que “§ 1º As Autorizações Ambientais de Funcionamento – AAF – emitidas antes da vigência desta Lei serão convertidas em Licenças Ambientais Simplificadas – LAS”. (BRASIL, 2016).

As Autorizações Ambientais de Funcionamento (AAF) era considerada um método mais simples e rápido para regularização do empreendimento. Poderiam aderir a ela as empresas com estimativas de categorias de pequenos índices poluidores e que atendam aos requisitos quanto ao porte. As especificações de adesão à AAF eram mais lacunosas e menos específicas do que a LAS, se comparado a especificidade dos termos de responsabilidade técnica e social.

Nesse cenário, houve a substituição das AAF pelas LAS, a partir da edição da Lei nº 21.972 de 21 de Janeiro de 2016, e posterior Deliberação Normativa da COPAM (nº 217).

Diante disso, as licenças ambientais simplificadas são reguladas pela Deliberação Normativa do COPAM nº 217, de 06 de Dezembro de 2017. Tal normativa estabelece critérios para classificação, segundo o porte e potencial poluidor, bem como os critérios locacionais a serem utilizados para definição das modalidades de licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais no Estado de Minas Gerais.

Cabe ressaltar que a metodologia utilizada para a obtenção da licença simplificada é com o cadastro em única fase mediante informações dadas pelo empreendedor com expedição da própria licença eletronicamente requerida no site <http://licenciamento.meioambiente.mg.gov.br/site/requisicao>.

Acerca dessa modalidade, o Ministério do Meio Ambiente esclarece que:

A Licença Ambiental Simplificada (LAS) é concedida antes de iniciar-se a implantação do empreendimento ou atividade e, em uma única fase, atesta a viabilidade ambiental, aprova a localização e autoriza a implantação e a operação de empreendimento ou atividade, estabelecendo as condições e medidas de controle ambiental que deverão ser atendidas. A concessão da LAS geralmente está associada à classificação do empreendimento quanto ao grau de impacto ambiental gerado, sendo aplicada à empreendimentos ou atividades de pequeno ou micro porte e baixo potencial poluidor. A Licença Única (LU) substitui os procedimentos administrativos ordinários do licenciamento prévio, de instalação e operação do empreendimento ou atividade, unificando-os na emissão de uma única licença, exigindo-se as devidas condições e medidas de controle ambiental (MINAS GERAIS, 2016 s/p.).

Para uma melhor manipulação das informações e fiscalização, a proposta em voga é que haja classificações de impacto acerca das variáveis ambientais (ar, água e solo). Posteriormente é avaliado o porte do empreendimento em um panorama de potencial poluidor/degradador geral da atividade. Após, há a classificação da modalidade de licenciamento, e por fim, critérios locacionais e fatores de restrição.

Os fatores de restrição acima elencados, são de grande valia a serem citados, uma vez que encontram-se sobre proteção normativa no intuito de preservação cultural, história, social e econômica. Exemplo de tal afirmativa, é a prerrogativa da vedação de exploração da Área de Segurança Aeroportuária – ASA (Lei Federal n.º 12.725, de 16 de outubro de 2012), Rio de Preservação Permanente (Lei Estadual n.º 15.082, de 27 de abril de 2004), Terras Indígenas (Portaria Interministerial n.º 60, de 24 de março de 2015, do Ministério do Meio Ambiente, da Justiça, da Cultura e da Saúde) e Unidade de Conservação de Proteção Integral (Lei Federal n.º 9.985, de 18 de julho de 2000).

Nesse mesmo panorama, é ainda alvo de avaliação possíveis impactos pertinentes às indústrias alimentícias, farmacêuticas e veterinárias, têxtil, indústria de calçados, indústria de bebidas, entre outras.

2.1 Os princípios ambientais como norteadores

O ordenamento jurídico brasileiro é constituído pela premissa de obediência aos princípios, que por sua vez, agregam valores fundamentais aos dispositivos jurídicos pátrios.

Nesse sentido, Milaré (1998) coloca como norteadores para a compreensão e aplicação da legislação ambiental os seguintes princípios: Princípio do Ambiente Ecologicamente Equilibrado, Princípio da Participação Comunitária, Princípio da Natureza Pública, Princípio da Consideração Variável Ambiental no Processo Decisório de Políticas e Desenvolvimento, Princípio do Controle Poluidor, Princípio do Poluidor-Pagador, Princípio da Prevenção, Princípio da Função Socioambiental da Propriedade e por fim, o Princípio da Cooperação entre os Povos.

Por sua vez, Oliveira (2012) evoca os princípios atrelados ao Licenciamento Ambiental Simplificado, os quais seriam os princípios da: precaução, prevenção, desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador. Ademais, ainda adiciona que se tratando de um ato administrativo, a Licença Ambiental Simplificada ovaciona Princípios Administrativos:

Dessa forma, são aplicáveis, no procedimento de licenciamento ambiental, os seguintes princípios: Publicidade (os atos do órgão ambiental, incluindo os autos do processo de licenciamento são públicos, com exceção do sigilo previsto em lei, o qual será abordado em tópico próprio...(..)Legalidade (o órgão ambiental deve respeitar rigorosamente o que está previsto em lei); Interesse Público (sempre deve prevalecer o interesse de toda a sociedade, em detrimento de determinado empreendedor); Impessoalidade (o agente público deverá agir em nome do órgão, e não para promover a si mesmo); Moralidade (o órgão ambiental deve pautar-se respeitando a moralidade no serviço público); Eficiência (o órgão ambiental deve ser eficiente, agindo sem morosidade desnecessária, inclusive cumprindo os prazos para concessão ou indeferimento da licença requerida); Motivação (o ato de concessão, ou não, da licença requerida deverá ser devidamente motivado, fundamentando todas as razões para tal) (OLIVEIRA, 2012,p.39).

Nesse viés, pode-se dizer que a LAS clama pela prospecção de vários dos princípios anteriormente elencados, no entanto, faz-se mister afirmar que diretamente está potencialmente mais direcionada ao Princípio do Controle do Poluidor e ao Princípio da Prevenção.

De acordo com o princípio da Prevenção há uma análise acerca do caso concreto em que há a certeza do possível dano. Isso se dá, pois em vez de reparar os danos, busca-se evitar que eles aconteçam, uma vez que tratando-se de danos ambientais, diversas vezes estes mostram-se irreparáveis (OLIVEIRA, 2012).

Cabe nesta reflexão, citar o autor alemão Ulrich Beck (2011) que menciona a sociedade de risco, ou seja, um momento da atualidade em que os impactos sociais e ambientais são consequências de decisões tomadas sem considerar avaliar os riscos. Desse modo, o mundo seria dividido e baseado em riscos constantes, os quais não teriam visibilidade social, sendo titulados como inovações pós-modernas, buscando ser sempre inovador e extraordinário, e assim, ignorando conceitos primordiais de sustentabilidade e prevenção, que buscam assegurar recursos mitigar os potenciais danos ao meio ambiente (SILVA, et.al, 2020).

Uma questão que se torna latente na discussão é a responsabilidade social dos agentes envolvidos, uma vez que depara-se com uma sociedade de risco, uma vez que estas estão “contaminadas” pela ideia de que às ameaças à qualidade de vida são equivalentes ao estado de uma sociedade altamente industrializada e predisposta por recursos (BECK, 2011).

Silva et.al (2020) evidencia ainda, que a sociedade industrial passou por um processo de deslocamento para a sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos são proporcionais às propostas de diferenças sociais, econômicas e geográficas. Ademais, Lopez assevera que “(...) na verdade, os riscos sempre existiram, mas estes são os chamados novos riscos, que poderão levar a danos graves e irreversíveis às pessoas e ao meio ambiente, são os riscos do progresso” (LOPEZ, 2011, p.1225).

3. As empresas ambientais e o cenário do licenciamento

Segundo o autor Oliveira (2016), a legislação brasileira de licenciamento simplificado não é clara quanto à metodologia do procedimento. Entre 2001 e 2010 foram elaboradas mais de oito resoluções sobre o tema, demonstrando assim, quão longo tem sido o caminho para legislar acerca do assunto.

No entanto, embora inúmeras sejam as normativas, poucas foram exploradas de forma valorativa no acervo acadêmico (OLIVEIRA, 2016). No entanto, é importante asseverar que permeados por esses modelos de

simplificação, há uma clara motivação ideológica e política no desenvolvimento econômico, e por sua vez, industrial de alguns grupos de interesse (BORGES, 2015).

Priorizando as consequências práticas desta lei, a proposta é uma análise sintética de consulta comparativa realizada por meio da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais, a qual evoca informações acerca dos pedidos de licenciamentos de 2013 (três anos antes da lei) e 2019 (três anos depois da lei).

Tabela 1- Relação de requerimentos realizados de 2013 a 2021.

Ano	Deferimento	Indeferimento	Arquivamento	Cancelado	Total
2013	4	0	9	0	13
2014	1	1	10	0	12
2015	8	0	14	0	22
2016	496	26	197	1	720
2017	741	57	275	1	1.074
2018	5.098	1.209	727	2	7.096
2019	5.812	1.257	650	51	7.770
2020	5.381	410	285	18	6.094
2021	7.417	308	269	12	5.006

Fonte: Site da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, 2020.

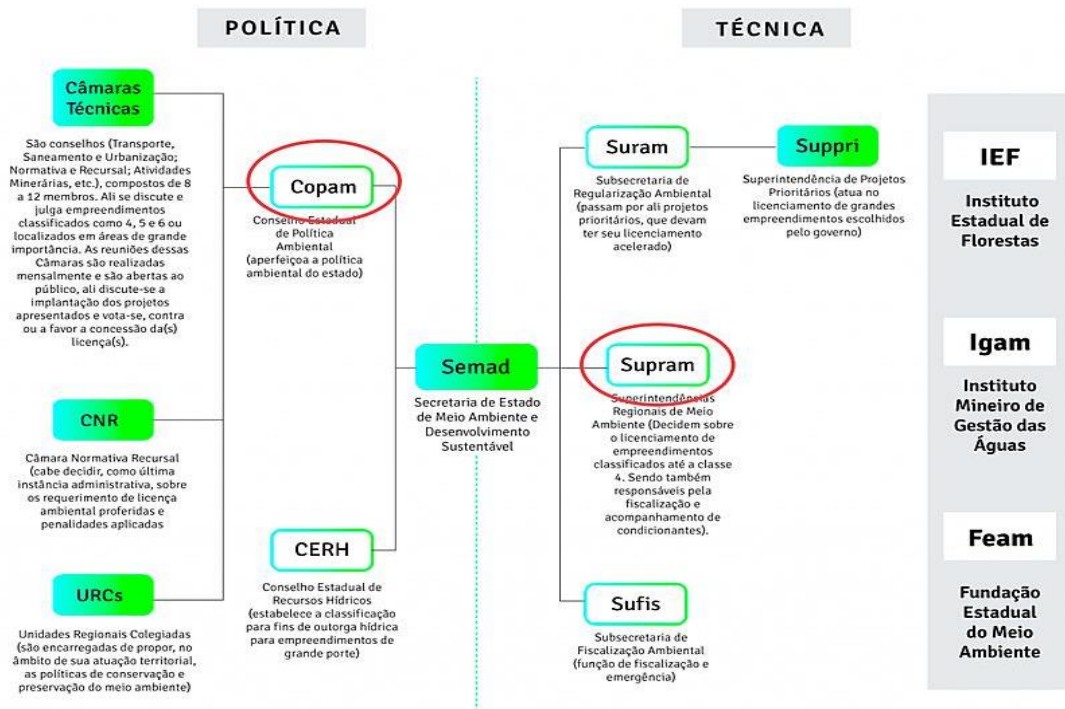
Por meio de tal explanação, entende-se que o número de pedidos de licenças foi aumentado de forma drástica a partir de 2016. Diante disso, entende-se que a demanda pode ter se efetivado em número exponencial pelo interesse dos empreendedores das respectivas empresas em se adequarem ao licenciamento, que por sua vez, foi oferecido de modo simplificado.

Os deferimentos apresentam maiores números, no entanto, há casos numerosos de cancelamentos e arquivamentos dos processos, o que foi justificado em relatórios como desinteresse do requerente (empresa), perda de prazos, ausência de adaptações que foram exigidas no LAS.

Nessa perspectiva, SANTIAGO (et. al, 2016) evidencia que outrora o licenciamento ambiental apresentava lacunas e excessos. Nesse sentido, os órgãos competentes tentaram responder no decorrer do tempo com uma série de ações simplificadoras.

Uma dessas medidas é o Licenciamento Ambiental Simplificado (LAS). Nesse sentido, há a realização de etapa única por meio da apresentação do Relatório Ambiental Simplificado em que se descreve o empreendimento e as respectivas medidas de controle ambiental (GUTIERRES et al., 2018). O licenciamento simplificado ocorre em nível regional e de modo mais descentralizado, com o intuito de tornar o procedimento mais fácil e desburocratizado. Os pedidos e documentações são protocolizados diretamente nas SUPRAMs (Superintendências Regionais de Meio Ambiente) e URCs (Unidades Regionais Colegiadas). Nesse sentido cabe colocar em voga a organização técnica dos licenciamentos realizados em Minas Gerais, como aponta a figura abaixo:

Figura 1 - Organograma de organização dos licenciamentos ambientais em Minas Gerais.



Fonte: Brasil de Fato, 2020.

Vê-se, portanto, que a SUPRAM é a responsável técnica primordial para a efetivação do licenciamento ambiental, enquanto a SEMAD é uma intermediadora dos processos políticos da COPAM.

Nesse intuito, a Deliberação Normativa 217 trouxe o processo de Licenciamento Ambiental para permitir uma análise mais célere dos processos. A saber, Raimundo et al. (2019), apontaram elementos valiosos que foram de suma importância para esse processo simplificador:

- Inclusão do fator locacional como critério para definição de estudos ambientais específicos e complexidade do processo de licenciamento ambiental;
- Alteração de diversos critérios de porte e potencial poluidor de atividades do anexo único;
- Criação de novas modalidades de licenciamento ambiental: (i) Licença Ambiental Simplificada nas modalidades de Cadastro e Relatório Ambiental

Simplificado; (ii) Licenciamento Ambiental Concomitante em uma ou duas fases; e (iii) Licenciamento Ambiental Trifásico.

Ainda nesse ínterim, a normativa estadual estabelece diretrizes fundamentais para a caracterização dos empreendimentos aptos a enquadrarem-se na Deliberação Normativa 217 estabelece os seguintes critérios:

Imagem 1 - Classe por porte poluidor.

		CLASSE POR PORTE E POTENCIAL POLUIDOR/DEGRADADOR					
		1	2	3	4	5	6
		0	1	2	3	4	5
CRITÉRIOS LOCACIONAIS DE ENQUADRAMENTO	0	LAS - Cadastro	LAS - Cadastro	LAS - RAS	LAC1	LAC2	LAC2
	1	LAS - Cadastro	LAS - RAS	LAC1	LAC2	LAC2	LAT
	2	LAS - RAS	LAC1	LAC2	LAC2	LAT	LAT

Fonte: Deliberação Normativa 217, 2017.

Imagem 2 - Classe do Empreendimento.

		Potencial poluidor/degradador geral da atividade		
		P	M	G
Porte do Empreendimento	P	1	2	4
	M	1	3	5
	G	1	4	6

Fonte: Deliberação Normativa 217, 2017.

Desse modo, os potenciais são estabelecidos de modo crescente de acordo com os números arábicos. Vê-se, então, que a Licença Ambiental Simplificada está disponível até a Classe 3 em potencialidade degradadora/poluidora. Enquanto em porte, pode se efetivar em pequenas/micro e médias empresas.

Por fim, Oliveira (2012) evidencia que a LAS trata de situações em que o empreendimento não se sujeitaria ao licenciamento ambiental realizado de forma tradicional. Isso se dá, porque diversas vezes torna-se mais interessante à empresa ao pensar em economia de tempo e recursos solicitar o Licenciamento Ambiental Simplificado ao invés do tradicional.

3.1. As metodologias e processos dentro dos licenciamentos

O licenciamento ambiental simplificado não se constitui apenas no simples fornecimento de uma licença. Se consagra em profunda observação dos riscos que o empreendimento pode trazer para o meio ambiente (OLIVEIRA, 2012).

A Resolução 237, do Conama (BRASIL, 2017) evidencia oito fases para análise do impacto da empresa, em que impactam em estudos e análises sobre riscos, estudo de impacto, definição dos documentos, projetos e estudos, relatórios e requerimentos. Nesse quesito, o diferencial da LAS é sua fase única. Nesse sentido, debate-se como um dos facilitadores a questão dos prazos e tempo de vigência da respectiva licença:

Tabela 2 - Modalidades.

Fase	Tempo de vigência
Licença Prévia (LP)	5 anos
Licenciamento de Instalação (LI)	6 anos
Licença de Operação (LO)	10 anos
LAS	10 anos

Fonte: Site da SEMAD, 2021.

Tabela 3 - Tempo de acordo com o tipo de modalidade.

Tipo	Modalidade(s) necessária(s)
------	-----------------------------

Licenciamento Ambiental Concomitante	LP+LI+LO
Licenciamento Ambiental Simplificado	Etapa única online / apresentação do Relatório Ambiental Simplificado no órgão competente
Licenciamento Preventivo e Corretivo	LP Ou LI ou LO

Fonte: Site da SEMAD, 2021.

Diante disso, entende-se que os processos que estão fora do Licenciamento Ambiental Simplificado encontram-se com um prazo de aquisição maior, estando portanto, em um processo mais rigoroso e burocrático. Como é o caso do Licenciamento Ambiental Concomitante e Preventivo. Dessa forma, a fácil obtenção dos licenciamentos alavanca questões de grande destaque à discussão, uma vez que por meio do licenciamento há vertentes avaliadoras e mitigadoras baseados nos princípios da Precaução e Prevenção.

Diversos são os parâmetros de avaliação na questão “potencial poluidor”, entre eles estão alguns tópicos importantes, tais como: desmatamento, poluição do solo, poluição da água, ruído, interferência na fauna, derramamentos, riscos de incêndios, entre outros.

Ao promover o Licenciamento Ambiental Simplificado, têm-se uma prerrogativa de visibilidade quanto aos riscos do cenário ambiental, e para tanto, há prevenções em forma de adaptações no próprio empreendimento para preservar o próprio Princípio da Sustentabilidade.

Em entrevista com Pedro (nome fictício), Diretor de Estratégia em Regularização e Articulação com Órgãos e Entidades Intervenientes da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais, houve afirmação de que a lei foi ausente na questão procedimental, uma vez que consagrou o método de simplificação, no entanto, não definiu de modo uniforme como esta deveria ser realizada. (Diretor de Estratégia em Regularização e Articulação com Órgãos e Entidades Intervenientes da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais, Entrevista concedida em 27/10/2021, *online*).

Moraes (2013) confirma com evidência que a simplificação de tal processo torna-se difícil devido à ausência de estudos, que se tornam impossíveis uma vez que o processo é célere. Diante disso, há uma ausência de monitoramento eventual do órgão para com o empreendedor.

Outrossim, o Senhor Pedro (nome fictício), afirma que tal lei se torna relevante em vista de sua necessidade, pois simplificar era preciso. Mas, sem os meios técnicos bem definidos, há impasse relacionado ao fim a que se deseja atingir. Nesse sentido, uma nova edição da lei deveria envolver toda a complexidade de atendimento a interesses privados, coletivos e difusos, uma vez que “Nenhum outro país do mundo adota um modelo trifásico, mas fora do país há uma maior preocupação com o conteúdo e os requisitos para emissão de uma anuência de natureza ambiental do Poder Público.” (Diretor de Estratégia em Regularização e Articulação com Órgãos e Entidades Intervenientes da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais, entrevista concedida em 27/10/2021, *online*).

A realidade mostra que a busca pela preservação ambiental mostra-se negligenciada pelo próprio Estado. Isso se dá, pela convergência entre interesses no aspecto técnico e político do assunto.

Interposto a isso, Senhor Pedro (nome fictício) argumenta que o território brasileiro conta com as etapas denominadas de triagem (*screening*) e escopo (*scoping*), as quais demonstram disfuncionalidade. Em território europeu, a seletividade é feita em boa parte dos casos por análise de cada caso concreto, o que se distancia, de forma geral, do método automatizado no Brasil (Diretor de Estratégia em Regularização e Articulação com Órgãos e Entidades Intervenientes da Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais, entrevista concedida em 27/10/2021, *online*).

Por conseguinte, cabe concluir que há disfuncionalidade nas normativas até então elaboradas a respeito, uma vez que não é focada na metodologia e procedimentalização, o que abre muito espaço para lacunas que podem gerar consequências irreversíveis ao cenário ambiental.

4. Conclusão

Este estudo trabalhou com a hipótese de explorar as consequências da Lei estadual de Minas Gerais, nº 21.972/16 e a Deliberação Normativa nº 213, do COPAM de 2017 que interferiram diretamente na concessão de Licença Ambiental Simplificada no estado de Minas Gerais.

Adotando-se a metodologia descrita de consulta ao banco de dados da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, constatou-se que, de fato, verifica-se, a partir do ano de 2016 um aumento exponencial no número de licenças concedidas, o que se explica em razão de ser o ano de vigoração da Lei nº 21.972/16.

Pondera-se que, apesar do aumento do número de licenças, não é possível concluir que houve uma evolução da legislação, visto que alguns aspectos relacionados à qualidade ambiental também deixaram de ser observados, o que afronta os princípios dispostos na CF/88 e na própria Lei 6938/81.

A ausência de monitoramento bem como a desuniformidade do método referente ao procedimento, garantem dúvidas quanto à efetividade da Licença Ambiental Simplificada. A Constituição Federal assegura que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Ao colocar em voga que o meio ambiente ecologicamente equilibrado advém de práticas estreitas à sustentabilidade, vê-se que o ofício de assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado é em suma uma responsabilidade da sociedade e do Poder Público. No entanto, a prática é contraditória. Uma análise partindo do próprio encargo público revela que os laudos quanto aos impactos não são transparentes, visto que não os exploram a fundo. A partir desse fato, não há sequer uma previsão de impactos, tampouco desdobramentos acerca da diminuição dos referidos problemas.

Nessa vertente, tem-se que a nuance sustentável não obedece ao tripé da sustentabilidade (social, econômico e ambiental), visto que: (i) esse método impacta diretamente a sociedade, pois é um bem público; e (ii) não há quesitos suficientes

para elencar transparência na produção em termos energéticos, sobretudo para que sejam reduzidas pressões ambientais que levem ao esgotamento dos recursos naturais.

Analisando a lei em estudo e refletindo a partir da fala de profissionais que atuam na área, considera-se que o LAS agregou uma acessibilidade primordial às empresas, quando diz-se respeito ao licenciamento ambiental como um todo. No entanto, as consequências dessa flexibilização sem uma detalhagem metodológica torna todo o processo permeado por riscos.

Os riscos supramencionados se dão devido à ausência de estudos ambientais aprofundados. Esse equacionamento provoca um grande impasse, uma vez que com um estudo ambiental realizado de forma superficial faz com que não haja efetividade no monitoramento e mitigação de impactos ambientais.

Os riscos de uma legislação que abre muitas lacunas aos estudos ambientais e possíveis danos degradadores na esfera ambiental, faz com que hajam lacunas para diversos entendimentos, e para tanto, diversas aplicações inconvenientes aos interesses da saúde e manutenção ambiental, que deveriam andar em mesmo compasso, quase que mutualisticamente com os interesses do próprio Estado.

Desse modo, conclui-se este estudo constatando que o Licenciamento Ambiental Simplificado atendeu sua premissa de simplicidade. Porém, com essa afirmativa, trouxe enfoques futuros para consequências complexas. O uso de recursos sem uma análise aprofundada dos recursos em risco, bem como a ausência de uma preocupação por parte do Poder Público de estudar o fato a fim de prever e amenizar os impactos, contextualiza um cenário de descaso na seara ambiental.

Ao obedecer primariamente o aspecto econômico, o tripé da sustentabilidade encontra-se em desarmonia com as vertentes sociais e ambientais. O descaso ambiental é um cenário real no contexto do Licenciamento Ambiental Simplificado, e, para tanto, são necessárias mudanças quanto à pesquisa de impactos e propostas de fiscalização prolongadas a fim de que haja segurança jurídica, social e ambiental para as gerações presentes e futuras.

Por fim, acredita-se que estudos futuros ainda devam ser realizados com vistas a compreender as limitações da lei e necessidades de aprimoramento, de

forma a alcançar o objetivo do desenvolvimento sustentável e de fato caminhar no sentido de compatibilizar o desenvolvimento econômico com os parâmetros de sustentabilidade ambiental e bem estar social.

Referências

- BORGES, André. **Presidente do IBAMA reconhece lentidão**. Para Marilene Ramos, é necessário dar mais rapidez ao licenciamento ambiental. 2015. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-do-ibama-reconhece-lentidao-,1697459>. Acesso em: 30 nov. 2021.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DE 1988**. Congresso. Senado. Brasília, 05 out. 1988.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA no 237/97, de 19 de dezembro de 1997**. Diário Oficial da União 1997; 19 dez. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf.
- BRASIL DE FATO. **Mineração no Parque do Rola Moça, em Brumadinho (MG), tem votação nesta terça (27): Caso pode abrir grave precedente à proteção das unidades de conservação no estado**. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefatomg.com.br/2020/10/26/mineracao-no-parque-do-rola-moca-em-brumadinho-mg-tem-votacao-nesta-terca-27>. Acesso em: 19 jan. 2022.
- BECK, Ulrich et al. **Sociedade de risco**. São Paulo: Editora, v. 34, p. 49-53, 2010.
- CAMISASCA, Ana Caroline Pimenta Costa; BARBOSA, Rômulo Soares; SILVA, Vânia Olímpia Barbosa. Mudanças recentes no licenciamento ambiental em Minas Gerais. **Os desafios à Democracia, Desenvolvimento e Bens Comuns**. Montes Claros: Universidade Estadual de Montes Claros - PPGDS, p. 1674-1685, 2018.
- GUTIERRES, Paola Godinho et al. EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL NO BRASIL COM ÊNFASE NO ESTADO DE SÃO PAULO. **Sustentare**, v. 2, n. 2, p. 132-144, 2018.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade de risco**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, 2010.
- MILARÉ, Édís. Princípios fundamentais do direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, v. 756, p. 53, 1998.
- MINAS GERAIS. Lei 21.972 de 21 de Janeiro de 2016. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=126274>. Acesso em 20 out 2021.
- MORAES, Angelina Maria Lanna. **A Autorização Ambiental de Funcionamento como instrumento de regularização ambiental em Minas Gerais para a atividade de extração de areia e cascalho para construção civil**. 2013. 1 v. *Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Sustentabilidade Socioeconômica e Ambiental, Ufop, Ouro Preto, 2013*. Disponível em: <https://sustentabilidade.ufop.br/t%C3%ADtulo%C2%A0-autoriza%C3%A7%C3%A3o-ambiental-de-funcionamento-como-instrumento-de-regulariza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 30 maio 2021.
- OLIVEIRA, Francysmary Sthéffany Dias et al. **Licenciamento ambiental simplificado na região sudeste brasileira: conceitos, procedimentos e implicações**. Desenvolvimento e Meio Ambiente, v. 38, 2016.
- OLIVEIRA, Carla Maria Frantz de Vasconcelos. **Licenciamento ambiental**. 2012.
- PROETTI, Sidney. As pesquisas qualitativa e quantitativa como métodos de investigação científica: Um estudo comparativo e objetivo. **Revista Lumen**-ISSN: 2447-8717, v. 2, n. 4, 2018.
- RAIMUNDO, Maria Rita et al. Modificações do licenciamento ambiental em Minas Gerais: avanço ou retrocesso?. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, v. 52, 2019.
- SANTIAGO, Thais Ottoni Muniz et al. A eficácia do estabelecimento de padrões de qualidade ambiental. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, v. 5, n. 2, p. 85-111, 2016.
- SEMAD, MINAS GERAIS. **Licenciamento Ambiental**. 2021. Disponível em: <http://www.meioambiente.mg.gov.br/regularizacao-ambiental/modalidades-de-licenciamento-ambiental>. Acesso em: 11 dez. 2021.

SILVA, Thiago Henrique Costa; NOVAES, Fabiana Ferreira. SOCIEDADE DE RISCO E A CRISE DA BIODIVERSIDADE: O DIREITO BRASILEIRO COMO FONTE DE LEGITIMIDADE. 2019. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 5, n. 1, p. 1-19, 2019.

SOARES, Alexandra Fátima Saraiva et al. **ALTERAÇÕES NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE BARRAGEM DE REJEITO DE MINERAÇÃO EM MINAS GERAIS APÓS O DESASTRE DE MARIANA-MG**. In: 1º Congresso Sul-Americano de Resíduos Sólidos e Sustentabilidade. 2018.

Artigo recebido em: 30/01/2022.

Aceito para publicação em: 14/08/2023.

A agricultura urbana e o Direito à cidade sustentável: uma análise do conteúdo normativo da região sudeste do Brasil

Urban agriculture and the right to sustainable city: an analysis of the normative content of southeastern Brazil

Maria Goretti Dal Bosco¹
Luiz Guilherme Luz Cardoso²

Resumo: A prática agrícola realizada em áreas urbanas (intraurbana) e nos arredores (periurbana) pode ser definida como agricultura urbana. Quando bem planejada, problemas causados pelo crescimento populacional nas cidades podem ser resolvidos e os espaços urbanos podem se tornar mais sustentáveis por essa forma de agricultura. Neste estudo, a importância da agricultura urbana para a concretização do direito à cidade sustentável, conforme definido no Estatuto da Cidade, é explorada. Nas legislações estaduais, que estabelecem diretrizes regulatórias para esse tema, nos baseamos, já que não há uma regulamentação federal para a agricultura urbana. A hipótese de que a agricultura urbana, quando regulamentada adequadamente, pode ajudar a concretizar o direito à cidade sustentável foi testada utilizando o método indutivo. Foi constatado que as normas analisadas possuem objetivos em comum, que podem contribuir para a consolidação da norma federal e a efetivação do direito à cidade sustentável. **Palavras-chave:** Agricultura Urbana. Direito à cidade sustentável. Legislações Estaduais.

Abstract: Agricultural practice conducted in urban areas (intra-urban) and in the surrounding areas (peri-urban) can be defined as urban agriculture. When well-planned, issues caused by population growth in cities can be addressed, and urban spaces can become more sustainable through this form of agriculture. This study explores the importance of urban agriculture for realizing the right to a sustainable city, as defined in the City Statute. We rely on state legislation, which establishes regulatory guidelines for this topic, since there is no federal regulation for urban agriculture. The hypothesis that urban agriculture, when properly regulated, can help realize the right to a sustainable city was tested using the inductive method. It was found that the analyzed norms share common objectives that can contribute to the consolidation of federal regulations and the realization of the right to a sustainable city.

Keywords: Urban Agriculture. Right to a Sustainable City. State Legislation.

¹ Doutora em Direito. Professora do curso de Direito da Universidade de Federal da Paraíba – UFPB, Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Agrário (PPGDA) da Universidade Federal de Goiás.

² Mestrando em Direito Agrário vinculado ao Programa de Pós - Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás.

1. Introdução

De acordo com dados da ONU, a população global está se tornando cada vez mais urbana, com mais da metade dos habitantes do planeta vivendo em cidades. As previsões demográficas indicam que até 2050 esse número deve subir para 70% (ONU, 2022). Isso significa que muitas pessoas precisarão encontrar um lugar para viver nas cidades ao redor do mundo. Como resultado, um grande influxo de migrantes buscará países em desenvolvimento, portanto, é essencial abordar o aspecto urbano como um direito à cidade sustentável para alcançar um amplo desenvolvimento sustentável e garantir qualidade de vida aos cidadãos.

No atual cenário, surge como uma alternativa viável a prática da agricultura urbana, uma técnica milenar que tem o potencial de transformar grandes centros em espaços sustentáveis, aproximando a produção de alimentos dos consumidores. Essa forma de agricultura, também conhecida abrange desde o cultivo de plantas em espaços pequenos, como apartamentos, até projetos de grande escala de hortas orgânicas (Nakamura; Ranieri, 2021).

Esta forma de agricultura pode ser definida de acordo com os critérios pré-determinados e selecionados pelo pesquisador, tornando-se cada vez mais específica de acordo com as formulações iniciais do objeto de estudo. Portanto, esta pesquisa irá adicionar ao conceito de agricultura urbana, aspectos jurídicos relevantes para a discussão sobre o núcleo de conteúdo que deverá conter a legislação federal que regulamente a atividade agrícola urbana no Brasil, buscando garantir o direito a uma cidade sustentável.

Assim, é importante destacar que a definição de agricultura urbana pode variar dependendo dos critérios utilizados. Além disso, ao relacioná-la com outros conceitos, como o direito à cidade sustentável, é possível obter uma compreensão mais precisa. De acordo com o artigo 2º, inciso I, do Estatuto da

Cidade, o direito à cidade sustentável inclui o acesso à terra urbana, moradia, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer para as atuais e futuras gerações.

Alain Santandreu e Ivana Cristina Lovo (2007) realizaram um estudo em onze regiões metropolitanas do Brasil no ano de 2007, abordando a temática da agricultura urbana. Suas conclusões apontaram que, naquela época, a prática da agricultura urbana estava presente em todas as regiões do país, com uma diversidade de práticas e contextos. Essa forma de agricultura era realizada tanto por iniciativas governamentais como por organizações da sociedade civil. Além disso, no ambiente acadêmico, a disseminação da agricultura urbana ocorria por meio de pesquisas e atividades de extensão.

No entanto, é importante destacar que a pesquisa científica sobre as práticas de agricultura urbana é ainda recente. A discussão global sobre esse tema começou a ganhar relevância apenas nos anos 90, com o surgimento de debates sobre essa forma de agricultura nas organizações internacionais. No Brasil, não foi diferente, e o debate se intensificou com a criação de marcos legais estaduais que implementaram políticas de apoio à agricultura urbana.

Neste contexto, a pesquisa tem como hipótese a afirmação de que a agricultura urbana no Brasil carece de uma legislação federal específica, embora alguns estados possuam leis esparsas a respeito. Acredita-se que, ao ser devidamente estruturada, essa prática pode contribuir para solucionar questões como escassez de alimentos e falta de desenvolvimento sustentável nas áreas urbanas.

Para tanto, a presente pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo proposto por Popper (1975), que consiste em buscar soluções por meio de tentativas, como conjecturas, teorias e hipóteses, com o objetivo de eliminar erros. A essência desse método está em verificar a falsidade da suposição hipotética apresentada na pesquisa, a fim de alcançar a realidade na qual o estudo está inserido.

O método proposto por Popper é composto por quatro etapas: em primeiro lugar, há a existência de expectativas ou conhecimentos prévios. Em seguida, surgem conflitos com as teorias existentes e as expectativas postuladas. Então, são feitas proposições de soluções a partir de conjecturas, ou seja, deduções de consequências que podem ser observadas e verificadas. Por último, na quarta etapa, ocorre o teste de falseamento, ou seja, a tentativa de refutar a suposição por meio de observação e experimentação (Gustin e Dias, 2010).

Neste sentido, a pesquisa foi dividida em quatro etapas. Na primeira, foi realizada pesquisa bibliográfica de autores que já estudaram o direito à cidade sustentável e suas correlações com a agricultura urbana. Na segunda etapa, foram analisadas as práticas e técnicas da agricultura urbana em comparação com as legislações do sudeste do Brasil. A terceira etapa consistiu na análise das possíveis contribuições da agricultura urbana para a segurança alimentar e para o desenvolvimento de cidades sustentáveis. Por fim, a quarta etapa confirmou a hipótese levantada, demonstrando que a agricultura urbana, quando planejada e estruturada adequadamente, pode concretizar o direito à cidade sustentável, conforme estabelecido no Estatuto da Cidade.

Ademais, mesmo que já tenham sido realizados outros estudos sobre o assunto, incluindo o estudo de Marina Castelo Branco e Flávia de Alcântara (2011), que analisou a literatura brasileira sobre agricultura urbana e periurbana de 1996 a 2010, nenhum outro estudo abordou a análise jurídica das normas estaduais relacionadas ao tema. Portanto, esta pesquisa apresenta uma inovação e contribui para a discussão acadêmica sobre o assunto.

Enfim, discute-se neste estudo: a conformação do direito à cidade sustentável; o conceito, tipos, benefícios e aspectos jurídicos da agricultura urbana e; a agricultura urbana no cenário brasileiro, avaliando legislações dos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo.

2. Do que se trata o direito à cidade sustentável?

A importância do direito fundamental à cidade sustentável é ampla e busca a harmonização entre os diversos elementos que compõem a cidade. Esse princípio inclui a sustentabilidade urbana e a gestão democrática da cidade, o que requer a criação de órgãos deliberativos que contemplem a representatividade de diferentes setores sociais. Essa governança local deve ser voltada para promover a cidade sustentável.

A sustentabilidade urbano-ambiental é um aspecto fundamental para a política de desenvolvimento urbano no Brasil. De acordo com o Estatuto da Cidade, a propriedade está limitada ao ambiente cultural, ao meio ambiente natural, ao meio ambiente do trabalho e ao meio ambiente artificial, que é regulamentado pela Lei nº. 10.257/2001. O Estatuto da Cidade é a principal norma que regulamenta o meio ambiente artificial e tem como objetivo promover o pleno desenvolvimento da cidade e da propriedade urbana, garantindo assim o direito à cidade sustentável (Fiorillo, 2013).

Nesse sentido, a Magna Carta já havia estabelecido no artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso coletivo e essencial para garantir uma qualidade de vida saudável às pessoas. Essa legislação impõe tanto ao poder público quanto à sociedade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as gerações atuais e futuras.

Desse modo, o Estatuto da Cidade representou um avanço para seu tempo, ao estabelecer instrumentos tanto para o Estado como para a sociedade que contribuíram para a proteção do meio ambiente e a promoção da dignidade da pessoa humana (Buonamici, 2015). É neste Estatuto que a garantia do direito à cidade sustentável surge como primeira diretriz da política urbana, estabelecendo o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, destinados tanto às presentes como às futuras gerações (art. 2º, inciso I).

Assim, percebe-se que o legislador não apresentou um conceito definido para o direito à cidade sustentável, mas destacou a importância desse direito, ao mencionar que uma cidade só pode ser considerada sustentável quando garante aos seus habitantes outros direitos, como os citados no Estatuto da Cidade: direito à terra, transporte, lazer, trabalho, entre outros.

Nesse sentido, o direito fundamental à cidade sustentável pode ser entendido como o direito de acesso às infraestruturas urbanas de forma não prejudicial, ou seja, com base na sustentabilidade ambiental. Portanto, as cidades sustentáveis devem ser orientadas por características específicas, como a busca pelo equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental (Velásquez Munhoz, 2013; Freitas, 2015).

Além disso, o direito à cidade sustentável pode ser melhor definido por meio de quatro ênfases principais: a) o cuidado com os recursos ambientais, promovendo seu uso racional e preservando-os para as gerações futuras; b) a redução da poluição e a preservação da fauna, flora e solo; c) melhorias na qualidade de vida e desenvolvimento social, combatendo a pobreza e investindo em educação, infraestrutura e saneamento básico; e d) a busca pela sustentabilidade, reconhecendo a interdependência da cidade com o ambiente natural (Velásquez Munhoz, 2013).

Portanto, depreende-se, que o direito fundamental à cidade sustentável é abrangente, devido ao fato de o legislador estabelecer no Estatuto da Cidade diversas diretrizes para sua realização, além das diretrizes já estabelecidas no artigo 225 da Constituição Federal. Dessa forma, o direito à cidade sustentável é considerado um direito fundamental, podendo ser expresso por meio de práticas como a agricultura urbana ou, por exemplo, pelo direito à terra.

3. Aspectos conceituais, tipologias e benefícios da agricultura urbana

A agricultura urbana começou a ser discutida globalmente e no Brasil a partir dos anos 90. Antes disso, o assunto não recebia atenção e não havia suporte institucional para a pesquisa acadêmica. Foi somente com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, sediada no Rio de Janeiro em 1992, que a agricultura urbana começou a ser pauta de fomento e desenvolvimento.

Segundo Mougeot (2001), o processo de deliberação em relação à agricultura urbana foi liderado por várias organizações internacionais de desenvolvimento, incluindo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e a Rede Internacional de Centros de Recursos para a Agricultura Urbana e Segurança Alimentar (RUAF).

A FAO é uma organização intergovernamental sediada em Roma, que tem como seus principais objetivos combater a fome, a desnutrição e a insegurança alimentar; erradicar a pobreza e promover o crescimento econômico e social; e promover o uso sustentável dos recursos naturais, preservando-os para as gerações presentes e futuras (FAO, 2022).

Nesse sentido, a FAO tem como preocupação a questão da agricultura urbana como uma forma de combater a fome, incentivando práticas agrícolas que garantam o consumo seguro de alimentos para a subsistência. A FAO define a agricultura urbana como uma forma de agricultura realizada dentro das próprias cidades, em pequenas áreas, como hortas e canteiros, que podem incluir a criação de animais como cabras e vacas leiteiras. Por outro lado, a agricultura periurbana, definida também pela FAO, é uma forma intensiva de agricultura com maior produção destinada a assegurar o abastecimento efetivo das cidades (FAO, 2022).

A segunda instituição de caráter internacional é a RUAF, que tem como foco a agricultura urbana e os sistemas alimentares. Fundada em 1999, a RUAF possui os seguintes objetivos: I) cooperar na redução da pobreza urbana; II) fortalecer as políticas de segurança alimentar; III) aprimorar a

gestão ambiental nas áreas urbanas e incentivar a participação das governanças nas cidades (RUAF, 2022).

De acordo com a RUAF (2022), a agricultura urbana envolve o cultivo e manejo de plantas e a criação de animais em áreas dentro ou nos arredores das cidades. É uma atividade integrada à dinâmica urbana, dependendo de recursos como água encanada, e está sujeita ao planejamento e à legislação urbana.

Para Machado e Machado (2002), a agricultura urbana engloba uma diversidade de sistemas agrícolas, como a produção para a subsistência, o processamento caseiro de produtos e a agricultura voltada para a comercialização.

Mougeot (2000) define a agricultura urbana como aquela praticada dentro ou na periferia dos centros urbanos, desde pequenas localidades até megalópoles. Esses locais não apenas produzem, mas também cultivam, criam, processam e distribuem uma variedade de produtos alimentícios e não alimentícios. Além disso, eles utilizam extensivamente os recursos humanos e materiais, produtos e serviços encontrados dentro e em torno da área urbana, oferecendo recursos para essa mesma área urbana.

Aquino e Assis (2007) contribuem para o conceito de agricultura urbana ao incluir a produção de vegetais e a criação de animais em um mesmo espaço. Os vegetais são utilizados como alimento para os animais, enquanto estes fornecem esterco para adubar a terra, estabelecendo assim um ciclo sustentável.

Por sua vez, a pesquisadora portuguesa Isabel Maria Madaleno (2002), a partir de seu estudo sobre agricultura urbana em Belém (PA), no Brasil, amplia ainda mais o conceito. Ela explica que a prática da agricultura urbana pode ocorrer de diversas formas nos centros urbanos e em suas proximidades. Isso pode incluir desde pequenos vasos em varandas de imóveis até grandes hortas comunitárias ou escolares, bem como o cultivo em canteiros urbanos e a criação de animais.

Assim, o conceito de agricultura urbana constitui um conjunto de práticas que precisa dos espaços urbanos para a reprodução de atividades de plantio e extrativismo. Estas práticas permitem a diversificação do espaço urbano, devolvem ao solo as rotinas de manejo, o seu valor de uso e fomentam, inclusive, o cultivo seguro de alimentos.

Nesta conjuntura, a agricultura urbana possui uma flexibilidade conceitual que resultou no desenvolvimento de várias tipologias para classificar suas práticas. Essas tipologias podem variar em complexidade, dependendo da linha de pesquisa do pesquisador, dos fatores de produção, da localização e do tamanho da propriedade. Neste artigo, optou-se por utilizar uma tipologia que considera o papel do Estado na promulgação de leis e no estímulo às políticas públicas para a agricultura urbana, devido à sua abordagem jurídica. Portanto, a agricultura urbana é dividida em quatro categorias: "marginal, emergente, societal e estatal" (Porto; Rauflet, 2018).

Segundo os autores, a primeira classificação, denominada marginal, refere-se a áreas onde a prática da agricultura urbana é considerada ilegal. Nessas regiões, não existem projetos ou programas que promovam o acesso à terra e o fomento da agricultura urbana, nem qualquer tipo de assistência que integre a compostagem e a agricultura. Portanto, as iniciativas de apoio à agricultura urbana limitam-se a ações pontuais, com insuficiente educação e assistência técnica.

A segunda classificação, ou tipo emergente, ocorre em localidades onde a agricultura urbana historicamente foi marginalizada no contexto das políticas públicas, mas tem recebido maior atenção nos últimos anos. Nestas áreas, a terra é acessível, porém não existe um programa coordenado para o cultivo da agricultura urbana. A educação e assistência técnica continuam insuficientes, embora haja um aumento significativo no apoio à educação para a agricultura urbana. Quanto ao acesso aos mercados, a assistência é limitada a iniciativas isoladas da sociedade civil, e o apoio institucional e financeiro à agricultura ecológica é mínimo.

O terceiro tipo, chamado de "societal", é caracterizado pela atuação de organizações não governamentais, empresas sociais ou cooperativas do setor civil/privado na agricultura urbana. Nessas cidades, o acesso à terra ocorre por meio de programas municipais ou gerenciamento de ONGs. A educação e assistência técnica são oferecidas por ONGs e universidades, e a agricultura ecológica é promovida pelos serviços de educação.

Por fim, o quarto tipo, denominado "estatal", é considerado o mais bem estruturado e desenvolvido pelos autores. Nesse tipo, há uma correlação entre o governo local, organizações da sociedade civil e setor privado. Existem programas de acesso à terra e educação direcionada à assistência técnica, sendo que a agricultura urbana é desenvolvida com o suporte de políticas públicas.

Além disso, a agricultura urbana e periurbana possui benefícios socioeconômicos, ambientais e de saúde. No aspecto socioeconômico, a produção local de alimentos proporciona oportunidades de emprego e renda para a população urbana, além de incentivar o comércio local e fortalecer a economia da região (Nakamura e Ranieri, 2021).

Do ponto de vista ambiental, a agricultura urbana e periurbana contribui para a redução do desmatamento, uma vez que utiliza espaços já ocupados pela cidade para o cultivo de alimentos. Além disso, pode ajudar na recuperação de áreas degradadas e na preservação da biodiversidade, por meio da implementação de práticas agrícolas sustentáveis (Nakamura e Ranieri, 2021).

Em relação à saúde, a produção de alimentos na cidade possibilita o acesso a alimentos frescos e de qualidade, reduzindo a dependência de alimentos processados e industrializados. Além disso, a atividade agrícola urbana promove a prática de atividades físicas e o contato com a natureza, melhorando a qualidade de vida da população (Nakamura e Ranieri, 2021).

No mais, importante ressaltar que a agricultura urbana também promove a consciência ambiental e a valorização do meio ambiente, além de

fortalecer os laços comunitários e estimular a participação cidadã (Nakamura e Ranieri, 2021). Portanto, investir nesse tipo de agricultura é uma forma de promover uma cidade mais sustentável, saudável e integrada.

Nas palavras de Mougeot (2000, p.07): ³

La agricultura urbana está ubicada dentro (intraurbana) o en la periferia (periurbana) de un pueblo, una ciudad o una metrópoli, y cultiva o cría, procesa y distribuye una diversidad de productos alimentarios y no alimentarios, (re) utilizando en gran medida recursos humanos y materiales, productos y servicios que se encuentran en y alrededor de dicha zona, y a su vez provee recursos humanos y materiales, productos y servicios en gran parte a esa misma zona urbana.

Em vista disso, a agricultura urbana e periurbana traz inúmeros benefícios para a cidade e para a população. Um dos principais é a segurança e a soberania alimentar, que garantem a disponibilidade de alimentos, como hortaliças, produzidos nas proximidades dos mercados consumidores. Além disso, também é possível produzir carnes, leite, ovos, plantas medicinais, ornamentais e condimentos em pequena escala.

De acordo com a FAO (1999), a agricultura urbana e periurbana contribui para a segurança alimentar, aumentando a disponibilidade de alimentos, principalmente para a população mais pobre. Isso garante que alimentos orgânicos cheguem aos consumidores de baixa renda e proporciona emprego e renda para as populações economicamente vulneráveis.

Além disso, a agricultura urbana e periurbana também traz benefícios para o ambiente urbano. Segundo Moura, Ferreira e Lara (2013), ela ajuda a diminuir a quantidade de lixo produzido, preservar áreas verdes, aumentar a biodiversidade urbana, recuperar áreas de risco e embelezar a cidade.

³ MOUGEOT, Jean Luc. **Agricultura Urbana – conceito e definição**. *Op. cit.* p. 03. “A agricultura urbana está localizada dentro (intraurbana) ou na periferia (periurbana) de um povoado, uma cidade ou uma metrópole, e cultiva ou cria, processa e distribui uma diversidade de produtos alimentícios e não alimentícios, (re) utilizando em grande medida recursos humanos e materiais, produtos e serviços que se encontram ao redor dessa área e, por sua vez, fornece recursos humanos e materiais, produtos e serviços em grande parte para essa mesma área urbana”(Tradução livre).

Outra contribuição importante da agricultura urbana e periurbana é a perspectiva econômica. Para a pesquisadora Monteiro (2002), ela cria emprego e renda para as populações mais pobres, melhorando sua qualidade de vida. Além disso, possibilita a inserção do agricultor no mercado de trabalho urbano, sem a necessidade de qualificação profissional ou nível de escolaridade.

Por fim, de acordo com Moreira (2008), o benefício econômico proporcionado pela agricultura urbana e periurbana deve ser discutido em relação à "questão social", pois isso envolve a redução de problemas sociais como pobreza, desigualdade e desemprego, consequências do capitalismo estrutural.

4. Agricultura urbana no cenário brasileiro e nas legislações estaduais do Sudeste

O debate sobre a agricultura urbana e periurbana no Brasil é relativamente recente. Em 2007, uma pesquisa conduzida por Alain Santandreu e Ivana Cristina Lovo intitulada "Panorama da agricultura urbana e periurbana no Brasil e diretrizes para sua promoção" identificou iniciativas isoladas dessas práticas em várias regiões metropolitanas brasileiras, como Curitiba, Belo Horizonte, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Belém, São Paulo, Fortaleza, Recife, Salvador, Brasília e Goiânia.

O estudo concluiu que a agricultura urbana e periurbana não devem ser vistas como práticas estáticas, mas sim como técnicas que envolvem interações sociais e que têm impacto direto no ambiente em que são desenvolvidas. Na época da pesquisa, verificou-se que essas práticas já eram adotadas em todas as regiões do Brasil. No entanto, a falta de expansão da agricultura urbana e periurbana no país foi atribuída pela pesquisa à ausência de legislação e de políticas públicas a nível nacional (Santandreu; Lovo, 2007).

Os autores estabeleceram seis diretrizes para uma política nacional de agricultura urbana e periurbana no Brasil. Essas diretrizes visam melhorar a conscientização sobre os benefícios dessas práticas, desenvolver técnicas e habilidades para os agricultores urbanos e periurbanos, fortalecer as cadeias de produção, facilitar o acesso ao financiamento, promover a colaboração e participação entre diferentes setores e fortalecer a regulamentação e institucionalização dessas práticas (Santandreu; Lovo, 2007).

Em 2011, foi aprovada no Brasil a Lei Federal nº 11.326, que estabeleceu diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Apesar de representar um importante avanço para a política nacional da agricultura familiar, a lei não abordou a agricultura urbana.

Ao analisarmos o texto da lei, percebeu-se a ausência da expressão "agricultura urbana e periurbana" e qualquer menção ao agricultor urbano. Isso limita o próprio alcance da lei, que deveria abranger também a realidade dos agricultores nas áreas urbanas e periurbanas. Além disso, ressalta-se que antes da Lei nº 11.326/11, houve importantes avanços legais na região sudeste do Brasil em relação à agricultura urbana e periurbana. No entanto, essas iniciativas foram isoladas e limitadas, afetando apenas o estado em que foram promulgadas as leis.

Minas Gerais foi o primeiro Estado da região a implementar uma política específica para promover a agricultura urbana. A Lei nº 15.973/2006 regulamentou essa prática no estado. O Rio de Janeiro seguiu o exemplo 13 anos depois, promulgando a Lei nº 8366 em 2019, também destinada a apoiar a agricultura urbana e periurbana.

Já em São Paulo, embora na mesma região, não há uma lei específica para regulamentar essas práticas, mas a Lei nº 16.648/2018 instituiu a Política Estadual de Agroecologia e Produção Orgânica (PEAPO), que inclui o fomento à agricultura urbana e periurbana de maneira agroecológica como uma de suas diretrizes.

Por fim, no Espírito Santo também não existe uma política específica voltada para a agricultura urbana e periurbana, mas a Lei nº 923/2012 garante aos agricultores urbanos o status de beneficiários da Reforma Agrária, no âmbito da Política Estadual de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária.

De forma geral, todas as legislações trazem como objetivo principal a geração de empregos e renda, a agregação de valor aos produtos através do processamento, a garantia da segurança alimentar e a promoção de práticas ecológicas que contribuam para o controle da poluição e a melhoria do espaço urbano. Além disso, busca-se criar e fortalecer iniciativas de aquisição de alimentos saudáveis para abastecer instituições sociais como escolas, hospitais, creches, asilos, entre outros.

Ambas as leis estabelecem a cooperação entre a União e os Municípios no que diz respeito às políticas para a agricultura urbana e periurbana, utilizando instrumentos como crédito agrícola, capacitação profissional, pesquisa e assistência técnica para os agricultores urbanos. No entanto, para que essas propostas sejam efetivas, é necessário a integração do governo brasileiro, da sociedade civil e da iniciativa privada.

Moura, Ferreira e Lara (2013) defendem a ideia de que a agricultura urbana e periurbana devem ser consideradas alternativas produtivas para os espaços inutilizados da cidade, o que justifica sua inclusão nas políticas públicas e nos planos diretores municipais. Portanto, é importante que os planos diretores dos municípios incluam as práticas e técnicas da agricultura urbana e periurbana, orientadas pela agroecologia, para promover a transformação da comunidade e melhorar a qualidade de vida dos moradores locais.

Desta forma, a análise das leis estaduais nesta pesquisa deve ser realizada com base em palavras-chave como: geração de renda, meio ambiente, direito à saúde, direito à alimentação, segurança alimentar, função social da cidade, direito à cidade, competência compartilhada entre os entes

da federação, crédito agrícola, capacitação e assistência técnica profissional para os agricultores urbanos.

A primeira legislação a ser analisada é a Lei nº 15.973/2006, publicada no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais no dia 12 de janeiro de 2006, que trata entre os objetivos primordiais o apoio à agricultura urbana, dentre outras providências. Composta por 11 artigos foi alterada em 2013, com o acréscimo do artigo 9º-A, **pela Lei nº 20.608 de 07 janeiro de 2013:**

ARTIGOS	ANÁLISE DOS ARTIGOS
Art. 1º Fica instituída a Política de Apoio à Agricultura Urbana do Estado de Minas Gerais como parte da política agrícola, em harmonia com a política urbana e voltada para a segurança alimentar e nutricional da população, em bases sustentáveis. Parágrafo único: Entende-se, para efeito desta Lei, como agricultura urbana o conjunto de atividades de cultivo de hortaliças, plantas medicinais, espécies frutíferas e flores, bem como a criação de animais de pequeno porte, piscicultura e a produção artesanal de alimentos e bebidas para o consumo humano (Minas Gerais, 2006).	Neste primeiro artigo da legislação, foi possível observar a preocupação do legislador em estabelecer a Política Estadual de Apoio à Agricultura Urbana e de acordo com a política urbana, ou seja, em consonância com o Plano Diretor Municipal. O objetivo central explanado no artigo consistiu em melhorar a alimentação e garantir a segurança alimentar da população, além de promover uma maior qualidade de vida para os cidadãos. É importante destacar que o parágrafo único definiu a agricultura urbana como o cultivo de diversos grupos de hortaliças, plantas, entre outros, assim como a criação de animais de pequeno porte. Essa definição mostrou que a

	agricultura urbana abrange diversos aspectos, como produção, técnicas, aspectos culturais e sociais.
Art. 4º A utilização de imóvel com agricultura urbana, nos termos desta Lei, será considerada como indutora da função social da propriedade, sem prejuízo da aplicação de outros instrumentos definidos pelos Municípios em conformidade com o Art. 186 da Constituição Federal (Minas Gerais 2006).	O art. 4º reconheceu a importância da agricultura urbana como um meio de garantir a função social da propriedade e incentivar práticas sustentáveis de produção de alimentos nas áreas urbanas. A utilização de imóveis para esse fim contribui para a segurança alimentar e o desenvolvimento urbano sustentável, obedecendo aos princípios estabelecidos na Constituição Federal.
Art. 5º A Política Estadual de Apoio à Agricultura Urbana será desenvolvida mediante cooperação com a União e os Municípios, de acordo com sua autonomia e competência, tendo-se em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbitos estadual e municipal (Minas Gerais, 2006).	No art. 5º, é mencionada a existência da Política Estadual de Apoio à Agricultura Urbana, a qual deverá ser implementada através da cooperação entre o Estado, a União e os Municípios. É ressaltada também a importância de se considerar a autonomia e competência de cada ente federativo, visando o desenvolvimento equilibrado e o bem-estar em níveis estadual e municipal.
Art. 6º - São instrumentos da Política Estadual de Apoio à	O art. 6º estabeleceu os instrumentos da Política Estadual

Agricultura Urbana: I - o crédito e o seguro agrícola; II - a educação e a capacitação; III - a pesquisa e a assistência técnica; IV - a certificação de origem e a qualidade de produtos. Parágrafo único. Os instrumentos de que trata o caput deste artigo serão compatibilizados com outros instrumentos consignados nos institutos jurídicos, tributários e financeiros no planejamento municipal, especialmente nos planos diretores ou nas diretrizes gerais de uso e ocupação do território dos Municípios, com o objetivo de abranger aspectos de interesse local e garantir as funções sociais da cidade e da propriedade, nelas incluídos a vocação ecológica, o meio ambiente e o patrimônio cultural (Minas Gerais, 2006).	de Apoio à Agricultura Urbana, que incluíram o crédito e o seguro agrícola, a educação e capacitação, a pesquisa e a assistência técnica, e a certificação de origem e qualidade de produtos. O parágrafo único determinou que esses instrumentos deveriam ser compatibilizados com outros instrumentos presentes no planejamento municipal, como os planos diretores e diretrizes de uso e ocupação do território, com o objetivo de contemplar aspectos de interesse local e garantir as funções sociais da cidade e da propriedade, incluindo a preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural.
Art. 8º As ações de apoio à agricultura urbana dar-se-ão de forma integrada entre si e com as ações de segurança alimentar e nutricional sustentável, com habitação, assistência social, saúde, educação, geração de emprego e	O art. 8º fala sobre a necessidade de integração das ações de apoio à agricultura urbana com outras áreas, como segurança alimentar e nutricional sustentável, habitação, assistência social, saúde, educação, geração de emprego e

renda, formação profissional e proteção ambiental (Minas Gerais, 2006).	renda, formação profissional e proteção ambiental. Essa integração é importante porque a agricultura urbana não deve ser tratada como uma atividade isolada, mas sim como parte de um sistema que engloba diversas áreas e objetivos.
Art. 9º A gestão da Política Estadual de Apoio à Agricultura Urbana observará os seguintes procedimentos: [...] X - identificação e seleção de imóveis públicos e privados, especialmente daqueles sob linhas de transmissão de energia, aptos para destinação à agricultura urbana; XI - constituição de espaços públicos destinados à comercialização dos produtos da agricultura urbana, tais como feiras, exposições, mercados e centrais de abastecimento; XII - estímulo à comercialização dos produtos da agricultura urbana por meio da criação de espaços privados, tais como feiras e centrais de comercialização e abastecimento; XIII - estímulo à criação de redes solidárias que articulem os	Observa-se que o art. 9º representou um conjunto completo de diretrizes para a organização da agricultura urbana no Estado de Minas Gerais. O dispositivo abrangeu desde a criação de coordenações responsáveis por estabelecer e alcançar metas, até as atividades diárias de orientação, acompanhamento e suporte técnico. Além disso, destacou a importância de parcerias tanto com o governo como com organizações não governamentais para valorizar os produtos, facilitar o escoamento da produção e gerar renda. Assim, ficou claro que a agricultura urbana não deveria ser vista como uma prática isolada de uma determinada comunidade, mas sim como um sistema de inter-relações que

agricultores urbanos às organizações de consumidores [...].	dependia de parcerias para se desenvolver plenamente.
---	---

Fonte: Elaborado pelo autor

A legislação em questão representou um avanço importante para a implementação da Política Estadual de Agricultura Urbana no Estado de Minas Gerais. Com a sua aprovação, tornou-se mais fácil e justificado o desenvolvimento de políticas públicas para efetivar o direito à cidade sustentável.

O texto mencionou a necessidade de integrar a política agrária com a política urbana, uma vez que a agricultura urbana deveria acompanhar as demandas e dinâmicas da cidade. Além disso, quatro anos após a promulgação da lei, a agricultura urbana e periurbana foram incluídas no debate do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado da Região Metropolitana de Belo Horizonte (PDDI/RMBH).

O objetivo principal desse plano era estabelecer um processo de planejamento para a região metropolitana de Belo Horizonte. Com uma abordagem inovadora, o PDDI foi definido como um elo entre os municípios que compunham a região metropolitana, o Governo do Estado, a sociedade civil e o setor privado. Assim, o Plano uniu interesses públicos e articulou-os em conjunto com outros órgãos da sociedade. A agricultura urbana destacou-se como uma possibilidade de pesquisa e ação em escala metropolitana, o que impulsionou o debate institucionalizado dessa questão.

Dentro do Plano, foram propostas ações concretas para implementação da agricultura urbana, incluindo o Programa Metropolitano de Agricultura Urbana, correlacionado à Política Metropolitana de Segurança Alimentar e Nutricional. Além disso, a própria incorporação da agricultura urbana no Plano Metropolitano, que após a regulamentação em lei, demonstrou a necessidade de criar normas válidas e garantir o direito à alimentação adequada, visando a efetividade das políticas estaduais e nacionais de agricultura urbana.

No Estado do Rio de Janeiro, cita-se, a Lei nº 8366 publicada no Diário Oficial do Estado em dois de abril de 2019, e que dispõe sobre a Política Estadual de Apoio à Agricultura Urbana e dá outras providências:

ARTIGOS	ANÁLISE DOS ARTIGOS
Art. 01 Fica instituída a Política de Apoio à Agricultura Urbana do Estado do Rio de Janeiro como parte da política agrícola, em harmonia com a política urbana e voltada para a segurança alimentar e nutricional da população, em bases sustentáveis. § 1º Entende-se, para efeito desta Lei, como agricultura urbana o conjunto de atividades de cultivo de hortaliças, plantas medicinais, espécies frutíferas e flores, bem como a criação de animais de pequeno porte, piscicultura e a produção artesanal de alimentos e bebidas para o consumo próprio ou para a comercialização em pequena escala. §2º A agricultura urbana deverá ser realizada nas áreas delimitadas pelos Municípios como urbanas ou de expansão urbana (Rio de Janeiro, 2019).	O art. 1º instituiu a política de agricultura urbana e definiu o conceito de agricultura urbana. Novamente, o conceito foi ampliado, pois incluiu as práticas de cultivo vegetal e criação de animais de pequeno porte. A lei trouxe uma inovação no parágrafo 2º, ao atribuir ao município a responsabilidade de delimitar as áreas e planejar a expansão urbana, com o objetivo de determinar os locais destinados à exploração das técnicas e práticas de agricultura urbana.
Art. 2º A agricultura urbana deverá atender às exigências estabelecidas nas legislações	O art. 2º abordou a importância do direito à cidade sustentável no contexto da

sanitária e ambiental pertinentes às fases de produção, processamento e comercialização de alimentos (Rio de Janeiro, 2019).	agricultura urbana, ou seja, direito dos indivíduos de desfrutarem de um ambiente urbano saudável, equitativo e sustentável. Além disso, o artigo destacou que a agricultura urbana deve cumprir as exigências das legislações sanitária e ambiental relacionadas à produção, processamento e comercialização de alimentos. Isso significa que a agricultura urbana deve seguir práticas sustentáveis para garantir a segurança alimentar e a proteção do meio ambiente.
Art. 5º A utilização de imóvel com agricultura urbana, nos termos desta Lei, será considerada como indutora da função social da propriedade, sem prejuízo da aplicação de outros instrumentos definidos pelos Municípios, em conformidade com o Art. 254 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, 2019).	Novamente no art. 5º, o legislador ressaltou a importância do cumprimento da função social do imóvel através da prática da agricultura urbana. Embora não esteja especificamente relacionado ao Art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, é mencionada a função social da propriedade, que é ampliada de acordo com o Art. 254º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Assim nos moldes deste artigo, a função social engloba as ações do poder público para proteger as pequenas propriedades

	e promover uma relação direta entre produtores e consumidores.
Art. 10 O governo estadual, em articulação com os municípios, empreenderá as seguintes ações para a consecução dos objetivos previstos nesta Lei: I - apoiar os municípios, a partir da participação popular e de organizações da sociedade civil na definição de áreas aptas ao desenvolvimento de agricultura urbana comunitária e individual e das condicionantes para sua implantação; II - viabilizar a aquisição de produtos da agricultura urbana para os programas governamentais de aquisição de alimentos - Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); III - auxiliar técnica e financeiramente os municípios para a prestação de assistência técnica e o treinamento dos agricultores urbanos na produção, beneficiamento, transformação, embalagem e comercialização dos produtos; IV - (veto mantido); V - estimular e promover ações pedagógicas nas	A inovação deste artigo pode ser comparada com a Lei 15.973/2006, que regula a Agricultura Urbana em Minas Gerais. No Art. 10, tal como se percebe, há uma diferença significativa. Enquanto a lei do Estado de Minas Gerais não menciona ações concretas para a cooperação entre União, Estados e Municípios, o legislador do Rio de Janeiro, no mesmo artigo, estabeleceu diversas medidas para promover essa cooperação. Entre elas, destacam-se: o apoio ao desenvolvimento de espaços de agricultura urbana; a parceria com programas governamentais de acesso a alimentação; o auxílio financeiro e técnico; o estímulo educacional para estudantes da rede pública; e apoio às feiras livres para escoamento da produção e a geração de renda para os agricultores urbanos.

instituições de ensino público e privadas, com o objetivo de explicitar a importância e reflexão acerca da produção urbana e agroecológica de alimentos, visando à diminuição de impactos ambientais e melhoria da saúde da população; VI - estimular a manutenção, criação e apoio ao funcionamento de feiras livres e de outras formas de comercialização direta entre agricultores urbanos e consumidores (Rio de Janeiro, 2019).	
--	--

Fonte: Elaborado pelo autor

A legislação do Rio de Janeiro seguiu o mesmo padrão da Lei 15.973/2006, que regula a Agricultura Urbana no Estado de Minas Gerais. No entanto, a lei do Rio de Janeiro apresentou poucos diferenciais significativos em relação à lei de Minas Gerais. Em seu artigo 1º, a lei ampliou o conceito de agricultura urbana, incluindo o cultivo de hortaliças, flores, frutas e criação de animais de pequeno porte, e estabeleceu a segurança alimentar e nutricional como objetivo primordial da agricultura urbana.

