

GOVERNANÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Revisitando o debate entre o Público e o Privado

■ DIRETORES

FÁBIO DA SILVA VEIGA
RUBÉN MIRANDA GONÇALVES

■ COORDENADORES

SOLON HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES
FRANCISCO DE SALES GAUDÊNCIO

GOVERNANÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Revisitando o debate entre o Público e o Privado

FÁBIO DA SILVA VEIGA

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES

(DIRETORES)

SOLON HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

FRANCISCO DE SALES GAUDÊNCIO

(COORDENADORES)



Os diretores e coordenadores não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores dos capítulos publicados.

1ª edição: 2020

ISBN: 978-84-09-17702-8

Edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

Rua de Ceuta, 118º, 1º andar, Sala 2.

4050-159

Porto, Portugal.

Co-edição: Universidade de Santiago de Compostela.

Praza do Obradoiro, 0, 15705 Santiago de Compostela, A Coruña, Espanha.

Este projeto está licenciado com uma Licença Creative Commons Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional.



COMITÉ CIENTÍFICO

Antonio Tirso Ester Sánchez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Armando Luiz Rovai (Universidade Presbiteriana Mackenzie/PUC-SP)

Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)

Eduardo Amorim (Universidad de Oviedo)

Érica Guerra da Silva (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)

Fábio da Silva Veiga (Universidad de Almería)

Francisco de Sales Gaudêncio (Universidade Federal da Paraíba)

Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos)

Gilberto Atencio Valladares (Universidad de Salamanca)

Jaime Aneiros Pereira (Universidad de Vigo)

Jose Julio Fernández Rodríguez (Universidad de Santiago de Compostela)

Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Leonardo Carneiro da Cunha (Universidade Federal da Paraíba)

Marcelo Weick Pogliese (UNIPÊ/ UFPB)

Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo)

María Camacho Zegarra (Universidad ESAN, Perú)

Solon Henriques de Sá e Benevides (Universidade Federal da Paraíba)

Rogério Fialho (Tribunal Regional Federal da 5ª Região)

Rubén Miranda Gonçalves (Universidad de Santiago de Compostela)

Vânia Aieta (Universidade Estadual do Rio de Janeiro)

Wilson Engelmann (Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

PREFÁCIO

Com muita honra participo da abertura do III Congresso Internacional de Direito, Governança e Inovação, realizado pelo Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), entidade que tem como uma de suas missões promover a cooperação em projetos para a formação técnica, cursos avançados, investigação científica, produção acadêmica e organização de eventos acadêmicos.

No intuito de imprimir maior brilhantismo a este evento, o IBEROJUR aliou-se a duas importantes instituições de ensino: A UFPB e a Universidade de Santiago de Compostela:

A Universidade Federal da Paraíba (UFPB), da qual sou professor, é instituição ainda jovem, mas que tem contribuído enormemente para a formação acadêmica, exercendo, portanto, relevante papel na construção e divulgação do conhecimento científico. A UFPB organiza o evento por intermédio do Departamento de Direito Público do Centro de Ciências Jurídicas-CCJ, juntamente com o Diretório Acadêmico Tarcísio Burity (DATAB), grêmio que reúne os argutos e irrequietos estudantes da nossa Faculdade de Direito.

Já Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), que participa deste evento por meio do seu Centro de Estudos de Seguridade (CESEG) e se consolidou como importante centro de conhecimento por obra de Alonso III de Fonseca, homem extremamente erudito, nomeado arcebispo de Santiago de Compostela em 1507, mantendo contato com importantes pensadores da época, como Erasmus von Rotterdam.

Essa parceria internacional de altíssimo nível só poderia resultar numa solenidade dessa magnitude, envolvendo diversas áreas do Direito e disciplinas afins, onde estão reunidos grandes estudiosos e renomados professores de diversas universidades brasileiras e estrangeiras. Tais instituições com os seus mestres, no perpassar

do tempo, sem dúvida, têm confirmado a conclusão atribuída ao mencionado Erasmo de Roterdã, no sentido de que “O amor recíproco entre quem aprende e quem ensina é o primeiro e mais importante degrau para se chegar ao conhecimento.”

Contando com a participação de palestrantes de renome nacional e internacional, este Congresso será fórum profícuo para abordagem

de assuntos da maior importância e que têm integrado a atual pauta das discussões jurídicas, econômicas e sociais, tendo como temática geral o direito, a governança e a inovação.

Governança e inovação, termos que hoje não mais emolduram conceitos sazonais, tendências “passageiras”, ditadas por circunstâncias transitórias. Ao contrário, constituem requisitos imprescindíveis, não apenas para assegurar a longevidade das instituições, mas, principalmente, para prepará-las para o futuro. Ou seja, permitem que estejam plenamente capacitadas para o enfrentamento dos desafios que surgem a cada dia como resultado da evolução da sociedade e do aumento dos níveis de exigência. São condições que garantem a efetividade do estado, em termos de eficiência, qualidade, responsabilidade socioambiental, respeito às diferenças etc.

O conceito de governança envolve, portanto, a busca dos meios adequados para que as instituições possam colocar em prática sua missão e alcançar seus objetivos, prestando serviços de qualidade, com foco nas necessidades individuais dos usuários e da sociedade como um todo, sem descuidar da necessária preocupação com a promoção do desenvolvimento social e proteção ao meio ambiente e com absoluto respeito às diferenças nas suas mais variadas vertentes.

Do mesmo modo, diz-se quanto à inovação. A pesquisa científica, o desenvolvimento, o aprimoramento e a implementação de novos métodos, tecnologias, instrumentos, que permitam a superação de obstáculos e a solução de problemas que impedem ou dificultam a concretização daqueles ideais, não pode mais ser visto, nos dias de hoje, como mera faculdade. É imperativo de uma nova ordem a que estão jungidas as instituições públicas e privadas.

A inovação, como meio para a melhoria das condições de vida, constitui, sem qualquer exagero, verdadeiro direito do cidadão, na medida em que possui elevado potencial de concretizar os direitos sociais. Vista a questão sob tal prisma, automaticamente avulta para o Estado o dever de proporcionar todos os meios que garantam o acesso a essas novas tecnologias visando à promoção das imprescindíveis políticas públicas.

Em outras palavras, em tempos modernos, a governança deve contemplar o uso da inovação como meio apto e indispensável a garantir a perenidade das instituições e a assegurar a evolução necessária para que então possam realizar sua missão, atendendo aos fins a que se destinam, às necessidades do usuário, realizando sua função social e, em última análise, promovendo o livre exercício dos direitos inerentes à cidadania.

A imprescindibilidade das condições de *governance* e de inovação, para garantia da efetividade do Estado, levam-me a tentar construir mentalmente uma alegoria comparativa com as condições características dos peregrinos. E, aqui, me valho de tal metáfora, até em alusão ou em homenagem à figura e à história de São Tiago (patrono de Compostela), símbolo maior dos peregrinos.

Conforme encontramos em várias obras que se dedicam a estudar os atributos que caracterizam São Tiago como peregrino, a exemplo de José Maria Anguita Jaèn¹ (Prof. Doutor da nossa parceira nesse evento, a Universidade de Santiago de Compostela), apresentam – se, em regra, o bordão, a cabaça, a sacola e a vieira como símbolos iconográficos dos caminheiros.

O bordão ou cajado instrumento necessário para conduzir o peregrino pelas estradas pedregosas e áridas; a sacola e a cabaça, como receptáculos que garantem as condições materiais para a sobrevivência do peregrino e as conchas de vieiras, pregadas ao chapéu dos viandantes, é item tido como talismã, representando uma cura realizada por São Tiago.

Arremato essa construção para enfatizar que, assim como os citados apetrechos são necessários à caminhada do viajor, rumo ao destino traçado e, sobretudo, à reconciliação com Deus, a governança e a inovação são exigências e vetores a guiar os governantes modernos, para alcançarem as condições ideais à própria subsistência do Estado, em direção ao cumprimento de suas finalidades inarredáveis.

¹ “Peregrinatio: La Conformacion de um concepto, La transformacion de uma realidad (S.XI)” – In Identidad europea e intercâmbios culturales em el Camino de Santiago (Siglos XI – XV) . Universidade de Santiago de Compostela – 2013.

Finalizo com os meus expressos agradecimentos, pois no dizer de

Sêneca

*“O ponto mais alto da moral consiste na gratidão. (...) Haverá quem aprecie sobretudo o prazer (...) alguns incluirão a riqueza no sumo bem, outros dirão que a riqueza foi inventada para o mal da humanidade e que o homem mais rico é aquele a quem a fortuna nada encontra para dar; no meio desta diversidade de posições uma coisa há que todos afirmarão, como soe dizer-se, a uma só voz: **que devemos gratidão àqueles que nos favorecem. Neste ponto toda esta multidão de opiniões se mostra de acordo...**”*

Portanto, meu muito obrigado:

Aos diretores do Congresso, pela honraria que me foi concedida em presidi-lo

Aos professores doutores da UFPB, Solon Henriques Benevides, Francisco de Sales Gaudêncio, Anne Augusta Alencar Leite e

Marcelo Weick Pogliese. Não posso deixar de registrar o esmero e o cuidado com cada detalhe com que os senhores planejaram e organizaram este congresso, que certamente será um sucesso.

Em João Pessoa, aos 05 de setembro de 2019.

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA²

Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 5ª Região

² Discurso por ocasião da Abertura do III Congresso Internacional de Direito, Governança e Inovação (III CIDIGIN), realizado na Cidade de João Pessoa, Estado da Paraíba, em setembro de 2019. Entidades Promotoras: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR –, Universidade Federal da Paraíba e Universidade de Santiago de Compostela.

SUMÁRIO

Direito Fundamental À Educação Como Corolário Da Dignidade Humana <i>Rubén Miranda Gonçalves e Leticia Mirelli Faleiro e Silva</i>	13
A Lei Geral De Proteção Aos Dados E As Alterações No Cotidiano Das Empresas Na Ordem Ibero-Americana <i>Luiz Gustavo da Silva Doles e Thaís Cíntia Cárnio</i>	25
O Cinema Como Ferramenta Do Direito De Informação E Liberdade De Expressão <i>Wellyson Medeiros Lucena e Raffael Henrique Costa Diniz</i>	33
O Direito Ao Patrimônio Cultural Como Garantia Dos Direitos Fundamentais <i>Vanessa Alcântara Nascimento</i>	43
Caiçaras De Paraty: Quando O Estado Ofende Direitos Dos Povos Tradicionais <i>Daiana Luíza Pereira de Assis</i>	54
A Mineração De Dados E Os Direitos De Personalidade Dos Consumidores: Análise Da Privacidade Na Era Digital <i>Maria Eduarda Gropp e Jefferson Holliver Motta</i>	65
O Impacto Do Regulamento Geral De Proteção De Dados Pessoais Da União Europeia No Brasil <i>Brenno Henrique de Oliveira Ribas e Carolinne Cardoso Guerra</i>	75
Proteção De Dados: Nova Dimensão Da Função Social Da Empresa <i>Anna Luíza de Carvalho Lisboa e Marília Marques Régo Vilbena</i>	84
CrITÉrios Limitadores Para Uma Maior Racionalização Da Decisão Judicial Na Efetivação Do Direito À Saúde Em Um Estado De Direito <i>Anderson Barbosa Paz e Gabriel Felíz Menelan</i>	93
O Escritório De Assistência Jurídica Da Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo Como Instrumento De Políticas Públicas No Acesso À Justiça Gratuita <i>Ulysses Monteiro Molitor</i>	103
A Responsabilidade Do Estado Em Gerir Ações Afirmativas: Análise Acerca Da Política De Cotas Raciais No Ensino Superior Público Brasileiro Como Instrumento De Efetivação Do Princípio Da Isonomia <i>Ana Carolina Abreu Bolina da Silva e André Augusto de Souza Augustinbo</i>	111
Justiça Como Equidade: Instrumentalizando A Abstração De John Rawls Para Entender A Problemática Da Privatização Do Ensino Público <i>Maria Eduarda Brandão Câmara</i>	121

A Constituição em sala de aula: uma prática da cidadania comunicativa na Ibero-América	
<i>Elisângela Rodrigues da Costa e Maria Cristina Nascimento de Souza</i>	130
Justiça Restaurativa na ordem Ibero-Americana: mecanismo da cidadania em uma ordem constitucional	
<i>Clara Moreira Carvalho e Maria Aurora Medeiros de Lucena Costa</i>	141
50 Anos do pacto de São José da Costa Rica e sua efetividade na crise dos migrantes venezuelanos	
<i>Jéssica Jane de Souza</i>	149
Da loucura à dignidade: o caso Damião Ximenes e a mudança de perspectiva no tratamento dispensado ao deficiente mental	
<i>Carolina Heloísa Guchel Berri e Bruno Thiago Krieger</i>	159
Educação em direitos humanos frente à negação às violações cometidas pelo estado brasileiro durante a ditadura militar	
<i>Beethoven Bezerra Fonseca e Maria Elizete Guimarães Carvalho</i>	169
Direitos humanos e liberdade: uma análise sobre a tipificação da qualificadora de feminicídio no Brasil sob a óptica da interpretação da pena como <i>ultima ratio</i>	
<i>Jaíne Araújo Pereira</i>	180
La [in] convencionalidad de la regulación migratoria brasileña	
<i>Thiago Oliveira Moreira e Tony Robson da Silva</i>	190
Governança Global: O Comitê das Nações Unidas para O uso pacífico do espaço (copuos) como mecanismo de governança global espacial	
<i>Marina Stephanie Ramos Huidobro e Natalia Rosa de Oliveira</i>	199
Governança Global na exploração dos recursos espaciais: o grupo internacional de trabalho de Haia sobre governança de recursos espaciais	
<i>Catherine de Souza Santos e Suyan Cristina Malhadas Lima</i>	206
The role, importance and practices of the committee of the regions (EU) In the promotion of multi-level governance. Assess the relevance and usefulness of the multi-level governance scoreboards (2011 & 2012) developed by the committee of the regions	
<i>Nathalie Gurgel Vieira e Pedro Lucas Campos de Medeiros</i>	216
O direito fundamental à boa administração pública sob a ótica dos tribunais de contas	
<i>Ricardo Affonso Ramos e Vania Siciliano Aieta</i>	225

Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: em prol do equilíbrio ecológico dos ecossistemas Latino-Americano	
<i>Erivaldo Moreira Barbosa e Maria de Fátima Nóbrega Barbosa</i>	235
O Acordo de associação Mercosul-União Europeia e sua influência nos países Ibero-Americanos: uma análise sob a luz do direito econômico	
<i>João Felipe Buerger</i>	244
O aplicativo guiabolso: um estudo de caso à luz da Lei Geral De Proteção de Dados (Lei N° 13.709/18)	
<i>João Manoel de Lima Júnior e Thaíse Zacchi Pimentel</i>	252
O ciclo vital do clamor público: uma abordagem comparativa com a teoria do pânico moral	
<i>Fernanda Daltro Costa Knoblauch</i>	261
A execução provisória da pena diante do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e sua repercussão nas relações entre o Brasil e a Comunidade Europeia	
<i>Camila Saldanha Martins e Antonio Osmar Krelling Neto</i>	272
Princípio da livre iniciativa e impedimentos impostos pelas instituições financeiras às corretoras de criptomoedas	
<i>Régis Canale dos Santos</i>	283
Por uma humanização do trabalho nos contratos disruptivos da era digital	
<i>Anna Luíza de Carvalho Lisboa e Jailton Macena de Araújo</i>	293
Direitos humanos e desafios para a promoção da dignidade humana da trabalhadora doméstica e o direito ao desenvolvimento	
<i>Ana Carolina Fontes Figueiredo Mendes e Karyna Batista Sposato</i>	302
Novas Facetas da exploração e precarização trabalhista: uma análise da força de trabalho imigrante Ibero-americana como parte da superpopulação relativa	
<i>Anderson Candeia Porto e Jailton Macena de Araújo</i>	317
O aumento da participação das insurtechs no ambiente cotidiano empresarial e a importância da governança em matéria securitária	
<i>Fernando batada e Thaís Cíntia Cárnio</i>	328
Os centros de serviços compartilhados sob a ótica da lei das terceirizações e a fraude fiscal	
<i>Rafael Ramos Abrahão</i>	337

Patrimônio Cultural material na ordem Iberoamericana: o caso das coproduções audiovisuais entre Brasil e Portugal e o estreitamento das relações internacionais de caráter culturais estabelecidas entre os dois países	
<i>Samara Taiana de Lima Silva</i>	347
Responsabilidade médica face ao termo de consentimento do paciente	
<i>Josyane Mansano e Valter Moura do Carmo</i>	357
A responsabilização civil das instituições de ensino privadas por dano moral em face da prática de <i>bullying</i> no ambiente escolar	
<i>Fabício Veiga Costa e Letícia Mirelli Faleiro e Silva</i>	372
A constitucionalidade do §1º do art. 489 do CPC/15 na limitação da decisão judicial: um modelo para o estado de direito Íbero-Americano?	
<i>Anderson Barbosa Paz e Gabriel Felix Menelan</i>	384
Evolução histórica, conceitos e os tipos de recursos no novo Código De Processo Civil Brasileiro	
<i>Maryela Mireia de Souza Bandeira</i>	393
A priorização da criança no direito internacional e a crise dos refugiados na União Européia e no Brasil, de 2015 a 2018	
<i>Cleber Mesquita dos Santos</i>	403
Uma Análise sobre criptomoedas e sua regulação no sistema jurídico brasileiro	
<i>Samuel Sampaio Evangelista e Greice Kelly dos Santos Silva</i>	412

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

Rubén Miranda Gonçalves¹

Letícia Mirelli Faleiro e Silva²

RESUMO: No presente artigo será feita uma abordagem sobre o princípio da dignidade humana, como sendo um princípio fundamental, alicerce para todos os direitos do homem. A dignidade humana tem por escopo garantir ao ser humano uma existência digna e por meio dela se justifica a necessidade de proteção e efetivação de vários direitos, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à moradia, à educação, entre tantos outros. Dentro deste contexto, será apresentado nesta pesquisa, o direito à educação como um direito humano e fundamental. Dada a sua relevância, esse direito encontra-se sedimentado em importantes documentos internacionais, os quais visam garantir tal direito a todos os seres humanos sem qualquer distinção. Este trabalho apresentará o arcabouço jurídico internacional que regulamenta o direito à educação em nível global. O Brasil, país signatário das Convenções protetivas do direito à educação, internalizou em seu ordenamento jurídico o direito à educação como um direito fundamental, previsto em lei específica, notadamente a Lei 9394/96 (Lei de Diretrizes e Base da Educação), e principalmente em suas Constituições. Assim sendo, será apresentado o panorama jurídico do direito à educação no Brasil e ao final demonstrado a importância de garantia desse direito, que quando é efetivo torna possível o alcance de outros direitos. A vertente metodológica adotada: jurídico-teórica; tipo de raciocínio: dedutivo; tipos metodológicos da pesquisa: histórico-jurídico, jurídico-comparativo e jurídico-interpretativo.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Direito à Educação; Dignidade Humana; Direitos Humanos.

ABSTRACT: In this article an approach will be made to the principle of human dignity as a fundamental principle, the foundation for all human rights. The purpose of human dignity is to guarantee the human being a dignified existence and it justifies the need for protection and enforcement of various rights, such as the right to life, freedom, health, housing, education, among many others. Within this context, the right to education as a human and fundamental right will be presented in this research. Given its relevance, this right is based on important international documents, which aim to guarantee this right to all human beings without any distinction. This paper will present the international legal framework that regulates the right to education at a global level. Brazil, a signatory country of the Protective Conventions of the right to education, has internalized in its legal system the right to education as a fundamental right, provided for in a specific law, notably Law 9394/96 (the

¹ Doutor em Direito, Mestre em Direito das Administrações e Instituições Públicas e Licenciado em Direito, com Grau (sobressaliente) pela Universidade de Santiago de Compostela. Professor no Mestrado em Segurança, Paz e Conflitos Internacionais da Universidade de Santiago de Compostela e professor no Mestrado em Advocacia da Universidade Europeia de Madrid. Na atualidade é aluno do pós-doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Itáuna. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas. Advogada.

Law on Education Guidelines and Basis), and especially in its Constitutions. Thus, the legal panorama of the right to education in Brazil will be presented and, at the end, the importance of guaranteeing this right will be demonstrated, which, when it is effective, makes it possible to achieve other rights. The methodological aspect adopted: legal-theoretical; type of reasoning: deductive; methodological types of research: historical-legal, legal-comparative and legal-interpretative.

KEYWORDS: Education; Right to Education; Human Dignity; Human Rights.

1. Introdução

O Direito à Educação se apresenta como um direito de extrema relevância, pois, através da efetivação desse direito, outros tantos se tornam possíveis, palpáveis por assim dizer. Por meio da educação o indivíduo tem maiores chances de se desenvolver plenamente, de ter uma vida digna, de manter sua igualdade frente aos demais, de se inserir no mercado de trabalho, dentre inúmeros outros benefícios e por esta razão, o direito à educação está presente em vários instrumentos internacionais de Direitos Humanos, bem como no ordenamento jurídico interno de vários países.

Porém, apesar de ser considerado como um direito humano, esse direito por muitas vezes não é respeitado, tampouco eficaz, razão pela qual é necessário o estudo da temática que nesse artigo se propõe.

No presente trabalho será feito inicialmente uma abordagem sobre o princípio da dignidade humana, como princípio basilar que dá sustentação a vários direitos. Em seguida será feito um estudo sobre o direito à educação previsto nos principais documentos globais, bem como no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por meio de uma análise do texto legal envolvendo essa temática nas constituições do Brasil.

2. O princípio da dignidade humana como valor fundamental na origem dos direitos humanos

O direito traz uma proteção comum a todos os seres humanos, outorgando-lhes garantias indispensáveis para sua existência digna, o que se efetiva por meio do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Conceituar a dignidade humana é uma tarefa complexa, pois, diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, dentre outros, a dignidade humana não trata

de um aspecto particular da existência, mas, de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal (RAMOS, 2008).

Sobre o conceito de dignidade humana, Ingo Sarlet (2011) afirma que ela é uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada pessoa de modo a torná-la merecedora de respeito e consideração por parte de todos, inclusive do Estado. A dignidade humana implica um mosaico de direitos e deveres fundamentais que protege o indivíduo contra atos desumanos, degradantes, tratamento desigual, garantindo-lhe condições mínimas para uma existência saudável, promovendo o convívio respeitoso e cooperado entre os seres humanos. Nesse sentido, Robert Alexy preconiza:

De acordo com o conceito absoluto, a garantia da dignidade humana é considerada como uma norma que tem precedência sobre todas as outras normas, em todos os casos. Se a dignidade tem precedência sobre todas as outras normas, em todos os casos, isso implica a impossibilidade, por preclusão, de realizar o balanceamento. Isso, a seu turno, significa que a cada intervenção sobre a dignidade humana resta consubstanciada uma violação à dignidade. Mesmo justificada, torna-se impossível haver uma intervenção sobre a dignidade humana. (ALEXY, 2015, p. 13).

Por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado tem o dever de protegê-la sob dois aspectos. O dever de respeito que consiste na imposição de limites à ação estatal, ou seja, a dignidade se apresenta como um limite para a atuação do poder público e também o dever de garantia, através do fornecimento de condições materiais ideais para sua promoção (RAMOS, 2017).

Com o fim de identificar a natureza jurídica da ideia de dignidade humana e dar a ela um conteúdo do qual se possam extrair consequências jurídicas e aplicáveis, Luis Roberto Barroso assim a caracteriza:

[...] a dignidade humana foi aqui caracterizada como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que (1) fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e (2) exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos- ou entre direitos e metas coletivas-, bem como no caso de desacordos morais (BARROSO, 2013, p. 463)

O conceito de dignidade humana encontra-se atrelado diretamente ao conceito de direitos humanos, ao passo que a dignidade humana implica direitos humanos (ALEXY,

2015). Nesse sentido é que a dignidade humana está intimamente ligada ao direito à educação e serve como fundamento básico para a garantia desse direito.

3. A relevância do direito à educação demonstrada por meio de sua inserção nos principais documentos globais de Direitos Humanos

O direito à educação é um direito social o qual permite aos indivíduos, por meio de um conjunto de faculdades e posições jurídicas que lhes é outorgada, o poder de exigir do Estado ou da sociedade, tudo para assegurar as suas condições materiais mínimas de sobrevivência (RAMOS, 2017).

Por se tratar de um direito social fundamental, a educação se apresenta inerente ao desenvolvimento do ser humano, enquanto ser social trazendo-lhe dignidade, razão pela qual se torna importante analisar o direito à educação não como uma norma meramente pragmática, sem eficácia imediata, mas, ao contrário, por se tratar de direito social, é exigível de imediato (GOTTEMS, 2012).

Ao mesmo tempo, e de forma mais relevante, se apresenta como um direito humano, e por essa razão, agasalhado pelas características peculiares a esse direito, sobretudo, a universalidade, o que significa dizer que não se requer outra condição além da de ser pessoa humana para que tenham assegurados todos os direitos que as ordens interna e internacional consagram a todos os indivíduos de maneira indiscriminada (MAZUOLLI, 2016).

O direito à educação enquanto um direito humano vem ao longo da história sendo inserido em inúmeros documentos (MIRANDA, 2018, p. 9), movimentos e campanhas que visam legitimar os direitos da pessoa humana. Como exemplo, pode-se citar os de maior relevância: artigo 22 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigos 13 e 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; artigo 13 do “Protocolo de San Salvador”; artigo 17 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; artigo 2 do Protocolo adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; artigos 28 e 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Nesse mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “[...] afirma o direito à educação com base em três princípios: universalidade; gratuidade e obrigatoriedade” (MAGALHÃES, 2012, p.50). Assim, não há dúvidas de que referido direito foi alçado ao patamar de Direito Humano pela comunidade internacional, devido à sua importância e essencialidade na vida de todo e qualquer indivíduo:

Uma das implicações de se perceber a educação como um direito humano, é entender que um compromisso não cumprido em relação à realização desse direito deve ser visto como uma violação. Sob esta ótica, os compromissos assumidos pelos Estados de universalizar a educação passam a ser vistos como uma obrigação legal e os mesmos devem estar sujeitos a sanções legais, além de terem a obrigação de providenciar a reparação, compensar as vítimas e assegurar que violações semelhantes não voltem a ocorrer. (MAGALHÃES, 2012, p.51)

Em face de sua relevância e essencialidade, no ano de 1993 a temática da educação interligada aos direitos humanos foi discutida na Conferência Mundial de Viena, realçando a importância da educação em direitos humanos ser efetivada no contexto da educação formal e não-formal, considerando-a como elemento essencial de promoção de relações harmoniosas entre as comunidades, capaz de fomentar o respeito mútuo, a tolerância e a paz (DIAS, 2007).

Nota-se que a comunidade internacional e também os Estados em seu âmbito interno têm se preocupado sobremaneira com a educação ao passo que por meio dela se torna possível efetuar a transmissão de conhecimento técnico aliado a valores eticamente construídos pela sociedade, propiciando àqueles que a recebe, crescimento intelectual e social, de modo a capacitá-los a se tornarem cidadãos aptos para participar de forma efetiva dentro da sociedade, interagindo de forma igual com os seus semelhantes, o que ensejaria em sua inclusão efetiva no meio social. Nesse sentido:

O acesso à educação foi e continua sendo, importante preocupação social e governamental, especialmente por se verificar que é possível a inclusão social como resultado do processo educacional. Porém, o acesso formal aos bancos escolares não deve estar limitado aos números de alunos que ingressam o sistema escolar. É preciso, também, assegurar-lhes o direito a uma educação com qualidade. (GOTTEMS, 2012, p. 45)

Demonstrada a importância da educação como sendo um direito humano de grande relevância, será feito no tópico seguinte uma explanação acerca da outorga desse direito, por meio de sua previsão nas constituições brasileiras.

3.1. O direito à educação ao longo das constituições brasileiras e na Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional

Por meio de uma análise às constituições brasileiras, nota-se que o texto constitucional desde outrora, prevê na letra da lei, a educação como sendo um direito. No cenário atual esse direito ocupa o *status* de um direito fundamental dentro do arcabouço jurídico brasileiro. Nesse sentido, discorre Fabrício Veiga Costa:

A educação é um direito fundamental subjetivo, com viés individual e coletivo, haja vista que visa a formação dos indivíduos para o trabalho, exercício da cidadania, além de promover a formação humanística, científica, crítica e tecnológica do país. É através de uma educação libertadora, que estimule e fomenta o amplo debate transdisciplinar, sócia e político, que é possível formarmos cidadãos preparados para compreender seus direitos e lutar pelo seu exercício efetivo. (COSTA, 2018, p.379)

Regressando ao ano de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil tratou sobre a educação em seu artigo 179, incisos XXXII e XXXIII (BRASIL, 1824). “Foi estabelecida a garantia do ensino primário a todos os cidadãos e sua realização, preferencialmente, pela família e pela Igreja, bem como a criação de colégios e universidades para o ensino de Ciências, Artes e Letras.”. (TEIXEIRA, 2008, p. 149).

Já na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, o direito à educação foi estabelecido em seus artigos 35 e 72 (BRASIL, 1891). Neste sentido:

O tratamento dado ao tema foi modificado, principalmente no que se refere à descentralização e concentração das atividades educacionais da União e dos estados. Ficou estabelecida a competência do Congresso para “o desenvolvimento das letras, artes e ciências”, bem como para a criação de estabelecimento de ensino superior e secundário nos estados e para prover a instrução secundária no Distrito Federal. Também, estabeleceu-se a separação entre Estado e Igreja no que se refere à educação, uma vez que o ensino ministrado nos estabelecimentos oficiais era laico. (TEIXEIRA, 2008, p. 153)

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (BRASIL, 1934), houve uma aproximação aos ideais sociais das Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), porém, no tocante à educação, apesar de terem sido realizadas mudanças, foi mantido o viés tradicional observado na estrutura sociopolítica da Velha República. (TEIXEIRA, 2008).

A educação é tratada nos artigos 5º, inciso XIV e 148 a 158 da Constituição de 1934. Cabe ressaltar aqui a redação do artigo 149, que preconiza a educação é direito de todos, e deve ser proporcionada a brasileiros e estrangeiros domiciliados no país. (BRASIL, 1934).

Em relação a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (BRASIL, 1937), o direito à educação veio disposto nos artigos 15, inciso IX, 16, inciso XXIV e 128 a 134. Nesta constituição “foi mantida a gratuidade do ensino do ensino primário é considerada obrigatória a educação física, o ensino cívico e os trabalhos manuais, nos moldes do artigo 131, bem como tornando facultativo o ensino religioso”. (TEIXEIRA, 2008, p.158).

No que tange a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (BRASIL, 1946):

No texto aprovado e promulgado em setembro de 1946, o direito à educação foi disciplinado nos artigos 5º, XV, d, e 166a 175. Novamente, nos moldes da Constituição de 1934, a educação continuou caracterizada como direito subjetivo público. A União manteve a competência para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, facultando aos estados legislarem em caráter complementar. A Carta Magna estabeleceu, no artigo 168, os princípios que deveriam ser obedecidos pela legislação, dentre eles: o ensino primário obrigatório e em língua nacional; o ensino oficial ulterior para aqueles que provassem insuficiência de recursos, bem como a manutenção de ensino primário pelas empresas industriais, comerciais e agrícolas com mais de cem trabalhadores; e exigência de concurso de provas e títulos para cátedras do ensino secundário oficial, bem como do superior, oficial ou livre. Também foram garantidas a liberdade de cátedra e a vitaliciedade aos professores concursados. No que se refere aos recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, estabeleceu o artigo 169 daquele texto que a União deveria aplicar pelo menos 10% da renda resultante dos impostos nessa atividade, e os estados, Distrito Federal e municípios 20%. Finalmente, dividiu o sistema de ensino em dois: federal e dos territórios, organizado pela União, nos termos do artigo 170; e dos estados e Distrito Federal. Ambos deveriam possuir serviços de assistência educacional para o atendimento da clientela carente (artigo 172). (TEIXEIRA, 2008, p. 160)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (BRASIL, 1967), trouxe em seus artigos 8º, incisos XIV, XVII, alínea “q” e 168 a 172. Nesta constituição, ao ensino ulterior ao primário também foi garantida a gratuidade e, sempre que possível, determinou-se a substituição desta por bolsa de estudos, sendo que, no caso da concessão de bolsa no ensino superior, a mesma deveria ser reembolsada pelo indivíduo. Foi determinado também “para empresas comerciais, industriais e agrícolas a obrigatoriedade de manutenção de ensino primário gratuito aos empregados e filhos, bem como, no caso das duas primeiras, o

oferecimento de cursos de aprendizagem aos trabalhadores menores”. (TEIXEIRA, 2008, p.161). Já em relação à Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (BRASIL, 1969):

Fruto do agravamento da situação de exceção política vivida pelo País, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, alterou profundamente as disposições relativas ao direito à educação. Merece destaque a substituição da liberdade de cátedra pela liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério.

A obrigatoriedade para investimentos foi estabelecida somente aos municípios. Em 1983, por intermédio da Emenda Constitucional nº 24, esse dever foi estendido à União, Estados e Distrito Federal. (TEIXEIRA, 2008, p. 161)

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) prevê em seu artigo 6º, que são direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. As disposições específicas sobre educação se encontram nos artigos 205 a 214. Sobre os princípios que regem a educação, cumpre ressaltar que:

Da disciplina estabelecida no texto constitucional, podemos destacar, além do princípio da dignidade da pessoa humana, indicado no artigo 1º, III, e dos objetivos do Estado brasileiro, estabelecidos no artigo 3º, os princípios especificamente voltados à educação, indicados nos artigos 206 a 209. Quanto ao primeiro, é relevante destacar:

- a obediência aos princípios da igualdade de condições para acesso e permanência na escola;
- a liberdade para aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- a valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- a gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- garantia de padrão de qualidade;

O artigo 207, direcionado especificamente ao ensino superior, estabeleceu a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades e tornou indissociáveis o ensino, a pesquisa e extensão. (TEIXEIRA, 2008, p. 162)

Nesse sentido, a Constituição apresenta em seu conteúdo, a educação como sendo um direito fundamental. Porém não se trata mais de qualquer direito à educação, mas

daquelas cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, mas sim àquela que atende as preocupações constitucionais. O dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso (TAVARES, 2009).

Pode-se observar que tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o da igualdade norteiam a aplicação do direito à educação no Brasil o que vem confirmado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, a qual estabelece em seus artigos 2º e 3º que:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar; VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade; X - valorização da experiência extra-escolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais. XII - consideração com a diversidade étnico-racial. XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. (BRASIL, 1996)

Avançando, são garantias constitucionais, estabelecidas no artigo 208 da Constituição:

- ensino fundamental obrigatório e gratuito;
- ensino fundamental gratuito para aqueles que não tiveram acesso a ele na idade própria;
- progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- atendimento especializado aos portadores de deficiência;
- atendimento para crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas;
- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- oferta de ensino noturno adequado às condições dos alunos;
- programas complementares de atendimento para o educando carente no ensino fundamental.

(TEIXEIRA, 2008, p. 163)

É possível averiguar que a Lei de Diretrizes e Base da Educação caminha lado a lado ao texto constitucional, ao passo que dentro de uma mesma conjuntura instituem que a educação é instrumento de formação do indivíduo, ao passo que por meio dela, lhes é garantido sobretudo, o direito de igualdade, liberdade, qualificação para o trabalho e exercício de cidadania (COSTA, 2018). Nesse sentido:

Tais proposições evidenciam com clareza que a escola e as instituições de ensino superior no Brasil devem ser vistas como espaço que assegura a docentes e discentes o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Trata-se de instituição que prepara as pessoas para o exercício livre e crítico da cidadania, possibilitando aos destinatários dos provimentos estatais a legitimidade de participação direta no debate e deliberações que versam sobre os direitos fundamentais da coletividade. (COSTA, 2018, p. 378)

No entanto, apesar de relevante, em termos de definição da educação como direito humano, ela está longe de ser efetivada em termos de direito de toda e qualquer pessoa no Brasil ao passo que a legitimidade e reconhecimento do direito humano à educação têm sido objeto de longos debates e acirradas disputas no campo político, social e educacional, advindos da luta pela democratização da educação pública, em termos de acesso, permanência e qualidade da educação (DIAS, 2007).

Considerações Finais

Conforme demonstrado, a educação como sendo um direito humano e fundamental, visa principalmente a formação das pessoas para o mercado de trabalho, para o exercício efetivo da cidadania, além de promover a formação humana e científica. É por meio do acesso à educação que o indivíduo vê respeitada a sua dignidade humana.

A importância do direito à educação se nota através da sua previsão normativa em vários documentos globais e no direito interno brasileiro. Na mesma perspectiva do texto constitucional, a Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional) estabelece que a educação deve ser compreendida como um processo de formação humana, assegurando-se a todos os indivíduos igualdade de acesso e permanência.

Não basta, porém, que o mencionado direito seja previsto no texto normativo. Para muito além disso, se faz necessária a efetivação desse direito pelo poder público, de modo a evitar que a Lei se torne vazia e ineficaz.

Referências

ALEXY, Robert. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**/ Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1.ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 17/10/1969**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liberdade de Cátedra do Docente nos Cursos de Bacharelado em Direito**: um Estudo Crítico da Constitucionalidade do Projeto de Lei Escola sem Partido Revista Jurídica, v. 1, n.50, Curitiba, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2555/1519>. Acesso em: 08 ago. 2019.

DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. (Org.). **Educação em Direitos Humanos**: fundamentos teóricos metodológicos. 1.ed. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2007.

GONÇALVES, Rubén Miranda. El derecho a la educación como derecho humano: especial referencia a la jurisprudencia española actual, **Atualidades na Ciência Jurídica: Intercâmbio Iberoamericano**. Ed. Instituto Politécnico da Maia. Maia, 2018

GOTTEMS, Claudinei. **Direito Fundamental à Educação**. Argumenta –UENP. Jacarezinho. Nº. 16, p.43-62, 2012). Programa de mestrado em Ciência Jurídica da UENP

JESUS, Umbelinda Alves de. **O direito fundamental à educação: o problema da efetividade das políticas públicas inclusivas de educação das crianças com deficiência**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Itaúna. Itaúna, 2015.

MAGALHÃES, Giovanna Modé. **O direito humano à educação e as migrações internacionais contemporâneas: notas para uma agenda de pesquisa**. São Paulo: Cadernoscenpec, v.2, n.2, p.47-64, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica: Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÁNCHEZ, Antonio Tírso Ester, El sentido de la enseñanza de los derechos humanos en la sociedad democrática, **Dikaiosyne**, nº. 30, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Direito Fundamental à Educação**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v.1, 2009.

TEIXEIRA, Maria Cristina. O Direito à Educação nas Constituições Brasileiras. **Revista do Curso de Direito**. São Paulo: Universidade Metodista de São Paulo, v.5, n.5, 2008.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO AOS DADOS E AS ALTERAÇÕES NO COTIDIANO DAS EMPRESAS NA ORDEM IBERO-AMERICANA

Luiz Gustavo da Silva Doles¹

Thaís Cíntia Cárnio²

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, como ficou conhecida a Lei n. 13.709/18, foi sancionada pela Presidência da República em 13 de agosto de 2018 e estará plenamente em vigor em meados de agosto de 2020. Trata-se de um marco regulatório que produzirá significativas alterações no cotidiano empresarial, demandando que as instituições invistam em grandes mudanças para proteger os dados pessoais de seus clientes, funcionários e fornecedores. Observa-se claramente a necessidade de controles mais rigorosos e cuidadosos no que tange ao tratamento de dados, mormente quando se verifica a disposição normativa que assegura a titularidade dos dados pessoais e garante a seu titular os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade. Essa norma vem como resposta à falta de limites na utilização de dados de particulares, disseminando-os indiscriminadamente, sem qualquer prévia e expressa aquiescência por parte dos originadores dos dados. Desde pequenos estabelecimentos, como grandes corporações, como o Facebook, nota-se o vazamento de informações, cuja publicidade de certos conteúdos não necessariamente era desejada (e seque acordada) por seus titulares. Essa iniciativa é comum em várias jurisdições, inclusive em sistemas jurídicos ibero-americanos. Nesse sentido, é pertinente que se verifique como são exteriorizadas essas exigências legais no Brasil e em outros países, e como essas previsões efetivamente podem beneficiar o direito à privacidade de dados. Ademais, quais são os maiores óbices a serem enfrentados pelas empresas para implantação das novas políticas de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados – Privacidade – Regulamentação

INTRODUÇÃO

O atual momento pelo qual a humanidade tem passado está imerso em um novo ambiente de desenvolvimento multidisciplinar que impacta as mais diversas áreas do conhecimento, como também altera de maneira superlativa o modo como o homem se relaciona com o meio de prestação de serviços e fornecimento de bens, seja em relação à sua produção, seja no instante em que atingem o destinatário final.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Paulista - UNIP. E-mail: luizgdoles@gmail.com

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. E-mail: thais.carnio@gmail.com

As questões relativas a novas formas de serem desenvolvidos antigos serviços aumenta exponencialmente com o incremento das plataformas tecnológicas e com a rapidez com que os dados transitam.

Justamente por esse motivo, há um incremento do nível de preocupação com a destinação de dados fornecidos em estabelecimentos comerciais, produtores de entretenimento, criadores de conteúdo virtual, dentre outros.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709/18), de 13 de agosto de 2018 e entrará em vigor agosto de 2020, e tem por escopo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, além de com isso propiciar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A proteção de dados pessoais já era objeto de regulamentação em geral no Brasil devido à proteção da intimidade prevista na constituição assim como a proteção das informações de usuários presente no Marco Civil da Internet. Contudo, a LGPD trouxe normas específicas a respeito do assunto e uma penalização alta em caso de vazamento de dados.

Ao longo deste estudo, será desenvolvida análise mais profunda a respeito desse importante marco regulatório e as consequências que trará ao ambiente empresarial no que tange ao tratamento dessas informações.

1 O caminho percorrido

Ao longo de anos de desenvolvimento envolvendo o processo produtivo, pode-se verificar quatro grandes movimentos que efetivamente foram percebidos como importantes propulsores dessa atividade.

A primeira revolução industrial sagrou-se evolução de máquinas e equipamentos empregados na produção. A segunda, concentrou-se na utilização mais ampla da energia elétrica aliada à massificação do processo produtivo. A próxima revolução inicia uma tendência que não retroagirá: o uso cada vez mais intenso da tecnologia na indústria, passando a ser conhecido como revolução digital.³

Posteriormente, o aperfeiçoamento das grandes redes de computadores e sua progressiva inserção nos mais variados meios empresariais, resulta na consolidação do que

³ CHANTAL, Beauchamp. *Revolução Industrial e Crescimento Econômico*. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 45-48.

se convencionou denominar “quarta revolução industrial”, que funde o mundo físico, digital e biológico.⁴

Seus principais elementos formadores são a manufatura aditiva, a inteligência artificial, a internet das coisas, a biologia sintética e os sistemas ciber-físicos.⁵

A inteligência artificial consiste em um “segmento da computação que busca simular a capacidade humana de raciocinar, tomar decisões, resolver problemas, dotando softwares e robôs de uma capacidade de automatizar vários processos”⁶, sendo este o ponto que traz as maiores preocupações quanto à circulação de dados, pois essa inteligência se relaciona estreitamente com a guarda de dados em grandes volumes. É o chamado *big data*, ou seja, uma enorme quantidade de dados gerados em nano segundos com o objetivo de subsidiar as decisões de negócios das empresas.

Vale ressaltar que a LGPD não foi o primeiro diploma legal brasileiro a tratar da proteção das informações dos cidadãos. A constituição federal, no seu artigo 5, inciso X, assegura a todos os cidadãos a inviolabilidade da sua intimidade e de sua vida privada⁷, o que inclui a proteção dos seus dados pessoais e quaisquer outras informações capazes de identifica-lo.

Além disso, também há proteção expressa de tais informações na lei XX, o Marco Civil da Internet, que assegura a todos os usuários da internet brasileira a proteção da sua privacidade e de seus dados pessoais⁸.

⁴ DUARTE, Fábio. **Arquitetura e Tecnologias de Informação: Da revolução industrial à revolução digital**. São Paulo: Fapesp Editora da Unicamp, 1999. p. 36.

⁵ O principal foco deste estudo repousa na tramitação de dados especialmente por intermédio da inteligência artificial. Assim, os demais componentes, igualmente relevantes para a revolução industrial 4.0 serão apenas brevemente definidos. A manufatura aditiva consiste na impressão tridimensional de várias peças para a fabricação de objetos; internet das coisas concentra-se na conexão de objetos físicos à internet, executando ações de forma coordenada; a biologia sintética implica em novos desenvolvimentos tecnológicos nas áreas de química, biologia, ciência da computação e engenharia; e os sistemas ciber-físicos, fundem rodos os processos físicos a sua correlação na esfera digital (BRASIL, República Federativa do. **Agenda brasileira para a Indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/.Acesso> em 30 Ago 2019).

⁶ BRASIL, República Federativa do. **Agenda brasileira para a Indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/ Acesso> em 30 Ago 2019.

⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

⁸ “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

(...)

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;”

Tal proteção é necessária pois estas informações são extremamente úteis para as empresas, o que gera grande interesse nas mesmas e faz com que muitos empresários do ramo de tecnologia digam que “dados são o novo ouro”. Além disso, o acesso a estes dados é facilitado pela infraestrutura tecnológica atual vez que pessoas incluem diversas informações em mídias sociais e outros serviços online.

Por exemplo, as empresas podem utilizar informações relacionadas a histórico de compras, localização e renda, dentre outras, para ajustar suas estratégias comerciais e de marketing.

Vale ressaltar que muitos acreditam que a proteção de dados pessoais somente é realizada em ambiente digital, sendo que existem diversas maneiras de realizar a captura e arquivamento das mesmas. Assim, informações pessoais presentes em documentos físicos também são protegidas pela legislação pátria, aumentando ainda mais o escopo de atuação da legislação supracitada.

Os dados pessoais são divididos entre dados estruturados e não estruturados, sendo os primeiros aqueles que se encontram úteis e organizados, enquanto os demais carecem de catalogação para serem efetivamente vantajosos para seus receptores. Seus pilares são conhecidos como 5V's: volume, variedade, velocidade, veracidade e valor.⁹

O primeiro ponto de atenção é justamente a captação de informações nas mais variadas fontes: de empresas de cartões de crédito a redes sociais, farmácias a supermercados, a grande maioria das ações praticadas nos dias hoje, desde as mais corriqueiras, deixam um rastro virtual de atividades.

Mais que isso: há dados de natureza sensível, assim entendidos aqueles que desvelam convicções pessoais de cunho religioso, político, moral, dentre outros, cuja confidencialidade são constitucionalmente protegidos.¹⁰ Ainda assim, a violação ao sigilo com a partilha dessas informações sem qualquer autorização consciente dos titulares desses direitos fundamentais.

Essa tendência é mundial. Nesse sentido, as primeiras reações normativas foram recentemente desenvolvidas, como se analisará a seguir.

Todas estas mudanças geram uma grande necessidade de regulamentação destas relações sociais e comerciais vez que as normas gerais de atuação não contemplam esta nova realidade. Cabe, então, a criação e implementação de novas normas para proteger o interesse público frente a esta nova revolução industrial.

⁹ DUARTE, Fábio. *Opus cit.*

¹⁰ BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 169.

Há, por exemplo, a necessidade criar um conceito jurídico para tratamento de dados, uma atividade realizada cotidianamente, algo que fora feito pela LGPD.

No seu artigo 5, inciso X, a lei conceitua o que a atividade de tratamento de dados pessoais engloba, conforme reproduzido abaixo:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Conforme se pode verificar, trata-se de atividade extremamente abrangente. Damos enfoque à inclusão do termo “armazenamento” como atividade de tratamento de dados vez que qualquer empresa ou pessoa física realiza tal atividade.

Empresas, por exemplo, possuem dados pessoais de empregados e clientes, o que faz com que a grande maioria dos estabelecimentos comerciais brasileiros e ao redor do mundo tenham que se atentar à proteção dos dados pessoais.

2 INICIATIVAS RELEVANTES

Emanada em 24 de outubro de 1995, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho foi precursora na União Europeia em matéria relativa à proteção e ao tratamento de dados pessoais, bem como sua livre circulação.¹¹

Posteriormente, em maio de 2018, entrou em vigor na União Europeia o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation - GDPR*), após decorridos dois anos de *vacatio legis* para que as instituições afetadas pudessem ter tempo para se adequar a essa norma que tem por objetivo de reduzir os riscos de abusos na coleta, no tratamento, uso e transferência de dados para todos os estados membros da União Europeia, substituindo a Diretiva 95/46 CE.¹²

Além disso, com o objetivo de regulamentar questões técnicas relacionadas à proteção de dados pessoais, a ISO (*International Organization for Standardization*) criou, em 2005, a ISO 27001, seguida de diversas outras normativas, que criaram padrões de segurança a serem seguidos por diversas empresas.

¹¹ EUROPEIA, União. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046> Acesso em: 30 Ago 2019.

¹² EUROPEIA, União. **General Data Protection Regulation - GDPR**. Disponível em: <https://eugdpr.org/> Acesso em: 30 Ago 2019.

Um ponto fulcral do normativo, compartilhado por diversos normativos associados à matéria, refere-se à obrigatoriedade das empresas em obter o consentimento expreso e inequívoco dos titulares de dados para autorizar a coleta e tratamento de seus dados, informando clara e inequivocamente como essas informações serão utilizadas e quais os métodos para revogação, a qualquer tempo, do consentimento originalmente concedido.

Importante salientar que as organizações estabelecidas fora da União Europeia, mas que realizem negócios naquele território ou ofereçam bens e serviços que coletem dados pessoais também devem observar as disposições constantes do Regulamento Geral de Proteção de Dados. Esse fenômeno denomina-se *Increased Territorial Scope*, ou aplicabilidade extraterritorial.

A extraterritorialidade se torna norma central do sistema de proteção na medida em que o processamento de dados pode ocorrer em qualquer lugar do mundo. Há, então, a necessidade de identificação de quais países receberão tais informações e como as mesmas serão tratadas.

Além disso, diferentes países gozam de diferentes graus de proteção das informações pessoais, o que faz com que aqueles que realizam o processamento de dados tenham de zelar pela proteção das informações em nível internacional.

Devido ao intenso movimento internacional na proteção de dados pessoais iniciado pela União Europeia através da edição e implementação da GDPR, pode-se verificar que os países estão tentando se organizar internacionalmente para realizar a proteção dos dados pessoais de seus cidadãos.

Devido a tal situação a LGPD contém uma sessão inteiramente dedicada à transferência internacional de dados pessoais.

No caso, a norma somente permite a transmissão:

I - para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD;

II - quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos na LGPD;

III - quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

IV - quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

V - quando a autoridade nacional autorizar a transferência;

VI - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

VII - quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público;

VIII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades.

Todas as situações acima descritas buscam fazer com que o tratamento e processamento de dados pessoais seja realizado de maneira uniforme ao redor do mundo, dando maior grau de proteção aos cidadãos brasileiros.

Caberá à ANPD, Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais, a indicação de quais jurisdições oferecem o grau de proteção necessário.

Trata-se de um importante passo na proteção dos dados pessoais vez que o atual estágio do processo globalizatório e a conseqüente integração dos países nos mais variados campos e níveis, em especial devido ao fato de que não existem grandes barreiras internacionais para a circulação de informações, ao contrário do que ocorre com a circulação de dinheiro, produtos e serviços.

Seria, assim, necessário que houvesse um maior esforço conjunto dos países ao redor do mundo para assegurar a proteção dos dados pessoais de pessoas físicas, em especial quanto à sua circulação nas mais diversas jurisdições.

CONCLUSÃO

Com o advento de novas tecnologias e a grande integração que o mundo digital passou a ter com o mundo físico, a proteção de dados pessoais criou a necessidade da emissão de regulações específicas pelos Estados ao redor do mundo, desde o Brasil até os Estados Ibero-americanos.

Isto pois os dados pessoais de pessoas físicas passaram a ser um ativo comercial de grande importância para empresas dos mais diferentes níveis.

Além disso, este cenário também opera em nível internacional com grande abrangência vez que, atualmente, devido ao processo globalizatório, não há grandes fronteiras ao tráfego de informações em quase todos os países do mundo.

Tal situação faz com que, muitas vezes, devido ao baixo custo do desenvolvimento de algumas atividades em países de terceiro mundo, o processamento de dados pessoais ocorra em jurisdições diferentes daquelas nas quais estas informações foram capturadas.

Por fim, conclui-se que a circulação de dados pessoais tem de ser atentamente observada por todos os países para que a defesa dos interesses de seus cidadãos possa ser realizada com a efetividade e grau de segurança necessários.

Para tanto, a criação de regulação e órgãos de proteção locais não é suficiente para atingir a ampla proteção dos dados pessoais, mas sim a cooperação dos diversos países com este objetivo em mente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 169.

BRASIL, República Federativa do. **Agenda brasileira para a Indústria 4.0**. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/Acesso> em 30 Ago 2019.

CHANTAL, Beauchamp. **Revolução Industrial e Crescimento Econômico**. Lisboa: Edições 70.

DUARTE, Fábio. **Arquitetura e Tecnologias de Informação: Da revolução industrial à revolução digital**. São Paulo: Fapesp Editora da Unicamp, 1999.

EUROPEIA, União. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046> Acesso em: 30 Ago 2019.

EUROPEIA, União. **General Data Protection Regulation - GDPR**. Disponível em: <https://eugdpr.org/> Acesso em: 30 Ago 2019.

O CINEMA COMO FERRAMENTA DO DIREITO DE INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Wellyson Medeiros Lucena¹

Raffael Henrique Costa Diniz²

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo geral analisar criticamente a censura, imposta principalmente pelos governos ditatoriais e autoritários, à indústria cinematográfica, bem como aos demais meios de comunicação. No Brasil, a censura foi característica marcante na época da Ditadura Militar, ocorrida em 1964, período de retrocesso e grandes transtornos à liberdade de expressão, ao livre pensamento, as livres expressões artísticas e ao acesso à informação, sendo estes, preceitos indispensáveis à vigência de um Estado Democrático de Direito, os quais são preconizados e assegurados na atual Constituição Cidadã. Também se discutiu, ao longo deste estudo, aspectos relacionados à liberdade de expressão e ao livre pensamento, vez que os meios de comunicação, de produções musicais, artísticos e culturais, com ênfase no cinema – conhecido como “sétima arte”, foram censurados por 21 anos durante a Ditadura Militar de 1964. Nestes tempos em que as liberdades foram cerceadas, cabem discussões acerca do assunto, de tal modo que tal situação de cerceamento de direito jamais volte a se repetir. Desta feita, compreende-se que o cinema, historicamente, fez parte dessa supressão de direitos, sendo censurado por amarras ideológicas de governantes antidemocráticos. No que concerne aos procedimentos metodológicos, esta pesquisa se configura em um estudo bibliográfico, onde foram utilizadas publicações dentre livros, artigos, dentre outras.

PALAVRAS-CHAVE: Cinema. Liberdade de expressão. Censura. Cultura. Memória histórica.

ABSTRACT: The main objective of this article was to critically analyze the censorship imposed to the film industry, as well as other media, by dictatorial and authoritarian governments. In Brazil, censorship was an important instrument of the Military Dictatorship, which begun in 1964, a period of retreat and great disruption to freedom of expression, free thought, free artistic expression and access to information, which are indispensable precepts of a Democratic State of Law, which are advocated and ensured in the current Citizen Constitution. Throughout this study, aspects related to freedom of expression and free thought were also discussed, since the media, musical, artistic and cultural productions, with an emphasis on cinema - known as "seventh art" - were censored by 21 years during the Military Dictatorship of 1964. In these times when the freedoms have been curtailed, there are discussions about the subject, in such a way that this situation of restriction of law never repeats itself again. This time, it is understood that cinema, historically, was part of this suppression of rights, being censored by ideological ties of antidemocratic rulers. As far as

¹Bacharel do Curso de Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. E-mail: <Wellysonm16@gmail.com>

²Professor Mestre do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. E-mail: <raffaelfcostadiniz@hotmail.com >

methodological procedures are concerned, this research is set up in a bibliographic study, where publications were used among books, articles, among others.

KEYWORDS: Cinema. Freedom of expression. Censorship. Culture. Historical memory.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que no cenário contemporâneo, a relevância dos direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de expressão, vem ganhando cada vez mais destaque. Elencados na Constituição Federal de 1988, especificamente nos art. 5º e 220, tais liberdades são asseguradas constitucionalmente, tendo ainda por base o princípio da dignidade da pessoa humana, entabulado no art. 1º, inciso III, da Carta Maior.

Neste sentido, este trabalho teve por objetivo geral analisar criticamente a censura, imposta principalmente pelos governos ditatoriais e autoritários, à indústria cinematográfica, bem como aos demais meios de comunicação. No Brasil, a censura foi característica marcante na época da Ditadura Militar, ocorrida em 1964, período de retrocesso e grandes transtornos à liberdade de expressão, ao livre pensamento, as livres expressões artísticas e ao acesso à informação, sendo estes, preceitos indispensáveis à vigência de um Estado Democrático de Direito, os quais são preconizados e assegurados na atual Constituição Cidadã.

Também se discutiu, ao longo deste estudo, aspectos relacionados à liberdade de expressão e ao livre pensamento, vez que os meios de comunicação, de produções musicais, artísticos e culturais, com ênfase no cinema – conhecido como “sétima arte”, foram censurados por 21 anos durante a Ditadura Militar de 1964.

Nestes tempos em que as liberdades foram cerceadas, cabem discussões acerca do assunto, de tal modo que o referido cerceamento de direito jamais volte a se repetir. Desta feita, compreende-se que o cinema, historicamente, fez parte dessa supressão de direitos, sendo censurado por amarras ideológicas de governantes antidemocráticos.

O cinema, como muitos gêneros e ferramentas da arte, teve suas liberdades mitigadas pela censura, forma de repressão mais utilizada na Ditadura Militar, uma vez que muitos dos filmes abordavam em seu contexto, temáticas extremamente necessárias à sociedade, ou consideradas tabu.

Nessa perspectiva, mencionam-se a título exemplificativo os filmes “Laranja Mecânica” de Stanley Kubrick (1971), que trouxe cenas de nudismo; “Tracema” de Jorge Bodanzky (1976), que criticou a exploração de crianças e adolescentes nas margens de

estradas, assim como exploração de índios para trabalho escravo e desmatamento das florestas na Amazônia, fazendo jus a falta de políticas do governo na época; “Pra Frente Brasil” de Roberto Farias (1982), um filme que tece críticas a ditadura; dentre muitos outros títulos tiveram apagados seus significados, de acordo com a Memória da Censura no Cinema Brasileiro.

2 SÉTIMA ARTE E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A “sétima arte”, “arte total”, “arte do movimento” ou “a alma da modernidade”, foi conceituada de antemão pelo crítico de cinema Ricciotto Canudo, que iniciou um movimento intelectual artístico “*The Birth of the Sixth Art*” (O nascimento da sétima arte), que deu origem ao movimento expressionista (ABEL, 1993).

A comunicação audiovisual/cinematográfica se expandiu significativamente nos anos de 1960, onde se tinha tanto a divindade dos atores, como o “culto” ao *american way of life* – “estilo americano de vida”, criado pela indústria cinematográfica de Hollywood e também após a Segunda Guerra Mundial, onde se teve tanto análise dos Direitos Humanos (como o filme “Horizontes de Glória”, do diretor Lewis Milestone, 1951), como dos valores sociológicos e psicológicos, sendo importante veículo de propaganda e informação (FERREIRA, 2009, p. 186).

Os meios de comunicação – dando ênfase ao cinema, em especial, por possuir imagens que evidenciavam ao olho humano uma realidade, ou a representação da realidade – possuíam algo grandioso: o poder de informação. Refletia-se assim, o direito que possui o cidadão de ficar a par do que acontece em seu país, e no governo, estando informando acerca, por exemplo, das políticas públicas desenvolvidas, propagadas nos noticiários em geral.

Concretiza-se, nesse sentido, o direito a informação, conforme reza o art. 5º da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988). Sendo estes direitos inerentes a qualquer cidadão, principalmente com as descobertas crescentes de novas tecnologias de comunicação.

Também no art. 5º, inc. IX encontra-se disposto que: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). É, portanto, assegurado o desenvolvimento de projetos de fontes

intelectuais e artísticas, os expressionismos, em favor da história cultural nacional, pondo limites ao Estado quanto ao poder de intervir em produções artístico-culturais.

O Cinema desempenha papel importante como meio de comunicação para o Direito, conforme o autor Nielson Ribeiro Modro (2009), tanto num olhar que envolve a interdisciplinaridade, como no meio didático – no uso de obras acadêmicas que utilizam as “imagens de movimento” para proporcionar uma visão acerca do cotidiano do mundo.

Além disso, é possível constatar a perspectiva audiovisual na realização de um processo judicial, bem como questões relativas ao cotidiano do mundo jurídico. Contudo, comparando a outros países, é bastante acentuada a distância entre o sistema jurídico brasileiro e o americano, como exemplo, registra-se a minissérie “*Justiça*”, de Manuela Dias (2016) vs. “*How To Get Away With Murder*”, de Peter Nowalk e Shonda Rhimes (2014), e até mesmo obras que se utilizam do clichê da figura do advogado como estereótipo do profissional de Direito (MODRO, 2009, p. 10).

3 CENSURA NA DITADURA DE 1964 VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A censura é ferramenta usual nos regimes antidemocráticos, e foi especialmente utilizada na ditadura militar do Brasil, permitindo aos militares a interdição de obras, modelando a produção cultural e vendendo verdades para manutenção de um estado ditatorial, e conseqüentemente fazendo com que o Direito de Informação e Expressão da população fosse exterminado, além da destruição da identidade cultural nacional (PINTO, 2006, p. 163).

A ditadura militar teve fim 21 anos depois (1964-1985), e em 5 de outubro de 1988 foi desarticulada imediatamente com a promulgação da Constituição Federal, atual constituição do Brasil, também conhecida por “Carta Magna” ou “Constituição Cidadã”, por ter sido concebida no processo de redemocratização, nas palavras de Ulysses Guimarães (2012) a Assembleia Constituinte se reuniu sob um intento imperativo, qual seja: “de promover a grande mudança exigida pelo nosso povo. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A nação quer mudar. A nação deve mudar. A nação vai mudar” (GUIMARÃES, 2012, p. 122).

A Constituição Federal de 1988 barrou veemente qualquer forma de censura, quando primeiramente representou o símbolo da redemocratização, evitando qualquer abuso de

poder do Estado sob a ótica das liberdades individuais, principalmente do livre pensamento, fruto de um processo que começou em 1985, com sugestões de cidadãos, constituintes e entidades representativas. O art. 5º da Constituição Federal preconiza que:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Tal dispositivo assegura fielmente que além de outras prerrogativas, a liberdade (objeto do trabalho aqui estudado) é primordial na concretização dos direitos individuais, pois sem ela não haveria manifestação de pensamento (art. 5º, inciso IV), liberdade de consciência de crença (art. 5º, inciso VI), liberdade das expressões intelectuais, artísticas e culturais (art. 5º, inciso IX), liberdade de trabalho (art. 5º, inciso XII), e do acesso à informação (art. 5º, inciso XIV).

A Constituição Federal de 1988 faz jus a sua significação, de “constituição cidadã” ao representar um projeto de liberdade e igualdade entre todos os cidadãos, prezando pelas suas garantias e fechando lacunas tão arraigadas pela Ditadura Militar, como é o caso da censura e do autoritarismo, explanados no art. 200 da própria Carta Magna (SOARES, 1989). Segue *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º: Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º: **É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

É notável que a Constituição Federal de 1988 traga em seu bojo inspirações da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), principalmente quando frisa a temática central do princípio da dignidade humana, e em sequência, os valores sociais do trabalho e do pluralismo político, destacando de uma vez por todas o comprometimento com uma nova ordem social que outrora vivia autoritarismo e censura – remetendo-se a 1964 (ARAÚJO; FONSECA, 2012). A DUDH também contempla em seu art. 19:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras, remetendo assim, ao art. 220 da Constituição Federal, onde é possível analisar uma concepção contemporânea dos direitos, marcados pela sua universalidade e indivisibilidade (DUDH, 1948).

A significação de liberdade de expressão (sendo este um direito de primeira geração) e o acesso à informação (sendo este um direito de quarta geração) foi atrelada aos Direitos Humanos pela Teoria Geracional dos Direitos Humanos, (*liberté, égalité et fraternité* – fazendo jus a Revolução Francesa) desenvolvida por Karel Vasak em 1979, e mais tarde citada por Norberto Bobbio no livro “A Era dos Direitos” em 1992 (TORRANO, 2015).

“Todos estes movimentos, teorias e os tratados internacionais tem uma interação de intersecção entre o direito interno e o direito internacional” (PIOVESAN, 1996, p. 104), fortalecendo os direitos fundamentais que são e foram de suma importância para a construção da Constituição Cidadã dos dias atuais.

4 IMPORTÂNCIA DO ARQUIVO NACIONAL E DA MEMÓRIA CULTURAL E CINEMATOGRAFICA DO PAÍS

“Memória cultural” são os valores culturais que fundamentam toda identidade nacional, sabendo que um povo se identifica enquanto povo a partir do compartilhamento de um conjunto de traços espirituais e materiais que abrangem artes, letras, modos de vida, sistema de valores, tradições, crenças etc. Um exemplo são as bibliotecas nacionais, pois são instituições de um conjunto de tradições, tanto de memória como de produção intelectual (SEVERO, 2017).

Para compreender melhor sua importância, é necessário se ater que a memória não está presa apenas ao passado, mas ela compreende três dimensões temporais: ao ser evocada no presente, ao remeter ao passado, mas sempre tendo em vista o futuro (DOURADO, 2013). Essa memória cultural é constituída por heranças simbólicas, sejam documentos, ritos, celebrações, objetos, textos, escritas e quaisquer símbolos que remeterem aos acontecimentos históricos do país, esta fundamental na construção de identidades (BRASIL, 2016).

As memórias podem ser resguardadas inicialmente em acervos, que servem para proteger arquivos, a exemplo do Arquivo Nacional, instituição criada durante o Brasil Império, com o nome de “Arquivo Público do Império”, conforme a constituição de 1824 daquela época, onde posteriormente em 1838 recebe o nome de Arquivo Nacional e por meio deste, preserva a memória documental da administração pública, patrimonial, cultural e histórica do país. Este órgão serve como garantidor do pleno acesso a informação do cidadão, assim como, incentivador da produção artística (BRASIL, 2016).

Os arquivos são disponibilizados tanto em forma documental na sua sede principal, no Rio de Janeiro (RJ), como online (principalmente), por meio de um sistema de busca na internet, onde se destaca o SIAN – Sistema Nacional do Arquivo Nacional, que pode ser acessado em todo mundo.

O Arquivo Nacional é importante instrumento de propagação da memória cultural também em exposições, como o Arquivo em Cartaz – Festival Internacional de Cinema do Arquivo, a Revista Acervo, a Semana Nacional de Arquivos, o Centro de Referências Memórias Reveladas, dentre outros.

Sabendo que o cinema sofreu uma censura histórica e significativa, o projeto Memória da Censura no Cinema Brasileiro nasceu com a proposta de “expor para melhor guardar” e é um dos mais renomados no ramo da memória cinematográfica no Brasil, tendo em vista que este disponibilizou gratuitamente em 2005, seis mil documentos relativos a 175 filmes brasileiros, processos de censura, documentos da DEOPS-SP e material de imprensa, bem como filmes que não tiveram seus processos de censura localizados (PINTO, 2016, p. s/n).

Outro exemplo de proteção a memória cinematográfica é o Arquivo em Cartaz – Festival de Cinema do Arquivo, apoiado pelo Arquivo Nacional, que tem o objetivo de promover a difusão do patrimônio audiovisual, contribuindo para a preservação da recuperação da memória cinematográfica do país.

Seu principal intuito é divulgar e incentivar filmes produzidos com imagens de arquivo, exibir películas restauradas, além de oferecer oficinas e projetos que visem a preservação e tratamento de arquivos cinematográficos, sabendo que as imagens de movimento possuem expressivos registros da história e da cultura brasileira (BRASIL, 2012).

Por conseguinte, Vilela (2015) elucida que as memórias culturais são, portanto, resquícios de toda documentação, monumentos, comprovações históricas, bibliotecas e acervos que comprovem que um fato histórico aconteceu; sendo estas benéficas, ao

demonstrar casos do passado para que não voltem a se repetir, como no caso da pós-segunda guerra mundial, na Alemanha, onde há uma cultura aversão ao tempo no qual o nazismo era dominante, bem como intenso respeito às vítimas, como exemplo dos judeus, negros e homossexuais assassinados nos campos de concentração.

Em contrapartida, podem ser maléficas, quando coloca dados relevantes que suscitem respeito, para que grupos que desprezam as liberdades individuais e os Direitos Humanos usem destas para uma idealização de um “revanchismo”, como nos pensamentos de Assmann (2011), afirmando que “a memória pode ser perigosa e destrutiva se desenterrar raiva e a vontade de revisar a história”, como os inúmeros casos de grupos de *skinheads*³, pelos que se dizem neonazistas e seguem toda teoria ariana difundida pelo nazismo, bem como grupos pró-ditadura no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como as liberdades são imprescritíveis num Estado Democrático de Direito, bem como buscou demonstrar a importância do Cinema para o fortalecimento e exercício da liberdade de expressão e livre pensamento, ademais, trata-se de um meio de comunicação que fomenta do pensamento crítico da realidade social.

Também foi realizada uma reflexão acerca dos cerceamentos ocorridos durante a Ditadura Militar (1964-1985), e suas consequências para a democracia, ratificando que tais restrições são inaceitáveis, não podendo retroagir o estado a tal momento nefasto de desrespeito aos direitos humanos.

Ratificou-se a importância da promulgação da Constituição Federal em 1988, abolindo de vez a Ditadura Militar, que deixou um ranço até hoje impregnado nas mais diversas estruturas do Estado, como no caso de políticas públicas que naquela época censuravam qualquer meio artístico que ousasse criticar o governo ou ao menos falar sobre temas tabus tão necessários na sociedade e no momento atual que o país está vivenciando.

Reafirma-se que um Estado democrático deve ser atuante para combater autoritarismos, censuras e cerceamento de liberdades, bem como suas limitações, a fim de

³ Subcultura originária dos jovens da classe operária no Reino Unido no final dos anos 1960 e, mais tarde, espalhada para o resto do mundo. O termo *skinhead* é constantemente associado a grupos neonazistas, nacionalistas e de extrema direita.

evidenciar que qualquer tipo de discurso de ódio e preconceitos contra grupos vulneráveis devem ser amplamente rechaçados, sendo estes, atos criminosos que atentam contra a democracia.

Para que seja necessário construir uma sociedade pensante, reflexiva e participativa, a disponibilização de informações aos cidadãos é crucial, visando fomentar a formulação do pensamento crítico acerca dos noticiários e da realidade que os cercam.

Importante destacar que o Arquivo Nacional, além de proteger documentos da administração pública, também tem objetivo de patrocínio da comunidade artística, bem como a Memória da Censura no Cinema Brasileiro da diretora Leonor Souza Pinto, que divulgou centenas de títulos censurados durante a ditadura militar, tal como documentos que comprovam tais atos.

Dada a importância do assunto, torna-se necessária a discussão e análise de todo meio acadêmico, com o uso interdisciplinar do cinema para fomento do pensamento crítico, sua importância histórica, consequências de sua censura e os malefícios de seu desuso, bem como a importância da promulgação da atual Constituição da República, e o dever do Estado em resguardar todo órgão de proteção as instituições que prezem por materiais culturais, trazendo a memória cultural em pauta para que situações de autoritarismo não sejam repetidas e sim, repelidas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Felipe; FONSECA, Charlie Rodrigues. [A influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Direito brasileiro](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3200, 5 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21440>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

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

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Arquivo Nacional. Institucional. **Histórico**. 2016. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.gov.br/br/institucional.html>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Arquivo Nacional. **Festival Internacional de Cinema de Arquivo**. 2012. Disponível em: <<http://www.arquivonacional.de-cinema-de-arquivo.html>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

DOURADO, Flávia. Memória cultural: o vínculo entre passado, presente e futuro. In: **Portal IEA** - Instituto de Estudos Avançados (IEA) da Universidade de São Paulo 2016. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/noticias/memoria-cultural>> Acesso em: 10 abr. 2019.

FERREIRA, Letícia Schneider. O cinema como fonte da história: elementos para discussão. **Revista Médis: história & cultura**, v. 8, n. 15, p. 185-200, jan./jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/734/538>> Acesso em: 10 abr. 2019.

GUIMARÃES, Ulysses, 1916–1992. **Seleção de textos, introdução e comentários de Luiz Gutemberg**. [recurso eletrônico] – 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

MODRO, Nielson Ribeiro. **O mundo jurídico no Cinema**. Santa Catarina: Nova Letra Gráfica & Editora, 2009.

PIOVESAN, Flavia C. **A Constituição Brasileira de 1988 e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 1996. 583 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1996.

PINTO, Leonor Souza. **Cinema brasileiro e censura durante a ditadura militar**. 2006. Disponível em: <<http://www.memoriacinebr.com.br/>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

PINTO, Leonor E. Souza. Memória da Censura no Cinema Brasileiro: o projeto. 2016. In: **Portal MemóriaCine.br**. Disponível em: <<http://memoriacinebr.com.br/o-projeto.asp>> Acesso em: 17 abr. 2019.

SEVERO, Helena. **Memória cultural do país**. In: Portal da Biblioteca Nacional. Fevereiro, 2017. Disponível em: <<https://bn.gov.br/producao/documentos/memoria-cultural-pais>> Acesso em: 10 abr. 2019.

SOARES, Glaucio Ary Dillon. A Censura durante o regime autoritário. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 10, v. 4, junho de 1989. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266022803_A_Censura_durante_o_regime_a_utoritario> Acesso em: 10 abr. 2019.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. [Quantas dimensões \(ou gerações\) dos direitos humanos existem?](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

VILELA, Soraia. Cultura da Lembrança: a memória cultural. In: **Portal Goethe-Institut**, 2019. Disponível em: <<https://www.goethe.de/ins/br/pt/kul=1>> Acesso em: 26 abr. 2019.

O DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vanessa Alcântara Nascimento¹

Resumo: O que torna o homem consciente de sua qualidade de pertencente a uma comunidade é a sua mentalidade coletiva, é o seu sentimento de pertencimento daquele local, assim, conhecer a história, os costumes, os ritos típicos, ter a possibilidade de ainda visualizar vestígios ou monumentos quase intactos após séculos é colocar esse homem na qualidade de perpetuador da própria história. O Patrimônio cultural é um campo amplo para estudo, por que atinge tanto bens materiais, como cidadelas medievais, ruínas de muralhas romanas, escavações arqueológicas e tantos outros patrimônios palpáveis, como também bens imateriais como danças típicas de determinados povos, manifestações religiosas de tradições seculares, cantigas e afins. Focaremos especificamente nos bens materiais de valor histórico para a humanidade que estão situados nos Estado Português, não só pela beleza arquitetônica ou por refletir um importante período histórico, mas porque revelam que o antigo pode ser um mecanismo estatal de gerenciamento com relevante retorno econômico se bem utilizado.

Palavras-chaves: Mentalidade coletiva; patrimônio cultural; direitos humanos.

I-Introdução

O presente relatório partiu de uma aguçada curiosidade sobre o tratamento dado ao patrimônio histórico em Portugal, dada a ligação profunda e antiga entre o Estado Português e o Brasil. Notadamente, o estudo para identificação do que sejam os conhecidos como patrimônios culturais históricos e as previsões legais para preservação dos mesmos, são de relevante importância, por tratar-se de verdadeira defesa da própria identidade cultural, no sentido de pertencimento a determinado povo. É de se esclarecer que o Direito Ambiental trás em seu conteúdo normas consideradas como garantias fundamentais do Homem, portanto, não precisam necessariamente estar expressos na constituição para que sejam reconhecidos², são inerentes a própria dignidade da pessoa humana. Especificamente ao enfoque dado pelo trabalho, o meio ambiente equilibrado está inserido nos direitos

¹ Advogada, Mestranda em Ciências jurídico publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto, Graduada de último semestre em Licenciatura em História pela Universidade Estácio, Graduada em MBA em Gestão Jurídico Aduaneira e Internacional pela Associação Brasileira de Comércio Exterior, v.alcantara@hotmail.com

² <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf> acessado em 13/03/2019

fundamentais de terceira geração³, porque referem-se a humanidade como um todo, não podemos dividi-lo, portanto o seu resguardo beneficia a toda forma de vida no planeta.

A disciplina Direito Ambiental é vastíssima e goza de proteção sob vários enfoques, encontra-se taxativamente agasalhada no art. 66º da Constituição da República Portuguesa⁴, e deste decorrem todos os demais diplomas que tratam sobre o assunto dentro do território português, porém não podemos imaginar que somente após 1976 é que houve uma preocupação com o equilíbrio ecológico, pelo contrário, o ambiente ecologicamente saudável, mesmo que sem essa gama atual de proteção, que abrange todos os aspectos do que se refere a ambiente, Portugal já em 1822 já trazia em sua Constituição⁵ o embrião da atual rede protecionista.