No entanto, o parágrafo segundo do artigo 1º impõe um limitador, ao afirmar que a prática da agricultura urbana deve ser realizada apenas em áreas reconhecidas pelo município. Isso impede o cultivo em terrenos localizados no centro da cidade ou em seus arredores que ainda não foram oficialmente reconhecidos, dificultando a produção de alimentos.

Em relação à descentralização, a legislação do Rio de Janeiro segue a mesma linha da Lei 15.973/2006, destacando a importância da cooperação entre a política de agricultura urbana e os agricultores urbanos. No entanto,

o art. 8º da lei do Rio de Janeiro ganha destaque ao mencionar a necessidade de integração com os movimentos sociais e organizações da sociedade civil ligadas à agricultura urbana para garantir a integral descentralização (Rio de Janeiro, 2019).

A função social da propriedade urbana é mencionada e são apresentados objetivos similares aos da lei de Minas Gerais. No entanto, há duas diferenças importantes a serem destacadas. A lei do Rio de Janeiro não faz menção à palavra "periurbana" no art. 10º, ao contrário da lei de Minas Gerais. Além disso, o art. 10º da lei do Rio de Janeiro estabelece ações concretas de cooperação entre o Estado e o Município, como facilitação para aquisição da propriedade urbana, apoio e financiamento de materiais para o manejo do solo, ensino de técnicas agrícolas e criação de feiras livres para a venda dos produtos. Isso coloca o Estado e o Município como garantidores da efetiva realização da agricultura urbana e do direito à terra, essenciais para a construção de uma cidade sustentável.

Na sequência, o Estado de São Paulo não dispõe de lei estadual para regulamentar a agricultura urbana e periurbana. No entanto, desde 2018, o Estado criou a Lei nº 16.648, estabelecendo *a Política Estadual de Agroecologia e Produção Orgânica (PEAPO), contemplando, inclusive, a agricultura urbana em seus objetivos*. A lei tem 12 artigos, porém, serão analisados somente os que definem, tratam ou fazem menção à agricultura urbana e periurbana.

Antes de analisarmos o texto da Lei nº 16.648/18, é importante destacar que a agroecologia, tema principal dessa lei, é uma das formas de produção na agricultura urbana. Ao contrário da agricultura orgânica tradicional, a agroecologia é um conceito abrangente que engloba diversas técnicas e práticas educacionais relacionadas à produção agrícola sustentável. Além disso, a agroecologia é considerada uma técnica que promove o direito à cidade sustentável. Conforme explicado por Angélica Nakamura e Guilherme Ranieri (2021, p. 15-16):

A agroecologia vai além de um conjunto de práticas que podem ser comuns à agricultura orgânica – por exemplo, reciclagem de nutrientes e energia, melhoria da matéria orgânica e atividade biológica, diversificação das espécies de plantas, integração de culturas – e valoriza os conhecimentos tradicionais dos agricultores e comunidades locais, em relações mais horizontais. Essas relações operam no âmbito da esfera local, ou seja, privilegiam-se os mercados mais próximos e menores, a fim de diminuir os custos com transporte e as emissões de (CO₂) e, ainda de reduzir o número de intermediários da cadeia, aproximando o produtor do consumidor.

Portanto, segundo os autores, a agroecologia não se preocupa somente com a produção orgânica, como sempre está associada, mas também com fatores sociais, ambientais e econômicos. Aquele que vive desta prática, não só deixa de contaminar o meio ambiente ao não utilizar agrotóxicos, mas deve receber uma renda, capaz de valorizar a sua produção, bem como, o produto, que por vezes é procurado *in natura*, e sem a presença de agrotóxicos, ou na linguagem agroecológica, um produto de impacto ambiental positivo.

Ademais, não há inconvenientes para analisar a lei da agroecologia à luz da agricultura urbana. Isso significa coadunar aspectos importantes para ambas as práticas, as quais, de certa forma, estão unidas pela produção de alimentos, dado que ambas prezam por uma agricultura que possa beneficiar mais os seres humanos, do que os animais (em suas alimentações e de acordo com os parâmetros da indústria agropecuária). Ou seja, busca-se em primeira análise a redução da insegurança alimentar e nutricional, a partir da produção de alimentos sem agrotóxicos ou transgênicos, sem qualquer espécie de fertilizante químico.

ARTIGOS	ANÁLISE DOS ARTIGOS
O art. 2º, inciso VII [...] conjunto de atividades de cultivo de plantas e fungos alimentícios, cosméticos e medicinais, bem como a	Este artigo estabeleceu uma definição de agricultura urbana baseada em princípios agroecológicos, alinhando-se à

criação de animais de pequeno porte, piscicultura, silvicultura e a produção artesanal de alimentos e bebidas para o consumo humano, desenvolvidas dentro e nos arredores da área urbana (São Paulo, 2018).	política agroecológica estabelecida pela legislação. Assim como as Leis dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, essa definição considera tanto as plantas quanto os animais de pequeno porte como parte da agricultura urbana. No entanto, uma adição importante foi feita aos vegetais, incluindo também os fungos alimentícios. Além disso, a técnica de silvicultura, característica essencial da agroecologia, foi incluída como parte do grupo de animais de pequeno porte.
Art. 4º - São diretrizes da PEAPO: I - a promoção da soberania e segurança alimentar e nutricional e do direito humano à alimentação adequada e saudável, em consonância com as demais ações de desenvolvimento agropecuário do Estado; [...] IX - o apoio ao desenvolvimento da agricultura urbana e periurbana de base agroecológica; X - a destinação prioritária das ações da PEAPO a quem pratica agricultura familiar urbana e periurbana, produz em assentamentos rurais, pertence aos	O art. 4º explicita claramente o objetivo principal da Política de Agroecologia: promover a soberania e segurança alimentar e nutricional. Esse objetivo está alinhado com os objetivos da Política de Agricultura Urbana, como evidenciado tanto na Lei 15.973/2006 quanto na Lei nº 8366/19, que buscam principalmente reduzir a insegurança alimentar e nutricional. Por sua vez, o inciso IX apoia o desenvolvimento da agricultura urbana como parte da

povos e comunidades tradicionais, buscando a igualdade de gênero e participação da juventude rural, valorizando seu protagonismo nos processos de construção e socialização de conhecimento e na gestão, na organização social e nas atividades produtivas da agroecologia, da produção orgânica e da transição agroecológica; [...] (São Paulo, 2018).	política agroecológica, desde que seja baseada na agroecologia. Além disso, o inciso X considera o agricultor urbano como beneficiário prioritário das ações de agroecologia.
---	---

Fonte: Elaborado pelo autor

Num contexto geral, esta lei harmonizou os princípios da política de agroecologia e da política de agricultura urbana. Ambas têm como objetivo a redução da insegurança alimentar e nutricional, bem como a promoção de uma melhor qualidade de vida nas áreas urbanas. A política de agroecologia abrange diversas preocupações relacionadas ao uso de agrotóxicos na produção de alimentos e à forma como esses alimentos são consumidos, como se são limpos, frescos e saudáveis. Além disso, a agroecologia aborda aspectos socioeconômicos, como a renda dos agricultores e a saúde dos consumidores.

Já a política de agricultura urbana está focada na redução da insegurança alimentar e nutricional por meio da implementação efetiva da agricultura nas áreas urbanas. Por exemplo, uma horta orgânica estabelecida em uma comunidade vulnerável pode suprir as necessidades alimentares dessa população, reduzindo assim a insegurança alimentar e nutricional. No entanto, é possível que o agricultor urbano faça uso de produtos químicos caso essa horta seja afetada por intempéries ou invadida por pragas. Contanto que a fonte de alimentos seja preservada, o uso racional desses produtos químicos na agricultura urbana é permitido. Essa é uma diferença em relação à agroecologia, que veta o uso de químicos na produção de alimentos.

Por último, o Estado do Espírito Santo também não possui uma política específica para a agricultura urbana e periurbana, assim como o Estado de São Paulo. No entanto, os agricultores urbanos são considerados beneficiários da reforma agrária e são contemplados pela Lei nº 923/2012, que estabelece a Política Estadual de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária do Estado do Espírito Santo.

O artigo 2º desta Lei define e esclarece os termos utilizados na mesma. Uma das definições é a de "agricultura familiar e empreendimento familiar rural", que abrange tanto os agricultores que vivem em áreas rurais quanto os agricultores que vivem em áreas urbanas e periurbanas. Essa interpretação amplia e inclui os agricultores urbanos e periurbanos como uma forma específica de "agricultor familiar rural" dentro do contexto desta Lei (ESPÍRITO SANTO, 2012).

Assim, a equiparação entre agricultor familiar rural e agricultor urbano, estabelecida pela lei, garante a estes últimos os mesmos benefícios. Além disso, a Política Estadual de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar buscou, entre seus objetivos, melhorar a qualidade de vida dos beneficiários, aumentar e aprimorar a produção agrícola, elevar a renda dos agricultores urbanos, valorizar a produção e incentivar a formação contínua dos agentes beneficiários, incluindo os agricultores urbanos.

Portanto, depreende-se, mesmo com as limitações das legislações do sudeste do Brasil em relação às realidades locais, é possível afirmar que elas podem contribuir para a concretização do direito à cidade sustentável. Isso se dá pelo fato de que o conteúdo das leis se alinha com a doutrina que preconiza práticas como a produção de alimentos, a geração de renda e o impacto ambiental positivo, conforme destacado por Nakamura e Ranieri (2021); Mougeot (2000), dentre outros citados.

Além disso, essas legislações também se alinham ao conteúdo holístico do artigo 2º do Estatuto da Cidade, que estabelece diretrizes para o planejamento urbano e o desenvolvimento sustentável.

Assim, as legislações do sudeste do Brasil possuem potencial para promover e garantir um ambiente urbano mais sustentável, atendendo às demandas sociais e ambientais da cidade.

3. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o conceito de agricultura urbana no Brasil resultou da positivação das leis dos Estados (Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo) como um conjunto de atividades de cultivo de hortaliças, plantas medicinais, espécies frutíferas e flores, bem como a criação de animais de pequeno porte, piscicultura e a produção artesanal de alimentos, bebidas para consumo humano e o melhoramento ambiental das cidades.

Quando bem estruturada e planejada, a agricultura urbana pode atenuar muitos problemas causados pelo crescimento populacional, como a insegurança alimentar e nutricional, e o desenvolvimento insustentável das cidades. Nesse sentido, as legislações estaduais analisadas podem contribuir para a formação do conteúdo interpretativo legislativo em relação ao direito à cidade sustentável.

Essas legislações estaduais conectam o exercício das práticas agrícolas urbanas com a efetivação da função social da propriedade urbana e da cidade. E, nesse aspecto, estão em consonância com o conteúdo do artigo 2º do Estatuto da Cidade, que estabelece a concretização do direito à terra como a efetivação do direito à cidade sustentável. Assim como o Estatuto, os artigos estabelecem uma agricultura que vai além da simples produção de alimentos, ou seja, que se preocupa com outros aspectos urbanos.

Portanto, a análise dos artigos evidenciou a existência de temáticas correlacionadas abordadas por ambas as legislações específicas, seja como objetivo ou ação da Política Estadual de Agricultura Urbana: a) educação

ambiental, alimentar e nutricional; b) segurança alimentar e nutricional; e c) promoção do direito à saúde, à alimentação e à terra.

Dessa forma, conclui-se que ambas as legislações podem contribuir para a formação do conteúdo interpretativo em relação à agricultura urbana e à concretização do direito à cidade sustentável, embora condicionadas por várias variáveis, como a extensão da propriedade, manejo da terra, objetivos e agentes diversos.

Essas legislações contribuíram para a criação da estrutura base da lei federal, que deverá incluir, entre outros tópicos, principalmente: I) A definição de agricultura urbana e periurbana; II) O estabelecimento de objetivos; III) A Defesa da segurança alimentar e nutricional; IV) A Promoção do direito à alimentação, à terra e à saúde; V) As regras para aquisição de crédito e seguro agrícola; e VI) As normas de cultivo agroecológico.

Em resumo, o núcleo fundamental da norma federal deverá abranger as três áreas principais: formação ambiental, produção e renda, aspectos comuns ao direito à cidade sustentável.

Referências

- AQUINO, Adriano Maria de; ASSIS, Renato. Linhares. de. **Agricultura Orgânica em áreas Urbanas e Periurbanas com base na Agroecologia**. Ambiente & Sociedade, Campinas, v. 10, n. 1, p. 137-150, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/NxDQgVhmCTLXXMW5QN3VVBL/?lang=pt>. Acesso em 22 mar.2022.
- BRANCO, Marina Castelo; ALCÂNTARA, Flávia Alcântara de. **Hortas urbanas e periurbanas: o que nos diz a literatura brasileira?** In: Horticultura Brasileira. V. 29, n. 3, p. 421-428, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hb/v29n3/v29n3a28.pdf>. Acesso em 22 mar. 2022.
- BROCHARDT, Viviane. **Belo horizonte (MG): três décadas inovando na agricultura urbana e na agroecologia**. Articulação Nacional de Agroecologia. Belo Horizonte, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://agroecologia.org.br/2021/03/04/belo-horizonte-mg-tres-decadas-inovando-na-agricultura-urbana-e-na-agroecologia/>. Acesso em 13 abr.2022.
- BUONAMICI, Sergio Claro. **Cidadania e participação no direito a cidades sustentáveis: diretrizes gerais e instrumentos de política urbana na Lei nº 10.257, de 10-07-2001** (Estatuto da Cidade). São Paulo: J.H. Mizuno, 2015.
- DAVIS, Jaimie. Sprouts: a gardening, nutrition, and cooking intervention for latino youth improves diet and reduces obesity. **Journal of the Academy of Nutrition and Dietetics**, pg. 1.224 – 1.230, 2011.

ESPÍRITO SANTO. **Lei nº 9.923, de 19 de novembro de 2012.** Institui a Política Estadual de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária do Estado do Espírito Santo. DOE, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Priscila Maria de. **Direito à cidade sustentável.** 1ª ed. Curitiba: Appris, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3. edição. Belo horizonte: Dey Rey, 2010.

MACHADO, Altair Toledo.; Machado, Cynthia Torres de Toledo. **Agricultura Urbana.** Planaltina, Embrapa Cerrados, 2002.

MADALENO. Isabel Maria. **A Cidade das Mangueiras: agricultura em Belém do Pará.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2002.

MINAS GERAIS. **Lei nº 15.973, de 12 de janeiro de 2006.** Dispõe sobre a Política Estadual de Apoio à Agricultura Urbana e dá outras providências. Belo Horizonte: DOE, 2014.

MONTEIRO, Ana Victoria Vieira Martins. **AGRICULTURA URBANA E PERI-URBANA: questões e perspectivas.** In: Informações Econômicas, São Paulo, v. 32, n. 6, p. 39-44, 2002. Disponível em: <http://www.iea.sp.gov.br/OUT/verTexto.php?codTexto=52> . Acesso em: 11 abr. 2022.

MOREIRA, Crispim. Trajetórias contemporâneas da agricultura urbana. In: HISSA, C. E. V. (Org.). **Saberes ambientais: desafios para o conhecimento disciplinar.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008, p. 242.

MOUGEOT, Jean Luc. Agricultura urbana: concepto y definción. **Revista Agricultura Urbana.** vol. 1, n.1, 2001, p. 5-7. Disponível em: www.ruaf.org. Acesso em 24 mar. 2022.

MOUGEOT, Luc. J.A. **Agricultura Urbana – conceito e definição.** In: Bakker, N. et al. (Ed.). Cultivando cidades, cultivando comida. International Development Research Centre (IDRC), Cities Felding People Programme. Ottawa, Canadá, 2000 p. 3. Disponível em: <https://www.agriculturaurbana.org.br/RAU/AU01/AU1conceito.html/AU01/AU1conceito.html>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MOURA, Juliano Avelar; FERREIRA, Willian. Rodrigues; LARA, Luciene Lorandi. Agricultura urbana e periurbana. **Mercator-Revista de Geografia da UFC**, v. 12, n. 27, p. 74 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/2736/273628670005/> . Acesso em: 10 de mar.2022.

NAKAMURA, Angélica Campos; RANIERI, Guilherme Reis. **Agricultura Urbana: agroecologia, alimentação, saúde e bem-estar.** 1º Ed. Fiocruz. Ano 2021, p. 15-16.

ONU. **ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em 22 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA (FAO). **Questiones de la agricultura urbana.** Revista, 1999. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/pt/agriculturaurbana> . Acesso em 24 mar. 2022. “Questões da agricultura urbana”. Tradução Livre.

PDDI/RMBH. **Compilação: Situação da agricultura urbana em Belo Horizonte.** Disponível em: <http://www.rmbh.org.br/central.php>. Acesso em 12. abr. 2022.

POPPER, Karl S. **A lógica da pesquisa científica.** 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1975.

PORTO, Lya; RAUFFLET, Emmanuel; ALVES, Mário. **Tipologia de ação pública para a agricultura urbana.** In. Congresso Latino-Americano de Agroecologia, Congresso Brasileiro de Agroecologia, Seminário de agroecologia do Distrito Federal, VI, X, V, jul. 2018. Brasília. Cadernos de Agroecologia. Brasília, v. 13, n. 1, jul. 2018.

RESOURCES CENTRES ON URBAN AGRICULTURE E FOOD SECURITY FOUNDATION (RUAF). **Urban Agriculture and city region food systems: what and why.** 2015. Disponível em: <https://ruaf.org/urban-agriculture-and-city-region-food-systems/#urban-and-peri-urban-agriculture> . “Agricultura urbana e sistemas alimentares da região da cidade: o que e por que”. Tradução livre. 2015. Acesso em: 25 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 8366, de 02 de abril de 2019.** Dispõe sobre a política estadual de apoio à agricultura urbana e dá outras providências. Rio de Janeiro: DOE, 2019.

SANTANDREU, Alais.; LOVO, Ivana Cristina. **Panorama da agricultura urbana e periurbana no Brasil e diretrizes políticas para sua promoção: identificação e caracterização de iniciativas de AUP em regiões metropolitanas brasileiras.** Documento Referencial Geral – Versão final. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: http://www.agriculturaurbana.org.br/textos/panorama_AUP.pdf. Acesso em 22 mar. 2022.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.648, de 20 de março de 2018.** Institui a *Política Estadual de Agroecologia e Produção Orgânica (PEAPO)*. São Paulo: DOE, 2018.

URBAN WORLD FÓRUM. **Report of the first session of the World Urban Fórum, United Nations Human Settlements Program**, Nairobi, 2002. Disponível em: 3. Decentralization (unhabitat.org). Acesso em: 24 ago. 2022. Velásquez Munhoz, Carlos Javier. Ciudad y desarrollo sostenible, 2013.

Artigo recebido em: 03/03/2023.

Aceito para publicação em: 14/08/2023.

Análise do ICMS ecológico no Estado de Minas Gerais: Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba

Analysis of the Brazilian ecological state excise tax (icms) in the state of Minas Gerais: Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba

Elizabete Rosa de Mello¹

Jessika Frizzero²

Resumo: Esse artigo analisou o ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba no Estado de Minas Gerais, instituto que não se encontra plenamente implementado nos Municípios dessa Mesorregião. Realizou-se uma investigação sobre o desempenho dessas cidades e os fatores que influenciaram para o recebimento ou não deste incentivo. Utilizou-se como marco teórico o pós-positivismo e a metodologia crítico dialética. A partir do estudo realizado neste artigo concluiu-se que muitos municípios desconhecem a legislação desse incentivo fiscal porque embora atendam aos subcritérios exigidos pela lei, não recebem os repasses que têm direito. Assim, essas cidades deixaram de receber valores que poderiam ser utilizados para preservação e proteção do meio ambiente, auxiliando no cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável e na melhoria da qualidade de vida de suas respectivas populações. Desse modo, observou-se uma necessidade de aprimoramento do ICMS Ecológico no Estado de Minas Gerais apresentando-se as seguintes propostas: ampliação da divulgação do incentivo, vinculação da receita de ICMS Ecológico, criação de um requisito no subcritério índice de saneamento ambiental que estabeleça porcentagens mínimas de água potável e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, adoção de outras condições para o subcritério índice de conservação como porcentagem de arborização de vias públicas e reflorestamento, expansão do subcritério mata seca para proteger outros biomas em risco e utilização da tecnologia para divulgação, transparência e comunicação.

Palavras-chave: ICMS Ecológico no Estado de Minas Gerais. Lei Robin Hood; tributação ambiental. Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito Público e Direito Privado pela mesma Universidade e Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Graduada pela Universidade Estadual Paulista(UNESP).

² Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), com foco acadêmico em Direito Tributário. Atua como advogada voluntária no Núcleo de Prática Jurídica da UFJF, prestando assistência jurídica à comunidade.

Abstract: This article analyzed Brazilian ecological state excise tax (ICMS) in the Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba Mesoregion in the state of Minas Gerais, an institute that is not fully implemented in the municipalities of this Mesoregion. An investigation was conducted on the performance of these cities and the factors that influenced the receipt or non-receipt of this incentive. In order to carry out this study, post-positivism was used as theoretical framework and critical bibliography was used as methodology. From the study carried out in this article, it was concluded that many municipalities are unaware of the legislation of this tax incentive due to the fact that even though they meet the standards required by the law, they do not receive the what they are entitled to. Therefore, these cities ceased receiving funds that could have been used for preservation and protection of the environment, for the achievement of the sustainable development goals and for improving the standards of living of its population. For this reason, it was noticed the need to enhance the ecological state excise tax in Minas Gerais by presenting the following propositions: increasing disclosure of information about the incentive, binding the ecological state excise tax income, creation new standards in the environmental sanitation index sub-criterion that establishes minimum percentages of potable water and urban stormwater drainage and management, adoption of other conditions for the conservation index sub-criterion such as percentage of afforestation of public roads and reforestation, expansion of the sub-criterion mata seca to secure other biomes at risk and the use of technology for dissemination, transparency and communication.

Keywords: ecological state excise tax in State of Minas Gerais. Robin Hood Law; environmental taxation. Triangulo Mineiro/Alto Paranaiba.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar o desempenho dos Municípios da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba acerca do recebimento de repasses de ICMS Ecológico no período de janeiro a maio de 2021. Esse estudo se demonstra relevante para compreensão do alcance e da adesão desse incentivo fiscal nos Municípios dessa Mesorregião, tendo em vista que se trata de um instrumento importante para incentivar a proteção do meio ambiente e para aumentar a receita desses Municípios.

O problema de pesquisa consubstancia em responder os seguintes questionamentos: Como é a aderência ao ICMS Ecológico por parte

dos Municípios da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba e quais os desafios enfrentados para cumprir os requisitos estabelecidos na Lei Robin Hood? Quais são os impactos da implementação desse mecanismo de incentivo em relação à distribuição de recursos e à conservação ambiental?

O marco teórico utilizado neste artigo foi o pós-positivismo tendo em vista que se caracteriza por buscar a conciliação do sistema jurídico com os anseios. Assim, a escolha desse marco teórico se justifica porque a análise realizada nesse artigo sobre os repasses de ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba pautou-se em encontrar soluções para aprimorar esse incentivo fiscal que estejam de acordo com o direito posto e que atendam as demandas sociais, como a preservação ambiental.

De modo a alcançar esses objetivos, adotou-se a metodologia bibliográfica crítico-dialética, porque além de apresentar a legislação, a doutrina e os dados sobre o tema, realizou-se críticas e propostas de melhoria.

Para realizar a análise do ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba, esse artigo foi estruturado da seguinte forma: o item 2 aborda o ICMS Ecológico em Minas Gerais apresentando quando surgiu esse incentivo fiscal e como ele é regulamentado; o item 3 trata do ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba apontando os oito Municípios que obtiveram o melhor desempenho, o pior e aqueles sequer auferiram incentivos, além de identificar suas respectivas extensões territoriais, populações, PIB *per capita* e os subcritérios atendidos por cada Município, analisando também as possíveis causas desses resultados; por fim, o item 4 elaborou propostas de aprimoramento do ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba.

2. ICMS Ecológico no Estado de Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais possui 20.538.718 habitantes (IBGE, 2022) distribuídos em uma área de 586.513,983 km² (IBGE, 2022), sendo o segundo

Estado mais populoso do país e o quarto com maior extensão territorial. Enfatiza-se que Minas Gerais é o Estado com maior número de Municípios do país, com um total de 853 cidades (IBGE, 2017), as quais são divididas em doze mesorregiões quais sejam: Noroeste de Minas, Norte de Minas, Jequitinhonha, Vale do Mucuri, Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba, Central Mineira, Metropolitana de Belo Horizonte, Vale do Rio Doce, Oeste de Minas, Sul e Sudoeste de Minas, Campos das Vertentes e Zona da Mata (Minas Gerais, 2010).

Além disso, esse Estado também se destaca por possuir o terceiro maior PIB do Brasil, com um total de R\$651.873,00 (IBGE, 2019), estando atrás apenas dos Estados de São Paulo e Rio Janeiro, os quais possuem como PIB, respectivamente, R\$2.348.338,00 e R\$779.928,00 (IBGE, 2019).

Acerca do ICMS Ecológico, salienta-se que não se trata de um novo tributo, mas de um incentivo fiscal concedido aos Municípios que possuem projetos voltados para proteção e conservação do meio ambiente. Esse incentivo só é possível em razão do art. 158, parágrafo único, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), pois esse dispositivo permite que cada Estado destine 35% da parcela transferível aos Municípios do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), seguindo os critérios estabelecidos pela legislação estadual.

No que concerne ao ICMS Ecológico em Minas Gerais, esse foi instituído em 1995 por meio da Lei nº 12.040 (Minas Gerais, 1995), também conhecida como Lei Robin Hood, a qual possuía, em seu artigo 4º, dois subcritérios para distribuição desse benefício: índice de saneamento ambiental e índice de conservação. Entretanto, no ano de 2009 essa Lei foi alterada pela Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), que acrescentou um novo subcritério para recebimento de ICMS Ecológico, o índice de mata seca. Assim, atualmente, os Municípios de Minas Gerais podem receber repasses de ICMS Ecológico por esses três diferentes critérios, desde que atendam aos requisitos de cada um.

Acerca do subcritério índice de saneamento ambiental, esse está disposto no primeiro inciso do art. 4º da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), o qual estabelece que para um Município ser elegível ao recebimento de ICMS Ecológico por esse subcritério, é necessário que, no mínimo, 50% de sua população seja atendida com tratamento de esgoto sanitário ou que, pelo menos, 70% dos habitantes possuam sistema de tratamento e disposição final do lixo.

Já o subcritério índice de conservação, prescrito no segundo inciso do art. 4º da Lei do ICMS Ecológico, tem por objetivo a manutenção de unidades de conservação federais, estaduais, municipais e particulares e área de reserva indígena, devidamente cadastradas (Minas Gerais, 2009). Destaca-se que o cálculo da qualidade da manutenção é regulado pela Deliberação normativa nº 234 (Minas Gerais, 2020), a qual estabelece onze parâmetros para determinar esse fator de qualidade e, assim, estabelecer o valor de repasse de ICMS Ecológico pelo subcritério índice de conservação.

Por fim, o terceiro subcritério corresponde ao índice mata seca, o qual apresenta como requisito para repasses de ICMS Ecológico a área de ocorrência do bioma mata seca em relação a área total do Município (Minas Gerais, 2020). Ressalta-se que esse bioma é encontrado apenas na região norte do Estado e se caracteriza por possuir um complexo vegetacional que não possui associação com cursos de água, podendo ocorrer em três diferentes subtipos: mata seca sempre-verde³, mata seca semidecídua⁴ e mata seca decídua⁵ (Embrapa, 2022).

A seguir será realizado um estudo do recebimento deste incentivo por parte de alguns Municípios da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba, a fim de identificar os oito Municípios com melhor desempenho a título de ICMS Ecológico, os oito com pior desempenho e os oito que sequer

³ Não perde suas folhas na época seca (RIBEIRO; WALTER, 1998, p. 111).

⁴ Perde parte de suas folhas na época seca (RIBEIRO; WALTER, 1998, p. 111).

⁵ Perde todas suas folhas na época seca (RIBEIRO; WALTER, 1998, p. 111).

auferiram valores no período de janeiro a maio de 2021, além de verificar quais os motivos que influenciaram no recebimento e no não recebimento desse incentivo.

3. ICMS Ecológico no Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba

A Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba é composta por 66 cidades, dos quais 72,73% possuem mais de 10.000 habitantes, assim somando um total de 2.384.478 habitantes, os quais estão distribuídos por uma área correspondente a 15,4% da superfície do Estado de Minas Gerais, com alto índice de urbanização (Fecomércio, 2018). De acordo com o levantamento da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais (Fecomércio), a região possui um predomínio do setor de serviços (52,75%), seguido pela indústria (29%) e agropecuária (18,15%), os quais fazem com que a região seja responsável por 15,2% do PIB de Minas (Fecomércio, 2018).

Nessa Mesorregião destacam-se oito Municípios que mais receberam ICMS Ecológico no período de janeiro a maio de 2021: Perdizes, Pirajuba, Araxá, Água, Comprida, Monte Carmelo, Carmo do Paranaíba, Lagoa Formosa e Limeira do Oeste, considerando que as médias mensais foram, respectivamente, R\$23.201,02; R\$20.198,66; R\$19.561,16; R\$19.246,26; R\$19.238,72; R\$19.237,87; R\$19.237,86 e R\$19.236,87 (Fundação João Pinheiro, 2021).

Verifica-se, também, nessa Mesorregião oito Municípios que receberam valores ínfimos: Arapuá, Monte Alegre de Minas, União de Minas, Coromandel, Ituiutaba, Nova Ponte, Araguari e Serra do Salitre, considerando que as médias mensais foram, respectivamente, de R\$6.128,43; R\$3.731,75; R\$3.487,85; R\$3.487,85; R\$ 2.594,65; R\$2.594,65; R\$823,50 e R\$495,10 (Fundação João Pinheiro, 2021).

Na região do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba, uma parcela pequena de Municípios não recebeu repasses do ICMS Ecológico no período estudado, quais sejam: Arapuá, Abadia dos Dourados, Cachoeira Dourada, Canápolis, Capinópolis, Centralina, Douradoquara, Estrela do Sul, Fronteira, Ipiacu, Iraí de Minas, Matutina, Rio Paranaíba, Romaria, São Francisco de Sales, São Gotardo e Tiros, totalizando 17 cidades dentre as 66 que compõem a Mesorregião (Fundação João Pinheiro, 2021)

Nos subitens a seguir serão tratadas as cidades com os melhores desempenhos, em sequência, discutiremos os Municípios com menor performance e por fim, aqueles que não receberam qualquer repasse de ICMS Ecológico.

3.1. Os oito Municípios com melhor desempenho na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba

A seguir serão elencadas as oito cidades que mais receberam o ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba, entre os meses de janeiro e maio de 2021, segundo dados da Fundação João Pinheiro (Fundação João Pinheiro, 2021). Após, serão discriminados os subcritérios atendidos por esses Municípios, além das características de cada cidade, tais como número de habitantes de acordo com o censo de 2010, extensão territorial, PIB *per capita*, arborização das vias públicas e esgotamento sanitário adequado, com o objetivo de se fazer uma análise mais aprofundada de cada Município e compreender se esses atributos guardam relação com os valores auferidos a título de ICMS Ecológico.

Verifica-se, a seguir, a tabela que contempla as receitas repassadas pelo Estado nos meses de janeiro a maio de 2021 e o cálculo da média do período.

MUNICÍPIOS	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	MÉDIA DOS MESES JANEIRO- MAIO/2021
Perdizes	25.281,04	22.093,45	25.442,45	20.355,92	22.832,24	23.201,02
Pirajuba	22.155,65	19.188,66	22.102,54	17.696,32	19.850,13	20.198,66
Araxá	19.646,14	19.026,57	21.912,11	17.543,03	19.677,95	19.561,16
Água Comprida	17.373,20	19.188,66	22.122,98	17.696,32	19.850,13	19.246,26
Monte Carmelo	21.100,62	18.274,92	21.059,52	16.853,64	18.904,89	19.238,72
Carmo do Paranaíba	21.100,62	18.275,15	21.055,07	16.853,64	18.904,89	19.237,87
Lagoa Formosa	21.100,62	18.274,92	21.055,22	16.853,64	18.904,89	19.237,86
Limeira do Oeste	21.100,62	18.274,92	21.050,30	16.853,64	18.904,89	19.236,87

Tabela Elaborada pelas autoras deste artigo
Fonte: Fundação João Pinheiro (2021)

Todas as cidades acima receberam repasses oriundos do índice de saneamento ambiental e apenas as cidades de Perdizes e Araxá receberam pelo subcritério de conservação. Nenhum dos Municípios obteve receita em razão do subcritério de mata seca no período analisado.

De acordo com a tabela acima, o Município que obteve maior êxito foi Perdizes, que recebeu o total de R\$ 116.005,10, sendo que R\$ 96.179,17 foi devido ao subcritério do índice de saneamento ambiental e R\$ 19.825,93 advindos do subcritério de índice de conservação (Fundação João Pinheiro, 2021). Aponta-se que o Município de Perdizes possui área geográfica de 2.451,112 km² (IBGE, 2022), PIB *per capita* de R\$ 78.049,11 (IBGE, 2020) e população de 17.151 habitantes (IBGE, 2022), tendo como base de sua economia a agricultura com a produção de café, milho e batata e a pecuária com a produção de leite (IBGE, 2022). Observa-se que a cidade possui

arborização das vias públicas de 64,5% e esgotamento sanitário adequado de 73,3% (IBGE, 2010)⁶, o que coincide com os critérios pelos quais Perdizes recebeu repasses a título de ICMS Ecológico.

A segunda cidade com melhor desempenho foi Pirajuba, a qual recebeu um total de R\$100.993,30 oriundos apenas do subcritério de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021). Destaca-se sua pequena população, 5.537 habitantes (IBGE, 2022), e sua principal fonte geradora de renda: a agropecuária, advinda do cultivo da cana-de-açúcar, que contribui para que o PIB *per capita* seja de R\$63.887,49 (IBGE, 2020), mesmo se tratando de um Município de pequena extensão territorial, pois sua área é de 337,980 km² (IBGE, 2022). Acerca da questão ambiental, o Município possui esgotamento sanitário adequado de 87,8% e arborização de vias públicas de 93,9% (IBGE, 2010), nota-se que nesse caso, embora o índice de arborização seja alto, não houve o recebimento de repasses em razão do subcritério índice de conservação, mas o índice de esgotamento sanitário reflete no fato de Pirajuba ter recebido repasses pelo subcritério índice de saneamento ambiental.

Araxá, com extensão de 1.164,062 Km² (IBGE, 2022), população de 111.691 pessoas (IBGE, 2022) e PIB *per capita* de R\$56.776,64 (IBGE, 2020), ficou em terceiro lugar, por ter recebido o montante de R\$97.805,81, sendo R\$93.903,17 em razão do subcritério de índice de saneamento ambiental e R\$3.902,63 pelo cumprimento do subcritério de conservação (Fundação João Pinheiro, 2021). É preciso salientar que esse Município possui índice de 81% de arborização de vias públicas e 96,9% de esgotamento sanitário adequado (IBGE, 2010), o que explica os motivos de Araxá ter conseguido cumprir os dois subcritérios para recebimento de repasses de ICMS Ecológico. Além disso, observa-se que, diferentemente, dos Municípios já analisados, sua principal atividade econômica é a mineração, com destaque para a extração

⁶ Alguns dados do IBGE ainda não foram atualizados no sistema conforme o novo CENSO de 2022, restando assim apenas informações do ano de 2010.

de nióbio⁷ (Instituto de Planejamento e Desenvolvimento Sustentável de Araxá, 2021).

A quarta posição nesse ranking é da cidade de Água Comprida, a qual se sobressai com sua pequena população de 2.108 habitantes (IBGE, 2022), distribuídos em 492,167km² de território (IBGE, 2022), com PIB *per capita* de R\$80.179,75 (IBGE, 2020). Contudo, apesar de não ser um Município populoso, recebeu o total de R\$96.231,29 a título de ICMS Ecológico no período estudado, em razão do único subcritério adotado, o índice de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021). Vale mencionar que esse Município possui expressiva participação da agricultura familiar em sua economia (Água Comprida, 2021), embora a maior parte das terras estejam em posse de grandes produtores, com destaque para o cultivo da cana-de-açúcar, a qual alimenta a indústria de açúcar e bioenergia. No que concerne à questão do meio-ambiente, o Município possui esgotamento sanitário adequado de 83,8% e arborização de vias públicas de 97,6% (IBGE, 2010). E, verifica-se que esta cidade apesar de se ter um alto índice de arborização, não houve repasses devido ao subcritério índice de conservação, tendo sido cumprido somente o subcritério de índice saneamento ambiental, o que pode ser justificado de acordo com o índice de esgotamento sanitário mencionado.

Em quinto lugar, o Município de Monte Carmelo, cujo total repassado foi de R\$96.193,58 (Fundação João Pinheiro, 2021) a título de ICMS Ecológico, valor correspondente ao único subcritério cumprido, índice de saneamento ambiental, tendo em vista que possui índice de esgotamento sanitário adequado de 89,2% (IBGE, 2010), contudo, apesar de possuir índice de arborização de vias públicas de 88,6%, não recebeu repasses acerca do índice de conservação. Ressalta-se que essa cidade apresenta potencial de desenvolvimento, pois possui um dos campi da Universidade Federal de

⁷ Nióbio é um metal de transição que tem despertado interesse dos pesquisadores em razão de suas propriedades que permitem que seja utilizado em ligas metálicas, na fabricação de vidros especiais e, na composição de baterias (BRUZIQUESI, et. al, 20190, p. 1187)

Uberlândia, com destaque para o curso de agronomia, tendo em vista que a cultura cafeeira é um dos pilares de sua economia (UFU, 2018). Monte Carmelo ocupa uma área de 1.343,035 km² (IBGE, 2022), possui uma população de 47.689 habitantes (IBGE, 2022) e PIB *per capita* de R\$26.625,51 (IBGE, 2020).

O Município de Carmo do Paranaíba é conhecido nacionalmente como um dos maiores produtores de café do país, sendo essa uma de suas principais atividades econômicas (Carmo Do Paranaíba, 2021). Além disso, ele se destaca no Estado por ocupar a sexta posição na tabela por ter recebido o repasse de R\$96.189,37 a título de ICMS Ecológico, sendo esse recurso oriundo apenas do subcritério índice de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021), considerando que o Município tem índice de esgotamento sanitário adequado de 89,7% (IBGE, 2010), em contrapartida, seu índice de arborização de vias públicas é de 61% (IBGE, 2010), assim não recebendo repasses em razão do subcritério índice de conservação. Apesar de ter recebido um dos melhores repasses à título de ICMS Ecológico, o PIB *per capita* do Município é de R\$28.270,26 (IBGE, 2020). Ainda acerca dos fatores socioeconômicos, menciona-se a população de 29.011 pessoas (IBGE, 2022), a qual se distribui em uma área 1.307,862 km² (IBGE, 2022).

No que diz respeito ao Município de Lagoa Formosa, este atendeu somente o subcritério de índice de saneamento ambiental, recebendo o montante de R\$96.189,28 (Fundação João Pinheiro, 2021) e ocupando a sétima posição dentre os Municípios com melhor desempenho. Esse Município tem população de 18.904 pessoas (IBGE, 2022), extensão territorial de 840,920 km² (IBGE, 2022) e PIB *per capita* de R\$27.585,43 (IBGE, 2020), sendo que parte desse valor se dá em razão de ocupar o sétimo lugar no ranking nacional de produção de leite (IBGE, 2020). Já com relação à questão ambiental, menciona-se que essa cidade possui índice de esgotamento sanitário adequado de 73,8% e índice de arborização de vias públicas de 73,2% (IBGE, 2010), situação que interfere nos repasses recebidos à título de ICMS

Ecológico, uma vez que em razão do índice de esgotamento sanitário, esse Município foi capaz de cumprir o subcritério de índice de saneamento ambiental, contudo não obteve repasses por parte do subcritério índice de conservação, mesmo tendo um alto índice de arborização.

A oitava posição é ocupada pelo Município de Limeira do Oeste, o qual possui população de 8.687 pessoas (IBGE, 2022), extensão territorial de 1.317,153 km² (IBGE, 2022) e PIB *per capita* de R\$52.024,78 (IBGE, 2020), tendo como suas principais atividades econômicas a agricultura com destaque à cultura da cana-de-açúcar, que tem se expandido na região (Stacciarini; Pereira, 2018) e a indústria produtora de açúcar e bioenergia. Acerca do ICMS Ecológico, esse Município recebeu, entre janeiro e maio de 2021, o montante de R\$96.184,36, em razão apenas do subcritério de índice de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021), o que se justifica devido ao seu índice de esgotamento sanitário adequado de 63,5% (IBGE, 2010), valor inferior ao dos Municípios anteriores. Apesar disso, não difere no quesito arborização de vias públicas, pois possui índice de 89,3% (IBGE, 2010), embora não tenha recebido repasses de ICMS Ecológico em razão do subcritério índice de conservação.

A partir dos dados levantados, foi elaborado o gráfico abaixo com o somatório de todos os valores recebidos pelos oito Municípios em razão de cada subcritério, de acordo com os dados da Fundação João Pinheiro. Diante dessas informações é possível concluir que o subcritério que mais compreende a realidade da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba é o índice de saneamento ambiental, disposto no art. 4º, inciso I da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), o qual considera necessário que o tratamento ou disposição final do lixo atenda, no mínimo, 70% da população urbana e que o tratamento de esgoto sanitário atenda 50%. Das oito cidades analisadas, todas receberam

receita pelo cumprimento a este subcritério, sendo, inclusive, o único subcritério de repasse para a maioria.

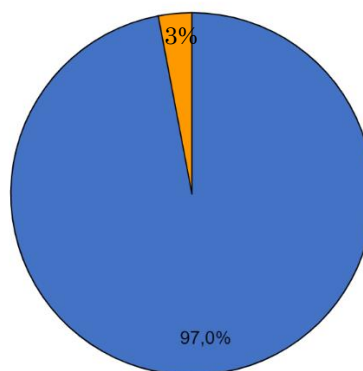
Gráfico elaborado pelas autoras deste artigo
Fonte: Fundação João Pinheiro (2021)

Em contrapartida, constatou-se que o subcritério de índice de conservação, previsto no art. 4º, inciso II da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), apenas contribui no repasse do ICMS Ecológico nos seguintes Municípios: Araxá e Perdizes, colaborando para a discrepância nos percentuais apresentados no gráfico acima, pois, dos valores totais de repasses, apenas 3% foram em razão deste subcritério, sendo o restante

Somatório dos valores dos Municípios de melhor desempenho:

Total de R\$ 795.792,09 no período de janeiro a maio de 2021, distribuídos entre:

- Índice de Saneamento Ambiental:
Total de R\$ 772.063,52
- Índice de Unidades de Conservação:
Total de R\$ 23.728,56



advindo do subcritério índice de saneamento ambiental. Essa circunstância pode ser explicada em razão de as duas cidades fazerem parte do circuito turístico da Serra Canastra, que abrange o Parque Nacional da Serra da Canastra, o qual é considerado uma das unidades de conservação do bioma Cerrado e é administrado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio, 2021).

Em relação ao subcritério índice de mata seca não se observou o repasse de nenhum valor para as cidades em estudo, por isso, não havendo qualquer menção a ele no gráfico acima, tal cenário pode ser justificado devido ao fato de esse subcritério estar atrelado ao bioma mata seca, designação genérica para os biomas caatinga e cerrado (Instituto Estadual de Florestas, 2020), o

qual está presente na região norte do Estado. Por essa circunstância natural, as cidades que compõem a Mesorregião em estudo não são elegíveis para o repasse do subcritério, uma vez que possuem biomas diferentes do exigido na Lei, quais sejam: cerrado e mata atlântica (IBGE, 2019).

Diante desses dados, não é possível estabelecer uma relação entre o índice de arborização das vias públicas e os repasses de ICMS Ecológico em razão do subcritério índice de conservação, pois apenas os Municípios de Perdizes e Araxá valores por esse subcritério (Fundação João Pinheiro, 2021) e esses Municípios possuem índices de arborização de, respectivamente: 64,5% e 96,9% (IBGE, 2010). Infere-se, portanto, que ou o índice de arborização das vias públicas não interfere no subcritério índice de conservação ou os Municípios não têm conhecimento de como utilizar esse fator a seu favor.

Por outro lado, quando se observa os índices de esgotamento sanitário dos oito Municípios em análise, percebe-se que todos estão acima dos 50% exigidos pela Lei nº 18.030 (Brasil, 2009), o que influenciou no cumprimento dos requisitos do subcritério índice de saneamento ambiental, pois todos os oito Municípios receberam repasses em razão dele e foi por causa desses repasses que eles obtiveram os maiores valores da Mesorregião no período de janeiro a maio de 2021 (Fundação João Pinheiro, 2021).

Observa-se que essas cidades, embora possuam índices de esgotamento suficientes para repasses de ICMS Ecológico, ainda não cumpriram a meta estabelecida pelo sexto objetivo de desenvolvimento sustentável da ONU (ODS6) e pelo Marco Legal do Saneamento Básico – Lei nº 14.026 (Brasil, 2020), tendo em vista que o sexto objetivo de desenvolvimento sustentável estabelece como objetivo alcançar o fornecimento equitativo e universal de água potável e o saneamento adequado até o ano de 2030, além de se buscar proteger e restaurar ecossistemas relacionados à água até 2020. Enquanto a Lei nº 14.026 (Brasil, 2020) dispõe que a meta é alcançar 90% da população com tratamento e coleta de esgoto e 99% com acesso à água potável até

dezembro de 2033. Até o momento desse estudo, não se observou movimento por parte da União, Estados e Municípios para se atingir essas metas, o que dá indícios de que mesmo que a Lei brasileira estabeleça o prazo final com 3 anos a mais do que o prazo dos objetivos de desenvolvimento sustentável, nesse ritmo, dificilmente o Brasil conseguirá cumpri-las.

No que se refere aos Municípios em estudo, em 2010, pelo menos sete deles possuíam esgotamento sanitário adequado para ao menos 70% de sua população (IBGE, 2010), o que pode indicar que esses terão mais facilidade de alcançar as metas referentes ao saneamento adequado, pois se encontram mais próximos dos índices ideais estabelecidos pela Lei.

Observa-se, ainda, que essas cidades não possuem uma área territorial muito extensa (IBGE, 2020) e não são muito populosas, pois estão todas abaixo dos cem mil habitantes (IBGE, 2010), fatores que facilitam tanto para obras de instalação de sistema de tratamento do esgoto sanitário quanto para tratamento e disposição final do lixo.

3.2. Os oito Municípios com o pior desempenho da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba

A tabela abaixo apresenta as cidades que receberam os menores repasses de ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulos Mineiro/Alto Paranaíba no período de janeiro a maio de 2021, conforme os dados fornecidos pela Fundação João Pinheiro (Fundação João Pinheiro, 2021).

Em sequência, serão expostas as características socioeconômicas de cada Município, como extensão territorial, PIB *per capita* e número de habitantes de acordo com os dados fornecidos pelo IBGE, além de dados sobre arborização das vias públicas e esgotamento sanitário adequado, assim como será analisado quais os subcritérios de repasse do ICMS Ecológico foram atendidos por cada cidade e os valores correspondentes a cada um, de forma

a se compreender a realidade socioeconômica dos oito Municípios com o pior desempenho da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba e verificar se há uma correlação entre as características dessas cidades e os valores auferidos de acordo com cada subcritério da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009).

MUNICÍPIOS	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	MÉDIA DOS MESES JANEIRO- MAIO/2021
Araporã	10.550,31	9.137,46	10.514,34	440,02	0,00	6.128,43
Monte Alegre de Minas	257,13	234,87	270,52	8.202,22	9.694,01	3.731,75
União de Minas	0,00	0,00	0,00	7.986,80	9.452,44	3.487,85
Coromandel	3.037,40	2.774,45	3.196,06	2.544,67	2.853,52	2.881,22
Ituiutaba	2.735,47	2.498,66	2.877,52	2.291,73	2.569,87	2.594,65
Nova Ponte	1.228,41	1.122,07	1.292,38	1.029,14	1.154,05	1.165,21
Araguari	868,19	793,03	913,31	727,35	815,63	823,50
Serra do Salitre	521,91	476,73	549,29	437,25	490,32	495,10

Tabela elaborada pelas autoras deste artigo
Fonte: Fundação João Pinheiro (2021)

Nessa Mesorregião em estudo, dos oito Municípios com o pior desempenho para repasse de ICMS Ecológico, apenas os Municípios de Araporã, Monte Alegre de Minas e União de Minas receberam repasses pelo subcritério índice de saneamento ambiental, em contrapartida Araporã e União de Minas não receberam pelo subcritério de índice de conservação, sendo este o critério cumprido pelos outros seis Municípios. Já com relação ao subcritério mata seca, nenhum dos oito recebeu repasses (Fundação João Pinheiro, 2021).

De acordo com a tabela, Araporã recebeu o montante de R\$30.642,13 pelo subcritério índice de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021), o que se justifica pelo fato de índice de esgotamento sanitário adequado ser de 95,2% (IBGE, 2010). Observa-se que esse Município tem como principais atividades econômicas a cultura da cana de açúcar para produção de bioenergia e a usina hidrelétrica do complexo Furnas, o qual faz parte do Lago de Furnas que atrai turistas para a cidade (Araporã, 2021), fatores que contribuem para o alto PIB *per capita* de R\$210.970,72 (IBGE 2020), o qual também se sobressai quando se observa que a população do Município é de 8.479 pessoas (IBGE, 2022) e a extensão territorial é de 294,354 km² (IBGE, 2022). Além disso, vale mencionar que seu índice de arborização de vias públicas é de 91,6% (IBGE, 2010), porém tal dado não influencia para o recebimento de repasses de ICMS Ecológico pelo subcritério índice de conservação.

O segundo Município é Monte Alegre de Minas, com uma população de 20.170 habitantes (IBGE, 2022), PIB *per capita* de R\$28.853,45 (IBGE, 2020) e extensão territorial de 2.595,957 km² (IBGE, 2022), tendo como principal atividade econômica a agricultura, com destaque para cultura de abacaxi, sendo o terceiro maior produtor de Minas Gerais e 17º do Brasil (IBGE, 2020). Já com relação aos repasses a título de ICMS Ecológico a cidade recebeu o total de R\$18.658,75 entre janeiro e maio de 2021, pelos subcritérios de índice de conservação e índice de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021). Observa-se que a cidade possui índice de esgotamento sanitário adequado de 73,7% (IBGE, 2010), o que permitiu que o Município auferisse os critérios necessários para receber repasses em razão do subcritério índice de saneamento ambiental. Além disso, diferente do Município anterior, o índice de urbanização das vias públicas é baixo, sendo que apenas 35,1% das vias públicas são arborizadas (IBGE, 2010), entretanto, esse fator é indiferente para o recebimento de repasses de ICMS Ecológico pelo subcritério índice de

conservação, tendo em vista que Monte Alegre de Minas recebeu repasses por esse subcritério.

União de Minas ocupa o terceiro lugar no ranking, tendo recebido o montante de R\$17.439,24 no período estudado, sendo esse valor advindo unicamente do subcritério índice de saneamento ambiental (Fundação João Pinheiro, 2021), levando em consideração que apresenta índice de esgotamento sanitário adequado de 73,1% (IBGE, 2010), sendo este um dos requisitos necessários para receber repasses por esse subcritério. Já no que concerne ao índice arborização de vias públicas, este é de 77,7% (IBGE, 2010), que embora seja alto se comparado a outros Municípios da tabela, não interferiu nos repasses de ICMS Ecológico em razão do subcritério índice de conservação. Apesar desses repasses bem inferiores aos dos Municípios apresentados no subitem anterior, o Município se destaca por ocupar a quinta posição no Estado no quesito produção de cana de açúcar, estando inserido no circuito de cidades em expansão da produção de bioenergia em Minas Gerais (IBGE, 2020), embora não possa ser considerada uma grande cidade tendo em vista que possui população de 3.828 habitantes (IBGE, 2022) distribuídos em 1.147,407 km² (IBGE, 2022), com PIB *per capita* de R\$27.214,37.

A quarta cidade que menos recebeu repasses foi Coromandel, unicamente pelo subcritério índice conservação, que somou o montante de R\$14.406,11 no período de janeiro a maio de 2021. Destaca-se que o Município não recebeu repasses pelo subcritério índice de saneamento ambiental embora apresente índice de esgotamento sanitário adequado de 75,5% (IBGE, 2010), portanto, cumprindo ao menos um dos requisitos desse subcritério. Salienta-se que esse Município é mundialmente conhecido como "Terra do Diamante" em razão de se ter encontrado 15 dos 20 maiores diamantes brasileiros em seu solo (Machado, 2017), porém atualmente o garimpo não é sua principal atividade econômica, mas sim a produção de laticínios e o agronegócio com o cultivo de soja e milho (IBGE, 2020). Já acerca de seus dados socioeconômicos aferiu-se que a população é de 28.894 habitantes

(IBGE 2022), distribuídas em uma área de 3.313,313 km² (IBGE, 2022), com PIB *per capita* de R\$46.059,05 (IBGE 2020) e arborização de vias públicas de 83,8% (IBGE, 2010), sendo que este último fator não guarda relação com o subcritério índice de conservação ambiental.

Em quinto lugar encontra-se a cidade de Ituiutaba, com população de 102.217 habitantes (IBGE, 2022), território de 2.598,046 km² (IBGE, 2022), índice de arborização de vias públicas de 91,7% (IBGE, 2010) e PIB *per capita* no valor de R\$34.081,20 (IBGE, 2020), valor abaixo da média estadual apesar de o Município possuir uma das fábricas da Nestlé no Brasil, contribuindo para que a indústria seja responsável por 23,5% da economia de Ituiutaba (Caravela, 2022), e de ser sede de um dos campus da Universidade Federal de Uberlândia, com destaque para o curso de agronomia que contribui para a economia da cidade, uma vez que o agronegócio contribui com cerca de 6,6% da economia (Oliveira, 2013). No que concerne aos repasses de ICMS Ecológico, no período em estudo, a cidade recebeu o montante de R\$12.973,25, exclusivamente em razão do subcritério de índice de conservação, apesar de o Município apresentar índice de esgotamento sanitário adequado de 94,3% (IBGE, 2010), o que poderia tornar a cidade elegível para repasses pelo subcritério índice de saneamento ambiental.

Logo após, na Tabela, encontra-se o Município de Nova Ponte, o qual possui população de 14.598 habitantes (IBGE, 2022), distribuídos por um território com área de 1.111,011km² (IBGE, 2022), com PIB *per capita* de R\$79.020,94 (IBGE, 2020), sendo este impulsionado, principalmente, pelo setor de serviços com destaque para o comércio (Caravela, 2022). Além disso, o Município se destaca pelo seu potencial turístico em razão do lago formado pela represa da usina hidrelétrica (Nova Ponte, 2022) e por ser uma cidade bem planejada, possuindo índice de esgotamento sanitário adequado de 86,1% (IBGE, 2010) e índice de arborização de vias públicas de 58,6% (IBGE, 2010). Apesar disso, o Município se encontrar entre as oito cidades que menos receberam repesasses de ICMS Ecológico na região do Triângulo Mineiro/Alto

Paranaíba, porque entre janeiro e maio de 2021 recebeu apenas o total de R\$5.826,06 pelo subcritério de unidades de conservação (Fundação João Pinheiro, 2021), embora cumpra com ao menos um dos requisitos do índice de saneamento ambiental, pois possui esgotamento sanitário adequado em uma porcentagem superior ao exigido para o repasse.

Em sétimo lugar, encontra-se o Município de Araguari, com população de 117.808 habitantes (IBGE, 2022), o qual recebeu o montante total de R\$4.117,52 apenas pelo subcritério de índice de conservação (Fundação João Pinheiro, 2021), contudo, trata-se de uma cidade em desenvolvimento considerando que ainda possui uma área rural de 2.632 km² do total de 2.729,77 km² (IBGE, 2022). Menciona-se que esse Município possui índice de esgotamento sanitário adequado de 84,5% (IBGE, 2010), o que pode indicar que faz jus ao recebimento de repasses pelo subcritério índice de saneamento ambiental. Observa-se que as principais atividades econômicas da cidade são a produção de café, soja, laranja, milho, arroz, tomate, feijão, maracujá e uva, além da atividade pecuária que conta com 150 mil cabeças de gado para corte (Araguari, 2019), o que contribui para que o PIB *per capita* seja de R\$50.308,19 (IBGE, 2020), e índice de arborização de vias públicas de 92,4% (IBGE, 2010).

O último Município é Serra do Salitre, tendo recebido apenas o total de R\$2.475,50 pelo subcritério de índice de conservação entre janeiro e maio de 2021 (Fundação João Pinheiro, 2021), que se justifica em razão de a região possuir diversas trilhas e cachoeiras em áreas preservadas (Minas Gerais, 2022), porém, a cidade pode ser elegível para repasse pelo subcritério de índice de saneamento ambiental, pois cumpre o requisito de índice de esgotamento sanitário, uma vez que é de 71,5% (IBGE, 2010). Vale mencionar que esses fatores também são responsáveis pela atração de turistas, apesar de esse não ser o forte da economia local, tendo em vista que a cidade, de 11.801 pessoas (IBGE, 2022) e extensão territorial de 1.295,272 km² (IBGE, 2022), é conhecida por seu queijo artesanal e produção de café e batata (Minas

Gerais, 2022), o que contribui para que o PIB *per capita* de Serra do Salitre seja de R\$52.184,95 (IBGE, 2020). Por fim, observa-se que o índice de arborização de vias públicas é de 57,8% (IBGE, 2010), o qual não tem impacto para os repasses à título de ICMS Ecológico.

A partir dos dados apresentados, elaborou-se o gráfico abaixo com o somatório de todos os valores recebidos por cada subcritério pelos oito Municípios que menos receberam ICMS Ecológico no período estudado, conforme os dados da Fundação João Pinheiro (Fundação João Pinheiro, 2021). Em face desses dados, pode-se concluir que o subcritério mais cumprido pelos municípios foi o índice de conservação, tendo em vista que seis das oito cidades obtiveram repasses por sua causa, fato que pode ser explicado porque a maioria dos Municípios com pior desempenho possuem parques de conservação ambiental (Instituto Estadual De Floresta, 2021). Apesar disso, quando se observa os valores dos repasses, tem-se que esse subcritério corresponde a apenas 38,5% dos total de repasses para esses Municípios, o que indica que as áreas de conservação podem não ser extensas ou que não foram corretamente cadastradas para recebimento dos repasses.

Somatório dos valores dos Municípios de pior desempenho:

Total de R\$ 106.538,56 no período de janeiro a maio de 2021, distribuídos entre:

- Índice de Saneamento Ambiental:
Total de R\$65.520,61
- Índice de Unidades de Conservação:
Total de R\$ 41.017,95

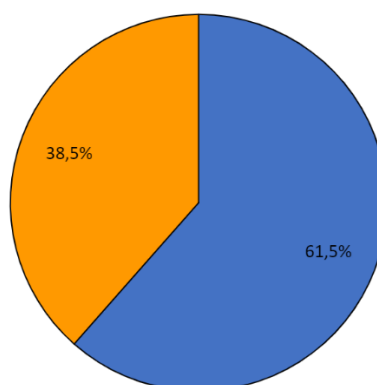


Gráfico elaborado pelas autoras deste artigo
Fonte: Fundação João Pinheiro (2021)

Por outro lado, o subcritério índice de saneamento ambiental correspondeu a 61,5% dos valores, apesar de apenas três Municípios terem recebido repasses por sua causa. Além disso, observou-se que todos essas

idades possuem índices de esgotamento sanitário superiores ao que exige art. 4º, inciso I, da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), mas cinco delas não receberam qualquer valor por isso, o que pode indicar desconhecimento desse direito ou ausência de cadastro desses dados para recebimento de ICMS Ecológico.

Já no que concerne ao subcritério mata seca, esse não se apresenta no gráfico, pois nenhum Município cumpriu os requisitos necessários para receber os repasses, isso se dá devido ao fato de esse subcritério estar atrelado aos biomas caatinga e cerrado, os quais estão localizados da região norte do Estado (Instituto Estadual De Florestas, 2021), portanto, abrangendo mesorregiões diversas do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba.

Conforme mencionado no subitem anterior, no que se refere ao índice de arborização de vias públicas, não foi possível traçar uma relação entre esse e os índices de conservação, uma vez que, de acordo com a legislação estadual, para que os Municípios recebam repasses por esse critério é preciso que possuam unidades de conservação ou área de reserva indígena em seu território, conforme estabelece o art. 4º, inciso II, da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009). Desse modo, se a arborização de vias públicas não fizer parte de uma unidade de conservação, não há repasses por esse critério. Contudo, o índice de arborização deveria ser um dos critérios do índice de conservação para obtenção dos valores a título de ICMS Ecológico, já que serviria como uma forma de incentivar o plantio de árvores em vias públicas e, como consequência, haveria uma melhora na qualidade do ar dos centros urbanos, assim como uma redução na temperatura do ambiente devido a evapotranspiração realizada pelas árvores (Barbosa, 2016).

No que se refere ao sexto objetivo de desenvolvimento do milênio (ODS6) e à Lei nº 14.026 (Brasil, 2020), conforme já mencionado no subitem 3.1, as metas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Lei diferem quanto à meta a ser atingida, pois para a ONU esse prazo é até o ano de 2030 e para a Lei 2033. Além disso, a mencionada Lei não apresenta

uma proposta de acesso ao tratamento e coleta de esgoto de forma universal como previsto no ODS 6, pois ela define como meta alcançar 90% da população até o fim do prazo. Assim, de acordo com essas informações, pode-se perceber que dentre os Municípios analisados nesse subitem, dois já alcançaram a meta, sendo eles: Araporã e Ituiutaba. Já os Municípios Monte Alegre de Minas, União de Minas, Coromandel, Nova Ponte, Araguari e Serra do Salitre (Fundação João Pinheiro), mesmo estando com esse índice acima do que exige a Lei do ICMS Ecológico, ainda não alcançaram o mínimo de 90% que se objetiva até 2033 e o cenário não é promissor, pois não se observa uma movimentação governamental para as obras necessárias para que a população tenha acesso adequado à coleta e ao tratamento de esgoto. Da mesma forma, não se vê esforços para proteção e restauração de ecossistemas relacionados à água, meta que deveria ter sido atingida em 2020, conforme estabeleceu o ODS 6.

3.3. Municípios que não receberam nenhum repasse a título de ICMS Ecológico

Neste subitem serão analisados oito Municípios da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba que não receberam repasses de ICMS Ecológico no período de janeiro a maio de 2021. Contudo, como nessa Mesorregião os dados da Fundação João Pinheiro apontam que dezessete Municípios não receberam qualquer valor, analisou-se os repasses para esses Municípios entre 2011 e 2021 a fim de encontrar aqueles que menos receberam ICMS Ecológico ao longo do tempo, tendo como resultado as seguintes oito cidades: Arapuá, Abadia dos Dourados, Centralina, Estrela do Sul, Fronteira, Ipiacu, Iraí de Minas e Capinópolis (Fundação João Pinheiro, 2021).

Diante desse resultado, passou-se a análise das características básicas desses Municípios como população, área territorial, PIB *per capita*, porcentagem de domicílios com esgotamento sanitário adequado e porcentagem de arborização das vias públicas, seguindo o que foi realizados nos subitens 3.1 e 3.2, para que, por meio desses dados, possa-se observar se há um padrão entre as características de cada Município e se há uma relação entre esses aspectos e o fato desses Municípios não terem recebidos repasses por nenhum subcritério da Lei nº 18.030 (BRASIL, 2009).

A primeira cidade a ser abordada é Abadia dos Dourados, possuindo 6.272 habitantes (IBGE, 2022), área geográfica de 880,461 km² (IBGE, 2022) com PIB *per capita* de R\$21.962,98 (IBGE, 2019), tendo como principal fonte da economia a pecuária com a criação de bovinos para leite (IBGE, 2020) e a agricultura com o cultivo de café e milho (IBGE, 2020). Acerca do ICMS Ecológico, embora não tenha recebido qualquer repasse entre janeiro e maio de 2021, esse Município possui índice de esgotamento sanitário adequado de 59,9% e arborização de vias públicas de 75,9% (IBGE, 2010), fatores que indicam que essa cidade deveria receber algum repasse em razão do subcritério índice de conservação e índice de saneamento ambiental.

A segunda cidade a ser apresentada, que também não recebeu nenhum repasse a título de ICMS Ecológico, foi Arapuá, cuja população é 2.631 habitantes (IBGE, 2022), numa extensão territorial de 173,894 km² (IBGE, 2022), com PIB *per capita* de R\$56.790,19 (IBGE, 2019) e com índice de arborização de vias públicas de 65,2% (IBGE, 2010). Acerca de sua economia, Arapuá tem como base a indústria, o gado de leite e a cafeicultura (IBGE, 2020). Destaca-se que, conforme o Município anterior, essa cidade possui esgotamento sanitário adequado de 74% (IBGE, 2010), o que indica que esse Município deveria receber repasses pelo subcritério índice de saneamento ambiental.

Em seguida, o Município de Capinópolis possui 14.655 habitantes (IBGE, 2022), com PIB *per capita* de R\$31.609,18 (IBGE, 2020) e sua área

perfaz 620,716 km², dispondo de 94% de arborização de vias públicas (IBGE, 2022). Sua economia é composta pelo setor de serviços, com empregos concentrados nas áreas de educação e saúde, e pela agropecuária com o cultivo da cana de açúcar e da criação de gado (IBGE, 2020). Em relação ao esgotamento sanitário adequado seu índice é de 95,1% (IBGE, 2010), valor incompatível com o fato desse Município não ter recebido qualquer repasse à título de ICMS Ecológico no período estudado.

A quarta cidade a ser tratada é Centralina, com 10.207 habitantes (IBGE, 2022), perfazendo uma área de 322,385 km² (IBGE, 2022), possuindo arborização de vias públicas de 95,1% (IBGE, 2010) e possuindo PIB *per capita* de R\$29.526,87 (IBGE, 2020), cuja maior parte é composto pelo setor de serviços, com destaque para educação e saúde, sendo seguida pela agropecuária com gado para leite e cultivo de abacaxi, cana de açúcar e milho (IBGE, 2020). Esse Município possui índice de esgotamento sanitário de 40% (IBGE, 2010), assim, apresentando valores que condizem com o fato de não ter recebido qualquer repasse de ICMS Ecológico, contudo, exibindo uma característica diferente dos Municípios anteriores, que possuem altos índices de esgotamento sanitário.