Embora o que se tenha em mente quando se fala em direito ambiental seja em grande parte pensado na não degradação ambiental, não poluir, não desmatar e outros fundamentos que sempre vem associados ao conteúdo ambiental, é interessante notar que o Patrimônio cultural histórico faz parte como conceito ambiental no sentido amplo, porque decorre do direito de preservação de valores culturais e históricos⁶.

Mesmo o Estado Português fazendo parte de uma comunidade internacional, que possui regras bem específicas para que a união de diversos países com carga histórica, língua, mercado, economia e tantas outras diferenças, ainda sim, se fez necessário que regras de direito internacional fossem aplicadas como comuns para preservação do meio ambiente, exemplificando temos a Convenção de Granada de 1985⁷.

II-Direito Fundamental ao Patrimônio Cultural

A ideia do Direito ser fundamental, mostra-se bem entendida, quando são direitos reconhecidos pelo Estado, porque inerentes ao Homem, um núcleo decorrente da dignidade da pessoa humana, portanto, não são direitos criados pelo Estado⁸. Entretanto, o Estado atualmente se mostra o garantidor desses direitos, um limitador na medida que dispõe de políticas que asseguram a efetivação desses direitos, garantido que se cumpra, pelo indivíduo a concretude no exercício deste direito fundamental⁹, sendo premissa básica a proteção do

³http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_de_almeida_amoy.pdf
acessado em 13/03/2019

⁴ Constituição da República Portuguesa de 1976

⁵ Constituição Política da Monarquia Portuguesa aprovada em 23 de setembro de 1822

⁶ Constituição da República Portuguesa de 1976, art 66º, 2.c

⁷ Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa, assinada em Granada, a 3 de Outubro de 1985.

⁸ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

meio ambiente equilibrado uma preocupação de qualquer governo que respeite a dignidade da pessoa humana. Assim, por óbvio que o direito a um meio ambiente equilibrado, sadio, compreendido como decorrente da terceira geração de direitos fundamentais, em caso de violação, viola-se, por conseguinte o direito fundamental do Homem.

Como questões que dizem respeito a todos, o direito fundamental ao meio ambiente saudável, devido as enormes e profundas transformações que o planeta vem passando relacionadas a degradação ambiental, tornou-se questão urgente, necessário então que medidas fossem adotadas e judicializadas com tamanha amplitude para que a garantia de que os direitos fundamentais estivessem sendo respeitados, obedecendo inclusive questões impostas pela comunidade internacional.

Por ser integrante do direito ao meio ambiente, o direito ao patrimônio cultural passou a receber também especial proteção, excelente conceituação encontra-se nas palavras de Cunha Filho: “Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referente ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana”¹⁰. Neste sentido, a Constituição Portuguesa de 1976 trouxe em seus artigos diversos mecanismos para valorização, preservação do patrimônio cultural, tanto material como imaterial, nomeadamente nos artigos Artigo 9º, Artigo 52º.3 Artigo 66º., Artigo 78º.

Por esses dispositivos fica clara a importância dada constitucionalmente ao valioso patrimônio cultural do povo português, no decorrer do trabalho é mostrado que não só o legislativo do país, que representa o povo, exerceu sua tarefa de valorizar o patrimônio cultural, como também legislações internacionais foram ratificadas e que compõe a rede protetiva mundial. Como se vê, o assunto é relevante para toda a coletividade, independente se habitante ou não da área que se encontra o patrimônio cultural, é inegável também que o tema não pertença somente ao Estado¹¹, pelo contrário, quando há valorização, preservação e a comunidade mais próxima se sente parte do contexto histórico, a responsabilidade é partilhada.

¹⁰ CUNHA FILHO, Francisco Humberto (Org.). Cartilha dos direitos culturais. Fortaleza: Secção Ceará da Ordem dos Advogados do Brasil, 2004.

¹¹ Nabais, José Casalta. Introdução ao direito do patrimônio cultural. Coimbra, 2010

III- Documentos Embrionários Sobre Proteção ao Patrimônio Cultural

Não trata-se de um fenômeno recente falar sobre a proteção ambiental, pelo contrário, é um processo que vem sendo construído ao longa das décadas, vem aprimorando-se, conforme os estudiosos procuram saber sobre os impactos que a ação humana causa negativamente e afeta o ambiente ecologicamente equilibrado, as legislações procuram acompanhar esse movimento evolutivo e aumentam a rede protetiva ao meio ambiente.

A preocupação no pós-segunda guerra mundial com o patrimônio cultural dos povos envolvidos em conflitos, deu origem a um documento internacional conhecido com Convenção de Haia de 1954¹², que preocupado com a destruição de importantes legados culturais, resolveram definir quais bens ficariam protegidos, de que forma a proteção ocorreria e as formas de guardá-los e mantê-los a salvo de um possível ataque de guerra.

Dada a importância do tema, diversos outros documentos internacionais – Protocolo de Kioto 1997¹³, Eco-92 no Brasil¹⁴ são exemplos- surgiram com o mesmo enfoque, qual seja, de preservar o meio ambiente, incluindo também a defesa do patrimônio cultural porque inserido no conceito de direito ao meio ambiente saudável e equilibrado. Como se observa a legislação é vasta sobre o tema proteção ambiental, não tem-se uma compilação, são leis esparsas que tratam de variados temas ligados ao meio ambiente, mas nem por isso podemos dizer que Portugal não está adequado aos anseios, grande parte da própria União Europeia, sendo que dos 745 bens patrimoniais culturais no mundo, 15 estão no Estado Português¹⁵, por este dado se infere a importância que a preservação exige do Estado.

IV- Importância da Proteção ao Patrimônio Cultural

É como ramo especializado do Direito ambiental que entende-se modernamente o que abrange o termo patrimônio cultural histórico bem esclarecido como: “Os bens imóveis que assumem relevância para a compreensão, permanência e construção da identidade nacional e para a democratização da cultura. São bens que constituem testemunhos com valor de civilização ou de cultura. O interesse cultural relevante, designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, artístico, etnográfico, científico, industrial ou

¹² Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) - 1954

¹³ <http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br> acessado em 21/03/2019

¹⁴ <http://www.senado.gov.br> acessado em 21/03/2019

¹⁵ <http://www.patrimoniocultural.gov.pt/pt/patrimonio/patrimonio-mundial/portugal/> acessado em 21/03/2019

técnico destes bens reflete valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”¹⁶.

Possuem normas de direito público, ou seja, são constitucionalmente protegidos, tem como objetivo tanto a proteção em sentido amplo, com seus vários diplomas legais que reforçam a necessidade de se salvaguardar o patrimônio, subdividindo-se em ações de conservação que são medidas permanentes que impedem ou tentam impedir a deterioração, destruição ou mesma sucumbência definitiva de determinado bem e deve ser exercida pelos proprietários ou titulares dos referidos bens, tem também as ações de preservação, que visam garantir a integridade, a perenidade do bem, e a esta ação todos nós somos titulares¹⁷.

Inserido na amplitude do conceito de proteção, cabe a valorização, também dividida em valorização voltada ao gerenciamento econômico, que dá ao patrimônio condições de sustentabilidade, ou seja, garantia de recursos para que haja a continuidade da preservação, ainda a valorização cultural, onde o que se busca é esclarecer a importância histórica propriamente dita do local específico¹⁸. Mostra-se importantíssima a preservação, inevitavelmente porque liga-se ao pertencimento, a própria identidade necessária que a população tem aos seus ancestrais, são registros únicos, legados que devem ser transmitidos as gerações futuras. É, como diz a própria constituição¹⁹ um elemento vivificador - restaurador- da identidade cultural comum, como Portugal, foi uma das nações que mais marcaram as Américas, a Índia e a África, mostra-se como um dos países que mais tem monumentos históricos e portanto exige uma legislação mais eficaz quanto a proteção dos mesmos.

V- Proteção ao Patrimônio Arquitetônico

A Unesco, em 1972²⁰, considerando que as crescentes perdas no âmbito de patrimônio cultural são enormes perdas e efetivamente empobrecem a humanidade, e que de tal sorte, alguns bens possuem tamanha importância que merecem ser classificados como patrimônio mundial para receberem atenção global para sua preservação, resolveu consolidar a Convenção para proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. Neste documento, foram definidos tipos de patrimônio cultural a serem protegidos, definem como sendo monumentos: “todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico,

¹⁶ <http://www.patrimoniocultural.gov.pt>, consultado em 15 de Abril de 2019

¹⁷ Nabais, José Casalta. Introdução ao direito do patrimônio cultural. Coimbra, 2010.

¹⁸ idem

¹⁹ Constituição Portuguesa de 1976, art 78º 2.c

²⁰ Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de Outubro a 21 de Novembro de 1972, na sua décima sétima sessão

arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos que fazem parte integrante de tais construções”.

São conjuntos arquitetônicos: “agrupamentos homogêneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objeto de uma delimitação topográfica”. E os sítios: “obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogêneos para serem objecto de uma delimitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico”²¹.

Em 1991 a Assembleia da República Portuguesa ratificou o documento internacional conhecido como Convenção de Granada de 1985²², onde os Estados membros²³ do conselho da Europa, reconhecendo que o patrimônio arquitetônico é parte do patrimônio cultural europeu e é bem comum dos europeus, além de ser uma riqueza imensurável dos países que compõem a Europa, inicialmente trazem no documento uma classificação dos bens arquitetônicos, semelhante aos conceitos do documento de 1972. Assim, os respectivos tipos de patrimônio arquitetônico ficaram sob a guarda internacional dos países signatários da Convenção, sendo posteriormente adaptados por eles sob a forma legislativa mais adequada ao tipo de governo que cada país possui, para que fosse disciplinada juridicamente em seus respectivos países.

Portugal, passados alguns anos, por meio de sua Assembleia da República ratificou, legalizou em sua legislação que reconhecia a importância da Convenção e então a mesma passou a compor o ordenamento protetivo que o Estado Português dá a seu patrimônio cultural. Além desses importantes documentos internacionais, o Estado Português possui uma quantidade significativa de legislação que trata sobre o tema de proteção ambiental, como a Lei de Bases do Ambiente²⁴ como a Lei do Patrimônio cultural²⁵, Lei Orgânica do Igespar²⁶ que é um órgão responsável por gerenciar o patrimônio arquitetônico e arqueológico.

²¹ Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de Outubro a 21 de Novembro de 1972. Artigo 1º.

²² Convenção para a Salvaguarda do Pat. Arquitetônico da Europa, Granada 3 de Outubro de 1985.

²³ Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, França, Alemanha, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido.

²⁴ Lei 19/2014

²⁵ Lei 107/2001

²⁶ Decreto- Lei nº 96/07

VI- Patrimônios Culturais Mundiais em Portugal

É imperioso destacar que os países que ratificaram a Convenção de 1972²⁷ devem seguir as orientações técnicas²⁸ para aplicação da convenção, documento este que é constantemente atualizado para que esteja efetivamente protegendo o patrimônio cultural, especificamente patrimônio histórico arquitetônico. Neste manual encontra-se disciplinada a lista de patrimônios, os critérios que avaliam o valor que o patrimônio tem para a humanidade, como inscrever outros e a forma de proteção que deve ser adotada conforme o risco que o patrimônio está correndo de ser arruinado, além de relatórios da situação de cada um deles na situação em que se encontra atualmente.

Em Portugal, são quinze catalogados²⁹ e protegidos como patrimônios mundiais, que foram inseridos neste rol por apresentar características únicas, legados culturais arquitetônicos magníficos e de grande valor histórico. Não poderia deixar de listá-los, especialmente os de cunho histórico, dado o valor histórico cultural que possuem, são tesouros de valor imensurável que tornam o país um dos destinos mais procurados por quem tem apreço pelos legados deixados pelos nossos antepassados.

Primeiramente, no alto das colinas, na região norte de Portugal, a paisagem formada pelo conjunto arquitetônico do centro histórico do Porto³⁰, até hoje pode-se observar trechos da muralha Fernandina, é inconfundível, são mais de dois mil anos de história iniciada pelos romanos, compõe o conjunto o centro histórico, a ponte Luiz I e o Mosteiro da Serra do Pilar, são edifícios históricos que mostram a destreza desse povo em lidar com o comércio marítimo e sua poderosa ligação com o mar, a foz do D'Ouro observa a beleza das construções coloridas característica marcante do local.

Em seguida temos novamente no topo de uma colina o Convento de Cristo, localizado na região do Tomar, é um importante monumento histórico que tem uma rotunda idealizada pelos templários para que se assemelhassem as de Jerusalém, no interior encontram-se inúmeros afrescos e pinturas retratando passagens bíblicas, datadas do século XVI³¹.

O Monastério dos dominicanos da Batalha, na região central de Portugal, também está catalogado pelo primoroso trabalho arquitetônico da arte gótica, o patrimônio foi construído como pagamento de um voto feito pelo Rei João pela vitória de uma batalha, a

²⁷ Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de Outubro a 21 de Novembro de 1972

²⁸ whc.unesco.org/archive/opguide11-pt.doc acessado em 24/03/2019

²⁹ <http://whc.unesco.org/> acessado em 21/03/2019

³⁰ <http://whc.unesco.org/en/list/755> acessado em 22/03/2019

³¹ idem

característica mais dramática encontra-se no centro da capela, a enorme tumba medieval de Dom João I e sua esposa, a rainha Filipa de Lancaster³². Conta também com doze esculturas que representam os apóstolos.

O Mosteiro dos Jerônimos juntamente com a Torre de Belém³³, em Lisboa, as margens do Rio Tejo, não poderiam ficar de fora da rede internacional de proteção do patrimônio histórico, especialmente construído pelo Rei Dom Manuel I e entregue aos monges de São Jerônimo para que rezassem pelos navegadores que desbravariam o novo mundo. Este belíssimo monumento retrata o poderio português diante da vastidão do oceano que os separava do então desconhecido continente americano.

O centro histórico de Évora³⁴, é um retrato de séculos de dominações, desde os celtas, passando pelos Romanos onde observa-se as ruínas do templo de Diana, passando pelos Mouros que deixaram o portão fortificado e os restos do antigo Kasbah. Foi lar de reis portugueses que deixaram também o Convento de Santa Clara, a igreja real e o convento de São Francisco, todos no estilo manuelino, como marcas na história do lugar. Além disso a arquitetura de Évora marcou bastante as construções coloniais no Brasil, mais um dos muitos laços que unem esses países.

Um dos maiores mosteiros da Península Ibérica, o Mosteiro de Alcobaça na região norte de Portugal, está intimamente ligado a Monarquia portuguesa, posteriormente passou a abrigar a mais importante e rica escola monástica do reino, possui uma enorme cripta gêmea vigiada por anjos, onde estão sepultados D. Pedro I e Inês de Castro³⁵.

Outro patrimônio cultural bastante valorizado por sua incrível mescla de elementos mouros, renascentistas, egípcios, góticos é a Paisagem Cultural de Sintra³⁶, um antigo mosteiro foi transmutado em um Palácio cercado por fontes, jardins, chalés, capelas, dando ao lugar uma aura mágica, além do que o Palácio está revestido por azulejos, uma característica marcante do estilo manuelino, notadamente o romantismo europeu aflorou nestas belíssimas construções e influenciou outras diversas construções europeias.

A cidade de Guimarães³⁷ é considerada como marco para o início da identidade nacional portuguesa, foi a primeira capital de Portugal, representa claramente a evolução de um assentamento medieval para uma cidade moderna, mesmo com as mudanças ocorridas

³² idem

³³ Idem

³⁴ Idem

³⁵ idem

³⁶ idem

³⁷ idem

pelas gerações posteriores, ainda apresenta seu traçado medieval com as construções bem preservadas, mostrando os detalhes harmoniosos da arquitetura.

A Fronteira da Guarnição de Elvas e suas Fortificações³⁸, é um belo exemplo de construções militares, localizada na região da fronteira de Madri e Lisboa, a vila fortificada apresenta o maior sistema de valas secas do mundo, criadas para que em caso de um cerco inimigo pudessem manter firmes suas posições sem passar pelo desabastecimento de água, dentro das muralhas compõem o conjunto histórico edificações militares, igrejas, mosteiros e enormes quartéis.

Encerrando esta breve viagem aos monumentos mundiais em Portugal, notadamente os que possuem características históricas marcantes, inclui-se nesta lista a Universidade Coimbra³⁹. É um incrível conjunto de edificações que mais tarde inspiraram diversos outros países para o desenvolvimento do ensino superior no mundo de língua portuguesa, hoje considerada uma cidade universitária reconhecida internacionalmente pelo seu valor histórico e acadêmico.

VII- Medidas Protetivas Atuais

Não adianta somente reconhecer os patrimônios culturais, listá-los, sem que efetivamente existam medidas de cunho sancionatório para quem não exerça seu papel de titular na preservação.

Sendo assim, o manual que contém as orientações para aplicação da convenção do patrimônio cultural⁴⁰ estipula que os Estados que aderiram à convenção devem instituir medidas legislativas, institucionais além de regulamentos para que a preservação seja efetiva. É dito no documento diretivo que ao redor dos bens definidos como patrimônios mundiais, deve haver uma zona definida como “Tampão”⁴¹ que é uma área no entorno do bem que sofre restrições jurídicas e tem papel de reforçar a proteção, entretanto estas zonas devem ser bem demarcadas com especificações bem claras de como irão proteger o patrimônio.

Além do mais, em caso de descumprimento das orientações da convenção⁴², o Estado que é signatário poderá ter o patrimônio retirado da lista da Unesco, o que significa o corte de verba destinada a manutenção do patrimônio, além de reduzir o turismo, que afeta outras áreas importantes para custeio do Estado.

³⁸ idem

³⁹ idem

⁴⁰ whc.unesco.org/archive/opguide11-pt.doc acessado em 24/03/2019

⁴¹ idem

⁴² idem

VIII- Conclusão

Por mais que tenhamos em mente que a preservação ambiental seja difusa, pertencente a todos nós que como humanos partilhamos dessa necessidade de possibilitar a vida no planeta, quer seja através de nossas atitudes (preservar, manter vivo) quer de nossas omissões (não destruir, não deteriorar), somente através de um corpo legal – convenções internacionais, constituições, decretos e afins- é que se assegura a preservação em sentido amplo, incluindo-se neste macro conceito o direito ao patrimônio cultural imóvel histórico – monumentos, conjuntos arquitetônicos e sítios- apesar da quantidade de legislação pertinente ao tema, faz-se necessário que haja fiscalização e aplicação de sanção para os que não resguardam esse patrimônio de valor incalculável.

As medidas para proteção dos patrimônios perpassam antes de qualquer coisa, necessariamente pela educação para cidadania, pela conscientização de que manter tão importantes tesouros que retratam a memória coletiva é também valorizar a identidade cultural do povo. Outras medidas, são sanções internacionais, presente nas orientações para os países que ratificaram os termos da Convenção de 1972 para preservação ao patrimônio cultural. A medida que os estudos nessa seara avançam, a tendência é ampliar a legislação sobre o tema, incluir novos elementos ou bens culturais que de uma forma singular corroboram para o que consideramos povo português, com sua identidade fortalecida porém consciente de suas bases multiculturais.

IX- Referências Bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

Constituição da República Portuguesa de 1976

Constituição Política da Monarquia Portuguesa aprovada em 23 de setembro de 1822

Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de Outubro a 21 de Novembro de 1972, na sua décima sétima sessão

Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) – 1954

Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa, assinada em Granada, a 3 de Outubro de 1985.

Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa, assinada em Granada, a 3 de Outubro de 1985.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto (Org.). Cartilha dos direitos culturais. Fortaleza: Secção Ceará da Ordem dos Advogados do Brasil, 2004.

Decreto- Lei nº 96/07

<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>
acessado em 13/03/2019

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_d_e_almeida_amoy.pdf acessado em 13/03/2019

- <http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br> acessado em 21/03/2019
<http://www.senado.gov.br> acessado em 21/03/2019
<http://www.patrimoniocultural.gov.pt/pt/patrimonio/patrimonio-mundial/portugal/> acessado em 21/03/2019
<http://www.patrimoniocultural.gov.pt>, consultado em 15 de Abril de 2019
<http://whc.unesco.org/> acessado em 21/03/2019
<http://whc.unesco.org/en/list/755> acessado em 22/03/2019
Lei 19/2014
Lei 107/2001
QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
NABAIS, José Casalta. Introdução ao direito do patrimônio cultural. Coimbra, 2010.
whc.unesco.org/archive/opguide11-pt.doc acessado em 24/03/2019

CAIÇARAS DE PARATY: QUANDO O ESTADO OFENDE DIREITOS DOS POVOS TRADICIONAIS

Daiara Luiza Pereira de Assis¹

Quintino Brotero de Assis Neto²

Resumo – O artigo apresenta um estudo sobre o embate judicial entre a gestão do Parque Nacional da Serra da Bocaina e o povo tradicional caiçara do distrito de Trindade, município de Paraty, estado do Rio de Janeiro, analisando as ações administrativas e judiciais dos últimos sete anos, incluindo a realização da perícia antropológica e suas consequências para o Direito Público e para o futuro dessa e de outras comunidades tradicionais igualmente ameaçadas. O Estado, através de seus agentes, tem ignorado a presença do povo tradicional caiçara que ali habita desde os tempos do Brasil colonial e, por conseguinte, tem reiteradamente negado a este povo os seus direitos. Além disso, ao arrepio da lei, tem promovido violações aos direitos humanos como restrições ao direito fundamental de ir e vir, despejos forçados, impedimento ao uso dos recursos naturais essenciais à sobrevivência, aplicação de multas e a criminalização do modo de vida caiçara. A comunidade tem resistido, tem se organizado, e se empoderado de seus direitos e tem assumido suas raízes históricas. O povo caiçara tem enfrentado o arbítrio do Poder Público na esfera judicial. Tem buscado uma interpretação isenta dos diplomas legais e dos conceitos ali contemplados, assim, conseguindo que sua história, sua cultura e seu modo de vida fossem reconhecidos mediante estudo antropológico produzido pelo próprio estado, que é aqui analisado.

Palavras-Chave – Direito Público. Direitos Humanos. Direito e Políticas Públicas. Direito e Antropologia. Povos Tradicionais.

Abstract - The article presents a study on the legal clash between the direction of Serra da Bocaina National Park and the traditional caiçara people of Trindade district, Paraty municipality, state of Rio de Janeiro, analyzing the administrative and judicial actions of the last seven years including the realization of anthropological report and its consequences for public law and for the future of this and other equally threatened traditional communities. The state, through its agents, has ignored the presence of the traditional caiçara people who have lived there since the days of colonial Brazil and, consequently, has repeatedly denied this people their rights. In addition, in violation of the law, it has promoted human rights violations such as restrictions on the fundamental right to come and go, forced evictions, impediment to the use of natural resources essential for survival, fines the criminalization of the caiçara way of life. The community resisted, organized, learned to know their rights and decided to take on their historical roots. The caiçara people faced the discretion of the Public Power in the judicial sphere. It sought an exempt interpretation of the legal diplomas and the concepts contemplated therein, thus it obtained that its history, its culture and its way of

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Endereço eletrônico: broteroassjuridica@uol.com.br

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté – UNITAU. Endereço eletrônico: broteroassjuridica@uol.com.br

life were recognized through anthropological study produced by the state itself, which is analyzed here.

Keywords - Public Law. Human Rights. Law and Publics Politics. Law and Anthropology. Traditional peoples.

Introdução

Quando o Poder Público deixa de cumprir mandamentos preconizados na Constituição e demais diplomas do ordenamento jurídico pátrio estimula a descrença na Justiça e pode, inclusive, ameaçar direitos fundamentais como a vida e a liberdade ao suprimir condições à plena realização das potencialidades do ser humano e a uma existência digna. O caso do povo tradicional caiçara do distrito de Trindade, município de Paraty, no litoral do estado do Rio de Janeiro, é exemplar: sofre as consequências da nociva e perigosa inércia estatal em reconhecer sua identidade histórica para garantir seus direitos, ao mesmo tempo em que é alcançado pela ilegítima disposição do aparelho punitivo judicial, voltado a criminalizar cidadãos e cidadãs já debilitados pelas pressões da especulação imobiliária das últimas décadas.

Embora o Parque Nacional da Serra da Bocaina (PNSB) tenha sido criado em 1971, os conflitos territoriais e socioambientais com os povos tradicionais que habitam o litoral sul fluminense desde os tempos coloniais só começaram a ocorrer a partir da construção da Rodovia Rio-Santos, agravados a partir da década de 1980 com a especulação imobiliária promovida por agentes privados e seus empreendimentos de alto padrão, face ao grande apelo turístico da região.

Mais recentemente, a partir do ano de 2008, com a posse de uma nova gestão, os limites do PNSB foram reinterpretados e seus marcos avançaram sobre o território onde há séculos vive o povo caiçara. Em seguida, começaram a ocorrer violações dos direitos humanos como restrições ao direito fundamental de ir e vir, despejos forçados que restringem o direito à moradia e aos recursos naturais essenciais à sobrevivência, aplicação de multas, demolições, interdição do cemitério local e, a mais gravosa de todas as agressões, que é a criminalização do modo de vida do povo tradicional mediante ações judiciais que quase levaram a comunidade caiçara de Trindade à extinção.

O objetivo deste artigo, portanto, é apresentar um estudo sobre o embate judicial entre a direção do Parque Nacional da Serra da Bocaina e o povo tradicional caiçara de Trindade analisando as ações administrativas e judiciais dos últimos sete anos incluindo a realização da perícia antropológica e suas consequências para o Direito Público e para o futuro dessa e de outras comunidades tradicionais igualmente ameaçadas.

Enquanto método de investigação qualitativa optou-se pelo estudo de caso buscando compreender com mais objetividade a situação concreta do grupo social em comento, sua história, sua visão de mundo, sua cultura que se transforma e que hoje se vê ameaçada de extinguir-se ante as omissões e ilegalidades praticadas pelo Estado somadas às pressões do avanço da especulação imobiliária. Trata-se de um caso exemplar que pode interessar ao mundo do Direito conforme será demonstrado mais à frente.

1. O povo tradicional de Trindade frente às omissões e ilegalidades do ente estatal

O distrito de Trindade, município de Paraty, ocupa uma região de sobreposição de duas Unidades de Conservação Federais: a zona de amortecimento do Parque Nacional da Bocaina e a Área de Preservação Ambiental de Caiçu – APA Caiçu, na fronteira entre o estado do Rio de Janeiro e o estado São Paulo, que são áreas remanescentes de Mata Atlântica e encontram-se preservadas.

Trindade abriga uma importante comunidade Caiçara, fruto da miscigenação entre o negro, o branco colonizador e a população indígena da tribo Carapeva. Este povo continuou habitando o litoral mesmo após a libertação dos escravos e da chegada do desenvolvimento ao interior do estado.

Impende trazer à colação o que leciona Diegues ao afirmar que os caiçaras

com isolamento relativo, são populações que desenvolveram modos de vida particulares que envolvem grande dependência dos ciclos naturais, conhecimento profundo dos ciclos biológicos e dos recursos naturais, tecnologias patrimoniais, simbologias, mitos e até uma linguagem específica, com sotaques e inúmeras palavras de origem indígena e negra. (DIEGUES, 2008, p. 18)

O povo tradicional caiçara de Trindade viveu em quase isolamento até a década de 1950, e, sempre teve sua sobrevivência assegurada pelo uso dos recursos naturais locais de forma sustentável. Até hoje a comunidade domina uma ampla gama de conhecimentos e expressões culturais baseadas em suas raízes ancestrais e desde sempre foi responsável pela preservação ambiental do território onde vive. Através das gerações esses saberes foram ganhando novos significados e continuam influenciando a maneira como a comunidade se relaciona com o ambiente e os ajuda a encontrar novas formas de sustento. Segundo o último recenseamento realizado pela Associação de Moradores atualmente chega a 1.100 o número de moradores durante a baixa temporada, sendo os nativos a maioria.

Desde a conclusão das obras na Rodovia Rio Santos e a facilidade de acesso às suas praias paradisíacas, a região tem sido marcada por conflitos relacionados à ocupação e ao uso do solo. Grilagem, especulação imobiliária e por fim as arbitrariedades e restrições ambientais impostas pela gestão do PNSB têm contribuído para o quase desaparecimento dos povos caiçaras de Paraty, como é o caso do povo tradicional de Trindade em comento.

O marco inicial dos conflitos data de 2010, época em que o ICMBio promoveu novos estudos cartográficos e elaborou o Parecer Técnico nº 20/2011/DIREP que "reinterpreta" os limites do Parque Nacional da Serra da Bocaina sem a participação da comunidade local, logo surpreendida por diversas ações administrativas e judiciais impetradas pelo ICMBio em desfavor do povo tradicional caiçara. Ressalte-se que entre os anos de 2008 e 2017 o PNSB foi dirigido por Francisco Fernando Livino de Carvalho, que promoveu demolição de moradias, demolição de quiosques, interdição de estacionamentos, corte no fornecimento de serviços públicos essenciais (como água, esgoto e energia elétrica), bem como imposições de multas e injustas denúncias pela suposta prática de crimes ambientais, que causaram prejuízos imensuráveis de ordem material e moral até hoje suportados pelo povo caiçara. Com segurança pode-se afirmar que, uma vez reconhecida a legalidade dessas ações, estará em curso a promoção do genocídio de mais um povo tradicional, dessa vez, pelas mãos do Estado.

Tais iniciativas, além de redundarem na migração forçada de algumas famílias de Trindade, também tiveram impacto imediato na qualidade de vida do povo caiçara que decidiu ficar e lutar por seus direitos.

O conflito entre o Estado e o povo tradicional de Trindade gerou inúmeros processos contra os moradores. Somente nos últimos sete anos, como advogados da Associação de Defesa do Povo Tradicional de Trindade e de seus membros, apenas na Justiça Federal, já se pode contar quarenta e sete ações.

Nessas ações a defesa procurou fazer prevalecer os direitos do povo tradicional em tela, conforme já sacramentados na Constituição Federal de 1988 e demais normas do ordenamento jurídico, conforme se pode constatar a seguir.

2. Direitos dos povos tradicionais

A Carta Magna, em seus artigos 215 e 216, preconiza diversos mecanismos com o fito de garantir os direitos fundamentais e a integridade e preservação da cultura de grupos tradicionais. São entendidos como direitos humanos culturais que precisam ser garantidos e preservados como parte da valorização do patrimônio social e cultural brasileiros.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[...]

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (BRASIL, 1988)

A proteção jurídica específica aos indígenas, à sua cultura e ao seu território foi contemplada nos artigos 231 e 232. Quanto aos remanescentes das comunidades quilombolas é reconhecida a propriedade definitiva das terras que ocupam, devendo o Estado emitir os títulos respectivos, conforme o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revelando a preocupação do legislador constituinte com a garantia dos direitos dos povos tradicionais.

A Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, partindo da distinção inicial entre populações e povos objetiva a garantia de direitos tais como: a) auto constituição e auto regulação desses povos; b) direitos territoriais; c) de igualdade de tratamento em relação a outros povos, dentre outros. A parte II da referida Convenção, em seu art. 13 I, garante o direito territorial dos povos tradicionais e indígenas, como condição para a sua sobrevivência e para a manutenção da organização social, cultural, política, econômica e espiritual (BRASIL, 2004).

A Lei n. 9.985 de 18 de julho de 2000 criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) que reconhece os direitos, os saberes, a cultura e o modo de vida dos povos tradicionais. Esta lei garante novo protagonismo às populações tradicionais ao aprovar novas categorias de áreas protegidas e estimula e regula o uso sustentável de recursos naturais (BRASIL, 2000). Até o advento da referida lei, muitos povos tradicionais foram deslocados de seu território ancestral e seu patrimônio cultural foi dizimado. Conforme leciona Diegues (2008), com base no mito moderno da natureza selvagem intocada, iniciativas de conservação consideravam a presença humana e a proteção da natureza incompatíveis de ocorrerem no mesmo território.

A Lei 11.428 de 22 de dezembro de 2006, Lei da Mata Atlântica, define população tradicional como “população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental” (art. 3º, inc. II), (BRASIL, 2006).

O PNSB foi instituído pelo Decreto Federal n. 68.172 de 04 de fevereiro de 1.971, contemplando uma área de 134 mil hectares (BRASIL, 1971), que vem sendo sistematicamente descumprido pelo ICMBio, quer seja pela omissão da demarcação definitiva e legal do parque, quer seja por não cumprir suas responsabilidades e atribuições elencadas tanto no decreto retromencionado, quanto na legislação específica. Nem ao menos foram cumpridas as exigências administrativas e legais para implantação do parque, especialmente no que diz respeito à identificação e participação da comunidade nele inserida, uma vez que as reuniões com a comunidade não se revestiram de legalidade.

Em 28 de agosto de 2013 a Associação de Defesa do Povo Tradicional de Trindade ajuizou Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Antecipada em face do ICMBio, onde pleiteou, dentre outras providências, que fosse realizada a identificação e o reconhecimento da população tradicional local, por meio de perícia técnica antropológica. Diante dos fatos aqui descritos, e da possível nulidade dos atos administrativos da gestão do PNSB, o Juiz Federal Raffaele Felice Pirro considerou necessária a manifestação do MPF. Assim, o procurador Dr. Felipe Almeida Bogado Leite, Procurador da República no Município de Angra dos Reis/RJ, manifestou-se favorável a realização de perícia antropológica por equipe multidisciplinar, posteriormente deferida pelo juiz acima referido, realizada durante o mês de setembro de 2016 e que é apresentada de forma resumida a seguir.

3. Laudo antropológico reconhece a identidade caiçara como povo tradicional em Trindade

A Secretaria de Apoio Pericial do Ministério Público, em Brasília, elaborou o Parecer Técnico n. 236/2017.

Ao narrar as ameaças e pressões sofridas pelos caiçaras nas últimas décadas o Parecer Técnico destaca a construção da Rodovia Rio-Santos e a descoberta das praias paradisíacas e isoladas, habitadas há séculos pelas comunidades caiçaras, como atrativo às empresas que desenvolveram projetos turísticos, levando os povos tradicionais a perderem suas terras em processos de grilagem, acompanhados de violência e medo. A análise desse contexto de perseguição e desrespeito à cultura caiçara inclui o impacto causado pela criação do PNSB em 1971 e da Área de Proteção Ambiental (APA) de Cairuçu, em 1983.

O contexto de mudanças na ocupação do território gerou desorganização social, e, obrigou-os a buscar no turismo uma nova forma de sobrevivência financeira para garantir

sua permanência nas terras que ocupam, embora mantenham a prática da pesca de forma artesanal e tradicional e outros elementos da cultura caiçara.

Estas foram algumas das percepções dos pesquisadores: os caiçaras habitam a localidade desde antes da criação do PNSB e tinham seu modo de vida baseado na pesca e na roça de subsistência; muitos foram expulsos do território que habitavam, sendo que algumas famílias resistiram e conquistaram o direito à terra; hoje alguns realizam atividades relacionadas ao turismo; os conflitos com a direção do PNSB começaram durante a gestão do ex-diretor, já referenciado, e seus atos administrativos baseados na reinterpretação dos limites do parque; as lutas contra os órgãos ambientais têm servido como evento unificador e criador de identidade entre os caiçaras; a busca de apoio junto às universidades e organizações não-governamentais tem sido uma constante; finalmente, o relatório ressalta a busca da comunidade pelo “turismo sustentável”.

As conclusões do estudo antropológico levada a termo pela equipe multidisciplinar do Ministério Público Federal são as seguintes:

Pelas suas características culturais, seu histórico de relação com o território e pelo critério da autoidentificação, **constituem-se os trindadeiros como comunidade tradicional caiçara culturalmente diferenciada e detentora de direitos específicos.**

[...]

O comércio voltado para o turismo, portanto, não representa ameaça para a cultura caiçara, uma vez que esta atividade já está integrada ao seu *modus vivendi*, não os tornando “menos caiçaras”. Aliás, nem essa atividade econômica, nem outros pontos que representam a chegada do “progresso”, como luz elétrica, educação, saúde, água encanada, saneamento básico ameaçam o modo de vida caiçara. (BRASIL, 2017, p. 33, 34) (grifo nosso)

Em relação à discussão sobre os limites do PNSB e sobre o parecer Técnico n. 20/2011DIREP, o estudo antropológico em comento conclui que o novo traçado acrescentou área ao parque, mais 118 ha., o que configura alteração de limites e contraria o artigo 22, § 6º da Lei nº 9.985, de 18/07/2000 (SNUC), *in verbis*:

a ampliação dos limites de uma unidade de conservação, sem modificação dos seus limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo. (BRASIL, 2000)

Neste diapasão, o estudo antropológico apresenta as seguintes ponderações e sugestões:

Considerando que a área acrescida ao PNSB por meio da reinterpretação dos limites sobrepõe áreas de interesse comunitário, parte de área do acordo, espaços de moradia e parte da APA CAIRUÇU, ensejando conflitos sociais,

Considerando que já existiam **cinco possibilidades de reinterpretação dos limites** do Parque (conforme documento coletado em campo) antes do estabelecimento desta linha reinterpretada do Parque sugerida pelo Parecer Técnico nº 20/2011/DIREP,

Considerando a existência de uma memória coletiva do limite histórico do Parque, cujo traçado ainda hoje consta na página eletrônica do ICMBio,

[...]

Considerando que não houve consulta prévia, livre e informada à comunidade tradicional de Trindade sobre este ato de reinterpretação, como preconiza a Convenção nº169 da OIT e normas vigentes a respeito de comunidades tradicionais, no tocante a medidas administrativas do Poder público que venham a afetar diretamente a comunidade, como é o caso da reinterpretação desses limites,

Considerando a fragilidade técnica do Parecer Técnico nº 20/2011/DIREP, bem como a falta de comunicação com a comunidade tradicional,

Sugere-se

Que o ICMBio **reveja a reinterpretação dos limites do Parque na região da Trindade - incluindo a possibilidade da manutenção da linha histórica - por meio de metodologia de trabalho que compreenda consulta à comunidade** e apresentação de cronograma, uma vez que a Convenção 169 da OIT prevê que qualquer ato realizado pelo poder público que afete comunidades tradicionais as inclua. (BRASIL, 2017, p. 36) (grifo nosso)

As conclusões e sugestões do Parecer Técnico já ensejaram algumas significativas mudanças para a vida do povo tradicional de Trindade, conforme se observa a seguir.

4. Primeiras consequências para o povo tradicional de Trindade

Por não ter acesso à Justiça, por não conhecer seus direitos, por falta de consciência política e pela fragilidade ante o poder econômico da especulação imobiliária e do arbítrio de agentes do Estado, muitos povos tradicionais foram expulsos de seus territórios e tiveram sua cultura aniquilada.

A ignorância gera o medo e o medo favorece à manipulação.

Por outro lado, o conhecimento liberta, emancipa, empodera. Esta é a primeira consequência dos embates entre o povo caiçara de Trindade, o Estado e a força do capital especulativo. A resistência, a mobilização, a organização dos homens e mulheres da comunidade tradicional de Trindade na busca por garantir direitos e o respeito à sua história e à sua cultura, têm gerado consciência política.

Esta nova consciência é resultado de muita discussão somada a atos de protesto e de resistência, ou seja, é fruto de uma educação forjada em meio aos conflitos, aos embates, aos litígios na justiça, aos enfrentamentos ocorridos, muitas vezes em situação de desvantagem e fragilidade, mas que se constituíram em verdadeiras trincheiras contra a opressão. Neste sentido o Direito está cumprindo o seu papel de educar para a liberdade.

Uma segunda consequência da elaboração do estudo antropológico e de toda a mobilização em torno desses conflitos tem sido o fortalecimento da identidade caiçara e o resgate e valorização dessa cultura já quase adormecida ante tanta dor e sofrimento. Hoje o morador do distrito de Trindade adquiriu consciência de sua história e orgulho de suas raízes.

Além dessas vitórias simbólicas, do empoderamento e da educação emancipatória alcançada pelo trindadeiro, também deve-se atentar para as consequências jurídicas do laudo em tela. Começa a ser pavimentado um novo caminho que conduzirá a um outro desfecho marcado pelo respeito aos direitos dos caiçaras de Trindade, em Paraty, e de outros estados como São Paulo e Paraná.

Até se chegar à elaboração do Parecer Técnico, aqui discutido, a Justiça vinha decidindo em flagrante violação aos direitos humanos. Diante da constante provocação do ICMBio, ainda que munido de laudos e estudos frágeis e não conclusivos, os direitos da comunidade tradicional foram reiteradamente ofendidos. Em nome de uma pretensa preservação do meio ambiente, revestido da proteção de um parque nacional, é aceitável reduzir os direitos de um povo tradicional, bem como profanar a hermenêutica jurídica, enveredar por uma visão dogmática do Direito e roubar-lhe o seu território.

Na medida em que o resultado do estudo antropológico vai sendo acolhido pelo Poder Judiciário na esfera federal e também na esfera estadual, alguns processos são arquivados e outros têm sido concluídos em favor da parte mais frágil, ou seja, do povo tradicional de Trindade, que passa a ter seus direitos respeitados fazendo a balança da Justiça voltar ao equilíbrio.

Conclusão

Durante os últimos anos o Estado, através de seus agentes à frente do ICMBio, tem ignorado a presença do povo tradicional caiçara no distrito de Trindade e, por conseguinte, tem reiteradamente negado a este povo os seus direitos. Além disso, ao arrepio da lei, tem promovido violações aos direitos humanos como restrições ao direito fundamental de ir e vir, despejos forçados, impedimento ao uso dos recursos naturais essenciais à sobrevivência, aplicação de multas e a criminalização do modo de vida caiçara.

Conforme aqui demonstrado, a Justiça, hoje, reconhece a verdadeira identidade das famílias que vivem desde o tempo do Brasil Colônia naquele litoral, guardando aquele território, pertencendo àquele território e preservando aquele território juntamente com seus ancestrais.

Entretanto, ainda será necessário enfrentar outros desafios. O próximo é garantir a nulidade dos atos da antiga direção do órgão de proteção e fazer retornar os limites do PNSB para o local onde sempre esteve desde a sua criação.

Dessa forma, o povo tradicional de Trindade poderá seguir construindo sua história em harmonia com a natureza, criando futuras gerações que confiam na Justiça enquanto trabalham usando seus conhecimentos ancestrais, celebram suas festas e vivem com liberdade as suas manifestações religiosas.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 ago. 2019.

_____. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 06 ago. 2019.

_____. *Lei n. 9.985 de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. *Lei n. 11.284, de 2 de março de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm>. Acesso em: 07 ago. 2019.

_____. *Lei 11.428 de 22 de dezembro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm>. Acesso em 07 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Decreto Federal n. 68.172 de 04 de fevereiro de 1.971*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68172-4-fevereiro-1971-410080-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 05 ago. 2019.

_____. Ministério Público Federal. *Parecer Técnico 236/2017-SEAP referente a ACP*
nº 0000484-59.2013.4.02.5111. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/153796/PT%2023617%20Parna%20da%20Serra%20da%20Bocaina_Definitivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 ago. 2019.

DIEGUES. Antônio Carlos Sant'Ana. *O mito moderno da natureza intocada*. 6ª ed. ampliada. São Paulo. Hucitec: Nupalb - USP/CEC. 2008. P. 18. *In*: <<http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/O%20mito%20moderno.compressed.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2019.

A MINERAÇÃO DE DADOS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS CONSUMIDORES: ANÁLISE DA PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Maria Eduarda Gropp¹

Jefferson Holliver Motta²

RESUMO: A privacidade dos consumidores na era digital, frente aos avanços tecnológicos, em especial os relativos à mineração de dados e a forma com que estes serão utilizados geram questionamentos de diversas ordens. O objetivo deste ensaio é refletir e oferecer uma análise crítica deste tema, demonstrando, no âmbito do direito civil e do consumidor, as consequências geradas pelo uso da mineração de dados na proteção do direito de privacidade dos consumidores. Assim, adota-se o método crítico-reflexivo para conduzir o processo metodológico, através de revisão bibliográfica, explorando conceitos de direitos de personalidade e intimidade no contexto da sociedade da informação e nas relações de consumo. Para tanto, o trabalho se deu em tópicos: o primeiro aborda aspectos do conceito de privacidade frente ao alto desenvolvimento tecnológico da sociedade da informação. O segundo desenvolve os aspectos de captura e reunião dos dados dos indivíduos, da organização e armazenagem e de sua comercialização, criando por assim dizer uma nova espécie de *commodities*. No terceiro tópico busca contextualizar a era tecnológica e a prospecção de dados, abordando a preocupação sobre a forma com que esses dados são utilizados e as possibilidades de violação do direito de privacidade das pessoas. Ao final, é possível demonstrar que o consumidor vulnerável corre risco para além da privacidade, a intimidade e torna-se alvo fácil de práticas manipulação e direcionamento do comportamento do consumidor pelo uso indevido dos dados, de forma que a proteção da privacidade é fragilizada quando não se sabe exatamente a quem, como, quando, por quais meios e quais finalidades de uso terão dados armazenados.

PALAVRAS-CHAVE: privacidade; proteção de dados; sociedade de informação; ultramodernidade; consumidor.

ABSTRACT: Consumer privacy in the digital age, considering technological advances, especially those related to data mining and the way that data are used, raise lots of questions. The purpose of this essay is to reflect and offer a critical analysis of this theme, showing, in the context of civil and consumer law, the consequences created by the use of data mining in the protection of consumer's privacy rights. Thus, the critical-reflexive method is adopted to conduct the methodological process, through literature review, exploring concepts of personality rights and intimacy in the context of the information society and consumer

¹Mestranda bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER, na área de concentração Estado, Poder e Jurisdição. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição, Processo e Direitos Fundamentais dos consumidores: avanços, retrocessos e perspectivas, junto ao Centro Universitário Internacional UNINTER, sob a coordenação da Professora Dra. Andreza Cristina Baggio. Professora da Faculdade Metropolitana de Blumenau- FAMEBLU. Advogada. E-mail: meduarda.gropp@gmail.com

² Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito do UNINTER, área de concentração Estado, Poder e Jurisdição, linha: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Orientadora: Dr^a Andreza Cristina Baggio. (Bolsista Atividade 100% – Programa de Excelência do PPGD-UNINTER), Bacharel em Direito (UNICURITIBA) e Nutrição (UFMT). Pesquisador, Advogado. e-mail: jhmotta@gmail.com

relations. To fulfill the purpose, this work is divided in three topics: first approaches aspects of the concept of privacy in the face of the high technological development of the information society. The second develops aspects of capturing and gathering data from individuals, organizing and storing and marketing them, thus creating a new kind of commodities. In the third topic, it seeks to contextualize the technological age and data prospection, addressing concerns about the way this data is used and the possibilities of violating people's privacy rights. At the end, it is possible to demonstrate that vulnerable consumers are at risk beyond privacy, intimacy and become an easy target for practices that manipulate and direct consumer behavior through misuse of data, so that privacy protection is weakened when It is not known exactly to whom, how, when, by what means and what purposes of use data will be stored.

KEYWORDS: privacy; data protection; information society; ultramodernity; consumer.

INTRODUÇÃO

A sociedade da informação tem por característica um alto desenvolvimento tecnológico cujo grau de penetrabilidade na vida dos indivíduos apresenta consequências positivas, como a maximização da utilização do tempo, criação de novos mercados, melhora na qualidade de vida dentre outros. Com a tecnologia a sociedade de consumo é elevada a novos patamares de meios de consumo e comportamento. Por outro lado, resultados negativos também podem ser observados como formas de discriminação entre os que dominam a tecnologia e os que não têm este domínio, interação mais distante entre as pessoas, a fragilidade da proteção de dados e especialmente a facilidade de violação da intimidade dos indivíduos.

A mineração ou prospecção de dados surge como forma de exploração e guarda de informações dos sujeitos para posterior uso a fim de estabelecer, por exemplo, padrões de comportamentos e relacionamentos dos consumidores. É neste cenário que surge a importância de se refletir e buscar oferecer uma análise crítica acerca dos atuais fundamentos da mineração e oferecer contribuições no âmbito do direito do consumidor frente as consequências geradas pelo uso desta ferramenta na proteção do direito de privacidade dos consumidores.

No âmbito do direito civil e do consumidor surge a preocupação com a utilização e o acesso destes dados, uma vez que, em determinadas circunstâncias, é possível se verificar a violação do direito de privacidade das pessoas com a disponibilidade de acesso a informações íntimas poderão, por exemplo, ocasionar direcionamento de ofertas de produtos e serviços, através de marketing agressivo o que traz desequilíbrio à relação de

consumo dado o conhecimento prévio de dados íntimos do consumidor, o que igualmente agrava o desequilíbrio desta relação.

O método crítico-reflexivo foi utilizado para conduzir o processo metodológico, através de revisão bibliográfica, explorando conceitos de direitos de personalidade e intimidade no contexto da sociedade da informação. A coleta de dados se dará através da compilação e leitura de literatura nacional e estrangeira, cooptando-se informações a fim de demonstrar a efetividade e as formas de proteção necessárias que o ordenamento jurídico deverá se ocupar, para promover a proteção de pessoas naturais e até mesmo jurídicas na Era da Digital.

O trabalho está dividido em tópicos: o primeiro tópico aborda aspectos do conceito de privacidade frente ao alto desenvolvimento tecnológico da sociedade da informação. Já o segundo tópico trabalha os aspectos de captura e reunião dos dados dos indivíduos, da organização e armazenagem e de sua comercialização, criando por assim dizer uma nova espécie de commodities. No terceiro tópico busca contextualizar na era a era tecnológica e seus aspectos da prospecção de dados abordando a preocupação acerca da forma com que esses dados serão utilizados e as possibilidades de violação do direito de privacidade das pessoas.

1. O CONCEITO DE PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O ordenamento jurídico Brasileiro, nas disposições contidas no art. 5º da Constituição Federal³, art. 21 do Código Civil⁴, Artigos 43 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, estabelece um rol de proteção a privacidade e inviolabilidade da intimidade, além dos dados e cadastros de Consumidores⁵, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados⁶ em seus arts. 1º e 3º estabelece critérios de proteção aos dados pessoais, bem como a necessidade de consentimento, desta forma aprimorando o Marco Civil da Internet, traz em seu bojo o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

³ BRASIL, Constituição Federal do Brasil, 1988.

⁴ BRASIL, Código Civil Brasileiro, 2002.

⁵ BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, Brasil, 1990.

⁶ BRASIL, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) Lei nº 13.853

É possível apreender que a tutela estabelecida pela Constituição visa proteger a vida privada do cidadão de ofensas tradicionais, ou seja, de maneira pessoal e direta. Ocorre que, desde a promulgação da Constituição a sociedade presenciou uma transformação em seu modo de vida de forma ampla, notadamente as ocorridas com as comunicações e a transição da comunicação de massa para a intercomunicação individual por um processo interativo⁷.

A partir daí, denota-se a preocupação do legislador em proteger a privacidade a honra e a intimidade das pessoas naturais e até mesmo jurídicas, dada a inviolabilidade constitucional, com caráter de direito fundamental de informações que, em verdade, são caras às pessoas em inúmeros aspectos.

Os artigos 1º e 3º da LGPD se referem a proteção de dados, e estabelecem alguns critérios de uso. Ainda assim, o Marco Civil não estabeleceu o conceito de dado pessoal, mesmo sendo este elemento fundamental para discussões de proteção dos dados coletados por meio digital. Em que pese seja um aspecto estritamente conceitual e teórico, não estabelecer parâmetros poderá ocasionar diferenças de interpretações que influenciaram questões jurídicas de proteção à privacidade.

Nesse aspecto, atentando-se para a importância do tratamento dos dados pessoais, bem como da maior facilidade de troca de informações referidas aos dados coletados frente à sociedade de informação, a comunidade Europeia estabeleceu através da diretiva 95/46/CE⁸, a proteção das pessoas frente ao tratamento de dados pessoais e apresenta um conceito de dados pessoais em art. 2º como sendo qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, direta ou indiretamente, por um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

A economia informacional atravessa um processo de interceptação de dados pessoais, conjuntamente com as possibilidades de novas formas de vigilância dos aparatos de repressão do Estado, de forma que os embates sobre a regulação do mercado de dados e a definição dos níveis de privacidade clamam pela transparência completa diante do interesse econômico das forças do mercado⁹.

Para Castells¹⁰ o ponto a ser observado, são as formas de reunião das informações dos indivíduos pelas empresas, organização destes dados, comercialização de dados, criando-

⁷ CASTELLS, Manuel. O poder da Comunicação. 3ª ed. SP/RJ. Paz e Terra, 2019. p.29

⁸ Directiva 95/46/CE do parlamento europeu e do conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal oficial n. 1 281 de 23/11/1995 p.031-050.

⁹ SILVEIRA, Sergio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.12, n.2, Nov/2016. p.228

¹⁰ CASTELLS, Manuel. O Poder da Identidade: a era da informação. v.2. 9.ed. SP/RJ. Paz e terra, 2018. p.406

se mercado para estas informações, pois tarjetas magnéticas e informações que a acompanham, por exemplo, vem dizimando a privacidade dos sujeitos, pois os dados de movimentações, nas mãos do mercado, caracterizam ameaça crescente à privacidade e diz respeito menos ao Estado e suas burocracias públicas, e mais das organizações empresariais e redes de informações privadas que seguem sua própria lógica como instrumento.

A preocupação é crescente e ganha contornos internacionais, Burck¹¹ afirma que Governança e regulamentação legais estão se tornando cada vez mais dependentes de dados coleta e processamento de dados algorítmicos. Na área de direitos autorais, *online* a proteção de obras digitalizadas é frequentemente mediada por algoritmos sistemas de execução destinados a eliminar conteúdo ilícito e limitar a responsabilidade do *YouTube*, *Facebook* e outras plataformas de conteúdo. O que não significa dizer que conteúdo não autorizado é ilícito, bastando, que hajam postagens não autorizadas para que se reivindique legitimidade sob exceções legais, como a padrão de equilíbrio conhecido como uso justo.

Por todos esses aspectos, pode-se inferir que a privacidade na sociedade de informação é direito do indivíduo de estabelecer seus próprios parâmetros de proteção e ou exclusão a quaisquer informações coletadas, bem como a prerrogativa de exigir do Estado a tutela desses parâmetros, protegendo-o de terceiros.

2. A ERA DIGITAL: CAPTURA, ARMAZENAGEM E UTILIZAÇÃO DE DADOS

Os avanços tecnológicos presentes na sociedade atual apresentam um cenário de crescimento exponencial nas transações e interações por meio das redes digitais¹², potencializado pelo surgimento de sistemas computacionais, conjuntamente com a queda dos custos de aquisição de hardware e software, pelos consumidores e empresas¹³, deste avanço no número de usuários das redes digitais ou internet, ocorre um grande aumento dos conteúdos publicados e buscados diariamente e de transações comerciais pelas redes.

A internet torna-se uma ferramenta que possibilita ir além das relações comerciais, compra e venda via plataforma, mas também uma oportunidade de coleta de dados dos clientes e usuários de formas incomensuráveis a priori¹⁴. Com esse novo olhar, ocorre a

¹¹ BURK, Dan L. Algorithmic Fair Use. Revista: University of Chicago Law Review. p.01. Tradução Livre.

¹² RAMPÃO, Talita de Souza. Mineração de dados em bases jurídicas: um estudo de caso. Monografia (Bacharelado Gestão da Informação). Curitiba, 2016. p.142

¹³ CAMILO, Cássio Oliveira; SILVA, João Carlos da. Mineração de Dados: Conceitos, Tarefas, Métodos e Ferramentas. Relatório Técnico- RT-INF_001-09; ago/2009. p.1

¹⁴ KIPPES, Alexander. Mineração de dados e análise do comportamento do consumidor: estudo de caso em um website de ensino a distância. Dissertação (mestrado) Lavras: UFLA, 2010. p.54

criação de novas e complexas formas de armazenamento dos dados, tais como banco de dados, *Data Warehouses*, Bibliotecas Virtuais, *Web* e outras mais que surgem a cada minuto, no complexo mundo da inovação tecnológica, pode ser útil para garantir vantagens competitivas para inúmeras empresas perante o cenário econômico atual¹⁵.

A Mineração de Dados é ramo da computação que teve início nos anos 80 e nasce da preocupação de grandes corporações com os enormes volumes de dados informáticos estocados e inutilizados dentro da empresa.¹⁶ Há uma riqueza bruta de dados, estocada, inerte, sem utilidade como informação e extrair o conhecimento implícito a partir da grande quantidade de dados armazenados é o objeto de ação da mineração de dados, para descobrir novos fatos e relacionamentos entre dados, de forma repetida e interativa¹⁷, lapidando os dados, gerando informações úteis para a gestão, o que torna a mineração de dados uma das tecnologias mais promissoras da atualidade¹⁸.

As plataformas e as novas ferramentas de armazenamento fornecem as empresas inúmeras possibilidades de coleta de dados sobre os clientes, entretanto, avaliar e analisar esses dados torna-se essencial para compreender o comportamento dos clientes e auxiliar a tomada de decisões dos negócios e das estratégias de marketing¹⁹. Assim, há que se considerar a proteção dos dados dos sujeitos, inclusive se analisados aspectos de vazamento destes dados para *Cyber Attacks*, métodos de *hacking* complicados e sofisticados que dificultam a prevenção na população geral de usuários de produtos da Internet²⁰.

Entende-se por mineração de dados as formas de se extrair conhecimento de grandes volumes de dados²¹, estando o conhecimento envolvido diretamente relacionado a bancos de dados, estatística, aprendizagem de máquinas, computação de alto desempenho, reconhecimento de padrões, computação natural, visualização de dados, recuperação da informação, processamento de imagens e de sinais²², utilizando-se, na coleta de dados, os *big data* e algoritmos sofisticados para captar características específicas entre os clientes.

Para Bar-Gill, a aproximação da sociedade atual, a um mundo em que cada consumidor deixa pegadas virtuais sobre sua forma de consumir, pagará um preço

¹⁵ CAMILO, 2009. p.1

¹⁶ AMO, Sandra. Técnicas de Mineração de Dados. in: Sistemas de Informação, qualidade e agilidade de informação (sitio). 2019. p.2

¹⁷ RAMPÃO, 2016. p.41.

¹⁸ CAMILO, 2009. p.2.

¹⁹ KIPPES, 2010. p.54

²⁰ RUGG, Jane. Cyber Security: An International Security Issue with No Solution? Revista: Denver Journal of International Law & Policy. 2016. p.02. Tradução Livre.

²¹ AMO, Sandra. Técnicas de Mineração de Dados. in: Sistemas de Informação, qualidade e agilidade de informação (sitio). 2019. p.02

²² RAMPÃO, 2016. p.42.

personalizado por um produto ou serviço personalizado, criando-se, em razão do comportamento do consumo, gravado eletronicamente, preços para o perfil de cada consumidor²³.

A situação apresenta riscos potenciais de violações de direitos do consumidor e nos Estados Unidos, C. Busch, propôs recente ensaio acerca da regulamentação da ascensão da *big data* e do algoritmo nas relações jurídicas, sugerindo atribuição ao Legislador a responsabilidade de modificar o design e a estrutura de mandatos de divulgação em direito do consumidor e direito da privacidade. Nesse sentido, ressalta que o cumprimento dos deveres de informação, poderia dar-se através de avisos, fornecendo divulgações personalizadas com base em dados, preferências e necessidades informacionais de um indivíduo. Ou seja, seria possível a criação de um “direito personalizado”, que demonstra como a tecnologia da informação pode ser implementada para adaptar as divulgações no direito do consumidor, na medida em que considera a heterogeneidade do consumidor²⁴.

3. A PROSPECÇÃO DE DADOS COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR

Os dados, hoje, são considerados o principal ativo de inúmeras corporações, visto que as inúmeras plataformas de acesso à rede digital oportunizam a coleta de dados em uma quantidade incomensurável atualmente, e este crescimento na coleta de dados pode ser atribuída à redução nos custos de aquisição de novos equipamentos, ao desenvolvimento de técnicas capazes de extrair, de forma otimizada a informação contida, e muitas vezes implícita, nestes dados²⁵.

A tecnologia contribuiu para a enorme quantidade dados armazenados, mas os dados apresentados em sua forma bruta, não criam informações ou conhecimento, o uso das inovações tecnológicas tem o condão de produzir as informações úteis, e é para isso, que utiliza-se da mineração de dados para tratar e transformar a base de dados, visando por exemplo, auxiliar questões estratégicas de uma organização²⁶.

Neste cenário surge a ideia de dados como ativo econômico, fortemente destacada e reconhecida por autoridades do cenário econômico, como observado em matéria vinculada

²³ BAR-GILL, Oren. Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions. Revista: University of Chicago Law Review. 2018. p.01. Tradução Livre.

²⁴ BUSCH, Christoph. Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law. Revista: University of Chicago Law Review. 2018. p.01

²⁵ CAMILO, 2009. p.22.

²⁶ KIPPES, 2010. p.25

pelo jornal O Globo, na qual se destaca que o “(...) Fórum Econômico Mundial, no ano de 2011, declarou que os dados são uma nova classe de ativo econômico particularmente valioso (...) havendo afirmação de que os dados pessoais são o novo petróleo da internet e a moeda do mundo digital”.²⁷

Os modos de organizações sociais e as mudanças tecnológicas, criam questões mitológicas de suas próprias consequências, em parte porque não exista tempo hábil para analisar os efeitos e implicações, e outra e a necessidade de se preencher as lacunas que surgem entre a mutação social e o que se depreende verdadeiramente²⁸.

Nesse aspecto, por assim dizer de criação de mitos ou significação de acontecimentos que visem explicar os fatos ocorridos que é possível se utilizar o termo “novo petróleo” para referir-se aos dados de forma a compreender a magnitude do valor que estes apresentam, de forma que discute-se a mineração dos dados, nos aspectos técnicos, como a organização de camadas para capturas dos dados, processamento, análise; aspectos comerciais como a venda de dados, ações de marketing direcionadas através da modulação de comportamentos, em específico dos consumidores.

Ainda mencionando a possibilidade de precificação direcionada, como conseqüência da coleta de dados e comportamento de compras pelos consumidores, importa destacar que fornecedores estão interessados na disposição do consumidor de pagar (*WTP – Willing To Pay*) por seus produtos ou serviços, maximizando os lucros cobrando um preço o mais próximo possível da *WTP* do consumidor e quando a discriminação algorítmica dos preços atinge as preferências, prejudica os consumidores, mas aumenta a eficiência²⁹.

Dessa forma, visando a proteção dos consumidores, é importante destacar que o uso massivo dos dados pessoais, torna-se algo inevitável e ocasionará efeitos ambivalentes perante a sociedade. E assim como, são as grandes corporações que tem potencial para extrair o ouro negro, o atual cenário, apresenta características nas quais o mercado de dados dará maior poder às corporações do que aos cidadãos em relação às trocas que realizam, atingindo diretamente as relações de consumo com possíveis afrontas aos direitos dos consumidores vulneráveis³⁰.

²⁷ BELLI, Luca. Seus dados são o novo petróleo: mas serão verdadeiramente seus? Jornal o Globo. 01 jun.2017.

²⁸ CASTELLS, 2019. p.38

²⁹ BAR-GILL, 2018. p.03. Tradução Livre.

³⁰ CASTELLS, 2019. p.38

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A privacidade, direito fundamental, tutelada por Cartas Constitucionais ao redor do Globo, e protegida por inúmeras leis vem enfrentando claramente uma mitigação em sua conceituação, em razão da tecnologia não encontrar barreiras para acessar informações a respeito das pessoas naturais ou jurídicas.

Contudo, o trabalho ora desenvolvido, demonstra que para além da privacidade, a intimidade, corre riscos quando não se sabe exatamente a quem, como, quando, por quais meios e quais finalidades de uso terão dados, rastros, que os usuários acabam por deixar nos meios eletrônicos. Nas relações de consumo, a parte vulnerável se torna alvo fácil de práticas excludentes do princípio da boa-fé, de manipulação e direcionamento indiscriminado de ofertas, diante o rastro digital deixado pelo consumidor. Implicando em situações de exceções, tratamentos diversos entre consumidores, havendo violação isonômica, o que não se pode permitir considerando o caráter protetivo fundamental da privacidade.

Verificou-se, portanto, uma preocupação acerca da necessidade de proteção de dados, inclusive por força de Tratados Internacionais, o Brasil adequou o Marco Civil da Internet, por meio da LGPD, a qual traz em seu cerne princípios relativos à privacidade, autodeterminação informativa, no sentido do consumidor delimitar o que deseja informar, protegendo a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, etc. as quais estão inseridas na Lei Geral de Proteção de Dados.

É certo que o uso massivo da tecnologia e conseqüentemente, dos dados pessoais, não retrocederá, contudo, poderá ser observado efeitos ambivalentes perante a sociedade, na medida em que grandes corporações que tem potencial para extrair o ouro negro haverá momentos em que o mercado de dados dará maior poder às corporações do que aos cidadãos, atingindo diretamente as relações de consumo com possíveis afrontas aos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS.

AMO, Sandra. Técnicas de Mineração de Dados. in: Sistemas de Informação, qualidade e agilidade de informação (sitio). 2019. Disponível em: <researchgate.net/publication/260300816_Tecnicas_de_Minerao_de_Dados>, acesso em: 15 set.2019.

BAR-GILL, Oren. Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions. Revista: University of Chicago Law Review.

Disponível em: <lawreview.uchicago.edu/publication/algorithmic-price-discrimination-when-demand-function-both-preferences-and>, acesso em 14 set.2019.

BELLI, Luca. Seus dados são o novo petróleo: mas serão verdadeiramente seus? *Jornal o Globo*. 01/06/2017. Disponível em: <oglobo.globo.com/opiniao/seus-dados-sao-novo-petroleo-mas-serao-verdadeiramente-seus-21419529>, acesso em: 15 set.2019

BURK, Dan L. Algorithmic Fair Use. *Revista: University of Chicago Law Review*. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/algorithmic-fair-use> Acesso em: 14 set.2019.

BUSCH, Christoph. Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law. *Revista: University of Chicago Law Review*. Disponível em: <lawreview.uchicago.edu/publication/implementing-personalized-law-personalized-disclosures-consumer-law-and-data-privacy-law>, acesso em: 13 set.2019.

CAMILO, Cássio Oliveira; SILVA, João Carlos da. Mineração de Dados: Conceitos, Tarefas, Métodos e Ferramentas. Relatório Técnico- RT-INF_001-09; ago/2009. Instituto de Informática Universidade Federal de Goiás. Disponível em: <portal.inf.ufg.br/sites/default/files/uploads/relatorios-tecnicos/RT-INF_001-09.pdf>, acesso em: 15 set.2019.

CASTELLS, Manuel. O poder da Comunicação. Tradução: Vera Lúcia Mello Joscelyne. 3ª ed. São Paulo/rio de Janeiro. Paz e Terra, 2019.

CASTELLS, Manuel. O Poder da Identidade: a era da informação. v.2. Tradução: Klaus Brandini Gerhardt. 9. ed. rev. ampl. - São Paulo/Rio de Janeiro. Paz e terra, 2018. 602p.

Directiva 95/46/CE. Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial* n. 1 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:31995l0046:pt:HTML>, acesso em: 15 set. 2019.

KIPPES, Alexander. Mineração de dados e análise do comportamento do consumidor: estudo de caso em um website de ensino a distância. Dissertação (mestrado) Lavras: UFLA, 2010. 116p. Disponível em: <<https://bit.ly/2IV2eoU>>, acesso em: 15 set.2019.

RAMPÃO, Talita de Souza. Mineração de dados em bases jurídicas: um estudo de caso. Monografia (Bacharelado em Gestão da Informação), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p.159. 2016. Disponível em: <acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45564>, acesso em: 15 set.2019.

RUGG, Jane. Cyber Security: An International Security Issue with No Solution? *Revista: Denver Journal of International Law & Policy*. October 26, 2016. Disponível em: <djilp.org/cyber-security-an-international-security-issue-with-no-solution/>, acesso em: 14 set.2019.

O IMPACTO DO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA UNIÃO EUROPEIA NO BRASIL

Brenno Henrique de Oliveira Ribas¹

Carolinne Cardoso Guerra²

Resumo: Na busca por uma maior proteção de dados do cidadão europeu, foi elaborada e entrada em vigor o Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais da União Europeia (RGPD), em detrimento das violações de privacidade cada vez mais corriqueiras no mundo interligado e conectado em que vivemos. Em razão do relevante papel do mercado europeu no cenário do comércio internacional, este regulamento acaba englobando qualquer empresa que venha a negociar com países da União Europeia, mesmo que pertença a países fora do bloco europeu. O RGPD acabou por se tornar um novo paradigma na proteção de dados pessoais, constituindo-se como modelo para outros países, inclusive o próprio Brasil, que apesar de não possuir uma legislação desse gênero, usou este regulamento como inspiração para a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD), que visa uma melhor proteção de dados pessoais no país. Dessa forma, busca-se analisar a influência e interferência do novo regimento europeu no Brasil, tratando da sujeição das empresas brasileiras quando estas vierem a comercializar seus produtos e serviços com países da União Europeia, e a inovação advinda com a Lei nº 13.709/2018, se estas medidas podem vir a concretizar uma maior proteção de dados no país. Para o desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método dedutivo. Para melhor abordagem do tema, o artigo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tratará do RGPD da União Europeia em suas linhas gerais. O segundo capítulo abordará a repercussão do RGPD no Brasil, em suas empresas e legislações. Por fim, o terceiro capítulo tratará em analisar a interferência do RGPD nos aspectos futuros da proteção de dados dos cidadãos.

Palavras-chave: Proteção de Dados; RGPD; União Europeia; Brasil.

Introdução

O Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais da União Europeia (RGPD), desde sua criação em 2016, se destaca tanto pela sua abrangência, que vai para além do continente europeu, abrangendo todos os países que coletam dados pessoais de cidadãos europeus para o oferecimento de bens ou serviços., quanto pela sua maturidade conceitual, considerando a privacidade valor *ex ante*, a ser tratado como padrão e princípio e abarcando inúmeros princípios em seu seio como o do livre consentimento (qualificado

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto. brennoribas.jus@gmail.com

² Especialista em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. guerracarolinne@gmail.com

ou adjetivado) do usuário titular dos dados pessoais, o da boa-fé, o da finalidade, o da adequação e o da não-discriminação; entre outros.

Por tais razões, o RGPD acabou tornando-se fonte de inspiração legislativa para outros países, como o próprio Brasil, que até então não possuía nenhuma uma legislação do gênero, e com este regulamento como base, criou a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, batizada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Assim sendo, o presente estudo busca, primeiramente, delinear os conceitos mais inovadores e os princípios norteadores do Regulamento Geral de Proteção dos Dados Pessoais da União Europeia, em seguida, identificar os elementos extraterritoriais do novo Regulamento e seus possíveis efeitos para o Brasil, para assim, finalmente, trazer algumas considerações acerca dos rumos futuros que toma essa temática em âmbito global.

1 – RGPD da União Europeia em suas linhas gerais

A interferência do Estado e terceiros na vida privada não é nenhuma novidade na pauta de discussões da Comunidade Europeia e da União Europeia³, sendo considerada pela primeira vez em 1948, através do artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) das Nações Unidas, influenciando na elaboração de outros instrumentos acerca dos direitos humanos e a vida privada⁴.

No século XXI o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas dados⁵; dessa forma, a proteção de dados pessoais dentro das empresas é primordial para a garantia da segurança das organizações e informações importantes para a empresa, mas é acerca da colheita de dados de clientes que as legislações estão buscando cada vez mais inibir comportamentos abusivos.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia (RGPD) surgiu em um dos seus intuitos de proporcionar uma maior proteção à privacidade de clientes na internet perante empresas e instituições, buscando assim, uma maior transparência e controle do usuário acerca de suas informações pessoais. Ademais, é aplicado a qualquer empresa ou organização que ofereça bens ou serviços e que colem dados pessoais de cidadãos da União Europeia, sendo indiferente onde a empresa esteja localizada.

A busca pelas garantias de proteção de dados em ambientes informacionais e em rede encontra sua contrariedade pela velocidade das inovações e crescimento de empresas,

³ POLIDO, F. B. P.; ANJOS, L. C.; BRANDÃO, L. C. C.; MACHADO, D. C.; OLIVEIRA, D. T. N. *GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa*. 2018, p. 5.

⁴ CONSELHO EUROPEU. *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*. 2014, p. 14.

⁵ THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. 2017, p. 1.

O Impacto do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia no Brasil

podendo tornar uma lei recém-criada obsoleta pouco tempo depois.⁶ Pensando nisso, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia (RGPD) foi elaborado utilizando-se de um conceito expansionista⁷, com diversas definições para garantias fundamentais, com vistas que a amplitude permita uma maior dinamização da legislação, tornando-a menos vulnerável a desatualizações⁸ e melhor salvaguardando os dados pessoais dos cidadãos.

Um dos pontos principais acerca do RGPD é quanto ao consentimento do usuário, sendo necessário que seja claro, explícito e anterior à coleta e uso dos dados pessoais, podendo ainda ser revogado a qualquer tempo.⁹ A política de proteção de dados deve ser disposta em linguagem compreensível, ademais, a coleta deve se limitar apenas aos dados que forem essenciais ao funcionamento do serviço. Em algumas situações o usuário pode ver, corrigir e até mesmo deletar as informações que a empresa dispõe sobre ele, sendo concedido o “direito ao esquecimento”. Para as empresas que disponham de dados de cidadãos europeus, devem seguir a lei europeia mesmo que não estejam situadas na União Europeia, havendo apenas a possibilidade de transferência dos dados pessoais de europeus para países com lei de proteção de dados equivalente. Existe ainda, a necessidade das grandes processadoras de informação em guardar registros sobre as vezes que manipularam dados, e, na hipótese de dados de clientes serem hackeados, estes devem ser avisados em até 72 horas. As empresas que não se atentarem as regras contidas no RGPD serão punidas com multa, de € 20 milhões ou 4% do volume global de negócios da empresa.¹⁰

Outro direito abrangido pelo regulamento refere-se ao desacordo contra tomada de decisões automatizadas¹¹, uma vez que vão contra a noção de autonomia e personalidade do RPD¹². Estas exigem esclarecimentos acerca da atividade de algoritmos, matéria que tem aberto diversas discussões nos mais variados setores acerca do aprendizado de máquina e inteligência artificial.¹³

⁶ POLIDO, F. B. P.; ANJOS, L. C.; BRANDÃO, L. C. C.; MACHADO, D. C.; OLIVEIRA, D. T. N. *GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa*. 2018, p. 7.

⁷ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. Grupo de Estudos em Políticas Públicas em Acesso à Informação da USP – GPOPAI*. 2015, p. 32.

⁸ POLIDO, F. B. P.; ANJOS, L. C.; BRANDÃO, L. C. C.; MACHADO, D. C.; OLIVEIRA, D. T. N. *GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa*. 2018, p. 7.

⁹ CORREIO DO ESTADO. *Na briga de dados, Europa quer privacidade*. 2018, p. 2.

¹⁰ GDPR. General Data Protection Regulation. Capítulo 3.

¹¹ *Ibidem*.

¹² JONES, Meg Leta. *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood. Social studies of Science*. Vol. 47, n. 2, 2017, p. 216-239.

¹³ SELBST, Andrew; POWLES, Julia. *Meaningful information and the right to explanation. In: International Data Privacy Law*. Vol. 7, n. 4, 2017, p. 233 ss.

2 - A repercussão do RGPD no Brasil

Apesar do RGPD se tratar de um regulamento europeu, estão abrangidos e obrigados a seguir as regras por esta imposta todos os países que mantenham presença e operações em países da União Europeia, com filiais ou armazenamento e processamento de dados de cidadãos europeus, inclusive o Brasil. À vista disso, conforme expõe Polido, Anjos, Brandão, Machado e Oliveira¹⁴ devem estar atentos ao novo regulamento:

(i) tanto o subcontratante como o responsável possuem estabelecimento na União Europeia; (ii) o operador tem estabelecimento fora da União Europeia e é contratado por responsável com estabelecimento em país-membro do bloco europeu; e (iii) o estabelecimento do operador se situa no território europeu, diferentemente do responsável, localizado em país que não faz parte da União Europeia.

Por conseguinte, a normativa abrangerá tanto o subcontratante como o responsável que possuir estabelecimento na União Europeia; o operador que tiver estabelecimento fora da União Europeia empresas europeias com filiais no Brasil que colem dados de cidadãos europeus ou de outra cidadania, mas que residam na Europa; as empresas brasileiras que colem dados pessoais de cidadãos europeus para alguma operação de bem ou serviço; e as empresas brasileiras que apesar de não buscarem nenhuma operação de bem ou serviço, colem dados pessoais colem dados de europeus, mesmo estando no território brasileiro.

Outrossim, seguindo os parâmetros do regulamento europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD) foi inspirada no RGPD, tendo ambas o intuito de proteger os dados dos cidadãos, para que estes tenham o conhecimento prévio das informações que estão fornecendo, e porque ou para que serão utilizadas. A principal diferença entre a LGPD e o RGPD, conforme explicado por Paulo Quintiliano, citado por Vinícius Passarelli¹⁵: “A nossa lei cobre todos os aspectos que a GDPR cobre, mas de uma forma menos detalhada. Talvez algumas questões terão que ser disciplinadas posteriormente, mas em termos de abrangência eu entendo que são equivalentes”.

O Brasil tinha no ano de 2017, 93,2% das residências com o acesso a ao menos um celular¹⁶, e sendo este o principal meio de acesso à internet é notório a necessidade de uma legislação que atendesse à maior proteção de dados, dada a quantidade de compartilhamento de dados realizado todos os dias. A LGPD seguindo as premissas e inspirada no RGPD da

¹⁴ POLIDO, F. B. P.; ANJOS, L. C.; BRANDÃO, L. C. C.; MACHADO, D. C.; OLIVEIRA, D. T. N. *GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa*. 2018, p. 16.

¹⁵ PASSARELLI, Vinícius. *LGPD: entenda o que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2019, p. 4.

¹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. *PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país*. 2018, p. 1.

O Impacto do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia no Brasil

União Europeia, será aplicável à indústria, comércio, serviço e regulamentará o uso de dados pessoais de seus clientes. A elaboração dessa nova lei demonstra o rumo que o Brasil veio a tomar, acompanhando as tendências mundiais, na busca da consecução de seus direitos fundamentais.¹⁷

O principal propósito da lei é a proteção de dados, além de garantir um tratamento individualizado para informações pessoais que são consideradas sensíveis¹⁸, conforme conceituação dada pelo artigo 5º, inciso II, da LGPD¹⁹ que dispõe: “dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

É também fundamental que as empresas disponham de um programa de proteção de dados com vistas de garantir o *compliance* de dados, além de proteger os controladores de dados, processadores e titulares. Para o efetivo cumprimento do programa de dados é imprescindível que seja identificado as fontes e dados recebidos, selecionar os dados que são de fato necessários, que seja definido como receber, armazenar, eliminar dados, métodos de transparência para os titulares dos dados poderem acompanhar suas informações, ponderar qual tecnologia necessária para os procedimentos e garantia da segurança nas operações.²⁰

Além disso, através da Medida Provisória 869/2018, a fiscalização da Lei ficará a cargo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), ao qual deve além do papel de zelar e fiscalizar, o de aplicar as sanções previstas para as empresas que descumprirem as regras.²¹

Dessa forma, a partir de agosto de 2020 (entrada em vigor da LGPD), qualquer empresa que coletar dados pessoais de clientes deverá seguir as regras previstas na lei; caso contrário, terá de arcar com multas altíssimas, podendo chegar a até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).²²

¹⁷ LADEIA, Yuri Rodrigues. *A lei e regulação geral de proteção de dados pessoais – LGPD/GDPR. Oportunidades e impactos sob as atividades que utilizam dados pessoais*. 2019, p. 1.

¹⁸ PASSARELLI, Vinícius. *LGPD: entenda o que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2019, p. 4.

¹⁹ BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Artigo 5º, inciso II.

²⁰ LADEIA, Yuri Rodrigues. *A lei e regulação geral de proteção de dados pessoais – LGPD/GDPR. Oportunidades e impactos sob as atividades que utilizam dados pessoais*. 2019, p. 4.

²¹ PASSARELLI, Vinícius. *LGPD: entenda o que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2019, p. 4.

²² *Ibidem*.

3 - Interferência do RGPD nos aspectos futuros da proteção de dados

As novas tecnologias transformaram o modo como vivemos, a velocidade no processamento e armazenamento de dados permitiram agilizar o processo de adquirir conhecimento e entender mais objetivamente a sociedade humana.²³ À vista disso, a mudança captada na sociedade e nas relações sociais devem ser percebidas pelo Direito²⁴, e a proteção de dados é um tema bastante discutido nos últimos tempos. Ocorre que, no uso das tecnologias impera o vigilantismo, aos quais dependem da coleta de dados para os modelos de negócios, o que pode ser analisado de maneira positiva no direcionamento de produtos e serviços, mas que pode infringir na supressão da privacidade do indivíduo.²⁵

É por essa razão que a União Europeia se viu na necessidade em elaborar um regulamento com vistas de proteger o uso de dados pessoais. A importância de um regulamento para a proteção de dados pessoais é percebido na padronização do seu uso no meio em que é coletado, além de serem atribuídas as penalidades para os casos de abuso ou negligência.²⁶

Com a necessidade de adequação em outros países para continuar coletando dados de cidadãos europeu, o RGPD acabou por tornar-se conhecido e vigente fora do bloco europeu. À vista disso, as empresas que mantêm relações com a União Europeia foram compelidas a implementar o parâmetro de regras estabelecidas, servindo o regulamento também como modelo e inspiração para a elaboração de novas legislações a abranger as regras já existentes no RGPD, como ao caso do Brasil e a sua LGPD.

A transferência internacional de dados só será possível para países que se adequarem e apresentarem legislações de proteção de dados adequadas no ordenamento nacional, desse modo, o país destino que manter relações com a União Europeia deve ter leis abrangentes de proteção de dados. A transferência é realizada por meio de uma decisão de adequação, dada pela Comissão Europeia, que avalia o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, e nível de proteção de dados do país destino. Na época atual os países que estão incluídos na lista são Argentina, Andorra, Canadá, Ilhas Faroé, Guernsey, Israel, Ilha de Man, Jersey, Nova Zelândia, Suíça, Uruguai e Estados Unidos (limitado apenas ao Privacy Shield).²⁷

²³ RODAS, João Grandino. *Direito precisa se adaptar à nova realidade da proteção de dados*. 2019, p. 1.

²⁴ RODAS, João Grandino. *Universo jurídico também está passando pela transformação digital*. 2017, p. 2.

²⁵ SANTOS, Coriolano; CRESPO, Marcelo. *Como será o futuro dos negócios com a vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu?*. 2017, p. 1.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ SOUZA, Thiago Pinheiro Vieira de. *A proteção de dados pessoais como direito fundamental e a [in]civilidade do uso de cookies*. 2018, p. 99.

Nos Estados Unidos não há uma lei geral para proteção de dados, o que acaba por tornar a luta pela proteção de privacidade dos cidadãos norte-americanos mais árdua, a regulamentação é feita por setores, existindo dessa forma uma lei para o setor bancário, outra para o setor médico, para o setor de seguro, dentre outros. Ocorre que, o CEO da Apple, Tim Cook, durante uma conferência em Bruxelas, afirmou que as grandes empresas da área tecnológica estavam a criar um “complexo industrial de dados”, também defendeu que a lei de proteção de dados dos EUA deveria se aproximar aos modelo do novo regulamento europeu de proteção de dados pessoais²⁸, o que demonstra a inclinação positiva das grandes empresas para o novo regulamento.

Dessa forma, as maiores prerrogativas para a criação de leis para proteção de dados pessoais são a segurança jurídica e o equilíbrio de poder entre as empresas coletoras de dados e os titulares dos dados pessoais, haja vista a assimetria existente hodiernamente.²⁹ Além disso, vários países têm se adequado ao RGPD considerando-se a impossibilidade de manterem relações com a União Europeia e coleta de dados de seus cidadãos se assim não o fizessem. Logo, com a influência e inspiração ao RGPD, diversos países têm elaborado regulamentos que se assemelham à redação do regulamento europeu, o que torna o futuro da proteção de dados cada vez aproximado por todo o mundo. A abrangência, ambição legislativa e conceituação ampla torna o RGPD um autêntico regulamento-modelo, ao qual é espelho para diversas iniciativas nacionais, regionais e intracomunitárias na busca de um padrão normativo uniforme na busca de uma melhor proteção de dados pessoais³⁰.

Considerações finais

I – Sendo os dados pessoais o recurso mais inestimável do mundo atual, a proteção destes passou a ser matéria para a elaboração de legislações com o fim de inibir abusos. A União Europeia modernizou a legislação acerca da proteção de dados com a elaboração do RGPD, buscando proporcionar uma maior proteção à privacidade de clientes no ambiente da internet, haja vista os abusos de empresas e instituições com as informações dos usuários.

II – Mesmo o RGPD tratando-se de um regulamento europeu, este veio a abranger todos os países que mantiverem operações de coleta de dados pessoais com países da União

²⁸ REINALDO FILHO, Demócrito. *EUA se preparam para aprovar lei sobre proteção de dados pessoais semelhante à europeia?*. 2018, p. 2.

²⁹ SANTOS, Coriolano; CRESPO, Marcelo. *Como será o futuro dos negócios com a vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu?*. 2017, p. 1

³⁰ POLIDO, F. B. P.; ANJOS, L. C.; BRANDÃO, L. C. C.; MACHADO, D. C.; OLIVEIRA, D. T. N. *GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa*. 2018, p. 4.

Europeia, inclusive o Brasil. Desse modo, além da necessidade de se adequar ao regulamento para continuar a manter relações com o bloco europeu, esse seguindo os passos do RGPD, elaborou e passou a procurar implementar dentro da sua legislação nacional uma lei de proteção de dados semelhante ao regulamento europeu, a LGPD. O desígnio da lei é uma maior proteção de dados no campo da internet, com regras que em muito se assemelham ao RGPD, haja vista a quantidade de usuários que o país possui, e compartilham dados todos os dias.

III – A adequação ao RGPD abrangue e alterou o modo de compreender a proteção de dados pessoais não somente no Brasil, o que, no mundo globalizado, atingiu diversos países pelo mundo. Estes passaram a serem compelidos a implementar o parâmetro de regras estabelecidas, e por diversas vezes influenciando na elaboração de legislações nacionais, demonstrando um futuro de proteção de dados cada vez mais semelhante entre os países do globo.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. Grupo de Estudos em Políticas Públicas em Acesso à Informação da USP – GPOPAI*. 2015. Disponível em <http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf> Acesso em 20 ago. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em 21 ago. 2019.

CONSELHO EUROPEU. *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*. 2014. Disponível em <<https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf>> Acesso em 20 ago. 2019.

CORREIO DO ESTADO. *Na briga de dados, Europa quer privacidade*. 2018. Disponível em <<https://www.correiodoestado.com.br/brasilmundo/na-briga-de-dados-europa-quer-privacidade/323838/>> Acesso em 20 ago. 2019.

GDPR. General Data Protection Regulation. Disponível em <<https://gdpr-info.eu/>> Acesso em 20 ago. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. *PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país*. 2018. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>> Acesso em 20 ago. 2019.

JONES, Meg Leta. *The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood. Social studies of Science*. Vol. 47, n. 2, 2017.

LADEIA, Yuri Rodrigues. *A lei e regulação geral de proteção de dados pessoais – LGPD/GDPR. Oportunidades e impactos sob as atividades que utilizam dados pessoais*. 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI306646,71043-A+lei+e+regulacao+geral+de+protecao+de+dados+pessoais+LGPDGDPR>> Acesso em 20 ago. 2019.

O Impacto do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia no Brasil

PASSARELLI, Vinícius. *LGPD: entenda o que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2019. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lgpd-entenda-o-que-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>> Acesso em 21 ago. 2019.

POLIDO, F. B. P.; ANJOS, L. C.; BRANDÃO, L. C. C.; MACHADO, D. C.; OLIVEIRA, D. T. N. *GDPR e suas repercussões no direito brasileiro. Primeiras impressões de análise comparativa*. 2018. Disponível em <<http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/GDPR-e-suas-repercuss%C3%B5es-no-direito-brasileiro-Primeiras-impress%C3%B5es-de-an%C3%A1lise-comparativa-PT.pdf>> Acesso em 20 ago. 2019.

REINALDO FILHO, Demócrito. *EUA se preparam para aprovar lei sobre proteção de dados pessoais semelhante à europeia?*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5641, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70109>. Acesso em: 20 ago. 2019

RODAS, João Grandino. *Direito precisa se adaptar à nova realidade da proteção de dados*. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-07/olhar-economico-direito-adaptar-realidade-protecao-dados>> Acesso em 21 ago. 2019.

_____. *Universo jurídico também está passando pela transformação digital*. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-out-26/olhar-economico-universo-juridico-tambem-passando-transformacao-digital>> Acesso em 21 ago. 2019.

SANTOS, Coriolano; CRESPO, Marcelo. *Como será o futuro dos negócios com a vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu?*. 2017. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/DireitoDigital/105,MI266327,51045-Como+sera+o+futuro+dos+negocios+com+a+vigencia+do+Regulamento+Geral>> Acesos em 21 ago. 2019.

SELBST, Andrew; POWLES, Julia. *Meaningful information and the right to explanation*. In: *International Data Privacy Law*. Vol. 7, n. 4, 2017. Disponível em <<https://academic.oup.com/idpl/article/7/4/233/4762325>> Acesso em 20 ago. 2019.

SOUZA, Thiago Pinheiro Vieira de. *A proteção de dados pessoais como direito fundamental e a [in]civildade do uso de cookies*. 2018. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/23198/3/Prote%C3%A7%C3%A3oDadosPessoais.pdf>> Acesso em 22 ago. 2019.

THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. 2017. Disponível em <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>> Acesso em 20 ago. 2019.

PROTEÇÃO DE DADOS: NOVA DIMENSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Anna Luiza de Carvalho Lisboa¹

Marília Marques Rêgo Vilhena²

Resumo: A função social da empresa é matéria que ultrapassa os limites do Direito Empresarial, guardando inter-relações com outros ramos do Direito, quer sejam eminentemente públicos, quer sejam eminentemente privados. Ademais, também interessa à filosofia do Direito, vez que aponta para a justiça social. A função social da empresa, segundo Comparato (1996: p. 31) e Tarcisio Teixeira (2018; p. 176), provém da evolução da teoria da função social da propriedade. Ante as mudanças do Estado Liberal para o Estado Social, houve a constitucionalização do direito civil, que retirou a feição individualista do direito à propriedade e exigiu uma utilidade coletiva aos bens privados. Nessa esteira, formou-se a função social da empresa, que impõe à atividade empresarial o dever de ser fonte produtora de bens para a sociedade. A doutrina tradicionalmente reúne, como deveres anexos a esse princípio, a responsabilidade perante os demais acionistas ou sócios; os seus trabalhadores; o meio ambiente; os clientes e consumidores; os seus fornecedores; o Fisco. Dessa forma, por mais que a concepção social da empresa, incorporada no Código Civil de 2002, direcionasse à repersonalização ou à despatrimonialização do direito, em contraposição ao patrimonialismo e individualismo do Código Civil de 1916, o cumprimento da função social da empresa ainda está relacionado à observância de obrigações que envolvem, sobremaneira, direitos patrimoniais, como a responsabilidade da empresa pelo pagamento de tributos. Não obstante, a Lei Geral de Proteção de Dados, que entrará em vigor em fevereiro de 2020, impõe novas obrigações para a empresa perante o cliente ou consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. A LGPD estabelece restrições ao uso de dados pessoais, reconhece direitos do titular da informação pessoal, indica boas práticas para garantir a proteção dos dados e prevê sanções para os agentes de tratamento de dados que violem a segurança de informações de seus clientes. Desse modo, tendo em vista que a função social da empresa é aquela que vai além da satisfação de interesses meramente econômicos dos empreendedores, mas alcança o interesse coletivo, o zelo pela segurança de dados torna-se um dever imposto à atividade empresarial para o adequado exercício de sua função social. Diante disso, e tendo em vista que os dados são bens imateriais e personalíssimos por excelência, questiona-se em que medida a função social da empresa se amplia e se ressignifica com a responsabilidade social da empresa pelos dados pessoais pormenorizada na LGPD.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; função social da empresa; dados pessoais; privacidade; compliance.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. annaluizalisboa@gmail.com.

² Doutora em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e docente do curso de Direito da UFPB. vilhenamarilia@gmail.com

Abstract: Social function of the company is a matter that goes beyond the limits of the Corporate Law, keeping relations with other branches of the Law, whether they are eminently public or eminently private. Moreover, it also concerns the philosophy of law, pointing to social justice. The social function of the enterprise, according to Comparato (1996: p. 31) and to Tarcisio Teixeira (2018; p. 176), comes from the evolution of the theory of the social function of property. After the change from the Liberal State to the Social State, the constitutionalization of Civil Law emerged, removing the individualistic feature of the right to property and demanding a collective utility of private goods. In this wake, the social function of the company was formed. This principle imposes on the business activity the duty to be a source of goods for society. The doctrine traditionally gathers, as duties attached to this precept: responsibility to other shareholders or partners; to workers; to the environment; to customers and to consumers; to their suppliers; to the tax authorities. Thus, as much as the social conception of the company, incorporated in the Civil Code of 2002, is directed towards the repersonalization or depatrimonialization of the law, as opposed to the patrimonialism and individualism of the Civil Code of 1916, the fulfillment of the social function of the company It is related to compliance with obligations that involve, above all, property rights, such as the company's responsibility for the payment of taxes. However, the Brazilian General Data Protection Act, which will take effect in August 2020, imposes new obligations on the company to the customer or consumer regarding the processing of personal data. "LGPD" establishes restrictions on the use of personal data, recognizes the rights of the personal information holder, indicates good practices to ensure data protection and provides sanctions for data controllers who violate their clients' information security. Therefore, given that the social function of the company goes beyond the satisfaction of the purely economic interests of entrepreneurs, but reaches the collective interest, the zeal for data security becomes a duty imposed on commercial activity for the proper exercise of its social function. Given this, and as the data is immaterial and very personal par excellence, this work aims to find how the social function of the company expands and resignifies with the corporate social responsibility of the personal data detailed in "LGPD".

Key-words: General Data Protection Act; Social Function of the Company; personal data; privacy; compliance.

1. Introdução

"Os dados são o novo petróleo. A diferença é que o petróleo vai acabar um dia. Os dados, não" – CEO global da Master Card, Ajay Banga, durante o evento Master Minds em São Paulo, em 2019. De fato, os dados já assumiram o protagonismo na atual sociedade de informação e no desenvolvimento da economia em escala mundial, e essa importância só tende a aumentar com o progresso da revolução tecnológica.

Nesse contexto, os dados pessoais despertam grande interesse nas empresas em geral, uma vez que não só permitem a identificação de clientes e consumidores, mas também possuem inúmeras aplicações estratégicas. Exemplo disso, é que o uso de dados pessoais é

extremamente útil à criação de publicidade personalizada, de acordo com as preferências mais particulares da pessoa. O tratamento de dados, no entanto, pode gerar danos a direitos da personalidade dos titulares dos dados, uma vez que, muitas vezes, a utilização de dados pessoais ocorre sem o consentimento do titular ou se destina a fins desconhecidos, sendo armazenados em bancos de dados por tempo indeterminado e, até mesmo, comercializado para outras empresas.

Em face desses riscos significativos, a que estão expostos a pessoa natural por eventual descontrolo no tratamento de dados por outra pessoa natural, ou por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, surgiu a necessidade de elaborar regulamentações de proteção de dados pessoais de forma consistente e consolidada. A União Europeia liderou a corrida por esse esforço legislativo, com a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu N° 679, aprovado em abril de 2016. O referido *General Data Protection Regulation* (GDPR) fixou início de sua aplicação para 25 de maio de 2018 e influenciou diversos países a editarem uma legislação própria com nível técnico semelhante.

Nesta senda, o Brasil promulgou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em 14 de agosto de 2018 e determinou sua entrada em vigor a partir de 14 de agosto de 2020. A referida lei prevê princípios, direitos e rígidas obrigações relacionados ao tratamento de informações classificadas como dados pessoais, postas em circulação em qualquer meio, inclusive no meio digital, e por pessoa natural ou jurídica. Desse modo, esse novo marco legal repercute com grande impacto tanto no setor privado, como no setor público.

À vista disso, o presente artigo destaca, no âmbito da iniciativa privada, a ressignificação que o dever de proteção de dados traz à Teoria da Função Social da Empresa. Entende-se que o compromisso com a integridade dos dados pessoais não apenas reformula as relações entre a empresa e os consumidores, um âmbito já conhecido da função social da empresa, mas consiste em uma nova dimensão desse preceito, em razão das peculiaridades do dever de proteção de dados que serão oportunamente apresentadas neste artigo.

2. Teoria da Função Social da Empresa

A função social diz respeito à instrumentalização do interesse privado para concretizar um objetivo em benefício da sociedade. Esse vetor se espalha para todos os âmbitos do Direito Privado, como a propriedade, os contratos e a empresa. A funcionalização das situações jurídicas subjetivas atingiu, a princípio, a propriedade, e, então, alcançou os demais institutos pertencentes à autonomia privada.

A dogmática do Direito Civil só foi capaz de abrigar a função social às suas categorias jurídicas com a superação do legado individualista do Direito Romano e da Revolução Francesa. Nesse contexto, as encíclicas *Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII e *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, e o advento das Constituições Sociais no século XX contribuíram para a incorporação da finalidade social à propriedade. Desta feita, a socialização se expandiu para os contratos³ e para a empresa⁴.

Nesse sentido, um fenômeno intelectual que consentiu para fortalecer a aplicabilidade da função social aos institutos privados foi a constitucionalização do Direito Civil. O Direito Civil-Constitucional é corrente metodológica engendrada no período pós-Segunda Guerra Mundial que promoveu a irradiação axiológica dos preceitos constitucionais, sobremaneira da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, ao Direito Civil. Mais além, o Direito Civil-Constitucional propõe a reinterpretação do Direito Civil à luz da Constituição.

Nesse contexto, a função social da empresa acompanha essa mobilização em favor da despatrimonialização e da repersonalização do Direito Privado. O princípio da função social da empresa é corolário do princípio da função social da propriedade, por sua vez afirmado constitucionalmente no Art. 5º, XXIII da Constituição Federal – “a propriedade atenderá a sua função social” – e no Art. 170, III da Constituição Federal, que elege como princípio da ordem econômica a função social da propriedade. Ainda, o princípio da função social da empresa pode ser endossado pelo princípio da função social dos contratos, por sua vez previsto no Art. 421 do Código Civil – “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Em si mesma, a função social da empresa é determinação expressa na Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), notadamente no Art. 154 – “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Entretanto, analisando as normas atinentes à empresa vigentes no Direito Pátrio, como as Leis de Antitruste, a Lei de Propriedade Industrial, a Lei de Recuperação e Falência, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Tributário Nacional, a Lei de Crimes Ambientais, resta

³ “Remotamente, a função social do contrato prendia-se à própria função social da propriedade, porque, no liberalismo insito nos últimos duzentos anos, a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. – (Coleção direito civil; v. 4). P. 222.

⁴ “Pode-se dizer que a função social da empresa é uma evolução da função social da propriedade”. TEIXEIRA, Tarcisio. Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 229.

claro que a finalidade da empresa transcende a geração de lucros para os sócios ou acionistas em toda e qualquer organização empresarial. Segundo Ana Frazão de Azevedo Lopes, advogada e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília:

A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social.⁵

Assim, podemos elencar como obrigações decorrentes da função social da empresa, como organiza Tarcisio Teixeira⁶, a responsabilidade perante:

- 1) os demais acionistas, no caso, os minoritários (respeitando seus direitos);
- 2) os seus trabalhadores (respeitando-os; cumprindo com as obrigações da empresa quanto ao pagamento de salário; benefícios, inclusive quanto aos seus dependentes etc.);
- 3) a comunidade em que atua (auxiliando na sustentabilidade e desenvolvimento da localidade em que está sediada);
- 4) o meio ambiente (preservando-o; cumprindo as determinações da legislação ambiental);
- 5) os clientes e consumidores (pelo fornecimento de mercadorias e serviços livres de defeitos, para assim zelar pela saúde e segurança deles);
- 6) os fornecedores (pela aquisição de insumos e os pagamentos correspondentes);
- 7) o Fisco (pela geração e recolhimento devido dos tributos, que são revertidos à sociedade como um todo)

Todavia, devemos acrescentar um item relativo à responsabilidade perante o titular de dados pessoais, haja vista a relevância dos dados na sociedade de informação, suas singularidades, e o sistema jurídico-protetivo delimitado pela Lei Geral de Proteção de Dados.

3. A Nova Dimensão da Função Social da Empresa e a LGPD

Os dados pessoais, antes da edição da Lei N° 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), tinham um disciplinamento legal escasso. A Constituição Federal reconhece a inviolabilidade do sigilo dos dados como um direito fundamental (Art. 5º, XII da Constituição). No entanto, até a promulgação da LGPD, no plano infraconstitucional, só havia uma menção no Código Civil à inviolabilidade da vida privada como direito da

⁵ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. P. 119.

⁶ TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Empresarial Sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 229.

personalidade (Art. 21 do Código Civil⁷), algumas disposições atinentes a dados na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e um regramento ainda incipiente sobre dados no Marco Civil da Internet (Lei Nº 12.965/2014). Contudo, diante do papel nuclear dos dados no mercado de consumo, essa legislação era insuficiente. A publicação da General Data Protection Regulation em abril de 2018 apenas evidenciou essa limitação e exigiu do Brasil a formação de uma lei própria para garantir a segurança dos dados pessoais da pessoa natural. Em função disso, a Lei Geral de Proteção de Dados cuidou de regular, devidamente, esse direito fundamental tão fragilizado na sociedade de informação atual: o direito à proteção de dados.

Para além de materializar uma evolução técnica e protetivo-jurídica no disciplinamento dos dados pessoais, a Lei Geral de Proteção de Dados assenta a proteção de dados como nova dimensão da função social da empresa. Isso, porque a LGPD prevê princípios e regras que devem ser observadas no curso do tratamento de dados pelas empresas; uma série de boas práticas que devem ser aplicadas para preservar a privacidade e a integridade das informações pessoais dos clientes e consumidores; e consequências penais, civis e administrativas em caso de infrações à legislação pela pessoa jurídica. Nesta senda, o dever de proteger os dados impõe obrigações e responsabilidade pelo eventual descumprimento às empresas. Desse modo, tendo em vista que os deveres anexos à função social da empresa correspondem a abstenções e a deveres positivos praticados em nome de interesses que vão além da produção de riquezas aos sócios ou acionistas, a função social da empresa encontra-se adensada no âmbito da proteção de dados.

Outrossim, o caráter personalíssimo e imaterial inerente aos dados reputa à proteção de dados mais do que o status de nova dimensão da função social da empresa, mas, também, a qualificação como elemento ressignificador da função social da empresa. Isto, porque, em razão da própria natureza dos dados, o dever de proteger as informações da pessoa natural leva a despatrimonialização e a repersonalização pretendidas pelo Código Civil de 2002 a outro patamar. Nesse sentido, com a entrada em vigor em agosto de 2020 da Lei Geral de Proteção de Dados, uma empresa que cumpre sua função social será aquela que, inclusive, realiza o tratamento de dados de seus clientes e consumidores de forma responsável. Destarte, é notável que, em comparação com os demais deveres anexos à função social da empresa, o dever de proteger os dados é aquele que mais se relaciona à característica de extrapatrimonialidade própria dos direitos da personalidade, pois não possuem um conteúdo

⁷ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

patrimonial direto, por mais que, em caso de violação à privacidade, possam ser economicamente mensurados. Lançando mão de raciocínio semelhante, na perspectiva da empresa, ainda que possa ser atribuída à companhia uma multa onerosa, mais grave que o prejuízo pecuniário é a publicização da infração e do infrator, pois pode gerar danos irreversíveis à reputação da empresa.

Na caminhada dessa renovação da Teoria da Função Social da Empresa, a LGPD, na condição de microsistema jurídico, auxilia o Direito Civil-Constitucional em sua missão de humanizar as relações eminentemente privadas e de tutelar direitos fundamentais e direitos da personalidade. O Código Civil, em matéria de dados, não foi capaz de apresentar um modelo de proteção consistente, só reservando um artigo no capítulo de direitos da personalidade a essa temática, cujo conteúdo muito se assemelha à norma constitucional do Art. 5º, XII. Destarte, a Lei Geral de Proteção de Dados é mais um passo em um processo de descentralização do Direito Privado para melhor atender à constante evolução da sociedade, ao interesse social e à valorização da pessoa humana, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana e no respeito ao livre desenvolvimento da pessoa natural.

4. Meios de Efetivar o Cumprimento da Nova Dimensão da Função Social da Empresa

A Lei Geral de Proteção de Dados entrará em vigor em agosto de 2020 – 24 meses depois de sua publicação. Não obstante, como a LGPD prevê gama de obrigações para as empresas, esse tempo pode ser curto para que as companhias possam se adaptar, adotando as devidas medidas técnicas, administrativas e de segurança com vistas à proteção de dados. Assim, as empresas dos mais diversos ramos devem incorporar boas práticas para promover um tratamento de dados responsável, pautado na ética, integridade e transparência. A fiscalização das empresas incumbirá à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, criada por essa mesma Lei 13.709/2018. A ANPD tem funções, ainda, de sanção, pois poderá instaurar processo administrativo em face de infrações à LGPD e poderá aplicar as sanções administrativas previstas na Lei, e de educação, pois deve estimular as pessoas jurídicas de Direito Privado e de Direito Público a aprimorarem seus padrões de proteção de dados.

Exemplos de medidas a serem tomadas pelas empresas para que estas se adequem à LGPD são a implementação de programas de compliance digital e de governança

corporativa. As empresas de modo geral devem estabelecer condições, regimes e procedimentos internos para o tratamento de dados pessoais junto a profissionais de Tecnologia da Informação, realizando periodicamente auditorias internas para avaliar o grau de conformidade com a LGPD e determinar quais os riscos no tratamento de dados. As empresas devem gerenciar com frequência os dados pessoais, descrevendo quais são esses dados, onde estão e para que estão sendo utilizados.

Outrossim, as companhias devem efetuar, periodicamente, auditoria para gestão do registro de consentimento, uma vez que o consentimento é a linha mestra da Lei Geral de Proteção de Dados, condição necessária para legitimar o tratamento de dados, salvo algumas exceções. Dessa forma, podem ser elaborados planos de ação para adequar os setores da empresa que ainda não entraram em conformidade com a LGPD. Nesse contexto, é fundamental que as empresas mantenham todos os contratos, com clientes, consumidores, fornecedores, devidamente documentados e todas as informações pertinentes aos dados pessoais armazenadas e organizadas, pois os titulares dos dados pessoais, por força do princípio do livre acesso⁸, têm a garantia da consulta gratuita e facilitada sobre a forma, a duração e o conteúdo de seus dados pessoais a qualquer momento. Ademais, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no curso de sua atuação fiscalizadora, poderá requisitar documentos, contratos, normas corporativas, bem como informações suplementares, quando necessário. A respeito de boas práticas a serem adotadas por controladores e operadores de dados, determina a LGPD:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

5. Considerações Finais

Na atual sociedade de informação, os dados são, simultaneamente, o ativo mais valioso para qualquer modelo de negócio, e um bem pessoal muito exposto a ameaças de

⁸ Art. 6º, IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais. (Lei Geral de Proteção de Dados)

violação. Nesse sentido, inspirada na General Data Protection Regulation (GDPR), surge a Lei Geral de Proteção de Dados, que densifica e dá vultuosidade ao direito à proteção de dados, um direito humano constitucionalizado no Art. 5º, XII, mas que carecia de regramento técnico e específico.

Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados é um marco jurídico que pontua a incorporação da proteção de dados ao rol de deveres anexos da função social da empresa. Isso, porque a função social da empresa se consubstancia em abstenções e deveres positivos instrumentalizados para concretizar o interesse social, perante sujeitos como trabalhadores, consumidores, Poder Público. Nesta senda, haja vista as especificidades da proteção de dados e de suas exigências, confirma-se a tese de que a proteção de dados é a nova dimensão da função social da empresa. Nesse sentido, a proteção de dados não só se soma ao princípio social das corporações, como também ressignifica o referido preceito, pois potencializa a tendência de repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado iniciada com a constitucionalização do Direito Civil.

6. Referências Bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função social da empresa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. 121 fl. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. – (Coleção direito civil; v. 4).

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CRITÉRIOS LIMITADORES PARA UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM UM ESTADO DE DIREITO

Anderson Barbosa Paz¹

Gabriel Felix Menelau²

RESUMO: Nas últimas décadas, diante de um cenário de inefetividade da Administração Pública na concretização de direitos sociais, o Poder Judiciário tem assumido, nos países ibero-americanos, um importante papel de garanti-los nos casos concretos. De um modelo dogmático-formalista de interpretação jurídica, que entrou em crise devido à complexificação das relações sociais e à virada linguística da filosofia analítica, o discurso judicial assumiu uma força normativa que exprime juízo axiológico face aos casos concretos. Tal mudança *neoconstitucional* pode ser vista, se devidamente parametrizada, não como uma usurpação de competências, mas como uma possibilidade de aproximar a Administração Pública e o Poder Judiciário em prol de finalidades comuns. Porém, essa nova configuração entre os Poderes traz, no âmbito dos direitos sociais, o aumento no número de decisões judiciais favoráveis aos pleitos de direito à saúde que geram déficits orçamentários. É necessário, portanto, a adoção de critérios objetivos para a racionalização de tais decisões. Por meio de pesquisa bibliográfico-documental e uma reflexão teórico-crítica, busca-se argumentar que o princípio da *dignidade da pessoa humana*, nos contornos dados por Immanuel Kant, pode ser utilizado para fundamentar decisões que concretizem o direito à saúde pública. Contudo, a aplicação dessa norma principiológica deve respeitar limites e critérios. Como as demandas por direito à saúde abrangem tanto o atendimento ao paciente quanto o fornecimento de medicamentos de baixo e alto custo, é preciso objetividade na atribuição desse direito. Para tanto, nem uma filosofia utilitarista nem uma ampliação não-criteriosa de decisões favoráveis aos pedidos são suficientes para lidar com a complexidade do problema. Faz-se necessário o estabelecimento de critérios e limites objetivos para a racionalização das decisões judiciais com a preservação do princípio da impessoalidade. Nesse artigo, sugerem-se como critérios limitadores: a universalidade, a disponibilidade orçamentária, e o respeito aos precedentes. Essa argumentação se justifica pela necessidade de uma compatibilização entre uma maior objetivação das decisões judiciais, que mesmo usando o princípio da dignidade da pessoa humana não o façam de modo não-criterioso, a urgência da efetivação do direito à saúde e a limitação orçamentária dos entes federativos no cumprimento das decisões.

Palavras-chaves: Critérios limitadores; Decisão Judicial; Direito à Saúde; Estado de Direito.

ABSTRACT: In the last decades, facing a scenario of ineffectiveness of the Public Administration in the realization of social rights, the Judiciary has assumed, in the Ibero-American countries, an important role of guaranteeing them in the specific cases. From a

¹ Mestrando em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em LEA Negociações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Especialização em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade Internacional da Paraíba. E-mail: andersonbarbosapaz@gmail.com.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: gabriel.menelau@gmail.com.

dogmatic-formalist model of legal interpretation, which has come into crisis due to the complexification of social relations and the linguistic turn of analytic philosophy, judicial discourse has assumed a normative force that expresses axiological judgment in relation to concrete cases. Such a neoconstitutional change can be seen, if properly parameterized, not as a usurpation of competences, but as a possibility of bringing the Public Administration and the Judiciary closer together for common purposes. However, this new configuration among the Powers brings, within the scope of social rights, the increase in the number of judicial decisions in favor of health generates budget deficits. Therefore, it is necessary to adopt objective criteria to rationalize such decisions. Through bibliographic-documentary research and a theoretical-critical reflection, we seek to argue that the principle of the dignity of the human person, in the contours given by Immanuel Kant, can be used to support decisions that concretize the right to public health. However, the application of this principled norm must respect limits and criteria. As demands for the right to health encompass both patient care and the provision of low- and high-cost medicines, objectivity is required in assigning this right. To this end, neither a utilitarian philosophy nor a non-judicious expansion of order-making decisions is sufficient to deal with the complexity of the problem. It is necessary to establish objective criteria and limits for the rationalization of judicial decisions while preserving the principle of impersonality. In this article, there are suggested as limiting criteria: universality, budget availability, and respect for precedents. This argument is justified by the need for a compatibility between a greater objectification of judicial decisions, that even using the principle of human dignity do not do so in a non-judicious manner, the urgency of the realization of the right to health and the budgetary limitation of the federative authorities entities in enforcing decisions.

Keywords: Limiting Criteria; Judicial Decision; Right to Health; Rule of Law.

1 INTRODUÇÃO

As decisões judiciais são um importante instrumento para a efetivação do direito à saúde. Ao decidir casos concretos, afetados pela morosidade da Administração Pública, o Judiciário dá celeridade e efetividade na solução das lides. Pressupondo que o Executivo moderno reconhece suas limitações institucionais na atribuição dos direitos sociais em um estado de bem-estar, tem-se que o discurso judicial tem fundamental papel efetivador de normas abstratas. No que toca ao direito à saúde, marcado pela urgência dos casos e dificuldade financeira de ampla gama de cidadãos, o Estado se propõe a garantir-lhe esse direito. Porém, face às limitações orçamentárias, faz-se necessário pensar critérios limitadores que busquem compatibilizar os princípios da impessoalidade e dignidade da pessoa humana para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o presente texto sugere como critérios limitadores: a universalidade, a disponibilidade orçamentária, e o respeito aos precedentes. Esses critérios se justificam pela necessidade de uma compatibilização entre uma maior objetivação das decisões judiciais, que mesmo usando o princípio da dignidade da pessoa humana, não o façam de modo subjetivo

ou a partir de um conceito de justiça abstrato. É preciso que em um Estado de Direito – normas abstratas, gerais e prévias – a coletividade seja considerada de modo impessoal, a fim de, no direito à saúde, atribuir vultosa parcela do orçamento a uma minoria. Ainda assim, entendendo-se que o ser humano é um fim com dignidade intrínseca é preciso os juízes atuem na diminuição da inefetividade e morosidade da Administração Pública na gestão do direito à saúde. Essa difícil compatibilização em Estados democráticos que, por vezes, prometem demais sem poder concretizar, deve ser refletida e enfrentada a fim de que não se criem injustiças com base em decisões subjetivas, mitigando-se a força da doutrina do Estado de Direito.

2 A FORÇA NORMATIVA DO DISCURSO JUDICIAL

O filósofo grego Aristóteles, em seu tratado de *Retórica*, já entendia que ao juiz cabia definir questões não tratadas pelo legislador com precisão. Ainda assim, as leis deviam ser bem elaboradas para definirem, à medida do possível, todos os casos, mitigando a ativa atuação do juiz na decisão. Ele dá algumas razões para isso, das quais se destaca a de que a “deliberação do legislador não diz respeito a casos particulares, mas se refere ao futuro e é geral”, conservando a objetividade legislativa, de modo que o juiz, imparcialmente, aplicasse a lei ao caso concreto (ARISTÓTELES, 2011, p. 40).

O modelo dogmático, bastante influente entre os séculos XVIII até metade do século XX, postulava que havia o monopólio do Estado de criar normas jurídicas e de decidir litígios, que o Poder Judiciário como o único competente a aplicar leis produzidas no Legislativo, e que a segurança e a certeza da ação estatal era controlável e previsível, conforme as leis (RODRIGUEZ, 2013). Com a complexificação das relações sociais, o modelo dogmático entrou em crise ao não responder, com efetividade, às demandas e expectativas de justiça que tinha por objetivo satisfazer.

Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a reivindicar que o jurista tivesse um modo de raciocinar que se vinculasse a uma visão não reducionista da razão. Ora, em um contexto de *crise de Estado de Direito*, em que as estruturas *garantistas* dos Estados ocidentais e à proteção dos direitos do homem mostraram-se limitadas. Tanto por omissão quanto por ação dos Estados têm-se um quadro de desrespeito de garantias individuais. Nesse contexto, surge uma incapacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos e uma decrescente efetividade da proteção dos direitos subjetivos. O que está em crise é o rendimento em

termos de *efetividade normativa* daquilo que é prescrito pela lei, por meio dos órgãos que legislam. Nesse sentido, a abordagem dogmático-legalista da interpretação e aplicação da lei não consegue solucionar razoavelmente essa crise. Esse cenário faz com que se aumente o poder dos intérpretes e dos juízes, configurando um verdadeiro *poder normativo das cortes* que se veem autorizadas a *reescrever os textos legislativos* selecionados (ZOLO, 2006).

Em consideração à resposta dada à crise legislativa, em sua interpretação dogmática, o Judiciário assume um papel de protagonista dentro de uma sociedade cada vez mais complexa, podendo agir ativamente na legitimação formal do Estado de Direito, assim como na justificação material ao efetivar o direito posto no caso concreto. A linguagem textual-legal dos textos legislativos é o ponto central para uma interpretação construtivista, criando normas jurídicas não expressas. Nesse sentido, a linguagem é o “veículo do pensamento”, pelo qual esse último precede à fala, à escrita. Com isso, o texto normativo disposto tem um grande abismo até sua execução, já que perpassa por vários processos interpretativos, de modo que “interpretar é um pensar, um agir” (WITTGENSTEIN, 1975, p. 210). Assim, o legislador dá a linguagem, mas quem define a norma jurídica é o interprete diante do caso concreto, através das possibilidades dos discursos. Sua interpretação é a ação de garantir direitos.

O juiz usa a norma como um ponto de partida (*topoi*) retórico para justificar sua decisão, sendo que o aspecto *entimemático* (implícito) discursivo constitui-se a decisão central a ser legitimada perante os atores sociais. O que ocorre na prática é que no processo de julgamento, o juiz “forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las” (ADEODATO, 2002, p. 278). Ou seja, a descrição dos fatos já se constitui em uma interpretação dos fatos, isto é, interpretam-se os fatos, enquadra-se na norma e decide-se, fundamentando com a linguagem jurídica.

Essa percepção leva a conceber que o Judiciário tem um papel preponderante e fundamental na produção de normas jurídicas, a partir de suas decisões, de modo a efetivar os direitos subjetivos pleiteados nos casos concretos. Com isso, precisa-se legitimar a decisão por meio de uma argumentação que convença os atores sociais do seu respeito à imparcialidade do julgamento e ao princípio da impessoalidade, a fim de não se reduzir à mera arbitrariedade do julgador. A premissa é que, não obstante o princípio da tripartição dos Poderes, a ativa atuação do Judiciário oportuniza que o Estado de Direito preze pelos direitos individuais e sociais. Entender que o juiz é neutro e apolítico, em sociedades complexas, é tecnicamente impossível. Na verdade, tais sociedades pedem um Judiciário autônomo da política partidária e ativo na resolução de problemas que tanto outros órgãos

públicos quanto outras institui es não percebem ou não podem enfrentar (SANTORO, 2005).

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL

As normas legais não são por si só capazes de direcionar a a o, de modo que   pela interpreta o judicial, perante o caso concreto, que a norma jurídica   efetivada. O argumento da decisão deve persuadir a comunidade para se sustentar e se legitimar perante os atores (SANTORO, 2005).   nesse atual cenário que há demandas ao Judiciário para que este obrigue a Administra o Pública a efetivar a norma abstrata ao caso concreto. Nesse quadro, tanto o Legislativo   moroso em aprovar leis que concretizem direitos fundamentais quanto o Executivo não institui as devidas políticas públicas, alegando falta de recursos para não atuar, de modo que os menos favorecidos são os mais prejudicados.

Esse cenário leva a conceber que o papel do discurso judicial   de vital importância para efetivar direitos sociais ao obrigar a Administra o Pública a agir. Isso tanto contribui na assistência aos que precisam quanto legitima o poder estatal em seu dever social de proteger os cidadãos. Assim,   preciso que o Poder Judiciário e a Administra o Pública sejam vistos como Poderes em coopera o entre si na promo o de justiça social. O postulado de que são poderes independentes não os impedem de terem interesses em comum, a saber, o de garantir direitos sociais. Tanto a Administra o Pública quanto o Judiciário têm responsabilidades na efetiva o de direitos, devendo atuarem em coopera o, ainda que com autonomia, não pensando a gestão pública de modo independente um do outro, mas, sim, em coordena o.

Essa aproxima o pode ser feita por meio dos princípios constitucionais que são cláusulas abertas   interpreta o e   aplica o normativa diante de um caso concreto. Dentre esses princípios, destaca-se o da *dignidade da pessoa humana* como meio legitimador da a o estatal na promo o de justiça social. Os termos e as reflexões feitas por Kant podem contribuir na qualifica o dos argumentos judiciais, de modo a legitimar tanto o sistema de Estado de Direito quanto justificar a atua o ativa judicial dentro de uma Democracia. Assim, tal norma principlol gica pode ser um interessante argumento retórico justificador da argumenta o judicial na efetiva o de direitos sociais.

Devem os Poderes do Estado atuarem de modo coordenado com o objetivo de servir aos cidadãos. Mas como se pode concordar minimamente sobre o que é o princípio da dignidade da pessoa humana? O filósofo prussiano Immanuel Kant entende que o indivíduo pode se auto-orientar, determinando suas próprias escolhas por meio de sua razão. O homem é afetado por impulsos, mas não é determinado por eles. Este homem que se auto-orienta é livre (KANT, 2002). É papel do Estado preservar direitos e a liberdade coletiva, mesmo que necessário seja mitigar a liberdade de certo indivíduo que ameace a dos outros (KANT, 2003).

O homem “existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, e continua: “em todas as ações (...) deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim” (KANT, 2002, p. 58). Com efeito, a ação estatal deve sempre considerar que o homem não é um meio para fins utilitários, políticos, econômicos, mas, sim, um fim em si mesmo. Sua razão pessoal o qualifica como ente moral e autônomo. Desse modo, o homem, como fim em si, tem por base sua liberdade como reconhecimento da igualdade entre os seres humanos e dos direitos que daí resultam. A condição para que o homem seja um fim em si é seu valor interno, sua dignidade. Disso, segue-se que cada ente racional deve agir como se fosse um membro legislador dos fins estabelecidos. A formalidade do imperativo categórico é cristalizada ou positivada nas legislações estatais modernas, devendo ter conteúdo universalizável que considere o homem como fim (KANT, 2002).

Nesse contexto, Kant traça uma filosofia própria da dignidade da pessoa humana, em que o homem é um fim em si mesmo e não um meio. Todas as ações, tanto as que se dirigem a outrem quanto as que são direcionadas a si, a pessoa deve ser sempre considerada como fim. Essa noção positivada em leis abstratas e universais como dignidade da pessoa humana não é, por vezes, observada. Em consideração a isso, deve o poder Judiciário fazer com que a Administração Pública aja efetivamente na promoção de justiça social. Para tanto, em um sentido de maior aproximação entre os Poderes pode-se, minimamente, concordar quanto ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, o homem como fim e não como meio, a fim de concretizar direitos caros aos indivíduos, especialmente, aos mais fragilizados na sociedade. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser o ponto de partida e chegada da ação dos Poderes do Estado, principalmente, no que toca o direito à saúde.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E CRITÉRIOS PARA DECISÕES JUDICIAIS

Nem as decisões da Administração Pública nem as decisões judiciais podem se furtar à inegável realidade da crise da saúde pública nos Estados ibero-americanos. O direito social assegurado à saúde tem sua efetividade em grande parte prejudicada. Facilmente se aponta a má-administração dos recursos públicos como fator primordial para isto, sendo assim também negado à população o direito fundamental à boa governança. Visível e constante é a situação de limitação da saúde pública, seja na falta de pessoal preparado, a exemplo de médicos e enfermeiros, como também na falta de estrutura dos hospitais ou na insuficiência no fornecimento de medicamentos.

Diante do cenário de atuação judicial apresentado, a tensão entre os poderes rapidamente se volta para o Poder Judiciário, que é instado a se manifestar sobre tal situação. Deve o Judiciário buscar a proteção da dignidade da pessoa humana, juntamente com os demais poderes, através da concretização de direitos, como o direito à saúde. Porém, a postura adotada pelo Judiciário nos países ocidentais e fenômenos como a judicialização da saúde têm gerado debates de grande relevância.

Uma das controvérsias se dá quanto à relação entre as decisões judiciais que buscam assegurar o direito à saúde e o direito financeiro em seu aspecto atuarial, envolvendo problemáticas como a reserva do possível e o orçamento público. Além disso, há discussões a respeito dos limites e parâmetros das decisões judiciais que também são trazidas à tona quanto ao tema, assim como críticas feitas por autores como Caldeira (2013) e Streck (2009), dentro de uma visão pós-positivista, sobre o modo como são construídas tais decisões, sem que haja respeito à integridade e tradição do direito, de modo que dentro de situações análogas, como o fornecimento de um mesmo medicamento, por exemplo, são tomadas, pelo Judiciário, decisões diametralmente opostas, ora concedendo a tutela de tais direitos, ora denegando.

Diante disso, é necessário que se discutam parâmetros e critérios a serem utilizados nas decisões judiciais para uma maior integridade, coerência, assertividade e técnica, como assinala Barroso (2008), de maneira que tais decisões reflitam sobre a importância nas políticas públicas de saúde:

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de

um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

É nesse cenário que muitas questões têm sido levantadas em relação à atuação do Poder Judiciário ao tratar do direito à saúde. Uma delas é se as técnicas para decidir, utilizadas pelos juízes nos casos de requerimento de medicamentos e procedimentos, são as mais abalizadas. Neto e Schulze (2015) ressaltam que ao observar-se a jurisprudência atual, percebe-se que tem sido levado em conta nos casos concretos muito mais critérios da teoria do direito do que critérios médicos e de saúde pública. Vem-se observando, portanto, que há, muitas vezes, ausência da utilização de critérios técnicos pelos juízes e que isto pode levar a decisões contrárias ao próprio sistema de saúde e à ciência da medicina.

Outro ponto em debate é até que ponto o Poder Judiciário pode interferir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo. As inúmeras condenações judiciais sofridas pelos entes públicos desde a década de 90 têm onerado o orçamento destes de forma bastante considerável. Assim, Neto e Schulze (2015) tecem críticas à judicialização da saúde desmedida, em que se busca o fornecimento imediato de todo e qualquer tratamento ou medicação, sem que sejam observados critérios, como a reserva do possível e a própria capacidade do sistema de saúde. Além disso, segundo os autores, algumas decisões ignoram as prioridades a serem dadas à saúde pública, definidas pelo gestor eleito, após amplo debate com toda a sociedade, nas Conferências de Saúde, por exemplo.

Por fim, outro ponto no debate a respeito da judicialização da saúde que deve ser ressaltado é o da preocupação com que as ações individuais buscando tal direito possam ser tornadas coletivas em nome do princípio constitucional da isonomia. Segundo Barroso (2008), a judicialização transfere para o juiz o poder de decidir políticas públicas, porém, no mais das vezes em ações individuais. Assim, corre-se o risco de se priorizar aqueles que podem ajuizar ações em face do Estado, em detrimento dos que não tem condições de assim o fazer e que ficarão desassistidos. Neto e Schulze (2015), portanto, sugerem que nos casos judicializados, venham a ser utilizados critérios universais nas decisões, além de que sejam perquiridas as alternativas ao tratamento já oferecidas pelo SUS e que seja observado se tal requerimento a ser concedido, a exemplo de um medicamento, possa ser estendido a todos, em nome do princípio da igualdade.

Portanto, sugerem-se como critérios limitadores: a universalidade, a disponibilidade orçamentária, e o respeito aos precedentes. Pelo primeiro, é preciso que a atribuição do direito à saúde considere a coletividade, não apenas casos individuais que possam solapar a possibilidade de a Administração Pública atender o máximo de cidadãos que dispõem do mesmo direito. Logo, o juiz só pode concretizar o direito à saúde ao indivíduo demandante se for passível de ser igualmente atribuído a todo aquele que esteja na mesma condição e necessite da mesma decisão.

Ademais, é preciso considerar a disponibilidade orçamentária para que as decisões judiciais não atribuam o direito à saúde sem a devida observação dos limites orçamentários que poderão levar à concentrada aplicação de recursos em um número mínimo de casos, como também à inviabilização de políticas públicas pelo Poder Executivo para o restante da coletividade. E, por fim, é preciso que o Poder Judiciário considere se serviços e medicamentos foram atribuídos anteriormente para que possa disponibilizar outra vez em um novo caso concreto. Nesse caso, a possibilidade de atribuir um novo medicamento ou serviço deve ser avaliado pela Administração Pública que, justificadamente, deve se manifestar sobre a possibilidade ou não de inovação na concretização do direito à saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto que uma abordagem apenas formal do Direito não é suficiente, o Poder Judiciário ganhou notoriedade em sua atuação em defesa e na efetivação de direitos sociais. De grande contribuição, o princípio da dignidade da pessoa humana, nos moldes kantianos, pode ser um importante argumento nessa tarefa ativa de legitimação estatal perante os agentes sociais que demandam pelo atendimento de seus direitos, especialmente, o da saúde. Porém, tal atuação ativa do Judiciário não pode prescindir de critérios objetivos na outorga de direitos, especificamente, o da saúde que tem forte peso sobre o orçamento estatal. Desse modo, sugeriram-se como critérios limitadores para a racionalização das decisões judiciais em matérias de atribuição do direito social à saúde: a universalidade, a disponibilidade orçamentária, e o respeito aos precedentes.

Assim, o discurso judicial pode ser visto como um meio de cooperação para suprimento das necessidades a serem garantidas pela gestão pública estatal. Essa é uma relação dialética, em que um poder limita e é limitado ao ter contato com as atribuições do outro. Os princípios, cláusulas abertas a serem pensadas em contextos reais e concretos, são

vias de flexibilização e de relação entre os Poderes em busca de objetivos de Estado. Portanto, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como um objetivo comum a ser buscado por todos os Poderes em cooperação.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. **Retórica**. – São Paulo: EDIPRO, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 19 jul 2018.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. **O direito à saúde e sua “curiosa” efetividade em terrae brasilis: Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização**. Tese de doutoramento em direito – UNISINOS. São Leopoldo. 2013.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo, SP: Editora Martin Claret, 2002.

NETO, João Pedro Gebran; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo, SP: Abril Cultural, 1975.

O ESCRITÓRIO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ACESSO À JUSTIÇA GRATUITA

Ulysses Monteiro Molitor¹

RESUMO: O acesso à Justiça Gratuita efetivo tem como elemento de fortalecimento do exercício do direito, o atendimento prestado por instituições de ensino superior na forma de escritórios, envolvendo a interação profissional de advogados, alunos e professores, que prestam atendimento jurídico a população de forma suplementar. O ensino jurídico não pode ficar alheio à realidade social sob pena de se criarem tecnicistas sem sensibilidade quantos as necessidades da população em geral e, em especial, da população carente. Neste sentido, a implantação de políticas públicas sociais de acesso à Justiça gratuita, traz efetividade aos princípios de direitos humanos na medida em que geradora de desenvolvimento. O trabalho se propõe a analisar o conceito do Acesso à Justiça Gratuita e sua efetividade dentro do sistema judiciário no âmbito do Município de São Bernardo do Campo, SP, a partir da ação do escritório de assistência jurídica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. A metodologia será de um estudo descritivo e analítico, por meio de pesquisa bibliográfica, mediante uma abordagem qualitativa a ser apoiada em resultados quantitativos, explorando o tema com informações, e descritiva, objetivando esclarecer o tema em estudo. Nesta perspectiva, se busca analisar o sistema de acesso à Justiça Gratuita na cidade de São Bernardo do Campo, com especial enfoque na participação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, sendo objeto do problema a Faculdade de Direito atenta a hipótese para a contribuição deste órgão municipal para o acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Escritório De Assistência Jurídica; Faculdade De Direito De São Bernardo Do Campo, Instrumento De Políticas Públicas; Acesso À Justiça; Justiça Gratuita.

ABSTRACT: Access to effective Free Justice has as an element of strengthening the exercise of law, the service provided by higher education institutions in the form of offices, involving the professional interaction of lawyers, students and teachers, who provide legal assistance to the population in a supplementary way. Legal education can not be oblivious to social reality under penalty of creating technicians without sensitivity as the needs of the general population and, especially, the needy population. In this sense, the implementation of social public policies for access to free justice, brings effectiveness to human rights principles as a generator of development. This paper aims to analyze the concept of Free Access to Justice and its effectiveness within the judiciary within the city of São Bernardo do Campo, SP, based on the action of the legal assistance office of the Law School of São Bernardo do Campo. . The methodology will be a descriptive and analytical study, through bibliographic research, through a qualitative approach to be supported by quantitative results, exploring the theme with information, and descriptive, aiming to clarify the theme under study. In this perspective, we seek to analyze the system of access to Free Justice in the city of São Bernardo do Campo, with special focus on the participation of the Faculty of Law of São Bernardo do Campo. this municipal body for access to justice.

¹ Doutorando em Ciências Humanas e Sociais da UFABC. ulyssesmolitor@gmail.com

KEYWORDS: Office Of Legal Assistance; São Bernardo Do Campo Law College, Public Policy Instrument; Access To Justice; Free Justice.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça Gratuita efetivo, embora seja de dever das Defensorias Públicas, tem como elemento de fortalecimento do exercício do direito, o atendimento prestado por instituições de ensino superior na forma de escritórios, envolvendo a interação profissional de advogados, alunos e professores, que prestam atendimento jurídico a população de forma suplementar.

O ensino jurídico não pode ficar alheio à realidade social sob pena de se criarem tecnicistas sem sensibilidade quantos as necessidades da população em geral e, em especial, da população carente. O aluno de um curso de direito deve durante o seu período de estudo se familiarizar com as questões sociais que rodeiam sua comunidade, mas também deve contribuir para a disseminação da informação jurídica como facilitador do acesso à Justiça, administrando e buscando a conciliação de conflitos:

Kim Economides, ao se propor a continuar o debate proposto por Cappelletti e Garth, aponta a necessidade de uma quarta onda na qual se deve olhar para aqueles que prestam a justiça; pensar sobre o conhecimento jurídico, o ensino jurídico e o acesso a posições estratégicas no sistema de justiça. (ECONOMIDES, 1999, p. 63 apud FIGUEIREDO, 2011, p. 99)

A implantação de políticas públicas sociais de acesso à Justiça gratuita é mecanismo de aplicação de princípios de direitos humanos na medida em que geradora de desenvolvimento.

O trabalho se insere na temática “Políticas Públicas e efetividade dos Direitos” e se propõe a analisar o conceito do Acesso à Justiça Gratuita (em especial, dentro do sistema de assistência judiciária do Município de São Bernardo do Campo, SP) a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que observaram a existência de ondas renovatórias que facilitam o acesso à Justiça, considerando a dificuldade da população carente na obtenção de mecanismos eficazes para a busca de seus direitos perante a Justiça.

O aluno de um curso de direito deve durante o seu período de estudo se familiarizar com as questões sociais que rodeiam sua comunidade, mas também deve contribuir para a disseminação da informação jurídica como facilitador do acesso à Justiça.

Boaventura de Sousa Santos vai além e destaca a necessidade de se considerar não apenas a educação formal, mas também ações educativas nos meios de comunicação e de trabalho destinadas a gerar o despertar de uma consciência crítica. Sua premissa se baseia justamente no fato de que obstáculos socioeconômicos não se superam apenas com a oferta de instituições. (SANTOS, 2007, p. 177 apud FIGUEIREDO, 2011, p. 95)

Eugênio Raúl Zaffaroni, na obra “Em busca das penas perdidas”, já advertia sobre o ensino e o treinamento dos futuros operadores do direito que não se apresentam como atores sociais na forma desejável.

Segundo o jurista argentino, nos termos dos estudos de Tânia Matos, o que impede a evolução crítica do ensino jurídico, entre outros fatores, é a:

Considerável massificação do ensino (aumento indiscriminado de faculdades privadas), redução da bibliografia, adestrada incapacidade para vincular fenômenos e, em geral, uma degradação tecnocrática do direito. (ZAFFARONI, 2001, p. 344 apud MATOS, 2013, p. 435)

O ensino não pode se voltar a uma análise puramente positivista sem que se desperte a consciência do aluno da necessidade de seu buscar um conhecimento social e crítico sobre os temas estudados.

Desta forma, as ações das instituições de ensino se mostram importantes não somente para o processo de formação do profissional, mas também para o cumprimento de sua responsabilidade social por meio de prestação de serviços à comunidade.

A Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo possui núcleo de Assistência Jurídica Gratuita aos moradores da cidade de São Bernardo do Campo com diversas atribuições e neste sentido, será observado o grau de atuação da instituição perante os municípios quanto ao fator acesso à Justiça Gratuita.

2. DESENHO INSTITUTUCIONAL DA FACULDADE E DO MUNICÍPIO

Sendo a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo uma autarquia municipal convém pontuarmos questões acerca das competências e deveres do município, bem como as singularidades da cidade em questão haja vista que as soluções dos problemas para a sociedade geram inclusão ao cidadão beneficiado, além de desenvolvimento regional.

O município, como ator social, deve propor políticas públicas ou ações da sociedade que possam levar as pessoas a um estágio de desenvolvimento, bem como buscar afastar as privações que retiram da pessoa condições mínimas para se levar uma vida digna.

O Estado, em suas relações políticas com a sociedade, deve com esta estabelecer quais são os bens sociais a serem tutelados para instrumentalização da cidadania, a fim de que não se tornem os atos estatais meros privilégios. (LOBATO, 2006, p. 309)

Isto porque a implantação de políticas sociais traz efetividade aos princípios de direitos humanos na medida em que geradora de desenvolvimento.

Neste sentido, Lenaura Lobato afirma que “assim, quanto mais solidária for a sociedade, mais ampla será a cidadania e, portanto, menor possibilidade terá o Estado de ser excludente ou exercer poder de força.” (LOBATO, 2006, p. 310)

Aqui, cabe afirmar que o controle social pode se dar tanto por meios formais e informais.

A sociedade, por seu turno, não pode ser simples espectadora da inserção social mas sim protagonista, agindo ativamente em consonância com a ação dos poderes instituídos. Há que existir um diálogo entre o Estado em sentido geral, a sociedade e a pessoa individualmente considerada. Por fim, a lei confere atribuição à municipalidade para atuar de forma ativa no que concerne ao acesso à Justiça:

Convém salientar que a atuação supletiva outorgada aos municípios e à OAB somente foi inserida neste dispositivo por força da Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986 (...) Este conceito de assistência judiciária não foi modificado com tal alteração, tendo em vista que os municípios e a OAB são apenas colaboradores na execução da assistência judiciária, quando se dispõem a auxiliar a população carente, não gozando, assim, das prerrogativas inerentes à assistência prestada pelo Estado. (DIONISIO, 2013, p. 327-328)

O Escritório de Assistência Jurídica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo como Instrumento de Políticas Públicas no Acesso à Justiça Gratuita

A ação no âmbito municipal se apresenta adequada como instrumento de acesso à Justiça Gratuita eis que se trata de ente da Administração Pública mais próximo da população, atuando de maneira mais específica e incisiva no dia-a-dia da população.

3. AÇÃO ESTATAL E SOCIEDADE

O principal meio de desenvolvimento se dá por meio de liberdades fundamentais e, sendo certo que o desemprego causa exclusão social, perda de autonomia e autoconfiança e da saúde física e psicológica, o Estado tem papel fundamental nesta situação já que políticas públicas refletem uma manifestação real dos exercentes do poder político.

Sani e Nunes citam Silva N. ao afirmarem que “a participação ativa das populações na vida da comunidade a que pertencem revela-se de extrema importância para o exercício da cidadania e para promover a estruturação da segurança local. (SILVA, 2005)”

Maria Helena Souza Patto traz um raciocínio preciso ao afirmar que a sociedade brasileira se insere na lógica da globalização, dispensando o trabalho de grandes contingentes de trabalhadores, desrespeitando os direitos humanos, vê-se apta a

Investir num sistema de instrução pública que garanta a todos a posse de habilidades e conhecimentos a que têm direito como participantes de uma sociedade em que predominam o letramento e a informação técnico-científica e que os domestique por meio de uma visão ideológica de mundo? (PATTO, 2007)

Muito embora diversas responsabilidades surjam na esfera federal, estadual e municipal, de se ressaltar ainda a importância da pesquisa com enfoque no âmbito municipal considerando que tais ações de acesso à Justiça devem sempre estar atentas às situações locais com suas características próprias.

4. O ESCRITÓRIO ESCOLA

O Escritório Escola da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo denominado também como “Assistência Jurídica XX de Agosto” tem toda a estrutura de um escritório de advocacia contando com advogados, corpo administrativo e estagiários que, dentro de um sistema com supervisão acadêmica de docente da instituição, realiza atendimentos para a população carente do município com especial atenção às demandas

envolvendo Direito de Família, Direito Civil e outras questões contra segmentos da população potencialmente vulneráveis como crianças e adolescentes em situação de risco, idosos, mulheres vítimas de violência doméstica, doentes em situação de risco e com dificuldades de acesso aos serviços de planos de saúde etc.

A Ação Institucional da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, se define ao conceito de advocacia popular, trazido por Luiz Otavio Ribas aos defini-las como:

Experiências de advogados populares, de estudantes, de professores e outros militantes dos direitos humanos, na busca do acesso à justiça”, explicitando-a no sentido de ser uma: [...] prática jurídica insurgente desenvolvida por advogados na representação judicial de grupos e movimentos populares. Não se limita à assistência jurídica tradicional, mas trabalha com a assessoria jurídica popular, voltada para um trabalho comunitário e lutas coletivas por direitos, vinculada a expressões como serviços jurídicos inovadores, alternativos, insurgentes etc”. (RIBAS, 2009, p. 15)

Campilongo ainda traz o exemplo do Sindicato dos Metalúrgicos em São Bernardo do Campo como uma inovadora espécie de advocacia popular numa descrição dada por um sindicalista:

[Ele] dizia que na década de [19]70 os trabalhadores se reuniam em assembleias, discutiam longamente e, quando chegavam a um impasse, convocavam o chefe do serviço jurídico para oferecer uma solução ou encaminhar a discussão. A relação era claramente hierárquica: o advogado como o mágico capaz de desvendar os enigmas dos trabalhadores. [Nas palavras do sindicalista:] “Nós não queremos que o advogado substitua o líder sindical, mesmo porque nunca aceitamos isso. No passado era assim. [...]. No nosso caso, os advogados têm um papel de assessoria. A direção política é a gente que determina. [...]. Nós questionamos as leis do país. Então, quando fazemos um movimento, buscamos modificar essas leis. O advogado tem que ter a capacidade de compreender a vontade que ele representa. É difícil, pois se o advogado se formar para cumprir apenas o que está na lei, ele será um técnico, como um engenheiro mecânico” O desencantamento da lei passa, de um lado, por um

processo de educação jurídica popular e treinamento paralegal capaz de habilitar a pessoa para a autodefesa de seus direitos. (CAMPILONGO, 2009, p. 147)

As vantagens de se ter um atendimento jurídico à população dentro de um ambiente acadêmico reflete em um atendimento mais acolhedor considerando que o atendimento, por ser em número inferior aos da defensoria pública, permite mais proximidade entre o jurisdicionado e os alunos e advogados da faculdade.

É comum identificar na postura de juízes, promotores de justiça, defensores públicos e serventuários da justiça, nítido distanciamento dos jurisdicionados, na maior parte das vezes, hipossuficientes. Este proceder prejudica seriamente a obtenção de um sistema de justiça eficiente, que pretende dar uma resposta mais íntegra aos problemas apresentados pelas partes. (NAPOLITANO, 2013)

Dentro de um quantitativo de 43.105 atendimentos realizados, dos quais 5.256 resultaram no ingresso de ações judiciais, observa-se que se trata um setor de atendimento já estabelecido perante a comunidade do município, contando atualmente com 1703 processos em andamento conduzido por 3 advogados e 10 estagiários, conforme relatórios do Núcleo de Prática Jurídica da Instituição.

Constata-se ainda que, da totalidade de atendimentos, 35,64% resultaram em ações judiciais ingressadas pelo próprio escritório, denota-se que o restante acabou optando por outro mecanismo de solução do conflito, o que reforça a necessidade de que o setor tenha a atenção à orientação preliminar tão atenta quanto ao ingresso das ações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, podemos concluir que o escritório de assistência jurídica da faculdade de Direito de São Bernardo do Campo pode ser considerado instrumento de políticas públicas no acesso à Justiça Gratuita considerando que não se faz presente apenas o mero ingresso de ação, mas um verdadeiro sistema multiportas de atendimento e orientação jurídica, possibilitando a população carente desde o serviço de orientação e aconselhamento, até a

possibilidade de utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, podendo, por fim, ser utilizada a medida judicial caso os mecanismos anteriores se demonstrem ineficazes.

6. REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, BRYANT. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Assistência Jurídica e Advocacia Popular: serviços legais em São Bernardo do Campo**. In: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (Orgs.). *Assessoria Jurídica Popular: Leituras Fundamentais e Novos Debates*. EDIPUCRS: Porto Alegre, 2009. Disponível em: https://docgo.net/detail-doc.html?utm_source=assistencia-juridica-e-advocacia-popular. Acesso em: 10.05.2019.

DIONISIO, Paula Fabiana. **A Defensoria Pública como instrumento viabilizador de Acesso à Justiça**. In: Org. Amélia Rocha [et al.]. *Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça*. Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda, 2013.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **O Sistema de Justiça como parte de um sistema de garantia de Direitos Fundamentais**. In: MONTEIRO, Valdênia Brito (Org.) *Democracia, Direitos Humanos e Mediação de Conflitos: do local ao internacional*. Recife: Gajop, 2011.

LOBATO, Lenaura. **Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas**. *Políticas públicas Coletânea – Volume 1*. Organizadores: Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006.

MATOS, Tânia Regina. **Todo defensor público é um educador jurídico popular? A prática da educação jurídica popular em direitos humanos na relação entre a defensoria pública e os movimentos sociais populares**. In: Org. Amélia Rocha [et al.]. *Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça*. Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda, 2013.

NAPOLITANO, Bruno Diaz. **Mediação de conflitos e acesso à Justiça**. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.) *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

PATTO, Maria Helena Souza. *Escolas cheias, cadeias vazias: nota sobre as raízes ideológicas do pensamento educacional brasileiro*. *Estud. av.* [online]. vol.21, n.61,. 2007, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300016>. Acesso em: 01.09.2019.

RIBAS, Luiz Otávios. **Direito Insurgente e Pluralismo Jurídico: assessoria jurídica de movimentos populares em Porto Alegre e no Rio de Janeiro (1960-2000)**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2009.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. Barueri: Manole, 2005

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM GERIR AÇÕES AFIRMATIVAS:
ANÁLISE ACERCA DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NO ENSINO
SUPERIOR PÚBLICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Ana Carolina Abreu Bolina da Silva¹

André Augusto de Souza Augustinho²

Resumo: Com um enfoque histórico e analítico, o presente artigo visa promover reflexões acerca da inserção dos afrodescendentes no ensino superior público brasileiro através da política de cotas raciais, sob a perspectiva do princípio da isonomia. Busca-se à luz da comparação do modelo escravocrata adotado pelo país no período da gestão colonial, juntamente com as estatísticas que demonstram a desigualdade racial que perdura até os dias atuais, analisar a constitucionalidade do sistema cotista frente a responsabilidade do Estado na promoção de ações afirmativas que visem reparar as distorções históricas. A partir de um estudo interdisciplinar que correlaciona áreas como Direito, História e Sociologia, examina-se as cotas como um direito à educação, estando em consonância com os preceitos básicos da Constituição Federal e sendo um instrumento de efetivação do princípio da igualdade. Ao longo do texto, se ressalta a construção de um processo vicioso de discriminação econômico-social e como corolário, tem-se a mínima ocupação de afrodescendentes em cargos renomados e o percentual máximo vivendo à margem da pobreza, considerando o Brasil ser composto por mais da metade da população com a cor da pele preta. Há um denominador comum que constrói o estereótipo do negro brasileiro: preto, pobre e com baixo grau de instrução, haja vista que na contextualização política da história brasileira houve uma fragilidade para possibilitar o mesmo acesso aos direitos sociais de um segmento populacional em detrimento de outro. Deste modo, faz-se necessário garantir a igualdade ao grupo discriminado, iniciando um processo de aprimoramento da mentalidade social, utilizando-se como método primordial, a educação.

Palavras-Chaves: Educação, Brasil, Igualdade

Abstract: With a historical and analytical focus, this article aims to promote reflections on the insertion of African descendants in Brazilian public higher education through the policy of racial quotas, from the perspective of the principle of isonomy. In the light of the comparison of the slave model adopted by the country in the period of colonial management, together with the statistics that demonstrate the racial inequality that persists until the present day, analyze the constitutionality of the quota system against the responsibility of the state in promoting actions. statements aimed at repairing historical distortions. From an interdisciplinary study that correlates areas such as Law, History and Sociology, quotas are examined as a right to education, being in line with the basic precepts of the Federal

¹ Aluna de Direito da Universidade de Taubaté – UNITAU

² Advogado. Pós Graduado em Direito do Trabalho pela UNITAU. Doutorando em Direito pela Universidad de Córdoba. Professor Universitário UNITAU e ANHANGUERA e da Pós Graduação da UNISAL.

Constitution and being an instrument of implementation of the principle of equality. Throughout the text, the construction of a vicious process of economic and social discrimination is emphasized and as a corollary, there is the minimum occupation of African descendants in renowned positions and the maximum percentage living on the margins of poverty, considering Brazil to be composed of more half the population with black skin color. There is a common denominator that builds the Brazilian black stereotype: black, poor and poorly educated, given that in the political context of Brazilian history there was a weakness to allow the same access to social rights of one population segment over another. Thus, it is necessary to guarantee equality to the discriminated group, starting a process of improvement of the social mentality, using as primordial method, the education.

Keywords: Education, Brazil, Equality

1. Introdução

No Brasil, o cerne das distorções econômicas e desigualdade racial está vinculado ao período escravocrata. Além de ter sido o país que mais importou africanos – aproximadamente 46% dos indivíduos levados para o território brasileiro coercitivamente –, foi o último a abolir a escravidão nas Américas. O escravo, que lucrativamente correspondia a um capital que perduraria por entre a vida inteira do indivíduo, tornou-se a mão de obra primordial brasileira, principalmente entre os anos de 1701 e 1810, em que houve a intensificação do tráfico negreiro.

O Estado brasileiro promoveu a desigualdade racial por meio inclusive de sua legislação, utilizando-se do seu aparato legislativo para propiciar a exclusão dos negros na gestão colonial, quando a Constituição de 1824 dispôs a educação primaria gratuita a todos os cidadãos, com exceção dos escravizados. Posteriormente, o 2º ato oficial da Lei Complementar à Constituição de 1824, determinou que os negros não poderiam frequentar as escolas, visto que eram considerados doentes de moléstias graves e contagiosas.

Posteriormente, com o avanço do capitalismo na relação socioeconômica brasileira, o trabalho servil tornou-se ineficiente para o desenvolvimento do país. Nesse sentido, a Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, culminou na abolição da escravidão. Todavia, com o aumento da mão de obra imigrante, os negros libertos que não obtiveram a cidadania plena e que em sua maioria eram analfabetos, não conseguiram ingressar no mercado de trabalho, desprovidos de qualquer amparo político de integração à sociedade como homens livres. O projeto de modernização da elite conservadora implicava no branqueamento da sociedade. A desagregação do regime escravocrata não possibilitou incentivos de transição do sistema escravista para o de trabalho livre, fazendo com que os antigos senhores de engenho, o clero e o próprio Estado se esquivassem da responsabilidade pela subsistência dos libertos.

A responsabilidade do Estado em gerir ações afirmativas: Análise acerca da política de cotas raciais no ensino superior público brasileiro como instrumento de efetivação do princípio da isonomia

Diante do contexto no qual o Brasil se insere atualmente, as ações afirmativas de políticas de cotas raciais no ensino superior público objetivam neutralizar os efeitos discriminatórios, no sentido de criar oportunidades iguais para um determinado grupo étnico, que por razões históricas ainda pairam sob os resquícios do passado.

2. O encadeamento do Racismo Institucional no Brasil

A etimologia do termo “raça” adveio para estabelecer classificações no reino animal e vegetal. No entanto, o uso desse critério para distinguir as categorias de seres humanos foi um fenômeno ocorrido na modernidade, em meados do século XVI. Trata-se de um conceito que está atrelado às circunstâncias históricas em que determinada sociedade foi construída, percorrendo o viés político e econômico.

O racismo, na concepção institucional, conceitua-se no comportamento da coletividade, que resulta do funcionamento das instituições que promovem desvantagens motivadas pela raça, tanto direta quanto indiretamente. Há o estabelecimento de um parâmetro discriminatório que se baseia exclusivamente na raça para manter a hegemonia do grupo racial no poder, fazendo com que a cultura, a aparência e os costumes de determinado grupo tornem-se o padrão civilizatório da população. Assim, com a incidência do racismo institucional brasileiro tem-se o domínio de homens brancos em instituições públicas – como o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público, entre outros. E instituições privadas, como por exemplo, a diretoria de empresas – no entanto, aqui primeiramente faz-se necessário valorar a existência ou não de regras que dificultem a ascensão do indivíduo negro e em segundo lugar, a análise quanto a inexistência de espaços para debates acerca da desigualdade racial. Nesse sentido, o domínio do grupo formado por indivíduos brancos em uma sociedade adepta do racismo institucional torna-se naturalizada.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU constatou a existência do chamado “Racismo Institucional” no Brasil, que além de significar um retrocesso nas conquistas obtidas pelas lutas por direitos iguais ao longo da história, compromete as oportunidades de trabalho e desenvolvimento humano.

A dimensão subjetiva do racismo também opera no campo midiático, uma vez que a tecnologia é considerada a principal difusora de informações no mundo contemporâneo. Os programas de telenovelas brasileiras são classificados como um fenômeno cultural no país, tamanha é a importância construída acerca desse produto audiovisual. É comum a constância

de papéis de negros estigmatizados e estereotipados por uma condição de miseráveis nas cenas, ratificando ainda mais a naturalização da desigualdade que predomina.