Em sequência, a cidade analisada é Estrela do Sul, com população de 6.840 pessoas (IBGE, 2022), área geográfica de 822.454 km² (IBGE, 2022), arborização de vias públicas de 75,7% (IBGE, 2010) e PIB *per capita* R\$47.370,87 (IBGE, 2020), o qual possui como sua principal fonte a agropecuária com a criação de gado e com o cultivo de café, milho, soja e batata (IBGE, 2020). No que se refere ao índice de esgotamento sanitário adequado, essa cidade possui 74,1% (IBGE, 2010), índice que não condiz com o fato desse Município não ter recebido qualquer valor de ICMS Ecológico, situação semelhante ao da maioria dos Municípios analisados neste subitem.

O sexto Município a ser estudado é Fronteira, cuja população é de 14.533 habitantes (IBGE, 2022), distribuídos por uma área de 199,987km² (IBGE, 2022), com arborização de vias públicas de 89% (IBGE, 2010) e PIB

per capita R\$55.202,89 (IBGE, 2020), o qual tem como fonte a indústria e o setor de serviços, com trabalhadores no setor de limpeza e conservação de áreas públicas, assistentes administrativos e vigia (Caravela, 2022). Menciona-se que a cidade é considerada turística em razão de seus recursos naturais e em razão de ter sido planejada para ser uma cidade modelo, assim possuindo largas avenidas arborizadas e uma boa infraestrutura (Minas Gerais, 2022). Esse Município não recebeu qualquer repasse de ICMS Ecológico no período analisado, contudo possui índice de esgotamento sanitário adequado de 96,3% (IBGE, 2010), de modo que possui ao menos um dos requisitos necessários para recebimento de repasses em razão do índice de saneamento ambiental.

Logo após, o sétimo Município que não recebeu repasses a título de ICMS Ecológico é a pequena cidade Ipiacu, cuja População é 3.775 pessoas (IBGE, 2022), espalhadas por uma área de 466,020km² (IBGE, 2022), com arborização de vias públicas de 99,4% (IBGE, 2010) e com PIB *per capita* de R\$33.566,07 (IBGE, 2020), o qual é composto majoritariamente pela agropecuária com cultura da cana de açúcar e a criação de bovinos para corte (Caravela, 2022). Destaca-se que esse Município possui índice de esgotamento sanitário adequado de 92,9% (IBGE, 2010), valor acima do mínimo necessário para o recebimento de ICMS Ecológico em razão do índice de saneamento ambiental (Minas Gerais, 2009).

Na direção dos Municípios anteriores está Iraí de Minas, mesmo tendo índice de esgotamento sanitário adequado de 86,9% (IBGE, 2010), acima do mínimo legal exigido para o recebimento de repasses pelo índice de saneamento ambiental, não recebeu qualquer valor a título de ICMS Ecológico no período de janeiro a maio de 2021 (Fundação João Pinheiro, 2021). Acerca das condições socioeconômicas do Município tem-se que sua população é 7.180 pessoas (IBGE, 2022), extensão territorial de 356,264km² (IBGE, 2021), índice arborização de vias públicas de 38,8% (IBGE, 2010) e PIB *per capita* no valor de R\$30.034,20 (IBGE, 2020), tendo como principais

fontes o setor de serviços, impulsionado pela logística de transportes e comércio atacadista de matérias primas agrícolas, e a agricultura com o cultivo do café (Caravela, 2022).

Diante dos dados apresentados acima, observa-se que dos oito Municípios analisados que não receberam repasses a título de ICMS Ecológico no período de janeiro a maio de 2021, ao menos sete cumprem com um dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 18.030 (Minas Gérias, 2009), que é o atendimento de no mínimo 50% da população urbana com esgotamento sanitário adequado. O único Município que não cumpriu com esse requisito foi Centralina, cujo índice de esgotamento sanitário adequado é de 40% (IBGE, 2010). Assim, ante essa situação, é possível que esses Municípios tenham direito ao recebimento de ICMS Ecológico pelo subcritério índice de saneamento ambiental, pois possuem índice de esgotamento sanitário dentro dos parâmetros da lei, porém, além disso, é preciso que esses Municípios tenham sistema de tratamento ou disposição final do lixo acima de 70%.

Acerca dos subcritérios de índice de conservação e índice de mata seca, o direito ao recebimento de ICMS Ecológico não está relacionado diretamente a uma ação do Município, como é o caso do índice de saneamento ambiental, porque no caso do subcritério índice de conservação é preciso que o Município possua unidades de conservação ou área de reserva indígena devidamente cadastrados, autorizados e de acordo com todos os requisitos do regulamento, conforme dispõe o art. 4º, inciso II da Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009). Já no que concerne ao subcritério mata seca, seus repasses são restritos a uma região do Estado de Minas Gerais, porque o requisito está atrelado à ocorrência de mata seca, que de acordo com a Lei 17.353 (Minas Gerais, 2008) corresponde a um complexo vegetacional que varia de caatinga hiperxerófila e caatinga arbórea a floresta estacional decidual e semidecidual, sendo encontrado apenas na região norte do Estado, sendo que a Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba não se localiza ao norte de Minas Gerais,

portanto, não possuindo a vegetação específica da mata seca e, portanto, não sendo possível o recebimento de repasses pelo subcritério mata seca.

No que compete ao índice de arborização, consoante ao que foi explicado nos subitens 3.1 e 3.2, não é possível relacioná-lo aos repasses de ICMS Ecológico, pois esse não é um dos requisitos da lei. Contudo, considera-se que seria um bom critério, pois incentivaria os Municípios ao plantio de árvores e teria uma eficácia maior do que apenas considerar unidades de conservação ou reservas indígenas devidamente registradas. No caso dos oito Municípios que não receberam repasses, sete possuem índice de arborização acima de 60%, quais sejam: Arapuá, Abadia dos Dourados, Capinópolis, Centralina, Estrela do Sul, Fronteira e Ipiacu (IBGE, 2010). Assim, caso esse índice fosse um critério, o Município de Iraí de Minas poderia ser estimulado a aumentar a arborização de vias públicas para atingir ao menos 50% e os outros sete Municípios poderiam alcançar índices mais altos, o que melhoraria a qualidade de vida da população, conforme foi explicado no subitem 3.2.

Acerca do ODS 6 e da Lei nº 14.026 (Brasil, 2020), esses Municípios se encontram em uma situação mais difícil do que os analisados nos subitens 3.1 e 3.2, pois nenhum deles recebeu repasses de ICMS Ecológico pelo subcritério de índices de conservação, o que indica que não estão sendo incentivados a buscar a conservação de ecossistemas relacionados à água, conforme proposto pelo ODS 6 e pela lei federal. Porém, no que compete à meta de proporcionar tratamento de esgoto a 90% da população, os Municípios de Capinópolis, Fronteira e Ipiacu já alcançaram esse objetivo e os outros Municípios se encontram em situação semelhante aos analisados anteriormente nos subitens 3.1 e 3.2 e, por se tratarem de cidades cuja extensão e população é pequena, poderão encontrar maior dificuldade de promover obras de infraestrutura para melhorar o índice de esgotamento sanitário.

Conclui-se que há um padrão nos Municípios que não receberam repasses, porque todos se encontram abaixo dos 16 mil habitantes, portanto, sendo consideradas cidades pequenas, as quais possuem PIB *per capita* e

economia semelhantes, composta predominantemente pelo setor de serviços e pela agropecuária. Além disso, a maioria desses Municípios possui esgotamento sanitário adequado para mais de 50% de sua população (IBGE, 2010), situação, que conforme mencionado acima, indica uma falta de compreensão da legislação do ICMS Ecológico por parte dos governantes desses Municípios, o que impacta na adesão ao projeto e, conseqüentemente, na proteção ambiental, que é o objetivo desse incentivo.

4. Propostas de Implementação e Ampliação do ICMS Ecológico para a Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba

A análise da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba permite concluir que a distribuição de receitas oriundas do ICMS Ecológico, regulado pela Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), são pouco expressivas. Salienta-se que, mesmo dentre aqueles Municípios que mais receberam repasses, o valor obtido é reduzido e restrito ao subcritério de índice de saneamento ambiental, fato que se repete dentre os Municípios com pior desempenho (Fundação João Pinheiro, 2021). Além disso, 17 Municípios sequer receberam repasses, o que representa cerca de $\frac{1}{4}$ do total das cidades dessa Mesorregião.

A situação apresentada acima vai de encontro à função extrafiscal do ICMS Ecológico de estimular a prática de “ondas verdes” por meio do repasse de parcelas maiores desse tributo (Mello; Souza; Costa, 2020, p. 2647), pois se esses Municípios estão recebendo poucos valores ou não estão recebendo, é um sinal que o projeto não está cumprindo seu papel de incentivar condutas que visem a preservação ambiental. Diante dessa circunstância, fica evidente que a divulgação das informações sobre o procedimento para recebimento de ICMS Ecológico é ineficiente, pois não atinge seu público alvo, os governantes dos Municípios, que são aqueles que podem implementar essas políticas ambientais desejadas. Dessa forma,

diante desse dados, as propostas a seguir se fazem necessárias, pois visam o aprimoramento do ICMS Ecológico para que consiga cumprir sua função.

Desse modo, ante a importância da preservação ambiental, o governo estadual deve ampliar a divulgação do ICMS Ecológico de forma acessível, didática e compreensível, atingindo não só os governos municipais, mas também toda a população, pois essa pode cobrar que seus governantes cumpram os requisitos para recebimento de repasses. De forma a alcançar esse público, o Estado de Minas Gerais pode se valer da divulgação do projeto nos meios de comunicação, como televisão, rádio e as redes sociais, convidando os governantes e a população a conhecerem o projeto e buscarem seguir suas diretrizes. Além disso, pode se utilizar de banners em seu site que direcionem para informações sobre o ICMS Ecológico em Minas Gerais, quais Municípios tiveram melhor desempenho e quais foram os melhores projetos de desenvolvimento sustentável no Estado.

Acerca da utilização dos valores recebidos nesses repasses, não há na legislação estadual qualquer informação sobre a destinação desses, de forma que podem ser utilizados como os Municípios desejarem e não apenas para o investimento em políticas ambientais (Mello; Souza; Costa, 2021, p. 2656). Assim, devido ao fato de a receita do ICMS Ecológico em Minas Gerais não ser vinculada à aplicação em programas ambientais, esse tende a não cumprir o seu caráter extrafiscal.

Desse modo, a vinculação de receitas do ICMS Ecológico apresenta-se como o melhor meio de estimular condutas de preservação ambiental, tendo em vista que o propósito desses repasses não é de apenas incrementar a receita dos Municípios, mas de incentivar projetos cujo objetivo é um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Mello; Souza; Costa, 2021, p. 2674), como o projeto Disque Mata Atlântica, criado pela prefeitura de Salvador, cujo objetivo é incentivar o plantio de mudas nativas desse bioma, para isso a prefeitura disponibilizou telefones para que a população possa, sem qualquer custo, solicitar mudas para o plantio em seu quintal ou nas ruas da capital

(Salvador, 2022) ou como o projeto Universidade Rio, o qual aproxima a prefeitura do Rio de Janeiro das Universidades por meio de ciclos de palestras, oficinas, fóruns de debates e estágios, sendo que todos esses projetos tem como objetivo o desenvolvimento sustentável (Rio de Janeiro, 2022).

Ressalta-se que essa vinculação não fere a autonomia da gestão de recursos dos Municípios, pois esses ficariam livres para aplicar os recursos em qualquer projeto que vise o desenvolvimento sustentável, assim prevalecendo a extrafiscalidade do ICMS Ecológico, contudo, essa vinculação deve ser flexível para que, em casos de crises ou calamidades públicas, esses recursos possam ser alocados nas áreas mais atingidas da economia (Mello; Souza; Costa, 2021, p. 2675). Entretanto, independentemente desse recurso ser utilizado para o meio ambiente ou, excepcionalmente, para outras áreas, o Município deve prestar as contas de como esse repasse foi utilizado, mesmo que seja ínfimo, tendo em vista que o art. 48 da Lei Complementar nº 101 (Brasil, 2000) estabelece como regra a transparência da gestão fiscal e ampla divulgação, incluindo meios eletrônicos de acesso ao público.

No tocante a projetos de política ambiental, a Lei nº 18.030 (Minas Gerais, 2009), em seu subcritério índice de saneamento ambiental, apenas incentiva os Municípios a implementarem esgotamento sanitário adequado e coleta de lixo, porque somente apresenta porcentagens mínimas para esses dois serviços, porém deveria abranger também o abastecimento de água potável e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, pois assim se alcançaria o saneamento básico nos termos da Lei 11.445 (Brasil, 2007), além de auxiliar no cumprimento dos objetivos do ODS 6 e da Lei 14.026 (Brasil, 2020). No entanto, para que isso seja possível é necessário incentivo e investimento em políticas ambientais, assim, o ICMS Ecológico com sua função extrafiscal pode auxiliar nesses objetivos acrescentando como requisitos porcentagens mínimas de abastecimento de água potável e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, como por exemplo o que ocorre

no Estado do Paraná, em que a Lei Complementar nº 59 (Paraná, 1991) estabelece que dos 5% de ICMS destinados ao meio ambiente 50% são para os Municípios com mananciais de abastecimento público.

Nessa seara, outro subcritério que merece aprimoramento é o índice de conservação, porque apenas abarca as unidades de conservação e áreas de reserva indígena cadastradas, o que não dá oportunidade para os Municípios explorarem a preservação ou restauração de áreas verdes. Nesse caso, é interessante a adoção de outros requisitos para esse subcritério, como estabelecer uma porcentagem de arborização de vias públicas ou criação de áreas verdes, de preferência que visem o plantio de vegetação de biomas em risco, levando em consideração que quanto mais áreas verdes nos centros urbanos, melhor será a qualidade do ar e menor a temperatura (Barbosa, 2016). Além desse requisito, é relevante premiar com repasses Municípios que possuem projetos de reflorestamento, pois é necessário a minimização dos danos do passado conjuntamente com a conservação para que se possa ter um meio ambiente devidamente equilibrado. Nessa seara, o Município de Curvelo possui a Lei nº 3.458 (Curvelo, 2021), que estabelece regras de plantio e replantio de árvores em áreas públicas com objetivo de recuperar e preservar a biodiversidade nativa.

No tocante ao subcritério mata seca, o qual visa proteger a vegetação desse bioma encontrado na Região Norte de Minas, esse deveria abranger outros biomas em risco, como o cerrado e a mata atlântica, pois ambos são considerados *hotspots*, conceito criado por Norman Myers que estabeleceu dez áreas mundiais cuja preservação é importante, levando em consideração a quantidade de biodiversidade existente na área e o grau de devastação já sofrido (*Conservation International*, 2022, p. 7). Além disso, esses dois biomas encontram proteção no texto da Lei nº 20.922 (Minas Gerais, 2013), que dispõe sobre políticas públicas e proteção à biodiversidade do Estado de Minas Gerais. Diante disso, faz-se necessário a utilização da função extrafiscal do ICMS Ecológico para incentivar políticas públicas que visem a preservação e

reflorestamento desses biomas, como o já mencionado *delivery* de mudas da mata atlântica que ocorre em Salvador ou o Projeto Onda Verde, realizado na baixada fluminense no Rio de Janeiro com o plantio de mais de dois milhões de mudas para recuperação da mata atlântica (Onda Verde, 2022). Assim, Municípios que possuem projetos de plantio de vegetação ou de conservação desses biomas deveriam ser incluídos neste subcritério, recebendo repasses os quais deverão ser utilizados para políticas de desenvolvimento sustentável, conforme explicado acima.

Destaca-se que para a realização de todas essas propostas é indispensável o auxílio da tecnologia com o uso das redes sociais e aplicativos para divulgação e transparência dos projetos, além do estabelecimento de um canal de comunicação através do qual a população possa informar situações de desmatamento, solicitar o plantio de árvores nas vias públicas, exigir o saneamento básico adequado e outras questões de desenvolvimento sustentável que devem ser cobradas do Poder Público. Nesse sentido, o Estado do Rio de Janeiro criou o Observatório do ICMS Ecológico, um site através do qual é possível que gestores municipais e a sociedade tenham acesso à legislação e às informações referentes a esse benefício, além de poderem acompanhar os dados dos repasses, como os rankings de desempenho dos Municípios de acordo com cada critério do ICMS Ecológico no Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, 2022). Ainda nesse aspecto, a tecnologia pode apresentar ferramentas que possibilitem o monitoramento das áreas de preservação não só no aspecto da proteção, mas da análise do solo e do clima, de modo a apresentar as dificuldades e necessidades específicas de cada região monitorada.

7. Considerações Finais

A partir do estudo realizado acerca da legislação do ICMS Ecológico em Minas Gerais, pontuou-se que, para que os Municípios recebam os repasses é

necessário que cumpram ao menos um dos seguintes subcritérios: índice de saneamento ambiental, índice de conservação e índice mata seca. Assim, foi possível observar o caráter extrafiscal desse incentivo fiscal, já que não se refere a mera arrecadação de tributo, mas a repartição da receita do ICMS com finalidade de preservação do meio ambiente.

Diante dessa informação, passou-se à análise do desempenho dos Municípios da Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba, selecionando-se para esse artigo o total de vinte e quatro municípios, sendo oito com melhor desempenho, oito com pior e oito que nem sequer receberam repasses, no período delimitado entre janeiro e maio de 2021. Desse modo, diante da investigação de quais subcritérios cada Município conseguiu ou não aderir, quanto receberam ao longo dos meses estudados e dados socioeconômicos, chegou-se às seguintes conclusões:

Dentre os oito Municípios que tiveram o melhor desempenho no tocante ao ICMS Ecológico na Mesorregião do Triângulo Mineiro/Alto Paranaíba todos receberam repasses em razão do subcritério índice de saneamento ambiental, apenas dois Municípios receberam pelo subcritério índice de conservação e nenhum desses auferiu valores no subcritério índice mata seca.

Entre os oito Municípios com o pior desempenho dessa Mesorregião, três receberam repasses em razão do subcritério índice de saneamento ambiental, seis receberam pelo subcritério índice de conservação e nenhum obteve valores pelo subcritério índice mata seca.

A maioria dos oito Municípios que não auferiram valores de repasse de ICMS Ecológico possuem índice de esgotamento sanitário acima do estipulado pela Lei Robin Hood para terem direito ao incentivo, indicando um desconhecimento da legislação.

Assim, após a realização de um panorama desses Municípios e da comparação entre suas realidades, observou-se que o ICMS Ecológico precisava ser melhor implementado e ampliado na Mesorregião em estudo, já que é um direito dos Municípios auferirem mais receita e, também, funciona

como um instrumento para alcançar as metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, além de melhorar a qualidade de vida da população. Levando essas questões em consideração, apresentou-se as seguintes propostas para o futuro da Lei Robin Hood: ampliação da divulgação do incentivo, vinculação da receita de ICMS Ecológico, criação de um requisito no subcritério índice de saneamento ambiental que estabeleça porcentagens mínimas de água potável e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, adoção de outras condições para o subcritério índice de conservação como porcentagem de arborização de vias públicas e reflorestamento, expansão do subcritério mata seca para proteger outros biomas em risco e utilização da tecnologia para divulgação, transparência e comunicação.

Por fim, a partir desse estudo, concluiu-se que é necessário que tanto os Municípios, quanto a população dessa Mesorregião conheçam e entendam o ICMS Ecológico no Estado de Minas Gerais para que a função extrafiscal desse incentivo atinja plenamente seu objetivo de estimular a proteção e conservação do meio ambiente.

Referências

- ARAGUARI. Prefeitura Municipal de Araguari. **Notícias**: 131 de desenvolvimento, 27 ago. 2019. Disponível em: <https://araguari.mg.gov.br/noticias/araguari-131-de-desenvolvimento>. Acesso em: 7 ago. 2023.
- ARAPORÃ. Prefeitura Municipal de Araporã. **Atividades Econômicas**. Disponível em: <https://www.arapora.mg.gov.br/municipio/atividades-economicas>. Acesso em: 7 ago. 2023.
- BARBOSA, Erica Caverzam. **Influência da vegetação nas condições microclimáticas em ambientes urbanos** – estudo de caso ilha do fundão. Dissertação (graduação em engenharia ambiental) – Escola Politécnica, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://drhima.poli.ufrj.br/index.php/br/tcc>. Acesso em: 7 ago. 2023.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>. Acesso em: 7 ago. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Brasília, DF: Presidência da República, [2022]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. **Parna da Serra da Canastra**. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/assuntos/biodiversidade/unidade-de-conservacao/unidades-de-biomas/cerrado/lista-de-ucs/parna-da-serra-da-canastra/parna-da-serra-da-canastra>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 maio 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRUSIQUESI, Carlos, et. al. Nióbio: um elemento químico estratégico para o Brasil. **Revista Quim Nova**, São Paulo, vol. 42, nº 10, p. 1184-1188, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21577/0100-4042.20170442>. Acesso em: 7 ago. 2023.

CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL. **Hotspots**: As regiões biologicamente mais ricas e ameaçadas do planeta. [S.l.], “s.d.”. Disponível em: <https://www.conservation.org/brasil/publicacoes>. Acesso em: 7 ago 2023.

CURVELO. **Lei nº 3.458, de 22 de setembro de 2021**. Dispõe sobre a arborização urbana, estabelece as regras de plantio, replantio, supressão, poda e transplante de vegetação de porte arbóreo no Município de Curvelo e revoga a Lei Municipal nº 1.501, de 10 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/mg/c/curvelo/lei-ordinaria/2021/346/3458/lei-ordinaria-n-3458-2021-dispoe-sobre-a-arborizacao-urbana-estabelece-as-regras-de-plantio-replantio-supressao-poda-e-transplante-de-vegetacao-de-porte-arboreo-no-municipio-de-curvelo-e-revoga-a-lei-municipal-n-1501-de-10-de-dezembro-de-1990?q=arboriza%E7%E3o>. Acesso em: 07 ago. 2023.

CUSTODIO, Carolina Fernandes, et. al. Caravela Dados e Estatísticas, 2021. **Página Inicial**. Disponível em: <https://www.caravela.info>. Acesso em: 7 ago. 2023.

EMBRAPA. **Mata Seca**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/cerrados/colecao-entomologica/bioma-cerrado/mata-seca>. Acesso em: 7 ago. 2023.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Lei Robin Hood - Transferências pesquisa por critérios**. Disponível em: http://fjp.mg.gov.br/robin-hood/index.php/transferencias/index.php?option=com_jumi&fileid=15. Acesso em: 7 ago. 2023.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades e Estados**. Minas Gerais. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio>. Acesso em: 3 ago. 2023.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Cidades**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em: 3 ago. 2023.

IEF. Instituto Estadual de Floresta. **Unidades de Conservação**. Disponível em: <http://www.ief.mg.gov.br/unidades-de-conservacao>. Acesso em: 7 ago. 2023.

IPSA. Instituto de Planejamento e Desenvolvimento Sustentável de Araxá. **Principais Atividades Econômicas**. Disponível em: <http://ipdsa.org.br/menu/link/114/principais-atividades-economicas>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MELLO, Elizabete Rosa de; SOUZA, Kerolyn Reis de; COSTA, Thais Silva da. Análises críticas do ICMS Ecológico nos Estados brasileiros. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 12, nº 4, p. 469-507, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/53878>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Deliberação Normativa COPAM nº 234, de 24 de julho de 2019. Estabelece regras para aplicação do fator de qualidade referente às unidades de conservação e áreas de reserva indígena, de que trata a Lei nº 18.030, de 12 de janeiro de 2009, que dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=49401>. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, MG, 03 ago. 2019. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. **Estado de Minas Gerais - Meso e Microrregiões do IBGE**. Site Minas On-line atualizado em dezembro de 2010. Disponível em: https://www.mg.gov.br/sites/default/files/paginas/arquivos/2016/ligminas_10_2_04_listamesomicro.pdf. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Fecomércio. Estudo sobre as regiões de planejamento de Minas Gerais: Alto Paranaíba. **Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais, Novembro de 2018**. Disponível em: <https://www.fecomerciomg.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Projeto-Estadual-Alto-Paranai%CC%81ba.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Fecomércio. Estudo sobre as regiões de planejamento de Minas Gerais: Triângulo Mineiro. **Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais, Novembro de 2018**. Disponível em: <https://www.fecomerciomg.org.br/news/fecomercio-mg-apresenta-estudo-sobre-o-triangulo-mineiro/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Instituto Estadual de Florestas. **Cobertura vegetal de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.ief.mg.gov.br/florestas>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Lei nº 12.040, de 28 de dezembro de 1995. Dispõe sobre a distribuição do produto de arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, MG, 29 dez. 1995. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=2308#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20distribui%C3%A7%C3%A3o%20da,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Lei nº 18.030 de 12 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da Arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, MG, 13 jan. 2009. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2009/118030_2009.htm. Acesso em: 7 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Lei nº 20.922, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, MG, 17 out. 2013. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=30375>. Acesso em: 7 ago. 2023.

NOVA PONTE. Prefeitura Municipal de Nova Ponte. **Município**. Disponível em: <https://www.novaponte.mg.gov.br/site/municipio>. Acesso em: 7 ago. 2023.

OLIVEIRA, Hélio Carlos Miranda de. **Urbanização e cidades**: análises da microrregião de Ituiutaba - MG. 2013. Dissertação (doutorado em geografia) - Instituto de Geografia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013, p. 159-189. Disponível em: <http://clyde.dr.ufu.br/bitstream/123456789/15977/1/UrbanizacaoCidadesAnalise.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

ONDA VERDE. **Página Inicial**, 2022. Disponível em: <https://www.ondaverde.org.br/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

PARANÁ. **Lei Complementar nº 59, de 01 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a repartição do ICMS, a que alude o art. 2º da Lei nº 9.491, de 21 de dezembro de 1990, aos Municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=8383&codItemAto=77842>. Acesso em: 7 ago. 2023.

RIBEIRO, José Felipe; WALTER, Bruno Machado Teles. Fitofisionomias do bioma cerrado. In: SANO, Sueli Matiko; ALMEIDA, Semíramis Pedrosa de (Ed.). **Cerrado**: ambiente e flora. Planaltina: EMBRAPA-CPAC, 1998. p. 89-166. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/136069/1/fitofisionomias-do-Bioma-Cerrado-2.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2023.

RIO DE JANEIRO. Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. **Universidade Rio**. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/universidade-rio/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

RIO DE JANEIRO. Observatório do ICMS Ecológico, 2022. **Página inicial**. Disponível em: <http://icmsecologikorj.com.br/>. Acesso em: 7 ago. 2023.

STACCIARINI, João Henrique Santana; PEREIRA, Mirlei Fachini Vicente. O setor sucroenergético no Triângulo Mineiro: crescimento econômico e manutenção das desigualdades sociais nas “cidades da cana”. **Ateliê Geográfico**, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 55–74, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/atelie/article/view/46969>. Acesso em: 7 ago. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. **Nossos Campi**: Campus Monte Carmelo. Monte Carmelo, 08 jul. 2016 Disponível em: <https://ufu.br/unidades-organizacionais/campus-monte-carmelo>. Acesso em: 7 ago. 2023.

Artigo recebido em: 07/02/2023.

Aceito para publicação em: 14/08/2023.

The law is (not) moral: turnaround of values on the current legal theory

El derecho (no es) moral: cambio de valores en la teoría legal actual

Edimar Inocência Brígido¹

Abstract: To better understand the nature of law and its relation to the world of values that instigate researchers all over the world. Therefore appealing to the bibliographical review method, this article intends to point out some of the conceptual bases that enable a structuring of a positive legal experience, as well as the reasons that propitiated the disruption of an axiological dimension, particularly in the first decades of XX century. Our aim consists in identifying the turnaround values that enable the rapprochement among law, moral and justice.

Keywords: Legal positivism, values, Plain theory of law, positivism

Resumen: Para comprender mejor la naturaleza del derecho y su relación con el mundo de los valores que instigan a investigadores de todo el mundo, este artículo recurre al método de revisión bibliográfica. El objetivo es señalar algunas bases conceptuales que permiten estructurar una experiencia legal positiva, así como las razones que propiciaron la interrupción de una dimensión axiológica, particularmente en las primeras décadas del siglo XX. Nuestro propósito consiste en identificar los valores de cambio que posibilitan el acercamiento entre el derecho, la moral y la justicia.

Palabras clave: Positivismo jurídico, valores, Teoría pura del derecho, postpositivismo

1. Introduction

The Troy War was eternalized in Romero's Iliad. The narrative evidenced the effort of the kidnapping of queen Helena by the young prince

¹ Doutor e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Ética pela mesma instituição. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Ciências da Religião pela Facel. Graduado em Filosofia pela PUCPR. É professor e coordenador do Curso de Filosofia da Faculdade Vicentina; Professor e coordenador do curso de Pós-graduação em Ética e Direitos Humanos da Faculdade Vicentina; Professor de Filosofia do Direito no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e na Faculdade Pan-Americana (FAPAD).

Páris. Menelau, the king of Sparta and Helena's husband, declares war on the Trojans, beginning an armed conflict that would last the next ten years. The epic battle that follows, was closely monitored by the sight of gods, in a contest that involves honor, bravenes and justice.

It was from Homeric poetry that the law became exalted with supreme value, constituting as a reality that should be seen by all. The poet shows what justice does, although not by what it really is, hence, the great questions to be investigated, and this will be a task assumed, in particular by Socrates philosophers, that consist in indicating the nature of justice, as well as its probable relation with moral and the law. It is true to say that among the elder greek there wasn't any specific word to refer to the law. just as IUS, as The Roman for exemple, which made the term even more confusing as a right or or equity. A great part of them considered research for justice as its essential meaning, many times intending the law concept. However, it was Platon the pioneer to invest the subject with a philosophical caracter converting justice in a normative principle, basing, afterwords, to Aristotle's Legal Philosophy.

Among many possible approaches, it is legal to assume that the finality of law consists in legally general discipline of the society. Although, it is not about regulatingall and every single human conduct, however the ones that are only fundamentals to enable a peaceful life in an organized society. If a happy life in society is the craved ending, law is the path that makes possible reaching the end (GRANERIS, 1961).

Presented with the undeniable relevance of the question, it is not surprising that currently, among many legal matters of singular importance, the concept of law occupies a privileged position in academies once again. It is known that law philosophy, the only discipline engaged with the study of truth of law, philosophers, law philosophers and jurists have been discussing the subject, seeking for a new direction to it. Appealing to the bibliographic review method, our effort is added to many others that search to understand what is the law, identifying its presumably relation with the moral, specially

with justice.

2. The philosophical roots of contemporary law

The philosophical study of law can be divided into two parts, though apparently antagonistic, they are as a matter of fact complementaries; it regards the pre contemporary law and the contemporary law. Although this division could be useful from the methodological point of view, its values abide a lot more on the content that each part preserves, once indicating in a timely manner the change of perspective that the theme suffered along the history, specifically regarding the study developed by western law tradition.

The pre contemporary law refers to intellectual efforts disposed initially by thinkers pre socratic, known up to Illusionism, with the final cooperation and decisiveness of Kant. During all the course, the studies about law can be considered indirect or implicit, according to Miguel Reale's lessons (2013, p. 280), once the object in analyses wasn't related to law itself, but the law related to other elements considered more imperious.

The elder Greek thinkers were preoccupied with the cosmos order and the social order then the law itself, as well as the philosophers theologians that succeeded them, the same ones who converted the law into a set of religious canons, they were more interested in theological inquiries. Despite the undeniable progress, with modernity it was not at all different, as the law became a means used sometimes by the monarchy to legitimize its power of command, sometimes by the bourgeoisie, to claim natural and universal rights. In the contours of this picture that presents itself, from ancient to modern, law could not be considered science, since it did not have an object of its own, such as physics, chemistry or biology does.

Later, specially with the changes arising from bourgeois revolutions, that law could delimit its own object, thus guaranteeing, on the one hand, legitimacy, on the other hand, autonomy. If law was once constituted by a

set of abstract rules derived from superiors metaphysical authority, henceforth it is carried out as a technical activity, manifesting itself through norms state.

If until then the horizon that was glimpsed was so much more dispersed, since law was conditioned by multiple external motivations, such as the nature (physis) or the divine will, from that point on it breaks all the barriers, not only conquering autonomy and assuring its own legitimacy, but, mainly, constituting while strict science. Operate law becomes a technical activity, far from what experienced previously, distant, including, ethics and morals, according to what follows.

3. Law is not moral: the normative legal positivism

Even though the School of Exegesis has led the law towards a more technical-instrumental approach, moving away from axiological discussions, and the Historical School has, with the enactment of the German Civil Code in 1900, followed a relatively similar trend, the most radical positivist lurch would only come some time later, in the first decades of the 20th century. Hans Kelsen was responsible for the development of the Pure Theory of Law. Among its merits is that of having separated the “law phenomenon” of the “science of law”.

In a practical way, it is undeniable that law is one more social phenomenon among many others, as religion, politics and moral. However, while it engages with subjectivism, of all kinds, the science of law strives for technical objectivity. Its facts, traditions and mores are part of the gross law, but they are not the guardians capable of revealing the truth of law, but rather the normative interpretation of those facts and mores. This means that the norm works as a scheme for interpreting the facts: “the judgment in which it is stated that an act of human conduct constitutes a juridical act (or unlawful) is the result of a specific interpretation, namely, of a

normative interpretation.” (KELSEN, 1998, p. 4). It is not the fact that determines the norm, but the norm is what gives legal meaning to the facts.

Kelsen, in his analysis of norms, has precisely delimited the boundary that must have between law as a social fact and law as a legal science. His mission was to free legal science from all the metalegal elements that are foreign to it². Thus, law should not be concerned with being, but with what should be (KELSEN, 1998). A purity aspired to by Kelsen's theory concerns only the science of law, and not its concrete manifestation as a gross phenomenon, which is a matter reserved for other sciences. The purity of law abides, therefore, within the limits of the legal norm. everything that is beyond the normative boundaries determined by the authority that has the power to edit the norms, it is not part of the science of law³.

As it is an autonomous entity, the method to be employed by the science of Law cannot be confused with the methods used by other sciences, since the law has its own object of study. Kelsen (1998, p. 1), in Pure Theory of Law, points out that:

In an entirely uncritical way, jurisprudence has become confused with psychology and sociology, with ethics and political theory. This mess can be perhaps explained by the fact that these sciences refer to objects that undoubtedly have a closer connection with law. When the Pure Theory undertakes to delimit the knowledge of law facing these disciplines, it does, not for ignoring or, much less, for denying this connection, but because it tries to avoid a methodological syncretism that obscures the essence of legal science and dilutes the limits imposed on it by the nature of its object.

As a pure theory that excels for objectivity and accuracy, the only

² In the Preface of the Pure Theory of Law, the following is stated: “For more than two decades I have undertaken to develop a pure legal theory, which means, one purified of all forms of political ideology and all elements of natural science, a legal theory aware of its specificity because aware of the specific legality of its object.” (KELSEN, 1998, p. XI).

³ “The ‘purity’ of a theory of law that proposes a structural analysis of legal orders consists in nothing more than to eliminate from its sphere problems that require a method other than which is suited to its specific problem. The postulate of ‘purity’ is the indispensable requirement to avoid the syncretism of methods, a postulate that traditional jurisprudence does not respect or does not respect sufficiently.” (KELSEN, 1998b, p. 291).

commitment of the science of law consists in knowing its object, which is determined from sources states, regardless of ideological variations, social and moral flows exist. “The legal norms”, asserts Kelsen (1998, p. 80), “the object of legal science”. According to the lessons of Lenio Streck (2011), it is thus refused that the approach to the legal phenomenon is about external elements to what was produced in terms of social regulation by the State. This implies, once again, the complete separation between law and moral, once the positivist theory doesn’t present itself concerned with the adequacy or not to a historically established moral system. In theory, the norm must be neutral regarding the current moral. The values and the justice cannot be an object of study from this science, being in guardianship of sociology and philosophy. But then, to have guarantees about the validity⁴ of legal norms?

Riddall (2008, p. 164) shows that “Kelsen has been called doubly pure: pure in how much you exclude elements such as the sociology of your theory and how much you exclude the moral of the question about legal validity”. Thus, for Kelsen (1998), the sum of a plurality of norms constitutes a unit, a system or order when its validity ultimately rests on a single, fundamental norm. This unique and fundamental norm is superior to the others and its purpose is to serve as a basis for the legal order and, in addition, confer validity to all other norms that will compose the same ordering. “In the legal system, norms are not sparse, without logic: on the contrary, they are structured from a hierarchy (MASCARO, 2013, p. 350). In short, a legal norm is valid when, first, has been created in a particular way, that is, according to determined rules and according to a specific method and, second, when it

⁴ Validity should not be confused with effectiveness. Validity “means that legal norms are binding, that is, that men must conduct themselves as such norms prescribe, or that they must fulfill and apply them. Efficacy of Law means that men actually conduct themselves in accordance with norms or that dictates standards are actually enforced and enforced. Validity is a quality of law; the so-called effectiveness is an attribute of the actual conduct of men, and not, as the use of language seems to suggest, of the Law itself.” (KELSEN, 2000, p. 40).

obeys the superior norm that regulates the production of inferior norms. The inevitable consequence of this conception is that, as John Austin (1995, p. 157) had already pointed out, law can assume any content, since, “the existence of the law is one thing; your merit or demerit is another.”

Legal normative can not be confused with the natural laws, since each one – the legal norms and the laws of nature – has a system of its own functioning. The laws that regulate nature (natural laws) operate by obeying a relationship of cause and effect, different from legal norms that have a logical functioning closer to imputation than to causality. To a citizen who committed a deviant act is imputed a sanction.

Legal laws in which the positive norms established by a legislator or through custom are, for example, the following: when someone commits a crime, they must be punished; when someone does not pay what they owe, it must be executed for its assets. The distinction between causality and imputation lies in that – as we have already noticed – the relation between the presupposition, as cause, and the consequence, as the effect, that is expressed in natural law, it is not produced such as the relation between preposition and consequence established in a legal or moral law, through a law set by men, but it is independent from all intervention of this specie. (KELSEN, 1998, p. 101, our underlined)

Once again what stands out is one of the fundamental epistemological guidelines of the Pure Theory, the dualism between the dimension of being (sein) and of having to be (sollen). The principle that governs the world of being is the principle of causality (kausalprinzip), so that everything that happens presupposes a cause. Conversely, in the world of duty be in force the principle of imputability (zurechnungsprinzip), by virtue of which a consequence due to the practice of a certain act (REALE, 2002). In nature things impose and present themselves as they are as a matter of natural necessity. Thus, it is necessary for the temperature to reach a certain degree for the water to turn to ice, regardless of human will. In the world of men, so conversely, things must be as defined by the competent authority.

3.1. The Interpreter's Role

Different from the legalistic legal positivism of the School of Exegesis, which admitted no interference that did not come from the action of the legislator, legal positivism Kelsen's normative approaches seems to be quite more lenient, at least on this point, since that recognizes the possibility of different meanings for different concepts that builds the law. It is what Hart will later call the “open texture of the law”.

Through the method of interpretation and hermeneutics, Kelsen does not ignore the possibility of the judges, faced with the concrete case, decide in divergent ways and, even so, correct equality, as long as they are aware of the semantic limits of the norm. “The interpretation is a mental operation that accompanies the process of applying the Law in its progress from a higher to a lower echelon.” (KELSEN, 1998, p. 241).

This means that the interpreter's job is not completely free and open, as there is a frame that is delimited by the superior norm and that fixes the possible limits of the interpretation. There is a bound of action that can be greater or lesser, depending on the particular case.

In all these indeterminate cases, intentional or not, from an inferior echelon, there will be offered a variety of possibilities to legal applications. The legal act that gives effect or performs the norm can be conformed in order to correspond to one or another of the various verbal meanings of the same norm, in order to correspond to the will of the legislator – to be determined in whatever way it may be – or, alternatively, to the expression chosen by him, in order to correspond to one or the other of the two norms that contradict each other or in order to decide how the two norms in contradictions cancel each other out. The right to apply form, in all these hypotheses, a framework within which there are various possibilities of application, therefore it is in accordance with the law any act that remains within this framework or frame, which fills that frame in any possible sense. The right to apply forms, in all these hypotheses, a frame within which there are several possibilities of application, so it is in accordance with the law any act that remains within this setting or frame, which fills this molding in any possible way. (KELSEN, 1998, p. 247)

From the interpreter is required impartiality, neutrality and objectivity at the time of choose among the possible alternatives applicable

to the case under study. In the interpretive process norms of other types are not admitted, such as religious and moral ones, although the choice of one normative sense over another always results from an option that deeply comes up to be ideological and political. Following Sgardi's conclusion (2007), every assertion of an interpretative meaning to the detriment of other possibilities derives from the ideological posture that the interpreter assumes in his political handling of the legal system.

The hermeneutics produced by the Judiciary, when applying the norm, is considered authentic, regardless of its accuracy, since he acts as the legitimate creator of the law. It is the law itself that grants judges the attribution of filling in the indeterminacies left by the legislator. Any other interpretation of the rule other than that of the competent authority is an interpretation not adopted, that is, doctrinal (MASCARO, 2013). This means that the interpretation carried out by the science of law is also not authentic.

4. Law is part of morals: ethical legal positivism

It is undeniable Kelsen's influence over the law contemporary way of thinking, more specifically on the ones that developed from the second decade of last century. The Austrian philosopher represents the highest point of normative legal positivism, managing to consolidate a universal understanding method of the law and operate it technically. His work was so successful that it achieved global recognition, becoming a unanimity among practical jurists.

Member of the Vienna School, and influenced by the novelties arising from philosophy analysis, Kelsen came to the conclusion that the error of the legal positivists of the past was to have unfoundedly reduced the right to the law, in addition, of course, to not having observed the distinction that must exist between gross law and the science of law. Kelsen sought to obtain the full understanding of the law, without having to resort to the statements of sociology, economy, history, politics or even psychology. The "Pure Theory" presents a plain view of law science, which is only accessible

by jurists point of view.

It is true that he self-critically revised his incipient theory and realized significant modifications throughout his three phases of intellectual production, in 1910, 1930s and 1960s. However, the fundamental point that still sustains the normativism of Pure Theory remains unchanged. Twentieth-century legal positivism, although indebted to Kelsen for a good part of his accomplishments, cannot in any way be reduced to him. Many other scholars, jurists and legal philosophers have followed this path, whether to agree, or to oppose him, which reveals that his theory was not able to close once and for all the discussions surrounding the concept of law.

4.1. New winds blows after Kelsen

Miguel Reale, developing a type of legal culturalism – or legal realism –, showed that the law is constituted by three phenomenal dimensions interdependent and, therefore, complementary: norm, fact and value. There is not any ontological precedence or hierarchical privilege among these three components. It is the sum of them that makes it possible to understand the legal experience in its entirety, evidencing the axiological-normative structure of law.

Law is not just a rule, as Kelsen wants, Law is not just a fact, as the Marxists or legal economists, because law is not economics. Law is not economic production, but it involves economic production and interferes with it; the law is not primarily value, as the supporters of the Thomistic Natural Lawthink, for example, because the Law is at the same time a norm, a fact and it is a value. (REALE, 2003, p. 91)

The three-dimensional theory of law teaches that the norm is not only thought by the legislator, interpreted by the judge and observed by society. The norm is the result of a constant dialectical movement, which is at the same time legislative, but also historical-cultural. To deny this is to promote a one-sided view of the normative phenomenon, resulting in incalculable losses.

In addition to Reale, other legal thinkers, such as the German Jurgen Habermas and Robert Alexy, and the Americans John Rawls and Ronald Dworkin, in the second half of the 20th century and the beginning of the 21st, proclaimed even more incisively the epistemological and sociological damage that the reduction of the right to a system of rules could cause. “One lived right, for long, long years, under the dark room and dusty of legal positivism. Under the dictatorship of logical-subsumptive schemes of interpretation, of the almost absolute separation between law and morals. (SCHIER, 2007, p. 253). Although these are thinkers from a broader core of legal positivism, are often presented as post-positivists, in the sense that they have overcome the postulations of strict legal positivism of which Kelsen is the greatest exponent.

Traveling through paths that are often different, but in general rediscovering the ethical horizon as part of the legal phenomenon, they began to claim the reintroduction of morality in the constitution of law. This proposal does not represent a distance from the state order, which is why they continue to be, to some extent, “legal positivists”, but seeks to establish a dialectical experience between law and society, having consensus, democratic and plural, as a founding element.

Ronald Dworkin (2010) even considers that law is a segment of morality, each with its specific substance. There is no separation between law and moral, there is an interconnection that should not be confused with attachment or with complementarity. Law is embedded in morality, in such a way that the existence of law is a moral justification for the coercion exercised by the State (GUEST, 2010).

Somehow, the fact is that Kelsen's ideas served to irrigate and stimulate a legal debate of the first magnitude, which can still be seen today among its several interlocutors of different legal shades. Despite this, by reducing the right to a purely normative system, ended up excluding the most interested party from the debate, which is society, denying it authority or

legitimacy to do so. Echoing the criticism of Arnaldo Vasconcelos (2003, p.208): “mainly because he discarded the logic material or dialectic, Kelsen falls into the trap of transforming his anti-ideological ideas into ideology.” The winds that blow serve to indicate that the debate remains open and in solution search.

5. Conclusion

Contradictions are part of history and, inevitably, of the sciences. The human being is contradictory, and not necessarily bad. The law itself has been shrouded in a series of contradictions in the course of recent history. Not by different reasons, a series of legal philosophers and jurists sought to redefine the concept of law at that time. To say what is and what is not the law, delimiting in a precise way its field and object, has become an arduous task assumed by many contemporaries thinkers. The answer, however, remains far from a unanimous agreement.

Hans Kelsen has endeavored to give a definitive answer to this question. Your Pure Theory is the result of a truly ingenious process, an architecture exemplary juridical, but that lacks, perhaps, some sociological foundation. By condemning to exile other sources of law in favor of a single rigid and formal source, it precluded a natural connection between law and society, between law and culture (GROSSI, 2005). There can be no legal relationship without a social substratum. If it weren't like that, there wouldn't be resistances and new legal models would not be produced and tested from the second half of the 20th century.

Both for the theorist as for the operator of law, it is essential to answer at least to the question about the nature of law. Knowing what it is is a necessity that cannot be ignored by anyone. To the law naturalists, in that splendid moment of legal pluralism, law is the fair norm. Separating law and justice would be simply impossible. To the eclectic legal positivists

of the Historical School, law is the effective norm. The only effective rule is the one which derives from the wishes of the people, being in harmony with the way of being of a particular group. It is effective because it is born of what is the most precious thing for a people: its identity. Radically speaking, for strict legal positivists, affiliated with the school of Kelsen, the law is nothing more than the valid norm.

Valid because those who produced it have the competence to do so. Valid because it is packed in a logical system of rules. Valid because of the fundamental norm like this expression⁵.

Kelsen was victorious, at least for a time, as his theory dominated the legal world like no other. The resistance to it only revealed its traits a little later, in the Age of Rights, when principles began to be increasingly invoked by society. Neoconstitutionalists, post-positivists and moralists raised the banner of morality, and the debate between ethics and law was again re-established. Although it's hard to say precisely what law is for this multifaceted group, surely everyone agrees, whether to a greater or lesser degree, that law is inseparable from morality. The specificity of law lies in being a social phenomenon that emerges from the very human consciousness. Although it is licit to distinguish its limits in order to study it with more scientific rigor, one should not forget that, at the end of the day, law is a social fact and, as a social fact, it only makes sense if it has society as its horizon and limit.

Referências

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 10 ed. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1984. (Coleção espiritualidade).
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4 ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

⁵ According to Norberto Bobbio (2008, p. 39): “for a legal naturalistic, a norm is not valid if it is not fair; for the opposite theory (legal positivism), a norm is only fair as long as it is valid.”

- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 2000.
- BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: Livro Primeiro. Introdução, tradução e notas de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GROSSI, Paolo. **Absolutismo Jurídico** (ou: da riqueza e da Liberdade do historiador do direito). Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Revista Direito GV. V.1 N.2, pp. 191-200, 2005.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Elsevier, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**. São Paulo: QuartierLatin, 2003.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PERRY, Anderson. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- _____. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2000.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). Aconstitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 251-269, 2007.
- SGARDI, Adrian. **Hans Kelsen**: ensaios introdutórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Artigo recebido em: 05/09/2023.

Aceito para publicação em: 06/01/2024.

Administração Pública democrática e participação popular: reflexões a partir do constitucionalismo latino-americano

Public democratic administration and popular participation: reflections from latin american constitutionalism

Gustavo Silva Xavier¹

Resumo: Este trabalho tem por objetivo o estudo da democracia deliberativa (administração pública democrática) a partir da perspectiva de Jürgen Habermas e do novo constitucionalismo latino-americano como mecanismos de abertura de novos canais democráticos. A partir da metodologia avaliativa documental e da análise das experiências advindas do constitucionalismo andino, pretende-se explicitar a relação (tensão) entre constitucionalismo e democracia e identificar novos arranjos institucionais que visem novas formas de participação popular para além do voto. Espera concluir que a experiência latino-americana, além de romper as barreiras do absolutismo (monismo) jurídico, por meio de um pluralismo democrático-participativo, implica em uma proposta emancipatória, por meio da qual se reconhece a possibilidade de práticas comunitárias e o respeito à diversidade cultural, rompendo com o paradigma dominante do colonialismo.

Palavras-chave: constitucionalismo latino-americano; democracia deliberativa; pluralismo.

Abstract: This paper aims at the study of deliberative democracy (democratic public administration) from the perspective of Jürgen Habermas and the new latin american constitutionalism as opening new democratic channels. From the evaluative documentary method and the analysis of the experiences arising from the Andean constitutionalism, we intend to clarify the relationship (tension) between constitutionalism and democracy and to identify new institutional arrangements aimed at new forms of popular participation beyond voting. It is concluded that the Latin American experience, in addition to break the barriers of absolutism (monism), through a participatory-democratic pluralism, implies an emancipatory proposal, whereby the possibility of community practices and respect for cultural diversity, breaking with the dominant paradigm of colonialism.

Keywords: latin american constitutionalism; deliberative democracy; pluralism.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor no curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Itajubá (FEPI), Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário de Itajubá (FEPI) e professor convidado em cursos de Pós-Graduação e preparatórios para o exame da OAB. Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Borda da Mata (MG) e advogado.

1. Introdução

A tarefa da reconstrução do Direito na perspectiva de Jürgen Habermas é a de assegurar, por meio do discurso, o exercício simultâneo da autonomia privada e pública dos cidadãos não somente pelos discursos de justificação, mas também pelos de aplicação do Direito. A participação da sociedade seria responsável pela produção eficaz e discursiva, na medida em que poderia gerar melhores decisões. Isso implicaria na necessidade de alargar os foros tradicionais da política, de maneira que os debates se estenderiam para alcançar as demais esferas sociais. O Estado de Direito deve garantir a institucionalização de mecanismos comunicativos que garantam que a arena pública – rede de comunicações intersubjetivas – possa influenciar as decisões estatais (HABERMAS, 2000, p. 111).

Nesse diapasão, a democracia deliberativa se apresenta como uma terceira via buscando unir elementos do modelo liberal e republicano sob a ideia de que o processo deliberativo deve levar em consideração que o procedimento democrático não pode se restringir a mera escolha de governantes por parte da sociedade (HABERMAS, 2003, p. 22-23), uma vez que a troca de argumentos legitimaria e racionalizaria as decisões, de maneira que os referidos pressupostos de deliberação seriam institucionalizados pelo Estado de Direito, porquanto o Direito passaria a representar a garantia de que todas as pessoas tenham iguais possibilidades de influenciar a formação da vontade da maioria.

Nesse ínterim, vê-se um novo constitucionalismo entre alguns países da América Latina – denominado de novo constitucionalismo latino-americano (andino) – que se apresenta com uma proposta emancipatória e diversos mecanismos dialógicos entre sociedade e Estado, verdadeiros arranjos institucionais/sociais que permitem o exercício da democracia. Dentre diversos instrumentos dialógicos, tem-se o Estado Plurinacional Comunitário Colombiano que, além de reconhecer que os 36 povos originários

têm direito à participação efetiva em todos os níveis estatais (art. 1º e 2º), assegura um percentual de parlamentares oriundos dos povos indígenas (art. 149, IV). No mesmo sentido, a Carta equatoriana prevê a formação em todos os níveis de governo de instâncias integradas por representantes do governo, do regime dependente e da sociedade (art. 100), haja vista que a participação de tais classes teria por fim o desenvolvimento de planos e políticas nacionais, locais e setoriais, o fortalecimento da democracia com mecanismos de comunicação, seja por meio de audiências públicas, seja por meio de conselhos consultivos, dentre outros. Esses e vários outros mecanismos deliberativos podem ser identificados nesse novo constitucionalismo, a exemplo da possibilidade de estrangeiros serem eleitos.

Nessa perspectiva, e partir da metodologia avaliativa documental, tendo por pano de fundo a teoria da democracia deliberativa habermasiana, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de exercício da democracia para além do voto, de modo a permitir uma maior participação social nas políticas públicas (Administração Pública Democrática). Para tanto, pretende-se explicitar uma possível interação entre a experiência do constitucionalismo latino-americano com a teoria deliberativa de Jürgen Habermas como mecanismos participativos que permitem uma maior interação dos cidadãos que são, ao mesmo tempo, atores e receptores das práticas democráticas.

Pretende-se identificar em tais modelos os novos arranjos institucionais como forma de aperfeiçoamento das instituições democráticas. Com isso, no modelo constitucional dos países da América Latina, vê-se o reconhecimento de vários grupos e comunidades que passam a ser representados não somente no âmbito dos canais tradicionais, mas sobretudo no âmbito dos poderes Legislativo e Judiciário, por meio de uma perspectiva plural de reconhecimento e inclusão nos procedimentos de formação da vontade política.

Demais disso, tal interação se faz ainda mais pertinente, notadamente porque a Constituição da República preconiza que a República Federativa do Brasil deverá buscar a integração econômica, política, social e cultural com os povos da América Latina, visando formar uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único).

Como resultado, espera-se alargar o campo do conhecimento científico e contribuir para uma maior interação entre sociedade e Estado, mormente pela notável contribuição que o constitucionalismo andino pode dar à democracia deliberativa.

2. Constitucionalismo e Democracia

A noção que se tem de Constituição, do modo como se conhece hoje, costuma ser tributada ao Iluminismo e às Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII (SARLET, 2012, p. 87), estando intimamente associada ao constitucionalismo moderno, movimento que aduz a necessidade de limitação do poder estatal para fins garantísticos (CANOTILHO, 1997, p. 51) – não obstante ser comum referir-se também ao constitucionalismo antigo e medieval.

Na Grécia, por exemplo, já havia preocupação com a limitação do poder das autoridades, mas esta visava a garantia de liberdades individuais – o direito de tomar parte nas deliberações públicas da cidade-Estado e não da proteção de direitos do modo que se dá o constitucionalismo moderno, uma vez que se tinha a ideia de que as pessoas deveriam servir à comunidade política (LOEWENSTEIN, 1976, p. 155). A democracia – na qual os cidadãos deliberavam em assembleia reunidos em praça pública – excluía de seu bojo as mulheres, os menores de dezoito anos, os escravos e os estrangeiros, bem como seus descendentes (BONAVIDES, 2015, p. 288-289). Diz-se que a democracia grega era exclusiva em dois sentidos: i) internamente, por meio da restrição à participação nas deliberações; ii) externamente, pelo fato de que

a democracia não existia entre os gregos, mas apenas entre os membros da mesma polis (DAHL, 2012, p. 32-33).

Em Roma, conquanto algumas instituições do período republicano tivessem alguma noção de separação dos poderes – notadamente pelas instituições como Consulado, Senado e Assembleia, representativos de estamentos sociais distintos – não se cogitava a ideia de constitucionalismo como movimento de limitação do poder do Estado em face dos direitos fundamentais. A tarefa dos republicanos romanos seria a de criar uma Constituição que refletisse o equilíbrio entre os interesses da sociedade ao proporcionar um governo misto de democracia, aristocracia e monarquia constituído de maneira que todos pudessem cooperar para o bem da coletividade (DAHL, 2012, p. 37).

Por outro lado, na Idade Média, havia um pluralismo jurídico-político – ausência de um ente que detém o monopólio jurídico, o poder era fragmentarizado por diversas instituições e, tal peculiaridade, ao limitar cada um dos seus titulares, era tida por alguns como um componente do constitucionalismo medieval (SARLET, 2012, p. 87). Assim, cada feudo tinha suas próprias regras jurídicas e o pluralismo impedia a expansão comercial, permitindo a convivência de diversos ordenamentos jurídicos particulares (WOLKMER, 1997, p. 21).

O Estado Moderno nasceu da aliança entre rei, burguesia e nobreza, isto é, da afirmação do rei sobre os feudos e aproximação com a burguesia que, necessitando do amparo do rei, contribuem para a construção do Estado Moderno (MAGALHÃES, 2012, p. 35). Com o passar do tempo, surge a necessidade da limitação do poder estatal frente ao indivíduo, de maneira que haja vinculação do Estado frente aos direitos fundamentais – que passam a ser exigíveis e oponíveis.

Ademais, a partir da configuração do Estado Moderno, tem-se a *estatalização do direito* (GROSSI, 2004, p. 45), com a monopolização da produção jurídica pelo Estado. Com a superveniente queda do absolutismo,

que exerceu importante papel no tocante às bases do Estado Moderno e no desenvolvimento capitalista, tem-se o constitucionalismo moderno – as versões mais influentes e conhecidas são a inglesa, norte-americano e francesa – que se assentam nos pilares da contenção do poder do Estado, na separação dos poderes, na garantia de direitos fundamentais (na concepção inicial de direitos de defesa – de abstenção) e na legitimação do governo pelo consentimento do povo, pela via da democracia representativa.

Como se estava diante do liberalismo econômico, surge a necessidade de segurança nas relações desse trato, por meio de uma ordem jurídica estável, que assegurasse o direito à liberdade e, principalmente, à propriedade. O Estado, no paradigma liberal, garantia segurança às pessoas, a maior liberdade a elas, de modo que a autonomia privada está ligada aos direitos de cunho negativo.

O que se viu nesse período foi uma restrição à participação da sociedade no tocante ao sistema democrático, uma vez que se teve a adoção do voto censitário e masculino até meados do século XX sob o argumento de que apenas os homens mais instruídos teriam condições de expressar, por meio do voto, o futuro da Nação (BOBBIO, 1992, p. 129). Percebe-se, assim, que o constitucionalismo nasceu liberal e não democrático e constitucionalismo e democracia são incompatíveis com a ideia da época (MAGALHÃES, 2012, p. 36).

Em razão da grande desigualdade ocasionada pelo referido pensamento e pela consciência de classe (operária) que foi criada, percebeu-se o surgimento de movimentos sociais que proclamavam por melhores condições de vida. Passou-se, outrossim, ao Estado Social de Direito, com maior atuação do Executivo, tendo em vista que materializou a igualdade formal em material. Nesse giro, garantiu-se a progressiva extensão do direito de voto àqueles até então excluídos, mormente ao permitir que as demandas voltadas às suas reivindicações penetrassem no aparelho estatal. A

democratização política fez romper a absoluta hegemonia burguesa ao abrir espaço para a democratização social.

Com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de uma vida digna e passa agir como comentador da participação pública, apropriando do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade em que a questão democrática contém e implica na solução de condições materiais de existência (STRECK e BOLZAN, 2014, p. 99).

No entanto, se Constitucionalismo impõe a limitação do poder em face do indivíduo e a democracia pressupõe mudanças e rupturas, qual a relação entre os dois termos? Esta pressupõe mudança e reivindicações, enquanto aquele se liga à limitação do poder e supremacia da Constituição. O Constitucionalismo não se apresenta como uma ameaça à liberdade positiva e nem a mudanças, pois ele é essencial para que se crie uma comunidade democrática – para constituir ‘o povo’, de maneira que não pode haver essa comunidade sem isso (DWORKIN, 1995, p. 13). Nesse prisma, as pessoas não poderão gozar de certas liberdades se elas mesmas não esclarecerem quais as justificativas e critérios pelos quais o igual deverá ser tratado como igual e o desigual como desigual (CATTONI, 2013, p. 1-2).

Essa suposta tensão entre Constitucionalismo e Democracia implica garantir “de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser até mesmo impingida através de sanções, e, de outro, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei” (HABERMAS, 2007, p. 287).

O Direito moderno se legitima a partir da autonomia dada a cada cidadão, de maneira que a autonomia pública e privada se inter-relacionam mutuamente. Essa concepção habermasiana implica no reconhecimento de que a relação interna entre Estado de Direito e de democracia é resultado do

próprio conceito de Direito e do fato de que o Direito positivo não pode se legitimar por meio de um direito natural superior (HABERMAS, 2003, p. 61).

Desse embate, tem-se a ideia de mudanças com limites, mutação social com segurança – que têm por base os direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais construídos historicamente são protegidos pela Constituição contra majorias provisórias que em determinados momentos históricos podem ceder a tentações autoritárias.

3. Democracia: perspectivas, desafios e novas formas de participação democrática

Diz-se que o conceito de democracia² tem passado por uma perene releitura, tendo em vista ser uma constante invenção. Invenção porque implica na criação ininterrupta de novos direitos – e não apenas uma mera conservação destes (CHAUÍ, 1983, p. 7). Apesar disso, é possível visualizar algumas características que a tornam peculiar em relação às demais formas políticas. Nesse diapasão, diz-se que a democracia é o único regime político e social que considera o conflito legítimo, uma vez que procura instituí-los como direitos, além de reconhecê-los e respeitá-los (CHAUÍ, 1995, p. 433).

Costuma-se dizer, por outro lado, que o sistema democrático tem passado por uma crise de representatividade (BAHIA e NUNES, 2009, p. 62). Vários são os fatores que podem ser elencados como impactantes no tocante à possível crise por que passa o sistema democrático. Diz-se que, pela globalização, há uma grande influência de agentes externos nos assuntos internos, já que a política e o governo passam a sofrer influxos daquilo que se denomina por “perplexidade espaço-temporal”, pois apesar de eles serem vocacionados à resolução de problemas localizados em seu território, estão,

² A ideia de um de democracia e suas formas sofreu diversas transformações (DAHL, 2012, p. 2): a primeira foi seu exercício restrito ocorrido nas cidades-Estado; a segunda transpassou da cidade-Estado para o Estado Nacional, o que exigiu a formação de um conjunto novo de instituições políticas e “é a esse novo complexo de instituições, considerado como um todo, que geralmente nos referimos como ‘democracia’.

cada vez mais, sujeitos a espaços decisórios exteriores às suas fronteiras (PEREIRA, 2008, p. 119-122). Há, portanto, o questionamento da primazia do Estado como único regulador da política, uma vez que

A concorrência com agências e forças econômicas transnacionais e o impacto produzido por diretrizes de ação formadas em razão do conglomerado de interesses econômicos do setor privado internacional e dos Estados hegemônicos são, pois, as causas diretas do descompasso entre os conceitos de soberania estatal e governabilidade (*Ibidem*, p. 122).

Além disso, a privatização da vida tem feito com que a maior parte das pessoas auferissem maior primazia à vida privada em detrimento da pública. O homem da democracia direta dos tempos gregos era um ser integralmente político; hodiernamente, a política passou a ser algo acessório na vida da maior parte das pessoas. Isso porque, antes de mais nada, ele é um ser econômico³ (BONAVIDES, 2015, p. 293-294). Ao revés dos cidadãos atenienses, não há como se ater de todo modo à análise dos problemas do governo e da vida política se, antes disso, precisa prover suas necessidades materiais de existência (*Ibidem*, p. 294). Por essa razão que se sustenta a impossibilidade de participação popular em todos os atos decisórios do poder público (DALLARI, 2015, p. 152). Diante disso, vê-se a necessidade também de, cada vez mais, fortalecer as bases representativas do regime democrático.

A crise⁴ do sistema representativo tem, como um de seus principais fatores, a ausência de representação adequada dos partidos políticos, especialmente da falta de uma base ideológica definida e quando chamados a se posicionar sobre temas importantes (e polêmicos) da vida social acabam não tomando partido.

Não se pode esquecer que os partidos políticos são canais comunicativos que fazem circular o poder comunicativo e as reivindicações da

³ Quando há referência ao homem político e econômico, está se referindo à possibilidade de que o homem tem de dar mais atenção ou mais prioridades aos assuntos de interesse particular em detrimento de temas afetos à vida política-social.

⁴ O conceito de crise deve ser associado a uma funcionalidade dinamizadora, a um momento que funda a necessidade de reflexão, abrindo-se a possibilidade de readaptação, de reforma, de rompimento (PEREIRA, 2008, p. 140).

periferia, isto é, são mecanismos de transmissão da opinião da grande massa social para as instancias decisórias (SARTORI, 1982, p. 79). Assim, como instrumento de circulação da vontade dos cidadãos, os partidos devem detectar os problemas pelos quais seus representados têm passado e introduzi-los no campo das discussões políticas. A esse papel dá-se o nome de modelo de eclusa da democracia (HABERMAS, 1997, p. 87). Desse modo, para que a sociedade possa ter influência sobre o centro (parlamento, tribunais e administração pública), os influxos comunicativos vindos da periferia – sociedade – têm de ultrapassar as eclusas dos procedimentos democráticos e do Estado Constitucional.

Além do mais, durante muito tempo a representação política era fundada em uma relação de confiança e um forte vínculo entre eleitores e partidos, uma vez que grande parte daqueles se identificavam com estes e se mantinham fiel a isso (MANIN, 2016) e, hodiernamente, as pesquisas de opinião demonstram que cresce cada vez mais o número de eleitores que não se identificam com partido algum. Em pesquisa⁵ realizada em 2015 pelo Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE) demonstrou-se que dois a cada três brasileiros não têm simpatia por partido político algum (66%), fato que vem crescendo a cada ano. O que parece estar em declínio é, na verdade, as relações entre representantes e representados e a determinação das políticas públicas por parte do eleitorado (MANIN, 1996).

Por isso, além do fortalecimento dos partidos políticos, há a necessidade da complementação do sistema representativo a partir de um mecanismo deliberativo que proporcione a valorização da participação da sociedade nas instâncias decisórias como alternativa que permita a abertura de canais comunicativos. Por meio da participação discursiva no processo democrático, “os destinatários das normas são autores das mesmas” (CATTONI, 2006, p. 189).

⁵ Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/2-de-cada-3-brasileiros-nao-tem-simpatia-por-nenhum-partido-politico.aspx>>. Acesso em 25/08/2017.

O sistema político construído a partir do Estado Constitucional constituiria duas esferas de poder: o centro e a periferia. Para que os cidadãos – periferia – pudessem exercer influência sobre o centro – Estado (Parlamento, Tribunais e Administração) – os influxos comunicativos vindos da periferia têm que transpor as eclusas dos procedimentos democráticos e do estado constitucional. “Na circulação do poder político, o direito é o médium através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo (HABERMAS, 2003, p. 87)”. A democratização do processo decisório, pois, teria dois propósitos fundamentais: “incrementar a probabilidade de acerto na tomada de decisão e compartilhar com a sociedade a responsabilidade pelas escolhas deliberadas” (PEREIRA, 2008, p. 157).

Diante disso, faz-se pertinente apresentar a possível interação entre duas perspectivas extremamente desafiadoras: a democracia deliberativa de Jürgen Habermas e a experiência constitucional implementada em alguns países da América Latina nos últimos anos que lançam um novo olhar que possibilite novas reflexões acerca das práticas democráticas.