No que tange a educação, a presença minoritária de indivíduos negros em cursos considerados de ponta das universidades retrata uma discrepância racial. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE em 2015, somente 12% da população preta e 13% da parda possuía o Ensino Superior. Ademais, de cada três desempregados brasileiros, dois são negros. O Brasil é a segunda maior nação negra do mundo, estando em primeiro lugar, a Nigéria. Esses dados demonstram que no Brasil, é difundido a ideia de que o mérito está relativamente ligado a tonalidade da pele; fazendo com que houvesse uma subordinação social que recruta posições inferiores para os afro-brasileiros, acentuando cada vez mais a construção do fenótipo racial.

O Estado brasileiro reconheceu a ocorrência do racismo institucional por meio da adoção do Programa de Combate ao Racismo Institucional (PCRI), objetivando apoiar o setor público para reduzir as iniquidades em saúde, propiciando a melhoria desse setor e colaborando na implementação de políticas eficazes dentro do Sistema Único de Saúde (SUS). Como projeto incorporador dessa linha de medidas, encontra-se também o Conselho Nacional de promoção da Igualdade Racial (CNPRI), colegiado composto por membros do governo e sociedade civil (com a predominância de pessoas negras), cuja principal finalidade é atribuir em âmbito nacional, políticas que auxiliem na promoção da igualdade racial.

3. A implementação da Lei de Cotas Raciais em coerência com o Princípio da Isonomia

O primeiro país a implementar a ação afirmativa do sistema de cotas foi a Índia, em 1950. Após a conquista pela independência, criminalizou o casteísmo e consolidou o princípio das “políticas de reserva” em sua Constituição, possibilitando a ascensão dos grupos discriminados através de medidas de representação política, tais como as cotas nas instituições públicas de ensino superior. Os denominados ‘Dalits’ foram os grupos beneficiados, em virtude de serem considerados de casta tão inferiorizada, que o termo “intocáveis” era comumente utilizado para mencioná-los.

Em 2001, o Brasil assinou a Declaração de Durban, em conferência promovida pela Organização das Nações Unidas, assumindo como nação o compromisso de combater o racismo. E nesse passo, o governo federal brasileiro se engajou na criação de medidas de discriminação positiva. Em 2003, a Lei Estadual nº. 4.151/03 disciplinou as questões necessárias para a concretização das ações afirmativas relativas à raça, ao estabelecer as cotas para pretos, pardos e alunos de escolas públicas nas universidades públicas do Rio de Janeiro,

A responsabilidade do Estado em gerir ações afirmativas: Análise acerca da política de cotas raciais no ensino superior público brasileiro como instrumento de efetivação do princípio da isonomia

Uerj e Uenf. Com o passar dos anos, o ideal foi disseminado pelo restante do país e outras resoluções de conselhos universitários passaram a dispor da benesse.

A Universidade de Brasília – UNB foi, no âmbito federal, pioneira na adoção do sistema de cotas, através do Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial aprovada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da própria Universidade. A preocupação em promover tais medidas na instituição já estava sendo debatida desde 1998, quando um aluno afrodescendente que cursava o doutoramento no Departamento de Antropologia, foi reprovado em uma disciplina obrigatória. Em 20 anos daquele programa, esse teria sido o único caso de reprovação. Tendo em vista o ocorrido, o Conselho de Ensino ordenou que o departamento revisse a menção e posteriormente o estudante foi aprovado.

O caso de maior repercussão envolvendo a UNB foi quando apenas um, de dois irmãos gêmeos univitelinos conseguiu ser aceito pela comissão, enquanto o outro foi reprovado. A submissão dos alunos cotistas era feita por uma comissão avaliadora do fenótipo do candidato através de fotografia. Porém, tal metodologia adotada gerou constrangimento nesse processo seletivo específico.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada em 2009 pelo DEM, questionou os atos administrativos da referida universidade, alegando que as cotas violariam preceitos constitucionais como: o princípio da dignidade da pessoa humana; o repúdio ao racismo; o princípio da igualdade; o direito universal à educação e meritocracia. Nesse sentido, o STF, por unanimidade de votos, julgou improcedente o pedido veiculado na ADPF 186, recomendando a igualdade tanto formal quanto material. Tal como adiante se observa:

“O **princípio da isonomia**, que se reveste de auto aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio — cuja observância **vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público**— deve ser considerado, em sua precípua função de **obstar a discriminações e de extinguir privilégios** (RDA 55/114), sob **duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei** — que opera numa fase de generalidade puramente **abstrata** — constitui exigência destinada ao **legislador**, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.

A **igualdade perante a lei**, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada **aos demais Poderes estatais**, que, na **aplicação** da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF, MI 58, rel. Min. Celso de Mello).

Em 2012, a Lei 12.711 foi sancionada e tornou obrigatória a destinação de 50% das vagas nas Instituições de Ensino Superior vinculadas ao Ministério da Educação e as instituições federais de ensino técnico de nível médio para estudantes advindos de escolas públicas, e subdividindo-as para pretos, pardos e indígenas. O ingresso implica que o estudante tenha conhecimentos básicos, de acordo com o critério da instituição, seja por vestibular, um processo seletivo, entre outros.

A Lei de Cotas admite debates contrários e favoráveis, no entanto, a não receptividade por parte da população representa um retrocesso na mentalidade brasileira, oriundo de uma interpretação errônea do princípio constitucional da igualdade. De acordo com o princípio isonômico, deve-se *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”*. Em virtude da herança colonial e do próprio racismo institucional que predomina no país, os brasileiros não são considerados todos iguais. Há um grupo que carece de acesso a melhores condições de vida, de boa formação intelectual e oportunidades de ascensão. As cotas raciais não são analisadas de forma isolada, comportando um único indivíduo, mas sim, um grupo. A lei baseia-se na busca por corrigir o preconceito que emerge contra um grupo social e dificulta a convivência em sociedade.

Tal como disciplina a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *“todos são iguais perante a lei”*. Assim, cabe ao Estado adotar medidas para compensar as desigualdades que as desvantagens sociais implicam. A falta de ações afirmativas perante tamanhos dados estatísticos que quantificam a discriminação racial, seria uma negação à garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o art. 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988, prevê como um dever do Estado o *“acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”*. Cabe ressaltar que é preciso considerar a existência de pessoas que vivem à margem da sociedade e com oportunidades desiguais. Assim, para promover a igualdade, o Estado pode lançar mão de ações de políticas de cunho estrutural visando melhor capacitar os indivíduos.

A responsabilidade do Estado em gerir ações afirmativas: Análise acerca da política de cotas raciais no ensino superior público brasileiro como instrumento de efetivação do princípio da isonomia

Tais políticas não foram implementadas para prejudicar os grupos que não se enquadraram nos requisitos da lei. Segundo dados estatísticos, em 2000, a composição de pessoas brancas nas universidades era de 98%, quadro este que reflete a desigualdade de oportunidades. Na aplicação das ações afirmativas, entende-se que deve haver uma sociedade democrática em que a população negra também participe dos espaços considerados de poder. Um país não pode se desenvolver de forma justa, se estiver excluindo 54% da população que vive nele.

4. Os desafios da efetividade e eficácia das Cotas

No Brasil, observa-se a carência de um processo urgente de desconstrução do racismo institucional. Após 130 anos da abolição da escravidão, a cota racial é a principal medida de ação afirmativa voltada para a correção de uma dívida histórica que desampara um determinado grupo por décadas. A educação, além de ser um direito constitucional, é o meio mais eficaz de romper as fronteiras das diferenças e possibilitar melhores condições de vida a todos os cidadãos. Uma política pública apenas encerra a sua razão de existir quando alcança o seu objetivo final. Portanto, a previsão é que em menos de 20 anos aproximadamente não há como corrigir tamanha diferenciação social. Tais políticas são necessárias vigorarem por mais tempo. A população brasileira é composta por 54% dos negros, sendo que apenas 12% conseguiram adentrar na universidade. Isso demonstra a necessidade de implementação de medidas que gerem mais oportunidades.

No corrente ano de 2019, houve um projeto de lei que objetivou extinguir a reserva de vagas nas universidades do Rio de Janeiro, mesmo após 15 anos desde a primeira implementação da medida no estado. O uso das cotas raciais é debatido por correntes contrárias que anseiam acabar com os passos galgados até os dias atuais. São 519 anos de existência do Brasil, sendo mais de 350 anos de escravidão. Portanto, não se pode pensar em extirpar o acesso e permanência dos beneficiados ao ensino superior. Nesse sentido, a procuradoria Federal dos Direitos Humanos do Cidadão, vinculada ao Ministério Público Federal (MPF) contestou o projeto.

Segundo a Assessoria de Comunicação e Informação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, a população negra apresenta os piores índices de analfabetismo, escolaridade, remuneração salarial e acesso à educação fundamental e do ensino superior. Os dados pesquisados indicam que a superação das diferenças ainda possui um longo caminho a percorrer, no entanto, as ações afirmativas das cotas raciais indicam um rumo positivo nas

políticas públicas brasileiras desde a sua implementação.

Há a necessidade de qualificar o debate público sobre as cotas e aprofundá-la em espaços sociais para promover a conscientização tanto dos discentes quanto dos docentes, bem como estabelecer mudanças estruturais efetivas na educação, que reflitam na vida dos indivíduos desprovidos de acesso a melhores condições de vida. As cotas raciais não são a solução definitiva para o problema do ensino superior, mas sim uma medida paliativa para corrigir a desigualdade que interfere na vida de parcela da população negra brasileira. Deste modo, faz-se necessário que as medidas até hoje implementadas garantam que os cotistas conseguirão concluir o ciclo do ensino superior iniciado, sem que haja a intervenção de projetos de lei que visem acabar com a benesse.

5. Conclusão

No presente trabalho, conclui-se que as medidas de reparação relativas a política de ação afirmativa racial, estão vinculadas a conjuntura histórica que circunda o Brasil e persuade na vida da população negra até os dias atuais. O Estado brasileiro iniciou a promoção da desigualdade racial por meio inclusive de sua legislação, utilizando-se do seu aparato legislativo para propiciar a exclusão dos negros no período de gestão colonial. Os atos oficiais que decretaram a marginalização de parcela dessa população iniciaram um processo discriminatório que contribuiu para o nascimento de uma sociedade desigual e atualmente emergem através do denominado racismo institucional. A população negra efetivamente construiu as bases do país e em contrapartida, contemplam as minorias que adentram nas escolas e universidades, ainda que componham o percentual de mais da metade dos brasileiros. As políticas de cotas raciais possuem o teor de constitucionalidade, sendo declaradas derivadas do princípio da isonomia até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal e desafiam romper com a matriz discriminatória instituída no país, propiciando a inclusão social de um grupo que foi historicamente hostilizado, objetivando diminuindo as disparidades educacionais oriundas da categoria étnico-racial.

6. Referências

ALMEIDA, Silvio. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

MOURA, Clóvis. Dialética Radical do Brasil Negro. São Paulo, Editora Anitta, 1994.

CORBUCCI, Paulo Roberto. EVOLUÇÃO DO ACESSO DE JOVENS À EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2014.

Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos. Gleidson

A responsabilidade do Estado em gerir ações afirmativas: Análise acerca da política de cotas raciais no ensino superior público brasileiro como instrumento de efetivação do princípio da isonomia

Renato Martins Dias e Paulo Roberto Faber Tavares Junior, organizadores. – Canoas: IFRS campus Canoas, 2018.

Retrato das desigualdades de gênero e raça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 4ª edição. Revista IPEA, Brasília, 2011.

Boletim de Políticas Sociais (BPS), 26ª edição. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA 2019.

FONSECA, Igor Ferraz Da. INCLUSÃO POLÍTICA E RACISMO INSTITUCIONAL: REFLEXÕES SOBRE O PROGRAMA DE COMBATE AO RACISMO INSTITUCIONAL E O CONSELHO NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. Planejamento e políticas públicas | ppp | n. 45 | jul./dez. 2015.

Guia de Enfrentamento do Racismo Institucional. ONU Mulheres. <<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Guia-de-enfrentamento-ao-racismo-institucional.pdf>> Acesso em: 24 de agosto de 2019.

TVE Debate – Cotas Raciais <<https://www.youtube.com/watch?v=ACc3L8W6yhY>> Acesso em: 25 de agosto de 2019

<<http://www.scielo.br/pdf/soc/v17n40/1517-4522-soc-17-40-00092.pdf>> Acesso em: 29 de agosto de 2019. Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. Sociologias, Porto Alegre, ano 17, nº 40, set/dez 2015.

<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44091474>> Acesso em: 25 de agosto de 2019

<http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28&Itemid=23> Acesso em: 25 de agosto de 2019

<<https://www.conjur.com.br/2017-jul-31/acoes-afirmativas-concretizam-principio-igualdade-celso>> Acesso em: 26 de agosto de 2019

<<http://umbrasil.com/noticias/distorcoes-na-economia-e-desigualdade-tem-raizes-na-escravidao-e-na-abolicao/>> Acesso em: 26 de agosto de 2019

<http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2673:catid=28&Itemid=23> Acesso em: 26 de agosto de 2019

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100006> Acesso em: 27 de agosto de 2019

<<https://www.almapreta.com/editorias/realidade/entenda-as-razoes-historicas-do-porque-negros-ganham-menos-do-que-brancos>> Acesso em: 27 de agosto de 2019

<<https://almapreta.com/editorias/realidade/de-cada-3-desempregados-no-brasil-2-sao-negros>> Acesso em: 27 de agosto de 2019

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/relatorio-apresentado-na-onu-diz-que-brasil-tem-racismo-institucional.html>> Acesso em: 28 de agosto de 2019

<<http://valeeducar.com.br/as-telenovelas-brasileiras-e-sua-importancia-para-a-sociedade/>> Acesso em: 28 de agosto de 2019

<<https://jus.com.br/artigos/21671/igualdade-discriminacao-positiva-cotas-e-adpf-186>> Acesso em: 28 de agosto de 2019

<<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/episodio-de-aluno-motivou-criacao-do-sistema-de-cotas-na-unb,15d837dabd9ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://une.org.br/2012/09/o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-de-cotas/>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI166955,11049-Quotas+raciais+principio+da+igualdade+contextualizacao+historica+do>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniaio/noticia/2019/04/ate-quando-precisaremos-de-cotas-para-negros-nas-universidades-cjuvq47bu00rt01p7v6zy561f.html>>
Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://educacao.uol.com.br/noticias/2019/04/22/mpf-contesta-projeto-de-lei-de-deputada-do-psl-contras-cotas-raciais.htm>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://www.nexojornal.com.br/index/2016/11/18/A-quest%C3%A3o-racial-no-Brasil-em-gr%C3%A1ficos-interativos-e-v%C3%ADdeos>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://jus.com.br/artigos/13491/cotas-raciais-nas-universidades-brasileiras>>
Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://www.geledes.org.br/india-foi-o-primeiro-pais-implantar-o-sistema-de-cotas/>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/onu.pdf>> Acesso em: 29 de agosto de 2019.

<<https://diplomatique.org.br/preconceito-racial-e-racismo-institucional-no-brasil/>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/04/23/interna_nacional,1048220/mp-do-cidadao-contesta-projeto-que-acaba-com-cotas-raciais-no-ensino-s.shtml>
Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/02/24/Sistema-de-cotas-raciais-inclus%C3%A3o-em-meio-%C3%A0-controv%C3%A9rsia>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

<<https://jus.com.br/artigos/51481/acoes-afirmativas-no-estado-brasileiro-face-ao-principio-da-isonomia>> Acesso em: 29 de agosto de 2019

JUSTIÇA COMO EQUIDADE: INSTRUMENTALIZANDO A ABSTRAÇÃO DE JOHN RAWLS PARA ENTENDER A PROBLEMÁTICA DA PRIVATIZAÇÃO DO ENSINO PÚBLICO

Maria Eduarda Brandão Câmara¹

Resumo: O filósofo político John Rawls defende que o ponto de partida para se olhar a sociedade, é a justiça e não preceitos morais. O autor tem como objetivo mostrar uma forma racional e não emocional de princípios que ordenem as instituições de uma sociedade plural e democrática. Rawls tenta articular de uma forma sistemática uma perspectiva normativa de natureza contratualista na fundamentação liberal-igualitária, em seu compromisso substantivo. Esse artigo tem como intuito utilizar a abstração de Rawls para entender como que em uma sociedade igualitária e democrática é preciso entender a importância da justiça como equidade, uma vez que as pessoas nascem em condições diferentes e almejam coisas distintas e, dessa forma, são necessários tratamentos desiguais para que suas expectativas de vida sejam mudadas. Conforme o exposto, há a intenção de instrumentalizar essa teoria no intuito de examinar a questão da privatização da educação fomentada por fundos monetários internacionais como FMI e Banco Mundial, desde a década de 1980. Procura-se argumentar, neste artigo, que em uma sociedade bem ordenada é preciso ter o livre direito de escolha entre educação pública e privada de qualidade para que os cidadãos tenham acessos igualitário a cargos e posições sociais. Expõe-se também a perspectiva de boa governança pós-Consenso de Washington com recente “Princípios de Abidjan” que são um conjunto de orientação aos governos, educadores e toda a comunidade interessada em assegurar o direito humano à educação pública e gratuita de qualidade (TE ABIDJAN PRINCIPLE, 2019).

PALAVRAS CHAVE: JOHN RAWLS; JUSTIÇA COMO EQUIDADE; PRIVATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO; PRINCÍPIOS DE ABIDJAN.

Rawls, em sua obra, traz para a arena do debate a questão da moral, tal qual outros estudiosos de seu tempo, a exemplo de Habermas (1929). Porém, Rawls utiliza como ponto de partida para se olhar a sociedade a justiça e não preceitos morais. O autor tem como objetivo mostrar uma forma racional e não emocional ou até ideológica de princípios que ordenem as instituições de uma sociedade plural e democrática. Rawls tenta articular de uma forma sistemática uma perspectiva normativa de natureza contratualista na fundamentação liberal-igualitária em seu compromisso substantivo. Esse autor rejeita o utilitarismo, uma vez que tem o entendimento que a felicidade da maioria não está atrelada a seu entendimento de

¹ Mestranda em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Email: eduardabcamara@gmail.com.

justiça. E a justiça é entendida nessa perspectiva como a estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2009).

Esse artigo tem como intuito utilizar a abstração de Rawls para entender como que em uma sociedade igualitária e democrática é preciso entender a importância da justiça como equidade, uma vez que as pessoas nascem em condições diferentes e almejam coisas distintas e dessa forma são necessários tratamentos desiguais para pessoas desiguais de forma que suas expectativas de vida sejam mudadas. Há a intenção, então, de trazer a questão da privatização da educação fomentada por políticas dos fundos monetários internacionais como FMI e Banco Mundial, desde a década de 1980. E procura-se argumentar que em uma sociedade bem ordenada é preciso ter o livre direito de escolha entre educação pública ou privada de qualidade, para que os cidadãos tenham acessos igualitários a cargos e posições.

Para isso, procurou-se trazer no primeiro tópico uma revisão da “Teoria da Justiça” do filósofo americano John Rawls; na segunda parte do trabalho, faz-se uma contextualização das políticas neoliberais para a educação global fomentada pelos fundos monetários internacionais, e trazendo também a perspectiva de boa governança pós-Consenso de Washington com os recentes “Princípios de Abidjan” que são um conjunto de orientação aos governos, educadores e toda a comunidade interessada em assegurar o direito humano à educação pública e gratuita de qualidade (TE ABIDJAN PRINCIPLE, 2019). Por fim, na conclusão, é trazido um pouco das considerações da autora sobre a relação entre a Teoria da Justiça e a necessidade de uma educação pública, gratuita e de qualidade para uma sociedade igualitária e democrática.

Justiça como Equidade

Em seu livro “Teoria da Justiça”, John Rawls traz a justiça como a estrutura básica da sociedade e tece argumentos que nos levam a entender o papel da justiça na cooperação social. Em sua teoria, Rawls leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social vista em Locke, Rousseau e Kant. No entanto, o autor substitui o pacto social por uma situação inicial que incorpora certas restrições de conduta baseada em razões destinadas a conduzir a um acordo inicial sobre os princípios da justiça. Para o Rawls (2009) uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça.

Nessa concepção, pessoas livres e racionais preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam, numa posição inicial de igualdade, como iriam definir os termos fundamentais de sua associação. A desconfiança e o ressentimento, conforme o autor,

Justiça Como Equidade: Instrumentalizando a Abstração de John Rawls para Entender a Problemática da Privatização do Ensino Público

corroeriam os vínculos da ,civilidade, a suspeita e a hostilidade tentariam os homens a agir de maneiras que eles em circunstâncias diferentes evitariam. Historicamente a experiência ensinou-nos que raramente há cooperação entre cidadãos livres e iguais, por esta razão a posição original deve abstrair-se das contingências do mundo social e não ser afetadas por elas. Essas, conforme esse pensamento, são as condições para que se dê um acordo equitativo sobre a base dos princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais (RAWLS, 1996; RAWLS, 2009; FABIAN, 2015). O modo de ver a sociedade utilizada por Rawls (2009) para o conceito mais racional de justiça é utilitarista, pois considera que cada homem ao realizar seus interesses é livre para avaliar suas perdas e ganhos, e também é livre para escolher se impor um sacrifício agora por uma vantagem maior depois. Esse entendimento de sociedade descrito se aproxima do conceito de natureza humana de Hobbes (2003) que é por definição racional e auto interessada.

Mediante o conceito de 'posição original' (original position), Rawls postula uma situação ideal para a sociabilidade em que os indivíduos encontram uma situação comum entre si, mesmo diante das múltiplas diferenças nas suas concepções de mundo (FABIAN, 2015). O conceito de posição original trazido por Rawls pode ser entendido como um mecanismo de representação e ponto de partida, é uma condição hipotética e ideal em que se constrói uma situação de igualdade na multiplicidade.

Toda pessoa, conforme o entendimento dessa teoria, possui uma inviolabilidade fundada na justiça. Nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar isso. Dessa forma, os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos a negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A ideia norteadora trazida por Rawls em seu livro “Uma teoria da Justiça” é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são objeto do consenso original, por isso o entendimento de justiça como equidade (RAWLS, 2009, p. 12).

Como é possível, no entanto, a existência duradoura de uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que não deixam de estar profundamente divididos por doutrinas religiosas filosóficas e morais? O ponto de partida desse questionamento é o diagnóstico rawlsiano do fracasso de certas teorias político filosóficas e a posição do autor com relação a outros modelos atualmente defendidos (FABIAN, 2015).

A partir do chamado “véu da ignorância” componente da posição original, ocorre um grau de tolerância necessário a respeito das diferenças nas concepções religiosas, políticas ou morais. Dessa forma se torna menos espesso no processo de evolução desse

construtivismo político e o véu da ignorância permite, ainda, que as crenças funcionem como razões (FABIAN, 2015).

Conforme Fabian (2015) a teoria rawlsiana de justiça é a culminação de uma tradição contratualista que encontra suas raízes em Immanuel Kant. Nesses dois autores é possível perceber que as contingências naturais não devem influenciar as escolhas, e isso pode ser observado pelo uso de modelos de representação como o imperativo categórico, ou o véu da ignorância. No entanto, Rawls foge do fundacionalismo moral Kantiano e opta pelo construtivismo político, além do compatibilismo entre doutrinas abrangentes, e pelo pluralismo, como sua prioridade do razoável sobre o racional.

O resultado de colocar as pessoas nessa posição original utilizando do recurso do véu da ignorância seria que estas chegariam a um consenso sobre dois princípios, como acredita seu fundador, a saber:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. E segundo: as desigualdades sociais econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2009, p. 74).

Dentro dessa perspectiva postulada pelo autor, a injustiça, então se constitui simplesmente como a desigualdade que não beneficia a todos. Não há um problema com as desigualdades sociais econômicas desde que elas sejam consideradas vantajosas dentro da estrutura básica da sociedade. O que os dois princípios tentam impedir são permutas entre liberdades básicas e ganhos sociais e econômicos (RAWLS, 2009, p. 67).

O segundo princípio escrito por Rawls (2009, p.89) insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica, em que nele está contido o entendimento liberal da igualdade equitativa de oportunidades. Esse princípio, no entanto, não está sujeito à objeção de que sua aplicação conduz a uma sociedade meritocracia. Como pode-se observar,

o princípio da diferença dá algum peso às considerações preferidas pelo princípio da reparação. De acordo com este último princípio, desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas. Assim, o princípio determina que a fim de tratar as pessoas igualmente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais

menos favoráveis. A ideia é de reparar o desvio de contingências na direção da igualdade. Na aplicação desse princípio, maiores recursos devem ser gastos com a educação dos menos inteligentes, e não o contrário, pelo menos durante um certo tempo da vida, digamos, os primeiros anos de escola (RAWLS, 2009, p. 107).

O princípio de reparação representa para o autor um dos elementos de sua concepção de justiça, mas certamente não corresponde o mesmo que o princípio da diferença. Ele não exige que a sociedade contrabalanceie as desvantagens como se fosse esperado que todos competissem numa base equitativa, mas o princípio da diferença alocaria recursos na educação, por exemplo, a fim de melhorar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos (RAWLS, 2009, p.108).

Depois dessa contextualização da Teoria da Justiça de Rawls e de seu princípio da diferença, o próximo tópico desse artigo versará sobre o recente documento assinado por especialistas da educação no âmbito nas Nações Unidas sobre o direito a educação pública e a regulação do setor privado na Educação, como ficou conhecido “Os princípios de Abidjan”. Dentro da perspectiva trazida sobre a Teoria da justiça, argumenta-se que manter acesso a uma educação pública de qualidade é essencial para uma sociedade bem ordenada e equitativa.

Privatização da educação: desigualdades desmerecidas sem reparação

Abidjan é a maior cidade da Costa do Marfim, considerada a capital econômica do país e possui 4,4 milhões de habitantes. Abidjan emprestou seu nome para os recentes princípios para uma educação igualitária e acessível, uma vez que desde 1998 o ensino católico da Costa do Marfim engajou-se na direção de um devir-privado, em razão da pressão de uma nova política escolar imposta pelos Fundos Internacionais como FMI e Banco Mundial (LANOUE, 2004). O Relatório global de Monitoramento da Educação 2017/18 estimou que, em 2021, um em cada quatro alunos do ensino primário na África subsaariana irá frequentar escolas privadas (UNESCO, 2018).

Os princípios de Abidjan são um conjunto de orientações aos governos, educadores e toda a comunidade interessada em assegurar o direito humano à educação pública e gratuita de qualidade. Adotado em 13 de fevereiro de 2019, durante o Encontro do Consórcio Global sobre Privatização da Educação e Direitos Humanos, na Costa do Marfim, por um comitê de especialistas e cerca de 50 organizações da sociedade civil. Apresentado recentemente na

41^a Reunião do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em julho de 2019, esse conjunto de princípios alertam para a grande presença do setor privado na educação e se torna referência no debate sobre a regulamentação do setor privado na educação, no atual contexto global (CONTEE, 2019).

Os princípios de Abidjan são atualmente um guia para a sociedade e *policymakers* sobre o debate acerca da privatização da educação, contando com 10 princípios gerais. De forma a contextualizar a problemática e a responsabilidade dos Estados (e da sociedade) com o direito a educação. A seguir, o leitor encontrará neste artigo alguns desses princípios para conhecimento e também para fundamentar o argumento central deste, de que em uma sociedade ordenada deve-se ter o livre direito de escolha entre educação de qualidade, seja ela privada ou pública, uma vez que as desigualdades sociais e econômicas só podem existir para benefício do menos favorecido, dentro desta perspectiva de justiça como equidade.

Os dois primeiros princípios de Abidjan discorrem que:

Princípio 1. os Estados devem respeitar, proteger e cumprir o direito à educação de todos e todas dentro de sua jurisdição, de acordo com os direitos à igualdade e à não discriminação;

Princípio 2. os Estados devem fornecer educação pública e gratuita da mais alta qualidade possível a todos e todas dentro de sua jurisdição da maneira mais efetiva e rápida possível, até o máximo de seus recursos disponíveis (THE ABIDJAN PRINCIPLES, 2019).

Segundo Ball (2004) cada vez mais, o mundo dos negócios enfoca os serviços de educação como uma área em expansão, na qual lucros consideráveis devem ser obtidos. Robertson (2012) discorre que desde os anos 1980, com a mudança para o “neoliberalismo” como paradigma ideológico que orienta o desenvolvimento, as políticas do Banco Mundial têm tido consequências negativas para o crescimento econômico e a igualdade social no mundo, e a educação não fugiu essa regra.

As políticas do Banco Mundial para a educação são consideradas como um “grande experimento” que envolvem pagamentos por serviços públicos, privatização de atividades educacionais e uma conexão direta entre gerenciamento e financiamento da educação por rendimentos mensuráveis. Essa política mista, comumente conhecida como “Consenso de Washington” foi atrativa pela ideia de que a globalização teria o poder de livrar as nações da pobreza. A tentativa de encontrar um caminho para seguir em frente ao promover a “boa governança” conhecida como o “pós-Consenso de Washington” não foi suficiente para afastar a crise de 2008 e a consequência inevitável da desregulação financeira” (ROBERTSON, 2012, p. 283-4).

Justiça Como Equidade: Instrumentalizando a Abstração de John Rawls para Entender a Problemática da Privatização do Ensino Público

A principal ideia disseminada pelo Banco Mundial é que a “educação é um bem de consumo e o estudante é o principal consumidor por intermédio de seus pais” (Banco Mundial, 2001, p.1). A educação deixou de ser entendida como um artifício para garantir a equidade e justiça social, contrabalanceando desigualdades desmerecidas na sociedade -, como vimos ser o entendimento liberal político de Rawls.

A necessidade de se regular a atuação do setor privado na educação é disposta nos princípios de Abidjan, muito embora haja o entendimento de que o Estado deva respeitar a liberdade de escolha da instituição educacional, seja pública ou privada, pelo pais ou guardiões dos estudantes.

Conforme os princípios 3 e 4:

Princípio 3. Os Estados devem respeitar a liberdade dos pais ou guardiões legais de escolherem para seus filhos uma instituição educacional que não seja uma instituição pública de ensino e a liberdade dos indivíduos e órgãos para estabelecer e dirigir instituições educacionais privadas, sempre sujeitos à exigência de que tais instituições privadas de ensino obedeçam aos padrões estabelecidos pelo Estado de acordo com suas obrigações sob o direito internacional dos direitos humanos;

Princípio 4. Os Estados devem tomar todas as medidas efetivas, incluindo particularmente a adoção e aplicação de medidas regulatórias eficazes, para assegurar a realização do direito à educação onde atores privados estão envolvidos na provisão de educação (THE ABIDJAN PRINCIPLES, 2019).

Como bem avaliou Silva (2002) quando analisou o impacto das políticas para a educação do Banco Mundial no Brasil, essas políticas têm sido de natureza contencionista por reduzir investimentos públicos, mas transferi-los aos empresários do ensino através de verbas de isenções tributárias e de favorecimento na compra de materiais e equipamentos; e de natureza compensatória por ser dirigida aos interesses restritos, focados e de alcance insuficiente. Além disso, reduz direitos sociais e aprofunda os procedimentos discricionários que agravam a apropriação de bens educacionais pela maioria da população constantemente excluída.

Trata-se, na verdade, de isentar os Estados de responsabilidades públicas e atribuí-las aos indivíduos. Significa atribuir aos pobres a responsabilidade pela condição de pobreza. Mais ainda, institui mecanismos de deslocamento das decisões públicas e coletivas para o âmbito das decisões privadas e privilegiadas, quase favorável aos poderosos (SILVA, 2002).

Conclusão

Não foi à toa que John Rawls foi acusado de ser comunista a despeito de ser um autor liberal e que escreve propriamente sobre o liberalismo político. Defender que todas as pessoas merecem ter posições e cargos acessíveis a todo (Rawls, 2009, p.74), parecia, na sociedade americana da década de 1970, ideia próximas ao eixo contrário da bipolaridade do sistema internacional, o comunismo.

No entanto, o que tentou-se refletir neste artigo foi a necessidade de contemplar a todas as crianças e jovens ao redor do mundo condições igualitárias e que elas possam usufruir dessas liberdades básicas iguais de forma semelhante a liberdade das outras, como prega o liberalismo político de Rawls. Verificou-se, pois, que desde o Consenso de Washington e o entendimento do Neoliberalismo como o novo paradigma de desenvolvimento teve graves consequências ao redor do mundo, inclusive nas políticas para a educação, no qual houve um significativo aumento de privatizações de escolas públicas e parcerias público-privadas (PPP's).

Uma vez notado os malefícios desse crescimento sem regulamentação das parcerias público privadas no setor educacional, a sociedade civil, junto com especialistas criaram um movimento conhecido como “Os princípios de Abidjan” no intuito de guiar políticas e pressionar governos para uma maior regulamentação desses atores privados para garantir o direito a educação pública e de qualidade em seus Estados.

Esses princípios defendidos por especialistas em educação ao redor do mundo parecem estar em consonância com os princípios clássicos liberais de igualdade e liberdade, assim como as normas do direito internacional atual. De forma que também dialoga com a ideia de Rawls de impedir que haja permutas entre liberdades básicas e ganhos sociais/econômicos. Mesmo que a educação seja algo rentável dentro desse novo arranjo econômico de desenvolvimento que é o consenso de Washington não parece ser justo e equitativo que algumas pessoas tenham acesso a ele por nascer em uma estrutura familiar que possui mais recursos.

Essa seria uma desigualdade desmerecida, uma vez que as posições e os cargos não são acessíveis a todos os cidadãos. Uma sociedade bem ordenada, conforme Rawls, não está apenas planejada para promover o bem de seus membros, o próprio Rawls rejeita a ideia Kantiana de bem, mas precisa ser efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2009).

REFERÊNCIAS

BALL, Stephan j. PERFORMATIVIDADE, PRIVATIZAÇÃO E O PÓS-ESTADO DO BEM-ESTAR. Educ. Soc., Campinas, vol. 25, n. 89, p. 1105-1126, Set./Dez. 2004

BANCO MUNDIAL. PPPs: a toolkit. Washington: The World Bank Group, 2001.

CONTEE, Reconhecimento histórico dos Princípios de Abidjan pela mais alta autoridade dos Direitos Humanos das Nações Unidas. **23 de julho de 2019**. <<http://contee.org.br/reconhecimento-historico-dos-principios-de-abidjan-pela-mais-alta-autoridade-dos-direitos-humanos-das-nacoes-unidas/>>. Acesso em 06 de Agosto de 2019.

FABIAN, Eloi Pedro. Elementos Centrais da Obra Liberalismo Político de John Rawls—Primeira e Segunda Conferências. **Clareira-Revista de Filosofia da Região Amazônica**, v. 1, n. 2, p. 139-159, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Martins Fontes, 2003.

LANOUE, Eric. **Costa do Marfim (1958–2000)**, 2004.

ROBERTSON, Susan L. A estranha não morte da privatização neoliberal na Estratégia 2020 para a educação do Banco Mundial. **Revista Brasileira de Educação**, v. 17, n. 50, p. 283-302, 2012.

THE ABIDJAN PRINCIPLES, The Abidjan Principles, 2019 <<https://static1.squarespace.com/static/5c2d081daf2096648cc801da/t/5d42ec41f9f33300011c16d1/1564666946331/Designed+Online+version+THE-ABIDJAN-PRINCIPLES+june2019.pdf>>. Acesso em 8 de Agosto de 2019.

UNESCO, Global Education Monitoring Report for 2017/18 <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261016>>. Acesso em 06 de Agosto de 2019.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Harvard university press, 2009.

A CONSTITUIÇÃO EM SALA DE AULA: UMA PRÁTICA DA CIDADANIA COMUNICATIVA NA IBERO-AMÉRICA

Elisangela Rodrigues da Costa¹

Maria Cristina Nascimento de Souza²

Resumo: O artigo tem como objetivo discutir a importância do uso da Constituição em sala de aula em todos os segmentos da Educação Básica por meio do recorte de vários exemplos pelo Brasil. Discute também entre o conceito de cidadania comunicativa e como o paradigma da educomunicação, a partir de autores latino-americanos pode contribuir para essa prática na educação formal. O incentivo ao protagonismo infanto-juvenil, o direito à comunicação, à liberdade de expressão, ao respeito, à solidariedade, aos Direitos Humanos. Apresentamos a experiência da rede municipal de ensino de São Paulo com o Programa “Imprensa Jovem”, uma agência de notícias desenvolvida nas escolas no Ensino Básico, política pública.

Palavras-chave: Constituição; Ensino; Educomunicação; Cidadania Comunicativa; Imprensa Jovem.

Abstract: The article aims to discuss the importance of using the Constitution in the classroom in all segments of Basic Education through the clipping of several examples by Brazil. It also discusses between the concept of communicative citizenship and how the paradigm of educommunication, from Latin American authors can contribute to this practice in formal education. The encouragement of child protagonism, the right to communication, freedom of expression, respect, solidarity, and human rights. We present the experience of the São Paulo municipal school system with the “Youth Press” Program, a news agency developed in schools in Basic Education, public policy.

Keywords: Constituição; Ensino; Educomunicação; Cidadania Comunicativa; Imprensa Jovem.

Considerações Iniciais

A Constituição Federal é a Lei das Leis. É o conjunto de leis fundamentais que organiza e rege o funcionamento de um país, por isso é considerada a lei máxima e obrigatória entre todos os cidadãos, de determinada nação, servindo como garantia dos seus direitos e deveres. A importância do estudo da CF sobretudo dos conceitos mínimos de

¹Doutora em Ciências da Comunicação pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP), jornalista, professora dos cursos de Jornalismo e Publicidade e Propaganda da Faculdade Estácio de Sá, Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Integrante do Conselho Consultivo Deliberativo da Associação Brasileira de Pesquisadores e Profissionais em Educomunicação (ABPEducom). E-mail: costa.lisa1@gmail.com

²Especialista em Direito Público com Ênfase em Direito Público, pela Faculdade Prof. Damásio de Jesus, FDDJ, Brasil. Especializanda em Direito Constitucional, pela Faculdade Prof. Damásio de Jesus, FDDJ, Brasil. E-mail: mariaconsouza@hotmail.com

constitucionalismo, nas escolas de ensino formal, passa a ser cada vez mais urgente. Por isso, defendemos que compreender o Texto Constitucional em sala de aula é uma questão que não comporta maiores digressões, seja ela no Ensino Superior ou na Educação Básica brasileira.

Assim, apresentamos neste trabalho reflexões acerca da melhor forma de inserção deste conteúdo no Ensino Médio e Fundamental, considerando que a formação de cidadãos aptos a exercerem seus direitos e deveres é uma construção que deve se iniciar nos primeiros anos escolares, logo após o Ciclo de Alfabetização. Atualmente, nem mesmo a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) incluiu pontos de discussão e trabalho com itens que compõem o conteúdo constitucional no ambiente escolar, o que, em nossa visão, não possibilita uma ampla formação dos cidadãos e, por conseguinte, o pleno exercício da cidadania. Uma sociedade onde os indivíduos são apresentados e possuem conhecimentos das leis que os regem certamente é uma nação mais preparada e até mesmo com estímulo ao desenvolvimento de direitos básicos e deveres civis.

Essa requisição do estudo e trabalho com a Lei Magna no contexto social brasileiro é fato, para tanto discorreremos brevemente com alguns exemplos positivos de que é possível e viável trabalhar direitos como o da comunicação por meio de artigos constitucionais. Ainda que, seja preciso sistematizá-lo de uma forma didática e contemporânea, de modo a envolver e estimular as crianças e os jovens em seu espaço de estudantil. Destaca-se o fato de que, enquanto no Brasil buscamos uma forma de inserir o ensino da Constituição, como uma matéria curricular, para que possamos formar cidadãos aptos a exercerem a cidadania de forma construtiva e participativa, em outros países da América Latina, a discussão gira em torno de uma nova forma de constitucionalismo, no qual o constitucionalismo moderno dá lugar ao constitucionalismo transformador.

Em que pese a autenticidade da percepção de José Joaquim Gomes Canotilho, ícone da doutrina constitucional portuguesa, de que não há como definir o constitucionalismo de maneira universal e única, é certo que vários movimentos constitucionais acontecem em todo o mundo, assim, neste artigo limitaremos o foco apenas para a América Latina.

A questão é que enquanto no Brasil estamos findando nosso primeiro ciclo constitucional, pós Constituição de 1988, na América do Sul contemporânea alguns países já completaram três ciclos constitucionais, quais sejam: Constitucionalismo multicultural, Constitucionalismo Pluricultural e Constitucionalismo plurinacional. Nesse aspecto, nos apropriamos das definições conceituais do Mestre Flávio Martins (2019) para definir resumidamente o que significa cada um destes ciclos:

Constitucionalismo multicultural: Abertura a diversidade cultural, previsão de outras línguas (além da oficial), proteção dos direitos indígenas, mas mantém o monismo jurídico (CF brasileira de 1988)

Constitucionalismo Pluricultural: Rompe como o monismo jurídico e passa a prever uma jurisdição indígena. Constituição da Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993) e Venezuela (1999).

Constitucionalismo Plurinacional: Os indígenas integram a construção do Estado (no poder originário), prevê jurisdição indígena (não há monismo jurídico) e há importantes mecanismos de democracia direta.³

Uma vez que não podemos dar saltos na História, precisamos o mais rápido possível começar um trabalho de base para que futuramente tenhamos um movimento constitucionalista mais acelerado e atualizado com o movimento internacional, tal como pensamos, assim nossa proposta é iniciar com essa formação de alunos e professores do texto constitucional, desde os anos iniciais do Ensino Fundamental (4º e 5º anos). Dessa forma, dentro de alguns anos, teremos uma sociedade na qual os futuros cidadãos terão a plena capacidade de exercer a cidadania. Conforme nos lembra o professor Flávio Martins (2019, p. 125)

Habermas é um dos maiores entusiastas da necessidade de uma consciência cosmopolita: “apenas sob a pressão de uma modificação da consciência dos cidadãos, efetiva em termos de política interna, a autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente também pode se modificar no sentido de que eles se compreenderem cada vez mais como membros do quadro de uma comunidade internacional e que, portanto, se encontram tanto submetidos a uma cooperação incontornável como também, conseqüentemente, ao respeito recíproco dos interesses.

Assim temos que a necessidade da difusão da matéria constitucional urgente e premente e para sua efetiva consolidação, o alicerce deve ser sólido e estruturado. Não obstante, todas as dificuldades em angariar prosélitos no meio legislativo para que de fato essa construção basilar seja efetivada, temos ainda que nos atentar para a realidade das nossas crianças e adolescentes, de que forma poderíamos tornar o Direito Constitucional uma matéria atrativa, como envolve-los nessa construção de saber.

E nesse sentido buscamos alguns exemplos bem-sucedidos de aplicação, embora ainda que de forma isolada e pontual, são extremamente positivos, não apenas no sentido de

³ Martins, Flávio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2019, pg 81.

construção do saber constitucional, mas, principalmente, por implementar esse saber com o envolvimento desse público (crianças e adolescentes).

1. Os exemplos de uso da Constituição em sala de aula

Em um contexto mais clássico, citamos a obra desenvolvida em parceria entre o Senado Federal e a Associação Brasileira das Escolas do Legislativo e de Contas – ABEL e Câmara Municipal de Pouso Alegre, chamada de “Constituição em Miúdos”⁴, cuja edição já possui volumes I e II e a Cartilha de Atividades. Um segundo exemplo é uma iniciativa totalmente particular e a princípio isolada de um trabalho⁵ do advogado Felipe Neves. Ele passou a ensinar a matéria constitucional dentro das escolas, a partir de uma lacuna deixada pela ausência de um professor em sala de aula para, em seguida, criar um programa em parceria com outros advogados, atingindo um número bastante significativo de estudantes no âmbito local. Na sequência, apresentamos a iniciativa de uma professora de Direito do estado do Ceará, Malu Aragão, para tratar do assunto, por meio da comunicação, utilizou a linguagem das Histórias em Quadrinhos⁶ (HQs).

E por fim, mais inovador e atual é o trabalho que uma professora de Redação desenvolveu com duas turmas de oitava série do Ensino Fundamental, em Campo Grande/MS, do Colégio Impacto (particular). A professora Karoline Minardes Alves de Matos trabalhou mais especificamente sobre Direitos Humanos, primeiramente, ela apresentou um jogo de vídeo-game chamado DETROID, que trata de uma revolta dos Androids (algo assim), conquistando a atenção e o envolvimento dos adolescentes. Para complementar usou a gravação de Podcast⁷ (uma forma de publicação de ficheiros multimídia: áudio, vídeo, imagem, na Internet).

Com isso, ela fez com que os alunos já envolvidos pela questão apresentada no jogo de vídeo game também pesquisassem sobre os Direitos Humanos, e na gravação do podcast a discussão foi de uma abrangência profunda, chegando até a questão de que “seriam os androids detentores de direitos humanos?”, “o que nos torna humanos?”, “porque os androids não são humanos?” em outras palavras, ela enriqueceu essa questão dos DH que é

⁴ Disponível em: <<https://pousoalegre.net/noticia/2015/08/constituicao-em-miudos-e-lancado-em-pouso-alegre>>. Acesso em: 29. set.2019.

⁵ Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/430694287/jovem-advogado-cria-projeto-para-ensinar-constituicao-em-escolas-publicas>>. Acesso em: 29. Set.2019.

⁶ Disponível em: <<https://tribunadoceara.com.br/noticias/educacao/professora-de-direito-lanca-revista-em-quadrinhos-sobreconstituicao-federal/>>. Acesso em 29. Set.2019.

⁷ Disponível em: <<https://m.soundcloud.com/sala-de-aula>>. Acesso em: 29.set.2019.

um direito constitucional fundamental, trouxe isso para o campo de vivência desta garotada, ou seja, ela fez uma inserção da matéria constitucional, dentro desta turma através da disciplina de Redação.

Esse trabalho tem como objetivo não só destacar a necessidade de formar uma sociedade com conhecimento dos seus direitos e deveres e assim desenvolver um pensamento crítico sob todas as questões do meio em que vivemos, mas apresentar uma proposta de implementação deste conteúdo dentro de uma realidade contemporânea e envolvente, capaz de mobilizar tanto o corpo docente como o corpo discente no ambiente escolar.

Partindo do pressuposto de que algumas pessoas podem comungar do pouco conhecimento dessas novas técnicas pedagógicas e que dialogam fortemente com as linguagens da comunicação no ensino formal, informal e não-formal, passamos a explicar um pouco mais do que seria o conceito de Educomunicação, que deve ser compreendido como prática de intervenção social, conforme a perspectiva do Núcleo de Comunicação e Educação da Universidade de São Paulo (NCE/USP).

Ao analisarmos o contexto político-social em que surgiu o conceito na América Latina observa-se que emergiu da própria luta do movimento social pelos direitos humanos, pelo direito à comunicação, em que os agentes da cultura se reconheceram como sujeitos da história, na concepção de Paulo Freire o “ser no mundo com os outros” em Pedagogia da Autonomia (1996).

Por isso, autores como Martín-Barbero (1997, 2014), Freire (1996), Soares (2011) e Citelli (2004), entre outros, respeitando a especificidade de cada um em seu espaço de atuação, problematizam a necessidade de olhar as tecnologias e os meios comunicacionais em diálogos com a sociedade e não desconsiderando a importância das mediações. Discorrem que na interface com a Educação, não importa qual o meio técnico utilizado – rádio ou peça de teatro, por exemplo, o objetivo maior é reestruturar os modelos comunicacionais para que professores e alunos possam exercer o direito à expressão.

O foco desta vertente não é a mídia, em si, mas, o processo comunicativo que nos envolve, transitando entre as funções de emissores e receptores de comunicação. No caso, a Educação para a Comunicação, aqui denominada como Educomunicação preocupa-se fundamentalmente com o fortalecimento da capacidade de expressão de crianças e jovens. Para que a meta seja alcançada, todas as formas de comunicação são objeto de análise, desde a interpessoal, a familiar, passando pela escola, até chegar à midiática massiva. Na escola, o que se propõe é a revisão das disfunções comunicativas oriundas das relações de poder,

buscando-se formas democráticas e participativas da gestão escolar, com o envolvimento das novas gerações (SOARES, 2014, p.18).

A interface comunicação e educação é fundamental para a efetiva formação integral dos cidadãos contemporâneos, assim como é imprescindível para o exercício da cidadania (CAPRINO, 2016). Os processos comunicativos gerados no ambiente escolar, por meio de projetos com a mediação tecnológica e prática educomunicativa, aqui falamos especialmente do ensino formal, são capazes de subsidiar uma “cidadania comunicativa” (MATA, 2006; OROZCO, 2009; KAPLÚN, 1983). Ao menos na América Latina, esta discussão aconteceu em torno de diálogos comunicativos populares e alternativos, como bem define Kaplún (1983, p.41), “para o movimento de base a comunicação não constitui um fim em si, se não um instrumento necessário ao serviço da organização e da educação populares”.

La noción de ciudadanía comunicativa remite necesariamente a derechos civiles – la libertad de expresión, el derecho a la información, la posibilidad de exigir la publicidad de los asuntos públicos, etc. - , jurídicamente consagrados por diversos instrumentos tales como la constitución de los Estados, leyes, decretos, disposiciones reglamentarias. En este sentido, y como ocurre en general con los derechos civiles, la ciudadanía comunicativa representa un límite a la acción del Estado con el fin de garantizar la libertad de las personas y representa un estatus jurídico (MATA, 2006, p.13)

Alberto Efendy Maldonado (2011) nos ajuda a pensar que a cidadania comunicativa na América Latina tem sido negada pelos modelos comerciais com grandes concentrações de bens, sistemas, instituições, tecnologias e poderes midiáticos. O autor defende a configuração de uma concepção do exercício cidadão que supere a redução aos critérios políticos e jurídicos compreendendo também questões de caráter multicultural, antropológico e étnico para usos nos mais diversos aspectos, tais como: axiológicos, comunicacionais entre outros. Ele enfatiza ainda, a necessidade de discuti-la também no campo das Ciências – assim, o exercício do que ele denomina de cidadania científica é imprescindível para a transformação de estruturas, culturas e instituições em espaços de liberdade democrática. Uma prática que pode ser iniciada desde a Educação Básica com ações de caráter pedagógico voltados a um educar para a pesquisa, conforme também discorre Pedro Demo (1997).

2. Educomunicação: O exemplo da rede municipal de ensino de SP

Na rede municipal de ensino de São Paulo, foi a necessidade de dar solução a um problema de fundo sociopedagógico que asfixiava as escolas – a violência – que oportunizou o ingresso da universidade pública, no caso a USP, para a oferta de uma possível saída, via comunicação.

O recurso encontrado inicialmente foi o Projeto Educom.rádio, contratado junto ao Núcleo de Comunicação e Educação da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (NCE/ECA/USP), pelo Projeto Vida, da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, com o objetivo de mobilizar os professores e estudantes a fazerem uso do diálogo como solução para os conflitos que perturbavam o exercício da docência e dificultavam o convívio e a aprendizagem dos alunos.

De acordo com o idealizador do Projeto, professor Dr. Ismar de Oliveira Soares, em entrevista a esta pesquisadora⁸, o que se buscava era trazer para o espaço escolar formal as conquistas da educação não formal, própria do universo do movimento social latino-americano. No caso, o Projeto Vida da Secretaria Municipal de Educação (SME/SP), ao adotar o conceito da educomunicação sistematizado pelo NCE/USP⁹, entre 1997 e 1999, passou a admitir a hipótese de que seria adequado mobilizar professores, alunos e membros das comunidades escolares a reverterem a perspectiva de conflito mediante o emprego dos recursos da comunicação, a partir das metodologias de ação propostas pela USP.

O desenvolvimento do projeto de 2001 a 2004 levado pelo NCE/USP à prefeitura privilegiou o uso do rádio no espaço escolar, pela acessibilidade do equipamento usado, sob a perspectiva de uma gestão solidária e compartilhada entre todos os membros da comunidade educativa, unindo toda a comunidade na busca de solução para os problemas que a afetavam. Isso não aconteceu com uma ou duas escolas, mas com 455, distribuídas em todo o território da cidade, envolvendo gestores, docentes e estudantes do ensino fundamental do 4.º ao 8.º anos.

A experiência tinha como conceito básico a Educomunicação, enquanto prática de conhecimento e de apropriação dos recursos da comunicação a partir de uma gestão solidária e participativa, tendo como meta o pleno exercício da cidadania.

⁸ Entrevista à tese doutoral em 2017 ECA/USP.

⁹ Sobre o conceito da Educomunicação, ver: SOARES, I. O. Comunicação/Educação: a emergência de um novo campo e o perfil de seus profissionais. In: *Revista Contat.*, Brasília, ano 1, n. 1, jan./mar. 1999. p. 19-74, e SOARES, I. O. Gestão comunicativa e educação: caminhos da educomunicação. In: *Comunicação & Educação*, São Paulo, (23), p. 16-25, jan./abr. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/37012>>.

2.1 O Programa “Imprensa Jovem”: a agência de notícias na escola pública paulistana

A organização das atividades do Imprensa Jovem acontece por meio de equipes de alunos repórteres como são chamados os participantes do projeto. Eles discutem e criam pautas, realizam coberturas jornalísticas na escola, na comunidade e até em grandes eventos da cidade, como a *Campus Party* e as Bienais do Livro¹⁰.

As equipes são responsáveis também pelo tratamento da informação produzida no espaço das escolas, fazendo uso das diferentes linguagens. Conforme a Portaria nº 7.991/16 que define normas complementares e procedimentos para a implementação do Programa Imprensa Jovem e dá outras providências:

Art. 1º. – Fica instituído o Programa “Imprensa Jovem” nas Unidades Educacionais da Rede Municipal de Ensino, com o objetivo de desenvolver ações que promovam o *protagonismo infantil e juvenil, o direito à comunicação e à liberdade de expressão* por meio, inclusive, da apropriação de recursos midiáticos de aprendizagem (grifo nosso).

A portaria, logo em seu primeiro artigo, incentiva o estímulo ao protagonismo, o direito à comunicação e a à liberdade de expressão valores estimulados em consonância com os princípios da Educomunicação, de acordo com o texto a seguir:

Art.2º. – O Programa ora instituído fundamentar-se à nos princípios da Educomunicação:

I- Para fins do disposto nesta Portaria, entender-se à a expressão “Educomunicação” como um conjunto de ações destinadas a criar e desenvolver ecossistemas comunicativos abertos e criativos em espaços culturais, midiáticos e educativos formais e não-formais, mediados pelas linguagens e processos da comunicação e/ou das artes, bem como pelas tecnologias da informação e comunicação, garantindo-se as condições para a aprendizagem e o exercício da liberdade de expressão.

¹⁰A *Campus Party* é a maior experiência tecnológica do mundo que une jovens em torno de um festival de Inovação, Criatividade, Ciências, Empreendedorismo e Universo Digital. Maiores informações: <<http://brasil.campus-party.org/>>. Acesso em 06.mai.2018. A Bienal Internacional do Livro de São Paulo geralmente acontece no Pavilhão de Exposições do Anhembi. O evento é palco para o encontro das principais editoras, livrarias e distribuidoras do país, apresentando seus mais importantes lançamentos para aproximadamente 700 mil visitantes em um espaço total de 75 mil m². Maiores informações:<<http://www.bienaldolivrosp.com.br>>. Acesso 06.mai.2018.

Entre os objetivos gerais propostos na referida Portaria encontramos a promoção dos direitos humanos, os princípios democráticos e o exercício da cidadania. Entre as estratégias de implementação descritas no Art.3º:

- I- Criação de projetos de agência de notícias Imprensa Jovem nas Unidades Educacionais com conteúdos produzidos pelos e para os educandos e a comunidade escolar;
- II- Incentivo às atividades de Educomunicação relacionadas às linguagens impressas (informativo, jornal impresso, jornal mural, jornal comunitário, revista, fanzine, história em quadrinhos, fotografia), radiofônica e televisiva (rádio escolar, webrádio, TV Escolar), audiovisual (cinema e vídeo) e digital (blog, podcast e redes sociais).

A portaria trata dos segmentos da Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio, Educação de Jovens e Adultos (EJA) e Comunidades Indígenas. O programa vem se envolvendo com diversas outras ações propostas no âmbito da SME/SP tais como a iniciativa de ouvir também os alunos da rede para elaborar o currículo do município.

Considerações Finais

Este artigo teve a intenção de suscitar reflexões e futuras discussões acerca da importância e necessidade que o modelo social contemporâneo requisita, o atendimento a um perfil de sujeito comunicante e um cidadão ativo e pleno. A proposta, a princípio simples, de inserir a Constituição em sala de aula, como componente de uma Base Curricular em uma escola, não deixa de ser um ideal democrático primordial em uma jovem democracia como a brasileira.

Assim, inicialmente apresentamos a nossa defesa sustentando que é possível e viável discutir direitos e deveres no ambiente escolar, tal como outros valores: o direito à comunicação, a liberdade de expressão, entre tantos outros. A questão é que não se pode usar uma metodologia que não corresponda às expectativas de crianças e jovens e, principalmente, aos professores, para uma efetiva implantação e naturalização destes conteúdos. Em uma sociedade na qual a comunicação tem uma função central é impossível não relacionar os textos escolares com as práticas sociais e linguagens comunicacionais, as redes sociais, a televisão, rádios, os podcast, os games, o cinema, devem compor o universo de ensino e aprendizagem a partir do entendimento de que a expressão de pensamento é uma habilidade primordial para o homem contemporâneo.

Os vários exemplos citados por nós como possibilidade de trabalhos, aliados a prática com a Educomunicação, certamente trarão benefícios, a médio e longo prazo, e estas crianças

futuramente poderão usufruir de maiores habilidades de leitura e interpretação e, sobretudo exigir e atuar em respeito à Carta Magna desse país, poderão ser menos influenciadas por achismos e senso comum, sendo indivíduos com maiores esclarecimentos. Com isso, acreditamos que defesa de melhorias para o fortalecimento da democracia e a compreensão da própria cultura do país e das leis que o regem passam pelo trabalho pedagógico com a Constituição no ambiente escolar e a prática educomunicativa isolada ou como uma política pública é uma forma de garantir a sobrevivência deste tipo ação se firmando cada vez mais como uma política de Estado e não apenas de governos.

Mudar as mentes é mais eficiente que torturar os corpos (CASTELLS, 2017). O exercício da Cidadania Comunicativa revela-se contra o poder simbólico, permitindo a construção de novos espaços de poder. As molduras simbólicas, como a maioria das pessoas pensam sobre as normas e valores e como se relacionam com os bens simbólicos, só podem ser alteradas, se forem ressignificadas. O que passa pelo processo de autocomunicação, percepção da própria cidadania.

Referências

ARAGÃO, Malu. Tribuna do Ceará. Professora de Direito lança revista em quadrinhos sobre a Constituição Federal. Acostumada a “traduzir” a Constituição para seus alunos, Malu acredita que o excesso de termos técnicos dificulta a compreensão do documento. Disponível em: <https://tribunadoceara.com.br/noticias/educacao/professora-de-direito-lanca-revista-em-quadrinhos-sobre-a-constituicao-federal/>. Acesso em 22/09/2019.

CAPRINO, Monica.P. Educação midiática nas ONG´s brasileiras: experiências para a cidadania comunicativa. **C&S**. São Bernardo do Campo, v.38, no.3, p.245-269, set/dez.2016.

CITELLI, Adilson.O. **Comunicação e Educação**. A linguagem em movimento. São Paulo: Senac, 2004.

COSTA, Elisangela Rodrigues da. **Educomunicação e políticas públicas**: estudo comparativo de educação midiática entre as redes municipais de ensino do Rio de Janeiro e de São Paulo. 2018. Tese (Doutorado em Interfaces Sociais da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-03122018-144842/pt-br.php>>. Acesso em: 29.set.2019.

DEMO, Pedro. **Educar pela pesquisa**. Campinas: Autores Associados, 1997.

FREIRE, Paulo.. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

KAPLÚN, Mário. La comunicación popular e alternativa válida? **Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación**, nº.7. p.40-43,1983.

MACEDO, Madu. **Constituição em Miúdos**. Senado Federal em parceria com a Associação Brasileira das Escolas do Legislativo e de Contas – ABEL, e Câmara Municipal de Pouso Alegre-MG, Legislatura 2017-2020. Brasília-DF. 2019.

MALDONADO, Alberto, E.G. T. **A construção da cidadania científica como premissa de transformação sociocultural na contemporaneidade**. GT Comunicação e Cidadania do XX Encontro da Compôs na UFRGS, Porto Alegre, 14-17 junho 2011.

MARTÍN-BARBERO, JÉSUS. **Dos Meios às Mediações: Comunicação, Cultura e Hegemonia**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2003.

_____. **A comunicação na educação**. São Paulo: Contexto, 2014.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva, 2019.

MATA, Maria.Cristina. Comunicación, ciudadanía y poder. Pistas para pensar su articulación. **Diálogos de la Comunicación**, n.º. 64, p.65-76, 2002.

MINARDES, Karolina Alves de Matos. m.soundcloud.com. Professora de redação do oitavo ano, grava podcasting sobre Direito à Literatura, Videogames e Aula de Redação. Disponível em: <https://m.soundcloud.com/sala-de-aula>. Acesso em 03/09/2019.

NEVES, Felipe. Portal Jusbrasil. Jovem advogado cria projeto para ensinar Constituição em escolas públicas, foi premiado pela iniciativa de Barack Obama, o projeto abrange 500 alunos em seis escolas. Disponível em: <https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/430694287/jovem-advogado-cria-projeto-para-ensinar-constituicao-em-escolas-publicas>. Acesso em 29/09/2019.

SOARES, Ismar .O.. Educomunicação e Educação Midiática: vertentes históricas de aproximação entre Comunicação e Educação. **Comunicação e Educação**. Ano XIX, n.2, jul/dez 2014.

SÃO PAULO (Prefeitura). Portaria n.º 7991, de 13 de dezembro de 2016. Define normas complementares e procedimentos para a implementação do “Programa Imprensa Jovem”, e dá outras providências. **Diário Oficial do Município de São Paulo**, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integr_a.asp?alt=14122016P%20079912016SME>. Acesso em: 09 fev. 2018.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ORDEM IBERO-AMERICANA: MECANISMO DA CIDADANIA EM UMA ORDEM CONSTITUCIONAL

Clara Moreira Carvalho¹

Maria Aurora Medeiros de Lucena Costa²

RESUMO: Na esteira das transformações sociais, a Justiça Restaurativa vem ganhando considerável destaque como um meio colaborativo para integração dos sujeitos com vistas a uma pacificação social. Neste escopo, o presente estudo objetiva discutir de que maneira o desenvolvimento de políticas públicas para a criação e a manutenção de projetos com viés restaurativo contribui para um fortalecimento do indivíduo nas ordens constitucionais, em especial, dos Estados da Ordem Ibero-americana. Busca-se identificar as contribuições desse mecanismo jurídico-social para a formação de uma reflexão quanto à formação da Cidadania e suas consequências benéficas na resignificação de situações de conflito. Ressalta-se o incentivo que alguns estados ibero-americanos, especialmente o Brasil, vem exercendo para que tais projetos possam ser efetivamente colocados em prática. O diálogo constitucional, nesse sentido, possui relevância, uma vez que permite simultaneamente enfrentar problemas comuns de Direitos Humanos e promover, em um plano concreto, a integração ambicionada. A Justiça Restaurativa, assim, se realiza plenamente, uma vez que na sua própria constituição, na sua “genética”, tanto quanto nos seus reflexos, fica patente uma trajetória retilínea dirigida à comunhão de interesses o que, claramente, traz consigo potencialidades para a efetivação da Cidadania em seu amplo espectro garantista. Para realizar este trabalho, utilizou-se a revisão de literatura como metodologia, além do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que a mudança de paradigmas, no tocante a resolução e compreensão de conflitos, enseja - num plano de cooperação regional - a construção de uma cultura de paz alicerçada em ideais constitucionais e democráticos.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Direitos Humanos. Cidadania.

ABSTRACT: In the wake of social transformations, Restorative Justice has gained considerable prominence as a collaborative means for the integration of subjects with a view to social pacification. In this context, the present study aims to discuss how the development of public policies for the creation and maintenance of projects with restorative bias contributes to a strengthening of the individual in the constitutional orders, especially of the states of the Ibero-American Order. We seek to identify the contributions of this legal-social mechanism to the formation of a reflection on the formation of Citizenship and its beneficial consequences in the resignification of conflict situations. We highlight the incentive that some Ibero-American states, especially Brazil, have been exerting so that these projects can be effectively implemented. Constitutional dialogue, in this sense, has relevance, since it

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: clara.mcarvalho0410@gmail.com

² Mestranda em Direito Internacional dos Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação na Universidade Federal da Paraíba. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. E-mail: auroramedeiroslc@gmail.com

allows simultaneously to face common human rights problems and to promote, in a concrete plan, the desired integration. Restorative justice, thus, is fully realized, since in its own constitution, in its “genetics”, as well as in its reflexes, a rectilinear trajectory directed to the communion of interests is evident, which clearly brings potentialities for the effectiveness of Citizenship in its wide guarantee spectrum. To perform this work, the literature review was used as a methodology, as well as the deductive method and the bibliographic and documentary research techniques. It was concluded that the change of paradigms, with regard to conflict resolution and understanding, entails - in a regional cooperation plan - the construction of a culture of peace based on constitutional and democratic ideals.

Keywords: Restorative justice; Human Rights; Citizenship.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crescimento dos índices de violência não demonstra previsão de queda para os anos vindouros e o sistema retributivo tradicionalmente adotado, focado principalmente na punição do ofensor, apresenta claros sinais de incapacidade para, sozinho, coibir a prática de atos contrários à lei. Diante deste cenário, a justiça restaurativa surge como uma opção agregadora ao sistema de políticas comumente utilizado pelo Estado.

Embora o desenvolvimento da justiça restaurativa com as nomenclaturas e conceitos atualmente conhecidos tenha tido início entre as décadas de 1970 e 1980, as práticas restaurativas já podiam ser observadas na cultura de vários povos e em todos os continentes do globo: o ritual do *mato oput* comum na região norte de Uganda, as conferências familiares adotadas pelos Maori na Nova Zelândia, a *jirga* no Afeganistão e os círculos de sentença dos aborígenes do norte do Canadá são alguns desses exemplos.

Hodiernamente, pode-se definir a justiça restaurativa como um processo que envolve, o quanto for possível, aqueles que estejam imersos em um contexto de ofensa específica para que possam, de forma conjunta e solidária, identificar os danos, necessidades e obrigações, com o objetivo de buscar soluções capazes de restabelecer as relações atingidas pela ação do ofensor (Zehr, 2014).

A forma de aplicação varia conforme os casos e a cultura do local, pois não existe uma fórmula exata a ser utilizada pelos facilitadores que atuam na prática da justiça restaurativa. Contudo, embora não haja um procedimento uno e próprio para a aplicabilidade da justiça restaurativa, sempre há de ser observado o respeito aos princípios que a regem (Zehr, 2014).

Segundo Zehr (2014), quanto à prática da justiça restaurativa, devem ser observados os seguintes princípios: a) foco nos danos e, conseqüentemente, nas necessidades das vítimas,

comunidade e ofensores; b) abordar as obrigações que resultam desses danos; c) utilização de processos inclusivos e colaborativos; d) envolvimento dos sujeitos ligados à situação danosa, quais seja, vítimas, ofensores, membros da comunidade e sociedade; e) busca pela recomposição dos danos.

Neste escopo, ao tratar de prováveis soluções para a problemática em comento, busca-se trazer uma ideia de justiça restaurativa ligada aos ideais de democracia que é apoiada num conceito de uma esfera pública política para reforçar o conceito de cidadania. A percepção, a identificação e o tratamento do problema, surgem como uma arena de cuidados que a comunidade deve estar inserida para que haja a diminuição dos índices de violência ao mesmo passo que ofereça uma reintegração social.

Ato contínuo, será debatida a relação entre cooperação regional e justiça restaurativa para o fomento da ideia de uma cidadania integradora. Sinteticamente, o artigo em referência se propõe a analisar a justiça restaurativa como meio de legitimar o exercício da cidadania então mitigado pela atual conjuntura retributiva, que dificulta a ressocialização e obstaculiza os indivíduos a se reinserirem socialmente.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ESPAÇO IBEROAMERICANO

O sistema puramente retributivo focado na punição do indivíduo já vem recebendo críticas há séculos, tanto no ambiente acadêmico quanto fora dos muros das universidades. Autores influentes como Cesare Beccaria (2008) e mesmo Victor Hugo (2010) exerceram importantes papéis ao questionarem o sistema de persecução penal de seus países. No prefácio publicado em 1832 junto a obra “O último dia de um condenado”, Victor Hugo (2010, p. 174) já tecia severas críticas às leis penais da França, questionava a existência da pena capital e vislumbrava a necessidade de concomitante ressocialização dos apenados.

É preciso que a sociedade se vingue, que a sociedade puna. Nem uma coisa e nem outra. Se vingar é próprio do indivíduo, punir é de Deus. A sociedade está entre os dois. O castigo está acima dela, e a vingança abaixo. Nada de tão grande ou de tão pequeno lhe convém. Ela não deve “punir para se vingar”; ela deve corrigir para melhorar. (HUGO, 2010, p. 174)

Por sua vez, Beccaria (2008) condenava a eficácia das penas aplicadas na Itália e em boa parte da Europa, pois estas não seriam justas e nem estariam aptas a alcançar a utilidade delas esperada, qual seja punir o delinquente e evitar que outros sujeitos cometam a mesma espécie de violação posteriormente.

A busca por soluções alternativas para o enfrentamento da violência e responsabilização dos transgressores, conforme mencionado, é tão antiga quanto a própria história da humanidade. Inspirados por práticas tradicionais comuns a determinados povos, pesquisadores começaram a ponderar como tais técnicas poderiam ser incorporadas aos sistemas de resolução de conflitos ora em uso e deu-se início ao que hoje se entende por justiça restaurativa (ZEHR, 2014).

Pallamolla (2009) chama atenção para a necessidade de enquadramento dos programas de justiça restaurativa aos princípios básicos estabelecidos na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas. Em aspectos práticos significa que, ainda que os métodos de aplicação possam variar conforme a cultura e costumes do local, os princípios regentes são consideravelmente padronizados e atuam como ponto de partida para o desenvolvimento dos programas.

Num aspecto da proteção normativa internacional, as Regras Mínimas da ONU para Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing), as Regras Mínimas da ONU para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Diretrizes de Riad), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças são todos documentos internacionais que visam a proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes através, dentre outras coisas, da busca por soluções alternativas ao encarceramento.

Para Tiveron (2017), a aplicação da justiça restaurativa nos casos de cometimento de ato infracional cumpre com os objetivos almejados pelas medidas socioeducativas. Isto ocorreria em razão de os métodos restaurativos buscarem empoderar as partes, restabelecer os vínculos interpessoais dos sujeitos envolvidos e reconhecimento da responsabilidade por ter causado o dano.

Conforme mencionado em diversas oportunidades, a justiça restaurativa tem como uma de suas metas a responsabilização dos ofensores para restabelecimento dos vínculos com a sociedade a qual pertence, refletindo na reafirmação da sua cidadania.

A escolha pela implantação dos programas de justiça restaurativa começam por situações envolvendo crianças e adolescentes não é aleatória. Sabe-se que o jovem ainda está em fase de construção da sua identidade e esta condição torna mais provável sua recuperação e mudança de atitude se comparado a um adulto.

Tendo experiência com o trabalho voltado ao acompanhamento de jovens, Hopkins (2009) é bastante didática e clara ao explicar o reflexo positivo que a aplicação dos princípios restaurativos no processo de “religamento” entre o ofensor e a comunidade afetada. Segundo

a autora, a observância de valores como respeito, honestidade, comunicação não-violenta, intrinsecamente relacionados à justiça restaurativa auxiliam sobremaneira para a ocorrência de um diálogo proveitoso aos sujeitos envolvidos na violação.

No Brasil, a justiça restaurativa começou a ser aplicada em 2005 através dos projetos piloto no Distrito Federal, São Paulo e Rio Grande do Sul. A aplicabilidade desse modelo de justiça no Brasil culminou na edição da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na criação do Comitê Gestor da Justiça Restaurativa (Portaria n.º 91/2016) e na elaboração do Projeto de Lei n.º 7006/2006, que permanece em processo de tramitação na Câmara dos Deputados.

Outros países inseridos no espaço ibero-americano, a exemplo de Portugal, também apresentam projetos e normas de cunho restaurativo inseridas em suas jurisdições. Da experiência lusitana Soares e Carvalho (2017) destacam-se o projeto *Building Bridges*, o trabalho promovido pela Associação Portuguesa de Apoio às Vítimas (APAV) e a Lei de Mediação Penal (Lei n.º 21/2007) como exemplos de atuação em prol de uma cultura de paz através da maior utilização de práticas restaurativas em situações conflituosas.

Importante se faz ressaltar, de acordo com Teófilo e Braga (2013, p. 10), o impacto positivo que a justiça restaurativa promove no sistema judiciário e na educação em direitos humanos, pois entendem que aquela “tanto promove uma considerável redução de processos no ‘maquinário da justiça’, proporcionando sua celeridade, como também embute no infrator, vítima e sociedade a ciência dos direitos e deveres que cada um de nós temos e devemos cumprir enquanto cidadãos”.

Conforme ficará mais nítido ao longo do presente trabalho, ao possibilitar que cada sujeito envolvido em uma situação de conflito, quer sejam eles vítimas ou ofensores, reflita sobre o ocorrido, a justiça restaurativa colabora positivamente para que haja uma ressignificação do conflito e o entendimento de seu papel como cidadão.

3 O PAPEL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

São visíveis as disparidades na efetivação de políticas públicas que fortaleçam o conceito de cidadania em todos os países. Muitos países, ao verem o alastramento da problemática, buscam cultural e socialmente mecanismos para integralizar regras, leis e diretrizes que cominem em uma satisfatória resposta ao enfrentamento da violência.

Se entendermos a cultura (mais do que o mundo dos livros e das artes plásticas), conjunto de processos simbólicos através dos quais é entendido, reproduz e transforma a estrutura social. O que devemos investigar centralmente para conectar relações transnacionais, transculturais e culturas populares é como as mudanças político-econômicas se combinam com a reformulação das políticas culturais para promover uma nova cultura política, um novo sentido da vida social. (CANCLINI, 1989)

Isso implica dizer que é de obrigatoriedade do Estado, de maneira preferencial, formular e executar políticas públicas que possam consolidar a proteção integral mencionada, bem como, também de forma privilegiada, garantir o atendimento em favor de tal parcela da população. Nestes termos, Cury (2008) atenta que apoio e a proteção devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência também se aplica à família, à comunidade e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, deverá priorizar colocar entre seus objetivos a busca de um caráter restaurativo das relações eventualmente abaladas.

O círculo restaurativo já especificado anteriormente, ratifica a ideia de que a principal preocupação dos países e da comunidade local deve ser de políticas públicas integrativas e ressocializadoras que priorizem o bem-estar tanto de vítimas quanto de ofensores. A administração da justiça deve ser guiada por aparatos que possibilitem uma maior reintegração e apoio biopsicossocial, podendo a sociedade dessa forma, cumprir sua função social na erradicação dos comportamentos desviantes.

Nesta perspectiva, a relação entre cidadão e Estado-nação remete à relação entre cidadania e nacionalidade na medida em que, por meio de um conjunto de práticas políticas, sociais, culturais e econômicas, considera-se o "indivíduo como cidadão e membro de uma comunidade, apresentando como característica essencial a vontade de pertencer a essa coletividade" (MARSHALL, 1967, p. 14) e, nessa comunidade política, compartilhar crenças, língua, costumes, tradições, valores e identidade.

O reconhecimento normativo dos direitos individuais e de todos os aspectos condizentes a um fortalecimento da relação Estado-indivíduo-sociedade não se restringe apenas à proteção à vida, mas ao fomento de políticas sociais e setoriais que impliquem a consolidação principiológica e prática dessa primeira garantia protetiva. Neste escopo, a síntese cronológica da constituição dos direitos de cidadania desenvolvida por Marshall demarca que ela "é constituída por um conjunto de direitos formais, promulgados por lei e

implementados estabelecendo-se, uma relação entre Estado-indivíduo-sociedade no que concerne a direitos e obrigações" (MARSHALL, 1967, p. 14).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aos poucos a “troca de lentes” idealizada por Howard Zehr está sendo impulsionada. O crescimento no número de projetos em ação e da busca por regulação para aplicação dos meios restaurativos está ganhando espaço nas resoluções de conflitos envolvendo práticas danosas, notadamente atos ilícitos, proporcionando-nos uma alternativa ao sistema retributivo.

A intenção do presente trabalho não foi esgotar o tema, uma vez que se faz necessário haver ainda mais pesquisas dispostas a discuti-lo e enriquecer o debate. Os primeiros passos já foram dados, mas a caminhada para a plena consolidação da justiça restaurativa como prática comum pela sociedade, notadamente seus cidadãos, no âmbito dos Estados que compõem as nações ibero-americanas ainda não foi concluída.

Dessa forma, a presente análise evidencia que a alta complexidade política e social característica da problemática em comento enseja um intenso esforço que deve ser empregado pelos países que integram a Ordem Ibero-americana a fim de promover ações de justiça restaurativa como forma de efetivação da cidadania. Tais posturas evidenciam a necessidade da agregação contributiva à níveis locais e regionais na busca por novos olhares sobre implementação eficiente de políticas públicas capazes de construir a paz social para as gerações vindouras.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. Comitê quer difundir a Justiça Restaurativa e dar cumprimento à Política Nacional. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 13 de dez. de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88201-cnj-quer-difundir-a-justica-restaurativa-e-darcumprimento-a-politica-nacional>>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BRASIL. **PL n.º 7006/2006**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

_____. **PL 8045/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

_____. **Lei n.º 12.594 de 18 de janeiro de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Princípios Orientadores de Riad. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politicaexterna/PrincNacUniPrevDeliqJuv.html>>. CD: Brasília, 1990. Acesso em: 19 de maio de 2019.

CANCLINI, Nestor Garcia; Roncagliolo.(Editores). **Cultura transnacional y culturas populares.** São Paulo: ECA/USP. 1989.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Pequim. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>>. CNJ: Brasília, 2016. Acesso em: 18 de maio de 2019.

_____. **Resolução n.º 225 de 31/05/2016.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOPKINS, Belinda. **Just Care: restorative approaches to working with children in public care.** London: Jessica Kingsley Publishers, 2009.

HUGO, Victor. **O último dia de um condenado.** São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática.** 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SOARES, Jardel de Freitas; CARVALHO, Clara Moreira. Aplicação da justiça restaurativa: uma análise da experiência luso-brasileira. **Cadernos de Direito Actual,** Santiago de Compostela, n.º 7 Extraordinario, pp. 305-325, 2017. Disponível em: <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/231>>. Acesso em 05 ago. 2019)

TEÓFILO, Anna Mayra Araújo; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. Educação em direitos humanos e justiça restaurativa. **Revista Prima Facie,** João Pessoa, v. 12, n. 22, 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/19205>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2018.

TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. **Revista de Direito Internacional,** Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 151-167.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília: Trampolim, 2017.

ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice.** New York: Good Books, 2014.

ZEHR, Howard. **Trocando lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

50 ANOS DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E SUA EFETIVIDADE NA CRISE DOS MIGRANTES VENEZUELANOS

Jéssica Jane de Souza¹

RESUMO: Em 22 de novembro de 2019, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, completa seu quinquagésimo ano de existência, justamente no período que ocorre o histórico êxodo venezuelano com maior impacto na América latina, diariamente há notícias a respeito da crise migratória decorrente de perseguições políticas e verdadeira afronta aos Direitos Humanos por parte do Presidente da Venezuela. Os venezuelanos deixam seu país de origem por conta da crise política e econômica que se instalou no ano 2013 e piorou com o decorrer do tempo, as dificuldades e mazelas sofridas pelo povo, o fez migrar para países como Brasil, Colômbia, Estados Unidos, Guiana e outros, em busca de condições dignas de vida para si e para as crianças que sofrem muito com toda a situação. A presente pesquisa busca, então, responder se: Os países latino-americanos estão aptos para receber emigrantes? Houve alguma política pública voltada à recepção dos venezuelanos? Ante ao alto fluxo de deslocamento de venezuelanos, seus Direitos Humanos estão sendo respeitados? Assim, o presente trabalho analisa a migração venezuelana em países latino-americanos com um olhar crítico às medidas para recepção dos refugiados, sobretudo o respeito aos Direitos Humanos que deve ser garantido pelos países signatários do Pacto objeto de estudo. A metodologia utilizada no artigo é primordialmente bibliográfica, complementada por informações específicas referente ao aumento da migração nos últimos quatro anos e informações sobre a recepção ao povo venezuelano.

Palavras-chave: Crise Migratória; Direitos Humanos; Latino-americano.

RESUMEN: El 22 de noviembre de 2019, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Alianza de San José de Costa Rica, completa su quincuagésimo año de existencia, al igual que ocurre el histórico éxodo venezolano con el mayor impacto en América Latina, diariamente hay noticias. Sobre la crisis migratoria resultante de la persecución política y la verdadera afronta a los Derechos Humanos por parte del Presidente de Venezuela. Los venezolanos abandonan su país de origen debido a la crisis política y económica que comenzó en 2013 y que empeoró con el tiempo, las dificultades y dificultades que sufrió la gente, lo hicieron migrar a países como Brasil, Colombia, Estados Unidos, Guyana. y otros, en busca de condiciones de vida dignas para ellos y para los niños que sufren mucho por la situación. La presente investigación busca responder si: ¿Pueden los países latinoamericanos recibir emigrantes? ¿Hubo alguna política pública dirigida a la recepción de venezolanos? Dado el alto flujo del desplazamiento venezolano, ¿se respetan sus derechos humanos? Así, el presente trabajo analiza la migración venezolana en los países latinoamericanos con un ojo crítico sobre las medidas para la recepción de refugiados, especialmente el respeto a los Derechos Humanos que deben ser garantizados por los países firmantes del Pacto objeto de estudio. La metodología utilizada en el artículo es

¹ Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Daniel Ferreira. Pós-graduanda em Direito das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). Advogada. E-mail: jessicasouza.ctba@gmail.com

principalmente bibliográfica, complementada con información específica sobre el aumento de la migración en los últimos cuatro años e información sobre la recepción al pueblo venezolano.

Palabras clave: Crisis migratoria; Derechos humanos; Latino Americano.

INTRODUÇÃO

Diariamente são noticiadas as mazelas de uma das piores crises humanitárias dos últimos tempos em todo o mundo, a da Venezuela, na qual seus nacionais têm abandonado o país e tudo que conquistaram em busca de dignidade e refúgio em outros países

São milhões de venezuelanos que deixaram seu país por estarem expostos à fome, à sede, à falta de saneamento básico e atenção básica à saúde, constantes apagões de energia elétrica, sem mencionar o desemprego e o crescente índice de violência.

Todos os direitos dessa população estão sendo violados, a evasão já soma mais de quatro milhões de migrantes pela América, grande parte concentrada na América latina. É possível verificar por meio das notícias que circulam nos mais diversos jornais, que os países de fronteira têm sido a primeira opção para muitos por conta da distância para se percorrer a pé e muitas vezes com crianças nos braços, também pela facilidade na comunicação já que o idioma se torna uma facilidade na adaptação.

A presente pesquisa visa analisar como está sendo a recepção dos migrantes pelos países mais procurados entre eles o Brasil que ocupa a 7º posição no ranking dos destinos dos venezuelanos em busca de abrigo.

É compreensível que nenhum dos países estudados estejam preparados para dar refúgio e asilo para tantas pessoas, contudo, todos aderiram a Convenção Americana de Direito Humano – Pacto de São José da Costa Rica, e possuem obrigação de tratar com dignidade seus nacionais e os estrangeiros, visando garantir-lhes o necessário a sobrevivência e a preservação de suas vidas.

Os Estados contam com o auxílio da Organização das Nações Unidas (ONU) para cumprir adequadamente a missão de preservar a vida dos venezuelanos, como será exposto no decorrer do artigo algumas situações podem não condizer com os preceitos da mencionada Convenção Americana, mas é viável a análise do tema, pois em 22 de novembro de 2019 o documento completará 50 anos de existência e nunca foi tão importante dar garantia aos indivíduos que estão em desamparo em seu próprio país.

1. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E SEUS SIGNATÁRIOS

No dia 22 de novembro de 1969 na Conferência de São José da Costa Rica, restou aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seu texto reproduz em parte declarações de direitos já existentes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

No que se referem aos órgãos competentes para supervisionar o cumprimento de suas disposições, bem como para julgar os litígios que versem sobre Direitos Humanos, a Convenção se aproxima ao texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950².

Com o intuito de obter a adesão pelo Estados Unidos, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu que os direitos econômicos, sociais e culturais deveriam ser tratados em um Protocolo à parte, tal Protocolo entendido como adicional foi aprovado anos depois na Conferência Interamericana de São Salvador, precisamente em 17 de novembro de 1988.

Tanto as disposições da Convenção Americana, quanto as disposições do Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são inovações em relação a pactos já existente à época³. Apresentavam por exemplo, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para o ser humano, sua vigência é simultânea nos sistemas normativos nacionais e internacionais.

A Convenção Americana entrou em vigência no ano de 1978, sendo ratificada pelo Brasil apenas em 25 de setembro de 1992, todos os países que aceitaram a Convenção, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, devem adaptar as disposições do direito interno para o fim de respeitar o exercício dos direitos e liberdades mencionados no texto legal internacional⁴.

Dentre os Direitos a serem respeitados pelos países signatários da Convenção, há o Direito à vida, à integridade pessoal, proíbe-se a escravidão e a servidão, garante-se à liberdade pessoal, a indenização, a proteção da honra e da dignidade, a liberdade de religião,

² COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Seção26.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *idem*, 2019. Seção26.

⁴ ARTICULO 1.- OBLIGACION DE RESPETAR LOS DERECHOS. 1. Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Disponível em: <http://www.derechopenalared.com/legislacion/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em 02 de nov. de 2019

de expressão entre outros, o documento é composto por 81 artigos, incluindo disposições transitórias que estabelecem direitos fundamentais da pessoa humana.

Diversos países são signatários da Convenção, mas os artigo se limitará à análise da Colômbia que assinou em 1969 e ratificou em 1973, do Peru que assinou em 1977 e ratificou no ano seguinte, do Chile que assinou em 1969 e ratificou em 1990 e do Brasil que ratificou e aderiu em 1992⁵.

Todos os mencionados países reconhecem a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para analisar questões de aplicação e interpretação da Convenção. A Venezuela que foi o terceiro país a assinar e ratificar o Pacto de São José da Costa Rica, realizou sua denúncia em setembro do ano 2012, fato que enfraquece o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Talvez um dos motivos da Venezuela ter deixado de fazer parte da Convenção se dê pelo motivo da Corte Interamericana possuir competência para condenar países que violam direitos humanos, os fatos ocorridos nos anos subsequentes podem contribuir para tal entendimento⁶.

No próximo capítulo analisar-se-á o que houve na Venezuela para chegar na atual crise que de certa forma afeta toda a América.

2. CRISE NA VENEZUELA, POR QUÊ?

A crise na Venezuela pode ser considerada resultado de uma série de acontecimentos de ordem política, econômica e social.

No ano de 1999, o presidente Hugo Chávez chegou ao poder utilizando um discurso em defesa das classes menos favorecidas, ao mesmo tempo criticava a ação imperialista e opressora norte-americana nos países latinos, também prometia mudanças estruturais na Venezuela⁷.

Durante seu governo, Hugo Chávez conseguiu aprovação para uma nova Constituição e transformou seu país na República Bolivariana da Venezuela, também

⁵CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización dos Estado Americanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencio_Americana_Ratif.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

⁶ MARTUCELLI, Patrícia Nabuco. A denúncia venezuelana: um retrocesso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos? 02 de outubro de 2012. Mundorama. Disponível em: <https://mundorama.net/2012/10/02/a-denuncia-venezuelana-um-retrocesso-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-por-patricia-nabuco-martuscelli/>. Acesso em 02 de set. 2019

⁷ BELLINTANI, Adriana IOP. LIMA, Andreza de Melo. A política externa brasileira e a cooperação com a Venezuela. 2015, p. 13.

proporcionou a transformação do Parlamento de bicameral para unicameral, estabeleceu que os juízes deveriam ser eleitos, e enfraqueceu o sistema bipartidário⁸.

A Constituição do ano 2000 previu novas eleições com mandatos de 6 anos, sendo que Hugo Chávez se candidatou naquele ano e foi eleito por maioria no Congresso, consolidando o chavismo. O presidente não era bem aceito por seus opositores, pois não propunha embates políticos democráticos, visava apenas valorizar instituições como as Forças Armadas⁹.

Durante esse período o governo pautou sua economia na produção de petróleo, no início do ano 2003 houve uma paralização na comercialização e uma baixa no preço que refletiu em um alto índice de desemprego, aumento da violência e falta de desenvolvimento socioeconômico.

Com todo o ocorrido Hugo Chávez não enfraqueceu, pelo contrário ganhou maior apoio do povo e das forças armadas, além de possuir capital político suficiente para nacionalizar o petróleo. No ano de 2006 criou o Partido Socialista Unido da Venezuela, ocasião que ele é reeleito presidente da Venezuela por maioria dos votos e declara que seu principal objeto é guiar seu país rumo ao Socialismo do século XXI¹⁰.

De acordo com Marcelo Zero, antes do governo bolivariano entendido por muitos como cruel e ditatorial, a Venezuela era o país com a maior reserva de petróleo do mundo e cerca de 70% de sua população vivia abaixo da linha da pobreza, parte das pessoas estavam subnutridas e expostas a extrema pobreza¹¹.

Com a política voltada para os mais pobres, Hugo Chávez visava criar o chamado Estado de Bem-Estar Social, concedendo aposentadorias e pensões à terceira idade, investindo na saúde e na educação, com ampliação do acesso às universidades. Por diversas vezes tentaram tirá-lo do poder, mas todas as tentativas restaram infrutíferas.

Nas eleições parlamentares do ano 2011 houve uma queda na adesão do chavismo, a oposição ocupou parte significativa da Assembleia Nacional. Já na eleição presidencial de 2012, Hugo Chaves é reeleito pela terceira vez, mas deixa de assumir seu posto por conta de iniciar tratamento para o câncer que estava acometido, indicou assim, Nicolás Maduro como seu sucessor.

⁸ BASTOS, Julia Pedroni Batista. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Venezuela em crise: O que mudou com Maduro?. 2018, p. 6

⁹ BASTOS, Julia Pedroni Batista. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Idem. 2018, p.7

¹⁰ BASTOS, Julia Pedroni Batista. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Idem. 2018, p.7

¹¹ ZERO, Marcelo. Para entender a Venezuela. 2017, p. 6

Hugo Chávez faleceu em março de 2013, a Constituição vigente previa novas eleições até 30 dias após o óbito do Presidente, mas com apoio das Forças Armadas Nacional o vice-presidente assumiu o mais alto cargo do país, Nicolás Maduro sofreu duras críticas quanto a inconstitucionalidade de sua posse, inclusive, impugnações na Justiça que não lograram êxito por haver continuidade administrativa nos mandatos do ex-presidente, então falecido.

Como Hugo Chaves não tomou posse, para respeitar a Carta Magna e com forte opressão da oposição, Diosdado Cabello presidente da Assembleia tomou posse interinamente para realização de eleições que foram vencidas por Nicolás Maduro com uma pequena diferença no percentual dos votos¹².

A partir de então, o chavismo sem seu principal líder começou a ser atacado veementemente pela oposição radicalizada, entre os anos de 2013 a 2016 houve diversos embates iniciados pela direita que provocou a morte de ao menos 46 pessoas, sendo a maioria chavista ou pessoas sem filiação partidária, além dos danos ao patrimônio público¹³.

Ao mesmo tempo cresceu a onda de criminalidade, a inflação, o desemprego, o desabastecimento e outras mazelas que voltaram a afetar a população, sem saber o que fazer o povo venezuelano começou a sair de seu país e buscar refúgio em países de fronteira, pois a Venezuela vive à beira de uma guerra civil de proporções calamitosas.

RECEPTIVIDADE DOS PAÍSES LATINOS-AMERICANOS

Após a morte do presidente venezuelano Hugo Chávez e com as más condições as quais a população do país foi submetida, desde o ano 2013 diversas pessoas saíram do país e migraram para outros países, principalmente latinos de fronteira.

Segundo dados da *Regional Inter-Agency Coordination Platform* até 5 de setembro de 2019, aproximadamente 4.307.930 venezuelanos deixaram seu país de origem em busca de refúgio e asilo, tais dados são informados pelos países anfitriões e nem todas as pessoas já estão com os documentos regulares¹⁴.

Entre os países mais procurados estão a Colômbia com 676.093 migrantes, o Peru com 466.956 e o Chile com 325.025, sendo que o Brasil ocupa a sétima posição do ranking tendo até 09 de agosto de 2019 aproximadamente 74.860 venezuelanos com visto temporário e definitivo, todos os dados foram atualizados entre fevereiro e agosto de 2019, no Brasil o número de solicitações de refúgio supera a casa dos cem mil.

¹² BASTOS, Julia Pedroni Batista. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. Idem. 2018, p.10

¹³ ZERO, Marcelo. 2017. p.10

¹⁴Plataforma informada pela ONU no Relatório Migração em Números: <https://data2.unhcr.org/en/situations/platform>. Acesso em 28 de set. 2019.

A presente pesquisa se limitará a análise de como os mencionados países reagiram a migração em massa, considerando que todos são signatários do Pacto de São José da Costa, pretende-se analisar se eles estão respeitando os Direitos Humanos do povo venezuelano e quais medidas foram tomadas em prol da organização migratória.

Inicialmente, a Colômbia abriu o chamado Centro de Serviços temporários na cidade de Cúcuta para receber os refugiados venezuelanos, no local tem alojamento para que as pessoas passem até 48 horas, a administração é realizada pela Santa Cruz e pela Agência das Nações Unidas para as Migrações, são realizados atendimentos médicos e fornecida alimentação¹⁵.

O governo colombiano também promove a capacitação e conscientização de sua população local, para melhor acolher o migrante e evitar a xenofobia¹⁶. Em que pese o despreparo e o número alarmante de pessoas adentrando ao país, a Colômbia tem se mostrado solidária aos migrantes, no passado a Venezuela fez o mesmo pelos colombianos, tal país também passa por uma crise econômica que assola boa parte dos América latina, mesmo assim, não fechou suas portas, pelo contrário recebe a todos e busca meio de controlar o fluxo e minimizar as dores daqueles que deixam seu lar em busca de dignidade.

Atualmente a Colômbia enfrenta e tenta resolver outra questão, cerca de 20 mil bebês de mão migrantes não possuem registro de nascimento e são considerados apátrias, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) orienta que a o país tome medidas urgentes para que as crianças sejam amparadas de alguma forma, já que nem atendimento médico podem receber por não possuir documentos¹⁷.

No Peru há uma sede principal das migrações que funciona 24 horas com procedimentos para autorização de residência temporária e atende em média 2 mil migrantes por dia. O requisito para permanecer no país é a Permissão de Permanência Temporária (PTP), para que o migrante consiga fixar residência e trabalhar pelo período de um ano¹⁸.

Os venezuelanos se juntam aos peruanos nos trabalhos da economia informal, cerca de 60% da população do Peru trabalha nos chamados subempregos, mas o país tem

¹⁵ ADGHIMI, Samy; ROSATI, Andrew; BRISTOW, Matthew. Colombia abre campo de refugiados para venezuelanos em fugas. 06 de fev. de 2018. Acesso em: 02 de setembro de 2019

¹⁶ GOUSSINSKY, Eugenio. Colômbia recebe cerca de 10 vezes mais venezuelanos que o Brasil. 14 de abr. de 2018. Acesso em 02 de setembro de 2019

¹⁷ MIRANDA, Boris. Crise na Venezuela: o drama de milhares de bebês sem nacionalidade nascidos na Colômbia. 16 de jun. 2019. Acesso em: 02 de setembro de 2019

¹⁸ FOWKS, Jaqueline. Peru, oprimido pela migração venezuelana. 29 de jun. 2018. Disponível em: https://elpais.com/internacional/2018/06/29/america/1530231474_447688.html. Acesso em: 02 de set. 2019

revalidado os diplomas daqueles migrantes que possuem nível superior de escolaridade e os distribuem pelo país, o êxodo para o Peru possui dois viés, um ligado a adaptação para receber o alto número de pessoas, o outro ligado a economia com maior número de pessoas trabalhando e por consequência pagando imposto que refletem positivamente para a todos, nacionais e estrangeiros.

No Chile para tentar controlar o fluxo migratório as autoridades passaram a exigir visto, fato que culminou para condições ruins vivenciadas pelos venezuelanos, estes ficam retidos sem conseguir entrar no país, a situação é considerada grave, sem água, sem comida e acesso a sanitários¹⁹.

Inicialmente o governo chileno era mais flexível, mas com o aumento da migração passou a exigir o chamado visto de responsabilidade democrática, para permanência de 12 meses no país, sendo permitido trabalhar durante esse período. Por receber migrantes da Venezuela e do Haiti, o Chile busca controlar o fluxo, mas tem dificuldades em respeitar a dignidade dos migrantes desde o primeiro dia que pisam nas fronteiras do país. As entidades da ONU tentam orientar as ações no sentido de minimizar o sofrimento dos venezuelanos, o Chile tende a ser menos procurado, ante ao descaso com parte dos migrantes.

Já no Brasil os migrantes entram pela cidade Roraima, o Estado chegou a decretar estado de emergência social, as pessoas estavam submetidas a condições sub-humanas, nem mesmo as autoridades locais sabiam como reagir ante a quantidade de pessoas chegando ao país, houve denuncia de situações de abusos e desrespeito aos Direitos Trabalhistas e Humanos²⁰, seguida de interferência da Defensoria Pública da União e Ministério Público Federal, já que a pretensão das autoridades municipais era deportar ilegalmente os estrangeiros, após liminar concedida pelo Poder Judiciário a situação foi contornada.

O governo federal busca prestar apoio às cidades que mais recebem migrantes, para tanto criou uma cartilha destinada aos venezuelanos para que eles tenham conhecimento de seus direitos no país, canais de denúncia, entre outras informações primordiais.

De modo geral, os países demonstram dificuldades para receber um grande número de migrantes, em contrapartida tentam se adequar à nova realidade com intuito de respeitar os direitos humanos do povo venezuelano e concede-lhes dignidade, interessante é a análise de toda a situação, pois em grande partes das notícias analisadas há relatos de migrantes, mas

¹⁹ MUNOZ, Ignacio. Centenas de venezuelanos retidos na fronteira norte do Chile. MSN Notícias. 28 de jun de 2019. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/mundo/centenas-de-venezuelanos-retidos-na-fronteira-no-norte-do-chile/ar-AADzzhp#page=2>. Acesso em: 02 de set. 2019

²⁰ HENRIQUE, Gabriela. Refugiados Venezuelanos no Brasil. 17 de jun. 2018. Disponível em: <https://falauniversidades.com.br/refugiados-venezuelanos-brasil/>. Acesso em 03 de setembro de 2019

difícilmente reclamam, pelo contrário, sentem-se gratos e ter ao menos um prato de refeição nos países que lhes acolhem.

CONCLUSÕES

Os cinquenta anos da existência da Convenção Americana de Direitos Humanos representa uma conquista para todo cidadão americano, pois possibilita que seus direitos mais básicos e inerentes a vida, sejam preservados e garantidos pelos governantes.

A situação da Venezuela é alarmante e assustadora, ninguém estava preparado para enfrentar a crise da migração, nem os países e nem os próprios venezuelanos que deixam toda sua história para trás e buscam um recomeço.

A crise dentro do mencionado país cresceu consideravelmente desde 2013, seu início está ligado a questões políticas e econômicas. Um governo com nuances ditatoriais parecia bom, mas a longo prazo se mostrou insuficiente e pouco preocupado com a população. O tema ajuda a entender a importância da coalizão nas grandes democracias, pois os problemas enfrentados por Nicolás Maduro poderiam ser minimizados se ele possuísse um bom relacionamento com a oposição, pelo menos uma relação de respeito.

Verifica-se por meio das notícias vinculadas nas mídias nacionais e internacionais, que os países até feriram alguns direitos humanos, mas por desespero em não saber o que fazer para dar abrigo a tantas pessoas, nenhum dos países estudados cometeu atos como o país origem dos migrantes, todos buscam se adaptar e encontrar soluções para ajudar os venezuelanos. A intervenção da ONU se mostra de relevante importância na garantia dos direitos e no cumprimento dos ditames da Convenção, pois nem todos parecem ter bom senso em acolher aqueles que em situação de desespero solicitam ajuda.

Toda essa situação parece estar longe de acabar, uma esperança seria a renovação do presidente, já que o mandato de Nicolás Maduro se finda em 2019 e completa-se 10 anos de governo por um mesmo partido político.

REFERÊNCIAS

ADGHIMI, Samy; ROSATI, Andrew; BRISTOW, Matthew. Colombia abre campo de refugiados para venezuelanos em fugas. **UOL**. 06 de fev. de 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2018/02/06/colombia-abre-campo-de-refugiados-para-venezuelanos-em-fuga.htm> Acesso em: 02 de setembro de 2019

BASTOS, Julia Pedroni Batista. OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. **Venezuela em crise: O que mudou com Maduro?**. Derecho y Cambio Social. 2018. Disponível em:

https://www.derechocambiosocial.com/revista052/VENEZUELA_EM_CRISE.pdf.

Acesso em: 2 set. 2019.

BELLINTANI, Adriana IOP. LIMA, Andreza de Melo. **A política externa brasileira e a cooperação com a Venezuela**. Revista labirinto, ano XV, vol.23 (jul-dez), 2015, PP. 6-21. Disponível em:

<http://www.periodicos.unir.br/index.php/LABIRINTO/article/view/1500/1497>. Acesso em: 02 de set. 2019.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.derechopenalened.com/legislacion/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em 29 de set. 2019.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Organização dos Estado Americanos. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm.

Acesso em: 29 de setembro de 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em:

https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=q1uGDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=direitos+humanos&ots=4ydoXjb89p&sig=WOzGkBUB8VzYZ2auo-oPvLXvHQA&redir_esc=y#v=onepage&q=conven%C3%A7%C3%A3o%20americana&f=false. Acesso em 29 de setembro de 2019.

FOWKS, Jaqueline. Peru, oprimido pela migração venezuelana. **EL País**. 29 de jun. 2018. Disponível em:

https://elpais.com/internacional/2018/06/29/america/1530231474_447688.html. Acesso em: 02 de set. 2019

GOUSSINSKY, Eugenio. Colômbia recebe cerca de 10 vezes mais venezuelanos que o Brasil. **Notícias R7**. 14 de abr. de 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/nosso-mundo/colombia-recebe-cerca-de-10-vezes-mais-venezuelanos-que-o-brasil-06062018>. Acesso em 02 de setembro de 2019

MARTUCELLI, Patrícia Nabuco. A denúncia venezuelana: um retrocesso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos? **Mundorama**, 02 de outubro de 2012. Disponível em: <https://mundorama.net/2012/10/02/a-denuncia-venezuelana-um-retrocesso-no-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-por-patricia-nabuco-martuscelli/>. Acesso em 02 de set. 2019

MIRANDA, Boris. Crise na Venezuela: o drama de milhares de bebês sem nacionalidade nascidos na Colômbia. **BBC**. Colômbia, jun de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48637575>. Acesso em: 02 de setembro de 2019

MUNOZ, Ignacio. Centenas de venezuelanos retidos na fronteira norte do Chile. **MSN Notícias**. 28 de jun de 2019. Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/mundo/centenas-de-venezuelanos-retidos-na-fronteira-no-norte-do-chile/ar-AAADzzhp?page=2>. Acesso em: 02 de set. 2019

PIOVESAN, Flavia; DE FREITAS, Daniel Castanha. **O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 205-225, jun. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11843/7331>. Acesso em: 2 set. 2019.

ZERO, Marcelo. **Para entender a Venezuela**. **Carta Capital** [online], São Paulo, 10 ago. 2017. Disponível em: <https://ptnosenado.org.br/wp/wp-content/uploads/2017/08/Para-entender-a-Venezuela.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

DA LOUCURA À DIGNIDADE: O CASO DAMIÃO XIMENES E A MUDANÇA DE PERSPECTIVA NO TRATAMENTO DISPENSADO AO DEFICIENTE MENTAL

Carolina Heloisa Guchel Berri¹

Bruno Thiago Krieger²

Resumo: O presente estudo objetiva analisar a mudança de perspectiva no tratamento do deficiente mental pelo Estado brasileiro, tendo como marco temporal a condenação do Brasil junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damiano Ximenes. Referido caso foi paradigmático para o reconhecimento da necessidade de políticas públicas que socorram os deficientes mentais, apontando uma possibilidade, ainda que política, de alteração da postura do Brasil quanto ao acatamento das decisões das Cortes internacionais de proteção aos direitos humanos. Pretende-se demonstrar os desafios da própria legislação pátria em relação ao reconhecimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma de efetividade imediata e fundamental, mormente diante da introdução da emenda constitucional nº 45/2004, em especial no que se refere ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que reforçou essa dificuldade. Outrossim, também almeja esse estudo trazer à lume a visibilidade que o caso Damiano Ximenes emprestou ao tratamento dispensado pelo Estado aos deficientes mentais, a partir de uma grande reformulação legislativa na temática. Para tanto, inicialmente, traz-se à análise a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, com a necessária crítica ao entendimento atual do Supremo Tribunal Federal. Ato contínuo, analisa-se o caso Damiano Ximenes e seu impacto no direito pátrio, mormente sua influência às alterações legislativas que modificaram o tratamento de saúde pública ao deficiente mental, focando nas alterações mais relevantes ocorridas, as quais poderiam ter sido implementadas a partir da adoção de preceitos contidos nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, se fossem esses tratados reconhecidos como norma de status constitucional, independentemente do trâmite legislativo e votação especial determinada pela emenda constitucional nº 45/2004.

¹ Mestranda em Direito com área de concentração em Poder, Estado e Jurisdição no Centro Universitário Internacional (UNINTER), tendo como título provisório da dissertação “As Supremas Cortes do Brasil e dos Estados Unidos e os seus sistemas comparados de precedentes”. Bolsista Integral do Programa de Pós-graduação em Direito stricto sensu da UNINTER. Membro do grupo de pesquisa “Tripartição de Poderes e Nova Ordem Mundial”. Graduada em *Intensive Legal English* pela Universidade da Califórnia. Pós-Graduada em Direito Médico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professora. Advogada. E-mail: carolberri@gmail.com.

² Mestrando em Direito com área de concentração em Poder, Estado e Jurisdição na UNINTER, tendo como título provisório da dissertação “Constitucionalismo e democracia: uma análise sobre o modelo brasileiro”. Bolsista Integral do Programa de Pós-graduação em Direito stricto sensu da UNINTER. Membro do grupo de pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo judiciário e o campo político e a apropriação do Direito como recurso de luta política”. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado e Sócio do escritório Krieger, Ramos, Moreira & Ribas Sociedade de Advogados. E-mail: bruno@kmmr.adv.br.

Palavras-chave: Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Deficiente Mental.

Abstract: This study aims to analyze the change of perspective in the treatment of the mental disabled by the Brazilian State, having as a temporal landmark the condemnation of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights in the *Damião Ximenes* case. This case was paradigmatic for recognizing the need for public policies that help the mental disabled, pointing to a possibility, albeit a political one, of changing Brazil's stance on complying with the decisions of the international courts to protect human rights. The aim is to demonstrate the challenges of the country's own legislation in relation to the recognition of international treaties on human rights as a rule of immediate and fundamental effectiveness, especially in view of the introduction of constitutional amendment 45/2004, in particular with regard to paragraph 3 of article 5 of the Federal Constitution, which reinforced this difficulty. Moreover, this study also aims to bring to light the visibility that the case *Damião Ximenes* lent to the treatment given by the state to the mental disabled, based on a major legislative reformulation on the subject. To this end, the normative hierarchy of international human rights treaties is brought to the analysis, with the necessary criticism of the current understanding of the Federal Supreme Court. Then, *Damião Ximenes* case is analyzed and its impact on the country law, especially its influence on the legislative changes in the public health treatment to the mental disabled, focusing on the most relevant changes that could have been implemented from adoption of precepts contained in the international human rights treaties to which Brazil is a signatory, if those treaties were recognized as a norm of constitutional status, regardless of the legislative process and special vote determined by constitutional amendment 45/2004.

Keywords: International Human Rights Treaties. Inter-American Court of Human Rights. Mental Disabled.

1. Introdução

Loucos! Assim que os deficientes mentais eram vistos no Brasil, enviados a hospícios, condenados ao isolamento e nestes lugares maltratados, inclusive alguns torturados, sem qualquer lastro e sob uma penumbrosa omissão estatal. Este, também, foi o lamentável destino de *Damião Ximenes*.

Neste estudo, pretende-se, primeiramente, defender uma supremacia dos Direitos Humanos, reconhecendo estes, inclusive, acima da Constituição Federal, como limites intrínsecos ao conteúdo desta.

Posteriormente, procede-se uma análise do julgamento do caso *Damião Ximenes* perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, delineando o suporte fático e o julgamento condenatório ao Brasil.

Por fim, intenta-se demonstrar as alterações legislativas no âmbito de proteção das pessoas com deficiência, após o caso *Damião Ximenes*.

2. Da supremacia dos Direitos Humanos

É necessário entender a soberania dos Estados nacionais, uma vez que se pretende discutir a relativização desta soberania perante Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

O primeiro documento que traz o reconhecimento das soberanias dos Estados-Nação é o Tratado de Paz de Westphalia, de 1648 (MALISKA, 2013: 116).

Para Jorge Miranda (2015: 124), a soberania, o poder político, no Estado Moderno, não se apresenta de modo isolado e fechado, mas deve permitir a coexistência dos Estados, de modo que o princípio da soberania é apontado como forma de reconhecimento e respeito à existência dos demais Estados.

Nos dizeres de Dalmio de Abreu Dallari (2007: 91):

[...] a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica. É obvio que a afirmação de soberania, no sentido de independência, se apoia no poder de fato que tenha o Estado, de fazer prevalecer sua vontade dentro de seus limites jurisdicionais. A conceituação jurídica de soberania, no entanto, considera irrelevante, em princípio, o potencial de força material, uma vez que se baseia na igualdade jurídica dos Estados e pressupõe o respeito recíproco, como regra de convivência. Neste caso, a prevalência da vontade de um Estado mais forte, nos limites da jurisdição de um mais fraco, é sempre um ato irregular, antijurídico, configurando uma violação de soberania, passível de sanções jurídicas. E mesmo que tais sanções não possam ser aplicadas imediatamente, por deficiência de meios materiais, o caráter antijurídico da violação permanece, podendo servir de base a futuras reivindicações bem como à obtenção de solidariedade de outros Estados.

Para tanto é necessário recordar a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), pois como explica Schioppa (2014: 477-478), foi a tragédia da Primeira Guerra Mundial que começou a demonstrar a necessidade de um pacto mundial pela paz, quando então surgiu a Sociedade das Nações, que começara a se desenhar como um projeto, ainda embrionário do que seria a ONU, no entanto, o fracasso dessa instituição foi demonstrada com a ocorrência da Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, com todo o espanto causado pela Segunda Guerra Mundial, as principais potências mundiais iniciaram o projeto de configuração da ONU.

Essa tutela internacional da relação dos Estados com os seus nacionais ou mesmo estrangeiros, que é o que aqui se pretende defender, acaba por relativizar o conceito de soberania outrora existente, isto porque, a violação de Direitos Humanos permitiria a comunidade internacional intervir na política nacional do Estado infrator (PIOVESAN, 2000: 93-96).

É bem verdade que esta concepção, da existência de uma Constituição Global, em defesa dos Direitos Humanos, não é sequer reconhecida por todos os países e Tribunais. Servem de exemplo as decisões do Supremo Tribunal Federal no HC 96772/2009 e na ADI 1480/1997, em que classificam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos como normas supralegais, ou seja, abaixo da Constituição Federal. Já no plano legislativo, a única possibilidade de se dirigir aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos um status constitucional é a disposição contida na Emenda Constitucional 45/2004, que deu redação ao §3º do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que Tratados Internacionais versando sobre Direitos Humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

Luigi Ferrajoli (2015: 191-193) irá apontar como sendo um dos grandes desafios do constitucionalismo contemporâneo o desenvolvimento de um constitucionalismo supranacional, isto porque, as relações econômicas e de mercados se dão atualmente além das fronteiras, de modo que é importante que o Direito retome o seu protagonismo, a fim de que a humanidade não veja, em razão deste liberalismo econômico desenfreado, o retrocesso no que tange às conquistas civilizatórias.

Alexandre Coutinho Pagliarini (2005: 197-198) irá defender que o reconhecimento da transnacionalização constitucional não é o rendimento ao capitalismo liberal desenfreado, muito pelo contrário, “é o uso da via política para a colocação das comunidades políticas no mesmo patamar alcançado pelo desenvolvimento econômico transnacional, controlando-o,

Da Loucura À Dignidade: O Caso Damião Ximenes e a Mudança de Perspectiva no Tratamento Dispensado ao Deficiente Mental

a fim de que sejam reeditadas as garantias dos Direitos Individuais e dos Direitos Sociais numa constelação cosmopolitana e pós-nacional”.

Em uma concepção monista do Direito, deve-se compreender o Direito Internacional como parte de uma norma jurídica universal em que as ordens jurídicas nacionais, igualmente, fazem parte. De modo que é o Direito Internacional que valida a existência de diversas ordens jurídicas nacionais, pois ele é limitador de validade territorial, pessoal e temporal, estabelecendo, ainda, uma restrição na esfera material de validade dos direitos nacionais; do contrário, seria possível uma regulamentação arbitrária de conteúdo por parte dos Estados Nacionais (KELSEN, 2005: 515-516).

Em contraponto, em uma concepção dualista do Direito, que é a corrente majoritária, entende que o Direito Internacional e o Direito Nacional são esferas distintas, que convivem mutuamente, de forma independente, com regulamentação de matérias diversas, fontes diversas, aplicação diversas, ou seja, não haveria um conflito entre normas de Direito Internacional e Direito Nacional (KELSEN, 2005: 516-517). Nesta concepção de Direito, as normas de Direito Internacional seriam inferiores às normas constitucionais.

É importante destacar que, ainda, dentro destes modelos, monista e dualista, existem potências diferentes, alguns com entendimentos mais moderados, outros com entendimentos mais radicais, o que não será aprofundado neste artigo pela brevidade necessária ao mesmo.

Dentro destas concepções, o que se defende é que o modelo mais adequado de se compreender o Direito é a partir da visão monista, com a compreensão de que há apenas um único ordenamento jurídico existente, o qual contempla tanto as normas de Direito Internacional, quanto as normas de Direito Nacional, as quais tem dever de complementação.

É importante destacar que entender desta forma permite defender a existência de uma democracia global, em que os países atuam conjuntamente, por meio de seus representantes legítimos, a partir das normas locais que definiram a forma com que estes chegam ao poder, na construção de um Direito Internacional, que busca estabelecer algumas restrições à soberania de cada Estado, razão pela qual trabalha-se uma nova forma de se compreender a soberania dos Estados Nacionais, uma vez que estas tornaram-se relativas no atual contexto de globalização.

A defesa desta democracia global enseja a análise do Direito com a visão de que alguns pontos já foram compreendidos pela humanidade como inegociáveis, que é o caso, principalmente, dos Direitos Humanos. Os valores explícitos na Declaração Universal dos

Direitos Humanos devem ser compreendidos como normas superiores aos ordenamentos jurídicos nacionais, configurando-se como verdadeiros limites aos Poderes Constituintes Originários.

Obviamente, é importante que se destaque, que para produzir efeitos é necessário que o país seja signatário do Tratado ou Convenção Internacional, não podendo impor um determinado conteúdo ao país que não é signatário, em razão deste configurar verdadeira infração ao reconhecimento do princípio da autodeterminação dos povos.

3. O caso Damião Ximenes

Damião Ximenes Lopes, com 30 anos de idade na data de 4 de outubro de 1999, paciente espancado e morto em uma clínica psiquiátrica credenciada ao sistema único de saúde – Casa de Repouso Guararapes – em Sobral/Ceará.

Tal lamentável e drástico acontecimento se deu em um local especializado na saúde mental que deveria fornecer ao paciente o máximo cuidado e atenção, além do devido tratamento de saúde.

Cabe retratar que no ano de 1995 Damião já havia sido internado no local por dois meses devido à deficiência mental que possuía, e já naquela oportunidade regressou ao seu lar com feridas nos joelhos e tornozelos, indicando ter sido vítima de violência, mas sem atenção, pois a Casa informou aos familiares que os ferimentos decorriam de uma tentativa de fuga, versão que levou crédito à época.

A sua segunda internação na Casa se deu em 1º de outubro de 1999, pelo sistema único de saúde, devido a uma crise apresentada, adentrando em perfeitas condições físicas. No dia seguinte, nenhuma intercorrência e nenhuma medicação prescrita. Já no dia 03, consta crise de agressividade e desorientação, tendo sido retirado do banheiro à força por funcionários e pacientes da Casa, foi medicado, teve nova crise à noite e foi contido novamente. No dia 04, quando sua mãe foi lhe visitar, Damião apresentava-se com muito sangue, hematomas, roupas rasgadas, extremamente sujo, amarrado, com dificuldade de respirar, agozinando. Sua mãe pediu atendimento médico imediatamente, pela situação presenciada, recorrendo ao diretor clínico e médico do local, que apenas receitou remédios e saiu do local, deixando a Casa sem médico algum. O falecimento se deu aproximadamente duas horas após a medicação, em circunstâncias violentas. O médico da Casa não ordenou sequer necropsia, indicando no óbito apenas parada cardiorrespiratória.

Da Loucura À Dignidade: O Caso Damião Ximenes e a Mudança de Perspectiva no Tratamento Dispensado ao Deficiente Mental

A família de Damião, indignada com o ocorrido, iniciou sua luta para buscar justiça e conseguiu provar o degradante tratamento dispensado pelo sistema único de saúde a Damião, sendo inclusive atestado por posterior necrópsia que seu corpo sofreu diversos golpes, apresentando escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho, dentre outros ferimentos.

Diante da inércia do Estado brasileiro na condução das investigações, os familiares de Damião peticionaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que admitiu o processamento do caso e iniciou os trâmites de solução amistosa, relatando violações à Convenção Americana de Direitos Humanos e indicando medidas a serem implementadas pelo Brasil, o qual solicitou prorrogação atrás de prorrogação, motivo pelo qual foi levado o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A sentença de 4 de julho de 2006 da Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Damião Ximenes Lopes v. Brasil, com a composição de Sergio García Ramírez (Presidente), Alirio Abreu Burelli (Vice-Presidente), Antônio Augusto Cançado Trindade (Juiz), Cecilia Medina Quiroga (Juíza), Manuel E. Ventura Robles (Juiz) e Diego García-Sayán (Juiz). Brasil foi condenado, de forma unânime, pela violação aos artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos pois desrespeitou o direito à vida e o direito à integridade corporal em relação a Damião Ximenes Lopes; pela violação ao artigo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo desrespeito ao direito à integridade pessoal quanto aos familiares de Damião Ximenes Lopes (Albertina Viana Lopes, Irene Ximenes Lopes Miranda, Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes); pela violação aos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos pela transgressão ao direito às garantias judiciais, quanto aos familiares de Damião Ximenes Lopes (Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda) (CIDH, 2006).

De forma mais prática, a condenação determinou ao Brasil determinadas condutas, quais sejam, garantia de prazo razoável à devida investigação e sanção aos responsáveis pelos fatos ocorridos; publicação no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional de parte da sentença da Corte; desenvolvimento de programa de formação e capacitação para a equipe de médicos, psiquiatria, psicologia, enfermagem e demais atuantes no atendimento de saúde mental, em especial no trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais e dispostos na sentença; pagamento de indenização por dano material aos familiares Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e indenização por dano imaterial aos familiares Albertina Viana Lopes, Irene Ximenes Lopes Miranda,

Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, pagamento de custas e gastos havidos com o processo internacional à Albertina Viana Lopes; além de apresentação à Corte de relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento (CIDH, 2006).

A referida sentença de mérito foi a primeira da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, sendo motivo de aplausos para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nas palavras de Cançado Trindade, em seu voto concorrente no caso: "[...] Não obstante, ainda que privado da felicidade, e abandonado ao acaso [...], o ser humano não pode abandonar a luta pela justiça, enquanto mantiver a capacidade de indignação" (CIDH, 2006).

O caso foi paradigmático para o reconhecimento da necessidade de políticas públicas que socorram e tratem de forma digna os deficientes mentais, além de trazer a respeito da duração razoável do processo, apontando uma possibilidade, ainda que política, de alteração da postura do Brasil quanto ao acatamento das decisões das Cortes internacionais de proteção aos direitos humanos – que por vezes há resistência.

4. O impacto do caso Damião Ximenes na ordem interna

Em que pese a resistência no reconhecimento jurídico constitucional dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, houve algumas mudanças no direito pátrio após o caso Damião Ximenes, mormente sua influência às alterações legislativas que modificaram o tratamento de saúde pública ao deficiente mental.

A primeira dessas grandes mudanças foi introduzida pela Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, alterando consideravelmente o modo de tratamento, no âmbito da saúde pública, dos deficientes mentais.

Outra reação brasileira de extrema importância, o Decreto nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007. Importância, além de seu conteúdo, que abrange pessoas com deficiências de modo amplo, abarcando todas as deficiências, sejam físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, é a forma de como essa convenção internacional foi recepcionada pelo Brasil; como verificado supra, o único modo atualmente de o Brasil recepcionar um Tratado Internacional sobre Direitos Humanos com status de emenda constitucional é através da votação especial constante no artigo 5º, § 3º, da

Da Loucura À Dignidade: O Caso Damião Ximenes e a Mudança de Perspectiva no Tratamento Dispensado ao Deficiente Mental

Constituição Federal (EC nº 45/2004), e foi assim que essa convenção foi recepcionada, ganhando força e hierarquia constitucional.

Mais uma alteração deveras relevante é a implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), a qual instituiu algumas alterações e inovações consideráveis como, por exemplo, a curatela compartilhada, em que duas pessoas podem ser responsáveis pelo auxílio dado a essas pessoas. Ainda, trouxe o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, em que é, conforme artigo 1.783-A do Código Civil, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, “o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”. O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe maior autonomia às pessoas com deficiência, permitindo que estas tenham a máxima autonomia possível, recebendo auxílio, tão somente, quando for extremamente necessário.

Por fim, também recepcionado pela votação especial do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, o Decreto nº 9.522/2018, que promulga o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, firmado em Marraqueche em 27 de junho de 2013.

Deste modo, é possível perceber que por outros meios, no caso alterações legislativas, o caso Damião Ximenes certamente teve grande relevância e propulsionou a mudança do tratamento das pessoas com deficiências no Brasil.

Apesar desse claro avanço do Estado brasileiro, verifica-se o contrassenso na recepção pelo Brasil dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, tanto pelo entendimento atual do STF quanto pela redação dada pela EC nº 45/2004, não sendo crível somente a partir do ano 2004 e com votação especial um Ato Internacional sobre Direitos Humanos ter a possibilidade de adentrar no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional, se a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, § 2º, deixa muito claro que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, atribuindo hierarquia constitucional aos tratados nessa seara, inclusive prevalecendo sobre a norma constitucional.

Por derradeiro, é de se pensar que, quiçá se o Brasil privilegiasse os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, reconhecendo-os de pronto como status

constitucional, muitas ações seriam priorizadas, tanto no âmbito Legislativo, Executivo e Judiciário, no que tange à defesa dos Direitos Humanos.

5. Considerações finais

Em que pese a lamentável posição atual do Brasil quanto à recepção dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, inegáveis os avanços legislativos no Brasil, após o caso Damião Ximenes, quanto ao tratamento às pessoas com deficiências, tanto físicas, mentais, sensoriais e intelectuais, criando um arcabouço por meio da legislação produzida internamente e internacionalmente, a fim de amparar, defender e recriar a dignidade das pessoas com deficiência, permitindo-se a mudança da concepção sobre as pessoas com deficiência, bem como o vislumbre de um horizonte da vida do deficientes com dignidade.

6. Referências

CIDH. Damião Ximenes Lopes v. Brasil. 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo : M. Fontes, 2005. 637 p. (Justiça e direito).

MALISKA, Marcos Augusto. **Comentários ao art. 1º, inciso I da Constituição Federal**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição Europeia como Signo: da superação dos dogmas do estado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS FRENTE À NEGAÇÃO ÀS VIOLAÇÕES COMETIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO DURANTE A DITADURA MILITAR

Beethoven Bezerra Fonseca¹

Maria Elizete Guimarães Carvalho²

RESUMO: Discursos de negação às violações de Direitos Humanos que foram promovidas pelo regime ditatorial instalado no Brasil a partir de 1964 vêm sendo proferidos por autoridades políticas brasileiras e propagados por diversos meios, encontrando respaldo de vários cidadãos que aplaudem sem críticas ou ressalvas. Tal propagação de negação à barbárie, naturalização de torturas e homicídios cometidos por um estado ditatorial são extremamente perigosos e alertam para o risco de um retorno do Estado opressor. Nessa perspectiva, surge o questionamento: como evitar o retorno à barbárie? Em resposta a isso, a partir do estudo de “Educação após Auschwitz”, apontamos a educação em Direitos Humanos como o meio mais democrático e eficiente para uma cultura de paz e manutenção do Estado de direito. O presente artigo é fruto de pesquisa bibliográfica e tem por objetivo compreender o papel da educação em Direitos Humanos como obstáculo ao retorno à barbárie do regime ditatorial ocorrido no Brasil, em face do discurso de negação emitido pelo atual governo, a partir da análise do texto “Educação após Auschwitz” de Theodor W. Adorno.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Educação; Adorno; Regime ditatorial.

Abstract: Denial speeches to the violations of the Human Rights that were promoted by the dictatorial regime established in Brazil from 1964 have been delivered by brazilian political authorities and propagated by several means, finding support of many citizens who applaud without criticism or caveat. Such spread of denial to barbarism, banalization of torture and homicides committed by a dictatorship are extremely dangerous and alert to the risk of return of an oppressive State. In this perspective, a question arises: how to avoid the return to barbarism? In response to that, from the study of "Education after Auschwitz", we point education in Human Rights as the most democratic and efficient means to a culture of peace and upholding of the Rule of Law. This article is the result of a bibliographical research and aims to understand the role of education in Human Rights as an obstacle to the return of the brazilian dictatorial regime's barbarism, given the denial speech made by the current government, and based on the analysis of the text "Education after Auschwitz" by Theodor W. Adorno.

KEYWORDS: Human Rights; Education; Adorno; Dictatorial regime.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Mestrando em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. E-mail: beethovenbf@hotmail.com

² Professora Dra. da Universidade Federal da Paraíba. Credenciada aos Programas de Pós-graduação em Educação e em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas. E-mail: mecarvalho23@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Theodor W. Adorno escreveu o ensaio “Educação após Auschwitz” na década de 1960, demonstrando preocupação e inquietação com um possível retorno à barbárie, semelhante ao que aconteceu no campo de concentração nazista de Auschwitz, na Alemanha, durante a Segunda Guerra Mundial, e discutindo o papel da educação na prevenção de novas violações aos Direitos Humanos.

Adorno inicia seu texto destacando que “a exigência que Auschwitz não se repita é a primeira de todas para a educação” (1995, p. 119). Portanto, a não repetição dos fatos que ocorreram no campo de concentração é compreendida como a preocupação elementar da educação, devendo nortear as demais ações do educador.

Ressalte-se que o autor não utiliza a expressão “educação em Direitos Humanos”, tendo em vista que, conforme salientam Piovesan e Fachin,

É na década de noventa, contudo, que a educação em Direitos Humanos adquire uma concepção mais ampla e abrangente – seja porque, no âmbito interno, a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) representa um divisor de águas em matéria de Direitos Humanos, seja porque, no campo internacional, a partir de 1995, a ONU e suas agências destacam que o ensino em Direitos Humanos envolve componentes básicos que permitem o empoderamento de grupos mais vulneráveis contra tratamentos incompatíveis com os princípios de Direitos Humanos (2017, p. 25).

No entanto, o sentido empregado por Adorno se assemelha ao que se entende por educação em Direitos Humanos, que consiste, segundo o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, em:

[...] um conjunto de atividades de educação, de capacitação e de difusão de informação, orientadas para criar uma cultura universal de direitos humanos. Uma educação integral em direitos humanos não somente proporciona conhecimentos sobre os direitos humanos e os mecanismos para protegê-los, mas que, além disso, transmite as aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os direitos humanos na vida cotidiana. A educação em direitos humanos promove as atitudes e o comportamento necessários para que os direitos humanos de todos os membros da sociedade sejam respeitados. (2012).

Por outro lado, são vários os discursos em detrimento dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Anistia Internacional publicou em 21 de maio de 2019 uma reportagem destacando as:

principais preocupações no país desde o início da administração de Jair Bolsonaro e lança um alerta: o discurso antidireitos humanos que marcou toda a trajetória política do presidente, inclusive a campanha eleitoral de 2018, está começando a se concretizar em medidas e ações que ameaçam e violam os direitos humanos de todas as pessoas no Brasil.

Dentro dessa preocupação, a reportagem observa “medidas contrárias aos direitos das vítimas à verdade, justiça e reparação pelos crimes de direito internacional cometidos pelo Estado durante o regime militar”. Em outra reportagem, feita pelo Jornal Nacional em 30 de julho de 2019, a Presidência da República questiona a veracidade dos documentos produzidos pela Comissão Nacional da Verdade - CNV, após uma série de declarações que não se justificam, considerando que a Comissão foi instituída legalmente (Lei 12.528/2011) pelo governo brasileiro, com a função de investigar violações aos direitos humanos, no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988.

Tais matérias exemplificam o clima de negação que vem sendo criado em torno dos crimes cometidos pelo Estado brasileiro durante o regime militar instaurado em 1964, distorcendo fatos históricos e violando o direito à memória e à verdade, lembrando, que em pouco tempo, os rastros dos acontecimentos poderão ser apagados, pois não restará ninguém para testemunhar.

Diante desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo compreender o papel da educação em Direitos Humanos como instrumento de impedir o retorno à barbárie do regime ditatorial ocorrido no Brasil em face do discurso de negação emitido pelo atual governo, a partir da análise do texto “Educação após Auschwitz” de Adorno e a realização de revisão bibliográfica acerca do tema da educação em direitos humanos, a fim de dar embasamento teórico à análise do problema posto neste trabalho.

As violações aos Direitos Humanos cometidas em Auschwitz se assemelham às violações praticadas na ditadura brasileira, tendo em vista que foram perpetradas pelo Estado, trazendo graves consequências, sem qualquer chance de defesa ou proteção dos cidadãos.

2 A AMEAÇA DE RETORNO À BARBÁRIE

Conforme destaca Adorno (1995, p. 119):

Fala-se da ameaça de uma regressão à barbárie. Mas não se trata de uma ameaça, pois Auschwitz foi a regressão; a barbárie continuará existindo enquanto persistirem no que têm de fundamental as

condições que geram esta regressão. É isto que apavora. Apesar da não-visibilidade atual dos infortúnios, a pressão social continua se impondo. Ela impele as pessoas em direção ao que é indescritível e que, nos termos da história mundial, culminaria em Auschwitz.

Diante desse cenário, quase inevitável, em que o retorno à barbárie é algo provável de acontecer, tem-se que “se a barbárie encontra-se no próprio princípio civilizatório, então pretender se opor a isso tem algo de desesperador” (ADORNO, 1995, p. 120). No entanto, o autor defende que deve haver a conscientização desse “elemento desesperador” e a tentativa de evitar que “Auschwitz” se repita, uma vez que não se pode defender as atrocidades cometidas.

O autor elenca, então, duas classes de pressupostos, os objetivos (ligados aos aspectos sociais e políticos) e os subjetivos (referindo-se à formação psicológica das pessoas), deixando claro que “as tentativas de se contrapor à repetição de Auschwitz são impedidas necessariamente para o lado subjetivo” (ADORNO, 1995, p. 121), devendo-se focar nos algozes, nas pessoas que cometeram as atrocidades, a fim de que sejam esclarecidos quais as motivações para tal, assim sendo:

É preciso buscar as raízes nos perseguidores e não nas vítimas, assassinadas sob os pretextos mais mesquinhos. Torna-se necessário o que a esse respeito uma vez denominei de inflexão em direção ao sujeito. É preciso reconhecer os mecanismos que tornam as pessoas capazes de cometer tais atos, na medida em que se desperta uma consciência geral acerca desses mecanismos. Os culpados não são os assassinados, nem mesmo naquele sentido caricato e sofista que ainda hoje seria do agrado de alguns. Culpados são unicamente os que, desprovidos de consciência, voltaram contra aqueles seu ódio e sua fúria agressiva. É necessário contrapor-se a uma tal ausência de consciência, é preciso evitar que as pessoas golpeiem para os lados sem refletir a respeito de si próprias. A educação tem sentido unicamente como educação dirigida a uma autorreflexão crítica (ADORNO, 1995, p. 121).

A educação, portanto, aparece como forma de conscientização e esclarecimento para um agir autônomo e compromissado, uma vez que “o único poder efetivo contra o princípio de Auschwitz seria autonomia, para usar a expressão kantiana; o poder para a reflexão, a autodeterminação, a não-participação” (ADORNO, 1995, p. 125). Portanto, nota-se que a educação é capaz de modificar o aspecto subjetivo, despontando como meio de evitar o retorno à barbárie. A chamada educação após Auschwitz se desenvolveria em duas perspectivas: a educação durante a primeira infância e a promovida com a população em geral, consistente justamente nesse esclarecimento para obstaculizar a repetição da barbárie.

Nesse mesmo sentido, para evitar a repetição de Auschwitz, devemos lembrá-lo, considerando uma pedagogia do não silêncio à barbárie, confiscando “os brancos” da história oficial. “A lembrança também significa uma atenção precisa ao presente, particularmente a essas estranhas ressurgências do passado no presente, pois não se trata somente de não esquecer do passado, mas também de agir sobre o presente” (GAGNRBIN, 2004, p. 89). E são essas ressurgências do período ditatorial que causam preocupações.

Outro ponto destacado por Adorno são as pessoas manipuladas, que não tiveram acesso a essa educação voltada a uma autonomia do sujeito, “pessoas que se enquadram cegamente em coletivos convertem a si próprios em algo como um material, dissolvendo-se como seres autodeterminados. Isto combina com a disposição de tratar outros como sendo uma massa amorfa” (ADORNO, 1995, p. 129).

Por fim, o autor ainda destaca:

Quem ainda insiste em afirmar que o acontecido nem foi tão grave assim já está defendendo o que ocorreu, e sem dúvida seria capaz de assistir ou colaborar se tudo acontecesse de novo. Mesmo que o esclarecimento racional não dissolva diretamente os mecanismos inconscientes – conforme ensina o conhecimento preciso da psicologia –, ele ao menos fortalece na pré-consciência determinadas instâncias de resistência, ajudando a criar um clima desfavorável ao extremismo. Se a consciência cultural em seu conjunto fosse efetivamente perpassada pela premonição do caráter patogênico dos traços que se revelaram com clareza em Auschwitz, talvez as pessoas tivessem evitado melhor aqueles traços (ADORNO, 1995, p. 136).

Aqui, percebemos o principal ponto de intersecção da obra de Adorno com o alerta para o discurso de negação aos crimes cometidos pelo estado ditatorial no Brasil e o potencial dessa conduta para o retorno à barbárie. Ora, negar as torturas e mortes cometidas ou minimizar tais acontecimentos, como se fosse algo banal, é tão grave quanto cometer os crimes, conforme se depreende dos ensinamentos de Adorno, que ressalta mais uma vez a importância do aspecto subjetivo da formação dessas pessoas, que devem passar por processos educativos, a fim de que apresentem, no mínimo, resistência em um possível futuro retorno à barbárie, nas palavras de Adorno (1995, p. 137-138):

Temo que será difícil evitar o reaparecimento de assassinos de gabinete, por mais abrangentes que sejam as medidas educacionais. Mas que haja pessoas que, em posições subalternas, enquanto serviçais, façam coisas que perpetuam sua própria servidão, tornando-as indignas; que continue a haver Bogers e Kaduks, contra

isto é possível empreender algo mediante a educação e o esclarecimento.

Desse modo, podemos entender o importante papel a ser constantemente desempenhado pela educação, mais precisamente a educação em Direitos Humanos.

3 PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E SEU CARÁTER PREVENTIVO

Piovesan e Fachin destacam a existência de dois campos de proteção dos Direitos Humanos: “o repressivo – para remediar violações já ocorridas – e o preventivo – com a finalidade de coibir futuras violações. É justamente nessa esfera preventiva que a educação em Direitos Humanos se insere, e que sua importância avulta” (2017, p. 24). Considerando esse escopo da educação em Direitos Humanos de coibir futuras violações aos Direitos Humanos, percebemos que combater o discurso de negação às violações cometidas no âmbito dos Direitos Humanos insere-se dentro desse campo de proteção preventivo.

Dito isto, as autoras salientam: “a educação em Direitos Humanos é, irrefutavelmente, um instrumento valioso de empoderamento, transformando-se em um mecanismo de afirmação de direitos, por intermédio do qual os indivíduos se tornam verdadeiramente protagonistas de suas vidas, usufruindo da autonomia para efetuar suas próprias escolhas” (2017, p. 25).

Esse caráter de autonomia/emancipação, presente na educação em Direitos Humanos, foi aprofundado por Adorno ao tratar da educação em debate com Becker, posteriormente ao texto Educação após Auschwitz. Nesse texto, publicado com o título “Educação - para quê?”, o autor afirma:

[...] gostaria de apresentar minha concepção inicial de educação. Evidentemente não a assim chamada modelagem de pessoas, porque não temos o direito de modelar as pessoas a partir do seu exterior; mas também não a mera transmissão de conhecimentos, cuja característica de coisa morta já foi mais do que destacada, mas a produção de uma consciência verdadeira. Isto seria inclusive da maior importância política; sua ideia, se é permitido dizer assim, é uma exigência política. Isto é: uma democracia com o dever de não apenas funcionar; mas operar conforme seu conceito, demanda pessoas emancipadas. Uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado (ADORNO, 1995, p. 141-142) .

Aponta-se, dessa forma, para a necessidade de uma educação emancipadora, como pressuposto para o Estado democrático.

Educação em Direitos Humanos Frente à Negação às Violações Cometidas pelo Estado Brasileiro Durante a Ditadura Militar

Nesse sentido, ensina Benevides (2009, p. 323) o que se deve entender por Educação em Direitos Humanos: “primeiro é uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação necessariamente voltada para a mudança. E terceiro, é uma formação em valores, para atingir corações e mentes, e não apenas instrução, meramente transmissora de conhecimentos”. A autora denomina “formação em valores” essa formação emancipadora e para a autonomia do sujeito, enquanto ser social, anteriormente mencionada. Devendo-se ter como norte esses três pontos essenciais para uma efetiva educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover uma cultura de paz em detrimento de uma cultura de ódio, segregacionista e violadora de direitos.

Também destacando o caráter de busca por uma mudança estrutural, Piovesan e Fachin (2017, p. 33) observam que: “A educação em Direitos Humanos nasce orientada à mudança estrutural e ao compromisso com a salvaguarda da dignidade humana e com a prevenção do sofrimento humano. Ao tempo que se reflete sobre educação em Direitos Humanos, muda-se a própria concepção de educação e transformam-se os direitos”.

Em países como o Brasil, a educação em Direitos Humanos se torna ainda mais necessária, conforme lembra Tosi (2018, p. 57), ao tratar da dimensão cultural dos Direitos Humanos, estes “não fazem ainda parte da cultura brasileira, porque a sua efetivação é recente e incipiente e precisa de um certo tempo para se afirmar e pôr raízes: daí a importância de uma educação para a cidadania”. Coadunando com a observação que fazem Piovesan e Fachin (2017, p. 35): “a expansão dos Direitos Humanos é ao mesmo tempo fim e meio para o processo educacional sobre eles pautado”.

O discurso de negação às violações de Direitos Humanos, cometidas pelo Estado brasileiro, demonstra essa premente necessidade de se educar em Direitos Humanos. Conforme entende Candau (2006), uma das dimensões da educação em direitos humanos seria justamente o “educar para nunca mais”, imperioso “para resgatar a memória histórica, romper a cultura do silêncio e da impunidade”, compondo o que ela chama de “horizonte de sentido da educação em direitos humanos”. Pois, se atendermos a essa cultura do silêncio, “[...] o discurso de memória corre o risco de recair na ineficácia dos bons sentimentos ou, pior ainda, numa espécie de celebração vazia [...]”. (GAGNEBIN, 2004, P. 89). Nesse norte, tem-se que “o combate à cultura de violação e negação a direitos requer como resposta a cultura da promoção e afirmação de direitos” (PIOVESAN e FACHIN, 2017, p. 33), papel desempenhado pela educação em Direitos Humanos.

As autoras prelecionam, ainda:

Violações de Direitos Humanos são fomentadas por um forte componente cultural: alimentam-se de uma ideologia de negação a direitos. A violência do racismo, do sexismo, da xenofobia, da homofobia e de outras formas de intolerância é nutrida pela *cultura* da violência racial, sexista, xenófoba e homofóbica, que nega ao outro a condição plena de sujeito de direito. Assim, o combate à cultura da intolerância requer o fortalecimento da cultura do respeito às diversidades. O combate à cultura da violência requer o fortalecimento da cultura da paz. O combate à cultura da negação e da violação a direitos requer o fortalecimento da cultura da afirmação e da promoção de direitos (PIOVESAN e FACHIN, 2017, p. 36).

Tal afirmação reforça o caráter preventivo que detém a educação em Direitos Humanos na proteção desses Direitos. Sem dúvida, o fortalecimento dessa cultura de afirmação e promoção de direitos começa com a educação em Direitos Humanos.

Deve-se ressaltar o movimento constante de luta pela afirmação e efetivação de Direitos Humanos. Ao discorrer sobre o problema fundamental dos direitos do homem, Bobbio (2004, p. 16) adverte que o problema “não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. A educação vem justamente nessa vertente, buscando efetivar os Direitos Humanos, ao promover a emancipação dos indivíduos, enquanto sujeitos sociais.

Por fim, cabe destacar que:

Os Direitos Humanos invocam o idioma da alteridade: ver no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. Daí a urgência em potencializar e difundir a ideologia emancipatória da educação em Direitos Humanos. Ela tem um potencial transformador, empodera os sujeitos, mudando os seus mundos e dando-lhes ferramentas para coletivamente, em ação política conjunta, mudar o mundo. Na ordem contemporânea caracterizada por crescentes hostilidades, intolerância e pelo fortalecimento do discurso do ódio, hoje, mais do que nunca, há que se expandir, potencializar e difundir a ideologia transformadora dos Direitos Humanos, como racionalidade de resistência e a única plataforma emancipatória de nosso tempo (PIOVESAN e FACHIN, 2017, p. 36).

Esse fortalecimento do discurso do ódio citado pelas autoras se observa também na negação às violações de direitos que foram cometidas pelo Estado brasileiro durante a ditadura militar. Ao promovê-las ou celebrá-las, o atual governo fomenta esse sentimento de hostilidade, tal qual se vivenciou durante a ditadura militar e a perseguição “aos comunistas”, que seriam o grande “problema da nação” e uma ameaça ao “pleno desenvolvimento”. No

entanto, em contraposição a isso, destaca-se o caráter emancipatório da educação em Direitos Humanos e o seu importante propósito preventivo, no âmbito da proteção dos Direitos Humanos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como Auschwitz, o regime ditatorial vivenciado no Brasil a partir de 1964 foi uma verdadeira barbárie. O Estado matou, torturou e prendeu cidadãos que ousavam discordar do sistema posto e lutar por Direitos Humanos. No entanto, vários veículos da imprensa vêm noticiando, quase diariamente, discursos do atual governo brasileiro negando ou minimizando o que, de fato, aconteceu e, após longos anos de silêncio, vinha paulatinamente sendo objeto de debate e esclarecimentos, em nome do direito à memória e à verdade.

Além da propagação desses discursos, o que se observa é que várias pessoas se identificam com o que é referido e passam também a difundir que não houve Ditadura Militar, por exemplo, que o Estado não matava presos políticos. Enfim, que violações aos Direitos Humanos não teriam sido cometidas.

Diante desse fato, buscou-se com o presente texto alertar para o perigo do retorno à barbárie, a partir do que ensina Theodor W. Adorno em “Educação após Auschwitz”, entendendo-se que a educação emancipadora é a alternativa para se evitar esse retorno à barbárie. A ameaça do regresso à barbárie é constatada quando se nega a existência de violações de direitos que, de fato, ocorreram.

Na verdade, a postura do Estado não deveria ser a de apagar os rastros ou a de ignorar as vítimas, mas acendê-los, adotando uma postura protetiva e garantidora de direitos. Quando se propaga que não foram cometidas violações de Direitos Humanos e se minimizam os crimes cometidos pelo Estado ditatorial, também se está violando Direitos Humanos.

Portanto, o discurso de negação às violações aos Direitos Humanos cometidos pelo Estado brasileiro durante o regime militar, entre os anos de 1964 e 1985, é também uma violação aos Direitos Humanos. A análise do ensaio de Adorno nos permite traçar paralelos com a situação brasileira atual, deixando claro que os sujeitos que persistem na afirmação de que o acontecido não foi tão grave, estão, na verdade, defendendo o que ocorreu, provavelmente, “[...] em favor de uma boa vontade piegas”. (GAGNEBIN, 2004, p. 89).

Em outro ponto, ressaltamos o caráter preventivo que a educação em Direitos Humanos desempenha no âmbito da proteção aos Direitos Humanos, devendo atuar em face do discurso de negação acima mencionado. Inclusive, “educar para nunca mais” é uma dimensão da educação em Direitos Humanos, segundo Candau (2006). Nesse sentido, a educação deve ter como principal objetivo a não repetição de acontecimentos violadores de Direitos Humanos, tais como a ditadura ocorrida no Brasil.

Diante do que foi exposto no presente texto, percebe-se que a educação em Direitos Humanos desempenha um papel essencial na resistência e obstáculo ao retorno à barbárie que foi o regime ditatorial ocorrido no Brasil, na medida em que sua prática emancipadora possibilita a modificação do caráter subjetivo dos indivíduos, dando-lhes autonomia enquanto sujeitos sociais, e sensibiliza para os valores e promoção dos Direitos Humanos. Portanto, sendo a bandeira de luta que nos resta, deve ser difundida.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Educação após Auschwitz**. In: ADORNO, Theodor W. Educação e Emancipação. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 119 – 138.

ADORNO, Theodor W. **Educação – para quê?**. In: ADORNO, Theodor W. Educação e Emancipação. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 139 – 154.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Discurso da administração de Bolsonaro contra direitos humanos começa a se concretizar em medidas nos primeiros meses de governo**, 21 de maio de 2019. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/discorso-da-administracao-de-bolsonaro-contra-direitos-humanos-comeca-se-concretizar-em-medidas-nos-primeiros-meses-de-governo/>>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Fé na luta: a Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, da ditadura à democratização**. São Paulo: Lettera.doc, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.— 7ª reimpressão.

CANDAU, Vera Maria. **O que é educar em direitos humanos**. In: LOPES, Alice Casimiro e MACEDO, Elizabeth (Orgs.). Políticas de currículo em múltiplos contextos. São Paulo: Editora Cortez, 2006.

GAGNEBIN, Jeane Marie. Memória e esquecimento: linguagens e narrativas. In: BRESCIANI, S; NAXARA, M. (Orgs.). **Memória e (res)sentimento: indagações sobre uma questão sensível**. 2.ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2004.

JORNAL NACIONAL. **Bolsonaro chama de “balela” documentos sobre mortos na ditadura**, 30 de julho de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/07/30/bolsonaro-chama-de-balela-documentos-sobre-mortos-na-ditadura.ghtml>>. Acesso em 06 de agosto de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. **Plano de Ação: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos; segunda fase**. Paris: UNESCO, 2012. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002173/217350por.pdf>>. Acesso em 07 de agosto de 2019.

Educação em Direitos Humanos Frente à Negação às Violações Cometidas pelo Estado Brasileiro Durante a Ditadura Militar

PIOVESAN, Flávia e FACHIN, Melina Girardi. **Educação em Direitos Humanos no Brasil: desafios e perspectivas.** Revista Jurídica da Presidência. Brasília: v. 19 n. 117, Fev./Maio 2017, p. 20 – 38.

TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: Afirmação Histórica e Características.** In: NÁDER, Alexandre Antônio Gili (Org.) [et al.]. Diversidades e Cidadania: a Educação em Direitos Humanos na Escola. João Pessoa: Editora do CCTA, 2018, p. 41-65.

DIREITOS HUMANOS E LIBERDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A TIPIFICAÇÃO DA QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO NO BRASIL SOB A ÓPTICA DA INTERPRETAÇÃO DA PENA COMO *ULTIMA RATIO*

Jaíne Araújo Pereira¹

RESUMO: A Lei nº 13.104 de 2015 alterou o Código Penal Brasileiro e trouxe uma nova escala penal para os delitos praticados contra as mulheres por "razões de condição do sexo". Nesse contexto, podemos definir *feminicídio* como o último estágio das violências em que mulheres são vítimas. Refere-se a uma forma de *poder* que é exercido sobre a vida das mulheres através da dominação masculina que é ratificada pelo *patriarcado*. Situado nesse cenário, o presente trabalho tem como problema verificar se a instituição da supracitada qualificadora está dentro dos limites da pena como *ultima ratio*. A hipótese do estudo, por sua vez, é que a instituição da qualificadora de *feminicídio* não ultrapassa os limites da pena como último recurso de controle da sociedade e encontra respaldo na teoria positiva do garantismo penal de Luigi Ferrajoli (2002). Outrossim, o nosso objetivo geral é averiguar se a instauração da qualificadora mencionada respeita a utilização da pena como último mecanismo de controle social. A relevância deste estudo se assenta na tentativa de identificar se a máxima dos Direitos Humanos, a liberdade, foi respeitada com a instauração da referida qualificadora no país. Ademais, o método que será utilizado é o indutivo, visto que iremos partir de um aspecto particular para um geral. O estilo adotado será o monográfico. Por fim, as reflexões extraídas nos levam a concluir que a criação da qualificadora de *feminicídio* foi uma medida acertada porque existia um excesso negativo de omissão do Estado sobre a temática. E na medida que sabemos quantas e como morrem as mulheres, podemos criar políticas públicas de enfrentamento para combater as violências de *gênero*.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação dos Direitos Humanos; Violência de gênero; Qualificadora de feminicídio no Brasil; Pena como *ultima ratio*; Garantismo Penal.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de feminicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)². Não estamos falando de casos isolados, mulheres morrem todos os dias pelo simples fato de serem mulheres. Diante desse cenário, cumpre pontuar que a Lei no 13.104 alterou o artigo 121 do Código Penal e trouxe uma nova escala na dosimetria da pena para os crimes cometidos contra as mulheres em "razão de sexo". O artigo 121, VI, da codificação supracitada rege

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Advogada, vice-presidente da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PB. E-mail: jaínearaujoadv@gmail.com.

² ONU, mulheres. ONU MULHERES. **Direitos Humanos das Mulheres**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em 20 de set. de 2019. pp.13-15.

Direitos Humanos e Liberdade: Uma Análise Sobre A Tipificação da Qualificadora de Femicídio No Brasil sob a Óptica da Interpretação Da Pena como *Ultima Ratio*

que feminicídio é o delito praticado contra a mulher em duas situações: ou por violência doméstica e familiar ou por menosprezo à condição de ser mulher. O texto penal ainda prevê causas de aumento se o crime for praticado contra mulher grávida ou mesmo nos três meses posteriores ao parto; ou contra maior de sessenta anos ou menor de quatorze anos; ou ainda na presença de descendente ou ascendente da mulher assassinada³.

Entretanto, alguns questionam se a instituição da supracitada qualificadora está dentro dos limites da utilização da pena como último recurso de controle social, se a sua instauração contribui para o fortalecimento do punitivismo contra os indivíduos. Nessa conjuntura, o presente trabalho tem como problema analisar se a referida qualificadora está dentro da marca da pena como *ultima ratio*. Vale pontuar que não objetivamos verificar se as prisões representam a melhor maneira de lidar com a criminalidade, inclusive, reconhecemos os defeitos de tal instituição disciplinadora. Vamos, apenas, focar o estudo nos requisitos para a feitura de uma norma penal.

A hipótese do estudo, por seu turno, é que a instituição da qualificadora de *feminicídio* não ultrapassa os limites da pena como último mecanismo de controle da sociedade e encontra respaldo na teoria positiva do garantismo penal de FERRAJOLI (2002). Além disso, o nosso objetivo geral é investigar se a instauração da qualificadora mencionada respeita a utilização da pena como última ferramenta de controle social. Os objetivos específicos, por seu turno, são: a) analisar a introdução da qualificadora de feminicídio no Brasil; b) fazer uma revisão bibliográfica sobre a pena como *ultima ratio* e o garantismo penal; e c) examinar se a instauração do feminicídio respeita os limites da pena como recurso final.

A relevância deste estudo se assenta na tentativa de identificar se a máxima dos Direitos Humanos, a liberdade, foi respeitada com a instauração da referida qualificadora no país. O método que será utilizado é o indutivo, visto que iremos partir de um aspecto particular para um geral. E o estilo adotado será o monográfico. Vale mencionar que não temos quaisquer intenções de esgotar o tema, mas tão somente lançar algumas reflexões sobre o assunto, e, quem sabe, interferir positivamente no meio em que vivemos, pautando como horizonte a igualdade entre as pessoas e o respeito às diferenças.

³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

2. O QUE É FEMINICÍDIO?

Existem diversas correntes teóricas que tentam explicar as origens das violências de gênero, através das mais variadas nuances. O nosso objetivo neste trabalho não é analisar as teorias que tratam sobre o tema, vamos, apenas, indicar um ponto de partida para iniciarmos a pesquisa sobre o problema proposto, sem nenhuma pretensão de indicar a abordagem adotada como a mais correta. Nesse sentido, utilizaremos a categoria *patriarcado* como alternativa para chegarmos ao debate pretendido, qual seja: entender se a instituição da qualificadora de feminicídio no Brasil está dentro dos limites da utilização da pena como *ultima ratio*.