4. Administração pública democrática: contribuições da democracia deliberativa de Jürgen Habermas

Habermas (2003, p. 18) ao perceber que os cidadãos não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático estando limitados por uma análise autodescritiva de suas práticas empiristas, tenta retomar os modelos democráticos já introduzidos que – ao revés – possuem um conteúdo normativo. E, de acordo com sua visão, o processo deliberativo da política “constitui o âmago do processo democrático” (*Ibidem*, p.18).

Para que se constitua uma democracia representativa em uma sociedade pluralista e complexa, faz-se mister que o cidadão tenha a possibilidade (real) de coparticipar do processo decisório coletivo. Sua reconstrução teórica parte do agir comunicativo dos indivíduos que fariam

parte dos processos para formação do consenso (REPOLÊS, 2003, p. 67). Para isso, as instituições não de ser vistas além das instituições partidárias, de modo a possibilitar a abertura a uma participação discursiva da sociedade, na medida em que a autonomia individual não estaria adstrita às leis em abstrato ou aos mecanismos institucionalizados de participação, mas seria realizada por meio do discurso – formação da opinião e vontade discursiva da comunidade (HABERMAS, 1995, p. 105).

Sob o prisma liberal, o processo democrático se realizaria de maneira exclusiva mediante compromissos de interesses. E as regras de sua formação – que passa pelo direito ao voto, composição representativa, dentre outros – seriam fundamentadas em direitos de caráter liberal (HABERMAS, 2003, p. 19). Nessa concepção, a política teria a função de englobar os interesses privados e encaminhá-los ao Estado, devendo este agir em nome daqueles. Nesse diapasão, “imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social dessas pessoas, estruturada segundo leis do mercado” (HABERMAS, 2007, p. 277-278).

Para o referido autor, o modelo liberal não consistiria na formação democrática dos sujeitos que a delibera, mas sim na normatização constitucional e democrática da sociedade econômica. A formação democrática da vontade, outrossim, teria a função de formação da legitimidade do poder político. Assim sendo, na interpretação liberal, a formação democrática da vontade tem como função a legitimação do exercício do poder político (HABERMAS, 2003, p. 22).

Lado outro, no paradigma republicano, a formação da opinião e da vontade das pessoas constituiria o *médium* a partir do qual a sociedade se constitui estruturada politicamente, fazendo com que a democracia seja sinônimo de auto-organização política da sociedade (*Ibidem*, p. 20). Desse modo, tanto a sociedade civil quanto a esfera público-política seriam importantes, uma vez que o Estado seria algo construído socialmente.

A *ratio* do Estado não residiria fundamentalmente na proteção de direitos privados liberais, mas sim na garantia da formação abrangente da vontade e da opinião, “processo no qual os cidadãos livres e iguais chegam a um entendimento em que objetivos e normas se baseiam o interesse de todos” (HABERMAS, 1995, p. 105-106). Diante disso, o governo se torna parte de uma comunidade política que se administra.

Afirma-se (SOUZA NETO, 2010, p. 3) que a democracia deliberativa surgiu como uma alternativa às experiências democráticas até então predominantes, que se reduziram a um processo cujo objetivo seria a escolha de elites dominantes. Em contrariedade a isso, o processo deliberativo leva em consideração que o processo democrático não pode se restringir a mera escolha de representantes por parte da sociedade. Além disso, ele deve envolver a possibilidade de deliberar publicamente a respeito das controvérsias a serem decididas, uma vez que a troca de argumentos e contra-argumentos, pelo menos em tese, legitimaria e racionalizaria uma decisão (*Ibidem*, p. 4). E os referidos pressupostos de deliberação seriam institucionalizados pelo Estado de Direito – entendido como condição democrática, vez que não há se falar em democracia ante a ausência de respeito aos direitos fundamentais.

Para a teoria do discurso de Habermas, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas da institucionalização dos respectivos processos e pressupostos comunicacionais, bem como dos que se formam de modo informal – opinião pública. A política deliberativa leva em consideração as várias formas comunicativas e sua influência na formação racional.

A formação da vontade coletiva se dará por meio da interação dos diversos atores sociais. O direito passa a representar a garantia de que todas as pessoas tenham iguais possibilidades de influenciar a formação da vontade coletiva. – que será o principal critério de delimitação da vontade da maioria. E esse processo de formação discursiva desse ocorrer de acordo com os

postulados da democracia deliberativa. É como uma terceira via – alternativa às concepções liberais e republicanas – que Habermas vai apresentar a concepção de legitimação pelo procedimento democrático. O poder comunicativo – única fonte de legitimação do Estado de Direito – só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados (SIMIONI, 2007, p. 212-213).

A democracia deliberativa não está preocupada somente com a participação da sociedade na formação da vontade política, mas no modo em que ela se dá. A democracia participativa se preocupa com a inclusão, mas a deliberativa no modo em que ela se dá – que, para Habermas, deve ser legitimada pela institucionalização dos procedimentos e pressupostos comunicativos. Uma possível⁶ interação de se fazer com a teoria de Habermas é a partir da leitura de Peter Häberle. Ele trabalha os elementos extraídos de Popper – sociedade aberta e fechada – de maneira que eles traduzem, no primeiro caso, sociedades dinâmicas e plurais, onde há o surgimento constante de novos valores e, no segundo caso, fechadas a novas perspectivas (não plural). Nesse sentido, tanto a Constituição quanto a interpretação constitucional deveriam ser abertas, haja vista operar na construção de novos questionamentos que lhe são apresentados (SOUZA NETO, 2002, p. 165).

Häberle propõe alternativas ao modo tradicional de interpretação ao propô-la sob o prisma da sociedade aberta, uma vez que haveria uma estreita relação entre Constituição e realidade constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 12). Essa concepção o leva a formular um conceito de *sociedade aberta dos intérpretes da constituição* que inclui outros atores para além dos tradicionais, que denomina de *potências públicas* (Cortes Constitucionais; Poder Executivo, Legislativo, autor e réu; pareceristas; associações; grupos de

⁶ Contudo, ao contrário da proposta deste trabalho, Häberle compara seu modelo ao de Luhmann – um dos maiores “rivais” intelectuais de Habermas – na medida em que nos dois a participação no procedimento levaria à legitimação (HÄBERLE, 1997, p. 31). Em Luhmann, esta participação teria por função a atenuação da complexidade social, pois a ação de cada indivíduo envolvido no procedimento que faria essa redução, até se chegar ao veredicto final. E, a aceitação disso, decorreria justamente da participação no processo que o levou até ela.

pressão organizados; opinião pública, dentre outros). E somente a teoria democrática poderia dar sustentação a essa aspiração forte de legitimação; seria por meio da participação no processo interpretativo que os cidadãos legitimariam as decisões proferidas em (*Ibidem*, p. 41).

Nota-se que, para Häberle, a democracia não estaria tão somente no campo das competências de órgãos representativos estatais (SOUZA NETO, 2002, p. 171), porquanto consistir-se-ia em uma prática quotidiana. Percebe-se, assim, que a proposta de Häberle se aproxima e muito da democracia deliberativa, na medida em que a interpretação aberta pode ser considerada um direito da cidadania (HÄBERLE, 1997, p. 41).

Há menção a algumas mudanças já realizadas no âmbito alemão, como indica na possibilidade de pronunciamento de minorias e majorias do Legislativo Alemão em casos de controle concentrado de constitucionalidade (*Ibidem*, p. 46). No âmbito brasileiro, vê-se o *amicus curae*⁷, cujo procedimento foi regulado pelo Código de Processo Civil (art. 138), que permite – a depender da especificidade do tema ou da repercussão social – admitir a participação de um terceiro para que se tenha a possibilidade de aprimoramento da decisão.

A democracia seria o núcleo de um sistema de direitos fundamentais em que os cidadãos não seriam tão somente os destinatários de suas normas, mas também os seus atores – de maneira a participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional e o Estado de Direito é “entendido como condição de possibilidade da democracia. Sem liberdade de expressão, sem liberdade de pensamento, sem garantia do pluralismo político, não há democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 19)”.

Em suma, atribui-se um papel peculiar ao processo de formação da vontade e opinião da sociedade, de maneira que haja um espaço público não

⁷ A intervenção do *amicus curae* no processo de controle de constitucionalidade, por exemplo, pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional.

restrito ao Estado, no qual as pessoas têm poder de serem atores e receptores do processo democrático. E, nos diversos diálogos institucionais democráticos, urge voltar reflexões ao que se denomina de *novo constitucionalismo latino-americano*.

5. Constitucionalismo latino-americano e suas contribuições à administração pública democrática

Afirma-se que há uma grande novidade no constitucionalismo que ocorre por aqui – entre os países da América do Sul – no chamado de *o novo constitucionalismo latino-americano*, que se traduz em Cartas Constitucionais que representam emancipação, ruptura, diálogo entre sociedade e Estado – governantes e governados – a exemplo da ideia de plurinacionalidade (OLIVEIRA e OLIVEIRA, 2011, p. 112), de maneira que a própria sociedade passa a participar da tomada de decisões. São, pois, arranjos institucionais que estimulam o exercício da democracia participativa.

Esse modelo nasce, sobretudo, a partir das Cartas Políticas da Bolívia (2009) e do Equador (2008), sendo composto ainda pelas Cartas da Colômbia (1991) e da Venezuela (1999) e se apresenta como uma ruptura aos modelos do constitucionalismo europeu. A ideia do Constitucionalismo Plurinacional tem a perspectiva de que os Estados Modernos têm a ideia da homogeneização e da uniformização, haja vista que seus modelos tendem a negar a diversidade sociocultural.

Isso teria se iniciado em meados de 1492, ano que teve como marcos a invasão das Américas pelos europeus e a expulsão dos muçulmanos da Europa, desenvolvendo-se até o final do século XIX – quando se deu a formação dos últimos Estados Europeus (Alemanha e Itália). Com efeito, deu-se a predominância de um processo civilizatório de Direitos Humanos de matriz europeia, uma vez que as identidades locais foram sufocadas pela

uniformização da cultura europeia que fez com que o povo tivesse sua identidade perdida (DUSSEL, 1993, p. 8). Em 1942 será o momento de nascimento da Modernidade como conceito, o momento da “origem de um mito de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de encobrimento do não-europeu! (*Ibidem*, p. 8)”.

A influência hegemônica de matriz romano-germânica influenciou não somente a cultura e o modo de vida dos povos latino-americanos, como também a própria ideia de Direito Público, notadamente no campo da posituação constitucional (WOLKMER, 2010, p. 146). Tanto a cultura jurídica quanto suas instituições derivaram da tradição europeia que, no âmbito privado, foi representada pelas tradições do direito romano, germânico e canônico.

Esse processo de uniformização cultural é um dos pontos questionados pelo novo constitucionalismo latino-americano, que preconiza o respeito à diversidade cultural e seu reconhecimento em nível constitucional. Desse modo, os vários atores sociais são reconhecidos não somente em abstrato, mas sobretudo em nível concreto, por meio de participação e representação na formação da vontade política do Estado (QUADROS, 2012, p. 121).

Certo é que a Constituição não apenas limita o exercício do poder, mas também reconhece direitos conquistados ao longo dos séculos, de modo a congregar e a refletir os horizontes pluralistas. Neste modelo, tende-se a demonstrar que o poder estatal não é a única fonte de produção do Direito, haja vista que a produção e aplicação normativa é centrada no embate e na legitimidade de um complexo sistema de poderes, porquanto tentar romper com a matriz eurocêntrica europeia, com vistas a legitimar a vontade da sociedade, seja pela aproximação hegemônica, elitista e eurocêntrica, a fim de legitimar a vontade do povo pela sua inclusão/aproximação no debate político. Há, assim, a “proposição de um constitucionalismo pluralista e emancipador. Daí a aproximação e integração entre constituição e Pluralismo democrático,

projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito” (WOLKMER, 2010, p. 145).

Uma das principais características que distinguem a modernidade jurídica é a estatalidade do direito, o Estado como único sujeito capaz de transformar em jurídica uma vaga regra social (GROSSI, 2006, p. 52). A consciência coletiva é subjugada por uma propaganda oficial que se aproveita da cobertura do “mito das lutas ressurgimentais para a conquista da unidade política da península e a idealização dos soberanos da casa de Savóia (*Ibidem*, p. 53)”. Essa experiência advinda da América Latina permite a compreensão da necessidade de insurgirem novas práticas emancipatórias que têm o mérito de reconhecer uma nova pluralidade de formulações jurídicas que refletem a realidade social.

Trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável. A validade e eficiência desse “Direito Comunitário” que não se sujeita ao formalismo histórico das fontes tradicionais (lei escrita e jurisprudência dos tribunais), estão embasadas nos critérios de “uma nova legitimação” gerada a partir de valores, objetivos e interesses de todo comunitário, e incorporado através da mobilização, participação e da ação compartilhada (WOLKMER, 2001, p. 219).

Costuma-se (WOLKMER, 2010, p. 152-153) mencionar a existência de três ciclos: i) o primeiro deles tem como impulso inicial o ciclo social e descentralizador determinado pelas Constituições Brasileira⁸ (1988) e Colombiana (1991); ii) em um segundo ciclo, faz-se menção à Carta Venezuelana de 1999, na medida em que foi marcada por um constitucionalismo pluralista e participativo; iii) como expressão do constitucionalismo comunitário, marcado pelo reconhecimento de sociedades interculturais e com práticas pluralistas, o terceiro ciclo passa pelo advento das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

⁸ No entanto, o Brasil não é considerado como parte (paradigma) do Constitucionalismo Andino.

Nesse diapasão, o primeiro dispositivo da Constituição da Bolívia já consagra a instituição de um Estado Plurinacional Comunitário, fundado em um pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico e, em seu artigo 2º, reconhece os 36 povos originários que têm direito à participação efetiva em todos os níveis estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como na economia. Além disso, a referida Carta assegura um percentual de parlamentares que são oriundos dos povos indígenas (art. 149, IV) – plurinacionalismo cultural – na medida em que, além de tal reconhecimento, passam a ter direitos exclusivos de propriedade no tocante aos recursos de suas comunidades (hídricos e florestais), do mesmo modo que reconhece a equivalência entre justiça indígena e a ordinária, de maneira que aquela poderá ter seu próprio Tribunal (arts. 189, II, 199, 200, 201).

Não bastasse isso, há dicção expressa no tocante à criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional (MAGALHÃES, 2011, p. 2), tendo seus membros eleitores em decorrência do sistema ordinário e pelo indígena. Outro ponto peculiar é a possibilidade de os povos indígenas serem eleitos por meio de normas de suas normais comunitárias.

Nesse sentido, a Constituição do Equador prevê (art, 100) a formação em todos os níveis de governo instâncias integradas por representantes do governo, do regime dependente e da sociedade, que serão regidas pelos princípios democráticas. A participação, nesse caso, terá por fim, dentre outras, o desenvolvimento de planos e políticas nacionais, locais e sectoriais entre governos e cidadãos, o fortalecimento da democracia com mecanismos de transparência, responsabilidade e controle social, bem como a promoção de processos de comunicação, sendo que *“Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía”*.

Lado outro, a democracia boliviana mescla as formas de democracia participativa, representativa e comunitárias, com equivalência das condições

entre homens e mulheres (art. 11). A democracia participativa (direta) dar-se-á por meio de referendo, iniciativa legislativa, revocatória de mandato, pelas assembleias e pelos conselhos, que têm caráter deliberativo. Ademais, além da eleição de representantes populares (representativa), a deliberação comunitária permite a eleição, nomeação ou designação de autoridades e representantes de regras e procedimentos das nações e povos indígenas nativos, entre outros, de acordo com a lei.

Além disso, todos os cidadãos têm direito de participar da formação, exercício e controle do poder político, e essa participação inclui, dentre outras, a eleição direta de representantes dos povos indígenas e das nações campestre, de acordo com suas próprias regras e procedimentos (art. 26). Outra novidade – a criação do Órgão Eleitoral Plurinacional – permite a incorporação de um quarto poder, “cuja competência consistiria em controlar e supervisionar os processos de representação política” (SANTOS, 2010, p. 86-88).

Em dicção similar, a Carta Colombiana prevê como mecanismos de democracia direta a utilização de plebiscito, referendo, a consulta popular, fóruns abertos, a iniciativa legislativa e remoção de funcionários (art. 103). Outro arranjo institucional interessante é o que possibilita o Presidente da República, com a anuência dos Ministros e parecer favorável do Senado, de consultar a população em decisões de importância nacional, desde que não concomitante a outra (art. 104). Do mesmo modo, os governadores e prefeitos conforme o caso podem realizar consultas populares para decidir sobre questões da competência do respectivo departamento ou município (art. 105).

Noutro giro, outros dispositivos das Constituições que compõe esse *constitucionalismo andino* aduzem que os membros das Cortes Supremas da Venezuela e da Bolívia são escolhidos por meio de um sufrágio universal – mecanismo de participação da sociedade nas decisões governamentais. Ademais, os membros do primeiro Tribunal podem ser removidos pela

Assembleia Constitucional por manifestação popular prévia, ou até mesmo ter o mandado revogado pela população.

No Equador, o quórum estabelecido pelo sistema constitucional é de 0,25% para leis e 01% atinentes às emendas, com uma peculiar característica: apesar de o chefe do Executivo poder modifica-lo, não poderá vetá-lo totalmente e, se não apreciado em até cento e oitenta dias entrará em vigência imediatamente; do mesmo modo, caso os projetos de emenda constitucional não forem apreciados em até um ano, poderá ser solicitado ao Congresso que convoque consulta popular para deliberar a respeito do tema. Outro ponto da que contribui para uma maior implementação da democracia participativa é o que prevê o referendo como mecanismo legitimador da mudança do texto constitucional (Venezuela e Bolívia).

Esses e vários outros arranjos institucionais poderiam ser adotados no Brasil (a exemplo do direito de voto a estrangeiro, o controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei e de tratados, dentre outros). É preciso repensar e investir em novos mecanismos de democracia direta – em diálogos sociais – de maneira a aniquilar os défices de representação e, principalmente, estabelecer maior interação entre centro e periferia.

6. Considerações finais

A reflexão proposta neste artigo evidencia a necessidade de se voltar os olhos às novas formas de participação democrática advindas nos últimos tempos, notadamente a partir das reflexões elaboradas por Jürgen Habermas e dos contributos que se pode retirar do novo constitucionalismo latino-americano, extremamente inclusivo e que reconhece e efetiva a diversidade cultural por meio de práticas democráticas.

Viu-se que pela proposta deliberativa de Jürgen Habermas, tem-se uma maior interação entre o centro e a periferia, isto é, há a abertura do canal comunicativo entre a sociedade e o Estado, de maneira que os próprios

destinatários das prestações estatais passam a ser, ao mesmo tempo, atores e receptores. Além disso, em face da suposta crise de representatividade e da necessidade de fortalecimento dos partidos políticos – canais comunicativos que fazem circular o poder comunicativo e as reivindicações da periferia, vez que mecanismos de transmissão da opinião da grande massa social para as instancias decisórias – vê-se na democracia deliberativa um importante instrumento de resgate daquilo que se denomina democracia – o governo do povo e pelo povo.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem na cidadania um agir discursivo, por meio dos espaços de discussões públicas em que se permita a participação de diferentes grupos, sem que se dependa que a decisão parta pronta do centro, permite o reconhecimento das diferenças. Não obstante a fala de Habermas, em grande parte, seja dirigida ao mundo ocidental e voltada para o conjunto das sociedades do capitalismo avançado, há de se aduzir que é possível a elaboração de processos abertos e dialógicos para uma democracia deliberativa.

Ademais, demonstrou-se que devido à colonização e europeização pela qual se passaram os países latino-americanos, especialmente das experiências advindas do monismo jurídico europeu, e o surgimento cada vez maior de diversas pluralidades sociais, emergiram novas possibilidades de um novo modelo constitucional, contrapondo um sistema de unidade estatal e permitindo a ressignificação do sistema democrático e de justiça. Esse pluralismo democrático-participativo implica em uma proposta emancipatória, por meio da qual se reconhece a possibilidade de práticas comunitárias e se respeita a diversidade cultural, rompendo com o paradigma dominante do colonialismo.

Com efeito, não se tem somente o reconhecimento formal das diferenças, que a Constituição Brasileira o faz por meio de diversos dispositivos, mas, muito mais do que isso, o *constitucionalismo latino-americano* permite a efetivação da diversidade e do pluralismo em face dos

quinhentos anos da imposição da colonização de matriz europeia. Esse constitucionalismo multicultural, plural e democrático de caráter inclusivo é o atual desafio a ser repensado pela Teoria da Constituição e da Democracia.

Referência

- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Crise da Democracia Representativa** – Infidelidade Partidária e seu Reconhecimento Judicial. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p. 57-84, jan./jun. 2010.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997
- CATTONI, Marcelo de Oliveira. **Devido Processo Legislativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CATTONI, Marcelo de Oliveira. **Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria de Jürgen Habermas**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf>. Acesso em: 11/04/2018.
- CATTONI, Marcelo de Oliveira. **Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional**. In: Teoria do Processo: um panorama doutrinário mundial. Org. Fredie Didier JR. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. **Cultura e Democracia**: o discurso competente e outras falas. 3.ed. São Paulo: Moderna, 1983.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. In: Leforte, Claude. **A invenção democrática**. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- DAHL, Roberto Alan. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade, conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e democracia**. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. European Journal of Philosophy, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudo de teoria política. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia II: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Remarks on erhard denninger's triad of diversity, security, and solidarity**. Constellations, Oxford, n. 4, v. 7, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**, 1: Racionalidade da ação e racionalização social. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**, 2: Sobre a crítica da razão funcionalista. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria Política: três modelos normativos de democracia**. Cadernos da Escola do Legislativo: Belo Horizonte, v. 3, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia**. In: A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- LEITÃO, Cláudia. **A Crise dos Partidos Políticos Brasileiros: os dilemas de representação política no estado intervencionista**. Fortaleza: Gráfica Tipoprogresso, 1989.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabidarte. E. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **O Estado Plurinacional na América Latina**. Editora: Arraes, 2011.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadro de; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.
- MANIN, Bernard. **As Metamorfoses do Governo Representativo**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01.htm>. Acesso em: 07/06/2019.
- NOVAES, Adauto. **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007.
- OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. Juris Poiesis. Rio de Janeiro: Editora CRV, n. 14, p. 103-132, 2011.
- PEREIRA, Rodolfo Vianna. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coords). Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.
- SARTORI, Giovanni. **Partidos e Sistemas Partidários**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- SCHAFER, Walter Reese. **Compreender Habermas**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico e crítica do constitucionalismo na América Latina**. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 04/06/2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antiguidade clássica à Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. FAGUNDES, Lucas Machado. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2158>> Acesso em: 07/06/2019.

Artigo recebido em: 01/07/2019.

Aceito para publicação em: 08/08/2023.

Os desafios e perspectivas da corte brasileira no controle das políticas sociais: o pleito por direitos perante a figura do Estado-Juiz

The challenges and perspectives of the brazilian supreme court in the control of social politics: the search for social rights in the judiciary

Deilton Ribeiro Brasil¹

Gustavo Henrique Maia Garcia²

Thainá Penha Pádua³

Resumo: A presente pesquisa busca analisar os entraves à efetivação dos direitos sociais no Brasil e a sua recorrente judicialização. A partir desse contexto, buscou-se analisar de que forma a suprema corte brasileira tem fundamentado os seus julgamentos sobre o tema, para verificar se consiste em uma postura legítima ou ativista. O método utilizado foi o indutivo e como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica, onde foram analisadas obras jurídicas e pela pesquisa documental, realizou-se um aporte na legislação constitucional e em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, a fim de averiguar as circunstâncias da experiência político-jurídica contemporânea que culminaram na supremacia judicial. Como resultados alcançados verificou-se que a resposta almejada deve ser obtida de modo contextualizado, por meio de uma análise da transição paradigmática da teoria jurídica.

Palavras-chave: Direitos sociais. Judicialização. Efetividade. Supremacia judicial.

Abstract: This research seeks to analyze the obstacles to the realization of social rights in Brazil and its recurrent judicialization. From this context, we sought to analyze how the Brazilian Supreme Court has based its judgments on the subject, to verify whether it consists of a legitimate or activist stance. Through bibliographic research, legal works and documentary research were analyzed, a contribution was made to constitutional legislation and in some judgments of the Supreme Court, in order to ascertain the circumstances of the contemporary political-legal experience that culminated in judicial supremacy. It was concluded that the desired response should be obtained in a contextualized way, through an analysis of the paradigmatic transition of legal theory.

Keywords: Social rights. Judicialization. Effectiveness. Judicial supremacy.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA).

² Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - UIT (2022). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2018). Advogado. Membro do Observatório do Mundo em Rede Cyber Leviathan.

³ Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (linha de pesquisa: Processo Coletivo). Pós-graduada em Direito Processual pela Fundação Educacional de Oliveira - FEOL. Pós-graduada em Direito Penal pela Damásio S/A.

1. Introdução

Apesar das três décadas de intensas discussões, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a busca pela proteção judicial dos direitos sociais ainda tem sido muito debatida na doutrina e nos tribunais brasileiros, permanecendo a incerteza sobre a aplicabilidade das normas ditas programáticas. Embora o reconhecimento da necessidade de promoção desses direitos seja decorrência lógica do Estado de Democrático de Direito, como condição para o exercício pleno das liberdades pessoais, sua eficácia ainda parece uma realidade distante.

Essa hermenêutica constitucional que lança luz aos princípios instauradores dos direitos sociais como normas aptas a fundamentar decisões judiciais ainda encontra uma série de desafios práticos e teóricos. A abertura que possibilita a tutela jurisdicional desses direitos vem acompanhada de inúmeras resistências e argumentos como intromissão e quebra do princípio da separação de poderes no controle de políticas públicas já existentes ou com pouca efetividade.

Adicione-se que as limitações de recursos do Estado, quando há pretensão de prestação material ao cidadão, também representa importante ponto de atenção, eis que tal supressão da vontade administrativa nem sempre é realizada por falta de vontade política, mas pela escassez de recursos, forçando a escolha dentre inúmeras demandas igualmente relevantes.

O presente artigo tem como propósito demonstrar como o referido dilema tem sido enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, que se fundamenta em princípios como o da máxima efetividade, reserva do possível, mínimo existencial e vedação ao retrocesso social, tomando como contraponto o ativismo judicial na efetivação de direitos sociais e o argumento da escassez de recursos.

A pesquisa, nesse cenário, investiga, com base no tratamento dado pelos tribunais brasileiros, os principais problemas relacionados à judicialização dos direitos sociais, buscando o principal ponto que impede o adequado tratamento dos litígios a eles relacionados. Para tanto, o trabalho utiliza o método indutivo,

partindo das interpretações do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, para traçar um paradigma do tratamento da matéria.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Assim, no primeiro tópico, buscou-se demonstrar como a efetividade desses direitos deve ser tratada com a máxima prioridade, pois eles são condição imprescindível para o exercício de todos os demais direitos fundamentais e condição de existência da dignidade humana. No segundo tópico, realizou-se uma análise sobre a realidade brasileira, em que várias demandas por direitos sociais acabam por desaguar no Supremo Tribunal Federal e quais as consequências disso.

No último momento da pesquisa, foram analisados posicionamentos da Corte sobre a judicialização de políticas públicas, traçando reflexões sobre a importância da constitucionalização do tratamento desses direitos, e principalmente sobre a constitucionalização do processo. Para além dos problemas clássicos do tema, considera-se que a judicialização só pode se desenvolver em um paradigma verdadeiramente democrático, pois a intromissão do Judiciário no desenvolvimento de políticas públicas não pode distorcer ainda mais a relação de desigualdade presente na sociedade.

2. O problema da efetividade dos direitos sociais no Brasil

Os direitos sociais se desenvolvem para a realização da vida em todo o seu potencial, sem o qual o titular não poderia alcançar e desfrutar dos bens que precisa para viver com dignidade, e, por natureza, se relacionam com um complexo

de relações sociais, econômicas ou culturais. Eles são o fruto do constitucionalismo de segunda dimensão, quando se reconhece que, sem acesso a uma base de recursos materiais, torna-se impossível o acesso às liberdades fundamentais (Sarlet, 2004).

Atualmente, estão alocados no artigo 6º da Constituição Federal, segundo o qual: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

Em uma perspectiva puramente normativa, o texto constitucional também abarca separadamente esses direitos em outros dispositivos, como os artigos 7º a 11, que tratam de um extenso rol de direitos dos trabalhadores; os artigos 196 a 200, que tratam dos desdobramentos do direito à saúde; os artigos 201 e 202 que tratam do sistema de previdência social; os artigos 203 e 204 tratam da assistência aos desamparados, dentre outros. Além disso, os direitos sociais são regulados de forma detalhada em diversas legislações infraconstitucionais.

No entanto, os termos em si são indeterminados. Eles traçam um caminho para a proteção que pode divergir em uma renegociação das regras legais de propriedade; ou da forma como o sistema jurídico responde às diferenças de gênero, raça, deficiência e nacionalidade; ou do modo como a lei molda a prestação de serviços, o planejamento das cidades e o funcionamento de hospitais, escolas, transportes e indústria. A indeterminação dos direitos econômicos e sociais não é simplesmente uma linguagem, ela pertence à relação imprevisível da lei com a experiência. Para Bobbio:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições (Bobbio, 2004, p. 23).

Verifica-se que a principal dificuldade a ser enfrentada sobre esse tema refere-se à aplicabilidade e efetividade desses direitos, à sua realização, ao

desempenho de sua função social. Dessa forma, o problema reside na materialização dos preceitos legais no mundo dos fatos, e simboliza a aproximação entre o normativo e o que deve ser a realidade social.

Bobbio afirma que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do que ele considera como o problema da proliferação dos direitos do homem, questões bem mais difíceis de resolver: a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, a ampliação dos poderes do Estado. Também "poder" – como, de resto, qualquer outro termo da linguagem política, a começar por "liberdade" – tem, conforme o contexto, uma conotação positiva e outra negativa. O exercício do poder pode ser considerado benéfico ou maléfico segundo os contextos históricos e segundo os diversos pontos de vista a partir dos quais esses contextos são considerados (Bobbio, 2004, p. 67).

Sobre a efetividade dos direitos sociais, é necessário para a compreensão do Estado de Direito não só em um sentido amplo, mas uma abordagem por outras óticas, tais como: política, econômica, social e histórica. Os direitos sociais fundamentais na Constituição brasileira estão longe de formar um grupo homogêneo, pois, no que diz respeito ao seu conteúdo e à forma de seu reconhecimento, o constituinte originário não seguiu nenhuma linha ou teoria específica. Em vez disso, acabou se criando um capítulo muito contraditório no que tange à relação interna de direitos e garantias. Isso implica uma série de desvantagens interpretativas, afetando diretamente a eficácia das disposições contidas na Constituição (Krell, 2002).

É fato que o parâmetro lógico que impulsiona a política legislativa em geral é o nível de importância ou relevância social de determinada matéria. Dito de outro modo, aquilo que for considerado mais fundamental para a sociedade é a matéria disciplinada pelo dispositivo e, portanto, o efeito mais consistente que ele pretende

produzir deve ser a eficácia jurídica associada, ou seja, a sua capacidade de produzir efeitos. Assim, a dificuldade maior quando se fala em direitos sociais reside na formulação, implementação e manutenção de políticas públicas e na harmonização dos gastos nos orçamentos dos entes políticos.

Nesse sentido, um dos principais pontos que restringem a eficácia dos direitos fundamentais é a chamada reserva do possível, que tem sido usada para indicar a limitação de recursos ante a necessidade da garantia dos direitos fundamentais e sociais. O debate sobre o tema tem sido identificado no Brasil em grande parte pelo compromisso do Governo em promovê-lo e argumentá-lo nas mais diversas demandas, sob o pretexto de um apocalipse econômico iminente. O termo tenta identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis sobre a necessidade quase sempre infinita a ser atendida por eles.

Essa corrente encontra respaldo na própria realidade, enquanto países periféricos do Mundo, como é o caso da Argentina (Barbon, 2023), e até mesmo da Europa, caso da Grécia, se colocaram em situações econômicas dramáticas, sendo uma das causas a manutenção de programas assistenciais insustentáveis. Alcançar esse equilíbrio é um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito.

Através de uma visão constitucionalizada da demanda, a escassez de recursos orçamentários não pode ser obstáculo para a garantia dos direitos sociais, que são condições essenciais da vida humana, pois, dessa forma, estariam violando o preceito básico e fundamental da Constituição Federal: o princípio da dignidade humana. Para Fabrício V. Costa:

Baseando-se nas condições materiais e na própria fundamentabilidade jurídica, o texto constitucional reconhece eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o núcleo da dignidade humana, especialmente a primeira (condições materiais), vislumbrada na exigibilidade da prestação positiva. É que o chamado mínimo existencial compõe as condições materiais básicas para a existência do indivíduo, compondo uma fração nuclear que enseja a eficácia jurídica positiva (Costa; Motta; Araújo, 2017, p. 851).

Dessa forma, o mínimo existencial é considerado o requisito necessário para a sobrevivência do indivíduo, pois se não existem as condições necessárias

para uma vida digna, os direitos sociais não serão eficazes. E quando se trata de mínimo existencial destinado à saúde, por exemplo, sua violação atinge diretamente o direito à vida. Por outro lado, não há em nenhum dispositivo constitucional a previsão de que o Estado deve prover somente o mínimo do mínimo para que o ser humano permaneça vivo. Pelo contrário, a dignidade humana pressupõe a concretização de inúmeros outros direitos, até mesmo ao lazer, o que dificulta ainda mais a sua concretização pela via judicial (Daniel, 2013).

A dignidade humana é princípio fundamental que deve expressar a certeza de que o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal⁴ não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui padrão-positivo legal com status constitucional e, como tal, com efetividade, transformando-se, além da dimensão ética já apontada, no valor jurídico da comunidade. Nesse contexto, é preciso considerar a dignidade da pessoa humana não sendo apenas o valor dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, o que justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-avaliativa (Sarlet, 2004).

Ou seja, o mínimo existencial está ligado à dignidade da pessoa humana e deve ser guardado pelas características dos direitos sociais, a fim de proporcionar condições mínimas à sociedade. Supondo que as necessidades da população sejam infinitas e limitadas por questões orçamentárias, deve-se ter em mente sobre como estabelecer prioridades na alocação de recursos para garantir o mínimo estabelecido na Constituição Federal.

Se o Estado não for capaz de reconhecer em que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, ou seja, se não houver consenso quanto ao conteúdo mínimo da dignidade, enfrentará uma crise ética e moral de proporções que o princípio da dignidade humana será transformado em uma fórmula totalmente vazia. Garantido constitucionalmente, o mínimo existencial deve ser atendido prioritariamente. Se assim for, e significar que os recursos financeiros

⁴ Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988).

não são ilimitados, os recursos disponíveis devem ser aplicados prioritariamente a serviço dos propósitos considerados essenciais pela Constituição até que sejam efetivamente alcançados.

Uma vez violado o mínimo existencial, pela omissão da efetividade dos direitos sociais, surge o direito de os exigir em juízo. A razão que justifica tal judicialização dos direitos sociais, ligados ao mínimo existencial, se dá pelo fato de que esses direitos são indispensáveis para ter uma vida com dignidade. Nesse aspecto:

(...) Se a pessoa mediana consegue ter uma vida digna sem precisar do bem em questão, este bem não pertence ao direito da dignidade. Dentre o resguardo desse princípio não envolve apenas bens patrimoniais ou integridade física da pessoa humana, mas, sobretudo, sua integridade moral, sentimental, psíquica. Como desdobramento de seus fundamentos e consectários lógicos, observe-se que a prestação positiva de direitos por parte do Estado deve ocorrer de forma a se garantir essa proteção à liberdade, à cidadania, ao bem-estar social, à saúde, à propriedade, à segurança (Costa; Motta; Araújo, 2017, p. 852).

Segundo Canotilho (2002), o Estado deve garantir a efetividade dos direitos sociais e, também, não pode reduzir, cancelar ou revogar o que hoje entende-se como mínimo existencial e deve selar todas as medidas legislativas destinadas a isso. Este é o princípio da proibição do retrocesso social.

De acordo com Ingo W. Sarlet, o aumento cada vez maior de demandas por prestações sociais, frente ao decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, não podem ser critérios utilizados para interpretar restritivamente alguns direitos e, assim, utilizar-se do Judiciário como ferramenta de negativa de direitos já consagrados por meio de conquistas histórico-sociais. Assim, toda decisão judicial que nega um direito fundamental baseando-se na escassez de recursos estatais, exterioriza uma interpretação constitucional contrária ao princípio da proibição do retrocesso (Sarlet, 2004, p. 409-412). Sobre a efetividade:

Admite-se, assim, a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos axiologicamente categorizados como fundamentais – civis, políticos e sociais –, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter de sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja

efetividade fica sujeita ao alvedrio dos agentes políticos e/ou administrativos de turno (Schwarz, 2016, p. 5).

Importante lembrar que esses direitos estão em constante modificação, a depender das necessidades do indivíduo e da coletividade, como qualquer outro direito. Para Bobbio:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sagrada e inviolável, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações (Bobbio, 2004, p. 18).

Portanto, embora a efetividade dos direitos sociais dependa da consideração dos governos em suas escolhas diante da escassez de recursos, a administração não pode se esquivar de seu dever constitucional de prover e garantir direitos mínimos à população para uma vida com dignidade. Na ausência de qualquer um deles, cabe ao Judiciário, através de provocação, determinar o cumprimento/fornecimento daquele determinado direito social fundamental, o que acaba desaguando em um dilema.

Ao impor o dever de respeitar, proteger ou promover direitos econômicos e sociais — na verdade, em ser um titular do dever — os tribunais são chamados a decidir sobre a natureza desses direitos, seu escopo e as obrigações que fluem deles. Diante da complexidade das inúmeras instituições que impactam nos termos materiais da vida social, o Judiciário deve cumprir seu papel na aplicação dos arranjos positivos que determinam quem faz o quê para garantir direitos econômicos e sociais.

A única conclusão possível desse cenário institucional é aquela construída pelo garantismo, a partir do qual o Judiciário deve ser entendido exatamente como uma função contramajoritária dentro da democracia, cabendo a ele impedir que maiorias sociais ou circunstanciais imponham violações contra grupos minoritários (Ferrajoli, 2021). Enquanto função de garantia, o Judiciário emerge como

instituição imprescindível para o paradigma democrático contemporâneo, e isso assume especial importância para a concretização de direitos sociais.

3. A judicialização de direitos sociais: efetividade ou postura ativista?

Nas democracias constitucionais contemporâneas, a proteção dos direitos sociais é incerta e vinculada ao destino de um controverso processo de execução legal – e judicial. De fato, o escopo e os meios de julgamento dos direitos sociais estão em constante evolução e são amplamente debatidos, especialmente no âmbito do julgamento constitucional. Nessa esfera, o exercício da revisão judicial sobre questões relativas aos direitos sociais permite que os tribunais escrutinem os atos legislativos e as escolhas distributivas subjacentes.

A possibilidade de órgãos não representativos, como tribunais, reverem e contrariarem as decisões de órgãos político-representativos levanta uma “dificuldade” contramajoritária, o que pode, para alguns, minar a legitimidade democrática das intervenções judiciais sobre os direitos sociais. Nessa perspectiva, a ação dos tribunais é particularmente controversa em dois aspectos.

Primeiro, a judicialização dos direitos sociais. É controverso se, e porque, os direitos sociais são favoráveis à consideração judicial tanto quanto aos direitos civis e políticos. Nessa questão, houve uma virada significativa para os direitos sociais efetivamente aplicados. O debate mudou seu foco da sabedoria de dar aos juízes o poder de fazer valer os direitos sociais para um conjunto de questões sobre o efeito prático dos direitos sociais justificáveis e o potencial de tais direitos para cumprir a promessa de transformação social através do direito.

Em segundo lugar, o julgamento dos direitos sociais: como os tribunais devem abordar tais direitos e em que medida devem interferir nas decisões das instituições políticas e legislativas. O primeiro aspecto diz respeito principalmente ao escopo e à justificativa do julgamento dos direitos sociais, enquanto o segundo diz respeito principalmente à força e intensidade da ação judicial nesse âmbito.

Com base em um entendimento deliberativo da democracia, Roberto Gargarella fez contribuições cruciais em relação a ambos os aspectos, mostrando

também como eles estão conectados. Ele tem apontado que o sentido das ações judiciais não depende apenas da natureza das questões que se enquadram nesse âmbito. Em vez disso, depende principalmente do quadro democrático mais amplo no qual o Judiciário opera (Gargarella, 2012).

Nestes termos, a judicialização dos direitos sociais não depende muito da natureza desses direitos – como direitos supostamente "positivos", caros – e da possibilidade de efetivamente aplicá-los por meios judiciais. Em vez disso, e mais fundamentalmente, depende crucialmente de avaliações da natureza dos sistemas democráticos e do papel que os tribunais devem desempenhar nesses sistemas. Em segundo lugar, Gargarella forneceu um relato do julgamento dos direitos sociais com base em uma concepção deliberativa da democracia, que aponta para um exercício de revisão judicial mediando entre o ativismo judicial e a inércia (Gargarella, 2012).

Em ambos os aspectos, o relato do autor enfatiza o que a prática judicial muitas vezes tende a obscurecer: a relevância das premissas democráticas para a articulação de um discurso judicial sobre direitos sociais. De fato, como Gargarella observa em uma análise perspicaz da jurisprudência constitucional, os tribunais muitas vezes não expõem a visão da democracia subjacente à sua abordagem dos direitos sociais. E quando o fazem, muitas vezes apresentam-no em termos ruins, especialmente se comparados aos argumentos democráticos refinados implantados em decisões sobre outros direitos, como a liberdade de expressão.

O fato mais surpreendente, a este respeito, diz respeito ao uso judicial de argumentos que, embora se baseiem em concepções muito diferentes da democracia – da concepção pluralista à concepção *rousseauiana* – levam à mesma conclusão: a democracia exige instituições políticas, representativas, e não tribunais, para lidar com os direitos sociais (Gargarella, 2012, p. 10-14).

No entanto, essa conclusão só é apoiada por certas visões da democracia: "O argumento da teoria democrática não desce, obviamente, em apoio à ideia de que os juízes não têm papel a desempenhar na aplicação dos direitos sociais" (Gargarella, 2006, p. 13). Outras visões – e a visão deliberativa em particular – levam a conclusões diferentes, apontando para a legitimidade do julgamento dos

direitos sociais. Essas teorias da democracia deliberativa sugerem que os juízes devem ser mais ativos na aplicação dos direitos sociais, mas de maneiras que não são apenas compatíveis, mas também necessárias para uma democracia mais robusta e justa.

Sendo assim, a judicialização pode ser definida como a comodidade de uma questão/reivindicação à resolução judicial. Mais precisamente, uma demanda é justificável quando o tribunal ou tribunais apropriados decidem sobre o mérito. Essa noção marca o âmbito da ação judicial, expressando a condição em que uma questão pode ser tratada de acordo com as normas legais e por um órgão judicial, descrevendo e prescrevendo certos limites à ação judicial. De acordo com Streck, Tassinari e Lepper:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos (Streck; Tassinari; Lepper, 2015, p. 56).

Em um sentido de afirmação de fatos, a noção de judicialização descreve um estado de coisas em que uma questão/alegação é processualmente exequível perante um tribunal. Combinando esses aspectos, a noção de judicialização serve como um filtro através do qual pode-se separar o que tem relevância constitucional e se presta a ser julgado pelos tribunais daquilo que, embora relevante, não se presta a ser julgado por um tribunal.

O caso dos direitos sociais é emblemático nesse sentido. Embora contemplado pelas disposições constitucionais, é controverso se, e em que medida, o conteúdo dessas disposições pode ser julgado de acordo com as normas legais. Além disso, mesmo que se assuma que o conteúdo das disposições constitucionais possa ser sempre julgado de acordo com as normas legais, poderia ser razoável reservar sua aplicação às instituições políticas.

Por outro lado, Gargarella lança luz precisamente sobre a deficiência da jurisprudência dos direitos sociais, mostrando a relevância crucial das considerações sobre a natureza dos sistemas democráticos. Essas considerações fornecem as premissas de uma abordagem judicial dos direitos sociais. É difícil encontrar uma interessante elaboração judicial em suas referências (mais ou menos explícitas) à democracia, quando se trata de casos relacionados aos direitos sociais.

Em muitas das decisões examinadas, foi possível reconhecer a negligência na transição feita pelos juízes das premissas democráticas para as conclusões do que deveriam fazer, ou (mais comumente) não fazer em relação à aplicação dos direitos sociais. Tipicamente, os juízes deixam clara sua obrigação de respeitar a democracia e, a partir daí, a importância de respeitar a vontade do legislador, de sustentar, com base em tais premissas, sua incapacidade de intervir no processo que envolve a violação de qualquer direito social (Gargarella, 2006, p. 10).

A efetividade que deve acompanhar as regras dos direitos sociais fundamentais – especialmente quando norteadas na dignidade da pessoa humana – deve ser positiva ou simétrica, pois permite ao Judiciário, se houver violação, a execução da lei. Para Schwarz:

Os direitos fundamentais sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua vigência (eficácia) plena seja imprescindível – de uma forma ou de outra – a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive através de formulação, aplicação, avaliação e controle de políticas públicas sociais. São direitos plenamente jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal e que devem ser por ele tutelados (Schwarz, 2016, p. 6).

Apesar de se tratar de uma verdadeira missão constitucional delegada indiretamente aos juízes e tribunais, a judicialização apresenta graves problemas oriundos da falta de critérios e voluntarismos diversos de decisões desarrazoadas. Os direitos fundamentais previstos na Constituição federal de 1988 são proposições teórico-legislativas que devem ser interpretados de forma sistemática, integrativa, contextualizada com o caso concreto, de modo a garantir igualmente a toda pessoa a inclusão, proteção do direito à vida, liberdade, igualdade e vedação de retrocesso (Costa; Motta; Araújo, 2017, p. 869).

Por essa razão, para enfrentar os problemas de efetividade dos direitos fundamentais sociais, não há como desconsiderar sua função primária dos direitos de provisão, bem como seu reconhecimento no texto constitucional, uma vez que ambos os aspectos, por todas as evidências, constituem fatores intimamente ligados ao grau de efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais, como tem feito o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, em muitos casos, julga dentro dos moldes constitucionais a fim de buscar materializar os direitos sociais ali requeridos.

A ideia aqui não consiste em defender uma postura ativista – que substitua a lei por sua própria vontade – e nefasta do órgão julgador, mas legitimar a judicialização dos direitos sociais, pelas razões expostas. Quando um juiz julga de forma ativista, “torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a produto e meio técnico de um compromisso de interesses – e investe-se como sacerdote-mor de uma nova divindade – a do direito suprapositivo e não escrito” (Maus, 2000, p. 15). Sobre o ativismo:

Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião (Streck; Tassinari; Lepper, 2015, p. 13).

Não há como negar o fato de que a Constituição Federal expressa uma linha mais ativa de atuação seguida pelo Supremo Tribunal Federal e algumas decisões podem até ser bem recebidas pela sociedade por caminhar para uma maior efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, essa postura do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro implica uma constante procura de maior *accountability*, qualificando e conferindo publicidade ao debate celebrado no bojo dos autos, com aumento do diálogo com as funções Legislativa e Executiva, para que, não se arvorando na seara primordial delas e agindo de forma antidemocrática, acabe por “hidrolisar” as políticas

públicas desenvolvidas e, fatalmente, contribuir para a falta de efetividade e desigualdade nas prestações fornecidas pelo Estado Social e Democrático de Direito.

4. A atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos sociais

Como primeiro exemplo da atuação da Suprema Corte brasileira na efetivação dos direitos aqui tratados, toma-se o julgamento da ADPF 45-MC/DF, em 2004 (Supremo Tribunal Federal, 2004). A ação questionava veto do presidente da República ao §2º do art. 55 da Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO de 2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual – LOA de 2004.

O autor da ação constitucional sustentou que o veto teria descumprido a EC n. 29/2000, que garante um patamar mínimo de recursos para a saúde. Ou seja, com o veto, ficaria afastada a obrigação constitucional de estabelecer percentuais mínimos para os gastos com as ações e serviços públicos de saúde. Apesar da perda de objeto da ação, devido à reinclusão da norma por outro diploma legal, a Corte se manifestou expressamente sobre o mérito, apontando para a força normativa dos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal.

A decisão lança luz, de forma expressiva, sobre a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal, que não pode se omitir do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, mas deixa claro que não se inclui, ordinariamente, no rol de funções institucionais do Judiciário a tarefa de formular e de implementar políticas públicas, o que é de domínio do Legislativo e do Executivo. Somente diante da omissão dessas funções, de forma excepcional, deve o Judiciário proferir decisões que visem a eficácia e a integridade dos direitos sociais.

Citando a obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, “The cost of rights”, de 1999, é exposto no voto o custo alto desses direitos de segunda dimensão, que se

caracterizam justamente pelo seu processo de concretização e dependem de um inescapável vínculo financeiro que é subordinado às possibilidades orçamentárias de um Estado. O ministro afirma que, caso haja de fato a incapacidade econômico-financeira do ente público, deste não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando constitucional. O que não pode ocorrer é a utilização desse argumento de forma artificial, o que justifica a intervenção do Judiciário (Supremo Tribunal Federal, 2004).

Porém, em matéria de direito financeiro, sendo incrível a complexidade da administração tripartite adotada pelo Estado brasileiro, considerando também a ausência de um controle rígido das contas públicas, esse argumento quase sempre será retórico.

Em outro exemplo, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, no Agravo de Instrumento n. 583.476/SC, julgado em 2010, tem-se mais um exemplo que torna possível entender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. Do voto do relator, verifica-se irrecusável o valor constitucional dado à proteção da criança e do adolescente, de modo que incumbe ao Poder Público a tarefa de torná-lo real, através de concreta efetivação da garantia de atendimento socioeducativo às crianças vítimas de exploração ou violência. O Ministro ainda assevera ainda que:

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República (Supremo Tribunal Federal, 2010a).

Na esteira desse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal também se manifestou por diversas vezes em favor do dever do Estado em fornecer medicamentos para pacientes que não possuem condição financeira para custeio, como no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto a direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos

direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. [...] Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (Supremo Tribunal Federal, 2010B).

A Corte demonstrou disposição para intervenção em casos pontuais. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Constatou-se que os custodiados pelo Estado sofriam sucessivas e graves violações de direitos fundamentais, principalmente pela superlotação dos estabelecimentos e por ausência de prestações básicas (Supremo Tribunal Federal, 2015).

No entanto, anos se passaram e poucas medidas efetivas foram tomadas, como a liberação de recursos e aumento de verbas destinadas ao Fundo Nacional Penitenciário – Funpen e a concessão de *habeas corpus* coletivo para substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres gestantes, mães de crianças ou de pessoas com deficiência (Montenegro, 2020). Mas pouca mudança houve na administração prisional do país, e direitos sociais de presos continuam a ser negados sistematicamente.

De forma geral, o Judiciário se recusa a intervir de forma ampla pela proteção desses direitos. O resultado disso é, na prática, uma maior distorção ainda. Isso porque, de todos os direitos, o acesso à justiça talvez seja o mais escasso, já que o sucesso em demandas judiciais depende do acesso a advogados e recursos para produção de provas. No final, a justiça que deveria proteger os mais vulneráveis, acaba por beneficiar grupos já privilegiados (Vitorelli, 2021).

As principais objeções lançadas contra a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais são as de ofensa aos princípios da separação de poderes e

democrático, de não observância da reserva do possível e de inaptidão funcional do Judiciário para gerir políticas públicas, cuja atuação equivocada pode provocar uma “hidrólise” dessas políticas.

As críticas não são incontornáveis. Para a refutação da primeira, é preciso lembrar que o Estado caminhou de um modelo liberal para um Estado Social e Democrático de Direito e, com isso, abraçou novas atividades e novas funções, o que enseja uma releitura da separação de poderes na finalidade de adequá-la ao contexto hodierno de um Estado Social e Democrático de Direito, que nada mais é que uma especificação do Estado Social de Direito.

Para superação da segunda, dependerá da própria competência conferida ao Judiciário, da vinculação ou não de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais e de sua aplicabilidade imediata, da eficácia das normas constitucionais, do regime jurídico conferido aos direitos fundamentais como um todo – ou se há diferenciação – e da própria natureza jurídica da norma de direito fundamental em questão.

Para o rebate da terceira, deve-se considerar que todas as obrigações positivas geram custos, exigindo-se do Judiciário o respeito pelas limitações de recursos com a conjectura do impacto global no orçamento de sua ordem judicial, cujo ônus da prova pertence plenamente ao Estado; se estiver em jogo o núcleo essencial desses direitos, há que aumentar o ônus argumentativo do Estado, tendo em vista que apenas excepcionalmente se tolera que o direito fundamental seja preterido por omissão inconstitucional no seu perímetro básico.

Para a rejeição da quarta, impera que o Judiciário tenha mais responsabilidade nas suas decisões, com a busca da ampliação e qualificação do debate, por meio de audiências públicas, produção de prova pericial, maior fundamentação das decisões, em prol de aumento da deliberação pública. Em suma, para que o Judiciário, em todas as instâncias, realize de forma adequada a proteção dos direitos sociais, o primeiro passo imprescindível é a democratização do processo.

5. Conclusão

Uma vida que atinja a plena promessa da dignidade humana requer, entre outras coisas, escapar da morte prematura, os recursos para resistir a doenças debilitantes, a capacidade de ler e escrever e, em geral, oportunidades e liberdades indisponíveis em meio à extrema pobreza e privação naturais do sistema capitalista. Ao longo das últimas décadas, muitos adotaram a visão de que comandar algum nível mínimo de recursos sociais e econômicos não só é constitutivo de dignidade, mas é um direito humano básico ao qual alguém *deve* responder.

No espaço de duas décadas, os direitos sociais emergiram das sombras e margens do discurso dos direitos humanos e da jurisprudência para reivindicar um lugar cada vez mais central. Em um número significativo de jurisdições, os órgãos de julgamento intervieram para proteger uma ampla gama de direitos sociais contra intrusão e inação por parte do Estado, e cada vez mais por atores não estatais.

A amplitude das decisões é vasta. Os tribunais ordenaram a reconexão do abastecimento de água, a paralisação dos despejos forçados, a prestação de tratamentos médicos, a reintegração de benefícios previdenciários, a matrícula de crianças pobres e minorias nas escolas e o desenvolvimento e melhoria dos programas estatais para enfrentar a falta de moradia, doenças endêmicas e a fome.

O que é novo não é o julgamento dos interesses sociais. A legislação interna em muitos países prevê uma medida de direitos trabalhistas e sociais exequíveis judicialmente. O que é significativo é que as dimensões mais duradouras dos direitos humanos desses valores ou interesses sociais, sejam elas capturadas em constituições ou direito internacional, estão sendo julgadas. Isso não é para minimizar o papel da legislação de uma perspectiva de princípios ou pragmática.

Como resultados alcançados verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedentes ações que envolvem direitos sociais, em sua maioria, não está julgando de forma ativista, mas dentro dos limites constitucionalmente previstos.

O Poder Judiciário não atua, portanto, em uma posição de supremacia em relação ao Executivo, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública. O elemento democratizante, nesses casos, é exatamente a constitucionalização do processo, com todas as garantias fundamentais.

O objetivo deve ser apenas assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados. O Judiciário apenas deve buscar zelar pela regularidade das atividades da Administração Pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.

Quando o Judiciário realiza o controle da Administração, não elimina, obviamente, as margens de ação do administrador público, que pode e deve decidir quais são os meios legítimos mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais, de modo que não se busca a instauração de um “governo dos juízes”, uma situação de ativismo judicial, nem a eliminação das competências discricionárias do administrador público.

Com efeito, o reconhecimento dessas margens de ação jamais poderá dar causa à espaços isentos de proteção e controle judicial, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atentar para o conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da justiça social constitucional, preceitos que vinculam o merecimento das decisões administrativas em matéria de políticas públicas sociais.

Referências

- Barbon, Júlia. Entenda a crise econômica e a inflação sem freio na Argentina. **Folha de São Paulo**, 10 jun. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/06/entenda-a-crise-economica-e-a-inflacao-sem-freio-na-argentina.shtml>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, **Diário de Justiça**, 4 maio 2004. Informativo n. 345-STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 15 jun. 2023.

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 583.476/SC, Rel. Ministro Celso de Mello. **Diário Eletrônico de Justiça**, 24 maio 2010a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho145765/false>. Acesso em 15 jun. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, Rel. Ministro Marco Aurélio. **Diário Eletrônico de Justiça**, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em 19 jul. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. STA 175-Agr/CE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, **Diário Eletrônico de Justiça**, 17 mar. 2010B. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>, Acesso em 15 jun. 2023.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. AI 583596/ SC – Santa Catarina Agravo De Instrumento Relator(a): Ministro Celso De Mello. Julgamento: 5/4/2010.
- Brasil. **RTJ 185/794-796**, Rel. Ministro. Celso de Mello, Pleno.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- Costa, Fabricio Veiga; Motta, Ivan Dias da; Araújo, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Rev. Bras. Polit. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 844-874.
- Daniel, Juliana Maia. **O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- Ferrajoli, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- Gargarella, Roberto. Democracia Deliberativa, Justiça Dialógica e Direitos Sociais. *In: Teoria política*. V. 2, 2012.
- Gargarella, Roberto. Democracia Deliberativa e judicialização dos direitos sociais? *In: Perfis Latino-Americanos*. V. 13, 28, 2006.
- Gargarella, Roberto. Teorias da Democracia, do Judiciário e dos Direitos Sociais. *In: Gargarella, R.; Domingo, P., e Roux, T. (ed.), Tribunais e Transformação Social em Novas Democracias: Uma Voz Institucional para os Pobres?* Ashgate, 2006.
- Krell, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- Maus, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, pp. 183- 202, nov. 2000.
- Montenegro, Manuel Carlos. “Estado de coisas inconstitucional” nas prisões repercute dentro e fora do país. **Agência CNJ de Notícias**, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-repercute-dentro-e-fora-do-pais/>. Acesso em 19 jul. 2023.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- Schwarz, Rodrigo Garcia. **Os direitos fundamentais sociais e a sua judicialização: as garantias judiciais dos direitos sociais**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016.
- Streck, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Oback. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Uniceub. Volume 5, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em 17 jul. 2022.
- Vitorelli, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Artigo recebido em: 20/08/2023.

Aceito para publicação em: 01/10/2023.

A condenação em danos morais de grandes veículos de mídia: uma análise a partir dos julgados no Superior Tribunal de Justiça

The moral damages condemnation of the big media vehicles: an analysis from the judgments of the Superior Tribunal de Justiça

Lúcia Souza d'Aquino¹
Maurício Dias de Souza Neto²

Resumo: A liberdade de expressão e de imprensa são direitos fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito e estão devidamente previstos na Constituição Federal. Diante disso, os grandes órgãos de comunicação exercem este direito devendo observar os limites impostos pelo próprio texto constitucional a fim de não atingir as garantias fundamentais do cidadão. Assim, quando há um abuso desse direito por parte do veículo de imprensa, tem-se a possibilidade de o ofendido demandar contra tal órgão por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. A partir das disposições doutrinárias e jurisprudenciais de que os danos morais têm uma função tanto pedagógica quanto punitiva, pretende-se analisar, nos julgados Superior Tribunal de Justiça (STJ), quais são os montantes impostos como condenação para os veículos que abusam desse direito, além de observar se tais valores impactam ou não no surgimento de novos recursos na esfera do STJ, sendo este o problema de pesquisa do presente trabalho. O objetivo geral é analisar, em um primeiro momento, a função jornalística dentro da sociedade e as influências que esta sofreu com o decorrer do tempo e com as transformações a que foi submetida no contexto capitalista e os direitos constitucionais dos órgãos de imprensa e dos cidadãos a fim de verificar a aplicação nos casos de possível abuso de direito por parte da mídia. Ainda, de forma mais específica, a análise dos julgados do STJ tem como objetivo observar a aplicação fática desses referenciais teóricos e quais as possíveis implicações no âmbito do órgão julgador. A abordagem será feita de forma dedutiva partindo de conceitos como a função jornalística, danos morais e os direitos constitucionais dos veículos de imprensa, dos jornalistas e dos indivíduos, até a verificação estatística e quantitativa dos julgados do STJ sobre a temática. Para a realização da pesquisa foram buscados no sítio eletrônico do STJ, sem nenhum recorte temporal, os termos “emissora”, com 261 acórdãos; “notícia falsa”, com 87 acórdãos; “sensacionalista”, com 20 acórdãos; e “sensacionalismo”, com 6 acórdãos, sendo tais resultados os obtidos até a finalização do levantamento dos dados em 09/06/2022. Após esta etapa houve uma filtragem a fim de atender os parâmetros da presente pesquisa, restando 28 acórdãos dos grandes veículos de mídia que foram condensados em razão do grupo econômico que pertencem e a sua linha editorial. Destaca-se que tampouco houve distinção do tipo de mídia, assim, rádio, televisão, revistas, jornais e o meio eletrônico foram analisados conjuntamente. A pesquisa apontou, diante dos

¹ Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université de Savoie-Mont Blanc/UFRGS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Vulnerabilidades no Novo Direito Privado". Professora Adjunta no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professora da Pós-Graduação "Residência Jurídica em Resolução de Conflitos" do Departamento de Direito de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Mãe do Rafael e do Martim.

² Graduando em Direito pelo Departamento de Direito de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Membro do Grupo de Pesquisa "Vulnerabilidades no Novo Direito Privado".

acórdãos acessados do STJ, que a aplicação dos danos morais como um caráter punitivo e pedagógico não surtiu efeito significativo a ponto de diminuir a ocorrência de outros casos de calúnia, difamação ou injúria, pelo menos na esfera do órgão.

Palavras-chave: Danos morais. Grande mídia. Abuso de direito. Liberdade de expressão. Jurisprudência.

Abstract: Both freedom of speech and freedom of press are fundamental rights within a Democratic State of Law and are duly provided for in the Federal Constitution. In view of this, the major communication agencies exercise this right and must observe the limits imposed by the constitutional text itself in order not to affect the fundamental guarantees of the citizen. Thus, when there is an abuse of this right by the press vehicle, there is the possibility that the offended party may sue against such organ for patrimonial or extra-patrimonial damages. Based on the doctrinal and jurisprudential provisions that moral damages have both a pedagogical and punitive function, we intend to analyze, in the judgments of the Superior Tribunal de Justiça (STJ), what are the amounts imposed as a condemnation for vehicles that abuse this right, in addition to observing whether or not such amounts have an impact on the appearance of new appeals in the scope of the STJ, this being the research problem of the present work. The general objective is to analyze, at first, the journalistic function within society and the influences it has suffered over time and with the transformations it has undergone in the capitalist context and the constitutional rights of the press organs and citizens in order to verify the application in cases of possible abuse of rights by the media. Also, more specifically, the analysis of the judgments of the STJ aims to observe the factual application of these theoretical references and what are the possible implications in the scope of the judging body. The approach of the research will be deductive, starting from concepts such as the journalistic function, moral damages and the constitutional rights of the press vehicles, journalists and individuals, up to the statistical and quantitative verification of the judgments of the STJ on the theme. For the research, the terms "emissora" were searched in the electronic site of the STJ, without any time frame, with 261 judgments; "fake news", with 87 judgments; "sensacionalista", with 20 judgments; and "sensacionalismo", with 6 judgments. After this stage, there was a filtering process in order to meet the parameters of the present research, leaving 28 rulings of the major media vehicles that were condensed according to the economic group they belong to and their editorial line. It is noteworthy that there was also no distinction between the type of media, thus radio, television, magazines, newspapers and electronic media were analyzed together. The research pointed out, in view of the judgments accessed from the STJ, that the application of moral damages as a punitive and pedagogical character did not have a significant effect to the point of reducing the occurrence of other cases of libel, defamation or slander, at least in the sphere of the body.

Keywords: Moral damage. Mass Media. Abuse of rights. Freedom of expression. STJ Jurisprudence.

1. Introdução

Após o período repressivo vivido pelo Brasil durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985, inclusive com censura aos órgãos de imprensa, o constituinte, por meio da Constituição Federal de 1988, preocupou-se em garantir o pleno

exercício da profissão do jornalista e garantiu a liberdade de expressão e de imprensa.

No entanto, mesmo com essa conquista e garantia, tais direitos não são absolutos e devem respeitar, principalmente, a dignidade da pessoa humana, assim, não podem os órgãos de imprensa abusar do direito de informar utilizando-se de formas sensacionalistas de veicular as notícias e injuriar, caluniar ou difamar os cidadãos.

Além da deturpação da função jornalística, a projeção e influência que tais órgãos gozam perante a sociedade, faz com que a repercussão e os desdobramentos de tais notícias sejam profundas na vida pessoal do afetado, podendo acarretar danos à imagem, à autoestima e psicológicos, por exemplo.

Diante disso, em tais casos, surge, para a vítima de tais notícias, a possibilidade de demandar uma reparação por danos morais em face do veículo de imprensa que agiu abusando do seu direito.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar, por meio dos julgados do STJ, as condenações dos veículos de imprensa quanto ao pagamento de danos morais em razão de notícias caluniosas, difamantes ou injuriosas.

Isto porque, boa parte da doutrina e até mesmo a jurisprudência aqui apresentada reconhecem o caráter pedagógico e punitivo da condenação em danos morais.

Soma-se a isso o fato de que o papel jornalístico dentro do contexto capitalista há de ser considerado na medida em que os órgãos de imprensa, para se manter, devem se submeter ao aporte financeiro de patrocinadores, o que de certa forma afeta a independência destes, para além da sua forma de atuar, em razão da incessante busca pela venda de revistas, pelo maior alcance em números de telespectadores ou ouvintes, além da venda de espaços publicitários, sendo estes alguns dos fatores que podem justificar a atuação de alguns veículos de forma abusiva. (SILVEIRA FONSECA, 2008)

Portanto, o objetivo geral da pesquisa é o de entender quais são os conceitos da função jornalística e a analisar no contexto atual, conceituar os danos morais, além de buscar quais são os direitos constitucionais dos veículos de imprensa e dos

cidadãos e as implicações destas para as vítimas das notícias injuriosas, caluniosas e difamatórias.

E, posteriormente, de forma específica, analisar a sua aplicação na prática por meio da análise dos dados de acórdãos pesquisados no sítio eletrônico do STJ a fim de analisar os valores impostos como condenação e se de fato, na esfera de atuação do STJ, houve um efeito inibitório de novos processos em razão das quantias estipuladas pelo Tribunal.

Logo, utilizou-se a metodologia de análise qualitativa de dados decorrente de pesquisa jurisprudencial. O raciocínio argumentativo adotado foi o dedutivo, em que, partindo do estudo de conceitos da função jornalística, dos danos morais, além dos direitos dos órgãos de imprensa e dos cidadãos atingidos, verificou-se a aplicação, pelo Superior Tribunal de Justiça, de condenações dos órgãos de imprensa em indenizações por danos morais decorrente de calúnia, injúria ou difamação.

Para tanto, a pesquisa realizada no sítio eletrônico do STJ, sem nenhum recorte temporal, contou com os termos “emissora”, com 261 acórdãos; “notícia falsa”, com 87 acórdãos; “sensacionalista”, com 20 acórdãos; e “sensacionalismo”, com 6 acórdãos, sendo tais resultados os obtidos até a finalização do levantamento dos dados em 09/06/2022.

Após esta etapa houve uma filtragem a fim de atender os parâmetros da presente pesquisa, restando 28 acórdãos dos grandes veículos de mídia que foram condensados em razão do grupo econômico que pertencem e a sua linha editorial.

Assim, foram afastados os acórdãos que apareceram mais de uma vez ao pesquisar os temas, os acórdãos que não citaram a quantia imposta pelo Tribunal a título de danos morais, assim como os casos que não envolviam grandes veículos de mídia, como em litígios entre a pessoa do jornalista feito por meio de sua rede social ou sítio eletrônico pessoal em face do ofendido.

Ainda, ressalta-se que a pesquisa afastou, especialmente quanto aos resultados do termo “emissora”, um número expressivo de decisões que versavam sobre atividade clandestina de radiofusão, emissoras de certificados, direitos autorais, tributários, dentre outras decisões que fogem ao tema abordado na presente pesquisa.

Desse modo, ao estabelecer alguns parâmetros a partir dos resultados obtidos, quais sejam: i) a reincidência dos veículos após a revisão do STJ nos valores arbitrados em danos morais; ii) a reincidência dos veículos nas condenações por danos morais em razão das notícias veiculadas; iii) a reincidência do veículo após a sua condenação em valor mais elevado; iv) e a correlação entre os valores impostos como danos morais e a quantidade de vezes que o órgão praticou a conduta ilícita; buscou-se verificar se o caráter punitivo e pedagógico das condenações em face destes veículos surtiu um efeito no âmbito do STJ.

2. A função jornalística e a sua evolução

Com o advento da prensa, criada no século XV por Johannes Gutenberg, tornou-se possível a replicação de textos em maior escala, assim, livros, folhetins e afins podiam ser produzidos em escala industrial e ser consumido por mais pessoas.

Por conseguinte, a partir desse avanço tecnológico, permitiu-se também que ideias e notícias, principalmente, fossem difundidas e espalhadas por toda uma comunidade, fazendo com que os cidadãos alfabetizados fossem atingidos e tivessem ciência de um fato que estava acontecendo quando do momento da publicação de tal impresso.

Entretanto, com a consolidação da imprensa, o período moderno com as ascensões das democracias garantiu à imprensa um papel importante e ativo para que esta forma de governo se mantivesse fiel aos seus propósitos, bem como atribuiu à mídia uma função e um poder grande, o que a tornou parte significativa neste contexto.

Por esse motivo, muitos são os conceitos que classificam o jornalismo de forma similar a Barbeiro e Lima (2013, p. 188), como sendo uma profissão que atua em prol da melhoria das condições de vida, da segurança e da democracia, também com uma forte defesa dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos.

Desse modo, tamanha relevância e responsabilidade dentro do contexto democrático conferem às grandes mídias um grande poder de influência dentro da sociedade, alguns autores e teóricos denominam estes veículos como o "quarto poder", fazendo alusão aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Isto porque,

como explicam Fidalgo e Serra (2003, p. 102), dentro do contexto de uma sociedade do discurso e por meio do privilégio discursivo sobre as notícias, são os jornalistas que controlam a capacidade de tornar visível e de incluir.

Operar, assim, um grande veículo de comunicação que é capaz de atingir diversos indivíduos e formar opiniões sem ceder às influências e até mesmo à necessidade pela aquisição de capital para manter o veículo relevante, de forma lucrativa e sustentável não se mostra uma tarefa fácil. Ainda mais porque essa relação dentro do contexto jornalístico pode acabar por comprometer a independência do veículo uma vez que suas notícias ou artigos podem sofrer censura de patrocinadores. Como sugerem Barbeiro e Lima (2013):

O jornalista não deve participar de comerciais nem empenhar sua credibilidade ou opinião para vender determinado produto, quer seja publicidade privada, quer seja governamental, mas isso não o impede de participar de campanhas de interesse social e comunitário sem fins lucrativos. Não se empresta a imagem e a voz para nenhum outro produto da emissora que não seja o jornalístico, sob pena de comprometimento da credibilidade. (BARBEIRO; LIMA, 2013, p. 12)

Desta feita, percebe-se como a presença do capital subverte a função jornalística de informar de forma imparcial, sem que haja preocupação com a quantidade de leitores, ouvintes ou telespectadores e com o lucro gerado. Bem como, alguns programas, principalmente aqueles que têm a violência e os problemas da sociedade como tema principal, fazem publicidades de forma explícita dentro de seus programas, sendo os produtos e serviços anunciados inclusive pelo próprio apresentador.

Silveira Fonseca (2008) expõe em seu artigo o contexto em que foi implementada a indústria cultural no Brasil, com suas influências políticas por parte dos ditadores opressores que buscavam controlar o que era veiculado e dos interesses de investidores de fora para a criação deste ambiente industrial. Conforme a autora usa como referencial, o conceito de indústria cultural de Adorno e Horkheimer (1985) explicam como até as áreas das artes e comunicação que, em tese, são livres e criativas, sofreram forte influência por aqueles donos do capital que acabaram por sistematizar e padronizar a forma de criar estes conteúdos, servindo muitas vezes como veículos propagandistas para a consolidação de uma

marca ou a propagação de uma ideia defendida pelos donos de tais plataformas, como se expressa no seguinte fragmento:

É por perceber a importância de atuar junto às esferas culturais que, segundo o autor, o Estado vai promover a criação de instituições como a Embrafilme, a Funarte, o Pró-Memória, etc. Pela mesma razão, argumenta, vai reconhecer a importância dos meios de comunicação de massa, pela sua capacidade de difundir ideias, de se comunicar diretamente com as massas e, sobretudo, pela possibilidade de criar estados emocionais coletivos, o que era essencial para a consecução dos objetivos de integração nacional. (SILVEIRA FONSECA, 2008, p. 129)

Ademais, aponta Lage (2011, p. 10) que a notícia em si e a sua circulação já constituem um mercado. Portanto, a notícia dada em primeira mão, de forma a se diferenciar dos demais veículos é também um fator atrativo comercialmente e lucrativo, contudo, a apuração dos fatos e das fontes ficam prejudicados e podem levar a erros graves.

Neste contexto, evidencia-se que a tarefa do jornalista e dos grandes veículos não se resume apenas ao papel de informar conforme outrora, a atual conjuntura exige que os programas e jornais sejam atrativos, busquem grandes índices de audiência e conseqüentemente a aderência de marcas em seus espaços publicitários.

Para atingir tais objetivos, os programas que tratam do cotidiano das cidades, por exemplo, exploram ao máximo o aspecto negativo da vida urbana. Matheus (2016) explica como estão presentes elementos como a violência, a tristeza pela perda de um familiar, a sensação de impunidade dentro deste contexto, tudo isso faz com que a sensação de medo tome conta de quem assiste a tais programas.

Ademais, a cobertura sobre um determinado caso passa a ganhar repercussão e as pessoas passam a querer mais, buscam saber o desfecho da história. Assim, é possível perceber tal estruturação que Botton (2014, p. 49) chama de “vantagem comercial da raiva”, sendo este um elemento profundamente explorado por alguns veículos de comunicação.

Vianna e Sarkis (2014) afirmam que tal estilo de programa extrapola o objetivo de informar ou de opinar que deveriam ter, na verdade tal plataforma acaba sendo usada para condenar sumariamente, além de expor de forma negativa

a imagem de determinado indivíduo para todo o país. Por conseguinte, os autores também criticam toda a construção dos fatos por parte deste tipo de jornalismo:

O jornalismo que deveria ter por objeto a informação, narrando da forma mais objetiva possível fatos ocorridos, converte-se em sensacionalismo que tem por principal finalidade produzir sensações fortes nos telespectadores para garantir sua audiência. Programas que deveriam estimular uma análise racional dos fatos corrompem-se em sua própria caricatura ao estimular reações passionais aos fatos. (VIANNA; SARKIS, 2014, p. 5)

Além da atuação parcial criada por toda a narrativa, pelos jogos de câmeras e diversos outros artifícios criados para despertar fortes emoções nos telespectadores, os apresentadores muitas das vezes chegam a afirmar que os suspeitos mostrados foram de fato autores dos crimes ou que estão de certa forma envolvidos. Assim, toda a projeção que um grande veículo de comunicação possui é utilizada de forma irresponsável e pode causar danos irreparáveis à reputação da vítima, bem como pode lhe causar transtornos em sua saúde mental e até física, nos casos em que a notícia gera indignação coletiva e leva algumas pessoas a fazerem justiça com as próprias mãos.

Foi justamente neste sentido que, Melo e Silva (2017) citaram diversos dispositivos legais que o “programa bronca pesada”, por exemplo, desrespeitava, tais como: a presunção da inocência (Art. 5º, LVII, da CF e Art. 283, caput, CPP); o direito de imagem (Art. 5º, X, da CF); o direito ao silêncio (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, inciso 2, letra g); para além de fatores como a violação da dignidade da pessoa humana por meio de discursos preconceituosos que relacionam a suposta periculosidade dos indivíduos à sua classe social.

3. Breve conceituação de danos morais e suas implicações

Como já fora expresso no tópico anterior, a função jornalística é de suma importância dentro da sociedade na medida que atualiza os cidadãos, e até mesmo as autoridades, sobre os acontecimentos, assim, auxilia e traz à tona eventuais injustiças, crimes ou fatos danosos ao corpo social.

Tampouco deve ser olvidado o contexto histórico da ditadura no Brasil, o que também garantiu por intermédio da Carta Magna de 1988 uma maior liberdade de

expressão aos indivíduos e órgãos de imprensa. Portanto, a tais órgãos é assegurado e protegido constitucionalmente o exercício da liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, previstos nos incisos, IV e IX, art. 5º da Constituição Federal, respectivamente.

No entanto, estes direitos não são absolutos e não prevalecem em todos os casos. Conforme explica Tartuce (2018, p. 904), a resolução da situação fática se dá por meio da ponderação entre os direitos de liberdade de imprensa e informação e a proteção da imagem e da intimidade dos indivíduos. Contudo, a solução depende da situação fática apresentada no caso concreto.

Expõe o Ministro Gilmar Mendes (1993, p. 1.150) que a própria Constituição Federal em seu art. 220, §1º restringe a liberdade de expressão, não sendo esta absoluta. Assim, tem-se a proteção de direitos como a inviolabilidade da intimidade privada, da honra e imagem das pessoas, além da proibição do anonimato e do direito de resposta àquele citado na notícia. Tal restrição é necessária, segundo ele, pois caso contrário outros direitos também importantes seriam desrespeitados de forma significativa.

Logo, Cavalieri Filho (2014, p. 148) conclui, em conformidade com o apresentado, que aos Poderes não é possível rever a ponderação uma vez que a própria Constituição já versou sobre a prevalência dos valores fundamentais da dignidade humana.

Neste contexto é que nasce para a vítima de matérias injuriosas, caluniosas ou difamatórias o direito de ser indenizado por danos morais. Conceituam Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 301) o dano moral como uma lesão a um interesse existencial concretamente que seja merecedor de tutela, sendo a violação da dignidade da pessoa humana o aspecto central a ser defendido e observado em tais casos.

Na doutrina, o dano moral é tido como uma quantia estabelecida para ressarcir a vítima do dano sofrido, não podendo esta ser uma fonte de lucro para se evitar o enriquecimento sem causa, como elucida Cavalieri Filho (2014, p. 125). O autor ainda complementa alertando sobre a mudança acerca do caráter punitivo do dano moral acolhido por alguns doutrinadores e jurisprudências, tendo esta como objetivo além da punição em si, a prevenção de outros casos.

Em contrapartida, Tepedino, Terra e Guedes (2021, p. 95) defendem o afastamento de valores atribuídos a tais condenações com caráter punitivo e pedagógico, isto porque, para os autores, o dano moral e sua quantificação são incompatíveis com o caráter punitivo e não há na lei uma previsão legal para tanto.

Apesar da controvérsia do tema, a pesquisa aqui realizada revelou a utilização do caráter punitivo/pedagógico como um referencial para a quantificação do dano moral, conforme apresentado no seguinte trecho:

2 - A indenização tem, além do escopo reparatório, a finalidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. Entretanto, há de se pautar pela proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades da demanda e as partes envolvidas, evitando-se assim o enriquecimento ilícito. (BRASIL, 2004b, online)

Ademais, a omissão do Poder Judiciário ao não aplicar a punição pedagógica ou punitiva, nestes casos, não seria também uma forma de violar os direitos dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana previstos no art. 220, §1º da Constituição Federal na medida em que o Judiciário ficaria inerte diante de reiteradas ofensas a direitos tão essenciais destes indivíduos?

4. Análise das condenações de danos morais a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Diante dos efeitos possivelmente danosos de alguns programas e reportagens que extrapolam o seu direito de informar, o presente trabalho buscou, por meio da análise jurisprudencial de acórdãos do STJ, analisar de forma quantitativa a efetividade das condenações impostas a título de danos morais.

Para tanto, a pesquisa realizada no site do STJ e concluída na data de 09/06/2022, contou com o total de 374 acórdãos, contudo, nem todos são sobre o tema em si, bem como alguns apareceram mais de uma vez. A pesquisa realizada no sítio eletrônico foi feita com os seguintes termos e resultados: “emissora” (261 acórdãos); “notícia falsa” (87 acórdãos); “sensacionalista” (20 acórdãos); e “sensacionalismo” (6 acórdãos).

Os acórdãos considerados para a análise são apenas aqueles que envolvem grandes veículos de comunicação condenados por danos morais, seja canal de televisão aberta, rádio, revista ou jornal impresso, e estão reunidos em conformidade com o grupo econômico ao qual pertencem.

Ao analisar o teor dos 28 casos concretos reunidos na presente pesquisa, tem-se a divisão em dois grandes grupos, quais sejam: notícias falsas e excesso na crítica ou ofensas.

A maior parte dos acórdãos, 24 dos 28, tratam de temas ligados a notícias falsas, estes estão compostos principalmente pela ausência da checagem dos fatos ao se noticiar os eventos e pela imputação de crimes ou condutas tidas pela sociedade como imorais ou reprováveis.

Diante disso, os veículos de imprensa veicularam as notícias de uma forma que atingiram a honra dos indivíduos ao propagar o conteúdo inverídico pelos seus meios de comunicação, e em alguns casos, a partir da notícia falsa, foi feito um juízo de valor na própria divulgação de modo a ofender a suposta conduta de quem foi vitimado.

Os demais acórdãos, os 4 restantes, dizem respeito à conduta dos veículos e de seus funcionários ao noticiar o ocorrido. Assim, dentre os casos, apresentaram-se como indenizáveis as ofensas que foram consideradas excessivas e ofensivas, o uso indevido de imagens que vieram a ser alvo de piadas, além de ofensas realizadas em programas de televisão em que ou a pessoa participante ou a vítima de um crime foram expostas, tais excessos foram classificados pelos julgadores como sensacionalistas e que tinham por intuito ridicularizar tais pessoas visando buscar uma maior audiência.

Dentre os argumentos apresentados pelos magistrados para justificar a condenação dos órgãos de imprensa estão a ausência de interesse social em veicular notícia falsa; a não observância do compromisso ético dos veículos de comunicação com a notícia; a violação de direitos de personalidade como a intimidade e a honra; e a ocorrência de danos materiais como consequência das notícias falsas.

Os dois primeiros argumentos estão intrinsecamente conectados nas fundamentações apresentadas, isto porque, o entendimento é de que não há

interesse social na divulgação de notícias que são falsas, uma vez que o objetivo de informar não é alcançado.

Ademais, nem toda a informação é relevante o suficiente para ser exposta a todo público, alguns assuntos pertencem à esfera privada da vida dos indivíduos, sendo ainda mais grave o fato de que além da exposição por si só, esta ainda seja feita de forma errada, e que inverdades sejam difundidas sobre um indivíduo em específico.

Sobre a atuação jornalística, os acórdãos de forma geral foram no sentido de que tanto o órgão de imprensa quanto os seus profissionais devem ter o cuidado ao divulgar as notícias, devendo checar a veracidade dos fatos e expô-los de forma adequada a fim de evitar os excessos e danos na vida dos indivíduos associados ao conteúdo em questão.

Outro argumento apresentado é o da ponderação entre a liberdade de imprensa e a proteção aos direitos de personalidade. Desse modo, para avaliar o caso em si é necessário que a análise leve em consideração os pontos citados nos parágrafos anteriores, além da percepção por parte do magistrado se atuação do veículo de imprensa respeitou os limites pretendidos e esperados ou se houve um excesso que possa ter exposto uma pessoa ao ridículo de forma desnecessária.

Diante do alcance da mídia, os magistrados também citaram, nos casos cabíveis, que o dano causado aos indivíduos fora tamanho que estes não conseguiram recuperar as suas atividades laborativas anteriores, perderam perspectivas de empregos, sendo estas hipóteses que interferiram diretamente no sustento de tais pessoas nos casos concretos, para além dos danos psicológicos provenientes de tamanha exposição e de sua irreversibilidade, ensejando a condenação por danos materiais e morais.

Consoante expresso nos acórdãos da presente pesquisa, o Superior Tribunal de Justiça somente revisa os valores impostos como condenação por danos morais caso entenda a quantia imposta como exagerada ou irrisória.

Assim, importa salientar que o STJ revisou o valor das condenações em 7 dos 28 acórdãos. Ainda, observa-se que em todas as intervenções do Tribunal na quantia arbitrada houve uma diminuição, sem nenhum caso de aumento por entender a quantia como insuficiente.

Abaixo estão os acórdãos em que o órgão modificou os danos morais:

- Recurso Especial Nº 1.215.294: Redução de R\$ 300.000,00 para R\$ 100.000,00;
- Recurso Especial Nº 1.322.264: Redução de R\$ 300.000,00 para R\$ 50.000,00;
- Recurso Especial Nº 1.582.069: Redução de R\$ 50.000,00 para R\$ 25.000,00;
- Recurso Especial Nº 295.175: Redução de R\$ 200.000,00 para R\$ 100.000,00;
- Recurso Especial Nº 448.604: Redução de 500 salários mínimos para R\$ 48.000,00;
- Recurso Especial Nº 645.729: Redução de R\$ 100.000,00 para R\$ 50.000,00;
- Recurso Especial Nº 838.550: Redução de 1.000 salários mínimos para R\$ 200.000,00.

A divisão destas decisões entre os veículos de comunicação apresenta-se da seguinte forma, tanto o SBT, quanto o Jornal do Brasil tiveram 2 cada uma e o Grupo Globo teve 3 decisões dentre as 7 citadas acima.

A partir destes dados e da disposição cronológica das condenações, tem-se que o Grupo Globo e o Jornal do Brasil não tiveram mais condenações após a última decisão de modificação dos valores arbitrados pelo STJ.

Em contrapartida, o SBT voltou a reincidir após as revisões dos valores pelo Tribunal.

Outro fator a ser analisado é o fato de que a intervenção do órgão julgador não preveniu reincidências de tais veículos em outras condenações do mesmo tipo.

A análise das condenações e da aplicabilidade do caráter punitivo e pedagógico dos danos morais, de forma geral, também levará em consideração três aspectos, quais sejam: i) a reincidência dos veículos nas condenações por danos morais em razão das notícias veiculadas; ii) a reincidência do veículo após a sua condenação em valor mais elevado; iii) e a correlação entre os valores impostos como danos morais e a quantidade de vezes que o órgão praticou a conduta ilícita.

Para analisar os respectivos parâmetros estabelecidos acima, tem-se por base os dados apresentados na tabela 1 em anexo.

5. A reincidência dos veículos nas condenações por danos morais em razão das notícias veiculadas

Conforme os dados mostrados na tabela, com exceção de apenas um veículo, o Jornal Zero Hora, todos os demais órgãos de imprensa foram reincidentes na condenação por danos morais. Assim, dos 9 (nove) veículos de imprensa listados, 8 (oito) tiveram mais de uma condenação, conforme ilustra o gráfico abaixo:

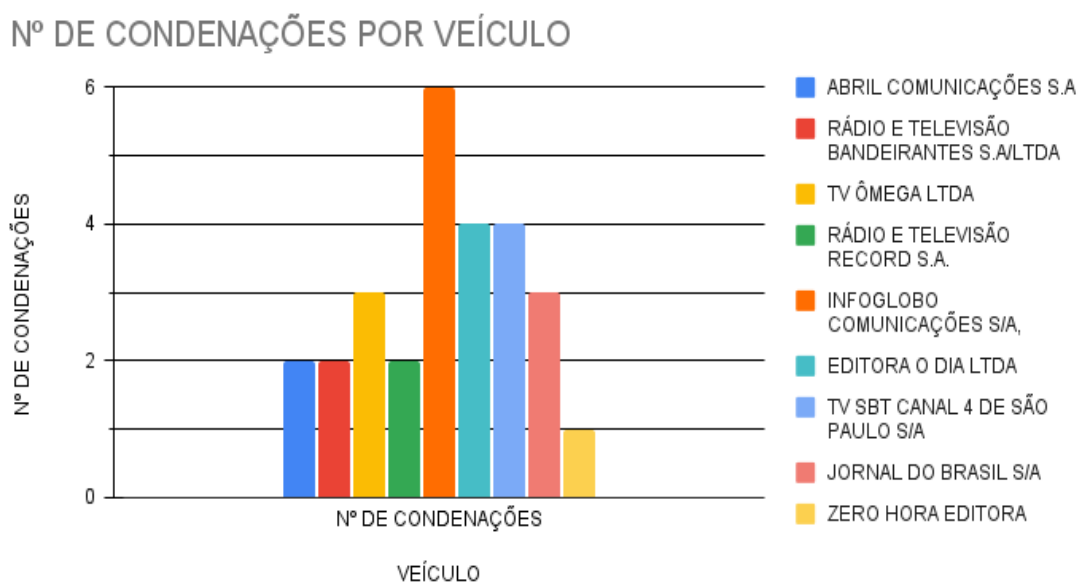


Gráfico 1 - Número de condenações por veículo. Elaborado pelos autores.

É claro que a presente pesquisa não representa a totalidade dos casos, conforme citado no início deste tópico, os resultados aqui mostrados serão apenas os que apareceram dentro dos parâmetros buscados, sendo provável que haja outros acórdãos destes veículos que não apareceram nos resultados, contudo, não se pode desconsiderar a boa quantidade de casos analisados.

Também deve-se ressaltar que além da pesquisa não ter a pretensão de esgotar o tema ou mesmo considerar todos os casos existentes, o seu intuito é de apenas obter uma diretriz a partir dos julgados no STJ. Isto porque, alguns processos podem não ter tido continuidade em razão de acordos, pela desistência da vítima por ser uma situação custosa e desgastante emocionalmente, dentre outras hipóteses.

6. A reincidência dos veículos após a sua condenação em valor mais elevado

Na análise feita dos dados neste aspecto, levou-se em consideração, dentre os órgãos reincidentes, se houve reincidência na prática do abuso do direito após a condenação pelos órgãos de imprensa em seu valor mais alto. Assim, este enfoque permite verificar, a partir dos valores arbitrados mais elevados para os réus, se a prática é desmotivada pela condenação ou se tais valores não interferem na prática dos atos destes veículos.

Conforme exposto na tabela, dentre os 8 (oito) veículos que foram condenados mais de uma vez, 6 (seis) voltaram a ser condenados mesmo após a imposição da condenação mais elevada para ser paga a título de danos morais.

Assim, tal aspecto indica que as condenações mais gravosas para os veículos de imprensa tampouco foi um fator que os impediu de voltar a agir de forma injuriosa, caluniosa ou difamante de modo geral.

7. A correlação entre os valores impostos como danos morais e quantidade de vezes que o órgão praticou a conduta ilícita

Neste tópico, a análise será feita de forma a compreender se há uma correlação entre os valores arbitrados como danos morais e a quantidade de condenações do veículo. Para tanto, observar-se-á se o valor total das condenações mais elevadas leva a menos condenações ou se o montante determinado como indenização não é suficiente para afetar a conduta de tais órgãos.

Em razão do grande lapso temporal entre alguns dos julgados, o salário mínimo será usado como referência para se estabelecer o valor definido a título de indenização de danos morais, cada qual a sua época, conforme a tabela 2 em anexo.

Logo, o estudo dos dados indica que o órgão condenado em maior valor, Zero Hora, foi o único com apenas uma (1) condenação, fato este que pode servir de indicativo da eficácia do valor arbitrado.

No entanto, os números referentes aos demais veículos não são nesse sentido. Os veículos de informação do Grupo Globo, que totalizaram mais casos que os demais, não estão na outra ponta da tabela com os menores valores pagos, por exemplo. Na verdade, ela se encontra no meio da tabela.

Ademais, a partir dessa metade da lista, estão os veículos com mais condenações como os que mais pagaram, com exceção da TV ÔMEGA, ao passo que os veículos com menos casos foram também os que menos pagaram em sua maioria.

Portanto, a partir da observação do apresentado nos acórdãos obtidos, não há a indicação de que as maiores condenações constroem os veículos de imprensa a repensar o que divulgam e serem mais cuidadosos com o tipo de conteúdo publicado. Sendo possível argumentar que os valores pagos não são significativos frente ao lucro obtido por tais emissoras em suas formas de atuar.

8. Conclusão

Por todo o exposto, tem-se que apesar da importância da atuação jornalística para a vida cotidiana dos indivíduos na sociedade democrática, os grandes veículos de comunicação têm como objetivo final a obtenção de lucro para a manutenção dos seus negócios. (SILVEIRA FONSECA, 2008)

Assim, a matéria jornalística e suas reportagens são transformadas em mercadorias e transmitidas de forma mais comercializável para o seu público alvo. Fatores estes que fazem com que a notícia seja veiculada, por vezes, de forma deturpada, não privilegiando o conteúdo transmitido, mas sim o seu aspecto exterior.

Desse modo, esta forma de atuar leva jornalistas e apresentadores de programas a abusarem dos seus direitos de informar e de se expressar livremente. Durante a cobertura de alguns casos, tais profissionais, mesmo com a ausência de provas ou evidências, fazem acusações contra os supostos autores de forma categórica e colocam toda a influência da mídia contra os acusados.

Contudo, para evitar os reiterados danos causados aos indivíduos, bem como as violações de seus direitos fundamentais, tais como: a presunção da inocência; o direito de imagem; o direito ao silêncio e a dignidade da pessoa humana, a doutrina e a jurisprudência admitem a condenação dos veículos de imprensa em danos morais levando em consideração o caráter punitivo e pedagógico da infração, sem, no entanto, significar a permissão do enriquecimento sem causa para a vítima.

Portanto, diante disso, a realização de pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do STJ apresentou que a condenação dos órgãos de imprensa por danos morais não se mostrou efetiva diante dos parâmetros estabelecidos nesta pesquisa.

Preliminarmente, observou-se a intervenção direta do STJ no *quantum* indenizatório, a partir de tais dados verificou-se que todas as revisões das indenizações importaram em diminuição nas quantias arbitradas.

Ainda, as 7 modificações feitas se concentraram em 3 veículos de comunicação, dividindo-se da seguinte forma: SBT e Jornal do Brasil, com 2 condenações e o Grupo Globo com 3.

Desse modo, em análise objetiva, tem-se que todos os veículos de comunicação que tiveram as condenações modificadas reincidiram em novas condenações. E, o SBT voltou a reincidir após ambas as revisões dos valores pelo Tribunal.

Por outro lado, o Grupo Globo e o Jornal do Brasil não tiveram mais condenações após a última decisão de modificação dos valores arbitrados pelo STJ.

Posteriormente, foi observado em relação à reincidência dos veículos, o que revelou que dos 9 veículos, apenas 1 não reincidiu na prática difamatória, caluniosa ou injuriosa, o que representa 88% do total.

Em seguida, foi estabelecido como critério a reincidência do órgão de imprensa após a sua condenação em valor mais alto, uma vez que a condenação mais gravosa poderia representar um prejuízo ao condenado e evitar a reincidência. Contudo, dos 8 veículos reincidentes 6 voltaram a reincidir mesmo após a condenação em valor mais alto para estes, o que representa 75% do total.

Por fim, o último parâmetro estabelecido buscou estabelecer uma correlação entre o número de condenações e o valor total pago, também objetivando concluir se a condenação de fato desmotiva a reincidência ou não. Aqui, apenas os danos morais pagos por 1 veículo comprovariam tal tese, na medida em que este não voltou a reincidir, no entanto, tal lógica não se manteve para os demais.

Logo, a pesquisa realizada obteve como indicativo que a condenação dos veículos de imprensa por danos morais, no âmbito do STJ, não é efetiva na medida em que não é suficiente para prevenir futuros danos causados às vítimas, não fazem com que os órgãos de mídia repensem sua forma de atuar e tampouco

parecem ser expressiva diante do lucro gerado por tais empresas em suas maneiras de conduzir seus negócios.

Referências

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- BARBEIRO, Heródoto; LIMA, Paulo Rodolfo de. **Manual de Jornalismo para Rádio, TV e Novas mídias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- BOTTON, Alain de. **Notícias: manual do usuário**. Rio de Janeiro: Intrínseca Ltda, 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1541932**. Agravante: Rádio e Televisão Record S.A. Agravado: Rogerio Martins Ferreira. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 jun. 2020a. DJe 04 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1640652**. Agravante: Abril Comunicações S.A. em Recuperação Judicial. Agravado: Maria Helena Milona Roselli Di Sacco. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 24 ago. 2020b. DJe 26 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1744881**. Agravante: Abril Comunicações S.A. em Recuperação Judicial. Agravados: A L M - por si e representando, F B C - por si e representando, E C (menor), E C (menor) e B C (menor). Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 15 mar. 2021. DJe 07 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 865.825**. Agravante: TV SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Agravado: Carla Joelma de Alencar Viana. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 23 abr. 2019. DJe 25 abr. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 972.417**. Agravante: TV Ômega LTDA. Agravado: José Marcos Silva - Espólio. Representado por: Vanessa Canton Silva - Inventariante. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 03 ago. 2017a. DJe 14 ago. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 985.961**. Agravante: Globo Comunicação e Participações S/A. Agravado: Pedro Paulo Cerqueira. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 27 jun. 2017b. DJe 02 ago. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 440.789**. Agravante: O Globo - Empresa Jornalística Brasileira LTDA. Agravado: Luis Felipe Diniz Martins. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 04 nov. 2003a. DJe 09 fev. 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 442723**. Agravante: Editora O Dia S/A. Agravado: Pasquale Caruana. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 19 dez. 2002a. DJe 28 abr. 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 527.734**. Agravante: TV Ômega LTDA. Agravados: Leonardo de Pinho Vieira e Marcus de Magalhaes. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 02 jun. 2015a. DJe 10 jun. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 627.397**. Agravante: TV Ômega LTDA. Agravados: Maurício do Amaral Costa e Silvana Cristina Pontes. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 19 set. 2017c. DJe 28 set. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 768.560**. Agravante: Globo Comunicação e Participações S/A. Agravado: Sociedade Beneficente da Santa Casa de Misericórdia de Cuiabá. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 03 dez. 2015b. DJe 14 dez. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.215.294**. Recorrente: TV SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Recorrido: Icushiro Shimada e outros. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 17 dez. 2013a. DJe 11 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.322.264**. Recorrente: Infoglobo Comunicações S/A. Recorrido: Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 20 set. 2018. DJe 28 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.403.753**. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A e outro. Recorrido: Luciana Viveiros Corrêa dos Santos Seabra. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 24 set. 2013b. DJe 20 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.473.393**. Recorrentes: A. A. de M. L. e TV SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Recorrido: O R G. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 out. 2016. DJe 23 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.550.966**. Recorrente: Rádio e Televisão Record S.A. Recorrido: Thales Ferri Schoedl. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 02 jun. 2020c. DJe 04 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.582.069**. Recorrente: Infoglobo Comunicações e Participações S/A. e Leonardo Antonio Lima Dias. Recorrido: Mirosmar Jose de Camargo. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 16 fev. 2017d. DJe 29 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.652.588**. Recorrentes: Luciano Ribeiro Faccioli, Patrícia Maldonado Aricó e Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorridos: Iara Ramires da Silva e Castro e Roberta Vicente Sanches de Castro. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 26 set. 2017e. DJe 02 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.926.012**. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes S.A. Recorrido: Ivanildo Teixeira da Silva. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 fev. 2022. DJe 15 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 174.210**. Recorrente: Editora O Dia S/A. Recorrido: Maria Helena Jorgov. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 07 nov. 2002b. DJe 24 fev. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 196.424**. Recorrente: José Paulo Bisol. Recorrido: Zero Hora Editora Jornalística S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 06 fev. 2001a. DJe 28 mai. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 295.175**. Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrida: Maria Helena Cisne Cid. Relator: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 13 fev. 2001b. DJe 02 abr. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 348388**. Recorrente: Editora O Dia S/A. Recorrido: Roberto Gomes dos Santos e outros. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 07 out. 2004. DJe 08 nov. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 438.696**. Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrido: José Paulo Bisol. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 18 fev. 2003b. DJe 19 mai. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 448.604**. Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrido: Roberto Jaureguiber Prel Junior. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 06 nov. 2003c. DJe 25 fev. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 645.729**. Recorrente: Infoglobo Comunicações LTDA. Recorrido: Siro Darlan de Oliveira. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 11 dez. 2012. DJe. 01 fev 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 838.550**. Recorrente: TV SBT - Canal 4 de São Paulo S/A. Recorrido: Marcelito da Silva Lima e outros. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 13 fev. 2007. DJe. 21 mai. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 82471**. Recorrente: Editora O Dia LTDA. Recorrido: Alberto Motta Moraes. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 18 mai. 2000. DJe 21 ago. 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 3 v.

FIDALGO, António; SERRA, Paulo (orgs.). **Jornalismo online**. Volume I, Informação e Comunicação Online. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2003.

LAGE, Nilson. **Estrutura da notícia**. São Paulo: Ática, 2011.

MATHEUS, Letícia Cantarela. **Narrativas do Medo**: O jornalismo de sensações além do sensacionalismo. Rio de Janeiro: Mauad Editora Ltda, 2016.

MELO, R. C. de; SILVA, M. M. de B. e. Programa Bronca Pesada: violação dos direitos fundamentais, sensacionalismo e espetacularização da violência na mídia pernambucana. **Caderno de Graduação - Humanas e Sociais - UNIT - PERNAMBUCO**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 9, 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/5137>. Acesso em: 9 jul. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Informativo Consulex**, Brasília, a. VII, n. 43, pp. I 1150-1148, out.1993.

SILVEIRA FONSECA, V. P. DA. A subordinação do jornalismo à lógica capitalista da indústria cultural. **Revista FAMECOS**, v. 9, n. 17, p. 126-141, 10 abr. 2008. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3158/2429>. Acesso em: 06 de julho de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 785-800.

Apêndice

Tabela 1 – Dados dos processos analisados

Data do julgamento	Veículo	Processo	Valor da indenização	Valor da indenização em salários mínimos	Valor do salário mínimo na época
24/08/2020	Abril Comunicações S.A.	AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.640.652	R\$ 50.000,00	47,84689	R\$ 1.045,00
15/03/2021		AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.744.881	R\$ 10.000,00	9,0909091	R\$ 1.100,00
15/08/2000	Editora O Dia Ltda.	Recurso Especial n. 82.471	360 salários mínimos (R\$ 54.360,00)	360	R\$ 151,00
24/02/2003		Recurso Especial n. 174.210	100 salários mínimos (R\$ 20.000,00)	100	R\$ 200,00
28/04/2003		AgRg no Agravo de Instrumento n. 442.723	200 salários mínimos (R\$ 48.000,00)	200	R\$ 240,00
08/11/2004		Recurso Especial n. 348.388	50 salários mínimos para cada ofendido (4) (R\$ 52.000,00)	200	R\$ 260,00
02/04/2001	Jornal do Brasil S.A.	Recurso Especial n. 295.175	R\$ 100.000,00	555,55556	R\$ 180,00
19/05/2003		Recurso Especial n. 438.696	R\$ 300.000,00	1250	R\$ 240,00
25/02/2004		Recurso Especial n. 448.604	R\$ 48.000,00	200	R\$ 240,00
09/02/2004	Infoglobo Comunicações S.A., Globo Comunicações e Participações S.A. e O Globo	AgRg no Agravo de Instrumento n. 440.789	Não informado no acórdão	---	---
01/02/2013		Recurso Especial n. 645.729	R\$ 100.000,00	147,49263	R\$ 678,00
20/03/2014		Recurso Especial n. 1.403.753	R\$ 150.000,00	207,18232	R\$ 724,00

14/12/2015	- Empresa Jornalística Brasileira Ltda.	AgRg no Agravo Em Recurso Especial n. 768.560	R\$ 300.000,00	380,71066	R\$ 788,00
29/03/2017		Recurso Especial n. 1.582.069	R\$ 25.000,00	26,680896	R\$ 937,00
02/08/2017		AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 985.961	R\$ 10.000,00	10,672359	R\$ 937,00
28/09/2018		Recurso Especial n. 1.322.264	R\$ 50.000,00	52,410901	R\$ 954,00
02/10/2017	Rádio e Televisão Bandeirantes S.A./Ltda.	Recurso Especial n. 1.652.588	R\$ 50.000,00	53,361793	R\$ 937,00
15/03/2022		Recurso Especial n. 1.926.012	80 salários mínimos (R\$96.960,00)	80	R\$ 1.212,00
01/06/2020	Rádio e Televisão Record S.A.	AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1541932	R\$ 78.000,00	74,641148	R\$ 1.045,00
04/06/2020		Recurso Especial n. 1.550.966	R\$ 200.000,00	191,38756	R\$ 1.045,00
02/06/2015	TV Ômega Ltda.	AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 527.734	R\$ 50.000,00	63,451777	R\$ 788,00
14/08/2017		AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 972.417	R\$ 100.000,00	106,72359	R\$ 937,00
28/09/2017		AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 627.397	R\$ 19.000,00	20,277481	R\$ 937,00
21/05/2007	TV SBT Canal 4 de São Paulo S.A.	Recurso Especial n. 838.550	R\$ 200.000,00	526,31579	R\$ 380,00
11/02/2014		Recurso Especial n. 1.215.294	R\$ 100.000,00	138,12155	R\$ 724,00
23/11/2016		Recurso Especial n. 1.473.393	R\$ 375.000,00	426,13636	R\$ 880,00
25/04/2019		AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 865.825	R\$ 41.500,00	41,583166	R\$ 998,00
06/02/2001	Zero Hora Editora Jornalística S.A.	Recurso Especial n. 196.424	5800 salários mínimos (R\$ 875.800,00)	5800	R\$ 151,00

Tabela 2 – Resumo das condenações

Veículo	Nº de condenações	Total pago em salários mínimos
Abril Comunicações S.A.	2	56,93779904
Rádio e Televisão Bandeirantes S.A./Ltda.	2	133,361793
Tv Ômega Ltda.	3	190,4528439
Rádio e Televisão Record S.A.	2	266,0287081
Infoglobo Comunicações S/A, Globo Comunicações e Participações S/A e O Globo - Empresa Jornalística Brasileira Ltda.	6	825,1497622
Editora O Dia Ltda.	4	860
TV SBT Canal 4 de São Paulo S/A	4	1132,156866
Jornal do Brasil S/A	3	2005,555556
Zero Hora Editora Jornalística S/A	1	5800

Artigo recebido em: 24/11/2022.

Aceito para publicação em: 02/08/2023.

O Corpo Eletrônico Como um Direito da Personalidade do Consumidor

The Electronic Body As A Consumer Personality Right

Marcelo Negri Soares¹

Alender Max de Souza Moraes²

Luís Fernando Centurião³

Resumo: No presente pretende-se evidenciar a necessidade de tutela da pessoa perante a sociedade da informação, em especial no que concerne ao seu corpo eletrônico, para tanto realizar-se-á um diálogo entre as fontes do direito que consubstanciarão o dever de proteção deste corpo eletrônico como extensão da personalidade da pessoa humana nas relações de consumo. Para alcançar o objetivo proposto promoveu-se uma pesquisa bibliográfica qualitativa, demonstrando a evolução da concepção da personalidade humana que se ampliou no decorrer dos tempos, passando do cuidado e atenção necessários ao corpo até alcançar a necessidade de proteção dos dados pessoais do cidadão no âmbito virtual. Ultimando o presente, com vista a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, para a necessidade de proteção do consumidor em suas relações digitais, qual seja, o corpo eletrônico do consumidor, como uma extensão de sua personalidade humana.

Palavras-chave: Corpo eletrônico; Dados pessoais; Direitos da Personalidade; Direito do Consumidor; Relação de Consumo.

Abstract: In the present, it is intended to highlight the need for protection of the person in the face of the information society, especially with regard to his electronic body. electronic as an extension of the personality of the human person in consumer relations. In order to reach the proposed objective, a qualitative bibliographical research was carried out, demonstrating the evolution of the conception of the human personality that

¹ Professor Visitante Coventry University (UK), no PPG em Direito, Administração e Negócios (2019). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar. Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor (2013) e Mestre (2005) pela PUC/SP. Graduação em Direito UEM(1997), em PD Unicesumar (1991 - incompleto). Especialista em Direito pela UNIP (1998), Mackenzie (2006), Escola Federal de Direito (2008), Unicesumar (2019). Contabilista IEEM (1989).

² Doutorando em Direito pela Universidade CESUMAR – UNICESUMAR. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Advogado.

³ Doutorando em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maringá - UNICESUMAR - Bolsista da CAPES/PROSUP, Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR - Bolsista da CAPES/PROSUP/UNIPAR, Especialista em Docência e Gestão e em Direito Processual Civil, Especialista em Direito Empresarial, Especialista em Direito Digital, Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Advogado inscrito na OAB/PR.

has expanded over time, passing from the necessary care and attention to the body to reaching the need to protect the citizen's personal data in the context of virtual. Ending the present, with a view to the expansive effectiveness of fundamental rights, to the need for consumer protection in their digital relationships, that is, the electronic body of the consumer, as an extension of their human personality.

Keywords: Electronic body; Personal data; Personality Rights; Consumer Law; Consumer relationship.

1. Introdução

Hodiernamente vivemos em uma sociedade que entendemos ser globalizada e conectada via internet, o que nos dá a impressão de sermos capazes de muito, quando na verdade deixamos de observar os riscos que lançamos sobre direitos fundamentais que foram consagrados com muita luta, como alertou Marshall McLuhan (2007, p. 84), riscos estes muitas vezes despercebidos, uma vez, que na maioria dos casos, a tutela jurisdicional não está apta para dar a resposta a sociedade na mesma velocidade que surgem os riscos de violações, o que nos lança em um mar de insegurança invisível.

Exemplo disso é o alertado por Adalberto Pasqualotto (1997, p. 16) que já na década de 1990 apontava para a economia como um subsistema que se beneficiava sobremaneira pelo ambiente virtual, sendo capaz de lançar ameaças aos direitos de forma veloz, valendo-se da morosidade do Direito, que apresenta resolução a problemas em velocidade distinta das afrontas que muitas vezes esse subsistema impõe ao cotidiano.

Diante disso, pretende-se abordar o contexto da Sociedade da Informação, para tanto, faz-se necessário analisar o reconhecimento crescente dos direitos da pessoa humana, que é consagrado já no art. 1º, II da Constituição Federal de 1988, tanto que Fernanda Borghetti Cantali (2009, p.21) evidencia que a consagração deste princípio trouxe a obrigatoriedade de se repensar o Direito Civil, uma vez que a Carta Constitucional de 1988, lançou os direitos da personalidade como parte efetiva do ordenamento

jurídico, uma vez que a máxima proteção a estes princípios se dá pela proteção dada a pessoa.

A necessidade de preservação destes direitos no ambiente virtual teve reflexo legislativo com a Emenda Constitucional nº 115 de fevereiro de 2022, onde criou-se o inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal, que dá especial atenção a necessidade de se garantir à proteção dos dados pessoais no ambiente virtual.

O que nos leva a ideia proposta por Stefano Rodotà (2008, p. 7) que nos traz a necessidade de analisar o chamado “corpo eletrônico”, pois para o autor, atualmente somos, basicamente: “as nossas informações, pois elas que nos definem, nos classificam, nos etiquetam, portanto, ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo.”

Diante deste panorama surge a inquietação que aborda-se no presente: há tutela do chamado “corpo eletrônico” quando se fala em direito básico do consumidor?

Baseando-se neste contexto o presente aborda uma breve contextualização evidenciando que a pessoa, em acepção jurídica, está inserida na Sociedade da Informação. Sendo necessária tal incursão para demonstrar a exata noção de “corpo eletrônico”, destacando-se a constante metamorfose da personalidade humana, que está cada vez mais imersa no ambiente virtual, em especial nas redes sociais, que servem com propulsoras do consumo, o que nos mostrará a possível interpretação de um “corpo eletrônico do consumidor”, que deve ser acolhido com um verdadeiro direito básico nas dinâmicas relações de consumo na Sociedade da Informação.

Assim, demonstrar-se-á que a internet amplificou os riscos de lesão à pessoa, não sendo mais crível a aceitação do conceito de que a pessoa necessita de tutela de seus direitos da personalidade apenas no ambiente físico, o que

por si, lança a necessidade de novas respostas do Direito para garantir-se o mínimo de segurança ao internauta consumidor.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, onde se investigará o desenvolvimento da noção de pessoa, evidenciando os impactos que o mundo virtual traz ao Direito, em especial, os direitos humanos, da personalidade e básicos do consumidor. O trabalho promoverá, ainda, uma análise doutrinária acerca do tema, expondo-se as considerações finais, onde se pretende expor uma compreensão atual e assertiva sobre o tema em debate, ultimando, com a exposição de que a pessoa atualmente demanda atenção extensiva, assim, tem-se a necessidade de tutela do corpo eletrônico do consumidor, como um dos seus direitos básicos.

2. A sociedade da informação e a absorção da pessoa

O desenvolvimento do meio virtual faz crescer a tendência de pessoas que possuem duas espécies de vida, uma vida no mundo real e uma vida no mundo virtual, onde na primeira estão inseridos o convívio pessoal e social, seus bens, sua família, ou seja, sua vida concreta de contato direto com o mundo físico, e uma virtual, onde se encontram as redes sociais, os e-mails, as preferências por programas de streaming, o convívio em uma sociedade virtual, muitas vezes paralela ao contexto real do indivíduo. Para Stefano Rodotà (2014, p. 294) tal situação gerou uma mudança no modo de construir a personalidade da pessoa, tanto que o autor afirma que:

[a] Internet 2.0, a das redes sociais, tornou-se um instrumento essencial nos processos de socialização e na construção livre da personalidade. Nesta perspectiva, a liberdade de expressão assume um novo significado como elemento essencial do ser da pessoa e da sua situação na sociedade. A construção da identidade tende a aparecer cada vez mais como meio de comunicação com o outro e de apresentação do outro na cena silenciosa. Isso modifica a relação

entre as esferas pública e privada, e a própria noção de privacidade.
(tradução livre)⁴

Rodotà (2014, p. 289), alerta que a existência do ser real pode chegar a ser secundária, dando lugar ao ser virtual, o que demonstra a nova dimensão do ser humano, o que impõe a necessidade de tutela jurídica diversa das aplicáveis ao mundo real, sendo necessário um elastecimento dos direitos fundamentais da pessoa, para que se alcance a proteção do indivíduo no mundo virtual.

Contudo, vale destacar que não se pretende lançar diferenciação entre o mundo físico e o mundo virtual, uma vez que este não substitui aquele, como alerta Perre Lévy (2010, p. 131), “em geral, é um erro pensar as relações entre antigos e novos dispositivos de comunicação em termos de substituição”.

Assim, pretende-se investigar a atuação do mundo virtual na reconfiguração da ordem hermenêutica das relações jurídicas já postas, não excluindo o já posto, uma vez que o “certo” na vida real seguirá sendo “certo” no mundo virtual, da mesma forma que o “errado” será “errado” nos dois mundos. Como o considerado por Danilo Doneda (2006, p. 200), que aponta ser o impacto das tecnologias ser tão intenso nas várias instâncias da vida das pessoas, que tentar cindir o virtual do real, tornou-se impossível ou irrelevante.

Afinal, contemporaneamente a tecnologia é presença constante na vida das pessoas, criando um emaranhado entre o mundo real e o mundo virtual. Tanto que Iuri Bolessina (2017, p. 167) assevera que: “[...] reconhece-se que cada vez mais as pessoas vivem na internet, trabalham com e na internet,

⁴ No original: [a] Internet 2.0, el de las redes sociales, se ha convertido en un instrumento esencial en los procesos de socialización y en la libre construcción de la personalidad. En esta perspectiva asume un significado nuevo la libertad de expresión como elemento esencial del ser de la persona y de su situación em la sociedad. La construcción de la identidad tiende a presentarse cada vez más como un medio para la comunicación con los demás y para presentarse cada cual en la escena del mudo. Esto modifica la relación entre la esfera pública y la privada, y la noción misma de privacidad. RODOTÀ, Stefano. El derecho a tener derechos. Tradução do italiano para o espanhol de Jose Manuel Revuelta López. Madri: Trotta, 2014, p. 294.

pareiam seus acessórios, veículos e casas com a internet, entretém-se na e com internet, sofrem são violadas e expostas na internet.”

Com isso, pode-se pensar que o ambiente cibernético não necessita de presença física do indivíduo para se desenvolver, já que este pode ser compreendido com um espaço derivado de meios de comunicação que mesclam o real e o virtual. Exemplo disso são os jogos virtuais que permitem uma interação do mundo virtual com o mundo real, por meio de instrumentos eletrônicos, como no caso do jogo “Pokemon Go”, que foi tema de análise de Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Julia Bagatini (2017) que analisaram o referido jogo como forma de interação do usuário que em seu mundo real caçava os Pokémons projetados pelo mundo virtual em ambientes reais.

Tal fenômeno pode ser considerada uma marca importante na Sociedade da Informação, já que é cada vez mais corriqueiro a migração de ações, que até então eram praticadas no mundo real, para o mundo virtual, uma vez que este se dá em decorrência de projeções de elementos formadores da personalidade do usuário. O que traz à tona o que alguns doutrinadores denominam de quarta revolução digital, uma vez que se promove uma fusão de tecnologias que permitem cada vez mais interação entre o ser real e o mundo virtual, como destaca Klaus Schwab (2016, p. 16).

Assim, destaca-se a necessidade de tutela da vida no modo virtual, já que esta integra o ser real e, assim, deve ser ter o mesmo cuidado jurídico que aquela, uma vez que o mundo virtual do ser é utilizada como forma de desenvolvimento da personalidade da pessoa, o que é um valor fundamental no ordenamento jurídico, como assevera Pietro Perlingieri (2018, p. 123). No mesmo sentido caminha Laura Knoener (2015, p. 20) que afirma ser necessário o equilíbrio entre o real e o virtual como forma de se permitir a criação de um espaço de remodelação da forma de construção social, que atualmente é influenciado não apenas pela identidade coletiva, mas, também, na formação da identidade individual da pessoa.

Ante o exposto, pode-se observar a ocorrência de inúmeras inovações tecnológicas que trazem um impacto junto a sociedade e, conseqüentemente, produz reflexos no mundo jurídico, o que impõe uma condição de releitura e atualização constante de conceitos doutrinários, com intenção de refletir a nova realidade social, visando sua aplicação no mundo real, e, também, no mundo virtual.

A necessidade de regulamentação destinada ao mundo virtual é destacada por Javier Iniesta e Francisco Serna (2015, p. 184), que asseveram:

Mas, realmente, onde podemos situar o virtual? Com o advento da Internet há uma mudança fundamental, a comunicação flui de todos para todos. Até agora, essa realidade tem sido vista como uma mudança quantitativa, e não qualitativa, nas relações interpessoais, que falam da disponibilidade ininterrupta do outro e de formas de aproximação afetiva, que até agora exigiam inexoravelmente a presença física dos atores. Obviamente, essa variação de parâmetros tem causado um embaçamento da visão até então mantida, gerando conflitos com uma abordagem jurídica complexa. Assim, a Internet apresenta-nos como um espaço aberto que permite a interação em vários contextos ao assumir diferentes identidades, essas identidades – ditas virtuais – afastam-se da noção de identidade baseada nos pressupostos culturais da pessoa que até agora eram os paradigmas da nossa visão do ser humano. (tradução livre)⁵

Assim, há que se considerar que a sociedade, como vimos atualmente, pode ser interpretada com uma complexidade ímpar, pois ela é plural e fragmentada, como nunca se vi em outro momento histórico social. Tal constatação nos traz outra realidade, qual seja, a realidade de que o modelo jurídico em uso, não mais é suficiente para dar conta de todos os fatos jurídicos

⁵ No original: Pero, realmente, ¿en qué lugar podemos situar lo virtual? Con la aparición de Internet se da un cambio fundamental, la comunicación fluye de todos a todos. Hasta ahora, se ha visto esta realidad como un cambio cuantitativo, más que cualitativo, en las relaciones interpersonales, que habla de la disponibilidad ininterrumpida del otro y de formas de acercamiento afectivo, que hasta ahora requerían inexorablemente la co-presencia física de los actores. Evidentemente, esta variación de parámetros ha provocado un desenfoque de la visión que se tenía hasta el momento, dando lugar al surgimiento de conflictos de complejo enfoque jurídico. Así, Internet se nos presenta como un espacio abierto que permite interactuar en diversos contextos tomando distintas identidades, estas identidades – denominadas virtuales – se alejan de la noción de identidad basada en los presupuestos culturales de la persona que hasta ahora eran el paradigma de nuestra visión del ser humano. INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Aranda. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 422, jul.-dez. 2015, p. 184.

que a nova realidade impõe, chegando ao ponto de inexistir previsão jurídica para determinadas situações. Com isso, Francisco Amaral (2003, p. 63) já alertava acerca da necessidade de construção de novas e adequadas estruturas jurídicas que servirão de resposta ao mundo novo que se apresenta, sendo estas capazes de realizar a justiça e trazer segurança jurídica a sociedade, que seguirá em constante e acelerada mutação.

Contudo, não há que se falar em uma distinção entre a identidade pessoal do indivíduo de uma, possível, identidade virtual, como destaca Iuri Bolesina (2017, p. 128), uma vez que o virtual ocorre como reflexo da conduta do agente no mundo real, o que por si, adere a ser real a responsabilização dos atos praticados no mundo virtual, como destaca

Desta feita, faz-se necessário analisar as diversas possibilidades de proteção necessárias ao ser humano, quando se analisa seu contexto social, uma vez que a sua proteção deve ser integral, independentemente de que esta proteção seja necessária no mundo real ou virtual, a proteção deve abarcar os dois mundos, uma vez que a internet pode ser considerada um espaço público, onde há uma ampla exposição de ideias e opiniões, como evidenciava Jean Jaques Erenberg (2003, p. 12) no início do século.

Diante de tal cenário resta evidente o surgimento de diversas indagações que visam os limites e possíveis perspectivas de tutela para situações de eventual dano causadas pela projeção dos direitos da personalidade do indivíduo no mundo virtual, ou seja, quais seriam os limites de proteção necessários ao corpo eletrônico conceituado de Stefano Rodotà?

Como forma de refletir as indagações que surgem no decorrer do presente, põe-se a provocação de Pierre Lévi (2011, p. 27) que nos convida a refletir: “a virtualização dos corpos que experimentamos hoje é uma nova etapa na aventura de autocriação que sustenta nossa espécie.”. Ora, se considerarmos a premissa de Lévi, podemos concluir que a personalidade humana vem sofrendo mutações como forma de se adequar ao contexto social

que está em estado de frenética evolução em decorrência do uso, cada vez maior, de ferramentas virtuais, que por sua vez, demandam novos estudos jurídicos que possam dar conta da autocriação de sustentação de nossa espécie.

No mesmo sentido vem Stefano Rodotà (2008, p. 120) que o surgimento de identidades, ou meios de identificação virtuais múltiplas, que trazem consigo diversos papéis e modos da atuação no mundo virtual, fazem surgir um indivíduo que possui várias identidades simultaneamente, já que a rede possibilita um modo de participação onipresente em vários programas, plataformas ou sites de forma sincrônica.

Assim, pelo pensamento de Rodotà que é comungado também por Iuri Bolesina (2017, p. 129), não é possível se definir uma identidade “real” e uma identidade “virtual” a pessoa, uma vez que ambas se confundem em uma única identidade que coexistem se relacionando uma com a outra. Por esta ótica pode-se concluir que as inovações advindas com a Sociedade da Informação impõem uma mudança de pensamento na forma de que o indivíduo pratica atos e interage com as circunstâncias da vida. Fazendo surgir uma nova concepção do homem acerca de si mesmo, como preceitua Luciano Floridi (2014, p. 118-119) que auxilia na formação de arquétipos da personalidade que projetam um novo mundo.

A formação destes novos arquétipos da personalidade impacta diretamente a noção existente acerca dos direitos fundamentais, como a privacidade, a intimidade e a liberdade, já que inegavelmente estes sofrem cotidianamente com os acontecimentos nas redes sociais e em outras aplicações tecnológicas. Paulo Lôbo (2019, p. 25) destaca que a vivência em ambiente virtual, como se tem atualmente, levam as pessoas a fornecer suas informações de forma constante e contínua, deixando um rastro de seus desejos e pensamentos, já que estas informações servem para movimentar ações no campo virtual propiciando que “a grande massa de dados pessoais,

recolhidos em escala sempre mais larga e postos em circulação intensamente, modifica o conhecimento e a identidade mesma da pessoa”.

Diante desse contexto surge a necessidade de lançar proteção integral a pessoa, incluindo-se nesta proteção seus dados comportamentais, pessoais e privados no mundo virtual. Neste sentido firma-se o pensamento de Stefano Rodotà em seu conceito de proteção ao corpo eletrônico, que transcende a conceituação de pessoa que embasa a legislação atualmente.

O texto será escrito em letra Century Schoolbook, tamanho 12, espaçamento de 1,5cm entre linhas e sem nenhum espaçamento entre os parágrafos, na modalidade ‘justificado’. O uso de itálico ocorre para palavras em outros idiomas; já a ênfase em negrito. As margens são a 1,25cm da margem esquerda.

Todas as citações de até 04 linhas deverão ser indicadas no corpo do texto por meio do uso “de aspas” seguida da indicação da fonte pelo sistema autor-data. Inclui-se neste caso as citações de normas ou artigos de lei.

Para as citações diretas com mais de 04 linhas o recuo é feito a 4cm da margem esquerda, sem o uso “de aspas”. Essas citações devem vir com espaçamento simples. Ainda, importante referir que se forem uma continuação do texto, devem estar precedidas por [...]. E caso sejam ementas de decisões judiciais, ao final, deve-se colocar a citação do tribunal entre parênteses.

O sistema de chamada das referências das citações diretas ou/e indiretas deverá ser autor-data (NBR 10520/2002), sendo as notas de rodapé somente explicativas (NBR 6022/2003), conforme está no item “diretrizes para autores”, em nossa revista.

3. O corpo eletrônico, a persona digital e a relação de consumo

Ao analisarmos a problemática, partindo do pensamento de Stefano Rodotà (2005, p. 121-122) que defende a formação de um corpo eletrônico, tem-se uma nova conceituação de pessoa natural que não possui apenas sua massa

corpórea, mas sim, um conjunto de massa física com uma massa virtual, nas palavras do autor:

A necessidade de forte proteção do corpo físico, portanto, faz parte da tradição legal e civil do Ocidente. Porém, ainda não há tanta sensibilidade para o 'corpo eletrônico' que ainda hoje representa nossa identidade. (...) Podemos mesmo falar de uma vingança do corpo físico, de seu retorno à ribalta no exato momento em que parecia ser suplantado pelo corpo virtual, "eletrônico". O encontro entre o corpo físico e as tecnologias de ponta foi a base dessa nova atenção justamente quando a experiência mostrava os limites da identificação eletrônica. (tradução livre)⁶

Assim, a integralidade de proteção a pessoa humana deve, necessariamente, alcançar seu corpo físico, bem como, seu corpo eletrônico, que é composto pelo conjunto de informações que engloba seus dados pessoais. Este último em decorrência da datificação da Sociedade da Informação, que possui acesso a praticamente todos os dados da vida do indivíduo, como lição de Bruno Ricardo Bioni (2019, p. 87). Assim, a dimensão informacional e a dimensão corpórea interagem formando uma unidade indivisível, formando assim, a pessoa humana na Sociedade da Informação.

Desta feita, analisando a teoria do corpo eletrônico, que consagra a existência virtual do indivíduo, necessário adequar a tutela dos direitos da personalidade oponíveis ao corpo físico aos elementos do corpo digital, como maneira de propiciar um panorama de proteção integral do livre desenvolvimento da pessoa humana, já que esta sofre reflexos de forma direta dos acontecimentos do mundo virtual, como aponta Stefano Rodotà (2008, p. 116), afinal hodiernamente estamos inseridos em um universo virtual que impacta a formação social do ser, exemplo disso, são as comunidades virtuais, em especial as redes sociais, que formam uma espécie de comunidade

⁶ No original: La necessità di una tutela forte del corpo fisico, dunque, fa parte della tradizione giuridica e civile dell'Occidente. Però non c'è ancora altrettanta sensibilità per il 'corpo elettronico' che pure rappresenta oggi la nostra identità. (...) Possiamo in effetti parlare di una rivincita del corpo fisico, di un suo ritorno alla ribalta proprio nel momento in cui sembrava soppiantato dal corpo virtuale, 'elettronico'. L'incontro tra corpo fisico e tecnologie d'avanguardia è stato alla base di questa nuova attenzione proprio nel momento in cui l'esperienza mostrava i limiti dell'identificazione elettronica. RODOTÀ, Stefano. Intervista su privacy e libertà. Roma/Bari: Laterza, 2005, p. 121-122.

interrelacional sem fronteiras, o que reforça a teoria de Stefano Rodotà (2014, p. 305), que defende ser o mundo virtual uma espécie de terceira nação mundial, ficando atrás apenas de China e Índia.

Nesse ponto, necessário observar como exemplo o Facebook, que vem desenvolvendo mecanismos digitais que visam promover uma interação entre pessoas por meio do uso de hologramas, onde se projeta a imagem tridimensional do usuário, enquanto estiver conectado ao serviço da plataforma, o que de alguma forma seria uma possível “materialização” do corpo digital da pessoa, como trazido por Mark Zuckerberg em uma entrevista concedida ao repórter Bruno Capelas (2019) para o Estado de São Paulo, onde o entrevistado asseverou que:

Estamos focados em criar o que deve ser a nova plataforma de computação. Nós ajudamos a moldar a experiência das pessoas com aplicativos. Agora, queremos moldar sua experiência de interação. [...] Estamos prontos para a próxima experiência: será uma combinação de óculos de realidade virtual (RV) com óculos de realidade aumentada (RA). A principal característica dessa geração será a presença: a sensação de que você está no mesmo lugar que outra pessoa. No futuro, você não teria de voar do Brasil para conversar comigo: nossos hologramas estariam no mesmo ambiente virtual e sentiríamos que estamos interagindo.

A proteção a personalidade virtual já é tutelada, mesmo que em menor proporção, em nossos tribunais, como forma de analisarmos esta ocorrência se expõe dois julgados um proferido no Estado de São Paulo em julho de 2022, onde o usuário foi indenizado em R\$ 3.500,00 como forma de reparação pelos danos morais por ter sua conta banida do jogo *Call of Duty: Warzone*, da produtora de games Activision Blizzard Brasil Promoções Ltda⁷, de forma

⁷ CONSUMIDOR. DANO MORAL. Legitimidade passiva da empresa que compõe a cadeia de fornecimento, integrante do mesmo grupo econômico a explorar a atividade ora examinada. Hipótese em que o autor foi injustamente banido de plataforma digital de jogo on line. Instrução que não revelou motivos concretos para tão abrupta medida. Defesa que não demonstrou ter o consumidor se valido de programas não autorizados para manipular dados do jogo. É indubitoso que ele, nesse contexto, sofreu concretamente dano moral. Fornecedora que reconhece isso, tanto que não apelou da condenação que lhe foi imposta. Dano também in re ipsa, como no objetivo dano evento dos italianos. Teoria do desvio produtivo. Reparação elevada para R\$ 3.500,00. Razoabilidade, adotado o parâmetro de precedente específico desta Corte, mas também a considerar que não se tem notícia de ser o autor jogador relevante dentro do universo on-line. Correção monetária a partir de quando o quantum reparador foi

abrupta e sem justificativa plausível, mesmo sendo o Autor um jogador de relevância no universo on-line, pois a indenização seria calçada na justificada na impossibilidade de dissociação da imagem virtual da imagem real do indivíduo.

Noutro julgado é possível notar a proteção estatal lançada em favor da personalidade virtual de um outro usuário que teve sua conta junto ao jogo *Free Fire* que é desenvolvido pela Garena Brasil, onde na sentença proferida em 28 de março de 2023 o Juízo da Vara Cível da Comarca de Jacarezinho, no Estado do Paraná, restou determinada a obrigação da empresa em reativar a conta do autor da ação, já que o banimento se deu sem razão que sustentasse a argumentação da empresa, sem, contudo, impor uma condenação da empresa em indenizar o autor pelos abalos morais sofridos, uma vez que o Tribunal Paranaense entendeu ser o banimento analisado um mero dissabor do cotidiano imposto ao autor da demanda.⁸

Rodotà (2008, p. 240) destaca que a vida na Sociedade da Informação impõe mudanças até mesmo na concepção antropológica da pessoa, isso se dá segundo Pierre Lévy (2011, p. 13), em razão da nova perspectiva da qualidade de pessoa que transborda as fronteiras das conceituações até então existentes, já que a integralidade de proteção do ser humano vem se modificando, necessitando abarcar proteção as características virtuais do indivíduo. No mesmo sentido Klaus Schwab (2016, p. 118) que preceitua que “em nosso

primeiramente definido. Súm. 362 do STJ. Mera adequação numérica do decreto condenatório nesta instância. Impositivo abatimento do que já foi pago. Honorários de sucumbência majorados de 10% para 20% da condenação líquida. Recurso provido, com observação.

(TJ-SP - AC: 10087721320218260320 SP 1008772-13.2021.8.26.0320, Relator: Ferreira da Cruz, Data de Julgamento: 21/07/2022, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/07/2022)

⁸ Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, com fulcro no artigo 487, inciso I, do CPC, para efeitos de determinar a reativação da conta ID 208367511. Julgo improcedente o pedido de danos morais. (TJ-PR – Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Morais: 0004546-79.2020.8.16.0098, Juiz: Roberto Arthur David, Julgamento: 28/03/2023, Vara Cível de Jacarezinho)

mundo cada vez mais conectado, a vida digital está se tornando intimamente associada à vida de uma pessoa física”.

A problemática em análise também é razão de estudo de Roger Clarke (1993, p. 403) que descreve a existência de uma persona digital, que segundo o autor, esta trata-se de um modelo de um indivíduo, que retrataria uma representação sumária de alguns aspectos reais da pessoa. O que limitaria a eficácia do modelo, já que este depende da medida em que ele absorve as características de relevância para o desenvolvimento do modelo.