Dito isto, patriarcado é um modo de organização da sociedade que ganha forma através da dominação masculina. Trata-se de um sistema de padronização de comportamentos, sexualidades e identidades, por meio da qual é criada uma forte diferenciação de papéis sociais entre os gêneros⁴. A dominação dos homens sobre as mulheres encontra terreno fértil para o seu pleno exercício por intermédio de um campo simbólico que ratifica as violências sofridas por elas⁵. Ademais, o *patriarcado* está em constante transformação não está presente apenas nas famílias, ele atravessa toda a sociedade⁶.

Nessa conjuntura, gênero, cor, classe social e sexualidades constituem eixos fundamentais para entendermos o contexto das violências contra as mulheres. Na lógica patriarcal, o homem branco encontra duas vantagens, de gênero e de cor. Se este homem for rico, ele encontra a sua terceira vantagem⁷. Assim, as violências exercidas pelos homens encontram respaldo nos privilégios que a sociedade oferece para eles, entendendo por *privilégio* uma forma imediata de poder. Quem tem mais poder, tem mais privilégios, e, portanto, sofre menos violência. Dessa forma, os homens desfrutam de vantagens oriundas

⁴ Utiliza-se gênero como forma de representar uma rejeição ao determinismo biológico que carrega a palavra “sexo”. Além disso, a categoria trabalhada demonstra uma indicação de que a feminilidade é uma construção social. Ela denota, assim, que os papéis sociais atribuídos aos homens e às mulheres são construídos socialmente. A expressão gênero é um meio de decifrar o sentido e compreender as interações humanas. FONTE: SCOTT. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução: Cristine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila, 1989, p.20.

⁵ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner.-11ªed.- Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, pp.45-60.

⁶ SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero Violência Patriarcado**. 2ª edição, editora: expressão popular-Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2015, p.48.

⁷ SAFFIOTI, 2015, obra citada, p.33.

Direitos Humanos e Liberdade: Uma Análise Sobre A Tipificação da Qualificadora de Femicídio No Brasil sob a Óptica da Interpretação Da Pena como *Ultima Ratio*

de posições sociais, econômicas, raciais e de gênero⁸. No sistema patriarcal, as mulheres vivem na iminência de agressões masculinas⁹, é o poder de vida e de morte.

Outrossim, podemos perceber as relações humanas como dinâmicas de poder¹⁰. FOUCAULT (2015) diz que o *poder* funciona e se articula em rede, as pessoas sempre estão em posição de exercê-lo ou de sofrerem a sua ação. Ninguém está inerte a sua presença. O poder, composto por gestos, discursos e desejos, passa por nós e atravessa o próprio indivíduo que o constituiu. O elemento que faz com que o *poder* se mantenha forte é que ele não é apenas uma força que reprime, ele também induz ao prazer, à criação do saber¹¹. Dessa maneira, podemos extrair do pensamento do referido autor, levando em consideração o contexto histórico-cultural de cada sociedade, que a dominação dos homens sobre as mulheres é ratificada por meio desse *poder* que é exercido por eles de maneira quase irrestrita.

Dito isto, cumpre fazer algumas ponderações sobre o último estágio das violências contra as mulheres, a morte. Não faremos reflexões sobre todas as mortes de mulheres, mas somente daquelas que foram motivadas por razões de *gênero*. Podemos construir o conceito de *femicídio* como sendo o resultado extremo das diferenças criadas e legitimadas pelo sistema patriarcal¹². A violência contra a mulher não é uma novidade, mas a preocupação em corrigir esse problema é recente. E ainda mais atual é o processo de judicialização e criminalização das violências contra as mulheres¹³. Nesse passo, nominar o fenômeno é reconhecer a especificidade da violação dos direitos humanos das mulheres¹⁴. E o reconhecimento é o caminho para a criação de políticas públicas de combate às violências de *gênero*.

Nesse contexto, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994), em consonância com a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), assumiu um papel relevante na luta pelo direito à vida das mulheres, porque

⁸ TIBURI, Márcia. **Feminismos em comum: para todas, todos e todos**. 6ª edição, editora: rosa dos tempos. Rio de Janeiro, 2018, pp.51-108.

⁹ SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero Violência Patriarcado**. 2ª edição, editora: expressão popular-Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2015, p.80.

¹⁰ PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**. n. 37, julho-dezembro, 2011, pp. 219 - 246.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado, 3ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, pp. 45 - 285.

¹² PASINATO, 2011, obra citada, pp. 219 - 246.

¹³ WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília/Distrito Federal: OPAS/OMS; ONU Mulheres; SPM; Flacso, 2015, p.7.

¹⁴ CAMPOS, Carmen Hein. Violência, crime e Segurança Pública Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015.

foi a partir da aprovação da referida Convenção e da sua ratificação pelos países signatários que os movimentos feministas incorporaram em suas pautas de reivindicações as mudanças legislativas como estratégia para enfrentar as violências sofridas pelas mulheres da América Latina¹⁵. Nesse cenário, o Brasil, em 2015, estabeleceu o *feminicídio* como uma nova qualificadora do artigo 121 do Código Penal, portanto, uma nova escala na dosimetria da pena para os assassinatos de mulheres em contextos marcados pelas desigualdades de *gênero*.¹⁶

Por fim, vale mencionar que os meios e os modos empregados para a prática dos crimes contribuem para a caracterização das mortes violentas por razões de *gênero*. Ou seja, é preciso averiguar o tipo de violência praticada e a maneira como o delito foi executado. Nas mortes violentas de mulheres, as razões de gênero ficam evidentes, muitas vezes, nas próprias partes do corpo que foram afetadas, como o rosto, seios, órgãos genitais e ventre. Nesse cenário, a atividade pericial exerce papel de relevância nos casos de feminicídio, visto que ela tem início no local do crime e tem o seu fim com a autópsia e outros exames. Os vestígios encontrados vão colaborar para se entender a motivação do agressor e vamos poder visualizar quais foram os meios utilizados para a concretização do delito.¹⁷

3. PENA COMO *ULTIMA RATIO* E GARANTISMO PENAL

FERRAJOLI (2002) aponta que a construção histórica do Direito Penal que conhecemos hoje foi uma batalha contra a vingança. O referido autor diz que este ramo do direito nasce da dissociação entre juiz, parte e justiça privada (vinganças, duelos, linchamentos e execuções sumárias). Isto é, surge a partir do momento em que a relação bilateral ofendido *versus* ofensor foi substituída por uma vinculação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária. O doutrinador supracitado ainda indica dois objetivos para o Direito Penal, são eles: 1- prevenir os delitos injustos; e 2- evitar injustas punições¹⁸. Vale salientar que, por lidar diretamente com a restrição da liberdade dos sujeitos, é um mecanismo que só deve ser utilizado em último caso, do latim, *ultima ratio*.¹⁹

¹⁵ BRASIL. **Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (feminicídios)**. ONU mulheres, 2016, p.14.

¹⁶ MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Vade Mecum Penal**. 1ª edição, editora JusPodivm, 2017, pp. 168-169.

¹⁷ BRASIL, 2016, obra citada, pp. 43-83.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 268 - 269.

¹⁹ AGUIAR, Leonardo. **Princípio da intervenção mínima: *ultima ratio***. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em 21 de set. de 2019.

Ademais, vamos discutir a possibilidade de utilização do Direito Penal a partir do garantismo de FERRAJOLI (2002). Sabemos que existem diversas outras correntes que tratam sobre o tema, e, reconhecemos a importância de cada uma delas. Entretanto, a título marco teórico para este artigo, vamos utilizar a supracitada corrente de pensamento. Dito isto, Garantismo, na seara penal, significa a garantia da tutela de direitos fundamentais pra todos, mesmo e principalmente contra os interesses da maioria. Assim, segundo o referido autor, representa: a) a imunidade dos cidadãos contra as arbitrariedades das proibições e das punições; b) a possibilidade de defesa de todos os indivíduos mediante as regras; e c) o estabelecimento de um jogo penal com regras iguais para todos. Preza-se pela dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade²⁰.

Além disso, garantismo designa um modelo normativo de direito pautado na estrita legalidade, ou seja, uma pessoa só comete crime quando e se infringir uma conduta previamente estipulada em lei. No plano político, o modelo de FERRAJOLI (2002) caracteriza-se como uma técnica que pretende minimizar a violência e otimizar a máxima liberdade. Já no plano jurídico, apresenta-se como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos²¹.

Para finalizar este tópico, precisamos estreitar o estudo fazendo a ligação entre direitos humanos e garantismo penal. Entendemos Direitos Humanos como unidade indivisível, independente, na qual os valores da igualdade e liberdade se retroalimentam²². Nesse contexto, falar sobre a tutela penal dos direitos humanos é observar o garantismo penal negativo, que tem como objetivo limitar a atuação da persecução criminal, contrapondo os direitos fundamentais à intervenção estatal. Todavia, por outro lado, da perspectiva positiva, a teoria de FERRAJOLI (2002) disciplina que os direitos humanos devem ser protegidos e, por isso mesmo, representam a objetividade jurídica da norma penal incriminadora. Ou seja, a vulnerabilidade dos grupos humanos deve ser o critério para determinar os objetos jurídicos da tutela penal dos direitos humanos.²³

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

²¹ FERRAJOLI, 2002, obra citada, p. 284.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

²³ BORGES, Paulo. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, nº138 , julho de 2012, pp.87-88.

4. DA RELAÇÃO ENTRE A QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO NO BRASIL E A PENA COMO *ULTIMA RATIO*

Neste ponto, tentaremos entender se a instituição da qualificadora de *feminicídio* no Brasil respeita os limites da pena como *ultima ratio*, vamos trazer os principais argumentos que objetivam sustentar que a violência máxima contra as mulheres não precisava de normativa específica, e que, de certa forma, a sua instauração contribuiu para o desrespeito da utilização da pena como último mecanismo de exortação da sociedade. Vale lembrar que não temos a intenção de esgotar o tema, mas tão somente debater alguns aspectos acerca da temática.

Dito isto, é falacioso argumentar que existe atrito entre a instituição da qualificadora de *feminicídio* no Brasil e a teoria garantista de FERRAJOLI (2002), visto que trata-se de uma violação de direitos humanos e o bem jurídico em questão é a vida concreta das mulheres²⁴. Além disso, não podemos acatar passivamente o aumento vertiginoso das formas de crueldade letal contra os corpos das mulheres²⁵.

Ademais, uma pessoa que matava alguém com requinte de crueldade (característica do *feminicídio*), antes da instauração da supracitada qualificadora, provavelmente, o dever-ser do Direito, seria punida no Estado brasileiro. Este indivíduo que praticou a conduta que destacamos não deveria, segundo as normativas brasileiras, ser agraciado com a liberdade, ao contrário, responderia por homicídio qualificado por motivo fútil e/ou torpe, segundo o artigo 121 do Código Penal²⁶. Assim, não é legítimo sustentar que a instauração do *feminicídio* diminuiu a liberdade das pessoas e aumentou a punitividade, pois já era crime. O que a qualificadora acrescenta, apenas, é a visibilidade às mortes de mulheres em razão de *gênero*.

Outrossim, algumas pessoas tentam argumentar que a instauração da qualificadora de *feminicídio* fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Não é crível pensar dessa forma porque assim como a Lei Maria da Penha diferenciou a violência contra as mulheres nas relações matrimoniais e no ambiente doméstico e familiar, entendendo que há nelas um desequilíbrio entre os gêneros em desfavor das mulheres, o *feminicídio* é a concretização do

²⁴ CAMPOS, Carmen Hein. Violência, crime e Segurança Pública Feminicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015.

²⁵ SEGATO, Rita Laura. **Femi-geno-cídio como crimen en el fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho**. In: FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia (Eds.). *Feminicidio en América Latina*. Mexico, DF: Centro de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades; Universidad Nacional Autónoma de México, 2011-b, p.11.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

Direitos Humanos e Liberdade: Uma Análise Sobre A Tipificação da Qualificadora de Femicídio No Brasil sob a Óptica da Interpretação Da Pena como *Ultima Ratio*

aspecto extremo das nuances do *patriarcado*. Assim, tem-se a nomeação de uma violência decorrente de uma desigualdade de fato²⁷.

Além disso, outros indivíduos afirmam que a instituição da qualificadora de *feminicídio* no Brasil ultrapassa os limites da pena como *ultima ratio* porque não era necessário criar uma denominação específica para as mortes de mulheres por razões de *gênero*. Mas cumpre desmistificar esse argumento frisando que o campo jurídico é um campo do discurso²⁸. A *verdade* que legitima o *discurso*, segundo FOUCAULT (2015), é formada por meio de múltiplas coerções, estas que produzem consequências no mundo. O referido autor define *verdade* como o conjunto de procedimentos regularizados para a produção, a circulação e o funcionamento dos discursos, ela está ligada aos sistemas de poder, que a produzem e apoiam. Existem os tipos de *discurso* que ela engloba e torna verdadeiros, sancionando-os, e os que são rejeitados²⁹. Nas palavras de SEGATO (2011-b):

Esto quiere decir que el campo jurídico es, por encima de todo, un campo discursivo y, por eso mismo, la Lucha por el Derecho, tanto en el sentido de la formulación de leyes como en el sentido de la efectivización del estatus de existencia de las ya formuladas (recordando aquí el seminal ensayo de Rudolf Von Ihering) es, por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar jurídicamente los nombres que ya se encuentran en uso, y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas, las palabras de la ley. En otras palabras, se trata de la doble disputa por el acceso a los códigos jurídicos en su condición de narrativa maestra de las naciones y por la capacidad de inscribirnos, como demandantes, en ellos; y por hacer valer, no sólo en los tribunales sino también en las relaciones cotidianas, cara a cara, las palabras autorizadas por la ley. (SEGATO, 2011-b, p. 1).

Nesse passo, podemos mencionar que existe uma dificuldade em construir qualquer luta dentro do sistema patriarcal, por isso é importante e legítimo buscar a nomeação do fenômeno *feminicídio*, pois esta busca por significados e reconhecimento representa o

²⁷ CAMPOS, Carmen Hein. Violência, crime e Segurança Pública Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015.

²⁸ SEGATO, Rita Laura. **Femi-geno-cídio como crimen en el fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho**. In: FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia (Eds.). *Feminicidio en América Latina*. Mexico, DF: Centro de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades; Universidad Nacional Autónoma de México, 2011-b, p. 1-7.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado, 3ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, pp. 54 - 64.

caminho para a criação de políticas públicas de combate às violências sofridas pelas mulheres. Além disso, o combate às mortes de mulheres em razão de *gênero* não esgota-se com a instituição da qualificadora, precisamos pensar em outras estratégias para dirimir os *feminicídios*, seja por meio de campanhas publicitárias, palestras nas escolas, dentre outras medidas.³⁰ Ou seja, a instituição da supracitada qualificadora não tem o intuito de sanar todas as desigualdades de *gênero*, ela objetiva, apenas visibilizar a frequência desse delito, e, com isso, possibilitar a criação de estratégias para proteger a vida das mulheres.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso estudo ajudou a elucidar que estamos inseridas/os em um modelo patriarcal de sociedade, responsável por impor uma padronização de comportamentos e identidades por meio do *poder* exercido pelas pessoas que possuem mais *privilégios* sociais. Com isso, percebemos que não é possível compreender as violências sofridas pelas mulheres sem aperceber que tais violências são acionadas reciprocamente por relações que envolvem marcadores de classe, gênero, sexualidade, cor e *poder*. Além disso, visualizamos que, muitas vezes, a dominação dos homens sobre as mulheres legitima um *poder* sobre a vida delas, o que denominamos *feminicídio*.

Ademais, vimos que o Direito Penal deve ser o último recurso de controle social. Constatamos, também, que a perspectiva garantista de FERRAJOLI (2002) versa, em sua linha positiva, que os direitos humanos devem ser protegidos e, por isso mesmo, representam a objetividade jurídica da norma penal incriminadora. Não existe atrito entre a criação da qualificadora de *feminicídio* e o garantismo penal do supracitado autor, pois o bem jurídico tutelado é a vida concreta das mulheres. Assim, a nossa hipótese foi confirmada, a instauração da qualificadora de *feminicídio* no Brasil respeita os limites da pena como *ultima ratio*. Outrossim, nomear o fenômeno é importante porque visibiliza a ocorrência desse crime, e, com isso, possibilita a criação de estratégias para proteger a vida das mulheres.

Por último, cumpre lembrar que a instituição da qualificadora de *feminicídio* não deve ser uma ação isolada, precisamos articular outras alternativas para combater as violências sofridas pelas mulheres, tais como: a) reconhecer e rechaçar as formas institucionais de violências legitimadas pelo Estado; b) garantir o protagonismo das mulheres por meio de

³⁰ SEGATO, Rita Laura. **Femi-geno-cídio como crimen en el fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho**. In: FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia (Eds.). *Feminicidio en América Latina*. Mexico, DF: Centro de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades; Universidad Nacional Autónoma de México, 2011-b, pp. 6 - 8.

Direitos Humanos e Liberdade: Uma Análise Sobre A Tipificação da Qualificadora de Femicídio No Brasil sob a Óptica da Interpretação Da Pena como *Ultima Ratio*

políticas públicas de educação, autonomia econômica e equidade entre todas as pessoas no mundo do trabalho; c) reivindicar efetividade do poder público e da iniciativa privada para sanar as lacunas que deixam as mulheres em situação de vulnerabilidade; d) garantir o investimento na expansão com qualidade da rede de enfrentamento às violências de *gênero*.

6. REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Leonardo. **Princípio da intervenção mínima: *ultima ratio***. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333120482/principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em 21 de set. de 2019.
- BORGES, Paulo. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, nº138, julho de 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner.- 11ªed.- Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.
- _____. **Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (femicídios)**. ONU mulheres, 2016.
- CAMPOS, Carmen Hein. Violência, crime e Segurança Pública Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan.-jun. 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado, 3ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Vade Mecum Penal**. 1ª edição, editora JusPodivm, 2017.
- ONU, mulheres. ONU MULHERES. **Direitos Humanos das Mulheres**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em 20 de set. de 2019. pp.13-15.
- PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**. n. 37, julho-dezembro, 2011, pp. 219 - 246.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.75.
- SAFFIOTTI, Heleieth. **Gênero Violência Patriarcado**. 2ª edição, editora: expressão popular-Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2015.
- SEGATO, Rita Laura. **Femi-geno-cídio como crimen en el fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho**. In: FREGOSO, Rosa-Linda; BEJARANO, Cynthia (Eds.). *Feminicidio en América Latina*. Mexico, DF: Centro de Investigaciones de Ciencias Sociales y Humanidades; Universidad Nacional Autónoma de México, 2011-b.
- SCOTT. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução: Cristine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila, 1989.
- TIBURI, Márcia. **Feminismos em comum: para todas, *todes* e todos**. 6ª edição, editora: rosa dos tempos. Rio de Janeiro, 2018.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília/Distrito Federal: OPAS/OMS; ONU Mulheres; SPM; Flacso, 2015.

LA [IN] CONVENCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN MIGRATORIA BRASILEÑA

Thiago Oliveira Moreira¹

Tony Robson da Silva²

RESUMEN: Este artículo busca investigar la [in]convencionalidad de la legislación brasileña en materia migratoria. La reciente publicación y la controversia sobre la Resolución n.º 666/2019, del Ministerio de Justicia, cuyo propósito es regular la posibilidad de deportación sumaria del inmigrante ha reavivado el debate acerca de la no convencionalidad de la legislación migratoria brasileira, dados los compromisos y costumbres internacionales. La búsqueda de un equilibrio entre el derecho soberano del Estado a regular la entrada de personas en su territorio y el respeto a los derechos humanos mínimos es el gran desafío que debe enfrentar los países cuando se trata de legislación que aborda el tema de la migración. El control de convencionalidad, aunque no sea tan explorado en Brasil, es el mecanismo reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar el cumplimiento de la legislación nacional con los tratados y convenciones internacionales que versen sobre Derechos Humanos. En este sentido, frente a la posibilidad de la responsabilización internacional del Estado y la falta de respeto a los derechos humanos mínimos, este estudio se encargará de investigar sobre el no cumplimiento de la legislación brasileña en materia migratoria a los tratados y convenciones de Derechos Humanos de los cuales Brasil es parte signataria. Para ello, el trabajo abordará la ley de migración brasileña, su necesaria adaptación al derecho internacional, así como las fallas de su regulación, con énfasis en la Resolución 666/2019 del Ministerio de Justicia. En este sentido, utilizamos la metodología de la revisión bibliográfica en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, de tal manera que empleamos el método deductivo, en el que buscamos demostrar la no convencionalidad de la legislación brasileña con el tema propuesto.

Palabras-clave: Control de Convencionalidad. Derechos Humanos. Legislación migratoria.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Al derogar el Estatuto del Extranjero (Ley 6.815/1980), a través de la emisión y promulgación de la Ley de Migración (Ley 13.445/2017), Brasil dio un gran avance legislativo en lo que atañe a la regulación de los derechos de migración.

De manera muy clara, la Ley de Migración trajo una adaptación elocuente del derecho interno a los instrumentos internacionales que abordan los derechos humanos y la migración.

¹ Profesor Adjunto de la *Universidade Federal do Rio Grande do Norte* (UFRN). Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). E-mail: tomdireito@hotmail.com

² Profesor Auxiliar I en la *Estácio Natal*. Máster en Derecho por la *Universidade Federal do Rio Grande do Norte* (UFRN). E-mail: tonyrobsons@gmail.com

Sin embargo, al editar su regulación mediante el Decreto n.º 9.199/2017, Brasil inicia (aunque sea hace poco tiempo) un notable retroceso legislativo con respecto a la migración. Pues además del mencionado Decreto, el Proyecto de Ley n.º 1928/2019, que está pendiente en el Senado Federal, y la reciente Resolución n.º 666/2019 se ocupan, en contra de lo dispuesto en la Ley de Migración, mitigar el reconocimiento de los derechos otorgados a los migrantes, causando el incumplimiento de la propia ley regulada, la Constitución Federal y los instrumentos internacionales que versan sobre el tema.

Este estudio aborda la contradicción actual y la notoria distorsión del carácter humanista propuesto por la Ley de Migración, a través de la revisión bibliográfica y con el empleo del método deductivo, para demostrar el deber de convencionalización de la legislación en materia migratoria, la adaptación de la Ley de Migración y la posible no convencionalidad de los instrumentos reguladores ya citados.

2. EL DEBER DE CONVENCIONALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA

Brasil y los demás Estados nacionales pactan cotidianamente tratados y acuerdos internacionales que generan obligaciones, derechos y deberes para cada uno de ellos. Es cierto que, al acordar dichos compromisos, los Estados se obligan a cumplirlos, bajo pena de responsabilización internacional.

El control de convencionalidad surge, entonces, como mecanismo para verificar la compatibilidad entre la norma nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que estén vigentes en aquel Estado (MAZZUOLI, 2018, p. 28).

Este eje principal se ocupa de la aplicación de los actos normativos derivados del sistema jurídico internacional en el derecho nacional, ya sean tratados o decisiones de cortes internacionales. En otras palabras, la jurisdicción del Estado también debe considerarse en los tribunales internacionales, ya que el Control de Convencionalidad y nacional deberá utilizarse como una herramienta para garantizar una aplicación calificada no solo de las normas provenientes de los instrumentos internacionales, sino también de las decisiones emitidas de cortes y tribunales internacionales de derechos humanos (GUERRA e MOREIRA, 2017).

Es un hecho que el Estado precisa adaptar sus normas a los derechos humanos mínimos que se establecen en diversos documentos internacionales y, con respecto al estudio actual, al tema migratoria.

Un ejemplo de esto es la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 13 reconoce el derecho de libre circulación. Aunque no es explícito el deber del Estado recibir un inmigrante, debe ser garantizado al inmigrante un tratamiento digno cuando se encuentra en un Estado extranjero, una vez que el reconocimiento de los derechos humanos no puede distinguir a los nacionales de los extranjeros.

Por lo tanto, no se menciona la obligación del Estado de regularizar la situación del inmigrante que haya ingresado ilegalmente a su territorio, por ejemplo. Lo que tenemos es el deber de garantizar los derechos humanos mínimos al inmigrante, como fueron reconocidos, incluso, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ y por el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁴, que dispusieron que los derechos humanos no deberían limitarse apenas a los ciudadanos del Estado parte, sino a todos los individuos independiente de su nacionalidad.

Por ser signatario de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y migración, Brasil tiene el deber de hacer cumplir internamente el contenido de esos instrumentos. Este es el caso de la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, incorporada al sistema brasileño en 1961 a través del Decreto 50.215, que prevé trato diferente para los refugiados. Bajo los términos del art. 33, § 1º del mencionado Estatuto, Brasil tiene el deber de no expulsar o rechazar a un refugiado, por ejemplo.

En la misma línea, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que fue incorporada por el Decreto n.º 40/1991, establece que los Estados Parte tomarán las medidas necesarias para proteger al individuo de la aplicación de penas inhumanas, en la que se incluye la prohibición de la expulsión, deportación o extradición cuando hay peligro de ser sometido a la tortura, en los términos del ser art. 3º.

Así, Brasil tiene el deber de adoptar los principios internacionales aplicados a los asuntos migratorios cuando se trate de la edición e, incluso, de la regulación de sus leyes, como forma del correcto cumplimiento de sus compromisos, bajo pena de ser responsabilizado internacionalmente.

3. LA LEY DE MIGRACIÓN BRASILEÑA (13.445/17) Y SU ADAPTACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

³ Opinión Consultiva 18/03 (2003), Caso Tibi vs. Ecuador (2004), Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010). Para estudio profundo, según: MOREIRA, Thiago Oliveira., 2019, p. 316-349.

⁴ Comentario General n.º 15 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

La historia del Brasil, principalmente en sus períodos de gobiernos militarizados, dio un trato xenófobo y discriminatorio a los inmigrantes que ingresaban en el territorio nacional, al no otorgar a aquellas personas los derechos mínimos y esenciales para garantizar la preservación de la dignidad humana (JARDIM, 2017, p. 23).

Publicada en mayo de 2017, con producción de efectos para diciembre de aquel año, y considerando los 180 días de *vacatio legis* prevista en su último artículo, la Ley n.º 13.445, que instituyó la Ley de Migración brasileña, surge en el país como una forma de garantizar el cumplimiento de la legislación brasileña a los tratados y compromisos asumidos internacionalmente, incluso si no se reconoce directamente, cuando deroga el Estatuto del Extranjero de 1980 que trataba el asunto con un sesgo militarizado de Dictadura Militar brasileña en aquel entonces.

Por lo tanto, es necesario reconocer el esfuerzo del Estado, al emitir la ley de Migración, para encontrar la adecuación de su sistema legal a las reglas establecidas internacionalmente, ya sea por medio de tratados incorporados a la legislación nacional, o mediante decisiones de tribunales e entidades internacionales y aún a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de 1988.

En este sentido, diversos autores adoptaron discurso de consenso sobre el acuerdo del legislador brasileño con la Ley n.º 13.445/2017, una vez que se concretó en el orden nacional la comprensión internacionalista de garantizar la preservación de los derechos humanitarios a los migrantes (BICHARA, 2018; GUERRA, 2017; JARDIM, 2017; MOREIRA, 2019).

En el artículo 3º, la Ley de Migración adoptó los principios más importantes para la defensa de los derechos de los migrantes, en particular, la acogida humanitaria, la no criminalización de la migración, la no discriminación y la universalización de los derechos humanos.

De forma acertada, la Ley se ocupó de tratar al inmigrante como sujeto de derechos, garantizando en todo el territorio nacional condiciones de igualdad a los nacionales, otorgándoles varios derechos antes no reconocidos en sus artículos. 3º y 4º (GUERRA, 2017).

Para garantizar su efectividad, la nueva Ley trajo también instrumentos como la desburocratización del proceso de la regularización migratoria y la concesión de visa temporal para la acogida humanitaria, como forma de garantizar la efectividad a las previsiones.

A pesar del momento actual de transición, que requiere del Estado un ejercicio de sensibilidad y proporcionalidad para posicionarse frente al desafío actual enfrentado por la sociedad internacional para “conciliar las prerrogativas de los Estados y las obligaciones internacionales derivadas de los tratados de cuño económico o protector de derechos humanos” (BICHARA, 2018), Brasil consiguió encontrar a través de su Ley de Migración la convencionalidad necesaria en lo que se refiere en materia migratoria.

Sin embargo, a pesar del avance reconocido a través de la Ley de Migración, Brasil se enfrenta actualmente a un *vía crucis*: a pesar de haber una ley que regula la inmigración que tiene en cuenta la adecuación a las garantías mínimas de los migrantes, su regulación enfrenta un severo retroceso que amenaza atropellar incluso la Ley 13.445/2017.

4. LA (IN) CONVENCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN MIGRATORIA BRASILEÑA

A pesar del cambio brasileño para garantizar el cumplimiento de su legislación con los tratados y compromisos que estén relacionados con asuntos migratorios y del respeto a los derechos fundamentales otorgados también a los migrantes, las regulaciones a la Ley n.º 13.445/2017 han tratado, por así decirlo, de minimizar su carácter humanista, como será descrito en los renglones que siguen.

4.1 DECRETO N.º 9.199/2017 Y SUS VICIOS

En un completo desacuerdo con la ley dirigida a regular, el Decreto 9.199 de 2017, en su artículo 211, había previsto un instrumento para arresto con fines de deportación — que no estaba previsto en la Ley de Migración — lo que demuestra un contraste inicial entre el Decreto reglamentario y la ley de inmigración, como ya señaló MOREIRA (2019, p. 493).

Sin embargo, en correcta decisión, la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia, en la sede de Habeas Corpus, reconoció que la prisión con el propósito de cumplir con el decreto de expulsión del extranjero fue abolida en Brasil por la nueva Ley de Migración (RHC n.º 91.785/SP), descartando así los efectos nocivos del artículo.

De hecho, en discusión judicial, ya hubo el reconocimiento de la extrapolación del poder regulatorio cuando se emitió el Decreto 9.199/2017, entonces, las normas regulatorias de una ley no pueden contradecirla, sirviendo solamente para garantizar la efectividad de la norma ya existente. Por lo tanto, el Decreto en cuestión no puede extrapolar lo que se dispuso en la Ley n.º 13.445, sino solo hacer cumplir los mandamientos en previstos en él mismo.

4.2 PROYECTO DE LEY N.º 1928/2019 Y SU INCONVENCIONALIDAD

Actualmente se está discutiendo en el Senado Federal el proyecto de ley PL 1.928/2019, redactado por el Senador Acir Gurgacz (PDT/RO), que tiene la intención de enmendar la Ley de Migración para incluir la posibilidad de la visa temporal simplificada a los jóvenes que pretendan desarrollar actividades de pasantía en Brasil.

Sin embargo, en sentido semejante al art. 211 del Decreto 9.199/2017, el Senador Fernando Bezerra (MDB/PE) presentó una enmienda sustitutiva que tiene la intención de incluir en esta Ley la posibilidad de arresto por deportación y, más grave aún, la retirada obligatoria de solicitantes de refugio, lo que representa una grave violación de los principios que deben orientar la relación migratoria.

Si se aprueba el proyecto en cuestión, Brasil incumplirá claramente los compromisos asumidos internacionalmente para garantizar los derechos a los inmigrantes una vez más, ya que se tratará de la norma no convencional, caso aprobada.

4.3 RESOLUCIÓN N.º 666/2019 – MJ Y SU TOTAL INCOMPATIBILIDAD

En el mismo sentido distorsionado del carácter humanista de la Ley de Migración brasileña surge la Resolución N.º 666 del Ministerio de la Justicia y Seguridad Pública que prevé, incluso, la posibilidad de expulsión sumaria de inmigrantes.

Mediante una lectura rápida de la resolución mencionada, incluso antes de hablar de los incumplimientos de los derechos internacionalmente reconocidos a los migrantes, la “expulsión sumaria” y la posibilidad de declaración de “persona peligrosa” claramente viola el derecho al debido proceso legal y al principio de la inocencia, ambos garantizados por la Constitución de 1988 (art. 5º, LIV, LV, LVII) como derechos fundamentales.

Aún en este aspecto, la Resolución 666 considera, incluso, como persona peligrosa la que fuera sospechosa por práctica de algunos actos (art. 2º), lo que revela su contradicción a la propia Ley de Migración que solo considera la posibilidad de expulsión cuando el migrante sea condenado (por algunos crímenes, según el §1º del art. 54) y desde que haya ocurrido el tránsito en juzgado de su condenación.

La garantía del debido proceso legal, además de prevista en la Constitución Federal, fue declarada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de los

standards mínimos para el migrante, en los términos del capítulo 7 del documento titulado de *Movilidad humana - estándares interamericanos*⁵.

En un evidente caso de incumplimiento, la Resolución 666 crea la posibilidad de arresto preventivo para deportación (art. 5º), instrumento no aceptado por la Ley n.º 13.445 que previó en su art. 123 que “Nadie será privado de su libertad por razones migratorias, excepto en los casos previstos en esta Ley”.

En otro incumplimiento obvio, aunque conste en el texto la previsión legal de la individualización de los procedimientos, la Ordenanza abre una brecha para que la expulsión ocurra, por ejemplo, de modo general.

En este sentido, la Defensoría Pública de la Unión se manifestó, a través de la Nota Técnica n.º 6 de 26 de julio de 2019, alertando sobre la inconstitucionalidad, ilegalidad e inconveniencia de la creación por una orden ministerial de control migratorio, en la que se incluye la creación del instituto de deportación sumaria que viola nociones mínimas del debido proceso legal.

Aún en este sentido, el Ministerio Público Federal emitió la Recomendación n.º 09/2019/PFDC/MPF, cuyo objetivo es advertir al Ministro de Justicia y la Seguridad Pública sobre la incompatibilidad de la mencionada resolución con los instrumentos internacionales de los derechos humanos, la Constitución Federal y con la propia Ley de Migración, así como sugerir la suspensión de los efectos de la Ordenanza 666/2019.

De lo anterior, se observa claramente la no convencionalidad de la referida resolución, ya sea por la creación del instituto de la deportación sumaria, el irrespeto al debido proceso legal, la prisión para fines de la expulsión o la deportación, o aún por la negativa de solicitud de refugio por persona en la cualidad de investigada.

En una petición reciente presentada al Supremo Tribunal Federal (STF), la Procuraduría General de la República (PGR) propuso el Arbitraje del Incumplimiento del Precepto Fundamental (ADPF) n.º 619 para declaración de la inconstitucionalidad de la referida resolución.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo que se expuso, hay un reconocido deber de todos los poderes y agentes del Estado para actuar en la adaptación de la norma interna a los instrumentos y compromisos internacionales, con el objetivo de la convencionalidad de las normas.

⁵ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

Este deber emana para el Legislativo, al redactar las leyes, la observancia de los principios internacionales que rigen los Derechos Humanos; al Ejecutivo al regularlo y ejecutarlo a la observancia necesaria de las normas internacionales de protección a los Derechos Humanos; y al poder Judicial, al averiguar la aplicación de las normas, la invalidación, por vicio de no convencionalidad, de los actos normativos contrarios al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, se observa claramente que los actos de regulación en materia migratoria en Brasil y el Proyecto de Ley, en consideración, violan los principios internacionales de protección a los Derechos Humanos y de los Migrantes, así como la propia Ley de Migración (13.445) que está adaptada a estos.

Finalmente, dado que los actos del Legislativo y el Ejecutivo están viciados por la no convencionalidad, en los términos de lo estudiado, se espera que la actuación correcta del poder judicial invalide la Resolución 666/2019 (e incluso del PL 1928, si se aprueba) para garantizar la convencionalidad de las normas brasileñas en materia de migración.

REFERENCIAS

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado. **A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração**. In.: JUSTIÇA DO DIREITO v. 31, n. 2, 2017, p. 208 – 228. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147>>. Acceso en: 21 de setembro de 2019.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 220, p. 123-148, out./dez. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p123>. Acceso en 03 de setembro de 19.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COELHO, Gabriela. **Portaria sobre deportação viola direitos, leis e a própria Constituição, diz DPU**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-27/portaria-reportacao-viola-direitos-constituicao-dpu>>. Acceso en 08 de setembro de 2019.

COMIÇÃO INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Movilidad humana - estándares interamericanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>>. Acceso en 08 de setembro de 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Nota técnica nº 6 – DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU** de 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/portaria-mj-viola-direitos-leis-propria.pdf>>. Acceso en 08 de setembro de 2019.

GOMES, Joséli Fiorin. **A Nova Lei de Migração Brasileira em Cheque: exame dos avanços face ao estatuto do estrangeiro e das dificuldades decorrentes dos vetos presidenciais**. In.: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Vol. XIII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 485 – 505.

GUERRA, Sidney. *A Nova Lei de Migração no Brasil: Avanços e Melhorias no Campo dos Direitos Humanos*. **Revista Direito e Cidade**. vol. 09, nº 4. ISSN 2317-7721, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/28937/21967>>. Acesso em 08 de setembro de 2019.

GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. *Contornos Atuais do Controle de Convencionalidade Doméstico*. In.: **Los Desafios Jurídicos a La Gobernança Global: una perspectiva para los próximos siglos**. 1º ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. *A lei migratória e a inovação de paradigmas*. In: **Cadernos de Debates, Refúgios, Migrações e Cidadania**, v. 12, n. 12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Pag. 17-47. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%B3gio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf>. Acesso em 03 de setembro de 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

GOVERNANÇA GLOBAL: O COMITÊ DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O USO PACÍFICO DO ESPAÇO (COPUOS) COMO MECANISMO DE GOVERNANÇA GLOBAL ESPACIAL

Marina Stephanie Ramos Huidobro.¹

Natalia Rosa de Oliveira.²

RESUMO: A palavra governança pode abranger diversos significados, mas ganha um sentido específico no final dos anos de 1980, quando o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional estabelecem a política da “boa governança”. A princípio a ideia de governança adota um caráter liberal visando o desenvolvimento de mercado com objetivo de crescimento e a diminuição da pobreza, seguindo com o comprometimento com a evolução de países subdesenvolvidos e questões sustentáveis. Com essa mudança de objetivos sobrevém um conceito mais contemporâneo, o conceito de governança global que ganha destaque com a criação pela Organização das Nações Unidas (ONU) da Comissão sobre Governança Global em 1992. Nesse contexto seu objetivo é unir indivíduos diversos, como Estados, instituições públicas e privadas, organizações internacionais, organizações não- governamentais (Ongs), empresas transnacionais, dentre outros entes que apresentam uma problemática em comum e que buscam maneiras diversas de tentar solucionar esse conflito, superando as barreiras estatais. Outrossim, o Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço (COPUOS) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, criado em 1959 que visa estabelecer regras, limites e discussões sobre a exploração pacífica do espaço. Evitando assim eventuais conflitos, assegurando a paz, a segurança e o desenvolvimento. Tem grande atuação no desenvolvimento dos principais instrumentos jurídicos do Direito Espacial, ele reúne diversos Estados-membros que objetivam estabelecer um consenso, assim como a solução de controvérsias sobre uma temática em comum, isto é, sobre o uso pacífico do espaço. Assim, através de um levantamento bibliográfico e documental, o presente estudo visa demonstrar o COPUOS como um mecanismo de governança global, que auxilia na cooperação internacional e garante o uso pacífico do espaço.

Palavras-chave: Governança Global; Direito Espacial; Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço - COPUOS; Organização das Nações Unidas - ONU; Solução de conflitos.

Introdução

¹ Graduada em direito pela Universidade Católica de Santos. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB Santos. Mestranda em Direito Internacional com linha de pesquisa voltada para o Direito Espacial na Universidade Católica de Santos. Integrante do grupo de pesquisa em Astropolítica. Endereço eletrônico: marina.huidobro@unisantos.br

² Graduada em direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Pós-graduada em Direito Constitucional e Relações Internacionais. Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB Bauru. Mestranda em Direito Internacional com linha de pesquisa voltada para direito humanitário na Universidade Católica de Santos. Integrante dos grupos de pesquisa de Astropolítica e Direitos humanos e Vulnerabilidade. Endereço eletrônico: nataliarosaoliveira@yahoo.com.br

Com a evolução da sociedade conhecimentos de áreas variadas são adquiridos e conceitos são elaborados. Entretanto, no entendimento de cada ser a interpretação de tal conceito pode divergir.

Sendo assim, quando o conceito de um determinado assunto não é compreendido de forma compatível pelas partes e as mesmas buscam um consenso para resolver um determinado problema que permeia esse assunto, temos instaurado o que se chama de controvérsia.

Para solução de controvérsias podemos denominar diversos mecanismos que foram criados ao longo do desenvolvimento da sociedade, sendo a forma mais conhecida a jurisdição, isto é, a forma de controle, competência e soberania que o Estado detém para solucionar conflitos de interesse difuso e coletivo, geralmente exercida pelo Poder Judiciário.

Contudo, o litígio pode estar instaurado em âmbito nacional tanto quanto em âmbito internacional, ou seja, fora da jurisdição do Estado soberano. Deste modo, outras formas de solução de conflito surgiram como os institutos de mediação, conciliação e arbitragem. Ademais, são criados organismos internacionais como organizações não governamentais (ONGs), organizações internacionais (OIs), bem como a formação de arranjos informais, que são grupos que se reúnem a fim de solucionar um problema em comum.

Nesse sentido se enquadra o instituto da Governança Global que será exposto no tópico a seguir.

1. A Governança Global como mecanismo de consenso

Na década dos anos 90, mais especificamente com o fim da Guerra Fria, começam a surgir as primeiras teorias sobre Governança Global, principalmente devido a nova ordem mundial já não mais bipolar. Ademais, acabamos por adentrar em um cenário internacional que já não possui uma autoridade única, isto é, internacionalmente passamos a viver em um mundo multipolar.³

Sendo assim, compreende-se que grande parte dessa multipolaridade nasce em consequência da globalização. Isso devido a atuação de novos atores no cenário internacional, como as OIs, ONG's, atores privados e instituições internacionais, que se contrapõe ao antigo costume de voz e atuação a nível internacional apenas aos Estados.

³ OLIVEIRA PIZARRO, Juliano; DE MORAES RIAL, Carmen Silvia. Governança global: visões teóricas e pluralidade de atores. *Relac. int., La Plata*, v. 27, n. 54, p. 107-120, jul. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S231427662018000100008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2019. p.108

Governança Global: O Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço (Copuos) Como Mecanismo de Governança Global Espacial

Nesse novo ambiente multifacetado começa a surgir a ideia de cooperação a partir de uma visão de interdependência entre os novos protagonistas globais. Assim surge a Governança em sentido global⁴.

Para compreendermos a Governança em sentido global, é importante diferenciar o significado de dois verbetes governo e governança que podem parecer ter significado similar, mas na verdade não se confundem. O governo encontra respaldo no sentido weberiano, sendo mais autoritário, na busca por autoridade única, forte e coerciva (existência do poder de polícia). Por sua vez a governança se relaciona mais com ideia de Hannah Arendt, que se fundamenta no diálogo e no comum acordo⁵.

No livro dos Doutos Doutrinadores Gonçalves e Costa⁶ podemos entender governança como acordos firmados através de diálogos que apresentam consenso entre diferentes partes, sem a necessidade da existência de uma autoridade ou obrigação legal. Ademais, a governança não se restringe apenas a atuação em nível internacional, isto é, ela pode se dar em nível local, regional e nacional.

Com o desenvolvimento desse mecanismo ao longo dos anos um novo conceito surgiu “Governança Global”, ela apresenta a mesma conceituação da simples governança exposta anteriormente. Há apenas uma pequena divergência no que tange a sua abrangência que ocorre a nível internacional, e também nos atores que nela atuam⁷. Melhor conceituação encontra-se nas palavras de Pizarro e Rial:

“...conjunto de instituições formais e informais, mecanismos, relações e processo entre e dentre os Estados, mercados, cidadãos e organizações, tanto internacionais e não governamentais, no sentido de se atribuir uma regulamentação para demandas em escala global. Em tese, visa atingir interesses coletivos no plano global, tendo em vista atribuir direitos e obrigações pra os atores no plano internacional e a medir conflitos.”⁸

Assim, podemos sintetizar a Governança Global como um instituto historicamente recente no âmbito das relações internacionais. Contudo, é um mecanismo que está cada vez

⁴ Ibid, p.110-111

⁵ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José A. Fontoura. Governança Global e Regimes Internacionais. 1 ed. São Paulo: Editora Almedina, 2011. p. 43-45

⁶ Ibid., p. 50.

⁷ Ibid., p.52.

⁸ OLIVEIRA PIZARRO; DE MORAES RIAL. Op. cit., p.111 e 112.

mais integrado nessa nova Sociedade Internacional, já que os novos e antigos atores agora buscam a cooperação mediante acordos sobre um bem comum.

Outrossim, cabe ressaltar que a Governança Global atinge diferentes nichos de trabalho como o ambiental e o econômico, por exemplo⁹. Assim, ela não só cabe como é essencial para questões do Direito Espacial, principalmente devido a sua atuação que se sobrepõe a soberania dos Estados.

Ainda, há de se levar em consideração que a tecnologia espacial se encontra cada vez mais atual, muitas vezes mostrando que a legislação e os instrumentos jurídicos utilizados por esse meio se encontram desatualizados. Assim, algumas temáticas atuais ficam sem uma base legislativa e podem ocasionar eventualmente uma controvérsia, que restará ser solucionada mediante o mecanismo da Governança Global.

2. O direito espacial e as atuais controvérsias

Para compreensão do surgimento do Direito Espacial é necessário retomar um contexto histórico.

Em 1945 a Segunda Guerra Mundial chega ao fim, surgindo então o período da Guerra Fria onde o mundo se dividiu em uma ordem bipolar, de um lado comandado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e de outro pelo Estados Unidos da América (EUA). Nesse contexto histórico, na data de 04 de outubro de 1957 a URSS lança o primeiro satélite a órbita terrestre - Sputnik 1, fazendo com que o EUA também busque desenvolver tecnologia a nível espacial, originando o período conhecido como “Corrida Espacial” entre as duas grandes potências da época.

Dessa forma, os Estados sentiram a necessidade de criar uma regulamentação a fim de que espaço não fosse utilizado para fins militares o que poderia culminar em uma Terceira Guerra Mundial.¹⁰

Sendo assim, em 1959 a Assembleia Geral das Nações Unidas fundou um órgão subsidiário que visa o uso pacífico do espaço, o Comitê das Nações Unidas para Uso Pacífico do Espaço (COPUOS), seu objetivo é estabelecer regras, limites e discussões através de seus Estados-membros para a exploração pacífica do espaço, evitando assim conflitos, assegurando a paz, a segurança e o desenvolvimento.¹¹ Conta atualmente com 92 Estados-

⁹ GONÇALVES; COSTA. Op. cit., p.32-33 e 52.

¹⁰ BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. Comitê das Nações Unidas para Uso Pacífico do Espaço (COPUOS): Legado e Perspectivas. In: JUBILUT, Líliliana Lyra. Direito Internacional Atual. 1.ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 360.

¹¹ COPUOS History. Disponível em: <<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/history.html>>. Acesso em: 20 set 2019.

Membros, além da participação de organizações internacionais, governamentais e ONG's, como observadoras.

A estrutura do Comitê se divide em dois subcomitês, o Subcomitê Técnico e Científico responsável pela parte científica, e o Subcomitê Jurídico responsável por cuidar de questões jurídicas. Nesse sentido, os principais tratados que regulamentam o Direito Espacial foram elaborados por força motriz do COPUOS¹², podendo haver destaque para a carta magna do Direito Espacial o Tratado do Espaço (1967), seguido posteriormente pelo Acordo sobre Salvamento de Astronautas (1968); Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais (1972); Convenção Relativa ao Registro de Objetos lançados no Espaço Cósmico (1975) e Acordo que Regula as Atividades dos Estados na Lua e em Outros Corpos Celestes – Tratado da Lua (1979).

Entretanto, mesmo havendo guarida pelos tratados como instrumentos reguladores, os mesmos foram criados durante o período da Guerra Fria¹³, relatando uma realidade distinta da tecnologia que se desenvolveu atualmente. Desse modo, se os atores que permeiam essa eventual tecnologia entrarem em controvérsia, deverá ser utilizado um mecanismo alternativo para a solução do conflito, nesse caso a Governança Global.

3. Novas tecnológicas geram novos desacordos

A inovação tecnológica, bem como o aumento do número de atores que hoje realizam atividades espaciais, levantam questionamentos que não eram pensados no início da Era Espacial. Como exemplo, podemos citar a problemática com do lixo espacial e da exploração de recursos no espaço.

O lixo espacial, conhecido internacionalmente como *Space Debris*, vem aumentando de maneira exponencial e varia desde satélites inativos até detritos ocasionados por explosões ou colisões que ocorreram no espaço. Os *Debris* se tornam objetos que não podem mais ser controlados da Terra, colocando em risco outros satélites essenciais para o nosso cotidiano repleto de tecnologia.

Atualmente não temos nenhuma regulamentação sobre o tema que obrigue cada Estado-lançador responsável pelo objeto a trazê-lo de volta para a Terra ou dar uma destinação mais adequada. Ainda, essa situação pode gerar possíveis conflitos entre

¹² BITTENCOURT NETO. Comitê das Nações Unidas para Uso Pacífico do Espaço (COPUOS): Legado e Perspectivas. Op. cit. p. 360.

¹³ MONSERRAT FILHO, José; SALIN, A. Patrício. O Direito Espacial e as hegemônias mundiais. Estudos Avançados, v. 17, n. 47, p. 261-271, 2003. p. 261-263.

diferentes atores com relação a quem deverá responder e ressarcir o dano causado caso este ocorra. Uma alternativa seria a utilização do mecanismo de Governança Global para solução do conflito.

A exploração de recursos espaciais, internacionalmente conhecida como *Space Resources*, visa a exploração e comercialização de matéria-prima como água, minérios e gás encontradas em corpos celestes.¹⁴ Nesse contexto, o ex-presidente do EUA Barack Obama sancionou em 2015 a Lei “The U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act”¹⁵ que visa permitir a exploração de recursos espaciais para fins comerciais pelos cidadãos do EUA.

Essa legislação entrou em conflito com alguns tratados que norteiam o Direito Espacial, principalmente com o *Artigo II* do Tratado do Espaço¹⁶ que prevê que nenhum corpo celeste poderá ser apropriado. Diante dessa situação, no mesmo ano de 2015 foi criado o Grupo de Trabalho da Haia sobre Governança de Recursos Espaciais¹⁷, um arranjo informal composto por especialistas do ramo do Direito Espacial que visam regulamentar a questão da exploração de recursos espaciais, atuando como um mecanismo de Governança Global para solução de um conflito que tem impacto internacional.

4. Conclusão

Diante do exposto, o presente trabalho demonstrou a Governança Global como um importante mecanismo na solução de controvérsias, especificamente na sua utilização no âmbito do Direito Espacial que possui atuação e impacto em nível internacional. O Grupo de Trabalho da Haia sobre Governança de Recursos espaciais que tem como objetivo encontrar um mecanismo de governança eficiente; permitindo que as atividades desenvolvidas por meio desse grupo reflitam tanto em níveis regionais quanto em nível global, é um exemplo de como a Governança pode solucionar questões em conflito de forma eficiente e pacífica, uma vez que reúne diversos atores interessados no tema em discussão.

¹⁴HOBÉ, Stephan. Current and Future Developments of Space Law. Disponível em: <<https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1775.htm>>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁵ International Institute of Space Law. POSITION PAPER ON SPACE RESOURCE MINING. Disponível em: <<file:///E:/Textos/Aula%207/IISL%20-%20Space%20Resource%20Mining.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁶ Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico - DECRETO Nº 64.362, DE 17 DE ABRIL DE 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64362.html>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁷The Hague International Space Resources Governance Working Group. Disponível em: <<https://www.universiteitleiden.nl/en/law/institute-of-public-law/institute-for-air-space-law/the-hague-space-resources-governance-working-group>>. Acesso em: 25 set. 2019.

Bibliografia

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. Comitê das Nações Unidas para Uso Pacífico do Espaço (COPUOS): Legado e Perspectivas. In: JUBILUT, Liliana Lyra. Direito Internacional Atual. 1.ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. Direito Espacial Contemporâneo: responsabilidade internacional. 1 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

COPUOS History. Disponível em: <<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/history.html>>. Acesso em: 20 set 2019.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José A. Fontoura. Governança Global e Regimes Internacionais. 1 ed. São Paulo: Editora Almedina, 2011. p. 13- 62.

HOBE, Stephan. Current and Future Developments of Space Law. Disponível em: <<https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1775.htm>>. Acesso em: 25 set. 2019.

MONSERRAT FILHO, José; SALIN, A.Patricio. O Direito Espacial e as hegemonias mundiais. Estudos Avançados, v. 17, n. 47, p. 261-271, 2003.

OLIVEIRA PIZARRO, Juliano; DE MORAES RIAL, Carmen Silvia. Governança global: visões teóricas e pluralidade de atores. Relac. int., La Plata , v. 27, n. 54, p. 107-120, jul. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2314-27662018000100008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2019.

SMITH, Lesley Jane. Collissions in spaca: perspectives on the law applicable to damage arising from space objects. International Astronautical Federation. Gernmany. IAC-12, E7. 2012. Disponível em: < <http://iafastro.directory/iac/archive/browse/IAC-12/E7/2/13178/> >. Acesso em: 25 set. 2019.

Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico - DECRETO Nº 64.362, DE 17 DE ABRIL DE 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64362.html >. Acesso em: 25 set. 2019.

The Hague International Space Resources Governance Working Group. Disponível em: <<https://www.universiteitleiden.nl/en/law/institute-of-public-law/institute-for-air-space-law/the-hague-space-resources-governance-working-group>>. Acesso em: 25 set. 2019

GOVERNANÇA GLOBAL NA EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS ESPACIAIS: O GRUPO INTERNACIONAL DE TRABALHO DE HAIA SOBRE GOVERNANÇA DE RECURSOS ESPACIAIS

Catherine de Souza Santos¹

Suyan Cristina Malhadas Lima²

Resumo: A multiplicação dos conflitos da sociedade contemporânea, derivados da complexidade dos interesses estatais, individuais e de grupos de diversas naturezas, demandou, ao longo das últimas décadas, a criação e o fortalecimento de mecanismos de cooperação que possibilitem a identificação de problemas comuns e o desenvolvimento de estratégias para solucioná-los. A governança global é um meio para se atingir esse objetivo e, simultaneamente, um processo capaz de produzir resultados eficazes para a solução dos problemas sociais. A eficácia depende de contemplarem-se os diversos interesses relacionados a cada área, portanto é fundamental a participação ampliada da sociedade na identificação das questões, discussão, tomada de decisões e fiscalização das ações implementadas. No âmbito das atividades de exploração dos recursos espaciais coexistem múltiplos interesses relacionados à defesa nacional, prioridade de acesso aos recursos minerais e zonas estratégicas, expansão dos sistemas de telecomunicações, segurança das pessoas e da biodiversidade na Terra, dentre outros. Figuram os Estados como importantes atores, mas não os únicos, assumindo destaque empresas privadas, Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais (ONGs) ou da sociedade civil, a comunidade acadêmica e científica e também os indivíduos. Evidencia-se nesse cenário a necessidade de soluções baseadas na persuasão e no consenso, que permitam coordenar de maneira legítima os interesses não alinhados dos diversos atores, previnam conflitos e garantam a sustentabilidade das atividades espaciais. O artigo abordará a atuação do Grupo Internacional de Trabalho de Haia sobre Governança de Recursos Espaciais na solução de problemas atuais e na prevenção de potenciais conflitos relacionados à ausência de uma estrutura regulatória para as atividades exploratórias no espaço. O grupo, liderado pelo Institute of Air and Space Law da Universidade de Leiden, na Holanda, conta com universidades, fundações, agências espaciais, corporações e centros de pesquisa relacionados à área como membros ou observadores. Estudando os conceitos e demandas dos diversos interessados nas atividades exploratórias espaciais e tendo por base o regime jurídico espacial existente, o objetivo dos trabalhos é estabelecer as bases para a construção de uma estrutura regulatória que viabilize a manutenção da paz e a sustentabilidade das atividades de exploração dos recursos espaciais em prol da humanidade. Serão abordados os mecanismos de tomada de decisões do grupo, a situação dos trabalhos, com especial relevo ao projeto atual que terá seus resultados apresentados em Novembro de 2019 e sua contribuição para o desenvolvimento ordenado das atividades exploratórias no espaço. Será utilizada pesquisa documental e bibliográfica e análise qualitativa.

¹ Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santo (UNISANTOS). Membro do Grupo de Pesquisa Astropolítica: Direito e Política Espacial da UNISANTOS. E-mail: catherine.sousan@gmail.com

² Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santo (UNISANTOS). Membro do Grupo de Pesquisa Astropolítica: Direito e Política Espacial da UNISANTOS. E-mail: suyancristina@hotmail.com

Palavras-chave: Governança global; Recursos espaciais; Grupo Internacional da Haia; Direito Espacial; Direito Internacional.

Abstract: The proliferation of social conflicts derived from the complex concerns of the States, individuals and different social groups, has demanded, over the last decades, the creation and strengthening of cooperation mechanisms, in order to enable the identification of common problems and the development of strategies to solve them. Global governance is a means to this end and, at the same time, a process capable of solving social problems successfully. Effectiveness depends on addressing the various concerns, so the broader participation of society is essential in identifying issues, discussing them, decision-making and monitoring actions. Space resource activities coordinate a multiplicity of concerns related to national defense, priority access to mineral resources and strategic zones, expansion of telecommunication systems, human and biodiversity security, among others. States are important actors, but not the only ones, sharing position with private companies, international and non-governmental organizations (NGOs) or civil society, the academic and scientific community, as well as individuals. This scenario highlights the need for solutions based on persuasion and consensus, that may legitimately coordinate the various concerns, prevent conflicts and ensure the sustainability of outer space activities. This working paper addresses the role of The Hague International Space Resources Governance Working Group in solving current problems and preventing potential conflicts related to the absence of a regulatory framework for space resource activities. The Working Group, led by the Institute of Air and Space Law at the University of Leiden, in the Netherlands, consists of universities, foundations, space agencies, corporations and related research centers as members or observers. By approaching the concepts and demands of the various stakeholders in space activities, as well as the existing legal regime, the Working Group aims at laying the foundations for a regulatory framework that enables space resource activities in a peaceful and sustainable way. This essay also addresses the decision-making mechanisms of the group and the status of its current project, whose results will be presented in November 2019. It also reveals the contributions of The Working Group to the orderly development of space resource activities. Documentary and bibliographic research will be used and qualitative analysis will be done.

Keywords: Global governance; Space resources; The Hague Working Group; Space Law; International Law.

1. A corrida espacial e a regulamentação do uso do espaço

A preocupação da humanidade com a regulamentação da exploração e do uso do espaço remonta às décadas de 1950 e 1960. À época, os desenvolvimentos tecnológicos alcançados com investimentos expressivos dos dois polos de poder da Guerra Fria, Estados Unidos e União Soviética, permitiram-lhes enviar missões à órbita terrestre, à Lua e, nas décadas seguintes, a outros corpos celestes, na disputa conhecida como corrida espacial.

Diante dos velozes avanços da tecnologia espacial e nuclear e da escalada da tensão entre os blocos capitalista e socialista, nos arranjos por ampliação das respectivas zonas de influência, crescia a apreensão global. Era manifesta a probabilidade do conflito indireto

ultrapassar os limites terrestres e originar uma guerra espacial cujas proporções e consequências seriam imprevisíveis.

Por sua destacada atuação na prevenção e solução de conflitos internacionais, a ONU colocou-se como foro apropriado para canalizar as preocupações e, atuando multilateralmente, transformá-las num sistema de controle do poderio bélico dos Estados no âmbito espacial. Num contexto de negociações que resultou em diversos tratados de desarmamento entre as duas superpotências, em 1967 entrou em vigor o Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes – o Tratado do Espaço³, reconhecido como a Carta Magna do Direito Espacial⁴.

Outros quatro tratados realizados no âmbito da ONU elaboraram e expandiram a regulamentação, tendo por base os princípios do Tratado do Espaço e com ele compõem o núcleo normativo do Direito Espacial: O Acordo de Resgate de Astronautas e Objetos Espaciais, de 1968, as Convenções sobre Responsabilidade, de 1972 e sobre Registro de Objetos Espaciais, de 1976 e o Tratado da Lua e Outros Corpos Celestes, de 1984. Esses instrumentos desenvolveram e aprofundaram conceitos nas suas temáticas específicas e previram condutas gerais desejáveis para evitar conflitos no uso do espaço⁵. De acordo com o artigo III do Tratado do Espaço, o direito espacial deve ser aplicado em consonância com outras fontes de direito internacional. Logo, instrumentos como tratados e acordos internacionais, a Carta da ONU, Resoluções da sua Assembleia Geral, além dos costumes internacionais e princípios gerais do direito contribuem na formação do regime jurídico espacial⁶.

2. Governança global na exploração dos recursos espaciais

Os avanços tecnológicos das últimas décadas possibilitaram a exploração do espaço de maneiras inimagináveis à época desses tratados⁷. A nova corrida espacial por prioridade

³ BITTENCOURT NETO, O. DE O. **Direito espacial contemporâneo: responsabilidade internacional**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31-37

⁴ HOBE, S. Current and future developments of space law. In: **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**, Rio de Janeiro, n. 88, 2005. Disponível em: <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1775.htm>. Acesso em: 05 set. 2019.

⁵ MASSON-ZWAAN, T. The international framework for space activities. In: SECURE WORLD FOUNDATION. **Handbook for new actors in space**. Columbia, 2018. p. 7.

⁶ Idem. p. 7.

⁷ Os novos desafios no uso do espaço são apontados por autores como GREGO, L. 50 years after the Outer Space Treaty: How secure is space? In: **Space Security Index**, 2017. p. 136-142. Disponível em: <https://www.ucsusa.org/nuclear-weapons/space-security/outer-space-treaty>. Acesso em: 04 set. 2019; MASSON-ZWAAN, T. op. cit. p. 38-46; BITTENCOURT NETO, O. DE O. **Chasing ghost spaceships: law of salvage as applied to space debris**. 2014. Disponível em: <http://iafastro.directory/iac/archive/browse/IAC-14/E7/2/23122/>. Acesso em: 05 set. 2019; SMITH, L. J. **Collisions in space: perspectives on the law applicable to damage arising from space objects**. 2012. Disponível em: <http://iafastro.directory/iac/archive/browse/IAC-12/E7/2/13178>. Acesso em: 06 set. 2019.

de acesso a posições estratégicas na Lua e noutros corpos celestes, com vistas à exploração econômica ou uso militar, é uma das novas vertentes e tende a ser objeto de grandes controvérsias. Atividades espaciais promovidas por atores não-governamentais, hoje intensas, eram inviáveis nos anos de ouro do Direito Espacial, logo a regulamentação é superficial.

Se de um lado parece sedimentado que a exploração econômica dos recursos naturais dos corpos celestes é permitida com base no princípio da liberdade do uso do espaço, previsto no Tratado de 1967, ainda há que se definir, diante do princípio da não apropriação, os tipos de atividades exploratórias que podem ser licitamente desenvolvidas⁸ e as maneiras como serão orientadas para a promoção do bem comum⁹, objetivo que delinea todo o regime jurídico espacial. A existência de zonas mais atraentes para a exploração de recursos minerais ou de água na Lua, por exemplo, torna premente a definição de mecanismos de coordenação entre as atividades dos diversos envolvidos. A criação de sistemas de repartição dos benefícios com as nações menos desenvolvidas e sem acesso a atividades espaciais também é primordial para a efetivação dos objetivos dos Tratados do Espaço e da Lua e a legitimidade das atividades¹⁰.

Todos esses aspectos não foram especificamente regulados pelos instrumentos normativos existentes nem poderiam ser, pois não eram realizáveis naquele momento. A urgência atual dessas questões corrobora as observações de Hobe de que a tecnologia espacial evolui em dimensões cada vez mais velozes que a normatização das condutas e de que a crescente privatização das atividades espaciais demanda um regime legal mais preciso para o uso comercial do espaço¹¹.

O desenvolvimento normativo deve contemplar as nações com programas espaciais em expansão, as que pretendem desenvolvê-los e deve proteger, ainda, os interesses das que não se engajaram nesse tipo de atividade. Os Estados mantêm interesses estratégicos tanto sob o aspecto militar quanto econômico. As atividades tornaram-se extremamente atrativas também para o setor privado e, na medida em que atores não governamentais ampliam sua participação, adquirem mais influência para demandar segurança jurídica. Cresce, assim, a pressão por modificações legislativas nos Estados onde atuam, para que promovam e garantam os interesses corporativos. Também é crescente a atenção da sociedade civil, dadas

⁸ MASSON-ZWAAN, T. op. cit. p. 45-47

⁹ MONTERRAT FILHO, J. **Direito e Política na era Espacial: Podemos ser mais justos no espaço do que na Terra?** Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007. p. 66.

¹⁰ HOBE, S. op. cit.

¹¹ Ibid.

as questões ambientais envolvidas no lançamento e reentrada de objetos, contaminação terrestre, utilização das tecnologias espaciais para a promoção da inclusão social, dentre outras. Assim, ONGs, a comunidade científica, universidades e fundações ganham importância no debate¹².

A multiplicidade de atores e interesses evidencia o potencial conflitivo dessa nova era espacial. São indispensáveis regras voltadas a essas questões e a criação de mecanismos eficazes de prevenção e solução de controvérsias. Considerando que a tendência atual é de desinteresse na negociação de instrumentos multilaterais de natureza vinculante¹³, a necessária atualização do regime jurídico espacial pode dar-se por meio da interpretação dos instrumentos já existentes¹⁴ e mecanismos de governança global devem contribuir para melhor debater os interesses e encontrar soluções que auxiliem na manutenção da paz.

A governança global consiste na criação e fortalecimento de meios de cooperação que possibilitem a identificação de problemas comuns, sob as perspectivas dos diversos atores envolvidos e o desenvolvimento de estratégias para solucioná-los. Ela é um meio para se atingir esse objetivo e, simultaneamente, um processo capaz de produzir resultados eficazes para a solução dos problemas sociais¹⁵.

A crescente complexidade da sociedade contemporânea e a relativização do papel do Estado no contexto internacional demandam a participação de outros atores, com conhecimentos e expertises que permitam abordar os problemas sob óticas variadas e, por meio de processos cooperativos, propor soluções legítimas e eficazes¹⁶. É fundamental a participação ampliada da sociedade na identificação das questões, discussão, tomada de decisões e fiscalização das ações implementadas.

A expansão ordenada e o aprimoramento das atividades de exploração dos recursos espaciais demandam a compreensão e a coordenação dos múltiplos interesses relacionados à

¹² É relevante a participação de múltiplos atores nos debates dos grupos de trabalho do COPUOS, por exemplo. COPUOS. **Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space**. 2016. Disponível em: http://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2016/a/a7120_0.html. Acesso em: 07 set. 2019.

¹³ HOBE aponta a preferência dos Estados atuais por regulamentações não vinculantes, que lhes conferem maior liberdade na adoção de políticas públicas e na formulação da legislação interna e pode ser transposta para o âmbito do Direito Internacional como um todo. HOBE, S. op. cit.

MONTSERRAT FILHO também aponta a paralisia do processo de atualização dos tratados e princípios do Direito Internacional Espacial e de criação de outros instrumentos para tratar das atividades atuais. op. cit. p. 155 e 162-165.

¹⁴ De acordo com SHAW, a interpretação dos tratados deve considerar as circunstâncias e significados da época em que foram concluídos, o que não impede que leve em conta o estado atual do conhecimento científico e das relações submetidas ao instrumento sob análise, pois a prática também pode ser um instrumento de interpretação. SHAW, M. N. **International Law**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 934.

¹⁵ GONÇALVES, A. F. Governança global. In: GOÇALVES, A. F.; COSTA, J. A. F. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011. p. 53.

¹⁶ LIMA, L.; GONÇALVES, A. Normas Socioambientais Privadas: instrumentos para a governança global da sustentabilidade. **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, v. 8, n. 14, jan-jun. 2017. p. 7.

defesa nacional, prioridade de acesso aos recursos minerais e zonas estratégicas, segurança das pessoas e da biodiversidade na Terra, dentre outros. Os Estados continuam sendo importantes atores, mas não os únicos, assumindo destaque empresas privadas, Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais, a comunidade acadêmica e científica e também os indivíduos. Evidencia-se nesse cenário a necessidade de soluções baseadas na persuasão e no consenso, que permitam coordenar de maneira legítima os interesses não alinhados dos diversos atores, previnam conflitos e garantam a sustentabilidade das atividades espaciais.

3. O Grupo Internacional de Trabalho de Haia sobre Governança dos Recursos Espaciais

O Grupo Internacional de Trabalho de Haia sobre Governança dos Recursos Espaciais revela-se um importante mecanismo para o debate multilateral da temática espacial, sobretudo em vista do avanço da tecnologia e dos interesses comerciais nessa seara sem correspondente desenvolvimento de regulamentação aplicável.

Nasce, dessa lacuna legal e sobretudo interpretativa, a proposta do Grupo de Haia de desenvolver um quadro internacional para as atividades com recursos espaciais, dito *framework*, capaz de servir como base para as negociações de um novo tratado internacional ou de um instrumento legal sem força vinculante¹⁷.

Em termos de composição, o Grupo é organizado por um Consórcio que conta com o Institute of Air and Space Law (IIASL) da Faculdade de Direito de Leiden, na Holanda, como parceiro principal. Outros parceiros do consórcio são a Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), no Brasil; Indonesian Centre for Air and Space Law (CASL) da Universidade Padjajaran, na Indonésia; World Secure Foundation (SWF), nos Estados Unidos; a Universidade da Cidade do Cabo, na África do Sul; a Universidade de Luxemburgo, em Luxemburgo; Nishimura Institute of Advanced Legal Studies (NIALS), no Japão; e Ten to the Ninth Plus Foundation (TTNPF), nos Estados Unidos da América¹⁸.

O Grupo de Haia tem como membros partes interessadas nas atividades de recursos espaciais, abrangendo indústrias, Estados, universidades, sociedade civil e centros de pesquisa. Assim, forma-se seu corpo operacional.

¹⁷ INTERNATIONAL INSTITUTE OF AIR AND SPACE LAW. **The Hague International Space Resources Governance Working Group**. Disponível: <https://www.universiteitleiden.nl/en/law/institute-of-public-law/institute-for-air-space-law/the-hague-space-resources-governance-working-group> Acesso em: 12 ago. 2019.

¹⁸ Ibid.

Outrossim, existem os observadores externos, os quais, ainda que não ostentem o status de membro, participam das reuniões presenciais desenvolvidas, acompanhando a discussão sobre a formulação de soluções para as lacunas legislativas relacionadas à exploração de recursos espaciais. Contribuem, assim, para o fomento do diálogo e participam da governança.

Os trabalhos do grupo foram desenvolvidos em duas fases. A primeira fase corresponde ao surgimento do Grupo de Haia em 2016, com a primeira reunião presencial realizada em abril. Nessa oportunidade, despontou como objetivo a formulação de *building blocks*, os quais consistiriam em vinte blocos estruturais a definir condutas desejáveis para a governança da exploração espacial, com o objetivo de orientar o engajamento dos atores e promover um ambiente favorável para o desenvolvimento dessas atividades.

As estratégias de implementação desses blocos estruturantes também foram objeto de trabalho do Grupo da Haia.

Dentre os pontos suscitados, constaram como blocos estruturantes: objetivos; princípios; definição de termos; escopo de atuação; responsabilidade pelas atividades com recursos espaciais e jurisdição sobre seus produtos; acesso aos recursos espaciais; utilização dos recursos espaciais; devido respeito pelos interesses de todos os países e da humanidade; prevenção de impactos prejudiciais resultantes de atividades com recursos espaciais; monitoramento e correção de impactos prejudiciais oriundos das atividades com recursos espaciais; visitas relativas às atividades com recursos espaciais; arranjos institucionais; resolução de conflitos; monitoramento e revisão¹⁹.

Os blocos estruturantes eleitos dialogam com as necessidades principais relacionadas à atividade com recursos espaciais e correspondem aos pontos que carecem de regulamentação ou de uniformidade interpretativa.

A interpretação deve estar em conformidade, refletir e promover os motivos e aspirações elencados no preâmbulo do Tratado do Espaço. As razões ali expostas concernem ao interesse comum da humanidade no progresso da exploração e uso do espaço para fins pacíficos, à orientação das atividades para o benefício de todos os povos, inclusive os menos desenvolvidos, ao desejo de contribuir para os avanços internacionais legislativos e científicos

¹⁹ THE HAGUE INTERNATIONAL SPACE RESOURCES GOVERNANCE WORKING GROUP. **Draft Building Blocks For The Development Of An International Framework On Space Resource Activities.** Disponível em: <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-publiekrecht/lucht-en-ruimterecht/space-resources/draft-building-blocks.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019

Governança Global na Exploração dos Recursos Espaciais: O Grupo Internacional de Trabalho de Haia sobre Governança de Recursos Espaciais

em relação à exploração espacial e à cooperação internacional como guia das relações entre os Estados e as pessoas²⁰.

Assim, a discussão e os estudos empregados pelo Grupo de Haia buscam estabelecer fundamentos para a exploração de corpos celestes, inclusive a Lua, em consonância com o Direito Internacional, visando à melhor coordenação dos múltiplos interesses e à necessária cooperação entre os atores, para reduzir o potencial conflitivo e possibilitar a solução pacífica das controvérsias.

Entretanto, a definição dos blocos estruturantes não tem a pretensão de esgotar a regulamentação das atividades com recursos espaciais. Um dos blocos inclusive versa sobre a necessidade de monitoramento e revisão do quadro internacional proposto para as atividades com recursos espaciais, consideradas as modificações promovidas pelo desenvolvimento da tecnologia e consequente expansão dos objetos da exploração espacial.

Nesse sentido, a abordagem do Grupo de Haia vale-se do princípio da diplomacia adaptativa para lidar com as demandas existentes, sem adiantar o porvir, de modo que as atividades com recursos espaciais devem ser gradualmente abordadas no tempo adequado, consideradas a tecnologia e as práticas contemporâneas²¹.

A primeira fase dos trabalhos findou na quarta reunião presencial realizada em setembro de 2017, com a elaboração do esboço dos blocos estruturantes²², sua divulgação e circulação no cenário internacional.

Em continuidade, uma segunda fase das atividades do Grupo de Haia iniciou-se em 2018, cujo objetivo era desenvolver comentários aos blocos estruturantes e que contou com novos membros. Essa fase constitui mais uma etapa de diálogo com as partes interessadas a fim de fundamentar os pontos elencados e melhor discorrer sobre cada um.

A resolução da segunda fase ocorrerá em novembro de 2019, oportunidade em que a quarta reunião presencial desta etapa do Grupo de Haia será realizada na Universidade de Luxemburgo e serão apresentados os comentários realizados aos blocos estruturantes. O objetivo é a aprovação dos blocos e o estabelecimento de bases legítimas para um futuro instrumento internacional relacionado ao uso dos recursos espaciais e para as legislações internas dos Estados.

²⁰ MASSON-ZWAAN, T. *op. cit.* p. 5.

²¹ THE HAGUE INTERNATIONAL SPACE RESOURCES GOVERNANCE WORKING GROUP. *op. cit.*

²² THE HAGUE INTERNATIONAL SPACE RESOURCES GOVERNANCE WORKING GROUP. *op. cit.*

Considerações Finais

Os marcos normativos do direito espacial datam do período da Guerra Fria, de modo que seu estudo e revisita devem ser contextualizados para que se possa extrair o correto entendimento das questões então em voga.

As prioridades e o cenário político internacional sofreram muitas modificações desde então e permanecem em constante mutação. Somam-se a essa realidade as nuances próprias desse ramo do direito, que surge de interesses estratégicos militares e ganha contornos econômicos a partir do desenvolvimento tecnológico e científico. Nesse cenário, razoável a existência crescente de lacunas normativas e um descompasso entre a realidade de hoje e a do período de regulamentação do direito espacial.

Para sanar esse *gap* normativo, o Grupo Internacional de Trabalho de Haia sobre Governança de Recursos Espaciais desponta como um mecanismo relevante para atuar na concentração e fomento do diálogo sobre o direito espacial, dando especial enfoque à exploração de recursos, tema que explicita a nova era desse ramo do direito.

Uma das grandes contribuições trazidas pelo Grupo de Haia é a discussão multilateral característica dos processos de governança, envolvendo a sociedade civil, Estados, indústrias, academia e outros. É clara a preocupação em fundamentar os pontos desenvolvidos na primeira fase dos trabalhos, resultando na elaboração de comentários que elucidarão os blocos estruturantes e serão repassados à comunidade internacional para adesão, seja em forma de novo tratado, de instrumentos de *soft law*, legislação interna ou restrita a uma uniformização de interpretação.

Quaisquer que sejam os frutos obtidos com a iniciativa do Grupo, já é possível reconhecer os ganhos no estudo do direito espacial e na formação de bases que estimulam a continuidade dos avanços e empreitadas de exploração de recursos espaciais. Dito estímulo advém do objetivo principal do Grupo de estabelecer um quadro internacional sobre a temática que garanta segurança jurídica e proteção aos atores que visam à exploração.

Referências

BITTENCOURT NETO, O. DE O. **Chasing ghost spaceships: law of salvage as applied to space debris.** 2014. Disponível em: <http://iafastro.directory/iac/archive/browse/IAC-14/E7/2/23122/>. Acesso em: 05 set. 2019.