O pensamento de Clark merece certa atenção quando de sua análise, pois, em regra quando se adota uma atividade de modelagem, esta por uma limitação em sua abordagem que muitas vezes não alcança o tratamento integral do assunto em análise, podendo basear-se em conjuntos informacionais fracionados, que podem refletir, ao final, um panorama que deixou de analisar importantes características do tema investigado. Situação que pode gerar, como destaca Iuri Bolesina (2017, 127), consequências negativas a autonomia da pessoa, já que os dados dos indivíduos podem ser utilizados de forma mais criativa e sem o consentimento do titular das informações, quando se fala em análise de dados pessoais no campo virtual.

Isto posto, denota-se que um dos grandes problemas enfrentados pela conceituação da persona digital de Clark se dá em decorrência dos organismos sociais, sejam estes públicos ou privados, que se valem dos dados pessoais de seus usuários para efetuar o reconhecimento e a classificação destes por meio de análises computacionais, sendo estes resultados aplicados em detrimento ao usuário, o que gera impacto na formação de sua personalidade, já que a tomada de decisões do usuários estaria umbilicalmente ligada com os resultados das análises realizadas pelos sistemas informacionais das empresas que dominam a Sociedade da Informação, como pontua David Lyon (1994, p. 3), situação que segundo Daniel J. Solove (2006, p. 46) serviria para

sedimentação de estereótipos comportamentais que limitam e estigmatizam os usuários que tem seus dados “manipulados” pelas Big Techs.

Doutro lado, não se pode negar as argumentações Roger Clarck (1994, p. 83) que evidenciam alguns aspectos positivos de sua persona digital, afinal, esta é derivada da personalidade humana, contudo, sem algumas limitações inerentes a existência do homem, como por exemplo a limitação de estar em apenas um lugar ao mesmo tempo, situação que é facilmente vencida no ambiente virtual. Assim, a ideia de persona de Clarck possui fundamental importância ao se constatar por meio dela a existência de uma personalidade digital, sendo necessária, com isso, a sua conceituação para que se dê o ideal entendimento deste no mundo real e virtual.

Carlo Rossello (2010, p. 618) traz que a necessidade de lançar proteção jurídica a estas personalidades virtuais, uma vez que estas não são apenas sua forma de exteriorização ao mundo real, ou seja, seus avatares, sendo estas uma forma de extensão, por mais que independentes, da personalidade natural da pessoa. Assim, a combinação de fatores e ambientes devem ser operacionalizados para produzirem (de forma autônoma ou não) regras sociais de comportamento. Neste sentido, a persona virtual é composta por dados pessoais coletados dos usuários das redes computacionais, como assevera Iuri Bolena (2017, p. 131):

Essa identidade [virtual] é formada pela confluência dos dados de identificação (nome, data e local de nascimento, número de telefone, filiação, profissão, etc.), de feição subjetiva (opiniões, veiculação da intimidade, sites e informações que são marcadas como positivas/negativas e/ou compartilhadas, etc.), de comportamento (histórico de navegação, de negócios, de geolocalização, notícias, fotografias em eventos, etc.) e de dados derivados (dados calculados por terceiros de modo analítico que geram uma espécie de perfil comportamental – quem é e o que (não) gosta – de alguém baseado em sua conduta online).

Com isso, independentemente da conceituação dada, seja uma projeção da personalidade, um avatar, o corpo digital ou mesmo a persona digital, impossível negar que estes servem para evidenciar a necessidade de um elastecimento do arcabouço de valores que integram a dignidade humana,

com fito de albergar todas as consequências de seus atos na vida digital. Afinal, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 14) cada indivíduo possui seus valores intrínsecos que o formam e denotam sua posição frente a sociedade, que pode ser entendida como se fosse uma posição frente ao universo, pois ele é e precisa ser respeitado e protegido por ser, este mesmo indivíduo possui uma valoração extrínseca, como destaca Lívia Teixeira Leal (2018, p. 34), onde esta orbita nas obrigações deste indivíduo para com o outro, não podendo ser a pessoa reduzida a uma caracterização de objeto, pois isso retiraria uma das características essenciais do homem, que é ser homem e ser respeitado por ser homem.

Contudo Gustavo Tepedino alerta para a necessidade de que a proteção lançada as características digitais do indivíduo sejam respeitadas e aplicadas de forma correta, estas devem ser geridas e opostas nos limites do direito e não fora dele, como é o caso da liberdade que por muitas vezes é utilizada como subterfúgio para o surgimento de possíveis conflitos tecnológicos. Assim, vê-se que o sistema jurídico deve intervir conferindo meios para que os direitos da personalidade e fundamentais dos indivíduos envolvidos em relações digitais sejam respeitados, o que deve incluir as relações de cunho interpretativo, como as relações de consumo.

Afinal, as interações humanas no mundo virtual ocorrem de forma peculiar, se comparadas as interações havidas no mundo real, o que por si causa uma exposição de dados e informações abusiva, já que para se ter acesso a alguns dados de produtos, serviços ou mesmo para ingresso em uma rede social, faz-se necessário o fornecimento de dados íntimos do indivíduo, o que não se tem em grande parte das relações físicas, o que pode ser considerada uma prática abusiva para com o indivíduo, que faz surgir um sentimento de primitividade ao ser que busca consumir, como preceitua Flávio Mário de Alcântara Calazans (2006, p. 60). Como forma de exemplificar a teoria de Calazans invocamos os anúncios de descontos e parcelamentos que o

consumidor só tem acesso após a realização de um cadastro prévio, sendo que este tem clara intenção de coletar informações de potenciais consumidores daquele produto ou serviço, situação que não ocorre quando se vai a uma loja física, onde o vendedor lhe repassa as melhores condições sobre o item de seu interesse, sem lhe exigir o fornecimento de seus dados pessoais.

Esta primitividade faz surgir o que Gilles Lipovetsky e Jean Serroy (2011, p. 57) chamam de “turbo consumidor”, pois para os autores:

[...] o universo do consumo vê dissolver as antigas culturas de classe que enquadravam os comportamentos dos diferentes meios sociais por pressões e outras intimidações. [...] As classes superiores já não consideram indigno comprar em low cost, e as marcas de luxo são conhecidas e desejadas por todos os grupos, inclusive os mais modestos. As atividades e as paixões transcendem as diferenças sociais, criam “tribos” transversais e diversificadas. As publicações, a publicidade, as ofertas comerciais ecoam isso, visando alvos a uma só vez ampliados a todo o corpo social e segmentados em função de sua inclusão neste ou naquele universo de consumo. O comprador de novo estilo deixou de ser compartimentado e previsível: tornou-se errático, nômade, volátil, imprevisível, fragmentado, desregulado. Porque liberto dos controles coletivos à antiga, o hiperconsumidor é um sujeito zapeador e descoordenado.

Um dos fatores determinantes para a realidade que se vive hodiernamente no mundo virtual, se dá em decorrência de estarmos caminhando para um panorama denominado por alguns autores como “web inteligente”, que tem por ponto principal a sedimentação da “internet das coisas”, como alerta Samuel Greengard (2015, p. 188-189). A evolução do mundo virtual para este patamar, nos alçara ao que Zygmunt Bauman e David Lyon (2013, p. 95-96) apontam como sendo um panorama de constante e irrefreada vigilância, que fornecerá em um primeiro momento a sensação de segurança, com a adoção de tecnologias de vigilância, o que Roger Clark (1988) classificou como sendo uma *dataveillance*, que em evidencia uma vigilância sem fronteiras. Pensamento compartilhado por Stefano Rodotà (2008, p. 9), que aduz não existir fronteiras para a vigilância.

Outra forma de se analisar a obtenção de dados pelas BigTechs impõe ao usuário/consumidor a sensação de sombra, uma vez que os dados coletados de determinado indivíduo o acompanharão por toda sua existência virtual,

seguindo com ele por quaisquer caminhos trilhados neste meio, auxiliando a IA a complementar e aperfeiçoar seu perfil de usuário, destinando seus dados ao seu melhor interesse, sem conduto deixar de favorecer o regulador das métricas computacionais, que a utilizarão como forma de parametrizar ofertas, experiências, ofertas e “dicas” de estilo de vida baseado no perfil digital do usuário, como alerta Alan Westin (2015).

A contextualização até aqui desenvolvida serve para evidenciar o recorte metodológico empregado na presente pesquisa, que visa revisitar a problemática inerente à tutela dos direitos da personalidade, ultrapassando a projeção física do corpo e sua liberdade, mas visa lançar olhar a necessidade de proteção ao corpo eletrônico do ser, que deve ter seus dados pessoais protegidos, como forma de se garantir a privacidade e intimidade das pessoas.

Nesse contexto, importante observar que muito se fala acerca da necessidade de preservação da privacidade do usuário no meio digital, contudo, necessário evidenciar que a proteção deve se estender para além da privacidade, atingindo também a sua intimidade, que é composta segundo Matilde M. Zavala de Gonzáles (1982, p. 11), como sendo a intimidade um movimento concêntrico, que preserva a necessidade de pensamento e convívio com seus entes mais próximos, não devendo estes pensamentos transpassarem essa barreira, como forma de ser algo íntimo e dirigido apenas a si e as pessoas mais próximas do agente do pensamento ou ato. No mesmo sentido Autor (2021, p. 75-76) aduz que:

A intimidade do indivíduo é campo desconhecido dos demais que o rodeiam, sendo motivo de discussão apenas e se este externá-la. Com essa breve reflexão, depara-se com um conflito enfrentado diariamente em nossa sociedade: a presença das angústias pessoais em estreita relação com as demandas sociais.

A distinção alhures evidenciada faz-se necessária para diferenciarmos os institutos da privacidade e da intimidade, uma vez que estes podem parecer sinônimos exatos, porém, não o são.

Afinal, a privacidade pode ser vista como um conceito clássico, que diz respeito aos dados da vida privada do indivíduo ou a necessidade de se respeitar o *right to be let alone* proposto por Samuel D. Warren e Louis Brandeis (1890), que garante ao indivíduo o direito de estar sozinho e não ter expostas situações reservadas de sua vida. Contudo, a intimidade trata de um passo mais adiante que a privacidade, ao passo que se tem por inviolável o pensamento do agente e a exposição deste a determinada pessoa, o que não se vê em muitos casos na internet, como destaca Martin Lindstrom (2018, p. 268) que se utiliza como exemplo a inviolabilidade de correspondência, que é consagrada no direito nacional no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988, bem como no recente inciso LXXIX do mesmo art. 5º que garante a proteção dos dados pessoais nos meios digitais, e que é desrespeitado pela Google, quando esta tem acesso ao conteúdo de todos os nossos e-mails, sobre a argumentação de que tais informações servirão para a produção de experiências personalizadas a seus usuários, quando este alerta que: “[o Google] sabe ainda o que está nos e-mails, pois os copia automaticamente com o propósito de servi-lo com propaganda contextualizada, isto é, propaganda direcionada a produtos de alguma forma relacionados a algo que você acabou de enviar no e-mail.”

Diante deste cenário Stefano Rodotà (2008, p. 35) aduz a necessidade de se lançar maior atenção e conscientização acerca da proteção de dados, para além da proteção da vida privada do indivíduo, alcançando a liberdade do ser, surgindo a ideia de autodeterminação informativa, chegando ao ápice de se ter esta autodeterminação consagrada como um direito fundamental autônomo, como uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da sociedade (2008, p. 17).

Com isso, percebe-se o surgimento de uma nova concepção de pessoa que necessita de proteção para além de seus aspectos físicos e corporais, já que esta nova concepção alberga a pessoa com uma entidade eletrônica dotada de personalidade de seu usuário, que gera reflexos no campo psicológico do

ser, influenciando seu desenvolvimento psíquico, social e moral, que demanda atenção a sua privacidade, intimidade e liberdade, já que estes são flexibilizados (a vontade do usuário ou não) no uso da internet. A demanda de atenção e proteção a estes elementos são fundamentais para garantir-se os direitos da personalidade e da pessoa humana, já que segundo Stefano Rodotà (2008, p. 19) a ausência de proteção ao corpo eletrônico, que é formado pelo conjunto de informações colhidas pelas *Big Techs*, lançará a pessoa a um estado de insegurança. Para o autor faz-se necessária especial atenção aos critérios de proteção a privacidade e a intimidade do indivíduo no campo virtual, já que este é um dos instrumentos necessários para a defesa adequada da liberdade, como forma de limitação da sociedade de vigilância, que pode usar tais informações como forma de imposição de uma segregação social inaceitável.

Assim, diante do novo aspecto de formatação da identidade, que está ligada umbilicalmente aos aspectos virtuais, necessária a criação de novas formas de tutela, que sejam estruturadas visando à proteção da pessoa enquanto projeção de seus dados pessoais no campo virtual, não sendo possível a aceitação de qualquer limitação de direitos que atinjam a integralidade da pessoa humana, sendo necessário, segundo Rodotà (2008, p. 19), seja estendida a proteção de não aprisionamento indevido do indivíduo de seu corpo físico ao seu corpo eletrônico, uma vez que: “neste novo mundo a *data protection* cumpre a função de assegurar aquele habeas data que os novos tempos exigem, tornando-o, desta forma, como ocorreu com o habeas corpus, um elemento indissociável da civilidade.”

Neste contexto, pode-se invocar à título de exemplo o exposto por Fernando Rodrigues Martin (2016, p. 20), que traça uma comparativa ao que ele denomina de habeas mente, como sendo este um instituto que garanta proteção de práticas abusivas no meio virtual, que são geradas, especialmente, pelo uso irrefreado de dados pessoais dos usuários, que servem para importunar estes com enfoque a campanhas publicitárias e ofertas

intimamente ligadas a seu “perfil de consumo” que é formatado pela IA valendo-se das informações coletadas de consumidores de produtos e serviços no meio virtual, o habeas mente serviria como uma espécie de freio para conter esse uso desenfreado de informações, visando garantir o sossego, a privacidade e a liberdade do usuário, amenizando os riscos de que o indivíduo seja lançado a situações de consumo irracional e impulsivo. O habeas mente pode ser considerado como um instrumento complementar aos já conhecidos habeas corpus e habeas data, como preceitua Stefano Rodotà (2014, p. 292):

Deriva-se uma nova forma de garantia que supera a dicotomia entre o habeas corpus, vinculado ao corpo físico, e o habeas data, concebido como extensão dessa garantia histórica ao corpo eletrônico. Não são mais dois objetos diferentes que devem ser protegidos, mas um único objeto: a pessoa em suas diversas configurações, progressivamente determinadas por sua relação com as tecnologias, que não são apenas eletrônicas. (tradução livre)⁹

Os tempos tecnológicos conceberam uma forma de desenvolver novas oportunidades tecnológicas, que pode culminaram com a expansão da coleta de dados pessoais, sua manipulação e compartilhamento, o que per si, coloca os usuários em risco diante da grande manipulação e compartilhamento de seus dados. O risco se dá, segundo Stefano Rodotà (2014, p. 309), quando as rotinas automatizadas de gestão de dados se dão sem a utilização filtros adequados que serviriam para a proteção do indivíduo/consumidor. Tal situação faz emergir a necessidade de se reclassificar a pessoa, como ser intocável e inalcançável em sua dignidade, promovendo, com isso, uma revolução de direitos, consagrando as necessidades de proteção advindas das relações informacionais junto a Sociedade da Informação.

Neste contexto, necessário lançar atenção a lição de Laura Schertel Mendes (2015, e-book) que destaca os riscos de tratamento dos dados pessoais

⁹ No original: “Se deriva una nueva forma de garantía que supera la dicotomía entre el habeas corpus, ligado al cuerpo físico, y el habeas data, concebido como extensión de esa histórica garantía al cuerpo electrónico. Ya no son dos objetos distintos los que hay que tutelar sino un objetoo único: la persona en sus diversas configuraciones, determinadas paulatinamente por su relación con las tecnologías, que no son solo las electrónicas”. RODOTÀ, Stefano. El derecho a tener derechos. Tradução do italiano para o espanhol de Jose Manuel Revuelta López. Madri: Trotta, 2014, p. 292.

para com as relações de consumo, já que o consumidor é presumidamente vulnerável consoante o previsto no art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, inegável que este detém extrema dificuldade em gerir o fluxo de seus dados pessoais, bem como, possui largar dificuldade em adotar medidas de autoproteção destes, afinal, não poucas vezes, a opção de controle de gestão de seus dados não está a sua disposição, como por exemplo a utilização de cookies “estritamente necessários” utilizados pelas plataformas, situação que não deixa margem ao usuário/consumidor em saber o que seria a necessidade estrita, muito menos, saber como se dá a gestão de seus dados pelas empresas coletoras de tais informações, como aduz a autora:

[...] muitas vezes, esse conhecimento da empresa advém da coleta de dados do consumidor, sem sequer que ele saiba dessa coleta ou dê o seu consentimento para tanto. A vulnerabilidade do consumidor nesse processo de coleta e tratamento de dados pessoais é tão patente que se cunhou a expressão “consumidor de vidro” para denotar a sua extrema fragilidade e exposição no mercado de consumo, diante de inúmeras empresas que tomam decisões e influenciam as suas chances de vida, a partir das informações pessoais armazenadas em bancos de dados.

Ocorre que as empresas não limitam-se a coleta de dados pessoais, assim, este não é o único problema a ser enfrentado para se garantir ao usuário a sua segurança. As empresas valem-se de outras ferramentas, como destaca Bruno Ricardo Bioni (2019, p. 49) as empresas desenvolveram ferramentas capazes de identificar inúmeras informações relevantes do consumidor, transpassando a imagem clássica da vigilância exercida pelo Estado para com seus cidadãos, retratada no Big Brother, Laura Schertel Mendes (2015, e-book) evidencia que a vigilância hoje é corriqueira na Sociedade da Informação, uma vez que as empresas traçam perfis comportamentais de seus usuários de forma frenética e ininterrupta, visando sempre a conotação comercial dos dados manipulados, ou seja, vivemos em tempos de um “capitalismo de vigilância”, como alerta Paulo Lôbo (2019, p.24)

Acerca do “capitalismo de vigilância” faz-se necessário destacar o entendimento de Shoshana Zuboff (2020, p. 205-206), onde o autor assevera que:

O capitalismo de vigilância nasceu digital, mas, [...] não está mais confinado a empresas nascidas digitais. A lógica para converter investimento em receita é muitíssimo adaptativa e gera lucros excepcionais, desde que os suprimentos de matéria-prima permaneçam gratuitos e a lei seja mantida a distância. [...]. Com a concorrência pelos ativos de vigilância aumentando, novas leis de movimento ganham destaque. Por fim, acabam moldando um imperativo ainda mais impiedoso para predizer comportamento futuro com maior certeza e detalhe, forçando todo o projeto a se libertar do mundo virtual em favor de outro que chamamos de “real”. [...] A ameaças que enfrentamos são ainda mais fundamentais conforme os capitalistas de vigilância assumem o comando das questões essenciais que definem o conhecimento, a autoridade e o poder no nosso tempo: **Quem sabe? Quem decide? Que decide quem decide?** (destaque original)

Ainda, Stefano Rodotà (2008, p. 146) nos dá uma exemplificação de fácil assimilação da forma que age a vigilância em tempos de larga acesso e uso de meios virtuais:

[...] a hipótese de liberdade infinita e anárquica garantida pela internet entre em conflito com outra realidade que está diante de nossos olhos. Câmeras de vídeo para vigilância, a implacável coleta dos rastros deixados pelo uso do cartão de crédito ou durante a navegação na internet, a produção e venda de perfis pessoais cada vez mais analíticos, as possibilidades de interconexão entre os mais diversos bancos de dados indicam a expansão progressiva de uma sociedade do controle, da vigilância e da classificação. Ao lado dos arquivos tradicionais, como aqueles das forças policiais, assumem importância crescente um sem-número de “arquivos”, principalmente aqueles ligados ao consumo.

No que concerne as relações de consumo, caminha a doutrina de Christian Fuchs (2008, p. 273) que aponta a utilização da vigilância eletrônica pelas empresas, com a finalidade de conhecerem as preferências do consumidor, com intenção de determinar possíveis consumidores de seus produtos e serviços, desenvolvendo, por meio destas análises, publicidades online personalizadas. Tal medida é realizada de forma “legal”, pois as análises se mediante o consentimento do titular dos dados, que muitas das vezes, não tem noção com o que está concordando, ou mesmo, não tem possibilidade de expressar sua não concordância, uma vez que desta concordância se dá a

permissão de acesso a determinado conteúdo, produto ou serviço, o que evidencia uma afronta aos direitos da personalidade de indivíduo.

Exemplo de quão avançada está a vigilância virtual em detrimento do consumidor, tem-se a lição de Darren Bridger (2018, p. 19) que aponta a existência de uma ferramenta de análise comportamental do consumidor, denominada de *neurosoftware*, que é capaz de rastrear o olhar do consumidor, com uso da câmera do dispositivo do consumidor, com isso, determinar quais os tipos de anúncio chamam mais a atenção do consumidor, suas reações e emoções durante uma pesquisa ou compra, este tipo de software é capaz de medir os batimentos cardíacos do usuário durante e, até mesmo, detectar flutuações minúsculas na cor da pele do rosto que são imperceptíveis ao olho humano, tudo isso com a finalidade de “aprimorar” a experiência do usuário.

Tais práticas podem trazer problemas de classificação dos consumidores, que podem passar a ser divididos em categorias, criadas após as análises de seus dados pessoais e comportamentais, o que afronta seus direitos da personalidade, em especial a sua liberdade e autonomia, já que na grande parte das vezes o usuário/consumidor não consegue determinar o quais dados estão sendo coletados, muito menos saber ou determinar sobre a manipulação destes dados, como evidencia Ana Frazão (2019, p. 26) que assevera: “[...] se os cidadãos não conseguem saber nem mesmo os dados que são coletados, têm dificuldades ainda maiores para compreender as inúmeras destinações que a eles pode ser dada e a extensão do impacto destas em suas vidas.”

Diante do exposto, inegável a necessidade de proteção do corpo eletrônico, independentemente de sua conceituação, sendo necessário lançar proteção aos dados pessoais do usuário/consumidor, devendo este ser reconhecido como um direito fundamental da pessoa humana, resguardando-se os direitos da personalidade do indivíduo, uma vez que estes transpassam a materialidade da pessoa, alcançando os reflexos de seus atos no âmbito

virtual, consagrando-se a autonomia privada do cidadão, tutelando-se, ainda, o indivíduo enquanto consumidor, sendo este consagrado com um de seus direitos básicos.

3. Conclusão

Pelo exposto podemos verificar que a sociedade na era da informação ou Sociedade da Informação é algo presente em nossos dias, mesmo quando não imaginamos ou percebemos, ela está presente, coletando dados e informações que servem para nutrir um dos mais valiosos bens desta sociedade, a informação.

Com isso, inegável que a dignidade da pessoa humana sofre alterações advindas deste novo contexto social que se enraíza cada dia mais nas nossas tarefas diárias ou atualmente fazemos algo que não possui ligação com o mundo informático?

Diante de todo este cenário criou-se o paradigma proposto por Stefano Rodotà, qual seja, o corpo eletrônico que é formado pelo conjunto de informações que é coletado do cidadão, muitas vezes sem sua autorização, para formar ofertas e propostas algorítmicas ligadas com as informações de suas buscas, pesquisas e desejos. Criando um panorama de facilidade e rapidez, que esconde o lado mercadológico do sistema.

Assim, não há como questionar a necessidade de proteção destas informações, seja pela forma que elas são coletadas ou que são tratadas, na seara do direito do consumidor, qual seja, o corpo eletrônico do consumidor. Sendo este o conglomerado de informações com fito específico ao consumo, que movimenta nossa sociedade capitalista atualmente.

Portanto, conclui-se ser possível a utilização da terminologia proposta por Rodotà, bem como, defende-se a necessidade de proteção ao consumidor, hipossuficiente na relação, para que este não seja vítima da utilização

indevida de seus dados, garantindo-se a necessidade de implementação de uma autodeterminação informática de suas informações.

Referências

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; BAGATINI, Julia. Sociedade de informação e direito do consumidor: uma abordagem a partir do jogo Pokémon GO. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 110, p. 259-279, mar.-abr. 2017
- AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 95-96.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BOLESINA, Iuri. **Direito à intimidade**: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 set. 1990.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 set. 1990.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Morais: 0004546-79.2020.8.16.0098, Juiz: Roberto Arthur David, Julgamento: 28/03/2023, Vara Cível de Jacarezinho.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. AC: 1008772-13.2021.8.26.0320, Relator: Ferreira da Cruz, Data de Julgamento: 21/07/2022, 28ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/07/2022.
- BRIDGER, Darren. **Neuromarketing**: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores. Tradução de Afonso Celso Cunha da Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2018.
- CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus Editorial, 2006.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- CAPELAS, Bruno. “Temos de proteger a privacidade e a saúde mental das pessoas”, diz Mark Zuckerberg. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 26 set. 2019. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,temos-que-protetger-a-privacidade-e-a-saude-mental-das-pessoas-diz-mark-zuckerberg,70003026190>. Acesso em: 10 abr. 2023.
- AUTOR. **Publicidade do processo civil em tempos de mídias sociais globais**. 1. ed. – Curitiba: Appris, 2021.
- CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. **Communications of the ACM**, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988
- CLARKE, Roger. Profiling: a hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law, Information and Science**, Hobart, v. 4, n. 2, dez. 1993.
- CLARKE, Roger. The digital persona and its application to data surveillance. **Journal of Law, Information and Science**, Hobart, v. 10, n. 2, jun. 1994.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro:

Renovar, 2006.

FLORIDI, Luciano. **The Fourth Revolution**: how the infosphere is reshaping human reality. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral da Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2019.

FUCHS, Christian. **Internet and society**: social theory in the information age. Londres: Routledge, 2008.

GONZALES, Matilde M. Zavala de Gonzáles. **Derecho a la intimidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

GREENGARD, Samuel. **The internet of things**. Cambridge: The MIT Press, 2015.

INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Aranda. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 422, jul.-dez. 2015.

KNOENER, Laura Eroles. **Sociedade em rede**: Facebook como personificação da hipermodernidade. São Paulo: ECA/USP, 2015.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011.

LINDSTROM, Martin. **Brandwashed**: o lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coords.). **Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LYON, David. **The electronic eye**: the rise of surveillance society. Minneapolis: University of Minnesota, 1994.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da Informação e proteção da pessoa. **Revista da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor**, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. A responsabilidade civil pela perturbação do sossego na Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 128, p. 239-265, mar.-abr. 2020.

McLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Trad. Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 2007.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. **Novas tendências do direito do consumidor**: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2015. *E-book*

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. DONEDA, Danilo; DONEDA, Luciana Cabral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Tradução do italiano para o espanhol de Jose Manuel Revuelta López. Madri: Trotta, 2014.

ROSSELLO, Carlo. Riflessioni. De jure condendo in materia di responsabilità del provider. **Il Diritto Dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 6, nov.-dez. 2010.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOLOVE, Daniel J. **The digital person**: technology and privacy in the information age. Nova York: New York University Press, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 110, v. 419, jan.-jun. 2014.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890.

WESTIN, Alan. **Privacy and freedom**. New York: Ig Publishing, 2015.

ZUBOFF, Shoshan. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Artigo recebido em: 02/08/2023.

Aceito para publicação em: 15/08/2023.

A reserva do possível como barreira à efetivação do direito convencional à adaptação razoável para pessoas com deficiência

***The contingency reserve as a barrier to the implementation of the
conventional right to reasonable accommodation for people with
disabilities***

*André Luiz Pereira Spinielli*¹

Resumo: A adaptação razoável se encontra estampada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como um de seus princípios basilares, responsável por informar todo o sistema normativo de proteção ao grupo na ordem internacional, assumindo como missão precípua a garantia às diferentes formas de acessibilidade. Por se tratar de direito manifestamente prestacional, a adaptação razoável vai de encontro ao escudo da teoria da “reserva do possível”. Desta forma, o objetivo deste trabalho é refletir acerca do choque entre o direito à adaptação razoável por parte das pessoas com deficiência e seu contraste em relação à reserva do possível. Adota-se o método bibliográfico, mediante revisão da literatura especializada em ambos os temas trabalhados. Dentre os resultados e conclusões atingidas, é possível dizer que a reserva do possível deveras constitui entrave à efetivação do direito à acessibilidade para pessoas com deficiência, mas isso não liquida o dever da administração pública em prover espaços adequados para o grupo.

Palavras-chave: Reserva do possível. Adaptação razoável. Pessoa com deficiência.

Abstract: The concept of reasonable accommodation is highlighted in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities as one of its foundational principles, essential in guiding the entire normative system of protection for this group at the international level, with the primary mission of ensuring various forms of accessibility. Since it is an inherently service-oriented right, reasonable accommodation conflicts with the shield of the “contingency reserve” theory. Thus, this paper aims to reflect on the clash between the right to reasonable accommodation for persons with disabilities and its contrast with the contingency reserve. A bibliographic method is adopted through a review of specialized literature on both subjects. Among the findings and conclusions reached, it is

¹ Professor de Noções de Administração Pública, Filosofia e Sociologia para carreiras policiais (PMESP e Barro Branco) na Escola Instinto Lógico (IL). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca. Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA) / CEL. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Faculdade CERS. Graduado em Filosofia pelo Instituto Agostiniano de Filosofia (IAF/ISTA-BH). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado.

possible to state that the contingency reserve indeed constitutes a barrier to the realization of the right to accessibility for persons with disabilities, but this does not eliminate the public administration's duty to provide adequate spaces for this group.

Keywords: Contingency reserve. Reasonable accommodation. Person with disability.

1. Introdução

A reinauguração de uma ordem constitucional mais bem estruturada a partir de 1988 teve como promessa garantir uma sociedade que prezasse por valores típicos de democracia, responsável por carregar a bandeira da inclusão social para grupos historicamente marginalizados (Leite, 2012, p. 34). Assumiu-se uma proposta de lutar contra os episódios responsáveis por reduzir a condição humana à miséria dos direitos, marcando um novo ciclo histórico na defesa dos direitos das pessoas com deficiência. O novo modelo constitucional leva em consideração a tarefa de superar as desigualdades, em suas diferentes formatações, e construir uma sociedade firmada em valores inclusivos (Leite, 2012, p. 34). Embora pudesse estacionar na mera catalogação de direitos das pessoas com deficiência, o constituinte foi além e trouxe normas específicas de proteção a esses indivíduos. Em relação às normas jurídicas aplicáveis às pessoas com deficiência, destaca-se o imperativo da acessibilidade arquitetônica em órgãos e bens públicos, além da vedação de qualquer modalidade de discriminação, seja ela atitudinal ou mesmo salarial, evidenciando a necessidade de inclusão das pessoas com deficiência no campo laboral (Roig, 2013, p. 42).

Nesse sentido, o direito à acessibilidade, que se conforma como provisão de adaptações razoáveis e foi reconhecido por documentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, tem enfrentado dificuldades quanto à sua efetivação na medida em que se torna alvo de teorias limitantes de direitos, como a “reserva do possível” (Faustino; Miranda; Alves, 2021, p. 193-194).

Essa categoria corresponde ao argumento que contraria a intervenção dos poderes constituídos nos processos de implementação dos direitos sociais, afirmando-se que os recursos públicos são escassos e, quaisquer decisões que busquem alocar esses bens, devem levar em consideração a democratização da sociedade brasileira e a necessidade de realizar escolhas trágicas (Barcellos; Campante, 2012; Calabresi; Bobbitt, 1978). Neste trabalho, partimos do pressuposto de que o direito à acessibilidade recebeu uma formatação constitucional de direito social, o que demanda uma atitude positiva por parte das instituições estatais, a fim de implementá-lo. Na medida em que se trata de um direito de caráter eminentemente prestacional, que exige transformações concretas na realidade, especialmente ao se tratar de acessibilidades arquitetônicas, essa característica implica fundos econômicos e não isenta as instituições públicas de pensar políticas adequadas para realizar esse direito. A partir disso, entra em cena a ideia de reserva do possível (ou reserva contingencial), que anuncia a concretização dos direitos sociais apenas ao passo que houver reserva econômica, fática e jurídica capaz de permiti-los.

A partir dessa perspectiva que visualiza uma verdadeira revolução constitucional frente aos direitos das pessoas com deficiência, este trabalho tem como objetivo analisar o instituto convencional da adaptação razoável (ou da acessibilidade) e seu embate teórico com a teoria da reserva do possível, entendendo-a como um escudo à realização das obrigações constitucionais. Utilizamos uma análise bibliográfica, que recorre aos escritos nacionais e internacionais que exploram, além dessa dualidade, as críticas possíveis à aplicação da reserva do possível frente aos direitos sociais. Dividimos o trabalho em duas etapas. No primeiro tópico, a análise recai especificamente sobre a filosofia construída em torno das pessoas com deficiência e os conceitos atribuíveis ao instituto da adaptação razoável. Além disso, exploramos os caracteres formativos dos direitos sociais, especificando a sua faceta prestacional, a partir dos quais buscamos

estabelecer o direito à acessibilidade como uma garantia de cunho social. No segundo tópico, voltamo-nos à discussão sobre a reserva do possível e possibilidade de servir como entrave à efetivação dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

2. O instituto da adaptação razoável na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência teve os seus trâmites sediados na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, em 2007. Ela foi assinada pelo Brasil ainda no início desse ano. Um ano após a sua assinatura, o documento internacional ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro ao ser o primeiro tratado² de direitos humanos aprovado nos termos do rito especialmente apresentado pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, que alterou sensivelmente as instâncias do Poder Judiciário. A partir disso, as normas convencionais que tratam de direitos humanos passaram a ter qualidades formal e materialmente constitucionais, equivalendo às emendas constitucionais quando submetidas e aprovadas em processo específico³. Além disso, o fato de ser uma das primeiras convenções internacionais aprovadas neste século trouxe ao documento uma preocupação fundamental e necessária às pessoas com deficiência. Ele não se restringe a tutelar apenas um ou alguns tipos de deficiência, mas busca abranger as diferentes possibilidades, reconhecendo direitos humanos de um grupo vulnerável e que esteve à frente de lutas

² Embora ainda haja autores de direito internacional público que opte por seguir um rigorismo terminológico e especificar diferenças entre tratados e convenções, aqui seguimos a perspectiva de Accioly (2012, p. 155), para quem, formulando um conceito que se aproxima da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, "tratado é a expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim [...]".

³ Nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

históricas em prol de sua inclusão social (Martel, 2011, p. 90-91; Maior, 2017, p. 28-36).

De acordo com Letícia de Campos Velho Martel (2011, p. 91), a Convenção Internacional assegura direitos específicos às pessoas com deficiência e busca extinguir qualquer fagulha do que possa significar discriminação para o grupo. A partir disso, ela “unifica em um documento internacional um feixe de direitos humanos reconhecidos a um grupo credor de direitos, as pessoas com deficiência” (Martel, 2011, p. 91). Nesse sentido, um aspecto determinante do documento é a reafirmação do caráter transnacional e universalista dos direitos humanos, conforme é observado em seu Preâmbulo (Leite, 2012, p. 48). A partir disso, ele reconhece as necessidades específicas das pessoas com deficiência e os déficits históricos em termos de direitos humanos, que trouxeram a vã tentativa de exercer suas garantias em consonância àquilo que era desempenhado por pessoas sem deficiência. A Convenção Internacional estabelece diferentes conceitos, não apenas jurídicas, mas também sociológicos e políticos. A ideia central do documento é justamente reunir, em uma mesma proposta, conceitos abrangentes de deficiência, adaptação razoável ou desenho universal, por exemplo, a fim de impedir que os Estados-Partes assumam margens de apreciação que possam colocar em risco essas ideias e, por consequência, a proteção dos direitos das pessoas com deficiência (Bruce *et al.*, 2002, p. 14-15).

A Convenção Internacional se diferenciou de tratados e documentos globais antecedentes pelo fato de ofertar um conceito jurídico e político sobre “pessoa com deficiência”⁴, que não se prende às noções historicamente construídas sobre essa população, embora delas se utilize para apresentar um paradigma social de deficiência. Nesse ponto, é importante recordar que

⁴ De acordo com o art. 2º da Lei nº. 13.146, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

a historiografia das conquistas sociais, jurídicas e políticas das pessoas com deficiência é tradicionalmente dividida em quatro instantes⁵: (i) o primeiro momento ficou conhecido como “fase da precedência”, em que se determinava a intolerância ou eliminação completa das pessoas com deficiência, reconhecendo-as como sujeitos indesejáveis; (ii) o segundo período foi chamado de “fase médica”, cujas características remontam à emergência de uma postura social assistencialista ou de busca pela medicalização das deficiências (Diniz, 2007, p. 22-23); (iii) na sequência, a terceira etapa foi estabelecida como “fase social”, que corresponde às propostas convencionais, voltadas à inclusão social das pessoas com deficiência com base em um paradigma que reconhece os impactos do ambiente em sua participação (Palacios; Bariffi, 2007, p. 19-20); e (iv) o último instante foi reconhecido como “fase humanista”, que se coloca como uma proposta teórica ainda em construção, vinculada especialmente à necessidade de emergir um paradigma de direitos humanos em detrimento do conceito social de deficiência (Tisescu; Santos, 2014, p. 367; Degener, 2017, p. 49).

A Convenção Internacional optou por construir o conceito de “pessoa com deficiência” a partir dos moldes que emergiam a partir das décadas de 1970 e 1980 no direito internacional, contando com intensa participação da Organização das Nações Unidas (ONU). Com vistas a recusar o paradigma biomédico de tratamento das pessoas com deficiência, a partir do qual essas pessoas eram caracterizadas como doentes, anormais ou dotadas de disfunções biológicas, o que exigia a intervenção medicinal como forma de

⁵ Reconhece-se que há divergências doutrinárias não apenas quanto à nomenclatura desses períodos de desenvolvimento dos direitos humanos das pessoas com deficiência, mas também no que diz respeito à própria divisão das fases. Apenas para citar a divergência denunciada, Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2017, p. 310) explicam que essas fases são divididas igualmente em quatro, mas são denominadas de fase da intolerância, da invisibilidade, assistencialista e humanista, respectivamente. Esclarece-se que este escrito não segue tal divisão, justamente por não ela delimitar claramente os períodos da integração e inclusão social do deficiente, aos quais se reputa o caráter de determinantes para a consolidação dos direitos do grupo.

promover a inclusão social, a assunção do paradigma social representa uma das grandes contribuições internacionais para o debate sobre direitos humanos das pessoas com deficiência (Mozos; López, 2005, p. 47). A partir disso, o fenômeno da deficiência assume um caráter de “experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos” (Martel, 2011, p. 91). O paradigma social altera o ponto de vista sobre a deficiência na medida em que busca as causas do agravamento das deficiências (e, conseqüentemente, da não participação desses sujeitos nas decisões políticas e sociais) não mais no indivíduo, como defendiam os modelos anteriores, mas sim na moralidade, na cultura social e nas barreiras ambientais – que tendiam a excluir aqueles que não se adequavam ao desenho arquitetônico (Belvedere, 2002, p. 242; Edwards, 2008, p. 26-27). A transformação paradigmática apresentada pela Convenção Internacional não invalida os aspectos positivos trazidos por outros instantes históricos, de modo que seria possível afirmar que o conceito contemporâneo de “pessoa com deficiência” ainda traz elementos biomédicos, como a constatação de “impedimentos de longo prazo”.

A Convenção Internacional representou uma significativa novidade frente aos direitos reconhecidos pelas pessoas com deficiência em nível interno, de modo que o Brasil foi impelido a remodelar o seu ordenamento jurídico a fim de estar em conformidade com as normas jurídicas internacionais, que assumiram o caráter de Emenda Constitucional no país. No contexto convencional, o direito à acessibilidade ou às adaptações razoáveis⁶ (*reasonable accommodations*) surge como a necessidade de realizar modificações e ajustes necessários para que as pessoas com deficiência não enfrentem limitações em sua mobilidade, compreensão da realidade ou exercício de direitos (Roig *et al.*, 2007). A Convenção

⁶ O art. 2º da CDPD indica o significado de adaptações razoáveis, assim entendendo como "as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais".

Internacional observa que a aplicação das adaptações razoáveis não deve acarretar ônus desproporcionais ou indevidos à estrutura governamental (ou mesmo particular) responsável pela promoção das adaptações. Na verdade, trata-se de uma garantia-chave, que possibilita que as pessoas com deficiência exerçam os seus direitos em condições equânimes de oportunidade para com as demais pessoas que não possuem deficiências – o que implica um amplo debate sobre as responsabilidades e exigências possíveis quanto à promoção das adaptações razoáveis. Por essa razão, o direito à adaptação razoável corresponde a um comportamento positivo das instituições estatais ou particulares no sentido de realizar modificações, sobretudo em objetos físicos, como mobiliários, a fim de atender às necessidades específicas das pessoas com deficiência, desde que esse dever não provoque um encargo indevido e a medida seja suficiente para ampliar a acessibilidade universal e a própria igualdade (Bueno, 2013, p. 187-188).

O conceito de adaptação razoável, no contexto da Convenção Internacional, deve ser visto a partir de uma via de mão dupla: se, de um lado, busca-se assegurar a adoção de medidas que oportunizem a inclusão social das pessoas com deficiência, a fim de que possam exercer em igualdade com pessoas sem deficiência os direitos humanos que lhes assistem, de outro, essa categoria procura evitar que a implementação dos instrumentos de adaptação razoável seja realizada de maneira desarrazoada e de modo a desrespeitar o limite do plausível para se exigir dos responsáveis. O texto convencional é claro ao afirmar que as pessoas com deficiência possuem um direito humano à adaptação razoável, o que exige, dentre outros fatores, a transformação arquitetônica no ambiente frequentado pela pessoa com deficiência ou a modificação de legislações, a fim de ampliar o impacto das diferentes acessibilidades. De acordo com Flávia Piovesan,

[...] o propósito maior da Convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com

deficiência, demandando dos Estados-Partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduz a convenção o conceito de “reasonable accommodation”, apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. (Piovesan, 2012, p. 48)

O direito à adaptação razoável constitui uma medida apta à expansão dos níveis de justiça social em relação às pessoas com deficiência, uma vez que oportuniza a realização de modificações no ambiente material ou nos serviços prestados com a finalidade de beneficiar e garantir a ampliação dos direitos (e de seu exercício) pelas pessoas com deficiência. A ideia existente por detrás de um direito à adaptação razoável corresponde aos fins de uma sociedade plural, inclusiva e que não pode deixar de lado as necessidades das pessoas com deficiência como questões de justiça. Como medidas de inclusão social, as adaptações razoáveis, independentemente de sua natureza, se voltada à dimensão arquitetônica, informacional, tecnológica ou de transporte, não representam fatores que limitam o exercício de direitos pelas pessoas sem deficiência. Pode-se afirmar que há uma coexistência possível entre as diferentes garantias em jogo, de modo que seria incabível indicar que a pessoa com deficiência não deve ter acesso às adequações em questão, uma vez que isso significaria limites aos direitos de pessoas sem deficiência. Na verdade, “violar o ‘reasonable accommodation’ é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada” (Piovesan, 2012, p. 48). Significa dizer que a recusa à efetivação das adaptações razoáveis respinga no campo das discriminações contra as pessoas com deficiência, que representa qualquer atitude de diferenciação, exclusão ou restrição que se faz com base na deficiência como critério distintivo.

2.1. A adaptação razoável e sua aproximação material com a acessibilidade

O direito humano à adaptação razoável, apresentado pioneiramente na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, está enraizado no conceito jurídico e político de acessibilidade, que diz respeito a uma categoria instrumental para que a pessoa com deficiência tenha a possibilidade de acessar outros direitos – o que sinaliza o seu caráter político, visto que é um fundamento para a o mínimo existencial das pessoas com deficiência. No campo convencional, a acessibilidade está inserida sob o formato de princípio e possui grande relevância na sistemática internacional de proteção das pessoas com deficiência, uma vez que “consiste em elemento valorativo que potencializa ou minimiza a limitação funcional de pessoa com deficiência” (Lopes, 2009, p. 139), tratando-se também de importante fator que informa o acesso das pessoas com deficiência a outros direitos que lhes são inerentes. Em outras palavras, significa dizer que a ausência da acessibilidade faz com que outros direitos das pessoas com deficiência sejam transformados em meros instrumentos de linguagem, e não propriamente categorias exequíveis juridicamente. Seria errôneo imaginar que a acessibilidade representa tão somente a eliminação de barreiras arquitetônicas ou físicas (Gómez, 2012, p. 107-108). Além de se aproximar do senso comum, essa ideia rejeita uma ampla quantidade de tipos de acessibilidade. Em realidade, o conceito de acessibilidade exige que sejam tomadas posturas no sentido de remover barreiras físicas, comunicacionais, cibernéticas, nos transportes públicos e privados ou mesmo na filosofia social, na maneira como as sociedades recepcionam as pessoas com deficiência (Broderick, 2018, p. 29-31).

Como relembra Romeu Sassaki (2004, p. 2), a “acessibilidade não mais se restringe ao espaço físico, ou seja, à dimensão arquitetônica”. De acordo com o seu pensamento, o conceito de acessibilidade poderia ser classificado em seis diferentes dimensões, cada qual com as suas características próprias: (i) acessibilidade arquitetônica; (ii) acessibilidade

comunicacional; (iii) acessibilidade atitudinal; (iv) acessibilidade programática; (v) acessibilidade metodológica; e (vi) acessibilidade instrumental. A acessibilidade arquitetônica se refere às barreiras físicas e ambientais que se encontram nos espaços frequentados pelas pessoas com deficiência, como obstáculos, cujos principais exemplos são degraus, buracos, desníveis no chão, pisos escorregadios, ausência de rampas ou projetos arquitetônicos que não levem em consideração as regras atinentes à construção do mobiliário urbano acessível. Nesse sentido, “[...] outra proteção de grande importância foi a eliminação de barreiras arquitetônicas” (Araújo, 2009, p. 506), o que abriu margem à acessibilidade universal como uma condição fundamental para o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência (Roig *et al.*, 2007, p. 65). O direito à acessibilidade arquitetônica engloba dimensões subjetiva e objetiva. O aspecto subjetivo se refere ao fato de que essa garantia não se restringe às pessoas com deficiência, mas à existência de diferentes sujeitos e grupos que buscam estabelecê-la como forma instrumental de exercer direitos, como pessoas com mobilidade reduzida (Roig *et al.*, 2007, p. 65). Por outro lado, o sentido objetivo demonstra que a acessibilidade arquitetônica indica a necessidade de se construir um espectro protetivo que seja o mais amplo possível (Roig *et al.*, 2007, p. 65-66).

A acessibilidade comunicacional faz referência à necessidade de remover toda e qualquer barreira que obstrua a plena comunicação interpessoal das pessoas com deficiência, seja ela na forma escrita ou oral, assim como no âmbito virtual. A comunicação presencial, a linguagem gestual ou corporal e a comunicação escrita, que se concretiza em jornais, revistas, correspondências e livros, são exemplos de concretização desse tipo de acessibilidade. A acessibilidade atitudinal busca alterar as condutas humanas a fim de promover uma profunda alteração na filosofia da sociedade, ou seja, na maneira como as pessoas sem deficiência recepcionam as pessoas com deficiência, de modo a extirpar práticas discriminatórias ou

excludentes. A acessibilidade programática tem a sua ideia baseada na invisibilidade das barreiras presentes em documentos institucionais, sendo a melhor medida a ser tomada a facilitação do acesso aos regulamentos, portarias e projetos no âmbito escolar às pessoas com deficiência, por exemplo. Ainda, a acessibilidade metodológica corresponde à eliminação das barreiras presentes em métodos e técnicas, que é mais facilmente visualizada em materiais didáticos, cuja necessidade é serem adequados a cada tipo de deficiência. Por fim, a acessibilidade instrumental está relacionada à eliminação de barreiras presentes em instrumentos e ferramentas de estudo, o que tem sido debatido sob o ponto de vista da utilização de aparelhos e recursos de tecnologias assistivas (Leite; Spinieli, 2023).

A leitura do texto da Convenção Internacional nos remete à ideia de que a acessibilidade foi trazida ao *status* de valor ético, que deve influenciar todo o ordenamento jurídico internacional e nacional. Dessa forma, torna-se adequado afirmar que a acessibilidade deve levar consigo a característica da ubiquidade, a capacidade de estar presente em todas as normativas, ainda que não digam respeito diretamente às pessoas com deficiência ou àquelas que são usuárias de medidas de acessibilidade. Isso porque “este princípio conduz ao dever e ao direito de incorporar a acessibilidade em todos os aspectos da vida, o que inclui, naturalmente, a vida em sociedade” (Lopes, 2009, p. 139). Logo, uma vez que a Convenção Internacional trata a acessibilidade tanto como princípio quanto como direito estabelecido em artigo específico⁷, pode-se afirmar que qualquer ameaça ou lesão a essa

⁷ Na CDPD, o art. 9º enuncia o seguinte: "A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive

garantia convencional caracteriza uma grave violação aos direitos humanos das pessoas com deficiência. É importante observar que, assim como realizou mais recentemente a Convenção Internacional, o sistema constitucional brasileira já trazia a acessibilidade como um preceito fundamental da existência social e política das pessoas com deficiência, tratando-o em consonância com outras categorias de mesma natureza, como a igualdade de oportunidades e a efetiva participação do grupo em sociedade.

Conforme afirmamos, o direito à acessibilidade, que mantém uma ligação íntima com a ideia de adaptação razoável, tem por finalidade garantir à pessoa com deficiência a possibilidade de exercício dos direitos e das liberdades fundamentais. A título de exemplo, o provimento da acessibilidade arquitetônica possibilita, dentre outros fatores, à pessoa com deficiência física o desempenho da liberdade de locomoção. Nesse sentido, comentando o problema da introdução das pessoas com deficiência física no âmbito carcerário, espaço em que os direitos das pessoas com deficiência se tornam exceções (Spinieli, 2021) e a questão da acessibilidade se torna mais explícita, Simone Savazzoni entende que

No atual contexto do sistema penitenciário brasileiro, não seria ousado se inferir que em tais instituições não existem condições sequer para a locomoção de tais pessoas, violando um direito fundamental de primeira dimensão, ao impossibilitar o exercício do direito de ir e vir. Não seria visionário se afirmar que, também, não há condições para o livre exercício do trabalho, inclusive pelo deficiente, fator preponderante para a socialização do indivíduo, através da participação nas oficinas e cursos profissionalizantes que teriam, em tese, direito. (Savazzoni, 2010, p. 27)

O caráter de direito-princípio tem feito da acessibilidade uma garantia instrumental, que possibilita o acesso a outros direitos reconhecidos nos níveis brasileiro ou internacional. De fato, não se pode

escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho; b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência."

falar em inclusão social das pessoas com deficiência, sobretudo se a entendermos como a aptidão para o exercício de direitos básicos em condições de igualdade frente às pessoas sem deficiência, se houver ausência de critérios mínimos de acessibilidade. O entendimento de que a acessibilidade corresponde a uma pedra de toque necessária ao exercício de outros direitos humanos tem sido compartilhado por diferentes instituições voltadas à proteção jurídica e política das pessoas com deficiência. Nesse sentido, a European Concept for Accessibility Network (EuCAN) tem afirmado que apenas haverá a garantia do direito à acessibilidade a partir do instante em que se reconhecer que

[...] base fundamental de uma filosofia europeia para a acessibilidade é o reconhecimento, a aceitação e o estímulo – em todos os níveis da sociedade – dos direitos de todos os seres humanos, incluindo pessoas com limitações de atividade...em um contexto assegurado de elevada saúde humana, segurança, conforto e proteção ambiental. Acessibilidade é um atributo essencial da construção de um ambiente sustentável que esteja centrado nas pessoas⁸.

A acessibilidade exige que os ambientes, produtos e serviços prestados às pessoas com deficiência permitam que todos os indivíduos possuam chances concretas de se desenvolverem dentro de suas potencialidades. O design dos ambientes construídos, por exemplo, deve levar em consideração a diversidade da população e a necessidade que todos têm de ser independentes e autônomos, de modo que os elementos que possam restringir os direitos das pessoas com deficiência devem ser projetados segundo um desenho universal, a fim de permitir que todas as pessoas tenham acesso aos diferentes espaços de que fazem parte. No direito brasileiro, a questão da acessibilidade ganhou maior relevância a partir dos

⁸ No original: “The fundamental basis of a European philosophy for accessibility is the recognition, acceptance and fostering – at all levels in society – of the rights of all human beings, including people with activity limitations...in an ensured context of high human health, safety, comfort and environmental protection. Accessibility is an essential attribute of a ‘person-centred’, sustainable built environment”.

anos 2000, quando a legislação, como uma consequência direta do movimento internacional, sofreu um grande avanço que possibilitou o estabelecimento de normas e critérios gerais que fomentaram a promoção da inclusão social das pessoas com deficiência a partir da acessibilidade arquitetônica. A Lei nº. 10.098, de 2000, estabeleceu a acessibilidade como a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação [...] por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida” (Brasil, 2000).

Dessa forma, debatida brevemente a questão das proximidades conceituais e normativas entre os direitos à adaptação razoável e à acessibilidade, demonstrando que são categorias similares por força dos diálogos entre direito internacional e direito brasileiro, torna-se necessário retomar a introdução desses direitos no contexto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Deve-se recordar que o conceito de adaptação razoável, embora hoje guarde vínculos diretos com as garantias estruturais das pessoas com deficiência, foi originalmente utilizado no direito como parte das relações jurídicas estabelecidas entre empregado e empregador. Inclusive, no United States Civil Rights Act, de 1968, consta que a *reasonably accommodate* diz respeito aos “ajustes que um empregador deve observar em relação à religião de seu empregado [...], desde que a adaptação não ocasione um custo desproporcional ao negócio do contratante” (Lopes, 2009, p. 149). Independente de seu uso, se no direito privado ou na construção existencial das pessoas com deficiência, a finalidade das adaptações razoáveis nada mais é senão propor um equilíbrio em relação à garantia de direitos e o custo gerado para que essas modificações sejam concretizadas. Quer dizer que a adaptação, embora obrigatória aos responsáveis por garanti-la, não pode ser desarrazoada.

A partir disso, Laís Carvalho Lopes explica a dubiedade do conceito:

A interpretação mais benéfica que se pode ter, a partir da gramática dos direitos humanos, é que, para cada pessoa, a adaptação realizada para possibilitar pleno gozo e exercício de seus direitos deve ser razoável, tanto do ponto de vista do mínimo necessário para garantir algum grau de autonomia e segurança, quanto, se observada a questão sob o prisma econômico, para que a acessibilidade não seja considerada um custo inviável, o que poderia ensejar o seu descumprimento. (Lopes, 2009, p. 149)

Essa postura é compartilhada por diferentes autores. Asís Roig *et al.* (2007, p. 75) compreendem que a funcionalidade da adaptação razoável se fará presente porque nem sempre será possível desenvolver todos os espaços, produtos e serviços de maneira que possam ser utilizados por todas as pessoas. Em determinados casos, algumas pessoas estarão impedidas de se valer da utilidade desses bens e serviços, o que requer uma modificação ou adaptação específica no modo de utilização, voltado diretamente às pessoas com deficiência. Não obstante a previsão em documentos internacionais, têm crescido no campo acadêmico brasileiro discussões doutrinárias a respeito do embate entre a implementação das adaptações razoáveis às pessoas com deficiência e a existência de ônus desproporcionais às instituições públicas e privadas sobre as quais essa exigência recai, resvalando sempre em argumentos jurídicos e filosóficos que compõem o mínimo existencial e a reserva do possível. Para Cass Sunstein (2007, p. 8), a interação entre os conceitos de razoabilidade e de ônus indevido leva à compreensão de que mesmo quantias ínfimas podem ser rejeitadas se a adaptação razoável trazer obrigações a mais para o responsável.

Como parte do crescente debate acadêmico sobre o tema, Letícia Martel (2011, p. 108) entende que o ônus desproporcional ou indevido constitui a defesa que poderia ser arguida pelo responsável pela adaptação razoável, devendo ser acolhida quando o ônus adotar uma transformação que oblitere exageradamente o objetivo da medida que pretende ser recepcionada, sobretudo quando for altamente custosa a partir de uma ponderação de custos e benefícios. Essa análise não leva em consideração

apenas o critério econômico e financeiro, mas também outros benefícios, como incentivos, isenções tributárias, promoção da responsabilidade social e democratização das oportunidades às pessoas com deficiência. Apesar da clara compreensão do conceito apresentado pela Convenção Internacional, de acordo com o que posiciona Wallace Corbo (2018, p. 221), as decisões judiciais brasileiras têm utilizado termos similares à ideia de “razoável”, como adequada, necessária ou proporcional. A partir disso, uma interpretação que se amolde ao contexto constitucional brasileiro deve compreender a adaptação razoável como uma espécie de “adaptação proporcional”. Assim, para que melhor se amolde ao direito e à realidade jurídica brasileira, pode-se afirmar que esse princípio é um fundamento válido para a garantia dos direitos sociais pertinentes às pessoas com deficiência, nos quais enquadraremos as diferentes formas de acessibilidade. De acordo com o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, cujas decisões possuem caráter meramente recomendatório, essas medidas de adaptação razoável são uma parte fundamental da estrutura existencial e vital das pessoas com deficiência.

Uma das críticas pontuais realizadas em face desse direito diz respeito ao fato de que a adaptação razoável agiria somente em termos materiais, não alterando a dimensão formal e atitudinal da sociedade, que insiste em manter formas de dominação específica contra as pessoas com deficiência. De acordo com Shelagh Day e Gwen Brodksy (1996, p. 433), essa garantia tem servido fundamentalmente àqueles que colocam em questionamento a posição dos “sujeitos acomodados”, uma vez que eles seriam destinatários de uma igualdade material e, na realidade, tendem a receber apenas uma alteração substancialmente física, objetiva e voltada tão somente aos mobiliários urbanos, por exemplo. A crítica das autoras ainda recai sobre o fato de que a mera garantia normativa desse direito não possui o condão de transformar as instituições sociais, a fim de torná-las espaços adequados para a participação das pessoas com deficiência. Na verdade, elas

se mantêm como instâncias de assimetria de poder, não dispendo de acessibilidade mínima ou um padrão de justiça que corresponda à tutela das pessoas com deficiência. Nesse sentido, elas reconhecem que a ideia vigente na sociedade contemporânea a respeito da adaptação razoável consiste em fazer determinadas concessões àqueles que são considerados diferentes (*make some concessions to those who are “different”*), ao invés de lutar por uma inclusão social efetiva. A partir disso, o direito à adaptação razoável para as pessoas com deficiência significaria a manutenção de uma instância social de dominação, que não desafia propriamente os costumes sociais cristalizados, reduzindo a ideia de acomodação a um assimilacionismo (*accommodation is assimilationist*).

2.2. A adaptação razoável e sua condição de direito social

O fato de o direito à adaptação razoável estar relacionado ao provimento de espaços, bens e serviços acessíveis às pessoas com deficiência, remete essa categoria para um quadro de direitos considerados sociais. A partir de uma divisão dos direitos humanos colocada em prática por Karel Vasak, durante uma conferência internacional na cidade de Estrasburgo, em 1979, os direitos sociais foram categorizados como aqueles conquistados a partir da verificação das mazelas sociais, das assimetrias de poder que emergiam das relações trabalhistas, reveladas por regimes de trabalho abusivos, com a submissão de crianças, mulheres, pessoas com deficiência e idosos nas fábricas (Trindade, 2003). Os direitos sociais foram reconhecido em conjunto a outros conjuntos de direitos humanos, como aqueles de ordem cultura e econômica. Além disso, eles foram estabelecidos inicialmente em documentos constitucionais responsáveis por inaugurar o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) ao longo do século XX, como a Constituição da República de Weimar, na Alemanha, e a do México – que foram as primeiras a estabelecer direitos sociais em um instante histórico em que a esfera

cultural e jurídica eram distanciadas. Na visão de Ingo Sarlet (2008, p. 3), a temática dos direitos sociais e a sua constitucionalização têm enfrentado críticas significativas, que defendem não serem esses direitos materialmente constitucionais, motivo pelo qual deveriam ser removidos do texto constitucional.

Ele observa que a mera previsão dos direitos sociais em textos constitucionais contemporâneos é insuficiente se isso não vier acompanhado de uma ampla atuação das instituições estatais no sentido de promovê-los em uma dimensão concreta (Sarlet, 2008, p. 3-4). Da mesma forma, esse movimento não representa a sua insuficiência enquanto direito humano. Sob o manto da expressão “direitos sociais”, a Constituição Federal de 1988 trouxe pontuais garantias dessa natureza, abrangendo não apenas o direito do trabalho, comumente referido como direito social ao se pensar a construção histórica e ideológica dessa categoria, mas também o direito à saúde, à alimentação, à moradia, à educação, ao transporte, ao lazer, à previdência social – e, avançamos, o direito à acessibilidade para as pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida. Significa dizer que a simples indicação dos direitos sociais em um rol constitucional significativamente amplo não é suficiente para dizermos que as promessas iluministas da modernidade foram concretizadas e cumpridas. Na verdade, os direitos sociais sinalizam a ideia de que “direitos não dão em árvores” (Galdino, 2005), de modo que é incorreto o senso comum formado em torno dos direitos humanos no sentido de que há garantias cuja concretização independe de atuações positivas das instituições estatais e, por consequência, de qualquer custo.

Conforme nos indica Sarlet:

[...] verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva

reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão "positiva" (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva da Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas "negativas", notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares. (Sarlet, 2008, p. 3)

Uma hermenêutica dos direitos sociais sinaliza que essa categoria de direitos pode assumir duas posturas bastante clara sob o ponto de vista jurídico-subjetivo: a depender da atitude exigida das instituições estatais, os direitos sociais podem ser positivos ou negativos, na medida em que podem apelar à necessidade um fazer ou não fazer estatal. Portanto, a partir do reconhecimento jurídico que é fornecido aos direitos humanos, eles são vistos como garantias que, ao mesmo instante em que protegem um espaço de liberdade do indivíduo, também se voltam à proteção dos bens jurídicos de grupos marginalizados frente às ações estatais, sobretudo nos campos do social e do econômico. Os direitos sociais podem ser resumidos em três classes. Eles podem ser (i) direitos sociais universalistas, que se dirigem a todas as pessoas indiscriminadamente, (ii) direitos sociais individuais ou com expressão coletiva, como aqueles pertencentes aos trabalhadores urbanos e rurais ou (iii) direitos sociais tipicamente coletivos, como a associação sindical e o direito de greve.

A partir da ideia de que o direito à adaptação razoável está vinculado fundamentalmente à atividade positiva das instituições estatais, cuja responsabilidade é veicular medidas que possibilitem a modificação dos espaços, bens e serviços em prol do exercício pleno de direitos pelas pessoas com deficiência, entendemos que essa garantia também ocupa lugar no rol dos direitos sociais. Há diferentes elementos que permitem essa relação. O primeiro aspecto diz respeito à ideia de que não se faz possível pensar a adaptação razoável para as pessoas com deficiência sem que haja a

intervenção das instituições estatais (ou mesmo particulares), a fim de modificar a maneira como os espaços, bens e serviços chegam aos seus destinatários. Em outros termos, significa afirmar que a aplicação de um desenho universal que favoreça as pessoas com deficiência depende do agir estatal ou institucional particular. No mesmo sentido, outro fator que fomenta esse ponto de vista está relacionado à ideia de inevitabilidade do dispêndio econômico e financeiro pelo responsável para a garantia da adaptação razoável, de modo que não se pode falar em acessibilidade arquitetônica, por exemplo, deixando de lado elementos de natureza fática, jurídica e, principalmente, financeira.

Além disso, ainda há um terceiro argumento que favorece essa ideia. Ele é exposto por Sarlet:

Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores [...]. (Sarlet, 2008, p. 8)

A posição que defendemos neste trabalho está relacionada à ideia de que o direito à adaptação razoável (e, por consequência, a garantia da acessibilidade) encontra identidade no rol dos direitos sociais. Identificamos três razões para isso: (i) embora não necessariamente contenham esse caractere, os direitos sociais são fundamentalmente prestacionais, ou seja, exigem dos responsáveis, sejam as instituições públicas ou particulares, uma ação positiva, no sentido de promover as diferentes formas de acessibilidade às pessoas com deficiência; (ii) os direitos sociais são entendidos como categorias que dependem de reserva econômica, de modo que direitos sociais não “nascem em árvores” (Galdino, 2005), o que indica que, na ausência de possibilidades fáticas, jurídicas e econômicas, torna-se impossível realizar essas garantias; e (iii) sob o ponto de vista das

funcionalidades dos direitos sociais, tem-se que a sua primazia é a promoção do mínimo existencial de grupos historicamente marginalizados, como as pessoas com deficiência. Ainda que o direito à acessibilidade não seja uma tônica (ou uma necessidade) no complexo de garantias reservado para todos os grupos marginalizados, para as pessoas com deficiência, essa garantia possui uma especial força, funcionando como um aspecto determinante para a concretização de outros direitos humanos, como um direito instrumental.

3. A teoria da reserva do possível: conteúdo jusfilosófico e seus reflexos nos direitos sociais

Robert Alexy (2008, p. 395), ao teorizar sobre a hermenêutica dos direitos humanos, identifica que os direitos sociais a prestações, aos quais ele empresta o nome de “direitos a prestações em sentido estrito”, estão vinculados ao rol de deveres atinentes à administração pública enquanto provedora da melhor condição social possível – consequência direta da instituição histórica do Estado de Bem-Estar Social. Além disso, na visão do autor, em sua dimensão subjetiva, esses direitos sociais prestacionais implicam direitos subjetivos negativos ou defensivos, no sentido de que não cabe aos poderes constituídos interferir em determinados domínios, dificultando ou mesmo impedindo o exercício de direitos, cujos principais exemplos estão no direito à greve, na liberdade sindical e na proibição de discriminações no ambiente laboral. De acordo com Alexy (2008, p. 442), em grande parte das vezes, a expressão “direito a prestações” vem associada à noção de um direito que poderia ser obtido de entes particulares se o titular dispusesse de meios financeiros suficientes para promover esses direitos. No entanto, de acordo com a postura alexyana, o conceito de “direito a prestações” não se relaciona apenas aos direitos a prestações fáticas, mas também aos direitos a prestações normativas, citando como exemplo a

criança das normas de direito penal que se voltam à proteção de uma pessoa contra a outra ou a criação de normas jurídicas procedimentais.

Em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, Robert Alexy indica que

[...] direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (Alexy, 2008, p. 499)

Nesse sentido, compreende Alexy que se faz necessário diferenciar direitos a prestações previstos de forma expressa e outros direitos a prestações atribuídos por meio de interpretações expansivas do direito. Conforme determina, os direitos a prestações em sentido estrito se distinguem dos direitos a prestações em sentido amplo pelo fato de que os últimos estão relacionados à atuação positiva do Estado em prol do cumprimento de seus deveres constitucionais de proteção, decorrentes da própria natureza constitutiva do Estado Democrático de Direito. No entanto, ao contrário disso, os direitos sociais em sentido estrito são prestações fáticas decorrentes da atuação estatal em sua conformação enquanto Estado do Bem-Estar Social (Alexy, 2008, p. 499-500). Ainda, é de suma importância a lição alexyana ao apresentar a teoria da colisão entre direitos fundamentais sociais – direitos esses de caráter eminentemente prestacionais – e direitos de liberdade, exemplificado pelo autor por meio do “direito ao trabalho” (Alexy, 2008, p. 509). Para ele, “em uma economia de mercado, o Estado tem controle apenas limitado sobre o objeto desse direito” (Alexy, 2008, p. 509), de tal forma que, caso ele quisesse satisfazer diretamente o direito individual de cada pessoa desempregada, por meio da teoria dos direitos sociais e do seu caráter prestacional, o Estado deveria “empregar todos os desempregados nos serviços públicos existentes, ou

restringir ou eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho” (Alexy, 2008, p. 509).