BITTENCOURT NETO, O. DE O. **Direito espacial contemporâneo: responsabilidade internacional.** Curitiba: Juruá, 2011.

COPUOS. **Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space.** 2016. Disponível em: http://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2016/a/a7120_0.html. Acesso em: 07 set. 2019.

Governança Global na Exploração dos Recursos Espaciais: O Grupo Internacional de Trabalho de Haia sobre Governança de Recursos Espaciais

GONÇALVES, A. F. Governança global. *In*: GONÇALVES, A. F.; COSTA, J. A. F. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

GREGO, L. 50 years after the Outer Space Treaty: How secure is space? *In*: **Space Security Index**, 2017. Disponível em: <https://www.ucsusa.org/nuclear-weapons/space-security/outer-space-treaty>. Acesso em: 04 set. 2019.

HOBE, S. Current and future developments of space law. *In*: **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**, Rio de Janeiro, n. 88, 2005. Disponível em: <https://sbda.org.br/wp-content/uploads/2018/10/1775.htm>. Acesso em: 05 set. 2019.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF AIR AND SPACE LAW. **The Hague International Space Resources Governance Working Group**. Disponível: <https://www.universiteitleiden.nl/en/law/institute-of-public-law/institute-for-air-space-law/the-hague-space-resources-governance-working-group> Acesso em: 12 ago. 2019.

LIMA, L.; GONÇALVES, A. Normas Socioambientais Privadas: instrumentos para a governança global da sustentabilidade. *In*: **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, v. 8, n. 14, jan-jun. 2017.

MASSON-ZWAAN, T. The international framework for space activities. *In*: SECURE WORLD FOUNDATION. **Handbook for new actors in space**. Columbia, 2018.

MONTSERRAT FILHO, J. **Direito e Política na era Espacial: Podemos ser mais justos no espaço do que na Terra?** Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

SHAW, M. N. **International Law**. New York: Cambridge University Press, 2008.

SMITH, L. J. **Collisions in space: perspectives on the law applicable to damage arising from space objects**. 2012. Disponível em: <http://iafastro.directory/iac/archive/browse/IAC-12/E7/2/13178>. Acesso em: 06 set. 2019.

THE HAGUE INTERNATIONAL SPACE RESOURCES GOVERNANCE WORKING GROUP. **Draft Building Blocks For The Development Of An International Framework On Space Resource Activities**. Disponível em: <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-publicrecht/lucht--en-ruimterecht/space-resources/draft-building-blocks.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019.

**THE ROLE, IMPORTANCE AND PRACTICES OF THE COMMITTEE OF
THE REGIONS (EU) IN THE PROMOTION OF MULTI-LEVEL
GOVERNANCE. ASSESS THE RELEVANCE AND USEFULNESS OF THE
MULTI-LEVEL GOVERNANCE SCOREBOARDS (2011 & 2012) DEVELOPED
BY THE COMMITTEE OF THE REGIONS**

Nathalie Gurgel Vieira¹

Pedro Lucas Campos de Medeiros²

Abstract: The European Union policy can be seen as a unifying solidarity mechanism, rising a cohesion process that can be considered at the same time decentralized and differentiated empower. Indubitably, the idea of cooperation among local and regional authorities is an essential instrument to support the States in the process of integration and a track to the challenges of globalization. In addition, these institutions instigated by the new regionalism can be successful in providing methods of organization, management and economic dialogue between different actors, influencing the context of governance (multi-level). Since the European States is well-advanced in the integration process and can be seen as a reference for the regionalism, we decided to investigate the importance of the Committee of the Regions in the promotion of the principle of Multi-level Governance in European institutions. Then, we analyzed the outcomes of the Multi-Level Governance Scoreboards, the documents wrote by the Committee of the Regions. This research uses the bibliographic method, advancing to an empirical analysis to investigate the Scoreboards of the Committee of Regions, observing the governance evolution with methods that could be amplified as an example of local and regional development. To conclude, we can see that the European institutions has the potential to Multi-level Governance architecture, but some improvements in the policies are required to achieve this goal.

Keywords: Multi-Level Governance; Regionalism; Committee of the Regions; European Union.

Introduction

Globalization brings instability and insecurity for the States' developments, mainly in economic, social and political structures. To face these challenges in a fairer and more inclusive path, the States has decided strategically to cooperate with each other through

¹ Mestranda em Direitos Humanos e Governança na Universidade de Pádua, Itália. Bolsista do Programa de Excelência Internacional da Universidade de Pádua. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido. E-mail: nathaliegurgel.adv@gmail.com.

² Mestrando em Ciências Jurídicas na área de concentração em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido. E-mail: pedrolcm@live.com.

creating an institution, this process is called new Regionalism. The New Regionalism³ reflects a cohesion approach where regional and local authorities develop a policy to contribute from the 'bottom up' to the integration process.

For instance, European States⁴ is well-advanced in the cooperative commitment, contributing to the European Governance process, where States adopt a European Union institutional architecture and decision-making structure, guided by the guarantee of human rights, the rule of law and the democratic system.

Given the reputation of the European States integration as a reference for the regionalism process, this paper intends, firstly, to investigate the importance of the Committee of the Regions in the promotion of Multi-level Governance. And secondly, to analyse the outcomes of the Multi-Level Governance Scoreboards. To conclude, we can see that the European institutions have the potential to MLG architecture, but is necessary to fulfill some gaps in European policies to achieve this goal.

1- Committee of Regions

1.1 - Definition

The Europe States are one-step forward in integration and international cooperation⁵, they created a consultative body to put into practices the principles of multi-level governance in a European conceptual approach. Through the EU's Assembly of Regional and Local Representatives, the Committee of The Regions (CoR) was established in 1994 by the Maastricht Treaty aimed to bring citizens closer to the European Union.

The professor Bekemans⁶ defines the Committee of the Regions “as an international supranational body that owns a high degree of formal and substantive authority and a large range of competences in the EU system as well as increasing visibility in the international

³ “The globalization and new regionalism are not only economic but also multidimensional and political process (...), are two components of the same historical process of strengthening interdependence and weakening the state's barriers to free trade, even if there can also be conflicting tendencies”. Telò, Mario (Ed.). European Union and New Regionalism: regional actors and global governance in a post-hegemonic era. Ashgate Publishing, Ltd., 2007, 2 ed.

⁴ “The EU is seen as a unique sui generis international organisation both in its nature and to the extent of its development. Bekemans, L., Territorial Cooperation and Multi-level Governance. The stimulating role of the CoR, in Bekemans, L., Globalisation vs Europeanisation. A Human-centric Interaction, International Academic Publishers Peter Lang: Brussels, Berlin, Bern, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien, 2013, p. 290.

⁵ “The EU cohesion policy, as a unifying solidarity mechanism, gives at the same time room for more decentralised and differentiated empowerment”. Luc Van den Brande, Multilevel Governance and Partnership: The Van den Brande Report, 2014.

⁶ BEKEMANS, Leonce, 2012, p. 46.

scenario”. Additionally, the author highlights the importance of the CoR for the “regionalism”, which represents the “EU institutional system as a ‘bottom-up regionalism’ that balances and excels the primitive ‘top-down (charitable) regionalism’ carried out by the European Community”.

At moment, the CoR has 350 members between regional presidents, mayors or elected representatives of regions and cities from all 28 Member States of the European Union. Guided by the principles of democracy, the rule of law and respect for human rights, the Committee of the Regions is playing a significant role in Europeanisation⁷ process.]

1.2 - The role of the CoR

The main activities⁸ performed by the Committee are: a) consult the European Commission, the Council of the EU and the European Parliament when drawing up legislation on matters concerning local and regional government; b) if these institutions do not consult previously the CoR, the committee can bring a case before the Court of Justice; c) prepare and adopt opinions and circulates relevant to EU institutions about the legislative proposals received; and d) issue opinions on its own initiative.

It is important to emphasize the relevance of the practices of the Committee of the Regions as a promoter of inclusive dialogue, also encouraging the participation of the civil society in the process, for instance, associations, NGOs, experts, and academics can be part of surveys, consultations and events.

Furthermore, the committee is increasing its accomplishments, not limiting to the consultative approach, but pushing the boundaries beyond its formal role by creating a systematic dialogue among States leaders with good practices of European governance. As mention by the Political Adviser of the PES-Group Secretariat, Justus Schönlaui⁹: “the CoR has developed over the years both the internal rules and mechanisms, and the external links and networks to try and increase its influence beyond the limited consultative task”.

With no doubt, the CoR has been playing an essential role by strengthening the integration process between different level of authorities, developing policies and leading the debate of the European Governance, showing the necessity of a shared responsibility – local

⁷ The Europeanisation process reflects the many competences that are mutual between at least three levels of government of the European Union members States; which cannot be achieved on own, but is necessary a dialogue between European Union, the Member States and their regions and local authorities.

⁸ Source: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-committee-regions_en

⁹ Schönlaui, Justus; *Ibidem*, 2017, p. 1167.

and regional – to achieve the multi-level governance¹⁰ in various stages of the decision-making cycle.

2- Principle of Multi-level Governance

In 2001, the European Commission adopted the White Paper on Governance¹¹, providing an initial concept of governance, not yet mentioning the multi-level perspective, but considering some recommendations for local authorities to promote good governance and placing the importance of communication between sub-national authorities and the EU.

Further, in 2009 the Committee of the Regions elaborated the White Paper on Multi-level Governance, adopting the idea of the MLG and setting strategies in relation to how decisions must be made in the European Union. While Multi-Level Governance reflects the actions that should be taken by EU, the Member States and regional and local authorities agreeing with the principles of subsidiarity and proportionality in a way to implement the European Union's policies¹².

The MLG requires the application of EU and national law and policy at the regional and local level; and the involvement of local and regional authorities in EU law-making and policymaking both at EU and national level. As mention by the Professor and research Panara¹³: “MLG is a procedural principle in that it commands a method of governance based on participation and involvement of sub-national authorities in EU lawmaking and policymaking”.

Then, we can say that MLG is a guiding principle, providing a partnership perspective between institutions – local and regional authorities, aiming in coordinate action in formulating, implementing, monitoring and evaluating European Union policies.

3- Multi-level Governance Scoreboards

3.1 - Description

¹⁰ This governance must be “based on the values of freedom, security, diversity, fairness and solidarity at various levels. (...) Also guarantee respect for human rights, international rule of law, democracy and participation, promote entrepreneurship and adhere to the principles of accountability, efficacy and subsidiarity. Bekemans, L; *Ibidem*, 2013, p. 304.

¹¹ “The debate launched by the Commission White Paper did recognize, as noted by Piattoni and Schönlaue, explicitly the need to connect European integration more strongly with the local and regional levels of governance and contained some specific recommendations on the CoR, ‘but without proposing concrete changes to its legal or institutional standing’”. Schönlaue, Justus; *Ibidem*, 2017, p. 1175.

¹² CoR 89/2009 fin, "White Paper on Multilevel governance".

¹³ Panara, Carlo, p. 705-741. 2016.

The Multi-Level Governance Scoreboards “observes how far institutions have taken multi-level governance principles on board at the early stage of their policy-making cycle, within a clearly defined timeframe”¹⁴. For the document assessment the specific development of MLG, some policies are selected on the basis of the Commission’s annual programme and the political priorities of the CoR presidency for the analyze.

The Scoreboard on Multilevel Governance (MLG) was written in the 2009 White paper on Multilevel Governance¹ as tool at disposal of Committee of the Regions. The CoR already elaborated two Scoreboards¹⁵ in 2011 and 2012, aimed to measure the respect of multi-level governance in the policy design of various EU policies with a clear territorial dimension. Both documents report the findings and formulate recommendations on how to fill the gaps and increase the potential of a Multi-Level Governance culture throughout the European Union policy.

The first edition, elaborated in 2011 provides a “comparative assessment of the MLG performance at EU level under four priority policy strategies of the EU. It is based on the research performed on the dossiers Europe 2020 Strategy, Energy Strategy 2020, Stockholm Programme and the 2010 Spring Package”¹⁶. The document analyzes policies adopted by the institutions in a real partnership building, applying the multi-level governance principle in the decision-making cycle.

Analyzing the first scoreboard, it is able to see that governance practices related to certain procedures, such as information, consultation, stakeholder involvement and responsiveness, has a better respect of the objectives of MLG principle than the practices connected to the content of the policies and the use of innovative instruments, such as territorial approach, smart regulation mechanisms, innovative instruments for decision-making and implementation, and partnership.

Among the recommendations we can mention: the necessity of a transparent and public consultation as a decisive tool to make the LRAs’ (Local and Regional authorities) involvement real; institutions have to coordinate their activities in order to ensure that LRAs have enough resources to make their contribution; adopt innovative instruments for

¹⁴ Bekemans, L; *Ibidem*, 2013, p. 302.

¹⁵ The Multilevel Governance Scoreboards “measure annually to what extent the main principles and mechanisms of this type of governance have been taken into account in the European Union's political cycle, focusing on the regional dimension of the policies and strategies analysed”. Schönlaue, Justus; *Ibidem*, 2017, p. 1176.

¹⁶ Committee of the Regions, Scoreboard for monitoring MLG at the EU level (Is the principle of MLG being encouraged throughout the EU policy cycle? Methodology, Scoring and Executive Summary), 2011, p. 1.

implementation in partnership and the importance address of CoR inventions to the European Commission.

Whilst, the second Scoreboard (2012) is based on the research performed on the reports of: Common Agriculture Policy, Structural Funds, the Single Market Act and the European Neighbourhood Policy. As an overall result, the Structural Funds was considered as the best practice, with both consultation and stakeholders' involvement. "The dossier Structural Funds can be seen as a role model for a sound institutional routine with respect to multilevel information and consultation".

In this scoreboard, the CoR analyzed six aspects towards an MLG culture in a different time period for each of the policy dossiers chosen, highlighting the best practices found in each institution; and made recommendations to improve¹⁷ each one: a) Information and Consultation: recommending to raise awareness about the importance of public participation; 2) Stakeholders' involvement: recommending the efficiency management of the administrative resources to target priority policies during open consultations; 3) Responsiveness: recommending use the communication channels to establish a beneficial partnership with the European Parliament and the Commission; 4) Territorial/place-based and integrated approach: recommending streamline a territorial and place-based approach, respecting territorial needs; 5) Smart regulation mechanisms (subsidiarity and proportionality): recommending promote the use of smart regulation mechanisms and stimulate a broader multilevel governance debate on the subsidiary and mutuality principles; and 6) Innovative instruments for implementation in partnership: recommending the application of innovative instruments beyond political statements.

On the other hand, we can see in the Scoreboard that the European institutions has been implementing policies as best practices for the Multi-level governance culture, showing awareness of the EU policy-making; providing an open space to dialogue and reforming process in policy sectors increasing the involvement of LRAs.

3.2 - Comparing both Scoreboards

In the First Edition of the Scoreboards was applied indicators referring to the quality of governance in terms of how outcomes are achieved, assessing the practices of these indicators in a qualitative nature. Departing of the methodology used in Edition I, for the

¹⁷ To not be exhaustive, we consider just the main recommendations in the scoreboard. Committee of the Regions, Scoreboard for monitoring MLG at the EU level (Single Market Act, European Neighbourhood Policy, Structural Funds Regulations and Common Agricultural Policy), 2012, 32 p.

Second Scoreboard they add a few things in order to improve, for instance desk research, few qualitative interviews conducted with EU officials and regional representatives, to gather information and clarify some specific points. However, respective indicators, the six practices, and the weighting scheme remain the same in both editions.

Comparing both scoreboards, we can see the commitment of the institutions with the MLG culture, therefore, the results are indeed good and show the potential of the EU institutions for the development of a genuinely, integrated, inclusive and comprehensive approach. Though, there is still a lack of an application of the multi-level principle in the administrative routine.

From this standpoint, the Multi-level governance principle intends to taken into account differentiated territorial potentialities into policies agendas and timelines of different levels of government, considering diverse levels of knowledge, involvement and capabilities existing at regional and local level. For that, is essential the implementation of investment, resources and time, while the applicability is crucial to an effective coordinated and integrated process and is a pre-condition for Europe 2020 to deliver the strengthen of territorial cohesion.

On the other hand, the results shows challenges in analysing the Multilevel Governance processes and provide answers about how policy outcomes intend to be achieved at the EU level. The scoreboards cannot make use of performance indicators, while the work of the institutions to implement policies and strategies evaluated are still in an initial stage, and also because these policies are complexity and long-term nature.

Further, we can verify that after two scoreboards, in 2011 and 2012, the Committee did not produce another one. This can be justified in the outcomes of the first two, whilst they show the policies results will only be seen in the course of a decade and influenced by a complex multitude of factors. So, we can presuppose that not many things has been improve in the last few years, and will not change much in the outcomes of the last two Scoreboards.

Conclusion

To conclude, we have to keep in mind that the Committee of the Regions has been playing an institutional activism role, a valuable tool for the understanding of the Committee's institutional development so far. Nevertheless, the Committee ambitions to strengthen Multi-Level Governance through different priorities strategies of the European Union and at various stages of the decision-making process at the European concept.

Further, we have to consider that the application of the Multi-level Level Governance principle, as a guide in the partnerships and relations between local and regional authorities is essential to the development of a culture of participatory democracy.

The Multi-Level Governance Scoreboard developed by Committee of The Regions is an integral mechanism of its effort to build observations and findings to underscore the elements, which favor or hinder the political European process; a stable and scientifically method to achieve the objectives.

We can see the Multi-Level Governance Scoreboards developed by Committee of The Regions shows the potential of institutions towards a multi-level governance culture. However, it is still very problematic to measure the absolute impact of the CoR's policies on multi-level governance in terms of real change, there is why is necessary to filled out the gaps founded to achieve this goal.

In fact, the Committee of the Regions plenary go forward adopting the Charter for Multilevel Governance, the purpose is the promotion and respect of the multilevel governance concept at the Regional and Local level establishing operational recommendations for European Union policy design and implementation. The Charter is being well implemented and supported by the authorities, whilst more than 220¹⁸ already signed up.

In other words, the Charter makes recommendations intending to provide useful guidelines for action and for the application of the multi-level governance principle in practice. Also, taking into account the MLG as a vital element of effective policy delivery and the need of Member states to work in partnership with the competent regional and local authorities for cohesion policy programming at national level.

Therefore, we can say that the Committee of the Regions has been an active promoter of the multi-level governance and contributing to the European integration process. The Committee has been playing a good role in trying to solve the issue on how regional and local authorities can support to make the European Union democratically more accountable and regain citizens' trust in its institutions.

Bibliography

¹⁸ Source: <https://portal.cor.europa.eu/mlgcharter/Pages/default.aspx>

BEKEMANS, Leonce. **Intercultural dialogue and multi-level governance in Europe: a human rights based approach**. Éditions Scientifiques Internationales: Brussels, 2012.

BEKEMANS, Leonce. Territorial Cooperation and Multi-level Governance. The stimulating role of the CoR. **Globalisation vs Europeanisation: A Human-centric Interaction**, International Academic Publishers Peter Lang: Brussels, Berlin, Bern, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien, p. 289-304, 2013.

COMMITTEE OF THE REGIONS. **Scoreboard for monitoring MLG at the EU level** (Is the principle of MLG being encouraged throughout the EU policy cycle? Methodology, Scoring and Executive Summary), 2011.

COMMITTEE OF THE REGIONS. **Scoreboard for monitoring MLG at the EU level** (Single Market Act, European Neighbourhood Policy, Structural Funds Regulations and Common Agricultural Policy), 2012.

DEN BRANDE, Luc Van. **Multilevel Governance and Partnership: The Van den Brande Report**. 2014.

PANARA, Carlo. **Multi-Level Governance as a Constitutional Principle in the Legal System of the European Union**. HKJU-CCPA, 16 (4), p. 705-741, 2016.

SCHÖNLAU, Justus. Beyond mere 'consultation': Expanding the European Committee of the Regions' role. **Journal of Contemporary European Research**, 13 (2), p. 1166-1184, 2017.

TELÒ, Mario (Ed.). **European Union and New Regionalism: regional actors and global governance in a post-hegemonic era**. 2 ed. Ashgate Publishing, Ltd., 2007.

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Ricardo Affonso Ramos¹

Vania Siciliano Aieta²

Resumo: O direito à boa administração pública é considerado tanto um direito fundamental subjetivo do indivíduo frente ao Estado, como também um dever que impõe comportamentos probos aos gestores públicos. Ainda que incontestado a sua natureza jurídica de categoria autônoma de direito, ainda hoje é compreendida pela doutrina como uma norma de conteúdo esfumado que carece de concretização pelos operadores do direito. De forma a lhe conferir conteúdo jurídico próprio, o artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê expressamente o direito fundamental à boa administração pública, garantindo o direito ao exercício do contraditório, motivação dos atos administrativos, transparência na gestão pública e reparação dos danos ocasionados pela Administração Pública. A norma europeia em questão se projetou com notável influência nas reformas administrativas e na forma de atuar da burocracia estatal dos estados ibero-americanos que, cada um à sua medida, passaram a internalizar os preceitos normativos ali contidos. Ainda que não se tenha expressa menção a este direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil, os operadores de direito compreendem de maneira quase uníssona que o ordenamento brasileiro também conforma o direito fundamental à boa administração pública enquanto norma cogente. A sua concretização deve se dar através de métodos de governança pública, o que importa em medidas e processos que deem maior transparência aos gastos públicos, possibilitando o efetivo controle da prestação de contas dos gestores e até mesmo a sua eventual responsabilização por condutas irregulares. De fato, uma das externalidades mais relevantes para aferição da observância de regras e princípios inerentes à boa administração pública é justamente a criação de um sistema intrincado de controle e governança, composto por instituições autônomas dotadas de instrumentos jurídicos fiscalizatórios e sancionatórios que façam valer a *accountability* democrática. Assim, compete também aos Tribunais de Contas – instituição superior de controle por excelência – verificar nos casos práticos que são levados ao seu juízo a aplicabilidade do conteúdo jurídico do direito fundamental à boa administração pública, o qual deve ser concretamente suscitado no exercício do mister da controladoria externa da Administração Pública.

Palavras-chave: boa administração pública; governança; tribunais de contas; instituições superiores de controle.

Abstract: The right to good public administration is considered both a fundamental right of the individual vis-à-vis the state, as well as a duty that imposes a good behavior of public managers. Despite its legal nature as an autonomous category in law, it is still understood

¹ Advogado e Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), cuja linha de pesquisa é Direitos da Cidade. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: ricardoramos.adv@hotmail.com

² Professora do Programa de Pós graduação da Universidade do Rio de Janeiro e professora visitante na Universit Unitelma Sapienza de Roma (Itália). Possui Pós-doutorado pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha) e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Brasil). E-mail: vaniaaieta@yahoo.it

today by the doctrine as a smoky content rule that needs to be implemented by the legal operators. In order to give it its own legal content, Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union expressly provides for the fundamental right to good public administration, guaranteeing the right to exercise adversarial action, motivation for administrative acts, transparency in public management and redress for damage caused by the Public Administration. The European regulation in question was projected with a remarkable influence on the administrative reforms and the way of acting of the state bureaucracy of the Ibero-American states that, each one of them, began to internalize the normative precepts contained therein. Although no mention has been made of this fundamental right in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, legal operators almost unanimously understand that the Brazilian system also conforms the fundamental right to good public administration as a cogent norm. Their realization should be through public governance methods, which means measures and processes that give greater transparency to public spending, enabling the effective control of the accountability of managers and even their eventual liability for irregular conduct. In fact, one of the most relevant externalities for measuring compliance with rules and principles inherent to good public administration is precisely the creation of an intricate system of control and governance, composed of autonomous institutions with supervisory and sanctioning legal instruments that enforce accountability democratic. Thus, it is also incumbent upon the Courts of Auditors - the supreme audit institution - to verify in the practical cases that are brought to its judgment the applicability of the legal content of the fundamental right to good public administration, which must be concretely raised in the exercise of the role of the public external controllership of the Public Administration.

Keywords: good public administration; governance; courts of auditors; supreme audit institutions.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é formatado, por força do poder constituinte originário manifestado através da Assembleia Constituinte de 1988, como um Estado democrático de Direito, formado pela união harmônica dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No estudo do papel central do poder Executivo, ensina a doutrina clássica que a sua competência está circunscrita precipuamente ao desenvolvimento da função administrativa, que seriam as atividades “que atendem a necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado”³.

Enquanto um trabalho constante, as necessidades e o planejamento da adoção das medidas necessárias vão se desenvolvendo. Ao nosso sentir, a governança e a compreensão do estado administrador que permita a citada liberdade solidária passam pelo reconhecimento do direito fundamental à boa administração conferida aos cidadãos. Com este cenário, busca-se analisar os contornos jurídicos do direito fundamental à boa

³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 89

O Direito Fundamental à Boa Administração Pública sob a Ótica dos Tribunais de Contas administração no ordenamento ibero-americano e a sua aplicação pelos Tribunais de Contas no Brasil.

1. O direito à boa administração como categoria autônoma no direito Iberoamericano

A Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou, em setembro de 2000, a Declaração do Milênio⁴ em que constam os oito principais objetivos a serem atingidos na virada do milênio, os quais concretizam os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da equidade. Nesse relevantíssimo rol de direitos a serem concretizados, como a erradicação da pobreza, a proteção ao meio ambiente e a garantia a grupos vulneráveis, encontra-se, na meta número 5, o reconhecimento da democracia e da boa governação⁵ como condições prévias fundamentais para a consecução dos demais objetivos essenciais ali dispostos.

Com base nessa ordem internacional de direitos humanos, a doutrina estrangeira aponta que a ONU reconhece a administração e o governo como funções basilares e primordiais na promoção de direitos humanos, sendo certo que as instituições públicas também devem se sustentar em um processo democrático contínuo e em constante aprimoramento, em que elementos, como profissionalização, transparência e publicidade são qualidades que devem distinguir o aparato público que visa transformar os valores e metas da declaração em políticas e ações concretas⁶.

No mesmo momento histórico da Declaração do Milênio, foi editada pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com vistas a “reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”⁷. Especificamente, no seu artigo 41, temos expressa a garantia do “direito a uma boa administração”, que depois foi assumida no artigo II-101 do próprio Tratado Internacional que pretendia instituir uma constituição para a Europa. Este é o marco referencial do direito aqui sob análise.

⁴ ONU. United Nations Millennium Declaration. 2000. Disponível em: <https://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf>. Acesso em: 21 jun.2019.

⁵ Conforme tradução que consta da versão brasileira no sítio eletrônico da ONU. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>. Acesso em: 21 jun.2019.

⁶ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.110

⁷ Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Preâmbulo. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 21 jun.2019.

Beatriz Mallén⁸ reconhece essa disposição como um preceito comum europeu nada desprezível que se projetou com notável influência nas reformas administrativas e na forma de atuar da burocracia estatal nos estados europeus. No entanto, com muita propriedade, não deixa de destacar que, mesmo antes do advento da Carta Europeia, as constituições dos seus Estados-Membros já previam com mais ou menos intensidade conteúdos extraídos deste direito, ainda que, em regra, como princípios constitucionais relacionados à administração pública⁹. De fato, forçoso reconhecer que o direito à boa administração é estudado como de caráter fluido, sendo que os seus contornos são geralmente apresentados como um meio de reagrupar diversos princípios constitucionais e administrativos de ação e funcionamento da administração pública, como se deu no Brasil, inclusive. Tal posicionamento vai ao encontro de Jaime Muñoz¹⁰ que sustenta que o artigo 41 da Carta é a fusão de diferentes direitos dos cidadãos, que, ao longo do tempo, passaram a caracterizar a posição central que hoje tem a cidadania em tudo que se refere ao Direito administrativo: o cidadão é sujeito que participa da determinação do interesse geral.

Especificamente no que tange ao estado brasileiro se desconhece expressa menção a essa norma. Não há, no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º da CFRB, a citação de um “direito fundamental à boa administração”. No entanto, não encontrar em nossa legislação a utilização dessa nomenclatura tal qual nos estados europeus ou não haver citação expressa desse direito significa dizer que o seu valor e conteúdo jurídico não são presentes em nosso ordenamento? Parece que não.

Em seu trabalho acadêmico, o Conselheiro Adicélio Ferreira Junior¹¹ não abre espaço para dúvidas ao afirmar que o direito fundamental à boa administração é garantido por nossa ordem jurídica, uma vez que “guarda estreita e direta relação com o princípio da justiça financeira, bem como com outros esparsos no texto constitucional, como o da eficiência, da eficácia, da moralidade, da legitimidade e da economicidade”. Na compreensão do autor, a “justiça financeira reúne as ideias de justiça social e fiscal, encontra seu alicerce

⁸ MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 28.

⁹ A título informativo, destaca-se que a pesquisadora analisa a normatização desse direito conferida na redação atual da constituição da Suécia, da Áustria, da Bélgica, da Grécia, da França, de Portugal e, claro, da própria Espanha (MALLÉN, 2004, p. 103 e ss.).

¹⁰ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.159

¹¹ FERREIRA JÚNIOR, Adicélio de Moraes. *O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança*. 2015. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015, p. 42

no princípio da isonomia e atribui ao valor justiça uma dimensão financeira”¹². Nesse cenário, apenas por meio dos valores da justiça financeira, é possível o exercício da função administrativa eficiente, eficaz, moral e legítima. O conagração de direitos e deveres decorre da aplicação do direito fundamental à boa administração pública.

Nesse sentido, percebe-se uma estreita relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, sendo o primeiro o alicerce do segundo. A prolatada justiça financeira serve ao atendimento das metas constitucionais, uma nova percepção da relação entre o administrador e o administrado. Assim, sustenta o professor Salomão Ismail Filho¹³ que a meta principal será “a satisfação do cliente, ou seja, o administrado, por meio da justiça administrativa efetivamente justa e que reflita os valores albergados pela Constituição Democrática” – a pessoa humana titulariza direitos em face da administração.

De forma direta e incisiva, Juarez Freitas – em obra nacional de referência sobre o tema – já afirma, logo em sua introdução, que o direito fundamental à boa administração pública é “norma implícita (feixe de princípios e regras) de imediata eficácia em nosso sistema, a impelir o controle *lato sensu* a enfrentar a discricionariedade fora ou aquém dos limites”¹⁴.

Assim, para o autor, a legitimidade da atuação da administração pública em um Estado Democrático de Direito pressupõe a observância cabal das obrigações resumidas no direito fundamental à boa administração pública, cujo conteúdo jurídico pode assim ser compreendido:

trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e pela responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas¹⁵.

Todos esses deveres citados pelo autor, por si só, já constituem autonomamente um direito do cidadão em face da administração pública: um parâmetro de boa atuação administrativa que dê legitimidade ao poder público, que deve observar todo esse plexo de direitos – esses *standards* mínimos – para que o exercício da sua função administrativa seja considerado legítimo e fundamentado no direito fundamental à boa administração pública.

¹² FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. *O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança*. 2015. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015, p. 26

¹³ ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 108, nov. 2018, p. 108

¹⁴ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p.13

¹⁵ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p.21

Afirma-se, assim, que “as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade”¹⁶.

Assim, o direito à boa administração é um direito fundamental de todo cidadão comunitário de que as resoluções ditadas pelas instituições europeias sejam imparciais, equitativas e razoáveis quanto ao mérito e ao momento em que se produzam. Tratado como um direito-base, pode-se desdobrar, por sua vez, em quatro parâmetros jurídicos: i) direito a que todo cidadão seja ouvido e exerça o seu contraditório antes que a administração tome uma atitude que venha a lhe afetar desfavoravelmente; ii) direito ao acesso aos procedimentos administrativos que lhe digam respeito; iii) direito a que as decisões administrativas sejam motivadas; iv) reparação dos danos ocasionados pela atuação ou omissão das instituições administrativas.

Pois bem. O direito a uma boa administração é reconhecido de maneira geral como categoria autônoma de direitos humanos em consideráveis documentos normativos ibero-americanos. Vejamos agora suas implicações práticas.

2. Governança Pública e a Imperiosa Necessidade dos Sistemas de Controle Externo

O direito fundamental à boa administração importa em: i) exercício transparente da atividade administrativa; ii) implementação do princípio da sustentabilidade, preponderando os benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos; iii) tomada de decisões motivadas e de maneira dialógica, com ampla garantia ao contraditório e ampla defesa; iv) uma administração pública imparcial, sem discriminação negativa de qualquer natureza; v) exigência de condutas probas; vi) respeito à legalidade temperada, ou seja, não se rende à “absolutização” irrefletida das regras; vii) atividade administrativa preventiva, preventiva e eficaz – não apenas economicamente – comprometida com resultados de indicadores de qualidade¹⁷.

Esse horizonte normativo deve ser transportado à realidade. Não há direito fundamental que não importe em implicações práticas. A concretização do direito fundamental à boa administração ocorre através da adequação do expediente administrativo (técnico e político) a medidas de governança e técnicas de gestão pública. A governança é a

¹⁶ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p.23

¹⁷ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p.24

realização da boa administração pública. Todo o universo de direitos e garantias que traduzem a boa administração pública podem e devem ser instrumentalizados por meio da governança pública, de maneira a fortalecer as instituições democráticas e o *rule of law*. Desta forma, a governança pode ser definida como a “maneira pela qual o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país para o seu desenvolvimento”¹⁸.

A governança, como concretização do direito fundamental à boa administração pública, possui estreita relação com o postulado da democracia e a inerente necessidade da *accountability*. A boa governança busca a implementação de processos que deem maior transparência dos gastos da coisa pública. Nesse sentido, bem interessante a posição do Conselheiro do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

[...] é necessário que, por meio do Bom Controle Público, as Cortes de Contas se convertam em verdadeiros Tribunais da Boa Governança Pública. Em outras palavras, as Cortes de Contas devem se converter em instituições comprometidas com os princípios da justiça financeira e da boa administração e governança pública, por meio do bom controle, e, assim, exigirem e promoverem junto aos seus jurisdicionados esse mesmo engajamento¹⁹.

De fato, a atuação das Instituições Superiores de Controle, em que se destaca a posição central dos Tribunais de Contas, visa justamente à conformidade na gestão pública, instrumentalizada pelos processos de governança estatal, o que resulta em uma boa administração pública caracterizada pela participação democrática.

3. A concretização da boa administração sob o crivo dos Tribunais de Contas

A intrincada relação de proposições técnicas e direitos aqui apresentada não passou despercebida pelos órgãos de controle brasileiros. Tanto é que o Tribunal de Contas da União editou o seu próprio referencial teórico básico de governança²⁰, em que são propostos diversos parâmetros absolutamente relevantes e (claro) concretizadores do direito

¹⁸ Informações disponíveis no sítio eletrônico do Banco Mundial, onde é possível encontrar a versão original do pioneiro documento “Governance and development”. Tradução livre. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/Governance-and-development>. Acesso em: 28 jun.2019.

¹⁹ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. *O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança*. 2015. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015, p. 41

²⁰ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/governanca-publica-referencial-basico-de-governanca-aplicavel-a-orgaos-e-entidades-da-administracao-publica-e-aco-es-indutoras-de-melhoria.htm>. Acesso em: 28 jun.2019.

fundamental à boa administração pública. Os princípios normativos apontados são os mesmos já exaustivamente enumerados até aqui: legitimidade, equidade, responsabilidade, eficiência, probidade, transparência e *accountability*.

Julga-se absolutamente pertinente o material produzido pelo TCU, o qual deve ser bastante festejado. Isto porque, ao nosso sentir, compete também ao Tribunal de Contas, enquanto uma instituição superior de controle, verificar os parâmetros de governança da administração pública.

Outra postura institucional do Tribunal de Contas que julgamos interessante dar destaque diz respeito especificamente no que se refere à transparência pública, um dos elementos norteadores da boa administração. A Presidência do Tribunal de Contas de São Paulo, após deliberação em sessão plenária, determinou a expedição de comunicado orientando os servidores que atuam nos setores de fiscalização da Corte a monitorarem, periodicamente as páginas eletrônicas de todos os órgãos e entidades jurisdicionadas – incluindo aquelas pertencentes ao Terceiro Setor – e registrarem nos relatórios eventuais descumprimentos às normas²¹. Tal determinação visa (ainda que tardiamente) dar concretude a Lei federal nº 15.527/2011 (Lei do Acesso à Informação), importante instrumento legal que visa dar maior transparência às contas públicas. Neste cenário, os entes federados e sua administração indireta vêm sendo compelidos a disponibilizar “portais de transparência” em seu sítio eletrônico de forma a facilitar o acesso à informação por parte da população, possibilitando o exercício da cidadania ativa, para que o indivíduo possa diretamente e de forma proativa participar e controlar a administração pública.

Dando ainda maior concretude a essa norma fundamental, o Tribunal de Contas da União vem julgando de forma reiterada gravíssimos casos de nepotismo utilizando como parâmetro normativo justamente o direito fundamental à boa administração. Inobstante a edição da Súmula Vinculante nº 13, a qual consagra a vedação do nepotismo no Brasil, o nosso histórico patrimonialista na gestão da coisa pública ainda persiste em marcar presença. Evidentemente, a prática do nepotismo não se coaduna com a boa administração pública, tanto pela violação à juridicidade, mas em especial pela quebra na isonomia e imparcialidade que se espera na tomada de decisões administrativas. Por todos, extrai-se breve excerto de recentíssima decisão do Tribunal de Contas da União:

“Dessa forma, verifica-se que a jurisprudência é pacífica ao enxergar o ato de contratação ou manutenção de parentes como violador dos

²¹ Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Comunicado SDG 29/2018. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/comunicado/comunicado-sdg-292018-visita-periodica-paginas-eletronicas-jurisdicionados>. Acesso em 25.09.2019.

princípios mais básicos que permeiam a boa administração pública, não permitindo ou abrindo exceções a qualquer gestor”²²

Portanto, veja que as Instituições Superiores de Controle, em especial os Tribunais de Contas, possuem ampla margem para aplicabilidade do direito fundamental à boa administração pública, uma vez que a sua função constitucional de exercício do controle externo dos Poderes constituídos, em especial o Poder Executivo, grande responsável pela gestão da coisa pública.

Considerações Finais

O direito fundamental à boa administração deve ser reconhecido como categoria autônoma no rol de direitos humanos. Ainda que compreendida ainda de maneira esfumada, como um feixe de vários direitos do cidadão em face do Poder Público, é inegável a sua positivação formal pelos Estados ibero-americanos. Neste sentido, possui papel fundamental o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que serve como um paradigma normativo que se espalha pelos ordenamentos jurídicos da comunidade europeia, produzindo reflexos também em países americanos.

Como uma imposição ao gestor de adotar medidas de governança pública, tais como transparência, probidade, juridicidade e participação democrática, o direito fundamental a boa administração é um verdadeiro padrão de comportamento a ser observado.

Desta forma, compete também aos Tribunais de Contas – instituição superior de controle por excelência – exercer o seu poder fiscalizatório utilizando tal paradigma normativo, dando a devida concretude que se espera deste direito. Assim, mesmo de forma ainda inicial, os Conselheiros do Tribunais já começam a produzir não apenas material doutrinário e acadêmico sobre o tema, mas também a estimular a adoção de posturas institucionais dos órgão que compõem, como já aconteceu nos casos citados do Tribunal de Contas da União e no Tribunal de Contas do Estado do São Paulo. Espera-se, agora, que o conteúdo jurídico do direito fundamental à boa administração pública seja mais utilizado e concretizado como fundamentação em decisões de casos concretos, como já ocorre para os casos que envolvem a prática do nepotismo na administração pública.

²² Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. Acórdão nº 9804/2019. Relator Min. Carlos Benquerer. Julgamento em: 19.09.2019.

Referências Bibliográficas

NETO , Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004

FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. *O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança*. 2015. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 108, nov. 2018

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014

DIREITO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: EM PROL DO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO DOS ECOSISTEMAS LATINO- AMERICANO

Erivaldo Moreira Barbosa¹

Maria de Fátima Nóbrega Barbosa²

RESUMO O Artigo Científico objetiva mostrar a importância do direito ambiental e desenvolvimento sustentável para a preservação dos macros ecossistemas de países da América Latina. Assim, ancorado em teorias jurídicas, socioambientais e ético-políticas, apresenta-se informações buriladas tanto do ponto de vista ecológico quanto pelo prisma jurídico-político, com o escopo de contribuir com práticas ecologicamente corretas no cenário em alusão. Quanto à metodologia adotada, intitulada hermenêutica-sistêmica, permite uma investigação aprofundada do objeto epistemológico, evitando fuga de componentes internas do *cognoscível* pesquisado. Destarte, toma-se como amostra-significativa os ecossistemas brasileiros, em face do Brasil figurar no sistema planetário como um país *megadiverso*. Consta-se que o Estado brasileiro não deve agredir os ecossistemas hídricos e florísticos, nem praticar ações degradantes e/ou poluentes em quaisquer outros ecossistemas regionais, ou então ficar omissos, no mister impeditivo de agressões ao meio ambiente, deletério a toda qualidade de vida e ao desenvolvimento saudável. Ademais, não deve violar o princípio da *proibição de retrocesso ambiental*. Conclui-se que a tutela do meio ambiente do Brasil, e por que não afirmar da América Latina, carece do direito ambiental recombinação com o desenvolvimento sustentável, ambos funcionando por meio de *resiliências*, contribuindo assim com processos *sinérgicos* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Palavras-Chave: Estado; Meio Ambiente; Jurídico.

1. INTRODUÇÃO

O Trabalho investigativo denominado *Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: em prol do equilíbrio ecológico dos ecossistemas latino-americano* tem por objetivo discorrer sobre a

¹ Professor Doutor do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS – da Unidade Acadêmica de Direito – UAD, da Universidade Federal de Campina Grande- UFCG, Paraíba/Brasil. Professor de Direito Ambiental e Orientador no Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais (Doutorado e Mestrado). Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da UFCG (Especialização e Graduação). Professor e Orientador no Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP/UFCG. Pesquisador do CNPq. Autor de livros e artigos científicos em periódicos indexados. Pós-Doutor em Direito na *Università Federale di Messina/Dipartimento di Giurisprudenza/Itália*. Coordenador de Projeto Financiado pelo CNPq. E-mail: erifat@terra.com.br

² Professora Doutora do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS – da Universidade Federal de Campina Grande- UFCG, Paraíba/Brasil. Professora e Orientadora no Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais (Doutorado e Mestrado) da UFCG. Pesquisadora do CNPq. Professora, Orientadora e Coordenadora no Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP/UFCG. Organizadora/Autora de capítulos de livros e artigos científicos em periódicos indexados. Coordenadora de Projeto Científico Financiado pelo CNPq. E-mail: mfnobregabarbosa@gmail.com

importância do direito ambiental/desenvolvimento sustentável para a preservação dos ecossistemas da América Latina, aí incluído o Brasil.

Desta forma, utiliza-se determinadas teorias de base, as quais no momento oportuno, adicionadas ao direito ambiental/desenvolvimento sustentável, fortalecerá as argumentações posteriores. Assim, as teorias sistêmicas da complexidade e sociedade de risco dos autores (respectivamente) Fritjof Capra, Edgar Morin e Ulrich Beck, devidamente esgarçadas, servem como fundamento para a concretude do trabalho epistemológico proposto.

Por conseguinte, tornou-se necessário aduzir informações conceituais e principiológicas ao longo do percurso argumentativo, sem as quais desfiguraria a natureza do direito ambiental e seu *macro princípio*, o desenvolvimento sustentável. Em outro momento, o observatório teve seu foco regulado para os ecossistemas (hídricos e florísticos) amazônicos pertencentes a alguns países da América Latina, especialmente o Brasil.

Quanto à metodologia, intitulada *hermenêutico-sistêmica*, permite uma investigação detalhada do objeto em alusão e evita escape de componentes importantes do trajeto investigado. Ademais, a amostra selecionada é significativa, reporta-se em quase sua inteireza aos ecossistemas da República Federativa do Brasil, em face deste figurar como o país mais *megadiverso* do planeta. Por outro lado, de forma *tangencial*, ampliamos o foco de observação aos outros países *megadiversos* da América Latina.

2. TEORIAS CONTRIBUTIVAS AO DIREITO AMBIENTAL/DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Neste tópico apresentaremos *recortes teóricos* amplamente reconhecidos e testados em situações práticas de natureza ecológica, com o escopo de fortalecer nossas argumentações futuras em torno do direito ambiental/desenvolvimento sustentável.

Inicialmente mostraremos informações selecionadas da *teoria sistêmica* formulada pelo pesquisador Fritjof Capra. Em duas obras científicas publicadas, a saber: *A Teia da Vida*³ e *As Conexões Ocultas*⁴, o autor elabora uma teoria sistêmica para a compreensão dos fenômenos biológicos e sociais. Assim, não dissocia seres humanos da natureza, bem como reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos. Tal teoria permite a ligação e funcionamento de inúmeras partes de uma totalidade.

Capra (*apud* BARBOSA) diz que é plenamente possível relacionar os fenômenos biológicos, cognitivos e sociais. Desta forma, a abordagem sistêmica do domínio social engloba, em seu interior, a dimensão material. Destarte, permite que cientistas sociais e

³ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, 2007.

⁴ CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*, 2009.

cientistas da natureza, e as demais pessoas, produzam comunidades sustentáveis, estruturadas de tal forma que instituições sociais e tecnologias recém-criadas não prejudiquem a capacidade da natureza de sustentar a vida. Essa teoria sistêmica conecta componentes biológicas, sociais, tecnológicas, cognitivas e éticas⁵. Nesse diapasão, o direito ambiental, por ser também um fenômeno social e não apenas jurídico, torna-se incluso nesse campo teórico largamente desenvolvido, e maturado em diversas situações prático-ecológicas.

Edgar Morin, autor da *teoria da complexidade*, também fortalece nossos argumentos futuros, quando afirma que a relação ordem/desordem controla todas as teorias, todos os discursos, todas práxis e toda política. O autor reporta-se a um circuito tetralógico nos quais figuram: ordem – desordem – interações – organizações. Tal circuito, ao permitir a coprodução simultânea e recíproca de tais elementos, favorece o aparecimento de situações complexas⁶.

Desta forma, longe da redundância, o direito ambiental relacionado com o desenvolvimento sustentável poderá se valer desse movimento *ecodinâmico*, na medida em que seu aparecimento no cenário socioecológicos exige a necessidade de lidar com sistemas complexos, agregadores de várias partes/componentes, para que possa debelar problemas de grande magnitude.

Outro autor, Ulrich Beck, nos brinda com sua teoria da *sociedade de risco*, e nos leva a refletir sobre os riscos ambientais produzidos na contemporaneidade. Hoje sua teoria social serve como base para pesquisas de recortes ambientais/sustentáveis, haja vista que em área como o direito ambiental não apenas se deve discutir o dano ambiental, mas também atentar para os riscos ambientais, se quisermos nos prevenir de atividades custosas – degradantes, deteriorantes e poluentes – irreversíveis. Beck nos alerta sobre os riscos produzidos nessa sociedade moderna globalizada, na qual grande parte dos instrumentos produzidos para debelar crises e perigos ao meio ambiente torna-se, na verdade, elementos deletérios provocadores de impactos negativos⁷.

Quanto à pesquisa científica, o mesmo autor chega a atestar que deveremos fortalecer as garantias jurídicas, mas sem obstaculizar a liberdade da pesquisa/pesquisador, e que seja realizada com procedimentos éticos. Diz ainda que em face dos riscos serem inerentes à pesquisa, estas devem ser fiscalizadas por equipes interdisciplinares e esferas semipúblicas

⁵ BARBOSA, Eivaldo Moreira. *Direito ambiental e dos recursos naturais: biodiversidade, petróleo e águas*, 2011.

⁶ MORIN, Edgar. *O método I: a natureza da natureza*, 2005.

⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2011.

institucionais. O autor arremata finalmente em sua teoria sobre a necessidade do fortalecimento de direitos sociais democráticos⁸.

Destarte, nestas condições, o direito ambiental/desenvolvimento sustentável se fortalecerá e tornar-se-á um importante instrumento, caso venha a recepcionar os argumentos propostos por Beck, descritos em sua teoria *sociedade de risco*, e paralelamente os Ecossistemas – receptáculos de pressões ecológicas oriundas de inúmeros grupos sociais, tais como o Estado, a sociedade e o mercado – poderão se beneficiar, quando da aplicação do direito ambiental minimizando a absorção dos impactos negativos.

3. DIREITO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: INFORMAÇÕES CONCEITUAIS E PRINCIPIOLÓGICAS

Neste tópico iremos abordar aspectos relacionados com o direito ambiental e o desenvolvimento sustentável com o escopo mitigatório de informações ecológicas. De plano, atentemos que o *direito ambiental* é um ramo jurídico de natureza pública. Logo, muitas vezes o *interesse público* deverá prevalecer em conflito de interesses. Por outro lado, aqui não se defende que sejam desconsiderados interesses privados de pessoas físicas ou jurídicas. Na verdade, almejamos que o Estado em seu poder-dever cumpra o seu mister e não permita que atividades degradantes, deteriorantes e poluentes agridam frontalmente os ecossistemas de diversos países da América Latina, como às vezes vem ocorrendo no Brasil.

Destarte, o direito ambiental pode ser definido como conjunto de normas e princípios imperativos que tem por desiderato a não agressão ao meio ambiente, bem como instrumento normativo colaborador com a prevenção, recuperação e repressão aos ecossistemas agredidos. Além disso, o dano ambiental e o risco ambiental são duas dimensões que devem ser observadas e levadas em consideração pelo *jus ambiental*. Este, inclusive defende interesses difusos/metaindividuais⁹. Esse ramo jurídico ambiental contém características distintas de ramos jurídicos tradicionais, as quais possibilitam comunicações internas e externas. Entre vários caracteres internos, alguns se sobressaem: a) interdisciplinaridade; b) sistematicidade e c) complexidade.

A *interdisciplinaridade* permite a conexão de disciplinas, ramos jurídicos, saberes de áreas diferentes, fortalecendo o uso de métodos e práticas epistemológicas. Essa componente do direito ambiental gera comunicações entre diversos elementos partícipes do processo ecológico, em quaisquer ecossistemas, em escalas macro, média e micro.

⁸ *Ibidem*, p. 338-341.

⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, pp. 53-56.

Quanto à *sistematicidade*, a mesma colabora com a funcionalidade do sistema, quer dizer, facilita que as partes internas do direito ambiental funcionem harmonicamente, permitindo que o direito ambiental atue como um microsistema. Ademais, do ponto de vista externo, contribui com o processo comunicativo entre o direito ambiental e outras formas de saberes provenientes de outras naturezas. Em resumo, em questões que envolvem dimensões ecossistêmicas devemos nos descolar de adotar o paradigma mecanicista/jurídico e adotar o paradigma sistêmico/jurídico¹⁰, sendo assim, jungido conseqüentemente a aplicação do direito ambiental.

A *complexidade* alarga o saber, quer dizer, agrega em torno de si diversos elementos interdependentes, distanciando-se do pensar fragmentário reducionista¹¹. A complexidade, às vezes, figura lado a lado com a sistematicidade, como no caso do direito ambiental. A complexidade contribui para que o *jus*ecológico se afaste do direito *jus*positivista de feições cartesiana, fragmentária e linear.

Após tal exposição das características da interdisciplinaridade, sistematicidade e complexidade, atentemos que o direito ambiental também contém outros elementos internos que merecem ser explicados sucintamente. São os princípios do direito ambiental.

Assim, busquemos preliminarmente o significado do termo *princípio*. Este, compreendido como a base, o fundamento, a natureza, o começar de algo. É norma fundamental de qualquer ciência – jurídica e não jurídica. Portanto, os princípios devem ser apreendidos por diversos saberes, inclusive pelos ramos jurídicos.

Vejamos que o *direito ambiental* também contém alguns *princípios* que devem ser passados em revista, são eles: a) princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; b) princípio da natureza pública da proteção ambiental; c) princípio do poluidor-pagador; d) princípio da prevenção; e) princípio da função socioambiental da propriedade; f) princípio do direito ao desenvolvimento sustentável e g) princípio da cooperação entre os povos¹². Figuram ainda na seara do direito ambiental os princípios da prevenção/precaução; princípio democrático da participação e princípio da responsabilidade socioambiental¹³. Apenas os mais relevantes para o objeto epistemológico em alusão serão detalhados.

¹⁰ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*, pp. 25-31.

¹¹ PETRAGLIA, Izabel Cristina. *Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e saber*, pp. 48-50.

¹² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*, pp. 107-126.

¹³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*, pp. 100-108.

Quanto ao *princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana*, a Constituição Federal Brasileira de 1988, agasalha no Capítulo VI, do Meio Ambiente, *in verbis*: “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”¹⁴.

Do exposto, interpreta-se que o meio ambiente não deve ser degradado, deteriorado, poluído, uma vez que é imprescindível à saudável qualidade de vida.

Nestes termos, em boa hora a Organização das Nações Unidas – ONU – na Conferência de Estocolmo, na Suécia, em 1972, aduziu em sua Declaração, Princípio 1: “O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao *desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar* e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”¹⁵. (grifo nosso).

Assim, os Estados signatários da ONU que aderiram aos termos da referida Conferência devem cogentemente realizar ações no sentido de coibir práticas deletérias ao meio ambiente, seja elaborando leis protetivas ecológicas seja desenvolvendo gestões ambientalmente corretas, socialmente justas e economicamente viável.

O *princípio do direito do desenvolvimento sustentável*, fora lapidado na Conferência do Rio de Janeiro, em 1992, cujo tema principal foi denominado *Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Todavia, ainda em 1980, a ONU, por intermédio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – elaborou um documento intitulado *Uma estratégia mundial para a conservação*, criticando o modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados¹⁶. Por sua vez, a ONU, por meio do PNUMA, apresentou publicamente o documento produzido por uma Comissão, denominado de Relatório Brundtland 1987, sob a epígrafe, *nosso futuro comum (1987)*, no qual apresenta o conflito ocorrente entre o desenvolvimento e os padrões de consumo da sociedade moderna. Por conseguinte, elaborou um conceito de *desenvolvimento sustentável* que deverá atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações de prover as suas próprias necessidades¹⁷.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁵ Conferência da Declaração de Estocolmo, 1972. <Disponível em: nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁶ BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Introdução ao direito ambiental*, p. 66.

¹⁷ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD). *Nosso futuro comum*, 1991.

Tal expressão, após sua lapidação conceitual, passou a figurar como princípio do direito ambiental, bem como dimensão estratégica de outros ramos científicos e instituições públicas e privadas.

O *princípio da cooperação entre os povos*, ínsito ao direito ambiental, encontra-se previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, no Art. 4º, no qual expõe que o Brasil se rege nas relações internacionais, entre outras, pela “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.¹⁸

Tal princípio mostra como o direito ambiental é imprescindível para tratar de assuntos transfronteiriços, uma vez que países, principalmente os da América Latina, possuem regiões interdependentes, e a depender das ações promovidas em determinado país, poderá causar impactos negativos em outras nações, sendo necessário a aplicação de um direito dinâmico com características interdisciplinar e sistêmica, cujo propósito seja debelar problemas ambientais de grande magnitude.

4. ECOSSISTEMAS HÍDRICOS E FLORÍSTICOS DE PAÍSES MEGADIVERSOS DA AMÉRICA LATINA

Neste tópico versaremos acerca de informações ecossistêmicas de alguns países da América Latina, denominados de *megadiversos*, por conterem em seus ecossistemas milhões de espécies de seres vivos (animais e vegetais), daí porque são denominados biodiversos. Todavia, as argumentações levantadas e os dados apresentados referem-se mais especificamente ao Brasil, em face do mesmo ser o maior país megadiverso do planeta terra.

Para a Conservação Internacional (*Conservation International*), organização sem fins lucrativos, são 17 os países megadiversos, são eles: Brasil, Colômbia, México, Venezuela, Equador, Peru, EUA, África do Sul, Madagascar, República Democrática do Congo, Indonésia, China, Papua Nova Guiné, Índia, Malásia, Filipinas e Austrália. Dentre estes, 5 (cinco) fazem parte da América Latina¹⁹. O Brasil é o país mais biodiverso do mundo: a) possui 55.000 de plantas superiores do mundo e aproximadamente 7% desse total só existe no Brasil; b) é o primeiro país com o maior número de mamíferos, com 524 espécies; c) possui mais de 3.000 espécies (peixe de água doce); d) tem também, entre 10 e 15 milhões de insetos. Por sua vez, a Colômbia aparece em 2º lugar em biodiversidade no continente americano, com 1.815 aves, o que representa 20% do total de aves mundiais. A Colômbia ultrapassa o Brasil em anfíbios; é o segundo país em plantas e terceiro em répteis. Na América

¹⁸ Art. 4º, inciso IX, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁹ FONSECA, Gustavo. *Os 17 países da megadiversidade*. Disponível em: <<http://eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975>>. Acesso em: 28 ago. 2019

Latina, também se destaca o Equador, que embora seja o menor país megadiverso, possui o ecossistema do Arquipélago de Galápagos, com as exuberantes aves e répteis²⁰.

Ante o exposto, nos resta informar que as políticas e as gestões dos países da América Latina devem ser planejadas de tal maneira que impeçam ou reduzam progressivamente os riscos e/ou danos de degradação, deterioração e poluição dos ecossistemas internos (pátrio) e externos (outros países).

Um país como o Brasil, possuidor de grande parte da Bacia Hidrográfica Amazônica e da Floresta Amazônica, as quais figuram entre os maiores ecossistemas do planeta, não pode e não deve: 1) permitir a violação do *princípio da proibição do retrocesso ambiental*²¹. 2) elaborar políticas internas ambientais favorecedoras ao desmatamento da floresta amazônica e/ou poluição das águas da bacia amazônica, ou ainda, a frouxidão da tutela de outros ecossistemas pátrio. 3) desconsiderar as externalidades ambientais negativas, as quais podem ser transfronteiriças e provocar danos ambientais em ecossistemas de outras nações. 4) enfim, desrespeitar o cumprimento de normas - regras e princípios – disciplinadores da política e gestão ambiental brasileira. Tal advertência, quiçá, poderá ser estendida para todos os outros países megadiversos e não megadiverso da América Latina.

5. CONCLUSÃO

Do trabalho investigativo desenvolvido, conclui-se que o *direito ambiental* jungido ao *desenvolvimento sustentável*, este funcionando como um *macro princípio*, aduzido aos outros caracteres, a saber: interdisciplinaridade, sistematicidade e complexidade, ganha robustez para atuar em prol de ecossistemas agredidos ou iminentemente agredidos. Mas, não sem antes se valer de princípios menos elásticos, contudo importantes no somatório tutelar do meio ambiente. Vejamos, pois, que os princípios: do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; da natureza pública da proteção ambiental; do poluidor-pagador; da função socioambiental da propriedade; da cooperação entre os povos; da prevenção/precaução; da participação e da responsabilidade socioambiental – funcionam como impulsionadores dinâmicos ao gozo do direito ambiental/desenvolvimento sustentável.

À guisa de conclusão, o direito centrado em teoria *juspositivista* – cartesiana e fragmentária – não mais consegue de *per se* responder aos inúmeros questionamentos

²⁰ FONSECA, Gustavo. *Os 17 países da megadiversidade*. Disponível em: <<http://eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975>>. Acesso em: 28 ago. 2019

²¹ Ver PRIEUR, Michel. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, pp. 8-51; Ver BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, pp. 52-69. In: O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília – DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

ambientais, os quais são complexos, sendo necessário o emergir de um novel ramo jurídico – *direito ambiental* – que atenda às novas demandas ecológicas, daí porque se buscar *novas teorias* – da sistematicidade, da complexidade e da sociedade de risco – que permitam ao ordenamento jurídico/sistema jurídico do Brasil, e por que não dizer da América Latina, ganho sinérgico em prol de prevenir ou reprimir agressões aos ecossistemas.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direito ambiental e dos recursos naturais: biodiversidade, petróleo e águas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- _____. *Introdução ao direito ambiental*. Campina Grande – PB: Editora EDUEFCG, 2007.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. (Tradução) Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, pp. 52-69. In: O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília – DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 9 ago. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. (Tradução) Newton Roberval Eichenberg. 14 ed. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix, 1997.
- _____. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. (Tradução) Marcelo Brandão Cipolla. 11 ed. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix, 2009.
- CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. (Tradução) Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- FONSECA, Gustavo. *Os 17 países da megadiversidade*. Disponível em: <<http://eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=975>>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MORIN, Edgar. *O método I: a natureza da natureza*. (Tradução) Ilana Heineberg. 2 ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.
- ONU. COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- _____. *DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO (1972)*. <Disponível em: nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- PETRAGLIA, Izabel Cristina. *Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e do saber*. 3 ed. Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1995.
- PRIEUR, Michel. *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*, pp. 8-51. In: O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília – DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 9 ago. 2019.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

O ACORDO DE ASSOCIAÇÃO MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA E SUA INFLUÊNCIA NOS PAÍSES IBERO-AMERICANOS: UMA ANÁLISE SOB A LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

João Felipe Buerger¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar as relações existentes entre o acordo de associação Mercosul-União Europeia, os países ibero-americanos e o Direito econômico. Partindo da ideia que Direito Econômico como o ramo do Direito Público que regula a forma que é dirigida a vida econômica de um país, tendo como objetivo o estudo, o estabelecimento e a harmonização das relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, controladores dos setores de produção, nos limites estabelecidos para a intervenção estatal na ordem econômica. No âmbito internacional, temos o Direito Internacional Econômico, que disciplina o as reações comerciais entre as Nações, bem como o fluxo de valores, bens, produtos e prestação de serviços. Diante disso, nos deparamos com o acordo de associação Mercosul-União Europeia selados entre os blocos econômicos em 4 de julho de 2019. Estes dois blocos econômicos contém parte considerável dos países que formam a comunidade ibero-americana. Assim, é possível afirmar que o acordo resultará em consequências diretas para esses países, passando a fazer parte do parte do conjunto legislativo que integra o direito econômico de cada país. Porém, para que isso ocorra, é necessário, ainda, especificar alguns detalhes do acordo, para que, então, cada país passe submeter o acordo aos seu processo interno de ratificação.

Palavras-chave: Mercosul; União; Europa; Economia; Acordo.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the relations between the Mercosur-European Union association agreement, the Ibero-American countries and economic law. Starting from the idea that Economic Law as the branch of Public Law that regulates the way the economic life of a country is directed, having as objective the study, the establishment and the harmonization of the legal relations between the public entities and the private agents, controllers. production sectors, within the limits established for state intervention in the economic order. At the international level, we have International Economic Law, which regulates commercial reactions between nations, as well as the flow of values, goods, products and services. Given this, we are faced with the Mercosur-European Union association agreement sealed between the economic blocs on July 4, 2019. These two economic blocs contain a considerable part of the countries that make up the Ibero-American community. Thus, it can be said that the agreement will result in direct consequences for these countries, becoming part of the legislative body that integrates the economic law of each country. However, for this to happen, it is also necessary to specify some details of the agreement, so that each country then submits the agreement to its internal ratification process.

Keywords: Mercosur; Union; Europe; Economy; Agreement.

¹ É mestrando na UNINTER - Centro Universitário Internacional, Bolsista 100% no programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Endereço eletrônico para contato: joao@betadvogados.com.br

INTRODUÇÃO

Em julho de 2019 o Mercosul e a União Europeia assinaram um Acordo de livre associação, visando o diálogo político, a cooperação e o livre comércio, com o intuito de aproximar as relações entre os blocos econômicos e fomentar o desenvolvimento conjunto.

Para regulamentar essa nova relação estratégicas entra em cena o Direito Econômicos Internacional, a fim de criar as regras jurídicas próprias que atendam aos interesses dos estados-membros da partes envolvidas, garantido a efetivação das medidas propostas respeitando o direito interno de cada um.

Nessa conjuntura, o presente artigo tem como objeto de estudo O Acordo de Associação entre Mercosul e União Europeia, observando suas relações com o Direito Econômico e a forma que o novo instituto jurídico criado será recepcionado pelos blocos econômicos envolvidos.

DIREITO E ECONOMIA

Direito e Economia são duas áreas da ciência distintas, mas costumam ter seus caminhos ligados de maneira usual. Isso porque enquanto a economia observa as relações comerciais e financeiras, de diferentes pontos de vista, o direito é responsável por regular estas relações, e se utiliza da do conhecimentos econômicos para definir as formas e possibilidades de regulações

Quando se trata de políticas públicas, a economia se faz útil para o direito em sua formulação. Se o Direito é visto como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano por meio de incentivos econômicos, sua atuação equivale à de um indutor de condutas. Portanto, é nesse sentido que se torna um aliado às políticas públicas que conferem a eficácia, garantia e estabilidade ao sistema. (PINHEIRO e SADI, 2005, p. 39)

Para Figueiredo (2014, p. 41) o Direito Econômico é um ramo do Direito Público que regula a forma que é dirigida a vida econômica da nação, tendo como objetivo o estudo, o disciplinamento e a harmonização das relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, detentores dos fatores de produção, nos limites estabelecidos para a intervenção estatal na ordem econômica.

Contudo, para Herren Aguillar (2012, p. 30) o Direito econômico não é um ramo do Direito, e nem mesmo pode ser considerado como um disciplina alocada nele. A doutrina

têm o considerado como um fenômeno decorrente da presença mais intensa do Estado como regulador do mercado, sendo um termômetro sensível da organização da economia.

Em relação ao direito pátrio, o marco teórico do direito econômico foi a publicação do artigo pioneiro, intitulado “O Indispensável Direito Econômico”, de autoria de Fábio Konder Comparato. Por intermédio dessa publicação acadêmica, o autor demonstrou que o direito econômico se tratava de ramo jurídico presente na história recente da sociedade, porém carecedor de um estudo sistemático que definisse seus princípios e regras próprias, em face das demais disciplinas do direito. (FIGUEIREDO, 2014, p. 83)

O objeto do nosso estudo, todavia, não é apenas o Direito Econômico, visto que este é amplo e pode ser analisado sobre diversos aspectos, como do ponto de vista da ordem econômica, do direito constitucional, das agências reguladoras e das relações econômicas internas de um país. O Direito Econômico que precisamos estudar é aquele que regula as relações econômicas internacionais entre as nações, ou de maneira ainda mais ampla, as relações entre blocos econômicos, ou seja, o Direito Internacional Econômico.

O Direito Internacional Econômico, na sua acepção extensiva, pode ser visto como o ramo jurídico que abrange as normas e princípios que regulamentam as operações econômicas em suas mais diversas naturezas, sempre que estas não ocorrerem no interior de uma ordem jurídica nacional. (CRETELLA NETO, 2012, p. 73)

Cretella Netto (2012, p. 124) explica que o Direito Econômico Internacional é responsável por regulamentar as relações comerciais e financeiras entre os Estados, a conduta de certas organizações internacionais que tem atuação nestes campos, bem como as companhias privadas, que são responsáveis por desenvolver as atividades econômicas que são regulamentadas.

Contudo, essa regulação econômica pode ganhar em complexidade e potência, pois muitas vezes essas relações comerciais não precisam ficar no limitado critério bilateral, e sim ganhar contornos mais amplos e coletivos.

Por diversas razões, como culturais, históricas e, principalmente, pela forma de complementaridade que suas economias se relacionam, alguns países de determinadas regiões costumam integrar-se como espaços comerciais, com a finalidade de conseguir ganhos de produtividade e aumento de trocas de produtos e serviços. (CRETELLA NETO, 2012, p. 539)

Dentro dessas premissas surgiu o grande grupo econômico mundial. As grandes potências mundiais ainda se recuperavam da Segunda Guerra Mundial, e precisavam se

O Acordo de Associação Mercosul-União Europeia e sua Influência nos Países Ibero-Americanos: Uma Análise sob a Luz do Direito Econômico

fortalecer para manter seus postos de líderes da economia global frente aos emergentes Estados Unidos e União Soviética,

Foi nesse contexto que surgiu o Bloco econômico europeu, tendo início em 1951, com apenas 6 países, e seu formato anual, abrangendo XX nações, é o resultado de décadas de evolução. (HERREN AGUILLAR, 2012, p. 483)

A União Europeia, inclusive, tem na sua base princípios chamados de *quatro liberdades* sendo eles a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais dentro do seu território interno. Ou seja, não há aduanas dentro de um país membro. (HERREN AGUILLAR, 2012, p. 30)

Atualmente a organização é composta por 28 estados-membros e é a união econômica de nações mais rica, forte e desenvolvida do mundo.

Blocos econômicos podem realizar interações entre si, e essas relações dependem de conveniências momentânea, opções políticas, contextos histórico das relações entre os países-membros e principalmente dos objetivos que desejam alcançar. (HERREN AGUILLAR, 2012, p. 451)

Em situação distante tanto do ponto territorial quanto na visão econômica se encontra o Mercosul, formado por 4 países-membros que formam uma integração econômica entre os principais países da América do Sul.

O Mercosul teve seu início estrutural com o Tratado de Assunção de 1991. Com o Protocolo de Ouro Preto, de 1994, foram estabelecidos aspectos institucionais, conferindo personalidade jurídica ao Mercosul. (HERREN AGUILLAR, 2012, p. 456).

Esses dois blocos econômicos são destaque no mundo globalizado, e integram uma parcela importante dos países unidos pelas línguas portuguesa e espanhola, o que por si já denota uma união cultural relevante, que fortalece, inclusive, os laços econômicos entre os blocos.

O ACORDO

De acordo Francisco Rezek (2018, p. 40), *tratado* “é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Ele é um instrumento, onde a identificação não se dá pelo conteúdo, e sim pelo processo de produção e pela forma final. Seu conteúdo pode tratar tanto de cereais ou minerais quanto de ciência jurídica.

Porém, o texto objeto deste artigo é um *acordo*, e não um tratado. Para Rezek (2018, p. 41), acordos, compromissos, convenções ou protocolos são juridicamente sinônimos da expressão *tratado*, desde que realizados por personalidades de direito público e com o objetivo de produzir efeitos jurídicos.

De qualquer modo, independentemente da definição escolhida, é certo que *acordo* é sinônimo ou subespécie de *tratado*, devendo ser utilizadas as regras atinentes a este para a sua verificação do ponto de vista jurídico.

E esta foi a modalidade escolhida por Mercosul e União Europeia, em 04 de julho de 2019, quando firmaram o Acordo de Associação Mercosul-União Europeia para o desenvolvimento conjunto dos dois blocos econômicos.

O Acordo de Associação entre Mercosul e União Europeia inclui três pilares: diálogo político, cooperação e livre comércio. O acordo comercial é composto por capítulos e anexos, dividido por temas, dentre os quais destaca-se do ponto de vista econômico: acesso tarifário ao mercado de bens; regras de origem; medidas sanitárias e fitossanitárias; barreiras técnicas ao comércio; defesa comercial; salvaguardas bilaterais; defesa da concorrência; facilitação de comércio e cooperação aduaneira; serviços e estabelecimento; propriedade intelectual; integração regional; empresas estatais; subsídios; pequenas e médias empresas; comércio e desenvolvimento sustentável; transparência; e solução de controvérsias.

MERCOSUL e a UE representam um Produto Interno Bruto aproximado de US\$ 20 trilhões, o que corresponde a 25% da economia mundial, e mercado de aproximadamente 780 milhões de pessoas. O acordo constituirá uma das maiores áreas de livre comércio do mundo. A UE é o segundo principal parceiro comercial do MERCOSUL, A corrente de comércio entre as duas regiões foi de mais de US\$ 90 bilhões em 2018. (BRASIL, 2019, p. 3)

O Brasil exportou mais de US\$ 42 bilhões para a UE, aproximadamente 18% do total exportado pelo país. A UE figura como o maior investidor estrangeiro no MERCOSUL. Em 2017, o estoque de investimentos da UE no bloco sul-americano somou US\$ 433 bilhões. O Brasil é o quarto maior destino de investimento estrangeiro direto (IED) extrabloco da UE. (BRASIL, 2019, p. 3)

O acordo, segundo o governo brasileiro (Brasil, 2009, p. 8) permitirá agilizar e reduzir os custos dos trâmites de importação e exportação de bens, reduzindo a burocracia e aumentando a transparência para os operadores econômicos. (BRASIL, 2019, p. 8)

Consta também no acordo o compromisso de de rever e melhorar regulamentos e práticas de desembaraço de bens, de forma contínua e em consultas com a comunidade

O Acordo de Associação Mercosul-União Europeia e sua Influência nos Países Ibero-Americanos: Uma Análise sob a Luz do Direito Econômico

empresarial, bem como fazer uso de processos eletrônicos nas operações de transação comercial.

Ainda, o acordo garante o direito dos países do Mercosul e da União Europeia de adotar as medidas de defesa comercial previstas na Organização Mundial do Comércio, como medidas antidumping, medidas compensatórias e salvaguardas globais. (BRASIL, 2019, p. 12)

Ademais, existe um capítulo de solução de controvérsias, em que são ampliados os mecanismos à disposição do Brasil para a resolução de disputas comerciais com a União Europeia, o que tornará muito mais ágil e justa qualquer entreve existente entre os blocos.

Contudo, o acordo não produz efeitos imediatos e deve ser ratificado pelas partes, que não são apenas os blocos econômicos, e sim o países-membros que os compõem, antes que possa entrar em vigor.

Após o anúncio político, é feita uma revisão técnica e jurídica do acordo, e realizada a tradução do texto nas línguas oficiais das partes. No caso da União Europeia, o texto estará disponível em 23 idiomas. (BRASIL, 2019, p. 17)

Quando o texto do acordo estiver devidamente revisado e traduzido, ele estará pronto para assinatura. A Comissão Europeia encaminhará o acordo ao Conselho da UE, que decide sobre a assinatura formal. Será definida uma data com o MERCOSUL para a assinatura do acordo. Nos últimos acordos comerciais concluídos pela UE, esse processo levou de 7 meses a 3 anos.

Após a assinatura, a Presidência da República encaminhará o acordo para o Congresso Nacional, para apreciação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Se aprovado, o Senado autorizará o Poder Executivo a ratificar o acordo. No que se refere à UE, o acordo será encaminhado para votação no Parlamento Europeu. (BRASIL, 2019, p. 17)

A parte econômica do acordo, que é o objeto relevante neste artigo, poderá entrar em vigor provisoriamente após a aprovação pelo Parlamento Europeu e a ratificação pelos países do Mercosul. A parte política dependerá da ratificação do texto pelos Estados-partes da UE. (BRASIL, 2019, p. 17)

Cada Estado-parte do Mercosul deverá concluir seus respectivos processos internos para ratificação do acordo. Como a União Europeia como organização possui maior legitimidade e poder para aprovação do acordo uma vez ratificado pela organização europeia, o acordo poderá entrar em vigor para os sócios do Mercosul de maneira individual, à medida que cada um deles concluir seu procedimento intrno de ratificação.

A Comissão Europeia (EU, 2019) divulgou uma lista de produtos europeus que terão as tarifas eliminadas ao serem comercializadas no Mercosul após a entrada em vigor do acordo, demonstrando o grande impacto da associação para a indústria europeia e o mercado consumidor latino-americano. Dentre as tarifas que deixarão de serem cobradas desataca-se: carros (35%); maquinário (de 14% a 20%); químicos (até 18%); vestuário (até 35%); farmacêuticos (até 14%); sapatos de couro (até 35%); têxteis (até 35%).

No setor agroalimentar, serão eliminadas tarifas aduaneiras para exportação de produtos da UE no Mercosul, tais como chocolates (atualmente taxados em 20%), vinhos (27%), bebidas não alcoólicas (de 20% a 35%) e produtos lácteos (28%), inclusive queijos. (EU, 2019)

Ademais, o acordo também permite o uso de salvaguardas bilaterais, com o objetivo dos países poderem proteger-se de surtos de importação decorrentes do processo de liberalização. Por exemplo, com a entrada de vinhos europeus no Mercosul com qualidade elevada e preços mais baratos, os produtos sul-americanos terão o seu mercado dificultado. Com esse mecanismo, é possível regular situações como essa tanto para produtos industrializados como para produtos agrícolas.

Também existe um capítulo que trata de Comércio e Desenvolvimento Sustentável, e tem por objetivo reiterar o compromisso das partes na proteção das condições de trabalho e do meio ambiente. Consagra o respeito aos princípios fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda 2030, de acordo com as capacidades nacionais das partes.

Dessa forma, verificamos que o acordo firmado com natureza jurídica de tratado modifica profundamente os fundamentos do Direito Econômico reguladores dos dois blocos econômicos. Com a futura ratificação do texto pelas partes envolvidas no acordo, o texto passará a ter valor legal, influenciando diretamente na organização econômica dos habitantes dos países envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Econômico, como responsável para regulação das atividades econômicas, tem como ramo o Direito Econômico Internacional, que tem essa função perante as nações.

Diante do Acordo de Associação Mercosul União Europeia, o Direito Internacional Econômica ganha ainda mais relevância, pois tem como objetivo regular a relação não somente entre nações, mas entre blocos econômicos.

O Acordo de Associação Mercosul-União Europeia e sua Influência nos Países Ibero-Americanos: Uma Análise sob a Luz do Direito Econômico

Em razão dos números econômicos envolvendo as duas partes, representado efetiva parcela da movimentação econômica mundial, verificamos que o Acordo é um documento extremamente relevante para o Direito Econômico, em especial por ser fomentador do desenvolvimento e intercâmbio de produtos e serviços de setores estratégicos dos países envolvidos, inclusive os ibero-americanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Acordo De Associação Mercosul-União Europeia.** Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 29 de setembro de 2019.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional econômico.** São Paulo: Saraiva, 2012.