Um raciocínio similar pode ser apresentado em relação ao direito à adaptação razoável (e à acessibilidade) para pessoas com deficiência. Nos termos de uma teoria geral dos direitos fundamentais sociais, como desenhamos a partir do pensamento alexyano, caberia ao Estado, enquanto responsável primeiro por determinar fatores de bem-estar social, garantir níveis adequados de acessibilidade para todas as pessoas com deficiência. Dessa forma, a partir de uma visão compartilhada com Alexy, uma primeira opção, mais adequada às necessidades do grupo e às próprias normas constitucionais brasileiras, seria garantir a acessibilidade em instituições, bens e serviços de caráter público. A partir disso, em uma segunda oportunidade, seria possível adotar medidas para expandir o poder econômico das pessoas com deficiência, a fim de que elas possam adquirir produtos acessíveis a partir de uma demanda específica e detalhada. Essa leitura nos carrega a determinadas concepções de reserva do possível que entendem não ser a existência de recursos materiais o único critério a ser analisado para a efetivação de um direito social, mas a razoabilidade da pretensão exigida e a sua possibilidade de concretização (Farias, 2010, p. 1222). Como parcela do mínimo existencial das pessoas com deficiência, Fausto, Miranda e Alves (2021, p. 204-205), entendem que a adaptação razoável exige uma postura ativa das instituições estatais (e, em certa medida, também das particulares) no sentido de recorrer às transformações em termos de acessibilidade para ampliar o conceito de igualdade.

Se, por um lado, a problemática envolvendo os direitos sociais está calcada na questão da inaplicabilidade imediata e da não limitação ao poder de reforma constitucional, uma vez que não seriam nem mesmo considerados direitos fundamentais protegidos pelas cláusulas pétreas (Sarlet, 2008, p. 6), por outro, a questão se fecha aos limites da exigibilidade e da vinculação dos órgãos estatais quanto à garantia dos direitos sociais.

No campo da efetivação, encontra-se a teoria da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), cujo núcleo teórico condiciona e limita a implementação dos direitos sociais fundamentais à contingência e às possibilidades fáticas, jurídicas e, sobretudo, econômicas das instituições estatais. O argumento da reserva do possível teve a sua origem nas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), a partir de um caso conhecido como *numerus clausus*, em que a Corte firmou que “a garantia de direitos prestacionais depende da disponibilidade de recursos públicos” (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 376). Na problemática desse caso, um estudante pretendia obter, via provimento judicial, uma determinação de que o Estado alemão era obrigado a assegurar a sua matrícula em uma faculdade de medicina, como forma de viabilizar o exercício do direito à educação e à liberdade de escolha profissional. No entanto, a partir da teoria da reserva do possível, a Corte compreendeu que “a concretização de direitos a prestações está condicionada pelos recursos financeiros de que dispõe o Estado, não sendo razoável esperar que a sociedade arque com os custos de todos aqueles que quiserem frequentar o ensino superior” (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 376).

Nesse sentido, de acordo com essa abordagem, o exercício de um direito social estaria condicionado à edição de uma lei ou à adequação de normas orçamentárias (Cristinelis, 2017, p. 124). Significa dizer que a reserva do possível está relacionada às (im) possibilidades materiais e formais de provimento de direitos e tem servido como verdadeira escusa lícita para justificar a impossibilidade de cumprir deveres constitucionalmente impostos em relação aos direitos sociais. No entanto, é necessário reconhecer que os problemas relacionados à provisão de adaptações razoáveis não se vincula tão somente à incursão da teoria da reserva do possível, mas também ao fato de que o uso do desenho universal tem sido objeto de baixo interesse no âmbito dos projetos (Duran; Esteves, 2010, p. 162). Assim, há um “pequeno interesse da indústria pelo

desenvolvimento e pela pesquisa em produtos na vertente do desenho universal e da acessibilidade” (Duran; Esteves, 2010, p. 163). Como parte dos direitos sociais, conforme temos afirmado neste estudo, o direito à adaptação razoável corresponde a uma categoria prestacional e direcionada à criação de espaços, bens e serviços que correspondam ao mínimo existencial das pessoas com deficiência – o que externa a sua natureza econômica.

No Brasil, não obstante a existência de leis que regulamentam a provisão de direitos sociais em diferentes núcleos da sociedade, não seria o caso de o Supremo Tribunal Federal (STF) fixar valores cristalizados, a fim de que houvesse um patamar mínimo segundo o qual a teoria seria ou não aplicada no caso concreto. De acordo com Daniel Sarmento e Cláudio de Souza Neto (2012, p. 376), “isso implicaria impor mudanças econômicas das quais o Judiciário não pode ser protagonista, até por não possuir os meios necessários para avaliar os efeitos práticos de uma decisão que proferisse nessa questão”. Hoje, as cortes superiores brasileiras compreendem que a reserva do possível não pode sobrepor a garantia do mínimo existencial. A posição sob o viés da questão orçamentária é alvo de críticas, visto que a escassez de recursos financeiros estatais é um fator que foge ao controle jurisdicional do aplicador da lei e, portanto, dele não pode ser cobrada a efetivação direta dos direitos sociais. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 1.185.474-SC, em 2010, ficou o entendimento segundo o qual o mínimo existencial apenas se dará como superado pela reserva do possível nos casos em que a Administração Pública demonstrar, de forma incontestável, que seus gastos estão todos destinados às atividades relacionadas à fomentação da justiça social e não seria possível incrementar esses dispêndios econômicos.

No mesmo sentido, no contexto do Recurso Extraordinário 410.715, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 2005, o STF reconheceu que os direitos fundamentais de índole social e cultural estão caracterizados pela

“gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado” (Mendes; Coelho; Branco, 2009, p. 298). O voto do relator apresentou tese no sentido de que o Poder Público não pode se valer da reserva do possível como meio para escapar das obrigações que sobre ele recai, de atender às necessidades sociais que digam respeito ao provimento dos direitos sociais, de modo que essa tese apenas poderia ser arguida em caso de comprovada incapacidade econômico-financeira do Estado. As decisões dos tribunais superiores brasileiros têm inserido o mínimo existencial como um dever constitucional originário e do qual não há possibilidade de se desvencilhar pelo simples fato de arguir, em juízo, a impossibilidade jurídica e econômica e satisfazer as necessidades públicas relativas aos direitos sociais. Os direitos humanos sociais, por sua definição e natureza jurídica, não escapam à regra do atendimento judicial em seu grau mínimo, a não ser em caso de comprovada e absoluta impossibilidade de satisfação da demanda.

Determinados teóricos têm afirmado que a simples alegação da reserva do possível, sobretudo em relação às reivindicações articuladas por grupos marginalizados, como as pessoas com deficiência, sem que haja elementos probatórios que indiquem a impossibilidade jurídica e econômica da demanda, cria uma significativa margem para a violação de direitos humanos. Nesse ponto, Inocêncio Coelho, Gilmar Mendes e Paulo Branco determinam que

[...] os direitos sociais, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o status de direitos fundamentais, vale dizer, a condição de direitos oponíveis erga omnes – até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionalizá-los, dotou as suas normas de injuntividade, por menor que seja, com que esses novos direitos iniciaram a luta pela sua efetivação –, pouco importando, sob esse aspecto, que essa concretização fique a depender da disponibilidade de recursos, sobretudo nos países subdesenvolvidos, nos quais impera a perversa reserva do possível, apesar de, vez por outra, ver-se confrontada por decisões judiciais

proferidas em situações extremas. (Coelho; Mendes; Branco, 2009, p. 757-758)

Além disso, também tem sido debatido o conteúdo principiológico da reserva do possível. Na visão de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 30), essa categoria possui uma dimensão tríplice: (i) ela diz respeito à indisponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, o que está ligado diretamente à distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, administrativas e legislativas; (ii) o problema se volta à questão da indisponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; e (iii) fixa-se a adversidade da proporcionalidade da prestação, visto que se deve buscar sua razoabilidade, o que evita, em termos práticos, a atribuição de ônus excessivos aos responsáveis por essas garantias – conforme exige a ideia de “adaptação razoável”. A tese da reserva do possível, portanto, está fixada não quanto a todos os direitos humanos, mas sobretudo naqueles de natureza social, como a adaptação razoável e o consequente acompanhamento de custos elevados. Não se pode esquecer da ideia, já debatida aqui, de que a efetivação dos direitos sociais é um critério básico para a construção de um Estado de Bem-Estar Social.

No campo de discussão a respeito da responsabilidade estatal em prover os direitos sociais, teóricos do constitucionalismo norte-americano, como Cass Sunstein e Stephen Holmes (2007, p. 8), têm defendido que os direitos humanos estão relacionados à precisão de uma prestação estatal, de modo que, mesmo os direitos de defesa e liberdade exigem, até certo ponto, para uma verdadeira promoção e tutela, um conjunto de medidas ativas por parte do Estado. A partir disso, significa dizer que esses direitos requerem a adoção de recursos materiais abundantes para a sua implementação integral, de modo que os direitos sociais não “nascem em árvores” (Galdino, 2005, p. 199-235). A tese do custo dos direitos de Sunstein e Holmes demonstra a interação dos conceitos de razoabilidade e de ônus indevido no caso da adaptação razoável para pessoas com deficiência. Ela sinaliza que

até mesmo quantias ínfimas para o provimento desse direito podem ser rejeitadas se a acomodação exigida pelas pessoas com deficiência trazer obrigações para além daquilo que é razoável para o responsável. Para além de uma perspectiva puramente jurídica, de efetivação dos direitos sociais, é necessário observar que a concretização dessas garantias está sujeita aos filtros político e ideológicos que ressoam sobre a restrição máxima das economias estatais, deixando ao acaso os direitos sociais. Essa é uma forma de “manter, sob a falsa aparência da neutralidade, os critérios jurídicos tradicionais de alocação de recursos e distribuição de bens” (Mastrodi; Alves, 2016, p. 715).

Compartilhando dessa tese, não diferentemente já alertava Robert Alexy (2008, p. 510) ao dizer que as colisões entre direitos sociais e outros direitos não surgem tão somente na hipótese de o Estado controlar indiretamente uma pequena parte da economia de mercado, mas também pelo fato de que os direitos sociais possuem alto custo e, para a realização deles, o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe da população sob a forma de impostos e taxas. Políticas voltadas à efetivação dos direitos sociais para as pessoas com deficiência, dentre os quais reconhecemos a introdução da adaptação razoável (e da acessibilidade) estão sujeitas a uma série de requisitos, destacando-se o gasto dos recursos públicos. Assim, um dos grandes problemas que permeia os direitos sociais é a possibilidade de buscar a tutela dessas garantias por meio de ações judiciais, o que também suscita a legitimidade e competência constitucional dos tribunais para decidirem sobre normas orçamentárias e provimento das garantias sociais. A adaptação razoável não foge à regra e aos problemas gerais dos direitos sociais, uma vez que ela está abrangida no modelo de direito que exige dispêndios econômicos pelo Poder Público ou outros responsáveis. Nesse sentido, a partir das posições defendidas por Sunstein e Holmes (2007, p. 21), para o caso das pessoas com deficiência, tem-se que o dever de

adaptação razoável não é absoluto, mas, sendo um direito que evidencia custos, é necessária uma análise de custo-benefício anterior.

A verificação da relação custo-benefício é formada por virtudes e vícios (Martel, 2011, p. 96). No primeiro caso, está compreendido o fator segundo o qual a recusa em prover a adaptação razoável pode ser produto de mero hábito ou mesmo de questões atitudinais que impedem a emergência das pessoas com deficiência como sujeitos de direitos. Na segunda hipótese, dos vícios, tem-se a possibilidade de desconsideração de um aspecto fundamental no campo discriminatório, que são os custos diários da desigualdade e da estigmatização das pessoas com deficiência. Portanto, a partir do instante em que o direito à adaptação razoável está incluído no núcleo dos direitos sociais, já que exige o dispêndio econômico para a sua implementação, é importante observar que essa garantia tem evoluído no sentido de englobar não apenas as pessoas com deficiência, mas também pessoas com mobilidade reduzida, como pessoas idosas, gestantes ou pessoas obesas. A expansão desse conceito tem por finalidade viabilizar os maiores níveis de inclusão possíveis. Nos casos em que há dever de garantia da adaptação razoável, a reserva do possível apenas seria oponível à concretização desse direito social na medida em que ficar comprovado que a instituição estatal (ou particular) não possui condições fáticas, jurídicas e econômicas suficientes para prover esse direito.

3. Conclusão

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se um novo estado de cidadania inclusiva no Brasil, assumindo-se um compromisso explícito de incluir membros pertencentes aos grupos historicamente marginalizados, como as pessoas com deficiência. Reconhecida como um direito humano e um objetivo de justiça social, a emergência da inclusão social impulsiona uma filosofia de introdução ativa

de todos os indivíduos nas decisões políticas e sociais. Esse ideal de inclusão visa à ruptura de barreiras e ao combate de estigmas que foram historicamente responsáveis por excluir as pessoas com deficiência de uma participação ativa em sociedade. A partir disso, a inclusão social não aparece apenas como um critério político, mas como um marco de transformação social que consolida o respeito e a participação igualitária. Neste trabalho, buscamos debater a tese da reserva do possível como uma potencial limitação à ideia de adaptação razoável, prevista em documentos nacionais e internacionais voltados à tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

No plano internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, simbolizou um avanço significativo na proteção jurídica das pessoas com deficiência, uma vez que apresentou não apenas um rol de direitos humanos que expandem as capacidades das pessoas com deficiência, mas também novos paradigmas – modificando sensivelmente a visão biomédica que pesava sobre o fenômeno da deficiência para, a partir de então, assumir uma postura social de deficiência. Na medida em que o novo conceito de deficiência foi integrado aos sistemas jurídicos dos Estados-Partes, ele representou a necessidade de inovar normas jurídicas e apresentar medidas concretas de acessibilidade, que estão situada para além do nível físico, mas também atingem ambientes digitais, metodológicos ou instrumentais. No entanto, identificamos que o direito à adaptação razoável (ou à acessibilidade) possui um caráter fundamentalmente social, uma vez que compartilha determinadas características determinantes com essa categoria de direitos, como a necessidade de prestações positivas do Estado. Com isso, essa garantia está sujeita às limitações impostas pela tese da reserva do possível, que condiciona a efetivação dos direitos sociais à disponibilidade de recursos, tornando o direito-princípio da adaptação razoável um objeto de disputas jurídico-econômicas.

A partir disso, a adaptação razoável se apresenta como um direito humano social da pessoa com deficiência, o que exige uma postura ativa do Estado, que deve se esforçar para garantir espaços acessíveis e serviços inclusivos. Ainda que a reserva do possível seja um obstáculo à efetiva concretização desse direito, sobretudo em sua faceta social, o seu emprego não pode ser realizado de forma indiscriminada. Em outros termos, significa dizer que o seu uso está relacionado apenas aos casos em que a limitação dos recursos econômicos, fáticos e jurídicos for inquestionável. Nas demandas em que o Estado, assim como entes particulares demandados, deixam de assegurar condições adequadas de acessibilidade e adaptação razoável, infringe-se tanto compromissos internacionais quanto os direitos constitucionalmente reconhecidos das pessoas com deficiência. A partir disso, conclui-se que a emergência de uma sociedade inclusiva depende diretamente de um compromisso público e contínuo de implementar políticas de adaptação razoável e acessibilidade para as pessoas com deficiência, observando-se o seu caráter social e determinante para a constituição do mínimo existencial do grupo em questão.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (Orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BELVEDERE, Carlos Daniel. **De sapos y cocodrilos: la lógica elusiva de la discriminación social**. Buenos Aires: Biblos, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em 25 mar., 2019.
- BRODERICK, Andrea. Equality of what? The capability approach and the right to education for persons with disabilities. **Social Inclusion**, v. 6, n. 1, p. 29-39, 2018.
- BRUCE, Anna *et al.* **Human rights and disability: the current use and future potential of the United Nations Human Rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations Press, 2002.

- BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. *In*: RAMÍREZ, Gloria Álvarez (Coord.). **2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**. Madri: Ediciones Cinca, 2013.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1, p. 201-239, dez. 2018.
- CRITSINELIS, Marco Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 21, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017.
- DAY, Shelagh; BRODSKY, Gwen. The duty to accommodate: who will benefit? **Canadian Bar Review**, v. 75, n. 1, p. 433-473, 1996.
- DEGENER, Theresia. A human rights model of disability. *In*: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Orgs.). **Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights**. Nova York: Routledge, 2017.
- DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- DURAN, Mônica Geraes; ESTEVES, Ricardo Grisolia. Ações integradas para acessibilidade em escolas: um caminho para a inclusão. *In*: ORNSTEIN, Sheila Walbe; PRADO, Adriana Romeiro de Almeida; LOPES, Maria Elisabete. **Desenho universal: caminhos da acessibilidade no Brasil**. São Paulo: Annablume, 2010.
- EDWARDS, Steven Derek. The impairment/disability distinction: a response to Shakespeare. **Journal of Medical Ethics**, v. 34, n. 1, p. 26-27, 2008.
- FAUSTINO, Daniele; MIRANDA, Lara Caxico Martins; ALVES, Fernando de Brito. Políticas públicas, reserva do possível e a discriminação por recusa de adaptação. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 30, n. 3, p. 193-216, set./dez. 2021.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GÓMEZ, Patricia Cuenca. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, v. 1, n. 158, p. 103-137, 2012.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: amplitude conceitual. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, p. 31-53, 2012.
- LEITE, Flávia Piva Almeida; SPINIELI, André Luiz Pereira. Deficiências e tecnologias assistivas: “alavancas” do ensino inclusivo e políticas públicas. **Revista Prestação Jurisdicional**, v. 11, p. e0423, 2023.
- LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. **Revista Inclusão Social**, v. 10, n. 2, p. 28-36, dez. 2017.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 14, jun. 2011, p. 89-113.
- MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. **Revista Quaestio Juris**, v. 9, n. 2, Rio de Janeiro, 2015, p. 695-722.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOZOS, Elisa Sala; LÓPEZ, Fernando Alonso. **La accesibilidad universal en los municipios: guía para una política integral de promoción y gestión**. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2005.
- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos: volume único**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

- PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (Orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROIG, Rafael de Asís *et al.* La accesibilidad universal en el marco constitucional español. **Derechos y Libertades**, v. 2, n. 16, p. 57-82, 2007.
- ROIG, Rafael de Asís. Discapacidad y constitución. **Derechos y Libertades**, v. 1, n. 29, p. 39-52, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 1, p. p. 163-206, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Betti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. **Acessibilidade**: uma chave para a inclusão social. 2004. Disponível em: http://www.lainsignia.org/2004/junio/soc_003.htm. Acesso em 10 dez., 2018.
- SAVAZZONI, Simone de Alcântara. Dignidade da pessoa humana e cumprimento de pena das pessoas com deficiência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 1-36, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SPINIELI, André Luiz Pereira. **O encarceramento inacessível de pessoas com deficiência física como expressão da cascata violatória de direitos humanos**: uma leitura brasileira e interamericana. 2021. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2021.
- SUNSTEIN, Cass Robert. **Designing democracy**: what constitutions do. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2007.
- SUNSTEIN, Cass Robert; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2007.
- TISESCU, Alessandra Devulsky da Silva; SANTOS, Jackson Passos. Apontamentos históricos sobre as fases de construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência. **Anais**. Florianópolis: Conpedi/UFSC, 2014.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. v. 1.

Artigo recebido em: 30/03/2019.

Aceito para publicação em: 06/01/2024.

Ortotanásia: estudo a partir de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹

Orthothanasia: study from the decision of Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ortotanasia: un estudio basado en una decisión del Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul

Roberta Marina Cioatto²
Mannuela dos Santos Lima³

Resumo: Com o avanço da medicina, sabe-se que hoje é possível encontrar tratamentos e cura de muitas enfermidades. Porém, ainda existem doenças para as quais a ciência não encontra resposta. E a vida é finita. No caso de uma morte iminente e inevitável diante de uma enfermidade sem cura e que cause sofrimento insuportável, o enfermo será obrigatoriamente submetido a tratamento doloroso e inútil? E se a enfermidade puder ser curada, o doente pode ser forçado a submeter-se ao tratamento indicado? O problema desta pesquisa: decidiu corretamente o TJRS a respeito da ortotanásia? O objetivo geral foi investigar se, de fato, o instituto da ortotanásia, tendo como ponto de partida decisão do TJRS, foi adequadamente considerado. Os objetivos específicos foram: apresentar a decisão do TJRS que foi encontrada com a palavra ortotanásia no sistema de buscas *online* do site do Tribunal, conceituar ortotanásia e trazer outras decisões do TJRS a respeito da recusa de tratamento médico. Trata-se de pesquisa bibliográfica, qualitativa, fazendo uso de decisões judiciais. O método foi o indutivo. Como resultado, demonstrou-se o equívoco na utilização do conceito ortotanásia na decisão objeto de estudo. Trata-se, com maior especificidade, de recusa de tratamento médico. Destaca-se que não é toda recusa de tratamento médico que está relacionada à ortotanásia. Para que tenha relação com o instituto é preciso que a morte do paciente já esteja em processo, e a recusa é de um prolongamento por meio de procedimentos fúteis e extraordinários. É uma situação que pode provocar conflitos na relação médico/paciente, bem como ferir a dignidade

¹ Este artigo foi elaborado a partir de recortes do trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito da Faculdade Paraíso do Ceará escrito pela discente e orientado pela docente, quem reconfigurou sua estrutura, atualizou a pesquisa e adaptou-a para esta submissão.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Sociais e Políticas Públicas de Inclusão Social pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/Brasil) e Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho (UMINHO/Portugal) regime de dupla titulação. Bacharel em Direito e Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Caxias do Sul (UCS/Brasil). Líder do Observatório em Saúde Pública e Patentes (OSPP), registrado no Cnpq. Professora de Direitos Humanos Fundamentais e Biodireito do Centro Universitário Paraíso - UniFAP.

³ Graduada em Direito pela Faculdade Paraíso, de Juazeiro do Norte, CE.

da pessoa enferma. Inobstante a inadequação do termo, acertadamente decidiu o Tribunal, respeitando a negativa do paciente ao tratamento.

Palavras-chave: Biodireito. Dignidade Humana. Direito à Vida. Ortotanásia. Recusa de Tratamento Médico.

Abstract: With the advancement of medicine, it is known that today it is possible to find treatments and cures for many diseases. However, there are still diseases for which science has not found an answer. And life is finite. In the case of an imminent and inevitable death in the face of an incurable disease that causes unbearable suffering, will the patient necessarily be subjected to useless treatment? And if the disease can be cured, can the patient be forced to undergo the indicated treatment? The research problem: did the TJRS correctly decide about orthothanasia? The general objective was to investigate whether, in fact, the institute orthothanasia, having the TJRS decision as a starting point, was properly considered. The specific objectives were: to present the decision of the TJRS that was found with the word orthothanasia in the online search system of TJRS'website, to conceptualize orthothanasia and to bring other decisions of the TJRS regarding the refusal of medical treatment. It is a bibliographic, qualitative research, making use of judicial decisions. The method was inductive. As a result, a mistake was demonstrated in the use of the concept of orthothanasia in the decision object of study. It is, more specifically, refusal of medical treatment. It is noteworthy that not every refusal of medical treatment is related to orthothanasia. In order for it to be related to the institute, the patient's death must already be in process, and the refusal is to prolong it through futile and extraordinary procedures. It is a situation that can cause conflicts in the doctor/patient relationship, as well as hurt the dignity of the sick person. Despite the inadequacy of the term, the Court correctly decided, respecting the patient's refusal of treatment.

Keywords: Biolaw. Human Dignity. Right to life. Orthothanasia. Refusal of Medical Treatment.

Resumen: Con el avance de la medicina, se sabe que hoy en día es posible encontrar tratamientos y curas para muchas enfermedades. Todavía existen enfermedades para las que la ciencia no ha encontrado una respuesta. Y la vida es finita. En el caso de una muerte inminente e inevitable por una enfermedad incurable que causa un sufrimiento insoportable, ¿el paciente será sometido obligatoriamente a un tratamiento doloroso e inútil? Y si la enfermedad se puede curar, ¿se puede obligar al enfermo a someterse al tratamiento indicado? El problema de esta investigación: ¿el TJRS decidió correctamente sobre la ortotanasia? El objetivo general fue investigar si, de hecho, el instituto de ortotanasia, teniendo como punto de partida decisión del TJRS, fue debidamente considerado. Los objetivos específicos fueron: presentar la decisión del TJRS que se encontró con la palabra ortotanasia en el sistema de búsqueda del sitio de la Corte, conceptualizar la ortotanasia y traer otras decisiones del TJRS sobre la negativa del tratamiento médico. Se trata de una investigación bibliográfica, cualitativa, haciendo uso de sentencias judiciales. El método fue inductivo. Como resultado, se demostró un error en el uso del concepto de ortotanasia en la decisión objeto de estudio. Es, más concretamente, una denegación de tratamiento médico. Es de destacar que no todos los rechazos del tratamiento médico están relacionados con la ortotanasia. Para que se relacione con el instituto, la muerte del paciente

debe estar ya en proceso, y la negativa es prolongarla por procedimientos fútiles y extraordinarios. Es una situación que puede generar conflictos en la relación médico/paciente, así como herir la dignidad del enfermo. A pesar de lo inadecuado del término, la Corte decidió correctamente, respetando la negativa del paciente a recibir tratamiento.

Palabras clave: Bioderecho. Dignidad humana. Derecho a la vida. Ortotanasia. Rechazo de Tratamiento Médico.

1. Introdução

Com o progresso da tecnologia e com o avanço dos estudos no âmbito da medicina, aparecem novos temas a serem discutidos no direito. Um deles é a respeito de saber até onde e em que condições vale a pena viver, ou renunciar à própria vida em casos de doenças e fase terminal. Os pacientes que se encontram diante desse quadro clínico às vezes sofrem por ter o processo da sua morte prolongado, por receber tratamentos que podem ser tidos como não benéficos ou não condizentes com o que seria a sua vontade.

Embora nem sempre aceitável, por ser a morte assunto delicado que as pessoas não gostam de falar, o fato é que o chamado direito de morrer com dignidade começa a ser debatido no Brasil. O presente trabalho, entretanto, não pretendeu adentrar em seara tão complicada. Limitou-se, deste modo, ao direito de morrer, se assim se pode dizer, somente relacionado ao instituto da ortotanasia - ter a morte em seu devido tempo. Isso quer dizer, sem interrupções ou qualquer outro meio que venha agir no processo natural do fim da vida, com a utilização de meios fúteis ou extraordinários.

A Constituição Brasileira não trata do tema ortotanasia, mas evidencia que a dignidade da pessoa humana está entre os princípios basilares, entre os direitos fundamentais do indivíduo. O direito de morrer com dignidade, por ser interpretado como algo tão íntimo, tão pessoal, pode encontrar sua motivação tanto no direito de liberdade como no direito à vida, tutelados constitucionalmente.

O presente estudo esteve direcionado para responder ao seguinte problema: decidiu corretamente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a respeito da ortotanásia? O objetivo geral foi investigar se de fato o instituto da ortotanásia, tendo como ponto de partida decisão do TJRS, foi adequadamente aplicado. E os objetivos específicos foram: apresentar a decisão nº 70054988266 do TJRS que foi encontrada com a palavra ortotanásia no sistema de buscas *online* do site do Tribunal, conceituar ortotanásia e trazer outras decisões do TJRS a respeito da recusa de tratamento médico.

Inicialmente, quando do desenvolvimento do projeto de pesquisa de trabalho de conclusão de curso em 2018, supunha-se encontrar um número significativo de decisões a respeito da ortotanásia. Entretanto, o TJRS enfrentara diretamente o instituto em apenas uma decisão, sendo esta a principal limitação da pesquisa. Em maior número são localizadas decisões envolvendo negativas de tratamento médico, mas a quase totalidade se referem à negativa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová e em um enfoque religioso, o que se desviava da pretensão.

Em 10 de julho de 2022, nova pesquisa no site do TJRS buscando a palavra ortotanásia na “ementa” foi realizada, trazendo mais uma vez apenas a decisão que havia sido encontrada na pesquisa de 2018. Pesquisando-se ortotanásia no campo de busca “inteiro teor”, apareceram 5 outras decisões, além da já encontrada com ortotanásia na ementa (apelação cível nº 70054988266).

O processo nº 70083352682 trata-se de apelação criminal por condenação em crime de latrocínio em que a vítima idosa foi agredida com violência, na cabeça, vindo a óbito após longo período de internação hospitalar. Em defesa, um dos acusados requereu, por ausência do nexo causal entre o comportamento e o resultado do evento, a absolvição ou a desclassificação, pois a morte teria ocorrido por opção médica de praticar ortotanásia com autorização do filho do paciente.

No embargos infringentes e de nulidade, nº 70074005281, em face de acórdão pelo qual, por maioria, foi mantida a denegação da ordem de *habeas corpus* proferida na origem, o embargante, médico e diretor técnico de hospital, em suas razões recursais, postulava a prevalência do voto minoritário. Seu pedido era a consequente concessão da ordem para fazer cessar coação ilegal sofrida pelo fato de a autoridade policial requisitar prontuários de duas vítimas de tentativas de homicídio, com indiferença ao sigilo respectivo e procedendo à advertência de o descumprimento da requisição implicar a tipificação do crime de desobediência. Aqui, a ortotanásia foi referida apenas a título exemplificativo, no voto vencido, a favor da concessão da ordem, quanto ao argumento da impossibilidade de nenhuma interpretação que signifique menosprezo ao Código de Ética Médica e a resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A apelação cível nº 70069776045 trata de ação de cobrança de seguro de vida na qual se discutiu que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato. Embora tenha surgido no resultado da pesquisa, não consta a palavra ortotanásia na decisão e não há nenhuma relação com o tema em questão.

Da pesquisa, surgiu um acórdão que envolve recusa de tratamento de criança (agravo de instrumento nº 70060006798). Aqui, a palavra ortotanásia constou como alegação dos representantes da menina, e o conceito não foi enfrentado pelos desembargadores. De qualquer modo, ante a especificidade do caso envolvendo direitos e proteção de crianças e adolescentes, excluiu-se da seleção. Estudo específico sobre esta decisão, inclusive, foi desenvolvido pela docente autora do presente artigo e encontra-se publicado no volume 10, número 3, da Revista Civilística, de dezembro do ano de 2021, sob o título “Desacordos razoáveis, autoridade parental e tomada de decisão em saúde da criança: estudo de caso”.

Por fim, a apelação cível nº 70042509562, que não traz a palavra ortotanásia na ementa, mas que enfrenta o conceito no corpo do acórdão e

que foi escolhida, então, para exame, constando também do presente trabalho, em seu último tópico, nominado “outras decisões do TJRS”.

Existe desconhecimento de magistrados a respeito de tema da área do Biodireito e que não é corriqueiramente examinado pelos tribunais. Ainda, inexistente lei regulando a ortotanásia. Trata-se de pesquisa bibliográfica, qualitativa, fazendo uso de decisões judiciais. O método foi o indutivo.

2. A decisão do TJRS objeto de estudo

Conforme explicitado na metodologia de pesquisa constante da introdução deste trabalho, somente uma decisão no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o vocábulo ortotanásia, foi encontrada na pesquisa realizada no ano de 2018. Trata-se da apelação cível nº 70054988266, julgada no dia 20/11/2013. A ação, promovida pelo Ministério Público, teve origem na Comarca de Viamão e, segundo informações disponibilizadas no andamento processual, iniciou em 11/04/2013. O Tribunal posicionou-se, por sua Primeira Câmara Cível, expondo seu entendimento segundo a ementa abaixo transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida,

a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

O caso em questão começou quando o Ministério Público demandou uma ação requerendo a expedição de alvará judicial com a finalidade de suprir a vontade de paciente, que se encontrava internado. Trata-se de litígio a respeito do direito do paciente a não conceder a amputação de um membro do seu corpo que estava em necrose resultante de uma lesão que vinha se agravando, com risco de morte por infecção generalizada. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, argumentando que não se tratava de doença recente e que o paciente era pessoa capaz, tendo livre escolha para agir e consciência das consequências de sua negativa. O Ministério Público então recorreu, apresentando o recurso de apelação, que foi desprovido por unanimidade de votos. Portanto, confirmando-se a sentença de primeiro grau.

A respeito da recusa de tratamento pelo paciente, foi feita com base na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM) com a finalidade de normatizar as diretivas antecipadas de vontade que, nos termos do seu artigo 1º, são “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamento que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.” Dispõe ainda o §4º do artigo 2º de referida resolução que o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

A decisão de segundo grau não ficou desprovida de razão; a câmara procurou relacionar doutrina para alcançar a mais acertada solução à controvérsia sujeita à apreciação. Respeitou-se o direito à liberdade, à autonomia, bem como se argumentou que para se ter uma vida digna deve

existir uma razoável qualidade, dentre outras questões consagradas na Carta Magna. Ressalta-se que os argumentos da decisão foram extraídos do texto constitucional; além disso os julgadores se valeram de outras matérias, pois concluíram que a situação se encaixava na esfera do Biodireito, bem como sustentaram que o caso se inseria no instituto da ortotanásia.

2.1. Resumo dos fatos

O paciente, que configura como parte apelada (e, portanto, foi vencedor da demanda em primeiro grau e, depois, em segundo grau), é um idoso que, na data do ocorrido, tinha 79 anos de idade. Conforme informações do relatório do acórdão, o mesmo era ex-hanseniano e usuário-morador de hospital colônia. Estava em estado de necrose do pé esquerdo, cuja enfermidade vinha se agravando, podendo comprometer mais ainda sua saúde e provocar risco para sua vida. O médico que acompanhava o idoso alegou que a situação em que se encontrava o paciente necessitava da amputação, entendendo que se não realizado o procedimento cirúrgico para retirada da necrose, este poderia vir a óbito por uma possível infecção generalizada.

Acontece que mesmo diante da possibilidade da enfermidade se expandir, o paciente não manifestava o consentimento para o procedimento cirúrgico, ou seja, a realização da cirurgia era contra a sua vontade. O médico, insatisfeito, procurou o Ministério Público para buscar a solução do problema, pois acreditava que a amputação teria que ser feita, mas o paciente se negava a autorizar.

Tomando conhecimento do caso e entendendo que o procedimento cirúrgico deveria ser realizado, o Ministério Público ajuizou a ação. Alegou que o paciente estava com uma grave enfermidade no pé esquerdo e que seu quadro clínico vinha se agravando cada vez mais. A enfermidade estaria causando ao paciente desgastes e bastante perda de peso por causa da

anemia decorrente da lesão no pé, e que por estas razões o membro necrosado necessitava ser amputado. A amputação evitaria que o quadro clínico do idoso se agravasse e este viesse a falecer.

O Ministério Público ainda ressaltou que o idoso se encontrava em estado depressivo, conforme laudos recolhidos da psicóloga, a qual confirmou que o paciente, por vontade própria, estava desistindo da própria vida, preferindo a morte como alívio do sofrimento que a enfermidade lhe causava. Destaca-se que, conforme laudos médicos, o paciente não apresentava sinais de demência. Diante das considerações apresentadas, o Ministério Público, ainda entendendo que o tratamento deveria ser executado, insistiu e pugnou para que a vontade do paciente fosse suprida. Enfatizou que o idoso não tinha condições psíquicas de recusar validamente o procedimento cirúrgico por apresentar um quadro depressivo.

Como referido, o pedido do Ministério Público não foi deferido em primeiro grau, e o promotor apelou da decisão proferida, que foi confirmada em segundo grau. Os desembargadores chegaram ao entendimento de que o Estado não pode interferir na vida pessoal do indivíduo, pois fazer com que este se submeta a um procedimento cirúrgico mutilatório contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo precioso de salvar sua vida, seria ir contra os princípios que protegem a dignidade da pessoa humana. Outrossim, extrai-se do acórdão a informação de que o paciente teria feito o chamado testamento vital ou diretivas antecipadas de vontade e, portanto, manifestado prévia e antecipadamente o desejo de não se submeter a certos tratamentos ou cuidados no momento em que estivesse incapacitado de expressar, livre e autonomamente, a sua vontade.

2.2. Fundamentos

O entendimento encontra fundamento constitucional. O desembargador relator resumiu da seguinte forma: “o direito à vida

garantido no art. 5º caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, prevista no art. 2º ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade”. Ainda, ressaltou que “a Constituição institui o direito à vida, não dever à vida - razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.” Ressaltou-se que, embora exista a proteção da vida prevista na CF, o direito à vida não é um direito absoluto, que a Constituição Federal não traz em seu texto o dever de viver.

Com base no artigo 15 do Código Civil, fez-se ressalva quanto à questão de constranger ou submeter o paciente a determinados tratamentos. Foi partindo desse entendimento que os desembargadores entenderam que o desejo do paciente deveria ser respeitado. Diz o referido artigo: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, o que não quer dizer que, não havendo risco, a pessoa possa ser constrangida a tal.

Após análise dos institutos mencionados no acórdão pelo desembargador, ficou acordado que o caso em julgamento estava relacionado à ortotanásia. O instituto está inserido no Biodireito e serviu como norte para se chegar à solução da controvérsia. Diante do exposto, prossegue-se acerca do entendimento do conceito, mais especificamente quanto ao instituto da ortotanásia, muito embora acertada tenha sido a decisão final. Conforme o estudo realizado, a decisão do TJRS em relação a esta parte foi equivocada.

3. Ortotanásia

Para Namba (2009, p. 173), a ortotanásia é o não prolongamento do processo da morte além do que seria natural. Segundo Santoro (2012, p. 133), é o comportamento do médico quanto à suspensão da realização de atos para prolongar a vida de paciente frente a uma morte iminente e inevitável,

o que levaria a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário. Villas-Bôas (2008, p. 66) discorre da seguinte forma:

A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: orthos (reto e correto) e thanatos (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Entende-se que a ortotanásia se dá de forma natural. É dispensar os tratamentos que prolongam a vida de forma artificial de um paciente doente em fase terminal, e aceitar que a doença chegue ao fim sem interrupção de tratamento que a prolongue. Assim:

A ortotanásia é praticada, em princípio, por médico, entendendo-se que o natural processo de morte já está instalado e a única contribuição do médico para o desfecho letal é deixar que o estado do paciente se desenvolva no seu curso natural, não estando o profissional da medicina obrigado a alongar, por meios artificiais, a senda do doente até o advento da morte, mormente sem que este tenha solicitado ao médico que assim aja, e com mais razão quando a vontade do paciente é de que não ocorra tal prolongamento. (GUIMARÃES, 2011, p. 129).

Definir um conceito específico para paciente terminal é algo bastante complexo, haja vista que as evoluções tecnológicas e científicas na área da saúde atualmente são inúmeras. “Pode-se entender como paciente terminal a pessoa que esteja com uma enfermidade grave e com quadro clínico avançado como incurável, e que sua morte é vista como de certeza em curto prazo de tempo”. (GUTIERREZ, 2001, p. 92) .

A respeito da ortotanásia, Goldim (2010, p. 30) pondera que a mais acertada forma de discorrer sobre é começar da análise de futilidade, ou melhor, “é admitir que determinados tratamentos são inúteis, não proporcionando melhorias para o doente”. Entende-se, pelos argumentos do

autor, que sua prática não é bem uma nova forma de tratamento, mas sim uma forma de evitar uma prática fútil, cuja conduta é entendida como inadequada. A ortotanásia pode ser entendida como não dilatação artificial do processo natural de morte, e inclusive respeitada a vontade do enfermo.

Nessa situação, os pacientes optam pelo procedimento da ortotanásia, aceitando apenas os cuidados necessários, tais como aqueles que sirvam para diminuir a dor, se for o caso. Dispensam-se tratamentos inúteis que possam prolongar o processo de morte naquelas condições dolorosas.

A ortotanásia, portanto, tem causas distintas daquelas do entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na decisão objeto de estudo. O caso não tinha relação com o instituto da ortotanásia, o qual dá a possibilidade de escolha ao paciente de querer ou não continuar determinado tratamento que acredita ser fútil para a cura da enfermidade. Pelo que se depreende da narrativa dos fatos, não se tratava de um tratamento inútil; pelo contrário, com certas possibilidades de sucesso. Também não era o caso de paciente terminal de enfermidade grave e incurável. Tratar-se-ia, então, efetivamente de ortotanásia? Não. De ortotanásia não se tratava.

No Brasil, a prática da ortotanásia ainda não tem lei, inclusive o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou em 09 de novembro de 2006 uma resolução que não tem poder de lei mas que, tratando especificamente da ortotanásia, serviu de base para a decisão do Tribunal. A Resolução é a nº 1.805. Por meio dela é permitido ao médico, na fase terminal da vida de doentes com enfermidade grave e incurável, suspender tratamentos que prolonguem sua vida. A resolução é bastante resumida, com apenas três artigos que são aqui transcritos:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Importante destacar que o Ministério Público Federal, em 2007, ajuizou ação civil pública para suspender os efeitos da resolução acima referida, por meio do processo nº 2007.34.00.014809-3 que tramitou em Brasília, na 14ª Vara Federal. O pedido de reconhecer a nulidade da resolução foi julgado improcedente no ano de 2010 e, conforme consulta processual, não foi apresentado recurso. Como não foi localizada no site da Justiça Federal a íntegra da sentença, o trecho que aqui se colaciona foi retirado de cópia disponibilizada no *site* do Conjur:

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina.

Da sentença, inclusive, pode extrair-se o entendimento a respeito do instituto da ortotanásia:

[...] figura a ortotanásia, que significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível. Neste caso, em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o

estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento natural e inevitável da morte. Tal conduta é considerada ética, sempre que a decisão do médico for precedida do consentimento informado do próprio paciente ou de sua família, quando impossível for a manifestação do doente. Tal decisão deve levar em conta não apenas a segurança no prognóstico de morte iminente e inevitável, mas também o custo-benefício da adoção de procedimentos extraordinários que redundem em intenso sofrimento, em face da impossibilidade de cura ou vida plena.

Segundo Diniz, verifica-se a carência de estudos mais aprofundados sobre temas como o que se apresenta (2010, p. 410). Para Godinho, enquanto diversas ordens jurídicas já contêm normas para legitimar ou rechaçar tais práticas, no Brasil não vigora nenhum diploma, em nível federal, que regulamente a matéria (2010, p. 123). O autor ainda pondera que por esta razão os profissionais da saúde deixam de fazer a ortotanásia para ministrar tratamentos desnecessários para os pacientes, tendo em vista o receio de vir a serem processados e condenados judicialmente pela conduta. Questiona ainda que existe a carência de preparar os profissionais da saúde em relação aos meios de trabalhar a aplicação dos tratamentos, pois é de bastante relevância que estes profissionais tenham o conhecimento da prática para as atividades que exercem.

4. Outras decisões do TJRS

Outras decisões do tribunal gaúcho sobre respeito à vontade de negativa de realização de procedimento pelo paciente são trazidas. Em 2015, mantendo a decisão agravada, o TJRS julgou o Agravo de Instrumento nº 70065995078, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NEGATIVA DO PACIENTE. NECESSIDADE DE SER RESPEITADA A

VONTADE DO PACIENTE. 1. O direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente. 2. Ademais, considerando que "não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário, em detrimento à qualidade de vida do ser humano", o Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou a Resolução nº 1.995/2012, ao efeito de dispor sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, devendo sempre ser considerada a sua autonomia no contexto da relação médico-paciente. 3. Hipótese em que o paciente está lúcido, orientado e consciente, e mesmo após lhe ser explicado os riscos da não realização do procedimento cirúrgico, este se nega a realizar o procedimento, tendo a madrastra do paciente, a seu pedido, assinado termo de recusa de realização do procedimento em questão, embora sua esposa concorde com a indicação médica. 4. Por essas razões, deve ser respeitada a vontade consciente do paciente, assegurando-lhe o direito de modificar o seu posicionamento a qualquer tempo, sendo totalmente responsável pelas consequências que esta decisão pode lhe causar. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015).

É uma ação interposta pela Fundação Hospital Centenário em face de paciente internado na instituição. O caso trata-se de uma obrigação de fazer, na qual o hospital solicita autorização para realizar procedimento cirúrgico no paciente alegando que a cirurgia é necessária e que o paciente e sua madrastra se negam a aceitar o tratamento. Afirmou ainda que, existindo perigo de vida, os profissionais da saúde devem proceder ao tratamento que julgam necessário.

Acontece que o paciente é pessoa capaz, está em condições de responder por seus atos bem como sabe das consequências que podem lhe acontecer com o não procedimento cirúrgico. Sendo assim, o paciente deve ter sua vontade respeitada, eis que o direito à vida não é absoluto. Nesse sentido, discorreu o relator:

Cumprido frisar, por oportuno, que o direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder

Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente.

Já na apelação cível nº 70042509562, encontrava-se o filho de paciente sem condições de expressar sua vontade indo contra a aplicação de hemodiálise para atender a última vontade da sua mãe. Procurando evitar tratamento fútil, sabia que a enfermidade já não tinha cura, e que tal procedimento só prolongaria seus dias de forma desagradável. Em contrapartida, o neto da paciente entendia ser parte legítima para autorizar o tratamento. Neste caso, a vontade do filho prevalece por ser o parente mais próximo da paciente; na sua falta é que seria possível outro membro da família suceder.

Por outro lado, encontrava-se a Associação dos Funcionários Públicos, entidade mantenedora do Hospital Ernesto Dornelles, apelando quanto à sentença de indeferimento da petição inicial por ilegitimidade ativa na ação cautelar de suprimento de vontade movida em face do neto e do filho da paciente. Descrevendo o quadro de uremia que assolava a enferma, pretendia fosse suprida a vontade de quem seria o responsável, autorizando-se os médicos a procederem o tratamento para a realização do tratamento, cujo pedido foi negado pelos desembargadores da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Os desembargadores decidiram por unanimidade em desprover o recurso, segundo a ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não

dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011).

Em suma, internada a paciente por quadro de descompensação secundária à insuficiência renal e pré-edema agudo de pulmão, havia indicação expressa dos médicos quanto à realização de hemodiálise. O filho, parente mais próximo e a quem se atribui a condição de responsável pela mãe, transmitiu ao corpo médico o desejo de sua genitora de não se submeter à hemodiálise. Já o neto, responsável pela internação, teria manifestado vontade diversa.

Daí ter vindo a instituição hospitalar a juízo na busca de provimento judicial que respaldasse a manifestação do neto, conferindo-lhe superioridade em face daquela externada pelo filho. Invocando responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, sustentou sua legitimidade ativa pretendendo respaldo judicial frente à divergência familiar no tocante à aderência ou não ao tratamento proposto.

Diante das circunstâncias que norteiam as decisões baseadas na ortotanásia, reconheceu-se a vontade da paciente, assim como a de seu filho, de não realizar o tratamento de hemodiálise, o que se considerou compreensível diante do sofrimento maior que tal procedimento ainda pode causar ao enfermo e aos seus familiares, sem garantia de melhor qualidade de vida, pois a doença não tem cura. (2011, p. 3-4).

O tribunal, então, diz refletir-se a disputa entre a ortotanásia e a distanásia. A ortotanásia assegura uma morte natural, sem interferência da ciência, evitando sofrimentos inúteis e respaldando a dignidade do ser humano. Por outro lado, a distanásia, chamada de obstinação terapêutica na Europa e de futilidade médica nos Estados Unidos, implica prolongamento da vida mediante meios artificiais e desproporcionais (2011, p. 4).

Nada mais representaria do que uma batalha inútil e perda contra a morte, pois a cura é impossível ou o benefício esperado é menor que os

inconvenientes previsíveis. Conceituando a ortotanásia como a morte natural, ou eutanásia passiva na qual se age por omissão, ao contrário da eutanásia onde existe um ato comissivo. A ortotanásia também seria a manifestação da morte boa, desejável. Na busca de precisão conceitual, utilizam o termo ortotanásia para falar da morte no seu tempo certo:

A evolução sociológica e jurídica, percebe-se, quanto à questão filosófica, tende a fazer respeito aos sentimentos pessoais, notadamente naquilo em que se remetem à preservação da dignidade da pessoa humana, permitindo-lhe banir recursos científicos para manter artificial existência, notadamente quando impregnados aqueles de sofrimento. (2011, p. 5).

Sem poder expressar a sua vontade, e não havendo notícia de lá se encontrar o cônjuge da paciente, responde por ela, em primeiro lugar, o seu descendente mais próximo, no caso o filho e, com mais razão, não há que se aceitar que a paciente não poderia dispor de sua saúde, se quando ainda possuía discernimento optou por não mais submeter-se à hemodiálise. Em documento acostado aos autos e referido pelo relator, os médicos responsáveis atestam que o tratamento possui risco de levar a paciente a óbito. Além disso, não é a hemodiálise a solução do quadro de saúde da paciente, que sofre, também, de descompensação cardíaca secundária à insuficiência renal e pré-edema agudo de pulmão.

No caso, decidiu-se que o problema é de ilegitimidade ativa, pois não pode o Hospital sobrepor-se à vontade da paciente e, mais especificamente, do seu representante legal, ainda que com boa intenção e para lhe dar mais algum tempo de vida, porém, a custo de sofrimento que ela não pretende passar.

No agravo de instrumento nº 70032799041, foi discutido a respeito de tratamento de transfusão de sangue, cuja decisão, em segundo grau, foi julgada favorável à paciente. Esta se encontrava em plenas condições de responder pelos atos da vida civil. Em suas razões, alegou que o procedimento ia contra os princípios da sua religião, que tal conduta lhe

retiraria sua dignidade, e que a continuidade da vida por meio do tratamento iria ser uma vida sem sentido. Segue a ementa da decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010).

O Tribunal decidiu, por maioria, dar provimento ao agravo. O Desembargador relator partiu do entendimento de doutrinadores como Ingo Sarlet e Günter Dürig, e assim destacou:

Da mesma obra se extrai o posicionamento de Ingo Sarlet, para quem a dignidade do ser humano pode ser compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana. “Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.” [...] Günter Dürig, por sua vez, consoante a mesma obra, leciona que dignidade da pessoa humana consiste “no fato de que cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base

na sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda”... Por isso o conceito de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária reforça esta conclusão - primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).

E também baseou-se pela Constituição. Foi respeitado o direito de crença, a dignidade da pessoa humana, dentre outros mencionados:

O Estado brasileiro, conquanto laico ele próprio, é conformatado pelos valores do pluralismo, sendo direito de seus cidadãos viver de acordo com distintos valores e crenças. A liberdade de pensamento, de consciência e de crença são, ainda, direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal (art. 5º, IV e V). Por outro lado, são invioláveis a intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, X, da CF).

A seguir, exposição de um dos argumentos importantes do voto do relator quanto à parte em que a paciente se nega a fazer o tratamento e sobre a disposição de vontade:

No presente recurso trata-se de paciente maior, lúcida, capaz, que desde o primeiro momento em que procurou ajuda médica excepcionou sua concordância aos tratamentos que violassem suas convicções religiosas.

Não se vislumbram, portanto, razões pelas quais a vontade da agravante deva ser substituída pelo Poder Judiciário, uma vez que, sendo ela capaz, pode optar pelo tratamento que lhe convier e que lhe aprouver para manter-se, antes de tudo, com a autodeterminação derivada do princípio da dignidade da pessoa humana preservada.

A decisão não foi unânime, e o Desembargador Umberto Guaspari foi voto vencido. Mas após seu voto, prosseguiu-se com o voto do Desembargador Orlando Heemann Júnior, que se manifestou a respeito dos pontos alegados por Umberto Guaspari, afastando as preliminares suscitadas e acompanhando o relator.

5. Conclusão

Discutir sobre a vida e a morte são assuntos que geram muitas polêmicas. Essa etapa final da vida direciona a uma fase que ninguém gosta de pensar, mas é uma etapa que precisa de atenção, assim como as demais. É pertinente destacar que morrer com dignidade implica discussão quanto à qualidade de vida no processo de falecimento, um dos debates de maior dimensão em termos de definição humana e de percepção individual quanto ao sentido da vida, como se extrai dos fundamentos de um dos acórdãos. Fazer respeito aos sentimentos pessoais, permitindo-lhe banir recursos científicos para manter artificial a existência, notadamente quando impregnados de sofrimento.

O TJRS, na decisão nº 70054988266, embora tenha-se equivocado quanto à conceituação ou relação com a ortotanásia, foi correto quando discutiu acerca de pacientes que são submetidos a fazer tratamento contra sua vontade, mesmo que seja por boa intenção de salvar a vida. Estar-se-á diante de conduta ilegal por ferir princípios assegurados na Constituição Federal.

Como visto, a decisão garantiu ao paciente o direito de não se submeter à amputação do pé esquerdo necrosado; tal direito foi interpretado pelo TJRS como constitucional. Embora a Constituição Federal garanta o direito à vida, nenhum indivíduo está obrigado a viver; a atual Constituição não impõe essa obrigação. Esta é a conclusão que se retira da decisão.

A decisão é acertada ao confirmar a sentença de primeiro grau que diz que o Estado não pode interferir na decisão daquele paciente, ou seja, o Estado não tem o direito e nem pode decidir ou impor limites à liberdade do indivíduo em se tratando de tratamento médico quando ele é plenamente capaz.

Outro ponto importante que vale ressaltar, foi ter o Tribunal justificado a decisão no princípio da dignidade humana, este que abarca vários direitos inerentes ao indivíduo. Fala-se de uma dignidade da vida;

porém é importante discutir se é legal submeter alguém a uma morte indigna. Embora a Constituição defenda o direito à vida, este direito não é absoluto.

Como resultado do trabalho com o estudo do instituto, não é toda recusa de tratamento que configura ortotanásia, é preciso que o paciente esteja em processo de morte. Por esta razão, a decisão não primou pelo teor do conceito, e poderia ter feito uso de melhor compreensão extraída de outro acórdão do próprio Tribunal de Justiça, proferido dois anos antes.

Referências

- BÔAS, Maria Elisa Villas. A Ortotanásia e o Direito Penal Brasileiro. **Revista Bioética**. 2008. Disponível em : http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_%20bioetica/article/viewFile/56/59. Acesso em: 25 maio de 2019.
- BRASIL. Código civil. Vade Mecum. 13. ed.: São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 fev. 2019.
- BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf> .Acesso em 13 mar. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração Nº 70021268982, Quinta Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 26/09/2007.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, Nº 70060006798, Sétima Câmara Cível, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 27-08-2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065995078, Primeira Câmara Cível, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 03/09/2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70069776045, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em: 02-12-2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70074005281, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Redator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em: 14-07-2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal, Nº 70083352682, Sexta Câmara Criminal, Relator: Patrícia Fraga Martins, Julgado em: 28-05-2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.(CFM - Brasil). Resolução .Nº 1.805 de 2006 Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 01 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. (CFM - Brasil). Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 01 mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade, O Sentido de morrer com dignidade**. São Paulo: Juruá, 2010.

GÓIS, Marília Mesquita de. Ortotanásia, decisão polêmica: Diferença entre Eutanásia e Ortotanásia. Ortotanásia uma morte Digna. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3734/ortotanásia-decisão-polemica>. Acesso em: 05 abr. 2019.

GOLDIM, José Roberto. **Breve histórico da eutanásia**, 2000. p. 214. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm>. Acesso em: 01 mar. 2019.

GOLDIM, José Roberto. Eutanásia. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em 07 mai. 2019.

GUIMARÃES, Marcelo Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: Mizuno, 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/TESEDoutorado_Eutanasia.pdf. Acesso em: 19 mar. 2019.

GUTIERREZ, Pilar, L. À beira do Leito. Bioética. O que é o paciente terminal? **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, V. 47, n. 2. Abr./Jun., 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302001000200010&script=sci_arttext&tlng=. Acesso em: 20 mar. 2019.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2011. p. 79.

NAMBA, Edilson Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo-SP: Atlas, 2009.

OLIVA, Milagros Pérez. Quem decide como devemos morrer? **El País Brasil**, 1 abr. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/ciencia/1490960180_147265.html. Acesso em: 12 mai. 2019.

PESSINI, Leo. Distanásia: algumas reflexões bioéticas a partir da realidade brasileira. **Revista Bioética**, 2005, p. 48. Disponível em: <file:///c:/Users/Mario/Desktop/120-389-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Viver bem não é viver muito. **Revista Jurídica Consulex** n. 29, ano III, v. I, maio de 1999

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna: o direito do paciente terminal**. 2ª reimpressão. Curitiba. Juruá, 2012.

Artigo recebido em: 10/07/2022.

Aceito para publicação em: 08/08/2023.

Resenha: ROUSSEAU, Jean-Jacques.
Discurso sobre a origem e os fundamentos das
desigualdades entre os homens. Tradução de
Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins
Fontes, 1999.

*Discourse on the origin and foundations of inequalities between
humans*

Henrique Alves Pinto¹
Túlio Arantes Bozola²

Resumo: trata-se de resenha crítica de fundamental obra de Jean-Jacques Rousseau, publicada em 1754, que antecede "O Contrato Social", a partir da análise de seus principais pontos.

Palavras-chave: liberdade; desigualdade; sociedade.

Abstract: this is a critical review of a fundamental work by Jean-Jacques Rousseau, published in 1754, which precedes "The Social Contract", based on the analysis of its main points.

Keywords: freedom; inequality; society.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi um filósofo, escritor e músico suíço-francês. Sua obra mais conhecida é "O Contrato Social" (1762), no qual defende a ideia de que as pessoas são naturalmente boas, mas a sociedade as corrompe. Ele também escreveu sobre temas como educação, religião e cultura, influenciando o movimento romântico na literatura e na música. Sua

¹ Doutor e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado e Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai-MG (FACTU).

² Professor efetivo de Direito Penal da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) - Unidade Ituiutaba, onde é Subchefe do Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ). Doutorando em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília (CEUB), 2022. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, de São Paulo/SP (2002) e pós-graduação em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra - Portugal/IBCCRIM (2016). Advogado criminalista.

filosofia teve grande impacto na Revolução Francesa e na formação das sociedades democráticas modernas.

A obra "Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens" foi publicada em 1754, num período caracterizado por uma forte crise no pensamento filosófico e político. Isso porque as antinomias *liberdade e autoridade, moral e política*, demonstravam claramente uma situação de insolubilidade. Os sistemas do jusnaturalismo clássico e do absolutismo estatal de Thomas Hobbes foram alvo de dúvidas e questionamentos, sendo imperativa a reanálise do grupo de princípios que dominavam a filosofia política.

Apesar de os discursos políticos de Hobbes e Rousseau possam ser colocados em posição de antagonismo (intenções absolutistas *versus* tendências democráticas), ambos se baseiam na concepção de um estado de natureza que é alterado a partir da ação do homem onde, talvez, o homem selvagem traçado por Rousseau não seja verdadeiramente bom como se quer acreditar.

No estado de natureza o homem nasce livre, e esta liberdade compõe o seu máximo valor. O estado de natureza, tal como idealizado por Rousseau, está detalhado no "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens", obra que pode ser dividida em três partes: dedicatória dirigida à República de Genebra; prefácio com a exposição geral do Discurso e o discurso propriamente dito.

No início do discurso propriamente dito, o autor apresenta de forma precisa o problema que irá discutir:

Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens (ROUSSEAU, 1999, p. 159).

Rousseau desenvolve seu pensamento, esclarecendo que não se trata de buscar a existência de qualquer relação efetiva entre as duas desigualdades, mas de apontar de maneira concreta como se deu a passagem da primeira desigualdade para a segunda:

De que se trata, pois, precisamente neste Discurso? De assinalar, no progresso das coisas, o momento em que, sucedendo o direito à violência, submeteu-se a natureza à lei; de explicar por que encadeamento de prodígios o forte pode resolver-se a servir ao fraco, e o povo a comprar uma tranquilidade imaginária pelo preço de uma felicidade real (ROUSSEAU, 1999, p. 160).

Na primeira parte do Discurso, Rousseau apresenta o homem natural como um homem fisicamente forte; dotado de sentidos de onde provêm as ideias; amoral (não é nem bom e nem mau) e piedoso. Seria um ser solitário, possuidor de um instinto de autopreservação, munido de sentimento de compaixão por outros de sua espécie, mas ainda não racional.

O homem natural tem duas características que o diferencia dos outros animais: a liberdade e a perfectibilidade como capacidade de aperfeiçoar-se. Se para Hobbes é pelo entendimento e pela linguagem que os homens se diferenciam dos animais, para Rousseau essa distinção ocorre pela capacidade do homem se aperfeiçoar, tanto individualmente quanto como espécie. Essa capacidade é que faz o homem utilizar a linguagem, saindo do estado de natureza e desenvolvendo cultura.

O estado de natureza determinado por Rousseau é favorável à paz e bastante conveniente ao homem, pois nele a desigualdade é quase nula e em nenhuma de suas formas tem grande relevância, sendo que a única preocupação é a subsistência. O estado de natureza de Rousseau é contrário ao estado de guerra que se refere Hobbes:

Não vamos, sobretudo, concluir com Hobbes que, por não ter nenhuma ideia da bondade, seja o homem naturalmente mau; que seja corrupto porque não conhece a virtude; que nem sempre recusa a seus semelhantes serviços que não crê dever-lhes; nem que, devido ao direito que se atribui com razão relativamente às coisas de que

necessita, loucamente imagine ser o proprietário do universo inteiro. Hobbes viu muito bem o defeito de todas as definições modernas de direito natural, mas as consequências, que tira das suas, mostram que o toma num sentido que não é menos falso (ROUSSEAU, 1999, p. 188).

Em verdade, Rousseau critica a ideia hobbesiana de que o homem é naturalmente intrépido e constantemente procura atacar e combater. Para ele, o homem em estado de natureza seria uma criatura tímida, que está sempre pronta a fugir ao menor ruído que o alcance ou ao menor movimento que perceba quanto aos objetos que não conhece ou diante de novas situações (ROUSSEAU, 1999, p. 165-166). Não é possível afirmar que até mesmo a ausência de bondade implique em maldade, pois o homem pode zelar pela sua conservação sem prejudicar a outrem. O homem primitivo não pode ser mau, uma vez que não tem a noção do que é ser bom para poder exercer a maldade com consciência.

Nesse sentido, a agressividade faz parte da natureza humana, juntamente com os outros instintos inatos da piedade e do amor em si, sendo necessária e utilizada apenas para defesa de outros animais e para sobrevivência junto ao meio:

Com paixões tão pouco ativas e freio tão salutar, os homens, mais ferozes do que maus, e mais preocupados em se defender do mal que possam receber do que tentados a fazê-lo a outrem, não estavam sujeitos a disputas muito perigosas. Como não tinham entre si nenhuma espécie de comércio, como conseqüentemente não conheciam nem a vaidade, nem a consideração, a estima ou desprezo; como não possuíam a menor noção do teu e do meu, nem qualquer ideia verdadeira de justiça; como consideravam as violências, que podiam tolerar, como um mal fácil de ser reparado, e não como uma injúria que precisa ser punida; e não pensavam na vingança, senão maquinalmente e no momento, à maneira do cão que morde a pedra que lhe atiram, suas disputas raramente teriam consequências sangrentas, se não conhecessem assunto mais excitante do que o alimento (ROUSSEAU, 1999, p. 193).

A segunda parte do Discurso é voltada à análise da grande transição de um a outro estado da existência humana: após descrever o homem natural,

Rousseau utiliza da ideia de perfectibilidade para demonstrar como nasceu a desigualdade entre os homens. A transição ocorreu quando o homem natural passou a adquirir conhecimentos para superar as dificuldades: aprendeu a pescar, caçar e por vezes a associar-se a outros homens, assumindo compromissos mútuos. Construiu abrigos, fez surgir as famílias e os sentimentos de amor conjugal e amor paterno, começou a utilizar a linguagem para se comunicar e edificou uma noção precária de propriedade.

O homem em estado de natureza é livre, piedoso, com as necessidades básicas de “alimentação, uma fêmea e o descanso” (ROUSSEAU, 1999, p. 175), mas, a partir da perfectibilidade, é introduzido pelo amor próprio, que no estado de natureza era definido como amor de si, e a agressividade e violência se acentuam. Os homens tendem ao desejo de destruição do próximo, tornando-se egoístas e competitivos na busca pela honra, poder e bens.

A associação entre os homens trouxe a competição, a necessidade de sobressair-se, de onde decorre a apropriação de riquezas e a origem e o desenvolvimento das desigualdades. O homem sai do estado de natureza e ingressa na sociedade civil, onde a violência passa a ser um componente fundamental:

Acostumam-se a reunir-se diante das cabanas ou em torno de uma árvore grande; o canto e a dança, verdadeiros filhos do amor e do lazer, tornaram-se a distração, ou melhor, a ocupação dos homens e das mulheres ociosos e agrupados. Cada um começou a olhar os outros e a desejar ser ele próprio olhado, passando assim a estima pública a ter um preço. Aquele que cantava ou dançava melhor, o mais belo, o mais forte, o mais astuto ou o mais eloquente, passou a ser o mais considerado, e foi esse o primeiro passo tanto para a desigualdade quanto para o vício; dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo, e, de outro, a vergonha e a inveja. A fermentação determinada por esses novos germes produziu por fim compostos funestos à felicidade e à inocência (ROUSSEAU, 1999, p. 210-211).

A partir desta obra, percebe-se que o processo de mudança do homem ocorre efetivamente com o convívio em sociedade, pois não seria possível conservar em sociedade a mesma condição do estado natural, na medida em

que, a partir do momento em que o homem passa a viver com os outros a desnaturação gera um novo homem, com a necessidade de “ser parte”, ou seja, a condição de homem ao mesmo tempo integrado (súdito) e integrante (cidadão).

Essa passagem para a sociedade civil é decorrente da divisão entre o “meu” e o “teu” e são dessas divisões que nascem nas relações entre os indivíduos:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: isto é meu, e encontrou pessoas suficientemente simples para acredita-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém” (ROUSSEAU, 1999, p. 203).

A invenção da propriedade fez nascer o homem insaciável pelo poder e revela o primeiro progresso da desigualdade: a desigualdade entre os ricos e pobres, que culmina na formação da sociedade e das leis que causam a perda da liberdade.

O segundo progresso da desigualdade está representado na figura dos magistrados, que traz consigo a dicotomia *poderosos* e *fracos*. O terceiro progresso da desigualdade, por sua vez, surge com o despotismo e a mudança do poder legítimo em poder arbitrário, o que resulta no aparecimento das classes do *senhor* e do *escravo*.

Nesse sentido, aparentemente é a sociedade política a grande responsável pelas misérias do homem. No pensamento de Rousseau o estado social, enquanto convivência interindividual e enquanto elemento coletivo introduzido no comportamento individual, não é responsável pela miséria do homem atual, que resulta do estado civil, da sociedade política.

Enquanto medeia entre a indolência inicial e as misérias da desigualdade, o homem encontra-se em estado que, embora social, lhe é conveniente e só se tornará infeliz quando, estabelecida a propriedade,

fatalmente se lhe seguir a consagração legal que, por sua vez, traz o estabelecimento do poder superior que logo se torna ilegítimo.

A partir do momento em que o homem passa a associar-se a outros homens, a linguagem exerce importante papel na medida em que faz progredir a ordem social e, através de seu uso, é possível explicar a saída do estado de natureza, a instauração do pensamento e da desigualdade. Nenhum outro animal, apesar de possuir algum tipo de linguagem, é capaz de uma comunicação efetiva com o seu semelhante. A língua de convenção só pertence ao homem e esta é a razão por que o homem progride, seja para o bem ou para o mal, e porque os animais não o conseguem.

O uso da palavra se estabeleceu ou se aperfeiçoou primeiro nas relações familiares e posteriormente nas relações sociais; do “grito da natureza” (figurativo e pouco articulado onde cada palavra correspondia a um único ser em uma função meramente denotativa) à fala articulada, o homem utilizou-se da linguagem em suas situações sociais. As necessidades morais, as paixões, são a origem da linguagem: não é a fome ou a sede, mas o amor, o ódio, a piedade, a cólera que lhes arrancaram as primeiras vozes.

Com a passagem do estado de natureza à sociedade civil, o homem perde a sua verdadeira essência de liberdade e igualdade: o homem natural transforma-se em homem selvagem, impregnado por confrontos morais e imperfeições. É necessária, então, a criação de um Estado igualitário e justo, capaz de reconduzir o homem à sua liberdade natural, estabelecido através de um contrato feito por homens dotados de razão.

Através do contrato, criam-se condições de possibilidade de uma vida em sociedade, tendo a educação e a política uma grande importância para o aperfeiçoamento moral. Surge o homem civilizado, criatura marcada por intensos interesses privados que agem sobre sua moralidade. A bondade natural vai, paulatinamente, dando espaço à maldade.

Vale lembrar que foi no “Contrato Social” que Rousseau refletiu sobre uma organização social mais justa (que preserve a liberdade, bem supremo do

homem), a partir da idealização das instituições. A principal cláusula desse contrato social afirma que somente garantindo a liberdade de todos é que as liberdades individuais serão também preservadas.

Outro ponto que vale ressaltar é que, concomitantemente à publicação do “Contrato Social”, Rousseau publicou “O Emílio”, cujo projeto educativo visa modificar o homem abastardado da sociedade civil, criando o homem moral. Nesta obra, a raiz do mal e da violência se encontra na socialização do homem, no primeiro choro, no primeiro contato com os educadores primários que são o pai e a mãe. A criança começa chorando para pedir ajuda às suas necessidades básicas (o primeiro choro é um pedido), mas logo passa a usar o choro para tyrarizar e controlar o adulto (o choro se torna ordem). Onde há inicialmente o sentimento de dependência nasce, a seguir, a ideia de império e dominação. Há a passagem da agressividade natural para a violência social.

A criança não é boa nem má, mas nasce com predisposições. O meio, os cuidadores, a sociedade como um todo é que direcionam as tendências naturais. É na família, no amor natural e na educação que Rousseau tenta encontrar as respostas para a problemática da violência.

Nesse ponto, dizer que o homem em estado de natureza é bom e que a sociedade é quem o corrompe é, ao que parece, um mito. A constituição evolutiva do homem foi dotada para a disputa.

É visível que, para Rousseau, a agressividade faz parte do homem natural, do selvagem e da criança e que a violência se instaura com o advento da sociedade civil como forma do homem se fazer notar aos seus semelhantes. Nesse sentido, enquanto a agressividade é um componente natural da espécie, a violência é social, construída a partir das relações do homem com os seus semelhantes.

O homem possui a potencialidade para cooperar, para exercer a empatia, mas a socialização desvia os instintos inatos. Rousseau acreditava que o homem selvagem, ou seja, aquele que vivia no estado de natureza antes da constituição da sociedade civil, não conhecia a maldade e a violência; a não

ser aquela movida pelo impulso de autopreservação. O homem nasceria com instintos naturais, como o amor de si e a piedade, mas pela ausência de relações sociais, não seria capaz de atuar a partir das noções de vaidade, estima ou desprezo.

O selvagem pensado por Rousseau não conhece questões morais como bem ou mal e ignora tanto as virtudes quanto os vícios, mas não é desprovido de uma agressividade natural que permite a manutenção de suas necessidades mais básicas. As desigualdades são multiplicadas pela sociedade, não são legítimas no estado natural, uma vez que houve uma alteração da alma e das paixões humanas.

As normas sociais estabelecidas pela necessidade de convívio afastaram o homem de sua verdadeira natureza, pois o caminho para esse conhecimento primordial de si mesmo é o sentimento, não a razão ou o progresso científico.

Conclui-se que o *homem selvagem* é uma forma que Rousseau encontrou para questionar a filosofia iluminista e a política moderna, pois, na visão dele, a natureza do homem era tão-somente inibida diante a corrupção da civilização. A degeneração social foi provocada pelo distanciamento que o homem social está do homem natural.

Artigo recebido em: 30/03/2023.

Aceito para publicação em: 14/08/2023.

Revolução da Internet: Perfilamento e microtargeting nas relações de consumo, de José Luis Bolzan de Moraes e Thainá Penha Pádua

Book Review

Joel Marcos Reginato¹

A obra “Revolução da Internet: Perfilamento e microtargeting nas relações de consumo”, registrada no ISBN: 978-65-5387-115-1 e publicada no início deste ano de 2023, pela Editora Conhecimento, foi escrita pelos pesquisadores e professores José Luis Bolzan de Moraes e Thainá Penha Pádua. A divisão do livro foi feita em três grandes capítulos que abarcam o estudo da revolução da internet e um de seus desdobramentos que são os *microtargetings* nas relações consumeristas.

Inicialmente, o capítulo denominado “O estado capitalista transformado pela revolução tecnológica” inicia a discussão a partir da análise das mudanças trazidas pelas tecnologias, incluindo seu impacto na estrutura do Estado capitalista. Nesse primeiro momento, são feitas abordagens que trazem à baila as faces do capitalismo e seus impactos aos espaços de consumo.

Aqui os autores conversam com obras clássicas e importantes, demonstrando através de Paulo Bonavides, Norberto Bobbio, Max Weber e Antônio José Avelãs Nunes a trajetória do capital rumo aos meios virtuais, bem como repisam em afirmações trazidas por Avelã Nunes como “sempre que há muita propriedade, haverá grande desigualdade” (2023, p. 17).

Sobre esse assunto, demonstrou-se, portanto, os aspectos e amarras eficientes do sistema neoliberal e como isso impacta na liberdade individual, “na medida em que é tomada pelo capital para sua própria multiplicação” (2023, p. 24).

¹ Advogado, formado pela Universidade Federal de Santa Maria, especialista em Direito Notarial e Registral e, também, em Direito Imobiliário. Mestrando em Direito, com ênfase na área de tecnologia, no PPGD da Atitus Educação.

São apresentados, também, neste tópico inicial, elementos importantes para a compreensão do tema que fornecem um aporte teórico impecável para o estudo da temática, além da pesquisa estar muito bem amarrada e estruturada através de uma análise do objeto a partir de uma abordagem hermenêutico-fenomenológica atrelada a uma pesquisa bibliográfica e documental.

Assim são trabalhados conceitos importantes que configuram a pesquisa apresentada e o primeiro capítulo é finalizado ao se conectar a conceituação do capitalismo de vigilância e a economia de vigilância aos impactos nos direitos dos consumidores.

Na sequência, os autores abordam no capítulo “A relação de consumo no ambiente digital” e como as plataformas digitais e o uso da inteligência artificial impactam no mercado consumerista. Aqui são estudadas práticas como a precificação personalizada e a geodiscriminação que vêm impactando e têm um potencial muito grande no ambiente do consumidor digital.

Aqui os autores trouxeram a LGPD, em complemento ao CDC, para abordar, especialmente questões como o direito à explicação que apresenta como um fator essencial nesse meio de consumo digital. Além disso, são abordados princípios como o “*FAST Track principles: Fairness, Accountability, Sustainability, and Transparency*”, que podem ser traduzidos como equidade, responsabilidade-responsabilização, sustentabilidade e transparência e “devem ser priorizadas em cada momento e em cada nível do fluxo de trabalho de entrega de projetos de IA” (2023 p. 102-103).

Bolzan e Moraes e Pádua, trabalham de forma completa, expondo, inclusive parâmetros de qualidade no desenvolvimento através dos princípios FAST expostos acima, possibilitando uma completa compreensão das relações de consumo no ambiente digital.

No terceiro capítulo, são expostas as fragilidades do consumidor frente a implementação massiva da tecnologia. Nesse sentido, os autores expõem o fato de [que] “os usuários ainda podem acreditar que são soberanos, quando, na verdade, se verifica um aumento da dependência em interfaces favoritas e a capacidade dessas interfaces de moldar o ambiente *online* [...]” (2023, p. 128).

Assim, expõe-se a prática do perfilamento que é capaz de compreender o usuário para manipulá-lo em suas relações de consumo, podendo afetar, inclusive, sua capacidade de escolha. A partir desse perfilamento se torna possível, portanto, o processo de *microtargeting*, tendo em vista que a plataforma toma conhecimento dos gostos do usuário, ela pode, aplicar uma mensagem individualizada ao seu grupo de pertença.

Para os autores, “O *microtargeting* cria uma assimetria que favorece fortemente a emissora da mensagem e coloca o destinatário em desvantagem” (2023, p. 147). Diante disso, eles trabalham diversas implicações dessa prática e através de autores renomados, demonstram, por exemplo, o *filter bubble* e, consequentemente a *bubble democracy* “que afeta diretamente a liberdade de escolha dos indivíduos baseada na predição/influência algorítmica.” (2023, p. 152).

Ao final são expostos pontos de vista que buscam contornar a ubiquidade do uso dos dados pessoais, em exemplo, ao trabalhar conceitos de Clarissa Véliz, [que] “sugere a proibição total de anúncios personalizados (publicidade microdirecionada), sob o argumento de que não valem as consequências negativas que geram” (2023, p. 155-156).

Pode-se citar, também, a análise trabalhada a partir de Cezar Britto, ao expor “Somente a visão humanista do avanço tecnológico é que alterará o seu uso excludente, classista e protetor do poder econômico, político e social dos proprietários das máquinas, dos robôs e das inteligências artificiais.” (2023, p. 159). Além disso, eles destacam que “O ‘privado’ significa *pessoal*, não necessariamente algo secreto” (2023, p. 159).

Destarte, a obra faz uma análise pormenorizada dos impactos do perfilamento e *microtargeting* nas relações de consumo, compreendendo uma excelente análise junto ao Código de Defesa do Consumidor capaz de projetá-lo à aplicação do Direito em tempos de transformações tecnológicas. O trabalho, mostra-se uma ótima fonte de pesquisa, capaz de refletir com profundidade esse tema na área jurídica.

Referências

MORAIS, José Luis Bolzan de; PÁDUA, Thainá Penha. **Revolução da Internet: perfilamento e microtargeting nas relações de consumo**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023. 192p.

Artigo recebido em: 31/05/2023.

Aceito para publicação em: 05/08/2023.

VIII SIMPÓSIO DE MIGRAÇÃO E PROTEÇÃO DE PESSOAS

Resumos

Trata-se da publicação dos resumos expandidos selecionados via *double blind review*, os quais foram apresentados no evento intitulado ‘VIII Simpósio de Migrações e Proteção de Pessoas: Migrações do Sul Global’, realizado entre os dias 05 e 06 de junho de 2023, na Universidade Federal de Uberlândia pela Assessoria Jurídica para Migrantes em Situação Irregular ou de Risco (AJESIR) e pelo Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/CNPq), com o apoio da Revista e fomento FAPEMIG (OET-00020-23).

Grupo de Trabalho I – Gênero, Raça e Teorias Decoloniais nas Migrações

1.1 A Inserção Laboral Do Corpo Feminino Migrante Do Sul Global No Brasil: Realidades Interseccionais E Perspectivas Outras À Luz Da Decolonialidade¹

A. Resumo

O processo de feminização migratória no Brasil aumentou desde o ano de 2015. Segundo dados do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) em 2022, o número de mulheres imigrantes no País cresceu em 2020 e 2021, sendo elas, majoritariamente, “jovens, com nível de instrução de ensino médio completo, provenientes dos países do Sul Global (haitianas,

¹ Trabalho apresentado por Stéfani Pires e Silva (Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Bolsista pela Diretoria de Cultura DICULT - UFU. E-mail: stpires.silva@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6508780316957227>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0395-0861>.) e Taciana Cecília Ramos (Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário na Atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharel em Direito pela UFU. E-mail: tceciliaramos@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4051938812175123>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7202-6072>.)

venezuelanas, cubanas e paraguaias), que estão em busca de emprego” (OLIVEIRA;TONHATI, 2022, p. 9). Ocorre que existem óbices em garantir a empregabilidade dessas pessoas: a participação feminina no mercado de trabalho formal continua expressivamente baixa (72,2%, contra 96,1% entre os homens) e as taxas de desemprego e de ocupação laboral informal são elevadas. Ser uma mulher com muitos filhos ou em famílias monoparentais agrava este cenário (ONU MULHERES, 2021). Considerando a relevância dessa realidade é que este trabalho se justifica e tem como objetivo geral analisar o tratamento conferido à mulher migrante do Sul Global no Brasil, tendo como diretriz a interseccionalidade de gênero, raça e classe e compreendendo que as violências advindas da estrutura socioeconômica dos seus países de origem aqui repercutem pelas teias da colonialidade de poder que unem esta região. Os objetivos específicos são apresentar o aporte teórico da colonialidade de poder, a fim de compreender como a colonialidade atravessa este fenômeno migratório. Além disso, através da apresentação das estatísticas, almeja-se demonstrar a realidade da migração feminina no Brasil. Percorrida esta trajetória, pretende-se realizar uma discussão que aborde, de forma interseccional, a migração no País, refletindo sobre alternativas de enfrentamento às dificuldades vivenciadas pelas mulheres. O problema desta pesquisa é: em que medida o Governo brasileiro, bem como as empresas e demais entidades privadas, têm atuado para fortalecer o acesso às oportunidades de trabalho e de renda para mulheres migrantes? As hipóteses iniciais deste estudo são a de que o Brasil ainda não consegue promover um acolhimento humanitário deste grupo, sobretudo oriundo do Sul Global, que preze pela complexidade desse deslocamento com um olhar interseccional. Ademais, em virtude de estruturas coloniais de poder que persistem nos países referenciados, considera-se necessário avaliar este fenômeno social com um “paradigma compartilhado por quem viveu ou aprendeu no corpo o trauma, a falta de respeito inconsciente, a ignorância” (MIGNOLO, Walter apud SQUEFF, 2022, p. 133). Por tal razão, o presente

estudo está calcado na teoria decolonial. A metodologia de pesquisa deste trabalho possui abordagem dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfico-doutrinária, empregando a revisão da literatura sobre o tema. Foi utilizada, igualmente, a técnica estatística, com análise de dados divulgados por fontes oficiais. Tem-se como resultados parciais que, embora haja um conjunto normativo no Brasil favorável aos direitos das migrantes, muito precisa ser realizado para que a fruição dessas jusgarantias se efetive, visando a emancipação dessas pessoas. Urge que os Poderes públicos e a sociedade civil articulem uma rede estratégica de apoio e de políticas para essas mulheres, retirando-as da vulnerabilidade socioeconômica extrema e estabelecendo meios de concretização de direitos, como a dignidade para o trabalho.

B. Palavras-chave

Migração; gênero; raça; vulnerabilidade; feminismos; decolonialidade.

Referências

OLIVEIRA, Tadeu; TONHATI, Tânia. Capítulo I - Mulheres, crianças e jovens na migração internacional no Brasil. In: CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; SILVA, B. G. **Relatório Anual OBMigra 2022**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022, 189 p.. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>. Acesso em: 27 mai. 2023.

ONU MULHERES. MOVESE- Empoderamento Econômico e de Mulheres Refugiadas e Migrantes no Brasil. **Oportunidades e desafios à integração local de pessoas de origem venezuelana interiorizadas no Brasil durante a pandemia de Covid-19**. 2021, 74 p.. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/pesquisa-move/se/relatorio_completo.pdf. Acesso em: 27 mai. 2023.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. Descolonialismo como matriz teórica para a fundamentação dos Direitos Humanos. In: SQUEFF, Tatiana; BIELSCHOWSKY, Raoni; BORGES, Rosa. (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFU: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Tirant, 2022.

1.2 Reconhecimento da Discriminação Interseccional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador²

A. Resumo

O trabalho tem como objetivo geral, por meio da análise do caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, compreender a relevância do reconhecimento da discriminação interseccional pela Corte Interamericana para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e como objetivo específico entender como tal discriminação interseccional impactou as vítimas dos casos já julgados pela Corte.

Tal estudo possui importância tendo em vista que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, como a Corte Interamericana indicou na Opinião consultiva 16/99, seguindo o entendimento da Convenção de Viena de 1969 e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao afirmar que os tratados deveriam ser interpretados segundo as condições de vida atuais e a evolução dos tempos. Sendo assim, é de extrema relevância acompanhar a evolução dos mecanismos de proteção de direitos humanos (CORTE IDH, 1999, p. 58-59).

Nesse interím, o princípio da não discriminação é protegido pelos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana, e como colocado na Opinião Consultiva 18/03 e no Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile, é pertencente ao jus cogens nos parâmetros do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, portanto não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito

² Trabalho apresentado por Jordana Strano Espada (Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Coordenadora discente e extensionista da Assessoria Jurídica para Migrantes em Situação de Risco (AJESIR/UFU). Diretora do Grupo de Estudos em Oriente Médio (GEOM/UFU). Membro do Núcleo de Moot Courts UFU no subnúcleo de Direitos Humanos. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6735-3406>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6792006809242593>.)

com este princípio fundamental (CORTE IDH, 2003, p. 23; CORTE IDH, 2012, p. 28).

Entretanto, apesar da importância já estabelecida do princípio de não discriminação, a Corte vem estabelecendo novos contornos que expandem sua abordagem no sentido de garantir uma maior proteção aos direitos humanos. Dessa forma, a Corte Interamericana utilizou a discriminação interseccional pela primeira vez em 2015 no Caso Gonzales Lluy e outros vs. Equador, em que o Tribunal reconheceu múltiplos fatores interseccionais de vulnerabilidade e discriminação associados ao fato de Tália Gonzales Lluy ser menor de idade, mulher, portadora de HIV e pessoa em situação de pobreza. Porém, é ressaltado que a discriminação interseccional não é resultado simplesmente da existência múltipla de vetores discriminatórios, mas da confluência destes a tal ponto que se origina uma forma específica de discriminação, que não ocorreria se um dos fatores não existisse (CORTE IDH, 2015, p. 87 - 88).

O juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot em seu voto individual do caso dedicou-se a explicar melhor o conceito: “A interseccionalidade evoca um encontro simultâneo ou a concomitância de várias causas de discriminação. Isso ativa uma discriminação que só ocorre quando esses fundamentos são combinados” (CORTE IDH, 2015, p. 150).

Neste sentido, a interseccionalidade torna as vítimas mais vulneráveis e acentua o dano sofrido de forma mais intensa do que os causados por discriminações avaliadas separadamente (CORTE IDH, 2015, p. 149 - 150). Desde então, a Corte vem avançando no entendimento e aplicação deste conceito, especialmente à vítimas mulheres como nos casos Manuela e outros vs. El Salvador e I.V. Vs. Bolívia. Como resultado entende-se que a introdução do conceito da discriminação interseccional acarreta no reconhecimento de uma dano agravado à vítima e no entendimento de sua vulnerabilidade de

forma mais plena, tendo em vista a multiplicidade de vetores discriminatórios que acarretam em seu maior sofrimento.

B. Palavras-chave

Interseccionalidade; direitos humanos; violação.

Referências

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 31 maio 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Caso Gonzales Lluy e Outros vs. Equador**. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/CasoGonzalesLluyVsEcuador_ExcepcionesFondoReparacionesCostas.htm. Acesso em: 31 maio 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Caso I.V. Vs. Bolivia**. 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Caso Manuela e outros vs. El Salvador**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 16/99**. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_16.html. Acesso em: 31 maio 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 18/03**. 2003. Disponível em: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_18.html. Acesso em: 31 maio 2023.

1.3 Questão Migratória e Políticas de Reconhecimento: Em Busca de Interloquções entre Fronteiras e Cidades³

³ Trabalho apresentado por André Luiz Pereira Spinieli (Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). E-mail: andre.spinieli@unesp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9712876051495512>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7975-2384>.)

A. Resumo

Reputar a dinâmica das comunidades políticas contemporâneas como uma gramática moral dos conflitos sociais (HONNETH, 2003, p. 47) implica atestar que há constantes lutas em nome da afirmação, estima e respeito pelas identidades individuais e coletivas historicamente excluídas (HONNETH, 2003, p. 47-50; REPA, 2008, p. 165) – o que inclui a questão migratória e o problema da construção das cidadanias nas fronteiras como temas necessários à teoria social contemporânea (DE LUCAS, 2009, p. 53-77). As narrativas da teoria crítica da sociedade demonstram a existência de uma nova problemática: as demandas decorrentes das mobilizações sociopolíticas de grupos marginalizados, como os migrantes, não se concentram em conquistas materiais, mas também procuram atingir níveis adequados de reconhecimento social (FRASER; HONNETH, 2003, p. 1-2; ISIN; TURNER, 2002, p. 10). Responsáveis por sustentar a crise migratória atual, os conflitos e episódios de injustiça que permeiam as experiências sociais de pessoas migrantes emergem necessariamente, dentre outros fatores de natureza política, da transgressão das expectativas normativas de reconhecimento das identidades migrantes no contexto de sociedades consideradas democráticas e plurais – nas quais são recebidas como desplazados (AGIER, 2008, p. 15). A interpretação desse fenômeno como problema de reconhecimento indica a necessidade de introduzir interpretações baseadas em uma teoria crítica da sociedade como parte do processo constitutivo das políticas migratórias, a fim de reverter os cenários de injustiça e fazer com que migrantes não vivenciem seus projetos de vida em espaços sociais específicos, nos quais foram inseridos por uma comunidade política excludente. Proponho o diálogo entre o fenômeno político da migração e os desenvolvimentos mais recentes da teoria do reconhecimento. A introdução desse modelo teórico no âmbito da questão migratória é importante porque tem potencialidades suficientes para formatar políticas capazes de pensar alternativas à construção da cidadania

da pessoa migrante, tendo o princípio de valorização das identidades como valor-guia, ao mesmo tempo em que questiona a validade dos paradigmas tradicionais de cidadania. Realizo um levantamento bibliográfico centrado em teóricos da teoria do reconhecimento, dentre os quais destaco Axel Honneth, Nancy Fraser e Charles Taylor. Também interpreto estudos sobre cidadania que têm (re) pensado a questão migratória como parcela de uma dificuldade maior: a reconfiguração do conceito de cidadania. As políticas de reconhecimento são válidas para superar paradigmas tradicionais de cidadania enquanto vínculo entre indivíduo e instituições estatais. Elas expressam uma metodologia para que as sociedades que recebem migrantes modifiquem seus modelos de agência e, conseqüentemente, façam com que esses sujeitos também transformem as expectativas e visões que detêm de si próprios (TAYLOR, 1995, p. 241-274). Ao passo que o migrante se reconhece na imagem degradada que a sociedade lhe impõe, deteriorando sua autoestima, as políticas de reconhecimento podem fornecer novos rumos às relações intersubjetivas e dialógicas em sociedades abertas à constituição de cidadanias nas fronteiras. A interpretação da cidadania migratória sob o ponto de vista do reconhecimento social nos permite promover mudanças normativas em nível cultural e institucional, a fim de garantir aos migrantes o acesso à esfera pública, para que possam ser reconhecidos como sujeitos moral e politicamente iguais.

B. Palavras-chave

Migração; Reconhecimento; Cidadania

Referências

AGIER, Michel. **On the margins of the world**: the refugee experience today. Cambridge: Polity Press, 2008.

DE LUCAS, Javier. Inmigración, diversidad cultural, reconocimiento político. **Papers**, v. 1, n. 94, p. 53-77, 2009.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. London: Verso, 2003.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

ISIN, Engin; TURNER, Bryan. Citizenship studies: an introduction. In: ISIN, Engin; TURNER, Bryan (Eds.). **Handbook of citizenship studies**. London: Sage Publications, 2002.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (Org.). **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 1995.

1.4 Encarceramento de Mulheres Migrantes e a Perspectiva Feminista⁴

A. Resumo

O presente trabalho busca contextualizar nos temas de Relações Internacionais (RI) a discussão sobre o encarceramento de mulheres migrantes a partir de perspectivas feministas e propor uma reflexão sobre os entrelaçamentos entre feminismo, migrações, e encarceramento de mulheres. Para isso, recorre-se à revisão de literatura pertinente, bem como bancos de dados públicos. Dado que os chamados novos temas da agenda internacional têm levado estudos em RI a explorar cada vez mais perspectivas não tradicionais, ganham atenção abordagens para além do realismo e liberalismo. Entre elas, o feminismo traz para as RI análises que colocam gênero como categoria central, abrindo possibilidades de teorização a partir de realidades compartilhadas por mulheres. Autoras feministas têm apontado há algumas décadas que aspectos outrora ignorados e invisibilizados devem ser considerados pelo campo das RI (FRASER, 2009; TICKNER, 1997; entre outras). A agenda internacional

⁴ Trabalho apresentado por Luiza Fernandes e Silva (Bacharela em Ciências e Humanidades e em Relações Internacionais, UFABC, e mestranda em Relações Internacionais pela mesma universidade, luiza.fernandes@aluno.ufabc.edu.br, <http://lattes.cnpq.br/9191966206806874>).

tem incorporado tais preocupações, buscando desenvolver iniciativas e diretrizes que levem em consideração as especificidades de gênero e suas interseccionalidades. Exemplos incluem a estratégia específica para gênero dentro de agências como a UNODC, e – mais amplamente – a própria criação da ONU Mulheres, em 2010, e a inclusão do ODS-5, que trata sobre gênero. É dentro deste bojo que o encarceramento feminino tem ganhado mais atenção tanto na academia quanto em Organizações Internacionais e na Sociedade Civil. De acordo com a World Female Imprisonment List, publicada pelo Institute for Crime & Justice Policy Research – ICPR, desde 2000, o número de mulheres e meninas encarceradas no mundo aumentou em quase 60% (de aproximadamente 466.000 para mais de 740.000). Comparativamente, no mesmo período, o número de prisioneiros homens aumentou em cerca de 22%, enquanto o crescimento da população em geral foi de em torno de 30% (WALMSLEY, 2022). Para Angela Davis (2018), “[a]bordar questões específicas das prisões femininas é de vital importância, mas é igualmente importante mudar a forma como pensamos sobre o sistema prisional como um todo.” Isso porque não apenas “as práticas nas penitenciárias femininas são marcadas pela questão do gênero, mas o mesmo acontece com as práticas nas prisões masculinas”. Para a autora, “acreditar que as instituições para homens constituem a norma e as instituições para mulheres são marginais é, em certo sentido, tomar parte na normalização das prisões que uma abordagem abolicionista procura contestar”. Em 2010, a UNGA aprovou as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), não apenas reconhecendo o aumento do encarceramento feminino em nível global, mas destacando demandas relacionadas a particularidades intrínsecas à condição de gênero. Apesar do crescente destaque e literatura sobre o tema, ainda há recortes pouco explorados, como no caso de mulheres migrantes encarceradas. A intensificação dos

processos migratórios, impulsionada pela globalização, tem colocado diversos desafios em âmbito internacional e doméstico, demandando políticas públicas específicas para imigrantes. Nesse sentido, acredita-se que mais estudos devem ser feitos a fim de melhor informar a implementação e fortalecimento de políticas públicas para essas populações, levando em consideração suas particularidades e demandas específicas.

B. Palavras-chave

Migrações; mulheres migrantes; encarceramento; feminização das migrações; punição.

Referências

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 1ª Edição, Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FRASER, N. Feminism, Capitalism and the Cunning of History. In: **New Left Review**, vol. 56, p.97-117, 2009. Disponível em: <https://newleftreview.org/issues/ii56/articles/nancy-fraser-feminism-capitalism-and-the-cunning-of-history>. Acesso em: 28 mai. 2023.

TICKNER, J. You Just Don't Understand: Troubled Engagements between Feminists and IR Theorists, **International Studies Quarterly**, v. 41, n. 4, 1997. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2600855>. Acesso em: 28 mai. 2023.

WALMSLEY, R. World Female Imprisonment List. **World Prison Brief**, 4ª ed., 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf. Acesso em: 28 mai. 2023.

1.5 Candidaturas Negras e Herança Decolonial: O Racismo Estrutural na Política ⁵

⁵ Trabalho apresentado por Samuel Soares Azambuja (Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG. Mestrando em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU Campus Pontal, samuel.azambuja@ufu.br, <http://lattes.cnpq.br/9040902669911820>, orcid 0000-0002-2695-8941.)

A. Resumo

A herança da colonização está enraizada no Brasil através da permanência da colonialidade, diante de padrões europeus, que perpassam os poderes da sociedade pós-colonial brasileira, através da hierarquia de elites brancas sobre determinados grupos segregados. Nesse sentido, o padrão europeu legitimou diversas práticas de dominação cultural, política e econômica.

Com isso, os objetivos perpassam em: analisar o momento histórico do colonialismo; identificar como o eurocentrismo está enraizado na sociedade, bem como no processo eleitoral, moldada pela herança colonial. A metodologia abordada é exploratória, (GIL, 1997), através de levantamento bibliográfico sobre o assunto, uma vez que busca levantar informações, além de mencionar e utilizar autores que discutem o tema.

A ideia de raça, está relacionada com a modernidade, através de diferenças fenotípicas, exclusivamente para relações de dominação. Nesse aspecto, as relações sociais passaram a retratar novas identidades através da conotação racial, utilizada para legitimar uma relação de dominação, com hierarquias e classificação social. (QUIJANO, 2015).

Almeida (2019), demonstra uma abordagem entre raça e racismo, e outras abordagens em sua obra, mencionando como o racismo é naturalizado, diante de determinadas formas, e como o racismo diante da colonização é utilizado para manutenção do controle social.

A herança colonial está presente no processo eleitoral brasileiro, diante de uma perspectiva histórica da colonização, do homem branco, europeu como símbolo de cidadão, com o poder político nas mãos, para a manutenção do status quo.

Esse conceito de cidadania é utilizado para determinados grupos. Para a decolonialidade, a cidadania é justamente a ruptura do padrão europeu, voltada para as origens e valorização.

Diante disso, é importante analisar quais as atitudes destinadas para amenizar as desigualdades de representação política, e se de fato, há abertura de espaços para candidaturas negras.

B. Palavras-chave

Colonialismo; Gênero; Processo eleitoral; Racismo estrutural.

Referências:

- ALMEIDA, Silvio. 2019. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen.
- ASSIS, Wendell Ficher Teixeira. Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo. **Caderno CRH**, v. 27, p. 613-627, 2014.
- BALLESTRIN, Luciana. Colonialidade e democracia. **Revista Estudos Políticos**, v. 5, n. 9, p. 191-209, 2014. Disponível em: < https://periodicos.uff.br/revista_estudos_politicos/article/view/38830>. Acesso em 25 mai. 2023.
- MALFATTI, Selvino Antonio. A teoria das elites como uma ideologia para perpetuação no governo. **Thaumazein: Revista Online de Filosofia**, v. 1, n. 2, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/thaumazein/article/view/185>. Acesso em: 28 mai. 2023.
- MOSCA, Gaetano. Elementi di Scienza Política. 1896, p. 408. Ed. Nabu Press. Itália. ISBN-13
- MAYORGA, Claudia et al. As críticas ao gênero e a pluralização do feminismo: colonialismo, racismo e política heterossexual. **Revista Estudos Feministas**, v. 21, p. 463-484, 2013. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2013000200003>>. Acesso em: 28 mai. 2023.

1.6 A Necessidade de Reorientar as Políticas Públicas no Brasil a partir das Teorias Decoloniais: O Apagamento das Mulheres Negras no Processo Migratório ⁶

⁶ Trabalho apresentado por Pricila Graciano Vasconcelos (Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, grpricelos@gmail.com, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6512698432356943> e nro. ORCID: 0009-0009-2123-3798) e Tábata Louise Araújo de Sousa (Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, tabata.louise@ufu.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5167113945699006> e nro. ORCID: 0000-0002-2190-539X)

A. Resumo

A estrutura da pesquisa compreende a introdução, a justificativa, a metodologia, os resultados, e os objetivos tanto gerais quanto específicos, assim como explana-se como as políticas migratórias são pautadas por ideais eurocêntricos. Neste trabalho, destaca-se como os paradigmas sociais, políticos e culturais advindos da colonização produziram uma migração seletiva, a qual é ainda mais agravada pelo apagamento das mulheres negras no processo migratório.

A priori, mesmo cessada a colonização no Brasil, não ocorreu o fim das violências institucionalizadas, sendo que o elemento motriz da disseminação e da legitimação das violências sistêmicas é a perpetuação da colonialidade, visto que houve uma subalternização, isto é, desumanização do “outro”. Nesse sentido, o migrante, além de sofrer com o preconceito, enfrenta vulnerabilidades socioeconômicas, devido às limitadas políticas públicas de acolhimento ao migrante em situação de fragilidade social.

De acordo com o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (UN DESA, 2019), as mulheres migrantes na América Latina e no Caribe somam cerca de 49,9%, assim, embora seja constatada uma presença considerável de mulheres na migração internacional, seus fluxos migratórios são invisibilizados, uma espécie de gênero cego. Isso ocorre, pois há uma construção histórica de desigualdades quanto ao gênero, a qual reproduz uma concepção da mulher como vulnerável e submissa. Portanto, torna-se evidente que gênero é uma estilização regulada pela estrutura social a qual cristalizou visões estereotipadas tidas como de caráter natural. E em específico, a mulher migrante negra tem seus direitos duplamente violados em uma sociedade escravocrata e patriarcal, ora pela sua exclusão quanto à

nacionalidade, ora pela construção da estigmatização colonial sexista e racista.

Uma opção é construir alternativas mediante a reflexão contínua no âmbito de repudiar a violência da colonização, a qual reflete na atualidade, isto é, reconceitualizar epistemologicamente visões de subalternidade categorizada no processo de colonização brasileira. Desse modo, faz-se necessário uma reelaboração das políticas públicas na nação brasileira, para que haja uma acolhida humanizada aos migrantes que buscam melhores condições de vida, a começar pela facilitação de acesso à educação e ao trabalho legal, bem como a regulamentação documental. Além de romper as barreiras que estigmatizam o gênero feminino.

Ademais, esta pesquisa científica é de natureza teórica ou básica, cujos procedimentos técnicos são de caráter bibliográfico, já que se atentaram à coleta de informações referente a uma análise das perspectivas de diáspora da mulher negra e da ocultação de seu papel à luz das teorias decoloniais. No que concerne à abordagem do problema, usa-se o método qualitativo, pois faz-se uma análise teórica-empírica, dado o paralelo entre esta necessidade de reformulação das políticas migratórias e os direitos das mulheres migrantes negras.

Por fim, a importância desta temática emerge da necessidade de repensarmos políticas públicas no Brasil, de modo que as mulheres sejam contempladas com uma acolhida governamental humanizada, isto é, com o intuito de obter resultados referentes às políticas sociais específicas que amenizem essas dificuldades sociais que a mulher negra migrante enfrenta.

B. Palavras-chave

Teorias Decoloniais; Mulheres; Processo Migratório; Brasil.

Referências

BERTOLDO, Jaqueline. **Migração com rosto feminino: múltiplas vulnerabilidades, trabalho doméstico e desafios de políticas e direitos**. 2017. 89 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DORNELAS, Paula Dias; RIBEIRO, Roberta Gabriela Nunes. **Mulheres Migrantes: invisibilidade, direito à nacionalidade e a interseccionalidade nas políticas públicas**. O social em questão, ano XXI, nº 41, 2018, p. 247 - 264.

FAUSTINO, Deivison Mendes; OLIVEIRA, Leila Maria de. **Xeno-racismo ou xenofobia racializada? Problematicando a hospitalidade seletiva aos estrangeiros no Brasil**. REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, v. 29, n. 63, dez. 2021, p. 193-210. 20 mai. 2023.

MIGNOLO, Walter; PINTO, Júlio Roberto de Souza. **A modernidade é de fato universal? Reemergência, desocidentalização e opção decolonial**. Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 381-402, jul./set. 2015. Disponível em: . Acesso em: 17 jan. 2020.

MOROKIVASIC, Mirjana. **Os pássaros de passagem também são mulheres**. International Migration Review, v. XVIII, n. 4, Winter 1984. p. 886-907.

MUSEU DA IMIGRAÇÃO. **Mulheres e Migração: Números e fontes sobre mulheres na migração contemporânea**. Site do Governo do Estado de São Paulo <<https://museudaimigracao.org.br/blog/migracoes-em-debate/mulheres-e-migracao-numeros-e-fontes-sobre-mulheres-na-migracao-contemporanea>> 23 mai 2023.

RIBEIRO, Darcy. **A América Latina existe?**. Organização: Eric Nepomuceno. 1ª. ed. Brasília, 2010. Editora UnB.

Grupo de Trabalho II – Conflitos, Perseguições e deslocamentos forçados do Sul Global

2.1 Refúgio e Acolhimento: Uma Análise da Política de Alojamento em Hotéis para Crianças Migrantes Albanesas Desacompanhadas no Reino Unido ⁷

7 Trabalho apresentado por Ana Luiza Honório Alves (Graduanda em Relações Internacionais, Universidade Federal de Uberlândia, ana.honorio@ufu.br, <http://lattes.cnpq.br/6859494763277432>, <https://orcid.org/0009-0005-0611-7327>) e Isabela Queiroza Gomes (Graduanda em Relações Internacionais, Universidade Federal de Uberlândia, isabelaqueiroza@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/1975339197645032>, <https://orcid.org/0009-0009-5045-2308>).

A. Resumo

A Albânia é reconhecida como sendo parte dos países mais pobres da Europa, e dado seus aspectos políticos, geográficos e econômicos, é considerada periférica em face aos demais Estados europeus. Outrossim, tendo em vista os fatores supracitados, nos últimos anos o país tem enfrentado um acentuado processo migratório em decorrência de sua fragilidade econômica, que impulsiona principalmente jovens e crianças a deixarem o território em busca de oportunidades profissionais e educacionais (INTEGRAL HUMAN DEVELOPMENT, 2023).

Sob esse mesmo prisma, a população albanesa busca os países mais ricos da Europa como destino, como França, Espanha, e sobretudo Reino Unido. Tratando-se do Reino Unido, desde julho de 2021, crianças albanesas solicitantes de refúgio desacompanhadas estão alojadas em hotéis pelo Ministério do Interior no país. Essa prática apresentava caráter temporário, mas continua sendo utilizada pelas autoridades locais. Nesse ínterim, surgiram notícias sobre o desaparecimento de cerca de 460 crianças alojadas nesses hotéis entre o início da adoção dessa prática até fevereiro de 2023, sendo que algumas ainda não foram localizadas (ROYAL COLLEGE OF PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH, 2023). Ademais, após a publicação de um relatório de inspeção realizado pelo Independent Chief Inspector of Borders and Immigration (ICIBI) sobre esses hotéis, fatores preocupantes foram divulgados, como a presença de funcionários não verificados, o que é uma obrigação para trabalharem diretamente com crianças, e a existência de diversas lacunas de proteção e manutenção do bem-estar (ICIBI, 2022) (TOWNSEND, 2023) (REFUGEE COUNCIL, 2019).

Destarte, busca-se analisar a quão apropriada a acomodação dessas crianças em hotéis é, tendo como base os fatos supracitados. Esta pesquisa almeja abordar a efetividade dessas acomodações em garantir um acolhimento digno e conforme as regulamentações legais da questão. A

pesquisa se justifica pela necessidade de compreender os desafios e as lacunas existentes nesse sistema de acolhida, com um viés centrado na criança e na garantia de seus direitos fundamentais. A abordagem utilizada foi abrangente, por meio de uma pesquisa documental e comparativa, utilizou-se jornais, relatórios de ONGs, tratados internacionais e normas nacionais para avaliar se as medidas adotadas pelo governo britânico estavam de acordo com suas leis internas e acordos internacionais. Os jornais forneceram informações atualizadas e diversos pontos de vista, enquanto os relatórios de ONGs trouxeram uma perspectiva especializada sobre as políticas do governo, tendo como base análises prévias. Dessa forma, essa metodologia proporcionou uma análise embasada sobre a conformidade governamental com as leis e acordos pertinentes.

Em primeiro lugar, destaca-se que as crianças migrantes albanesas desacompanhadas estão sob a responsabilidade das autoridades locais da área em que se encontram (SHELTER, 2022). Nesse sentido, cabe a essas autoridades garantir que as crianças não enfrentem situações que as coloquem em um cenário de abuso, maus-tratos, exploração, entre outros, conforme garantido pelo artigo 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (UNICEF, 1989). Logo, dado os desaparecimentos, os quais foram identificados como realizados por gangues criminosas, nota-se que não houve uma garantia da segurança dessas crianças, além das autoridades não terem obtido um resultado satisfatório na localização desses desaparecimentos (ROYAL COLLEGE OF PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH, 2023).

Em segundo lugar, em fevereiro de 2021, foram proibidos lares infantis não regulamentados no Reino Unido e a acomodação de crianças desacompanhadas em hotéis se enquadra como um lar não regulamentado, sendo portanto ilegal. Dessa forma, em agosto de 2021, um registro interno de risco do governo apontava a ciência quanto a esse fato, mas justificava a sua necessidade, pelo caráter de emergência e temporário, entretanto esse caráter não se realizou, visto que a prática ainda perdura (DEARDEN, 2022).

Portanto, pode-se constatar que o acolhimento dessas crianças em hotéis é inapropriado. Ademais, dado também a sua ilegalidade, é necessário que o governo britânico desenvolva medidas imediatas para mudar essa situação, visto que diversas crianças estão em situação de risco e vulnerabilidade, conforme apontado.

B. Palavras-chave

Acolhimento; Acomodação; Crianças; Desacompanhadas; Hotéis; Reino Unido; Refúgio.

Referências

DEARDEN, Lizzie. **Home Office admits it is illegally housing unaccompanied child asylum seekers in hotels.** Independent, 19 out. 2022. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/home-office-child-asylum-seekers-hotels-b2206058.html>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

INDEPENDENT CHIEF INSPECTOR OF BORDERS AND IMMIGRATION. **An inspection of the use of hotels for housing unaccompanied asylum-seeking children (UASC).** Outubro de 2022. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1111982/An_inspection_of_the_use_of_hotels_for_housing_unaccompanied_asylum-seeking_children_UASC_March_to_May_2022.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2023.

INTEGRAL HUMAN DEVELOPMENT. **Country Profiles: Albania.** Vaticano, 2023. Disponível em: <https://migrants-refugees.va/country-profile/albania/>. Acesso em: 31 de maio de 2023.

REFUGEE COUNCIL. **Refugee Council expresses alarm over hundreds of children under 16 being housed in hotels as damning inspection is published.** 19 out. 2019. Disponível em: <https://www.refugeecouncil.org.uk/latest/news/refugee-council-expresses-alarm-over-hundreds-of-children-under-16-being-housed-in-hotels-as-damning-inspection-is-published/>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

ROYAL COLLEGE OF PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH. **Housing Unaccompanied Asylum-Seeking Children in Hotels: Joint Statement with the International Child Health Group (ICHG).** Independent, 15 fev. 2023. Disponível em: <https://www.rcpch.ac.uk/news-events/news/housing-unaccompanied-asylum-seeking-children-hotels-joint-statement-international>. Acesso em: 28 maio 2023.

SHELTER. **Support for unaccompanied children claiming asylum.** 2 ago. 2022. Disponível em:

https://england.shelter.org.uk/professional_resources/legal/housing_options/asylum_seekers_accommodation_options/support_for_unaccompanied_children_claiming_asylum#source-4. Acesso em: 28 maio 2023.

TOWNSEND, Mark. **Revealed: scores of child asylum seekers kidnapped from Home Office hotel**. The Observer, 21 jan. 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/uk-news/2023/jan/21/revealed-scores-of-child-asylum-seekers-kidnapped-from-home-office-hotel>. Acesso em: 28 maio 2023.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 28 maio 2023.

2.2 Refúgio Ambiental: A Urgência da Implementação de Mecanismos Efetivos para a Proteção de Refugiados em Decorrente das Mudanças Climáticas ⁸

A. Resumo

Hodiernamente, pautas relacionadas às mudanças climáticas vêm ocupando espaço significativo no sistema internacional, preocupando, em certa medida, todo o globo. Há, nesse caso, uma tentativa de se reverter os danos provocados contra o meio ambiente, em grande parte, pela humanidade. Nesse sentido, visto o arrasamento de populações e grupos por tais inconstâncias ambientais, Essam El-Hinnawi, professor adjunto ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em 1985, elaborou o termo “refugiados ambientais”. Define-se como refugiado ambiental aqueles indivíduos que são ou foram forçados a saírem de seu local de origem, de forma temporária ou permanente, em razão de alguma disrupção ambiental, impossibilitando sua vivência no local ou afetando seriamente sua qualidade de vida (EL-HINNAWI, 1985. p. 4-5).

⁸ Trabalho apresentado por Felipe Araújo Teixeira (Graduando em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Uberlândia, felipe.teixeira1@ufu.br; lattes: <http://lattes.cnpq.br/5693916018589224>; ORCID: 0009-0001-4857-8878).

Diversos panoramas circundam a ideia de refugiados ambientais. A relevância ao se pensar em determinado tema concentra-se no fato de que estamos vivenciando uma oscilação ambiental de grandes proporções, que pode afligir diversas nações, e até mesmo extingui-las. Casos como Kiribati, país insular localizado no pacífico central, que possui o risco de desaparecer em decorrência das mudanças climáticas e atualmente enfrenta uma falta de comprometimento com Direitos Humanos, (SILVA et al., 2021. p. 114) ou Tuvalu, localizado na Oceania, no qual enfrenta o mesmo impasse e dispõe de características geográficas semelhantes, e até mesmo o Japão e o Haiti, (RAMOS, 2011. p. 106) demonstram a urgência na articulação de mecanismos que possam resguardar tais populações (SILVA et al., 2021. p. 114).

O maior dos problemas que podemos evidenciar na tentativa de instituir o refúgio ambiental como uma normativa ou costume internacional, se localiza na própria definição de refugiado, desenvolvida pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) no qual define refugiado como aquele que por temores de perseguição não pode se acolher na proteção de determinado Estado (EL-HINNAWI, 1985. p. 2-3). Ou seja, a definição se limita àqueles que sofram alguma coerção. Em tentativa de ampliar tal aceção, a Declaração de Cartagena de 1984, no âmbito da OEA, estabeleceu a sistemática violação de direitos humanos como elemento que leva ao reconhecimento do refúgio (OAS, 1984. p. 1). Contudo, tal declaração foi ratificada por poucos países membros, majoritariamente latino-americanos.

Nessa perspectiva, ressalta-se a necessidade da reestruturação dos mecanismos já previstos pela declaração de 1951, além do fortalecimento das instituições e programas que se encontrem vinculados à pauta climática. O objetivo geral de se apanhar sobre este tema, se empenha em entender como realizar uma nova configuração benéfica às nações, para que saibam enfrentar de fato as ocorrências climáticas, especialmente o sul global, que sofre com sucessivos desastres. Entender os diversos casos, e as especificidades destes, objetifica garantir ao trabalho um maior adequamento

da pesquisa e visa compreender e atingir as concepções dos povos afetados por tal cenário. Por meio de método indutivo, a partir de pesquisa bibliográfica, abrangendo ocorrências recentes e outras fontes de informação, pretende-se chegar a prévios resultados que busquem solucionar os problemas relativos à acessibilidade e à transposição destas populações.

B. Palavras-chave

Refugiados ambientais; Mudanças climáticas; Mecanismos; Refúgio.

Referências

EL-HINNAWI, Essam E. **Environmental refugees**. 1985. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/121267>. Acesso em: 28 mai. 2023.

SILVA, Maria Eduarda *et al.* **Kiribati: as implicações decorrentes da crise climática e o comprometimento dos direitos humanos no país insular**. 2021. Disponível em: <http://anais.uel.br/portal/index.php/proensino/article/view/1653/1525>. Acesso em: 28 mai. 2023.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados Ambientais: Em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional**. 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1. Acesso: 29 mai. 2023.

OAS. **Cartagena Declaration on Refugees**. 1984. Disponível em: https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf. Acesso em: 28 mai. 2023

2.3 Mudanças Climáticas e Migrações: Há Proteção Internacional aos Refugiados Climáticos? ⁹

⁹ Trabalho apresentado por Isabela Soares Bicalho (Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), com mobilidade internacional em Direito e Criminologia na Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia (ULHT - PT). E-mail para contato: isabelabicalho2@gmail.com. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8039811445598810>. ORCID n° 009-00049088-626X).

)

A. Resumo

As mudanças climáticas representam os maiores desafios da contemporaneidade para o mundo, entretanto a potência e a gravidade com que os impactos das mudanças climáticas são sentidos, apresentam uma desproporcionalidade entre regiões e populações. O Sexto Relatório de Avaliação, elaborado pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), além de todos os alertas quanto ao aumento das emissões dos gases de efeito estufa e o aquecimento global, também ressaltou que a uma forte ligação entre mudanças climáticas e o efetivo exercício dos direitos humanos, dado que populações já vulneráveis são mais intensamente afetadas por eventos climáticos extremos. Assim sendo, povos já imersos em situações de desigualdade social, pobreza e inefetividade de direitos sociais, estão sujeitos a ocorrência com maior força de secas extremas, incêndios, doenças endêmicas, extinção de fauna e flora e a situações de refúgio climático (IPCC, 2023). Os Refugiados climáticos são grupos, comunidades ou indivíduos que são forçados a saírem dos seus territórios pela ocorrência de eventos ambientais ou climáticos que diminuem a qualidade de vida e a possibilidade de sobrevivência no local de moradia, especialmente situados em países do Sul Global (BOND, 2014). Neste sentido, este estudo tem como objetivo principal entender como o Direito Internacional tem lidado e protegido esse novo grupo de refugiados, buscando expor a existência ou a ausência de instrumentos jurídicos internacionais que reconheçam aos refugiados climáticos os mesmos direitos e tratamentos conferidos à outros grupos em refúgio. A justificativa primária deste estudo, encontra amparo nas projeções e relatórios que estimam que até o ano de 2050, haverá em torno de 150 a 250 milhões de refugiados climáticos no mundo (IPCC, 2021), ressaltando a necessidade de instrumentos internacionais eficazes para conferir à esse grupo os direitos intrínsecos à sua existência. No que se refere aos objetivos específicos, este trabalho intenta também entender como o meio

ambiente equilibrado e o clima sadio são observados pelo Direito Internacional, por meio de análises de decisões, buscando entender como os organismos internacionais vêm respondendo à emergência climática global. Outro propósito específico deste trabalho, é expor as potenciais lacunas que à problemática das mudanças climáticas enfrenta no âmbito internacional, com especial atenção na responsabilidade dos Estados em proteger suas populações das mudanças climáticas e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, por meio de políticas ambientais e climáticas. A metodologia utilizada é a metodologia qualitativa, com análises de obras bibliográficas da área, decisões, tratados e resoluções internacionais. Os resultados almejados desta pesquisa, até o momento, expõem uma ausência material de proteção do Direitos Internacional aos refugiados climáticos, mesmo existindo sistemas regionais de direitos humanos com capacidade de proteção a esse grupo.

B. Palavras-chave

Mudanças Climáticas; Refugiados; Internacional.

Referências

BOND, Patrick. Justice. In: DEATH, Carl. **Critical environmental politics**. 1 ed. Reino Unido: Routledge, 2014. 133–145 p.

CASTLES, Stephen. Environmental Change and Forced

Migration: making sense of the debate. **New Issues in Refugee Research – UNHCR Working paper 70**, 2002.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **Refugiados ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global**. Dissertação de mestrado, 2012, 114 p. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/11970>. Acesso em: 10 junho 2023.

IPCC - International Panel on Climate Change 2021.. **AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023**. março, 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/>. Acesso em 27 de maio de 2023.

IPCC- International Panel on Climate Change 2021. **Sumário para Formuladores de Políticas. Mudança do Clima 2021: A Base da Ciência Física**. Disponível em

https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-omcti/sirene/publicacoes/relatorios-do-ipcc/arquivos/pdf/IPCC_mudanca2.pdf. Acesso em 27 de maio de 2023.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais**: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese de Doutorado, 2011, 150 p. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021/pt-br.php>. Acesso em; 10 junho 2023.

2.4 As Raízes Coloniais da Crise Migratória no Sul Global e o Direito Internacional como seu Perpetuador ¹⁰

A. Resumo

O deslocamento forçado teve um significativo aumento desde o início do século XXI, com cerca de 65 milhões de pessoas tendo sido forçadas a deixarem sua região de origem devido a conflitos armados, perseguições políticas e religiosas, violação de direitos humanos, entre outros motivos. Diante disso, se queremos elaborar estratégias para contornar ou resolver a crise migratória de nosso tempo, é imprescindível, inclusive por uma questão de responsabilização histórica, que compreendamos a origem dessa problemática e como ela se perpetua até hoje. Nesse sentido, nosso estudo busca entender quais são as raízes da crise migratória do século XXI, como a colonização europeia está na origem de suas causas e como o direito internacional e suas instituições, apesar do discurso multilateralista, institucionalizam e perpetuam a dominação do norte sobre o sul global, agravando determinantemente as condições político-econômicas que levam ao fenômeno migratório. Para isso, nossa análise se dará em três frentes. (a) Primeiro, faremos um estudo histórico sobre como o processo colonizatório está ligado com as instabilidades políticas e conflitos religiosos e étnicos nos países da África e Oriente Médio, principais palcos da crise, levantando dados e

¹⁰ Trabalho apresentado por Gabriel Rodrigues Carrijo (Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: gabrielcarrijo03@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7654160341423334>. ORcid: <https://orcid.org/0009-0001-8629-1405>)

argumentos que demonstram relação intrínseca entre a atuação dos colonizadores e a desestabilização política de ambas as regiões, pela divisão artificial das fronteiras e fomento de rivalidades étnicas, originadas desde o processo de partilha da África, formalizado na Conferência de Berlim de 1885. (b) Em segundo lugar, analisaremos como a relação “metrópole-colônia”, longe de desaparecer, se modificou e reestruturou, com as relações de dominação entre norte e sul global ainda predominando e tendo o direito internacional como seu perpetuador, fato concretizado na desigualdade dos tratados internacionais e na falta de representatividade dos países periféricos nas estruturas de governança das organizações internacionais; nesse cenário, as condições de desenvolvimento socioeconômico dos países sulistas são categoricamente barradas para mantê-los subalternos aos do norte, gerando desestabilização política e crises humanitárias que invariavelmente levam ao desencadeamento de crises e ao deslocamento forçado das população. (c) Por último, discutiremos a ideia de que a solução para a crise migratória do século XXI passa necessariamente pela afronta ao status quo, de forma que a cooperação “sul-sul” e o reforço e estruturação de instituições multilaterais entre os países do sul e a China, talvez sejam a única saída para que o sul global se livre das amarras do imperialismo do norte e, assim, crie condições próprias de lidar com os fluxos de refugiados, tendo em vista muitas vezes a recusa do norte em receber essas pessoas, além de conseguir alcançar uma tal estabilidade político-econômica que corte pela raiz as causas que levam aos deslocamentos forçados. Com tudo isso, pensamos ser capazes de traçar um panorama geral de “como chegamos até aqui” e oferecer uma proposta razoável sobre “para onde devemos ir” para resolver o problema migratório internacional.

B. Palavras-chave

Colonização; Crise migratória; Direito Internacional; Imperialismo.

Referências

- CHOMSKY, Noam. **Quem manda no mundo?**. Tradução: Renato Marques. 1ª. ed. São Paulo: Planeta, 2017.
- CROWLEY, Roger. **Conquistadores**: Como Portugal forjou o primeiro império global. Tradução: Helena Londres. 1ª. ed. São Paulo: Planeta, 2016.
- EASTERLY, William. **The white man's burden**: Why the west's efforts to aid the rest have done so much ill and so little good. Nova York: The Penguin Press, 2006.
- FERGUSON, Niall. **Império**: como os britânicos fizeram o mundo moderno. Tradução: Marcelo Musa Cavallari. 2ª. ed. São Paulo: Planeta, 2016.
- GOODWIN-GILL, Guy S *et al.* **Forced migration, human rights and security**: Studies in international Law. MCADAM, Jane, (ed.). Oxford: Hart publishing, 2008.
- HOBBSBAWM, Eric J. **A era dos impérios**. Tradução: Sieni Maria Campos, Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- JONES, Reece. **Violent Borders**: Refugees and the Right to Move. Londres: Verso, 2016.
- KINGSLEY, Patrick. **The new odyssey**: The story of Europe's refugee crisis. Londres: Guardian Faber, 2016.
- KOSKENNIEMI, Martti; RECH, Walter; FONSECA, Manuel Jiménez. **International Law and Empire**: historical explorations. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- PAHUJA, Sundhya. **Decolonising International Law**: development, economic growth and the politics of universality. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

2.5 A Efetividade do ACNUR na Proteção e Assistência aos Refugiados Sírios no Líbano: Uma Análise do Memorando de Entendimento ¹¹

¹¹ Trabalho apresentado por Murilo Seri Fagundes (Mestrando em Relações Internacionais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Membro do Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, cadastrado no CNPQ e certificado pela Universidade de Fortaleza, na linha de pesquisa Direitos Humanos, Estado e Cidadania e Revolução Verde. Membro no Grupo de Estudos sobre Migração Ambiental do Observatório Latino-americano sobre Mobilidade Humana, Mudança Climática e Desastres (MOVE-LAM) da Universidade Para a Paz da Organização das Nações Unidas; Membro do Núcleo de Estudos de Direito Internacional de Ribeirão Preto (NEDIRP) no Editorial e Grupo de Estudo em Direito Internacional dos Direitos Humanos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4570021715256102>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6535-5417>. E-mail: murilopfagundes@gmail.com / murilo.fagundes@ufabc.edu.br.) e Paula Santos Vieira

A. Resumo

Para analisar as questões relacionadas ao Sul Global se faz necessária a adoção de uma abordagem abrangente envolvendo direitos humanos, política internacional migratória justa e cooperação internacional. Neste contexto analisaremos a República do Líbano, que se encontra em uma situação complexa pela questão interna social (por possuir xiitas, sunitas e cristãos), que dividiu o governo depois da guerra civil (1975 a 1990). Neste período o Parlamento Libanês, solicitou ao Governo da Síria ajuda para encerrar o conflito interno. Porém, o Governo da Síria tinha um outro interesse para o território libanês que era a anexação. Por isso, o Governo do Líbano não assinou nenhum documento internacional de reconhecimento de status para os Refugiados. Com isso, deixou a cargo do Alto Comissariado da Nações Unidas (ACNUR), que fizesse este reconhecimento por intermédio do Memorando de Entendimento entre a direção geral de Segurança Pública e o Escritório Regional do ACNUR, sobre como lidar com os solicitantes de asilo no escritório do ACNUR no Líbano. A justificativa da pesquisa é a necessidade de analisar o memorando de entendimento com o ACNUR frente a crise complexa enfrentada pela República do Líbano, a fim de compreender como o país lida com a questão dos refugiados sírios. O problema da pesquisa se resume em saber qual é a efetividade da atuação do ACNUR, frente a situação dos refugiados no Líbano? O objetivo geral é analisar a efetividade do ACNUR para a proteção e assistência aos refugiados sírios. Os objetivos específicos são (i) investigar os desafios enfrentados pelo ACNUR e pelo governo libanês na implementação das medidas de apoio aos refugiados e as garantias de seus

(Mestranda em Relações Internacionais da Universidade Federal do ABC (UFABC). Advogada (OAB-SP) e Consultora Legal Estrangeira (BAR-FL). Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/SP, da Comissão de Direito Internacional da ABA e Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional - linha Análise Jurídica da Economia e Revolução Verde, vinculado ao CNPq e à Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1619556060516573>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8957-9386>. E-mail psvieira.adv@gmail.com).

direitos; (ii) avaliar o impacto das políticas e programas do ACNUR no Líbano em termos de integração e bem-estar dos refugiados. A pesquisa adota uma metodologia documental e histórica, buscando explorar o Memorando de Entendimento em seu contexto de reconhecimento de status de refugiados ao analisar sua utilidade para a região. Pela natureza interdisciplinar do tema, a pesquisa baseia-se em uma ampla revisão bibliográfica nas áreas de Relações Internacionais e Ciências Jurídicas.

B. Palavras-chave

Memorando de Entendimento; Segurança dos Refugiados; Oriente Médio; Geopolítica; Crise Humanitária.

Referências

EL-HELOU, Zeina. "Political Participation of Refugees: The Case of Syrian Refugees in Lebanon." *In: International Idea: Supporting Democracy Worldwide*. Disponível em: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/political-participation-of-refugees-the-case-of-syrian-refugees-in-lebanon.pdf>. Acesso em: 19 maio 2023.

CALFAT, Natalia Nahas. "The Frailties of Lebanese Democracy: Outcomes and Limits of the Confessional Framework". *In: Scielo Brasil*. Contexto Internacional. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-8529.2018400200002>.

JANMYR, Maja. "No Country of Asylum: 'Legitimizing' Lebanon's Rejection of the 1951 Refugee Convention". *In: Oxford Academic - International Journal of Refugee Law*, Volume 29, Issue 3, October 2017, Pages 438–465, Published: (05 October 2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijrl/eex026>.

MIGRATION POLICY INSTITUTE. "Lebanon." *Migration Information Source - Country Resources*. Disponível em: <https://www.migrationpolicy.org/country-resource/lebanon>. Acesso em: 14 maio 2023.

RÉPUBLIQUE DU LIBAN. *Loi du 1962 réglementant l'entrée et le séjour des étrangers au Liban ainsi que leur sortie de ce pays*, July 10, 1962. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4f30.html>. Acesso em: 01 maio 2023.

UNHCR. *Líbano*. 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/lebanon.html>. Acesso: em 30 abr. 2022.

UNIVERSIDADE LIBANESA (Centro de Estudos e Pesquisa). *Memorando de Entendimento entre a direção geral de Segurança Pública e o Escritório Regional do ACNUR sobre como lidar com os solicitantes de asilo no escritório do ACNUR*

no **Líbano** (tradução livre do árabe). Disponível em: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/ViewAgreementPage.aspx?ID=3748>. Acesso em: 14 mai. 2023.

2.6 A Adequação do Ordenamento Jurídico Brasileiro aos Tratados Internacionais em Matéria de Tráfico de Pessoas e Trabalho Análogo à Escravidão ¹²

A. Resumo

O tráfico de pessoas é considerado a terceira atividade ilícita mais rentável do mundo, movimentando cerca de 30 bilhões de dólares por ano (UNODC, 2018), sendo superada apenas pelo tráfico de drogas e armas. Apesar disso, o ordenamento nacional ainda enfrenta desafios na adequação do plano interno às disposições internacionais, a começar por sua definição normativa e pela busca da elaboração de um conceito uno, visto que o tráfico abarca diversos fenômenos ampliados pela globalização, como a migração internacional, o crime organizado, a exploração sexual forçada e a escravidão.

Destarte, os tratados internacionais tentaram elaborar a conceituação, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948), que pleiteou pelos direitos inerentes ao ser humano, seguida da Convenção Interamericana acerca do Tráfico de Internacional de Menores, em 1998 e, por fim, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Ademais, a Lei de Tráfico de Pessoas revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal, de modo que o artigo 149-A passou a estabelecer um rol taxativo acerca do crime, logo após a conceituação do que se entende por trabalho análogo à escravidão.

¹² Trabalho apresentado por Laila Maria Franco Oliveira (Graduanda no curso de Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: lailadireitofu@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5722133727884735>. ORCID: 0000-0003-0920-9153.) e Jovana Mendes Vilela Prado (Graduanda no curso de Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: jovanamendesprado@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4318143376540856>.)

Nessa toada, o tráfico de pessoas e o trabalho análogo à escravidão são realidades constates e que, comumente, se relacionam, visto que as vítimas, ao chegar no local de destino, são submetidas a várias formas de trabalho forçado, incluindo o trabalho doméstico, a exploração sexual e o trabalho em indústrias ou fábricas.

O trabalho análogo à escravidão também é objeto de estudo no âmbito internacional. A Convenção Sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório o define como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente”. Ainda, cabe citar a Convenção nº 105/1957, que visa a abolição do trabalho forçado, e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, em matéria de liberdade.

Apesar dos esforços para alinhar o plano interno aos tratados internacionais sobre trabalho forçado, as mudanças e a sua implementação no âmbito nacional são modestas. Nesse sentido, o resumo visa investigar como essa adaptação tem sido feita no ordenamento jurídico nacional e como o Estado brasileiro tem se posicionado, revelando a importância da temática por meio de suas ações e omissões legislativas.

A pesquisa será conduzida de forma indutiva, logo, o estudo abrangerá etapas como o entendimento e consolidação do conceito, os desdobramentos jurídicos do tráfico de pessoas nacional e internacionalmente, a análise de tratados e convenções e, por fim, o exame crítico da sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a investigação será baseada em estudos teóricos e bibliográficos sobre os tópicos mencionados.

Finalmente, a relevância desta pesquisa é fomentar o debate nacional sobre o combate efetivo a essa faceta do tráfico de pessoas e reafirmar o dever do país, enquanto signatário de tratados e convenções relacionados, de punir esses casos. Isto posto, o estudo figura como elemento pertinente na própria realização da Justiça e materialização dos princípios basilares do ordenamento nacional e internacional.

B. Palavras-chave

Tráfico de Pessoas; Trabalho Escravo; Tratados Internacionais.

Referências

BRASIL, **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL, **Decreto nº 2.740**, de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico. Internacional de Menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm. Acesso em: 3 de maio de 2023.

BRASIL, **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 3 de maio de 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.344**, de 06 de outubro de 2016. Promulga a Lei de Tráfico de Pessoas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13344-6-outubro-2016-783708-publicacaooriginal-151187-pl.html>. Acesso em: 3 de maio de 2023.

BRITO, Camila; GOMES, Luís Roberto. **Evolução histórica da legislação incidente sobre o tráfico de pessoas**. Toledo, Presidente Prudente, V. 11, N. 11, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4869>

CONVENÇÃO sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório. 01 de maio de 1932. Promulgado pelo Decreto n. 41.721, de 25.6.57. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 04 de maio de 2023.

CONVENÇÃO nº 105 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Abolição do Trabalho Forçado. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 06 de maio de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org>. Acesso em: 3 de maio de 2023.

ROCHA, Graziella. **Tráfico de pessoas e trabalho escravo contemporâneo na perspectiva dos tratados internacionais e da legislação nacional**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 29-51, ago. 2013.

UNODC, **Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas** (Publicação das Nações Unidas). Viena: 2018.

UNODC, **Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas** (Publicação das Nações Unidas). Viena: 2020.

Artigo recebido em: 03/08/2023. Aceito para publicação em: 03/08/2023.