EU. **EU-Mercosur Association Agreement: building bridges for trade and sustainable development.** Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157954.pdf. Acesso em 29 de setembro de 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, **Lições de direito econômico.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional.** 3. ed. atual. de acordo com a Lei 12.529/11. São P.aulo: Atlas, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro : Elsevier: Campus, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

O APLICATIVO GUIABOLSO: UM ESTUDO DE CASO À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/18)

João Manoel de Lima Junior¹

Tháise Zacchi Pimentel²

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar as atividades desenvolvidas pela *fintech* brasileira Guiabolso sob a ótica da Lei nº 13.709/2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”), e demais diplomas legais e regulatórios pertinentes ao tema. O aplicativo Guiabolso atualmente é utilizado por mais de cinco milhões de pessoas no Brasil (Guiabolso, 2019), tem tido destaque na imprensa especializada e conquistado prêmios relativos ao uso de inteligência artificial, inovação e empreendedorismo. Até o ano de 2017, a sociedade empresária recebeu R\$ 215 milhões de aporte de investidores (Guiabolso, 2019). O funcionamento das operações realizadas pelo Guiabolso depende da obtenção de autorização dos seus usuários, sincronização do aplicativo com a conta bancária do cliente, organização dos recebimentos e gastos destes de acordo com as categorias disponibilizadas pelo aplicativo, realização de simulações de empréstimos e indicação de opções de investimento e poupança. Deste modo, o presente artigo analisa a juridicidade das operações desempenhadas pelo aplicativo Guiabolso perante o Código de Defesa do Consumidor, Lei Geral de Proteção de Dados, Lei do Cadastro Positivo, Marco Civil da Internet, Lei do Sigilo Bancário, Resoluções do Conselho Monetário Nacional, e Instruções da Comissão de Valores Mobiliários. Neste sentido, são analisados os eventuais limites jurídicos e potenciais de desenvolvimento da regulação dos mercados financeiro e de capitais brasileiro e apontadas eventuais (in)adequações do modelo de negócios do Guiabolso aos padrões regulatórios adotados na regulação do mercado financeiro brasileiro. Com apoio em pesquisa bibliográfica e documental, o artigo aborda algumas questões relevantes para a completa identificação do regime jurídico aplicável à obtenção, custódia e disponibilização de informações de consumidores e investidores no Brasil, tais como o regime de propriedade dos dados, direito ao sigilo bancário, segurança da informação obtida eletronicamente, o exercício das atividades de consultoria de investimentos e oferta de crédito. O artigo apresenta uma análise pioneira e relevante para a academia jurídica nacional, ao analisar os desafios impostos por esta inovação tecnológica na regulação dos mercados financeiro e de capitais brasileiro. Destarte, o artigo propõe contribuir para a consolidação do pensamento jurídico relativo a proteção de dados e oferta de serviços financeiros no Brasil.

Palavras-chave: proteção de dados; regulação; sistema financeiro.

¹ Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito Econômico pela USP, São Paulo, Brasil. Foi Pesquisador Visitante na Georgetown University Law Center e Professor Substituto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil. Atualmente é Professor Adjunto da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio, Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV.

² Especialista em Advocacia Empresarial pela PUC Minas. Pós-graduanda em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela ITE, Bauru/São Paulo, Brasil. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV.

Abstract: The objective of this article is to analyze how the activities developed by the Brazilian fintech are subject to the Law No. 13.709/2018 ("General Data Personal Protection Law"), and other legislation and regulation related to the subject. The Guiabolso app currently is used by more than four million people in Brazil (Guiabolso, 2019), and has gained prominence in the press and won awards related to the use of artificial intelligence, innovation and entrepreneurship. Until 2017, the company received R\$ 215 million from investors (Guiabolso, 2019). The operation carried out by Guiabolso depends on obtaining authorization from the users, synchronization of the application with the customer's bank account, organization of their receipts and expenses according to the categories provided by the application, loan simulations and indication of options in investment and savings. In this way, this article analyzes the legality of the operations performed by the application toward Consumer Protection Code, General Data Personal Protection Law, Positive Registration Law, Internet Civil Marco, Bank Secrecy Law, Resolutions of Law National Monetary Council, Central Bank Circulars and Instructions of the Securities Commission. In this sense, the possible legal and potential limits to the development of the regulation of the Brazilian financial and capital markets are analyzed and any (in)adequacy of the Guiabolso application's business model to the regulatory standards adopted in the regulation of the Brazilian financial market. Supported by bibliographic and documentary research, the article address some relevant issues for the complete identification of the legal regime applicable to the obtaining, custody and availability of information from consumers and investors in Brazil, such as data ownership regime, right to bank secrecy, security of information obtained electronically, the exercise of investment advisory activities and the provision of credit. The article presents a pioneering and relevant analysis for the national legal academy, analyzing the challenges imposed by this technological innovation in the regulation of the Brazilian financial and capital markets. Thus, the article proposes to contribute to the consolidation of legal thinking on data protection and financial services provision in Brazil.

Key-words: Data protection; regulation; financial system

Introdução

A Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), sancionada no dia 14 de agosto de 2018, introduz no ordenamento jurídico brasileiro o marco legal no que se refere à proteção de dados de forma mais extensa e detalhada no país. Ainda que existentes outros diplomas que versem sobre o tema³, nenhum outro possui a abrangência multissetorial que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) detém sobre a proteção de dados pessoais no Brasil. Com a entrada em vigor da LGPD no dia 14 de agosto de 2020, e a necessidade de atendimento às suas exigências por todos aqueles que realizam a coleta e o tratamento de dados pessoais, entende-se relevante a elaboração do presente trabalho à luz dos princípios instituídos pela referida lei. Nesse sentido, a escolha pelo aplicativo Guiabolso

³ Código de Defesa do Consumidor, Lei de Acesso à Informação Pública, Lei do Cadastro Positivo e Marco Civil da Internet já discorrem sobre o tema de proteção de dados pessoais.

se dá por seus serviços representarem atividades pioneiras e paradigmáticas no Brasil. Entende-se, portanto, que o estudo de caso trará lições teóricas sem perder o foco na prática de soluções aplicáveis para outros aplicativos.

A fim de elucidar o modo de operação do Guiabolso, será feita uma sucinta descrição dos serviços ofertados pela sociedade empresária, sejam aqueles relativos ao seu desempenho como um sistema de controle financeiro *on line* ou de correspondente bancário. O presente artigo também abordará como se dá a aplicabilidade da atual legislação e regulação do mercado financeiro brasileiro, sobre a atuação do aplicativo junto aos seus usuários. Serão feitas considerações sobre os desafios jurídicos compostos pela obtenção, tratamento e compartilhamento de dados dos usuários pelo Guiabolso.

1. Sobre o Guiabolso

Guiabolso é um sistema de controle de finanças pessoais, via aplicativo de celular, criado pela sociedade empresária Guiabolso Finanças Correspondente Bancário e Serviços LTDA. Constituída em 2012, com um capital social de R\$ 10 mil reais, a sociedade empresária recebeu, até o ano de 2017, R\$ 215 milhões de aporte de investidores. Até o ano de 2014, o Guiabolso contava com 260 mil usuários em sua base, tendo, em 2019, atingido a marca de 5 milhões de pessoas que fazem uso de seus serviços (GUIABOLSO, 2019).

Para acessar os serviços do Guiabolso, o usuário deve realizar o seu cadastro no sistema, fornecer seu e-mail e seu número de celular, criar uma senha e selecionar a opção que confirma a leitura e concordância com os termos de uso e política de privacidade. Após, o usuário terá seu *login* e senha de acesso ao aplicativo e deverá selecionar o banco no qual tem conta, informar o seu CPF, os dados bancários e a respectiva senha utilizada para acessar o *internet banking*, e autorizar o Guiabolso a acessar os dados financeiros em modo de visualização para que haja a sincronização automática da sua conta junto ao sistema (mediante clique na única opção dada em caixa de seleção), isto é, o aplicativo compilará as informações sobre as movimentações bancárias do usuário e as introduzirá na sua plataforma de controle financeiro *on line* automaticamente.

Caso queira, o usuário pode incluir manualmente essas informações, sendo permitido incluir conta corrente e poupança e cartão de crédito. No modo automático de coleta de dados, mediante o fornecimento da senha dada anteriormente pelo usuário, o aplicativo terá

acesso a detalhes da movimentação bancária do consumidor e os registrará em seu banco de dados a fim de utilizar como base para o apoio à gestão da vida financeira do usuário.

O Guiabolso informa que sua atividade consiste em sincronizar o seu sistema com a conta bancária do usuário, dar dicas de investimento e poupança com inteligência artificial, organizar e categorizar os gastos automaticamente, elaborar gráficos relativos a movimentação financeira, reunir o saldo de todas as contas do usuário, bem como atuar como correspondente bancário junto aos bancos parceiros (GUIABOLSO, 2019a). Com base nos hábitos de consumo e financeiros, o Guiabolso personaliza o envio das suas dicas (GUIABOLSO, 2019b).

O aplicativo também oferece uma agenda para o usuário cadastrar todas as contas a pagar e a receber, na qual deve informar o tipo de conta, o valor e a data de vencimento/recebimento.

Na intermediação do processo de contratação de empréstimos pessoais junto aos bancos e outros correspondentes, o aplicativo presta serviços para o Banco Semear S.A.; Portocred S.A. - Crédito Financiamento e Investimento; Banco CBSS S.A.; BV Financeira S.A e Sorocred - Crédito, Financiamento e Investimentos S.A.

Sobre as simulações de empréstimos, o usuário poderá realizá-las diretamente no aplicativo, devendo informar o seu objetivo (por ex.: renegociar dívidas) e o valor necessário para isto. Deste modo, o aplicativo localizará as propostas disponíveis junto aos bancos, ou outros correspondentes bancários, e disponibilizará ao usuário os dados do empréstimo que mais se adapta as informações prestadas pelos usuários. Por conseguinte, na tela do aplicativo, é informado o nome do banco ou correspondente bancário responsável pela oferta, a taxa de juros CET do contrato, a quantidade e o valor de cada parcela e o valor total a pagar. Caso os usuários se interesse pela proposta, poderá clicar para analisar de forma mais detalhada diretamente no site de quem a ofertou. Destaca-se que, segundo o aplicativo, o uso dos dados dos usuários que estão disponíveis no Guiabolso auxilia os parceiros a personalizar as propostas oferecidas (GUIABOLSO, 2019b).

O Guiabolso poderá alterar os termos de condições de uso e a política de privacidade, mediante comunicação prévia ao usuário através de envio de e-mail e publicações no site e no aplicativo quinze dias antes da entrada em vigor (GUIABOLSO, 2019a). Decorrido esse prazo, será considerado a concordância do usuário sobre os novos documentos, razão pela qual estará submetido as novas alterações. Em caso de discordância, o usuário deve solicitar a exclusão da sua conta através do site, envio de e-mail para o suporte ou mensagem para o

chat do aplicativo/site. Após a solicitação de exclusão da conta, os dados pessoais serão apagados e todos os dados coletados serão anonimizados⁴, exceto aqueles que não possam ser excluídos, nos termos da legislação brasileira.

2. O regime jurídico aplicável ao Guiabolso

Diante da atuação do Guiabolso como correspondente bancário junto aos bancos, a Resolução nº 3.954/11 do Conselho Monetário Nacional (CMN) que dispõe sobre o tema deve ser analisada. O artigo 2º da referida Resolução dispõe que o correspondente atua sob as diretrizes da instituição contratante e que cabe a esta garantir a segurança e o sigilo das transações realizadas por meio do correspondente contratado, bem como o cumprimento da legislação e da regulamentação relativa a essas transações. Deste modo, visto que o Guiabolso atua como correspondente bancário, os seus serviços devem obedecer a legislação e regulação que recaem sobre as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras.

Sobre a política de segurança cibernética, o CMN, determinou que as instituições financeiras, e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, devem ser submetidas a Res. nº 4.658/18. Pela falta de uma regulação específica sobre a prestação de serviços de controle financeiro realizado por aplicativo de celular, por sua atuação como correspondente bancário nos termos da Res. nº 3.954/11 do CMN, e pelo disposto no Código de Defesa do Consumidor, o Guiabolso deve atender a Res. nº 4.658/18. Portanto, o aplicativo deve possuir procedimentos que visem reduzir a vulnerabilidade da instituição frente aos possíveis ataques cibernéticos. De acordo com o § 2º do art. 3º, § 2º da Res. 4.658/18, esses procedimentos devem conter, no mínimo, (I) a autenticação, (II) a criptografia, (III) a prevenção e a detecção de intrusão, (IV) a prevenção de vazamento de informações, (V) a realização periódica de testes e varreduras para detecção de vulnerabilidades, (VI) a proteção contra *softwares* maliciosos, (VII) o estabelecimento mecanismos de rastreabilidade, (VIII) os controles de acesso e de segmentação da rede de computadores e (IX) a manutenção de cópias de segurança dos dados e das informações.

O Guiabolso também pretende oferecer opções de investimentos através da sua própria plataforma (GUIABOLSO, 2019a), todavia a consultoria de valores mobiliários é atividade privativa de consultor devidamente registrado na Comissão de Valores Mobiliários,

⁴ Inciso XI, do art. 5º da LGPD dispõe que a anonimização ocorre quando um “dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”. Entretanto, há pesquisas que indicam a possibilidade de reversão desse método (NARAYANAN; SHMATIKOV, 2010).

sendo regulada pela Instrução CVM n° 592/17, a qual dispôs sobre a exigência do registro em seu objeto social do exercício de consultoria de valores mobiliários bem como a atribuição da responsabilidade pela referida atividade a um diretor estatutário, o qual deve estar registrado na CVM como consultor de valores mobiliários (inciso II e III do art. 4º). Já de acordo com o art. 2º da instrução CVM n° 505/11, a intermediação de operações em mercados regulamentados de valores mobiliários é privativa de instituições habilitadas a atuar como integrantes do sistema de distribuição, por conta própria e de terceiros, na negociação de valores mobiliários em mercados regulamentados de valores mobiliários. Há, ainda, a figura do agente autônomo, regulado pela Instrução CVM n° 497/11, que realiza, sob a responsabilidade e como preposto de instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, atividades como (i) prospecção e captação de clientes; (ii) recepção e registro de ordens e transmissão dessas ordens para os sistemas de negociação ou de registro cabíveis, na forma da regulamentação em vigor; e (iii) prestação de informações sobre os produtos oferecidos e sobre os serviços prestados pela instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários pela qual tenha sido contratado (art. 1º). Já sobre a profissão de planejador financeiro, ainda inexistente determinação por parte da CVM. Entende-se, portanto, que caso o Guiabolso inicie a oferta de investimentos, todas as instruções tratadas neste parágrafo deverão ser consideradas para a análise da regularidade jurídica das atividades realizadas pelo aplicativo.

Visto o elevado número de informações sobre movimentações financeiras acessadas pelo aplicativo, analisaremos o instituto do sigilo bancário no direito brasileiro.

3. Do Dever de Sigilo Bancário pelo Guiabolso

Os dados pessoais são o conjunto de informações relativas à pessoa natural identificada ou identificável⁵, deste modo, na medida da extensão de informações que fornecem sobre nossas vidas⁶, os dados financeiros devem ser definidos como dados pessoais sensíveis a fim de proteção pela LGPD, razão pela qual essa proteção corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana acolhido pelo inciso III, artigo 1º, da CF/88.

⁵ O inciso IV do art. 4º da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) prescreve que informação pessoal é “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

⁶ No mesmo sentido Doneda e Machado (2018, p. 3) entendem que “os dados que potencialmente conduzem à individualização da pessoa são igualmente tomados como informação pessoal”.

Diante do constante avanço tecnológico ao qual os consumidores estão submetidos, o direito à proteção de dados não pode ser visto apenas como um direito que decorre de mera evolução do direito à privacidade⁷, devendo ser reconhecido como um novo direito da personalidade⁸ (BIONI, 2019). E o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a defesa do consumidor são princípios fundamentais⁹ para a interpretação e aplicação da LGPD no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de sua inobservância afetar diretamente o destino de nossas sociedades. Assim, a seguir analisaremos o foco estrutural da proteção de dados pessoais: o consentimento do titular dos dados pessoais.

4. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A exigência do consentimento prévio, expresso e informado do titular para a realização do tratamento de seus dados é um dos pontos principais da LGPD¹⁰. E para que o consentimento seja obtido na forma prevista em Lei¹¹, é necessário analisar se o titular possui informações precisas e inteligíveis que possam fomentar o seu livre convencimento sobre o produto, ou serviço, e suas consequências. Entretanto, a assimetria informacional e a capacidade cognitiva do ser humano devem discutidas à luz do consentimento na era digital.

Em busca de reduzir a vulnerabilidade do consumidor¹², portanto o desequilíbrio informacional, a informação sobre qualquer produto, ou serviço, precisa ser clara e adequada¹³. Porém, como muitos sujeitos desse ecossistema informacional têm acesso aos dados pessoais para realizar alguma atividade, o processo de conscientização do titular sobre essa rede deve trazer clareza sobre todos os atores envolvidos nesse processo, e suas respectivas práticas na posse desses dados pessoais, no intuito de possibilitá-lo ao gerenciamento dessas informações (BIONI, 2019, p. 211). Há de se contar também, com conhecimento mínimo sobre o fluxo de dados pela internet por parte do usuário.

Em decorrência da incontestável fragilidade e exposição do consumidor nesse processo de coleta e tratamento de dados que a expressão “consumidor de vidro” (LACE, 2005) foi

⁷ O Código Civil em seu art. 21 já prescreve ser inviolável o direito à vida privada da pessoa natural.

⁸ Neste sentido ver a iniciativa do Senado através da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>>. Acesso: em 07 set. 19.

⁹ Art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

¹⁰ Nesse sentido dispõem a LGPD (inciso I do art. 7º, e art. 8º) e o Marco Civil da Internet (inciso IX do art. 7º). Porém, em sentido contrário, a Lei do Cadastro Positivo (inciso I do art. 4º da Lei nº 12.414/2011).

¹¹ Consentimento para a LGPD (inciso XII do art. 5º) é a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

¹² Inciso I do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

¹³ Inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

cunhada (MENDES, 2015, p. 5-6). Deste modo, em posse do alto número de informações pessoais, as empresas têm incentivos econômicos e instrumentos para influenciar diretamente o rumo da vida dos titulares desses dados (SOLOVE, 2004). Nesse sentido, a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) totalmente independente, autônoma, e com corpo técnico capacitado, deve buscar reduzir a assimetria de poderes entre o sujeito e aqueles que tratam seus dados (art. 55-J da Lei nº 13.709/2018) (DONEDA, 2018).

Considerações finais

Diante do acima exposto, é possível fazer uma breve tentativa de identificar os pontos de contato e afastamento entre o serviço prestado pelo aplicativo Guiabolso e o atual panorama legal e regulatório da proteção de dados e do mercado financeiro. Para se identificar o regime jurídico aplicável aos serviços prestados pelo Guiabolso aos seus usuários, deverá ser considerado: (I) o serviço prestado de correspondente bancário em concomitância ao de controle de finanças pessoais, (II) a coleta do alto volume de informações pessoais (sensíveis) e a obrigatoriedade do sigilo bancário, (III) o regime de segurança cibernética a ser adotado pelo aplicativo de acordo com as resoluções do Banco Central do Brasil e a LGPD, (IV) a vulnerabilidade do consumidor em compreender os efeitos do seu consentimento no tocante à coleta, armazenamento e tratamento de dados (V) a assimetria informacional existente entre o usuário e o aplicativo no tocante ao conhecimento sobre o tratamento e compartilhamento de dados com os mais diversos agentes do sistema econômico, (VI) possível conflito entre as atividades de (i) de monitoração e consolidação das informações financeiras dos usuários; e (ii) oferecimento de dicas e opções de investimento e de crédito e (iii) possível exercício no mercado financeiro de atividades reguladas pelo Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários, tais como consultoria, análise e administração de carteiras de valores mobiliários.

O presente trabalho realizado possui um caráter exploratório sobre as atividades desenvolvidas pelo Guiabolso à luz da Lei Geral da Proteção de Dados, razão pela qual espera que o presente artigo possa ser o ponto de partida para estudos e pesquisas sobre os desafios jurídicos e econômicos impostos pelas inovações financeiras e tecnológicas no mercado financeiro.

Referências:

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudoanonimização de dados. *Caderno Especial – A Regulação da Criptografia no Direito Brasileiro*, vol. 1. p. 99-128. 2018.

_____, Danilo. O que está em jogo com a nova Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Jota Info*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-esta-em-jogo-com-a-nova-autoridade-nacional-de-protECAo-de-dados-13082018>>.

Acesso em: 27 set. 19.

GUIABOLSO. Disponível em: <<https://www.guiabolso.com.br/>>. Acesso em: 27 set. 19.

_____. Disponível em: <<https://blog.guiabolso.com.br/>>. Acesso em: 27 set. 19.

LACE, Susane. *The Glass Consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 102. p. 19-43. 2015

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and Fallacies of “Personally Identifiable Information”. *Communications of the ACM*, v. 53, n. 06, p. 24, June 2010. Disponível em: <www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat_cacm10.pdf>. Acesso em: 23 set. 19.

SOLOVE, Daniel J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: New York University Press, 2004.

O CICLO VITAL DO CLAMOR PÚBLICO: UMA ABORDAGEM COMPARATIVA COM A TEORIA DO PÂNICO MORAL

Fernanda Daltro Costa Knoblauch¹

RESUMO: A teoria do pânico moral foi desenvolvida por Cohen em 1972, no livro *“Folk Devils and Moral Panics”*, por meio do estudo de caso de uma inquietação social coletiva originada a partir da cobertura midiática sensacionalista dada aos comportamentos desviantes de determinados indivíduos. A presente pesquisa tem por escopo revisar na doutrina o que se entende por ciclo vital de construção do pânico moral, e de que forma este conceito pode servir como embasamento teórico para a compreensão da onda de prisões preventivas ancoradas no fundamento da garantia da ordem pública, mas que em realidade se afiguram, sobretudo, no clamor público. Faz-se necessário um estudo da construção do pânico moral, com o reexame de teorias já existentes no ordenamento jurídico, objetivando-se o encontro de novas interpretações para a correlação entre o pânico moral e o direito processual penal no Brasil. Verificou-se que a utilização do pânico moral, como ferramenta de controle e dominação social, pode ser um dos principais elementos na percepção da construção midiática do clamor público e de sua utilização como fundamento da prisão preventiva, mesmo não se enquadrando como requisito legal.

PALAVRAS-CHAVE: Pânico Moral. Clamor Público. Prisão Preventiva. Mídia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo apresentar um estudo multidisciplinar acerca da construção midiática dos ciclos vitais do Pânico Moral, desenvolvida por Cohen (1972), investigando a importância da compreensão deste conceito e de seus impactos na verificação de uma aparente legitimação social dada à fundamentação das prisões preventivas embasadas, sobretudo, no clamor popular. Para tanto, há que se considerar a atualidade do tema e a escassez de produção científica nesta temática em específico. Objetiva-se, desta forma, analisar a literatura, sobretudo jurídica, fazendo-se uma revisão na doutrina acerca do que se entende por pânico moral, e de que forma a compreensão deste conceito pode servir como embasamento teórico para a discussão da temática aventada.

Pela natureza qualitativa, a seguinte pesquisa busca descrever e interpretar a tendência de aproximação entre os conceitos de garantia da ordem pública (fundamento legal para a prisão preventiva) e de clamor público, por meio da utilização do ciclo do pânico moral como ferramenta política e de manipulação social. Quanto às técnicas e procedimentos

¹Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Aprovada para o Doutorado em Direito na Universidade de Coimbra (ano letivo 2019/2020). E-mail: fernandaknoblauch@gmail.com.

metodológicos, optou-se pela realização de pesquisa teórica, priorizando a análise dos principais expoentes e críticos da Teoria do Pânico Moral, de forma a se possibilitar vislumbrar, no cenário brasileiro, a ocorrência do ‘ciclo vital’ do processo de produção do pânico moral, e suas consequências. A abordagem também se faz por meio de pesquisa documental, buscando uma análise de conteúdo, com o conseguinte reexame de teorias já existentes no ordenamento, objetivando-se o encontro de novas interpretações.

O procedimento de pesquisa aplica a tipologia jurídico-prospectiva, explorando premissas e condições relativas ao tema, com intuito de verificar a abordagem da controvérsia do argumento do clamor público na prisão preventiva e sua correlação com a teoria do pânico moral, situação em que se verifica patente desrespeito ao Direito Fundamental do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF/88). Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

Considerando-se que o tema deste artigo dialoga com aspectos essenciais à compreensão da forma com que o processo de construção midiática do pânico moral interfere na própria aplicação do Direito Processual Penal (com violação ao princípio do Devido Processo Legal, art. 5º, LIV, CF/88) , por meio da artificial aproximação entre os conceitos de clamor público e de garantia da ordem pública no tocante à fundamentação das prisões preventivas, justifica-se a discussão que se adota.

2. A POLÊMICA RELAÇÃO ENTRE O CLAMOR PÚBLICO E A PRISÃO PREVENTIVA

Temática já controversa dentro do Direito Processual Penal brasileiro, a prisão preventiva ganha um novo destaque no atual cenário político nacional, face à extensa cobertura midiática feita todas as vezes que é decretada a prisão preventiva de alguma figura política de destaque. Muito embora esteja claro que existe todo um regramento acerca de sua existência e taxatividade de seus requisitos (arts. 311 a 316 do CPP), posto que se afigura como medida excepcional dentro do ordenamento jurídico brasileiro ao se caracterizar como sendo uma modalidade de prisão sem pena, de caráter preventivo (e não punitivo), verifica-se que, cada vez mais, recorre-se à prisão preventiva sem que haja o pleno enquadramento da *fattispecie* concreta.

Isso se dá, sobretudo, em virtude da existência da possibilidade de decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, expressamente prevista nas hipóteses do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal; por se tratar de um conceito vago, é comum que se aproveitem disto para tentar abarcar o maior número de situações possíveis, dentre as

O Ciclo Vital do Clamor Público: uma Abordagem Comparativa com a Teoria do Pânico Moral

quais recorta-se a de clamor público como objeto deste artigo. É necessário que, mais uma vez, se trace um panorama distintivo entre ordem pública e clamor público, para que, em momento posterior, possa-se buscar a compreensão do clamor público como elemento sociológico resultante de um processo consciente (e direcionado) de manipulação social.

Sobre a intrincada relação entre as duas expressões, tem-se que:

[...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. (LOPES JR., 2019, p. 637)

Ocorre que não se deve tomar as expressões “garantia da ordem pública” e “clamor público” como sinônimas, posto que não o são. *A priori*, há que se destacar que não há previsão no Código de Processo Penal do clamor público como fundamento idôneo a autorizar a decretação de uma prisão preventiva. Ora, deve-se levar em conta que há clamor público para que se combata a criminalidade em si, o que, por si só, já colocaria em xeque a intenção de excepcionalidade da norma, posto que “[...] a utilização do clamor público para fundamentar o decreto prisional de natureza preventiva dá margem para que se decrete a prisão preventiva na ocorrência de todo e qualquer crime, o que acaba gerando uma grande insegurança jurídica”. (LIMA, 2018, p. 02)

O fundamento da garantia da ordem pública deve ser trabalhado de forma que não assumam os contornos da superficialidade do clamor público, sob pena de se lesar os princípios e garantias fundamentais dos indivíduos, reiterando o caráter preventivo, e não punitivo, da prisão preventiva. A vagueza da norma processual penal em questão é o mote para que se punam alguns indivíduos, de forma antecipada e inconstitucional, mesmo sem a culminação da pena.

Desta forma, verifica-se que:

[...] clamor público é um conceito muito vago para autorizar a custódia preventiva, em especial, porque se trata de um estereótipo saturado na maioria das vezes de carga emocional sem base empírica que exigirá uma prévia investigação estatística sociológica que meça o efeito social real que o fato haja produzido. (GOMES FILHO, 2001, p. 52).

Em mesmo sentido:

[...] é inadmissível que sejam utilizados argumentos vazios, como por exemplo, o clamor social. Basta lembrarmos que, geralmente, para haver esse tal clamor social, é necessário uma contribuição da mídia e, como nós estamos cansados de saber, os programas policiais não apresentam, em qualquer momento, interesse em fazer com que a sociedade tenha um pensamento correto sobre os “crimes que ocorrem cotidianamente”. Até porque eles só estão interessados em audiência! (COSTA, 2015, p. 03)

Tomando-se por base que “a aplicação da lei deve ser objetiva, obedecendo os direitos fundamentais dos cidadãos” (WUNDERLICH, 2006, p. 05), cumpre-se verificar, por ora, a razão pela qual, convenientemente, opta-se pela manutenção desta confusão conceitual no que se refere à delimitação do que seria garantia da ordem pública no ordenamento pátrio, conforme apontado por Tourinho Filho:

[...] a garantia da ordem pública é utilizada por conveniência da sociedade ou visando a critérios utilitários, concluindo que a prisão preventiva com esse fundamento tem finalidade extraprocessual, o que a transforma em um instrumento de segurança pública que serve para combater a criminalidade, antecipando um juízo de culpabilidade” (TOURINHO FILHO, 2005, p. 507-508).

Passa-se, portanto, ao estudo da construção do clamor público pelo direcionamento da cobertura midiática dada a determinados crimes ou a determinada categoria de indivíduos, ou, na acepção de Cohen (1972), o que convencionalmente se denomina de Teoria do Pânico Moral.

3. O CICLO VITAL DO PÂNICO MORAL E A CONSTRUÇÃO MIDIÁTICA DO CLAMOR PÚBLICO

Muito embora possa-se remeter a criação doutrinária da noção de pânico moral à Jock Young (1971), que foi o primeiro autor a identificar a existência de um ‘efeito em espiral’ associando a imprensa, os grupos de pressão social, os políticos e a opinião pública, tem-se que foi Cohen (1972), inegavelmente, o principal expoente da teoria. Por meio da obra “*Folk Devils and Moral Panics*”, Cohen traçou os principais conceitos, elementos e características do que viria a ser a Teoria do Pânico Moral, que pode ser adaptada e trabalhada dentro da perspectiva da Criminologia Crítica. O autor apresenta uma correlação direta entre a identificação de grupos sociais que, por apresentarem um comportamento desviante, são enquadrados como *Folk Devils*, e o surgimento de uma inquietação social coletiva, à qual denominou de pânico moral.

O Ciclo Vital do Clamor Público: uma Abordagem Comparativa com a Teoria do Pânico Moral

Resumidamente, o autor busca estudar a chamada gênese do processo de produção e reprodução do pânico dentro de uma sociedade. Tem-se que:

O pânico moral pode ser compreendido, numa acepção mais abrangente, como o consenso, partilhado por um número substancial de membros de uma sociedade, de que determinada categoria de indivíduos estaria ameaçando a estrutura social e a ordem moral. A partir dessa suposta ameaça, confabulam que seria necessário o fortalecimento do aparato de controle social, provocando a promulgação de novas leis, orientando a atuação estatal por políticas públicas capazes de imprimir hostilidade e condenação pública a determinado estilo de vida. (FIUZA; POLI, 2015, p. 13)

Considerando-se novamente o recorte adotado, focar-se-á não no processo de identificação e marginalização dos *Folk Devils*, um dos aspectos essenciais da obra, mas sim na análise do que Cohen refere como sendo o “ciclo vital” do processo de produção do pânico moral. Neste ponto, o autor opta por trabalhar seu conceito de forma condensada, porém assemelhada com que se estudam as catástrofes naturais (COHEN, 1972, p. 12/13), subdividindo-o em três principais etapas, denominadas de a) inventário do problema; b) significação e; c) ação.

É na etapa denominada de inventário do problema que se encontra em posição de destaque a mídia, que assume um papel fundamental na própria construção do problema, o que pode se dar, dentre outras formas, por meio da manipulação da transmissão de dados e informações ao grande público. Verifica-se que o intencional sequenciamento e a organização de dados que *a priori* não teriam ligações diretas, seja por interesse governamental ou privado, pode condicionar, artificialmente, a valoração social de um determinado assunto a uma interpretação (pré) determinada pelo detentor do poder.

Neste processo, operam-se duas tarefas essenciais para a gênese do pânico moral: a constituição de um acontecimento como problema social e, por outro lado, a fixação de uma grelha interpretativa que estabelece o seu significado primário e parâmetros de interpretação, condicionando todas as notícias e interpretações subsequentes (nomeadamente, pela atenção selectiva aos acontecimentos que se coadunam com as previsões ou interpretações iniciais). (MACHADO, 2004, p. 61)

Tem-se que a construção do corpo interpretativo do problema é obtida por meio do recurso à algumas artimanhas, tais como o sensacionalismo e exagero na cobertura midiática

de um determinado acontecimento, bem como a distorção dos fatos e a dramatização da situação (MACHADO, 2004, p. 61). Nesta etapa, nota-se também o aparecimento de predições de resultados catastróficos caso a sociedade aceite/não combata o comportamento apontado como desviante. Verifica-se que:

The media have long operated as agents of moral indignation in their own right: even if they are not self-consciously in crusading or muck-raking, their very reporting of certain 'facts' can be sufficient to generate concern, anxiety, indignation or panic. When such feelings coincide with a perception that particular values need to be protected, the preconditions for new rule creation or social problem definition are present. (COHEN, 1972, p. 7)

Por sua vez, na etapa de significação do problema, o objetivo é fazer com que se crie uma mobilização social acerca do problema apresentado, como forma de se direcionar o senso comum a uma determinada interpretação acerca do comportamento desviante, bem como suas implicações futuras. Neste ponto, afunila-se a produção e reprodução de relatos jornalísticos e de opiniões de especialistas e figuras notórias, convenientemente organizados no sentido de se atribuir significações ao problema já apontado. Busca-se, com isso, criar ou reforçar um posicionamento tanto intelectual quanto emocional no público em geral (MACHADO, 2004, p. 61), para que o mesmo identifique uma conexão (real ou presumida) entre o fato criminoso, seu potencial lesivo imediato e mediato, o indivíduo ou o grupo delinquente e os problemas sociais que podem advir da ausência de combate a esta situação.

Para tanto, faz-se necessário 'dar uma face' aos causadores da desordem: os indivíduos desviantes são caracterizados e estereotipados, tornam-se exemplos vivos do que não se pode/deve ser na sociedade, passando por um real processo de demonização (daí a alcunha de *Folk Devils* atribuída por Cohen). A identificação de um determinado grupo (ou categoria) de pessoas é feita por meio da análise de seus padrões comportamentais, que, geralmente, destoam do considerado socialmente, ou moralmente, adequado.

Interessante notar a posição de Sanguiné (2001), que, ao trabalhar a questão do clamor (alarma) social como fundamento das prisões preventivas, se aproxima muito do conceito de Cohen (1972), que não chegou a abordar este assunto em sua obra. A verificação de uma possibilidade de se correlacionar estas abordagens faz-se essencial ao desenvolvimento desta pesquisa. Por ora:

[...] Se trata de um estereótipo saturado na maioria das vezes de uma carga emocional sem base empírica, porém que exigirá uma prévia investigação estatística sociológica que meça o efeito social real que o fato haja produzido. O certo é que o alarma social se medirá pela maior ou menor atenção que o fato haja produzido na imprensa ou

insegurança, desassossego ou o temor que gera nos cidadãos a execução de determinados delitos. (SANGUINÉ, 2001, p. 278)

A terceira fase é conhecida como a etapa da ação, ou seja, o momento em que o foco é retirado tanto do problema quanto de sua significação, para ser reconduzido ao combate da situação em destaque. Neste ponto, objetiva-se remediar (ou minorar) os danos causados pelo comportamento do grupo desviante; para tanto, verifica-se a necessidade premente de sensibilização da comunidade, para que ela ofereça suporte (e apoio) às medidas de combate à prática de determinado ato. Este pode ser entendido como o ápice do ciclo do pânico moral, posto que as etapas anteriores serviram para consolidar um alarde social que culmina na identificação de uma real cultura do medo.

Desta forma, vislumbra-se que é o pânico que leva uma sociedade a autorizar (de forma expressa ou tácita) um aumento do controle social estatal, por meio dos chamados agentes formais de controle. Verifica-se também o aparecimento de figuras identificadas como ‘agentes morais’, que se apresentam como pessoas ou instituições que, imbuídas por um forte dever cívico, buscam exercer este mesmo controle por meio de outras formas; geralmente, estes grupos conseguem grande apoio popular por apresentarem discursos radicais, bem como promessas de retorno da sociedade à paz antes da ruptura causada pelo desvio.

A acção destes grupos difunde a crença de que o problema pode ser resolvido por uma reorganização da estrutura normativa, quer esta passe por modificações reais – assumindo muitas vezes a forma de uma escalada punitiva – quer se trate apenas de uma reafirmação de valores simbólicos. Neste sentido, verifica-se a produção de um discurso moral em torno do problema que visa a formação do consenso social, através da rejeição das figuras identificadas com o desvio e da polarização do combate entre as forças do Bem e do Mal. (MACHADO, 2004, p. 62)

O pânico moral (leia-se também como clamor público) legitima o controle social repressivo; que, conforme pode ser visto, também acaba sendo feito (indevidamente, ilegalmente ou inconstitucionalmente, a depender da corrente doutrinária adotada) por meio da conversão (inconstitucional) de uma medida de prevenção em real aparato punitivo antes da condenação e da culminação da pena. Inegável o papel assumido pela imprensa e a grande mídia, que estariam atuando, de forma consciente, na construção da opinião pública favorável à repressão, ou seja, como um real aparelho de transmissão ideológica do Estado

(MELOSSI, 1997). Ao trabalhar a influência da mídia e do clamor social nas formas de decretação da prisão preventiva, assevera Nolli:

[...] sabemos que o sensacionalismo causado pela mídia, em relação a algumas causas, e alguns crimes, faz com que determinados casos concretos sejam praticamente pré-julgados pela imprensa e até mesmo pela sociedade. Ligando um verdadeiro sinal de alerta à população, criando uma verdadeira forma de demagogia negativa sobre determinada situação. (NOLLI, 2017, p. 4)

Desta forma, verifica-se novamente uma interessante correlação entre as teorias, de forma que se aponta como a compreensão da Teoria do Pânico Moral de Cohen (1972), sobretudo no que se refere ao ciclo de construção do pânico, pode servir de facilitadora à percepção do problema da aceitação do clamor social como fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva por garantia da ordem pública.

Conforme estudado, não se pode perder de vista que o chamado clamor público é, em sua grande maioria das vezes, o produto final do ciclo de produção do pânico moral, artificialmente insuflado para atender a demandas de setores sociais, normalmente detentores dos meios de comunicação, com a finalidade de aumentar o poder repressivo estatal, sob o fundamento do apoio social ao enrijecimento do sistema penal e processual penal no combate à delinquência.

Se partirmos desta hipótese crítica, o pânico moral não deve ser visto como uma erupção súbita de preocupação, mas antes como uma forma comunicacional endêmica na nossa sociedade, apresentando intensificações em locais e momentos específicos, a propósito de temas particulares. Tais intensificações podem resultar da acção de grupos de interesse que tentam adquirir projecção e 'voz' pública pela dramatização das suas reivindicações, em particular através dos media. (MACHADO, 2004, p. 76)

Observados os aspectos estruturais da teoria, bem como sua aproximação com a realidade social em que se vive, por fim, há de se ressaltar que tanto a premissa central da teoria do Pânico Moral quanto a sua estrutura dividida em ciclos não passaram despercebidas, tendo em vista que vários autores se propuseram a analisar seus elementos centrais e periféricos, apresentando importantes contribuições e críticas, a exemplo de Goode & Ben-Yehuda (1994), Thompson (1998 e 2005), e Machado (2004). No entanto, a objetividade proposta neste artigo impossibilita, momentaneamente, o aprofundamento teórico neste aspecto.

O Ciclo Vital do Clamor Público: uma Abordagem Comparativa com a Teoria do Pânico Moral

Apesar disto, cumpre-se destacar a pertinência teórica dos questionamentos levantados pelos autores, no sentido de que se fazem necessários estudos que cuidem de apreciar os impactos do pânico moral, sobretudo no que se refere à produção legislativa, ou mesmo da transformação das estruturas, que ocorre durante um ciclo de pânico. A problemática envolvendo a questão da recorrente utilização do clamor público como fundamento para a decretação de prisões preventivas (sob a denominação de garantia da ordem pública) se encontra ínsita neste legado.

Do moral panics have an impact on the society in which they take place by generating formal organizations and institutions; do they, in other words, leave an institutional legacy in the form of laws, agencies, groups, movements, and so on? If so, what is the nature of that legacy? Do moral panics transform the informal normative structure of a society? If so, what is the nature of that transformation? (GOODE; BEN-YEHUDA, 1994, p. 168)

Há que se questionar, ainda, como se pode aproveitar deste estudo como ferramenta que facilite a compreensão do atual cenário brasileiro. Pode-se verificar que a crise social que vem após o pânico é real (da qual se destaca o apoio popular à uma equivocada atribuição de caráter punitivo no bojo da prisão preventiva, tendo em vista a extrema abrangência de um de seus fundamentos), tendo sido fomentada e manipulada por meio da distorção da própria realidade social. Deve-se enxergar o pânico moral como um processo de transformação da tessitura social, com efeitos que se alongam no tempo, e que só vão poder ser efetivamente analisados a longo prazo.

A close examination of the impact of panics forces us to take a more long-range view of things, to see panics as long-term social process rather than as separate, discrete, time-bound episodes. Moral panics are a crucial element in the fabric of social change. They are not marginal, exotic, trivial phenomena, but one key by which we can unlock the mysteries of social life. (GOODE; BEN-YEHUDA, 1994, p. 169/170)

Em um resumo de tudo que foi visto, vai-se em sentido similar ao que foi aventado por Machado (2004) no que se refere à utilização do ciclo de produção do pânico moral como ferramenta de “legitimação social” do aumento do poder repressivo estatal, mesmo que de forma abusiva e patentemente ilegal, ou até mesmo inconstitucional:

Portanto, o pânico moral [...] é uma das principais formas pelas quais é conquistado o apoio da ‘maioria silenciosa’ às medidas cada vez mais coercivas do estado, alcançando-se, pela força da lei e das medidas repressivas, uma sociedade disciplinada. Ao longo deste

processo, em que se juntam, como vimos, três vectores essenciais – crise económica e social, crise da hegemonia e recurso a antigos modos de dominação – o pânico moral patrocinado pelos meios de comunicação, os aparelhos de controlo e as classes dominantes, em nome da maioria, é orientado para o que Hall e colaboradores designam por um ‘estado de coerção legítima’ (1978: 321). E, assim, nasce a sociedade da ‘lei e da ordem’. (MACHADO, 2004, p. 66)

Assim, entende-se que o clamor público é, em realidade, expressão que em muito se assemelha ao conceito de pânico moral, aproximação que torna interessante esta análise comparativa. Da mesma forma que já se compreende que o pânico moral é um constructo social baseado na utilização das ferramentas midiáticas de forma direccionada, deve-se vislumbrar os interesses implícitos nas ações daqueles que buscam uma artificial aproximação, por meio do recurso à analogia ou mesmo à interpretação extensiva, entre conceitos distintos, quais sejam a garantia da ordem pública e o clamor público.

4. CONCLUSÃO

Retomando a discussão aberta no início deste artigo, conclui-se que a garantia da ordem pública, fundamento legal da prisão preventiva, não se confunde com o clamor público, expressão esta que, em última análise, pode-se afirmar ser sinónimo, em realidade, do conceito de pânico moral. Ademais, entende-se que nem toda situação que origina uma onda de pânico moral, ou de clamor público, chega a ser, de fato, um caso em que se possa verificar a real existência de uma necessária intervenção com a finalidade de se garantir a ordem pública, que legitimaria a decretação de uma prisão preventiva, por exemplo.

Entretanto, não se pode negar que uma situação originada de um ciclo de pânico moral, atualmente considerada como um clamor social, possa vir a dar origem a uma situação em que se verifique, de fato, um abalo social suficiente para que se verifique a necessidade de intervenção fundamentada na garantia da ordem pública. A diferença reside, portanto, na profundidade da análise empregada ao caso concreto, que deve se afastar ao máximo do mero senso comum ou mesmo da superficialidade aventada pelos meios de comunicação. Neste ponto, é função do Magistrado se ater ao princípio da legalidade, evitando, com isto, o uso da interpretação extensiva ou mesmo da analogia nos casos de decretação de prisão preventiva, sobretudo quando fundamentada na garantia da ordem pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. CPP - Código de Processo Penal **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial. Disponível em:** <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

COHEN, Stanley. **Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers.** Londres: Psychology Press, 1972. 201p.

COSTA, Vitor Castro. **O perigo da garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva:** Adolf Hitler dizia que suas atitudes eram para garantir a ordem pública. Disponível em: <<https://vitorcastrocosta.jusbrasil.com.br/artigos/216433549/o-perigo-da-garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva?ref=serp>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

FIÚZA, Cesar; POLI, Luciana Costa. **Famílias Plurais o Direito Fundamental à Família.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 151 - 180, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>>. Acesso em 07 fev. 2019.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

GOODE, Erich; BEN-YEHUDA, Nachman. **Moral Panics: Culture, Politics, and Social Construction.** Annual Review of Sociology, vol. 20, 1994, pp. 149-171. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2083363>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

JOCK YOUNG. William Stewart. **THE DRUGTAKERS: The Social Meaning of Drug Use.** M. Young. London: Paladin, 1971, 240 p.

LIMA, Daniel. **O clamor público é fundamento idôneo para decretar a prisão preventiva?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/clamor-publico-prisao-preventiva/>>. Acesso em 03 jun. 2019.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1.160p.

MACHADO, Carla. **Pânico Moral: Para uma Revisão do Conceito.** Interações: Sociedade e as novas modernidades, v. 4, n. 7, 31 out. 2004.

MELOSSI, Dario. **Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of the USA, 1970-92.** In: Politics, Crime Control and Culture. Dartmouth: Ashgate. pp. 45-66.

NOLLI, Leonardo Mateus. **A influência da mídia e do clamor social nas formas de decretação da prisão preventiva.** Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/leonardo-mateus/artigos/a-influencia-da-midia-e-do-clamor-social-nas-formas-de-decretacao-da-prisao-preventiva-3959>>. Acesso em: 01 jun. 2019

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva** (Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva), organizador Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001.

THOMPSON, Kenneth. **Moral Panics.** Londres: Psychology Press, 1998. 157p.

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. **Processo Penal.** vol 3. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 667 p.

WUNDERLICH, Alberto. A inconstitucionalidade da expressão "clamor social" (público) como fundamento da prisão preventiva: **DIREITO NET.** (julho/2006) Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2749/A-inconstitucionalidade-da-expressao-clamor-social-publico-como-fundamento-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUA REPERCUSSÃO NAS RELAÇÕES ENTRE O BRASIL E A COMUNIDADE EUROPEIA

Camila Saldanha Martins¹

Antonio Osmar Krelling Neto²

Resumo: No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o sistema brasileiro penitenciário como “Estado de Coisas Inconstitucional” ao julgar a ADPF 347 MC/DF. Isso se deu diante da violação massiva e persistente de diversos direitos fundamentais dos presos, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas sobre o tema. Não obstante, cerca de um ano depois, a mesma Corte julgou o Habeas Corpus 126.292/SP e as ADCs 43 e 44, nos quais entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução provisória da pena após encerradas as etapas recursais em segundo grau de jurisdição. Diante disso, a presente pesquisa visa justamente analisar se essa contradição aparente entre os posicionamentos do mesmo órgão eleva os números do encarceramento e, por consequência, agrava o “Estado de Coisas Inconstitucional”. Nessa esteira, se por um lado, o Guardião da Constituição reconhece a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo pelo sistema carcerário brasileiro, por outro, determina o início da execução da pena para condenados ainda sem trânsito em julgado, fazendo com o que a superlotação do sistema carcerário aumente, nitidamente ofendendo as Convenções Internacionais sobre direitos humanos que se obrigou a cumprir. É importante destacar, ainda, que isso também se reflete na imagem do Brasil perante o mundo, especialmente se observamos a Corte Europeia de Direitos Humanos, sempre tão preocupada com o asseguramento dos direitos humanos nas instituições prisionais. Assim, é da análise do impacto do encarceramento a partir da decisão que autoriza a execução provisória da pena que se focou essa pesquisa, comparando-a com as determinações da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professora convidada do Centro Universitário Internacional (UNINTER – Campus Curitiba). Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico Europeu e a Faculdade de Direito de Coimbra - Portugal. Pós-Graduada e Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo (UP). Pós-Graduada e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado Ltda (EBDA) em parceria com a Faculdade OPET. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada atuante na área criminal. Endereço eletrônico para contato: camila@bmef.adv.br ou camilas.martins@hotmail.com

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (PUC/PR). Professor convidado do Centro Universitário Internacional (UNINTER – Campus Curitiba). Pós-Graduado e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Endereço eletrônico para contato: tom@interexport.com.br ou tomkrelling@hotmail.com

Abstract In 2015, the Federal Supreme Court recognized the Brazilian penitentiary system as the “Unconstitutional State of Things” by ruling ADPF 347 MC/DF. This was due to the massive and persistent violation of several fundamental rights of prisoners, resulting from structural failures and failure of public policies on the subject. However, about a year later, the same court tried Habeas Corpus 126.292/SP and ADCs 43 and 44, in which it held that Article 283 of the Criminal Procedure Code does not prevent the commencement of provisional execution of the sentence after the closing of the proceedings. appeal steps in the second degree of jurisdiction. Given this, the present research aims precisely to analyze if this apparent contradiction between the positions of the same organ raises the numbers of the incarceration and, consequently, aggravates the “State of Things Unconstitutional”. In this context, if, on the one hand, the Guardian of the Constitution recognizes the offense to fundamental rights of the individual by the Brazilian prison system, on the other, it determines the beginning of the execution of the sentence for convicts without a final judgment, causing the overcrowding of the prison system is increasing, clearly offending the international conventions on human rights that it has been obliged to comply with. It is also important to note that this is also reflected in Brazil's image before the world, especially if we observe the European Court of Human Rights, which has always been so concerned with the guarantee of human rights in prison institutions. Thus, it is from the analysis of the impact of incarceration from the decision authorizing the provisional execution of the penalty that this research focused, comparing it with the determinations of the European Convention of Human Rights.

Palavras-chave: Execução provisória da pena; Estado de coisa inconstitucional; Sistema carcerário; Sistema Internacional de Direitos Humanos; Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Keywords: Provisional execution of the sentence; Unconstitutional state of affairs; Prison system; International Human Rights System; European Convention on Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo realizar um estudo da decisão do *Habeas Corpus* (HC) nº. 126.292, a partir do impacto no aumento do sistema carcerário brasileiro, especialmente levando em conta que a própria Corte Constitucional decidiu, no ano de 2015, reconhecer as prisões brasileiras como “Estado de Coisas Inconstitucional”, seguindo o paradigma colombiano de 1997.

No primeiro ponto desse estudo, far-se-á uma análise da decisão que reconheceu as falhas estruturais do sistema carcerário brasileiro, apontando a inconsistência desse reconhecimento com a decisão proferida um ano depois, que autoriza a execução provisória da pena após a confirmação da sentença pelo segundo grau de jurisdição. Ainda, demonstrar-se-á os estudos realizados acerca das duas decisões, apontando como a permissão da

execução provisória impacta o aumento da população carcerária, agravando o tal “Estado de coisas inconstitucional”.

Na sequência do desenvolvimento dessa pesquisa, pretende-se apresentar que esse aumento no sistema carcerário brasileiro e as sucessivas decisões autorizando a execução provisória da pena também impactam na violação das Convenções internacionais ratificadas pelo país na defesa de direitos humanos, comparando tais decisões às definidas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, garantidora de condições humanas e não degradantes do sistema carcerário europeu como um todo.

Para a melhor análise do tema proposto nesse aspecto, foram trazidas as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como determinadas pesquisas empíricas produzidas nos últimos anos a respeito do tema. Esse caminho foi desenvolvido no estudo para se comparar ao final, a decisão tomada pela Corte brasileira com àquelas fixadas pela Convenção Europeia de Direitos humanos; apontando que o Brasil está seguindo na contradição do restante do mundo, que pretende coibir cada vez mais as violações sistêmicas de direitos humanos dentro das unidades prisionais.

Assim, para o progresso desse trabalho, foi necessária a utilização da metodologia de pesquisa bibliográfica exploratória, bem como a busca por decisões judiciais da atualidade e utilização de dados empíricos, que pudessem confirmar ou infirmar a hipótese apresentada.

2 INCONSISTÊNCIA NO STF: DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

No ano de 1997, a Corte Constitucional Colombiana, conhecida por seus posicionamentos ativistas em defesa dos direitos humanos³ declarou de forma inaugural a figura do “Estado de coisas inconstitucional”.⁴ Foi uma criação da jurisprudência, em razão da verificação da ocorrência de violação de maneira massiva, generalizada e persistente dos

³ BALDI, Cesar. *Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador*. Revista de Derechos Humanos y estudios sociales, año V, n.9, enero-junio 2013, p. 54.

⁴ MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 46.

direitos fundamentais e dos princípios regentes da Constituição⁵. Caracterizou-se, portanto, como uma forma de combate às violações expressivas aos direitos humanos dentro do cárcere.

Por sua vez, no ano de 2015, em petição redigida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de descumprimento fundamental nº. 347⁶, pleiteando a utilização do paradigma colombiano para reconhecimento do sistema carcerário brasileiro igualmente como um “Estado de coisas Inconstitucional”. O relator do caso foi o Ministro Marco Aurélio, o qual reconheceu em seu voto a massiva violação de direitos fundamentais dos presos no Brasil⁷, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas sobre o tema. Como consequência, entendeu também que o país estava descumprindo as determinações exaradas pelos Sistemas Interamericano e Internacional de Direitos Humanos e também as Convenções Internacionais ratificadas na defesa dessas garantias.

Foi nessa decisão que o STF compartilhou do entendimento declarado outrora pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido da necessidade de utilização de meios alternativos à prisão, como o uso das tornozeleiras eletrônicas e a realização das audiências de custódia, hoje já difundidas e utilizadas em todo o país. O efeito esperado desde tal

⁵ SCHINEMANN, Caio César Bueno. “Estado de Coisas Inconstitucional” e diálogo no Supremo Tribunal Federal. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, nº. 07, p. 117-141, 2016, p. 126.

⁶ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento fundamental nº. 347**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21.09.2019.

⁷ QUINAIA, Cristiano Aparecido; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Estado de coisas inconstitucional: do precedente colombiano ao leading case brasileiro**. Revista de Direitos Humanos e Democracia. Ijuí: Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito. Ano 6, nº. 12, p. 57-66 Jul./Dez. 2018, p. 64.

prolação, portanto, era a redução do número de presos, tornando o sistema prisional brasileiro menos desumanizador.

No entanto, em absoluta contramão da defesa dos direitos fundamentais, cerca de um ano depois, a mesma Corte julgou o HC 126.292/SP⁸ e as ADCs 43 e 44, nos quais entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução provisória da pena após encerradas as etapas recursais em segundo grau de jurisdição. Tal raciocínio modificou a posição fixada no ano de 2009⁹ pela própria Corte, fixando a compreensão de que o princípio da presunção de inocência constitucionalmente assegurado independe do trânsito em julgado, não devendo se coibir o cumprimento da pena após a confirmação a sentença penal condenatória em segunda instância¹⁰. Isso porque, segundo o Ministro Relator Teori Zavacki, os recursos interpostos em graus superiores de jurisdição (STF e STJ) não possuem o condão de reanálise dos fatos.

Fundando-se nas duas decisões exaradas pela Corte e em possível impacto no aumento da população carcerária, diversas pesquisas foram realizadas e divulgadas nos últimos anos no Brasil em relação ao tema. Apesar de constatar-se que a modificação dos acórdãos lavrados pelos Tribunais Estaduais é de 0,1% no Supremo Tribunal Federal¹¹, outro estudo, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), concluiu que a taxa de procedência é de 45,99% nos recursos em que o Ministério Público é recorrido, excluindo-se apenas análise dos agravos em recurso especial, a via de menor chance de sucesso¹².

⁸ “CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5o, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º. 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavacki. Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 de setembro de 2019.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus n.º. 84.078/SP**, Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Data de julgamento: 05/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21.09.2019.

¹⁰ CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme, et. all. **O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado n HC 126.292/SP – um estudo empírico quantitativo**. Curitiba: Revista de Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Vol. 9, n.º. 01, p. 399-426, jan.abr/2018, p. 404.

¹¹ HARTMANN, Ivar. **Execução provisória da pena: Defendendo os 2%**. JOTA, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016>>. Acesso em: 21.09.2019.

¹² Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Memoriais de Amicus Curiae nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44. 2016. Disponível em:**

No mesmo sentido, ainda, os dados da pesquisa produzida pela Defensoria Pública dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro mostram que “o início da execução da pena a partir do acórdão do Tribunal local, que condene ou confirme a condenação de primeira instância, causará danos irreversíveis para parcela considerável dos condenados recorrentes”, apontando que a decisão autorizando a prisão em segunda instância atinge cerca de 50 mil pessoas por ano.

Com base nos dados colhidos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0), constata-se que dos aproximados 812.000 presos, 41,5% são presos provisórios. Segundo o CNJ, há um aumento do número de presos na ordem de 8,3% ao ano¹³. Os dados colhidos ainda apontam que nesse ritmo, o Brasil deve chegar ao número de 1,5 milhão de presos, população equivalente às cidades como Belém e Goiânia. Com isso, o país já ultrapassa a marca da Rússia, conquistando a posição de terceira maior população carcerária do mundo, hoje atrás apenas de Estados Unidos e China¹⁴.

Diante disso, se por um lado, o Guardião da Constituição reconhece a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo pelo sistema carcerário brasileiro, por outro, determina o início da execução da pena para condenados ainda sem trânsito em julgado, fazendo com o que a superlotação do sistema carcerário aumente. Não há dúvidas que essa decisão, além de contraditória com o reconhecimento do “Estado de coisas inconstitucional”, ainda faz o país caminhar na contramão de todo ordenamento internacional de direitos humanos, que visa coibir a violação sistêmica de direitos fundamentais no sistema carcerário como um todo, em especial no continente europeu.

3 O CONSELHO EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A VIOLAÇÃO SISTÊMICA DE DIREITOS HUMANOS: O AVANÇO QUE O BRASIL PRECISA SEGUIR

<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf>.

Acesso em: 21.09.2019.

¹³ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Painel Branco Nacional de Monitoramento de Presos**. Disponível em:

<https://paincis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA>. Acesso em: 21.09.2019.

¹⁴ **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não tem condenação**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 21.09.2019.

fundamentos pela sentença; possibilitando mais opções ao apenado para que possa cumprir a pena de reclusão em menos tempo²⁰.

Realizando o paralelo com a situação brasileira que, com base na Lei de Execuções Penais, em seu artigo 88²¹, adota o mesmo padrão europeu para alojamento penitenciário: uma área de seis metros quadrados em cela individual para cada detento. Foi com base nisso, mas não só, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos resolveu em 2018 a respeito do Complexo Penitenciário de Curado²² e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho²³. Segundo a posição da Corte, o Estado brasileiro deveria, além de tomar diversas medidas administrativas para combater a superlotação e o investimento em equipes criminológicas e infraestrutura, computar a pena dos detentos em dobro em razão das violações aos direitos humanos lá observadas. Nesse sentido, ressalta-se que a experiência cruzada dos tribunais internacionais favorece a proteção de direitos humanos, porquanto, não obstante a própria sentença do caso *Torregiani vs. Itália* ser utilizada na fundamentação, também as sugestões de alternativas à prisão e investimento em áreas que não só aumentar o número de presídios para combater o problema estrutural.

Entretanto, o país não deve se atentar somente a política em si, mas também na percepção e compreensão populacional a respeito do tema. Em outras palavras, deve-se realizar um trabalho dos órgãos públicos com a mídia de maneira mais transparente e proveitosa, para seja possível que toda a população compreenda os motivos de se reestruturar as políticas criminais, sobretudo no que toca ao movimento de recrudescimento das penas e prisão como única alternativa. Afinal, o efeito midiático consolida a ideia de que a prisão, e o mecanismo penal, queda-se como única possibilidade para solucionar os problemas da coletividade²⁴. E com a potencialização da espetacularização e do sensacionalismo, ambos provocados pelas redes sociais, o cárcere seduz a população, sem respaldo científico ou estatístico que ateste sua eficácia, por mais punições e recrudescimento da política criminal²⁵.

²⁰ COUNCIL OF EUROPE, 2016, p. 20.

²¹ “Artigo 88 (...) Parágrafo único. São Requisitos básico da unidade celular: (...) b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)”. Lei n.º. 7.210. Institui a Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 21 de setembro de 2019.

²² Resolução Da Corte Interamericana De Direitos Humanos de 28 de Novembro de 2018. **Medidas Provisórias A Respeito Do Brasil Assunto Do Complexo Penitenciário De Curado**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2019.

²³ Resolução Da Corte Interamericana De Direitos Humanos de 28 de Novembro de 2018. **Medidas Provisórias A Respeito Do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

²⁴ ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva** – Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 343.

²⁵ SUZUKI, Cláudio Míkio. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo: juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 118-130

Ademais, é de se esperar que os governantes tomem decisões com apelo político e nessa linha de ideias, com a competição por votos e atenção de sua população, decidir-se-á com base na opinião pública e nos valores políticos. Isso importa dizer que serão motivados não pela efetividade ou eficácia da política proposta, mas sim com a percepção popular²⁶.

Com base nas lições de Jesús Maria Silva Sánchez, depreende-se que o legislador, independentemente de seu país, ao expandir o direito penal, usualmente o faz sem a prudência imprescindível, e não propõe um modelo político-criminal completo e harmônico. Isso obriga a uma perspectiva dogmática que permita reconstruir a interação da lei com os direitos humanos e que o resultado seja o mais correto possível²⁷.

Assim, é valoroso que, como inclusive sugerido documento europeu²⁸, para respeitar o pluralismo democrático, seja realizado um debate aberto sobre política criminal e seu sistema jurídico em âmbito internacional, para viabilizar que resultados e experiências baseados em dados factuais conduzam para uma melhoria do sistema como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou questionar a interpretação jurisdicional nacional e internacional sobre o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro. Com base na pesquisa realizada, foi possível perceber que ainda há um certo descompasso das políticas criminais brasileiras.

Isso porque ora os agentes públicos reconhecem a situação gravosa em que se encontra a maioria das prisões no Brasil, ora agem a satisfazer o clamor popular por mais sanções pela via restritiva de liberdade. A revisão de princípios e conceitos de direitos humanos, bem como de aspectos técnicos que trazem critérios mínimos para a infraestrutura penitenciária a ser utilizada pelo Estado, apresenta como o Brasil ainda demanda reformas estruturais.

A experiência europeia, do mesmo modo que os estudos e julgamentos realizados pelo Conselho Europeu e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, fornecem diversos critérios e pesquisas que permitem que o Brasil possa aprimorar seu sistema de maneira mais célere, aproveitando-se do conhecimento internacional. Isso já é uma realidade, porquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos já produz Resoluções que igualmente têm por

²⁶ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 251

²⁷ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011, p. 208.

²⁸ COUNCIL OF EUROPE, 2013, p. 12

base diversas influências da Corte Europeia; afinal, a preocupação de todos é o respeito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL TORRES, Henrique. **Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva** – Belo Horizonte: D'Placido, 2018.

BALDI, Cesar. **Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador**. Revista de Derechos Humanos y estudios sociales, año V, n.9, enero-junio 2013, p. 54.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento fundamental nº. 347**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº. 84.078/SP**, Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Data de julgamento: 05/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 21.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº. 126.292/SP**, Tribunal Pleno. Data de julgamento: 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21.09.2019.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Carmem Lúcia apresenta ao CNJ o novo banco nacional de presos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87300-carmen-lucia-apresenta-ao-cnj-o-novo-banco-nacional-de-presos>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Painel Branco Nacional de Monitoramento de Presos**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme, et. all. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado n HC 126.292/SP – um estudo empírico quantitativo. Curitiba: Revista de Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Vol. 9, nº. 01, p. 399-426, jan.abr/2018.

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não tem condenação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 21.09.2019.

COUNCIL OF EUROPE, **European Convention on Human Rights**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em 21 de setembro de 2019.

COUNCIL OF EUROPE, **White paper on prison overcrowding**, 2016. Disponível em: <<https://rm.coe.int/white-paper-on-prison-overcrowding-cm-2016-121-add3-e/16807c886b>>. Acesso em 21 de setembro de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Resolução Da Corte Interamericana De Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. **Medidas Provisórias A Respeito Do Brasil Assunto Do Complexo Penitenciário De Curado**, 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Resolução Da Corte Interamericana De Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. **Medidas Provisórias A Respeito Do Brasil Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**, 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The Court calls on Italy to resolve the structural problem of overcrowding in prisons, which is incompatible with the Convention*, 2013. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#{"%22itemid%22:\[%22003-4212710-5000451%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#{)> . Acesso em: 28 de setembro de 2019.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 46.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. **“Estado de Coisas Inconstitucional” e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, nº. 07, p. 117-141, 2016.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

SUZUKI, Claudio Mikio. **Democracia, mídia e o processo penal do espetáculo: juízes de redes sociais, sociedade do medo e o retorno dos justiceiros**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E IMPEDIMENTOS IMPOSTOS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ÀS CORRETORAS DE CRIPTOMOEDAS

Régis Canale dos Santos¹

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade analisar a decisão das instituições financeiras de não mais desejarem a continuação do contrato de conta corrente com seus clientes que sejam corretoras de criptomoedas. Pretende-se analisar a legalidade ou não dos motivos alegados pelas instituições bancárias para a rescisão contratual e também o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência, mormente pelo recente acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Corretora de Criptomoedas. Vedações. Conta Corrente.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the question of financial institutions no longer wanting to continue the current account agreement with their clients who are crypto-currency brokers. The intention is to analyze the reason alleged by the banking institutions for the contractual termination and also the treatment that has been given by the jurisprudence, mainly by the recent judgment given by the Superior Court of Justice.

Keywords: Brokerage of Cryptotomes. Fences. Checking Account.

1. INTRODUÇÃO

O Estado possui o monopólio da emissão de moeda e o surgimento da moeda digital tem provocado uma verdadeira revolução, pois ela pode abrir um caminho até então inexistente que pode, enfim, resultar na quebra do monopólio estatal sobre o dinheiro.

Com efeito, o Estado obtém os recursos para o desenvolvimento de suas atividades por intermédio da tributação que é notadamente uma medida impopular, podendo trazer insatisfação da população e revoltas. Assim sendo, o Estado percebeu que, controlando a moeda, poderia obter recursos independentemente da tributação, simplesmente criando dinheiro sem lastro, evitando os transtornos da tributação.

A quebra do monopólio estatal do dinheiro pela moeda digital é vista por muitos um caminho sem volta que trará uma maior distribuição de riqueza e prosperidade à sociedade em geral, já que a emissão de moeda digital não depende de intermediários e não são lastreadas em nenhuma moeda oficial. Contudo, como o esvaziamento do monopólio estatal

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília - UNIMAR /SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Oficial de Registro de Imóveis de Pereira Barreto. E-mail: cartorio.regis@gmail.com

na emissão de moedas é, evidentemente, prejudicial ao Estado, é presumível que os governantes não hesitarão esforços para impedir as criptomoedas.

As transações das moedas digitais não se dão em nenhuma moeda de determinado país, ou seja, não são efetivadas em dólares, euros ou reais. O pagamento é realizado pela própria moeda virtual, cujo valor é determinado em um mercado aberto, da mesma forma que são estabelecidas as taxas de câmbio entre diferentes moedas mundiais (ULRICH, 2014, p.03).

Desde a criação do Bitcoin, em 2008, tem-se verificado um exponencial aumento na procura de criptomoedas como ativo financeiro, pois, como dito alhures, o seu valor é fixado por um mercado aberto. Os investidores viram na moeda digital uma forma de obtenção de lucro, não demorando a surgir as empresas que passaram a explorar a atividade empresarial específica de intermediação de compra e venda de moedas virtuais, muito similar a bolsa de valores com as ações de sociedades anônimas de capital aberto.

A pessoa interessada em adquirir moeda digital deve abrir uma conta em uma corretora de criptomoedas e transferir os recursos a esta empresa. Após, com o crédito em sua conta na corretora, emite uma solicitação de compra de criptomoedas pelo valor pretendido. Caso existam vendedores que também pretendem vender pelo valor ofertado, é realizado a compra da moeda virtual, tudo com o intermédio da corretora.

A sistemática de venda da moeda digital pressupõe a mesma sistemática. Já tendo adquirido a criptomoeda e pretendendo vender, emite uma solicitação à corretora de que pretende vender por determinado valor. Caso existam compradores que aceitem o valor pretendido, a venda é realizada, transferindo a moeda ao comprador e transferindo-se o crédito da operação de venda ao vendedor, em sua conta, na corretora. Com o valor creditado em sua conta, o vendedor poderá adquirir nova moeda virtual, a mesma criptomoeda (por uma cotação melhor) ou, então, optar por transferir o valor para sua conta corrente pessoal.

As corretoras auferem vantagens financeiras ao cobrar um taxa por cada operação de compra e venda de moeda digital realizada. Cobra-se, com efeito, um valor estipulado do comprador e do vendedor.

Tem sido comunicado pela imprensa que as instituições financeiras têm notificado seus clientes que exercem a atividade econômica atinente à corretagem de criptomoedas que por desinteresse comercial irão iniciar o procedimento de encerramento da conta, conforme previsto no contrato de abertura de conta corrente. Em geral, os bancos estipulam um prazo de 30 dias para o encerramento da conta a partir da notificação (Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas. Exame. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/seu->

dinheiro/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>. Acesso em: 27/11/2018)

Diante disso, as corretoras de criptomoedas não tiveram outra opção senão ingressar ação no Poder Judiciário em face das instituições bancárias com o escopo de evitar o encerramento da sua conta, afastando este impedimento ao exercício de sua atividade econômica. Ato contínuo, nos tópicos abaixo serão analisados os motivos que fundamentam as alegações das corretoras, para evitar o encerramento da conta corrente, e, por outro lado, as razões ventiladas pelos bancos para subsidiar o término do contrato de conta corrente. Em seguida, veremos como o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência.

2. FUNDAMENTOS CONTRA O ENCERRAMENTO DAS CONTAS

As corretoras de criptomoedas alegam que são consumidoras e que, portanto, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990, on line).

Sustentam as corretoras de criptomoedas que são destinatárias finais dos serviços bancários, sendo aplicável a legislação consumerista, mormente o inciso IV do artigo 6º e os incisos II e IX, que estabelecem, respectivamente, os direitos básicos do consumidos e as vedações dos fornecedores de produtos e serviços.

Ademais, é imperioso citar que o Superior Tribunal de Justiça já sumulou que o código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras, de acordo com a súmula nº 297 (BRASIL, STJ, 2004).

No mesmo sentido, também como substrato, é o artigo 187 do Código Civil que prevê que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Percebe-se que o artigo 187 do Código Civil utilizou-se de conceitos jurídicos abertos para que o aplicador da norma o preencha de acordo com o caso concreto, devendo o juiz da causa analisar o fim social, o fim econômico, a boa-fé e os bons costumes. É de ressaltar que o novo Código Civil foi editado com base em três princípios estruturantes, consoante se extrai da sua exposição de motivos, escrita por Miguel Reale, a saber: a) Princípio da Eticidade; b) Princípio da Socialidade; e, c) Princípio da Operabilidade.

Assim sendo, verifica-se que tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil são fontes as quais as corretoras de criptomoedas podem se socorrer, pois o

encerramento da conta por parte da instituição financeira, por simples declaração que não tem mais interesse comercial em manter o vínculo contratual relativo a conta corrente, demonstra um abuso de direito.

Na sociedade moderna é difícil visualizar que uma determinada pessoa, quer seja física ou jurídica, consiga se inserir totalmente em uma sociedade sem possuir uma conta bancária. A viabilização de sua vida pessoal e social em um determinado momento exigirá a abertura de uma conta corrente. Caso seja impedido de ter uma conta corrente numa instituição bancária frontalmente estará atingindo a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

A corretora de criptomoedas, que é uma sociedade empresária, por exercer uma atividade organizada para a produção e circulação de serviços de intermediação, não pode ser privada de titularizar uma conta corrente, principalmente nos dias atuais. A impossibilidade de ter conta corrente em um estabelecimento de bancário poderá impedir o próprio desenvolvimento da sua atividade econômica, violando o princípio da preservação da empresa.

A empresa movimenta a economia, recolhe tributos ao Estado, cria vínculos empregatícios, enfim, uma gama de interesses de suma importância à coletividade que devem prevalecer ante a interesses particulares. Aqui também pode ser invocado a função social dos contratos, prevista no artigo 421 do Código Civil, principalmente na interpretação dada a este princípio pelo paradigma solidarista, paternalista ou distributivo (BRASIL, 2002).

Deveras, a função social dos contratos busca superar a individualidade pelo coletivo. As relações privadas, individuais, portanto, não teriam o condão de sobrepor aos interesses coletivos. Pelo contrário, ao manifestar sua vontade por meio do contrato, deve-se, antes de tudo, verificar se não atenta contra a coletividade. Em outros termos, a sociedade é desigual e os contratos de modo geral também refletiriam esta desigualdade, de modo que a função social dos contratos busca a reequilibrar esta relação.

Esta forma de interpretação tem como fundamento o princípio da solidariedade social que foi previsto na Constituição Federal no artigo 3º, III, parte final, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). De fato, percebeu-se que esta solidariedade geralmente não é fruto da vontade espontânea das pessoas, necessitando, assim, de uma intervenção do Estado, denominado dirigismo contratual, para buscar esta solidariedade.

A amplitude da liberdade de iniciativa se exercida de forma livre poderá trazer desequilíbrios, devendo estipular limites a esta atuação. Com a limitação, busca corrigir a desigualdade. Parte-se do pressuposto que numa relação livre, a manifestação de vontade não será totalmente livre porque a parte mais fraca sempre estará em posição inferior com a parte mais forte.

Em regra geral, a forma do Estado em interferir nas relações individuais se dá por imposição de normas cogentes que são aqueles de aplicação obrigatória nos negócios jurídicos, as quais as partes não podem derrogar por sua vontade, ou, então, por revisão judicial dos contratos. A legislação é caracterizada por uma abstração das normas, as chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que tem a possibilidade de abarcar um grande número de situação a ser resolvida caso a caso.

A eficácia interna da função social, de acordo com os ensinamentos doutrinários, projeta-se na proteção dos vulneráveis contratuais, principalmente nos contratos de consumo e no contrato de trabalho, estabelecida por normas de ordem pública; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, podendo motivar a anulação, a revisão ou até mesmo a resolução do contrato; a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e a nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas.

Por todas as supramencionadas regras expostas, as corretoras de criptomoedas tentam evitar o encerramento de suas contas bancárias. Aliás, cita-se que a jurisprudência já reconheceu que o encerramento unilateral é uma forma de abuso de direito, conforme acórdão proferido pela Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2013, p. 01).

3. FUNDAMENTOS A FAVOR DO ENCERRAMENTO DAS CONTAS

As instituições bancárias, por sua vez, argumentam que a legalidade do encerramento das contas correntes. Fundamentam a possibilidade no contrato de abertura de conta corrente que invariavelmente prevê em uma de suas cláusulas a faculdade aos contratantes do encerramento da conta a qualquer tempo, mediante comunicação escrita e documentada.

Não se exige a explicitação dos motivos do encerramento. Basta a comunicação. Dessa forma, a simples afirmação da inexistência de interesse comercial bastaria para provocar a rescisão contratual.

De acordo com a doutrina e com a nova disciplina do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que o termo rescisão contratual é gênero que possui duas espécies, a saber: resolução e resilição. A primeira se verifica por descumprimento contratual e a segunda se dá por

vontade bilateral ou unilateral, nas hipóteses admitidas em lei, expressa ou implicitamente, em virtude de um direito potestativo.

No caso em apreço, o encerramento da conta corrente por parte da instituição bancária tratar-se-ia de uma modalidade de rescisão unilateral, em decorrência de um direito potestativo, previamente previsto em contrato.

Esta possibilidade de encerramento decorre do princípio da autonomia da vontade e também pela interpretação dada pelo paradigma direito e economia da função social. A autonomia da vontade, que é o poder de que as pessoas possuem de regulamentar os seus interesses, pelo exercício de sua vontade, que compreende a liberdade contratual e a liberdade de contratar, estaria limitada pela função social dos contratos.

Com efeito, o contrato é um negócio jurídico realizado por duas ou mais pessoas, em que se busca a realização dos seus interesses, de tal forma que uma das partes somente firmará o acordo se puder desfrutar de alguma vantagem. Caso o contrato não lhe traga mais benefícios, simplesmente não participará do negócio jurídico ou se retirará dele, se o contrato assim o permitir.

O princípio da solidariedade, previsto como objetivo da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, III, (BRASIL, 1998) é aqui observado, contudo, ao invés de proteger abstratamente a parte mais fraca ou o hipossuficiente, busca amparar o grupo ou a cadeia de pessoas integrantes de um mercado determinado.

A limitação imposta pela função social dos contratos é transferida do indivíduo que celebrou o contrato com o banco para todos os indivíduos que celebraram ou que celebrarão contrato com ele.

Destarte, o que o paradigma direito e economia propõe é que não se pode buscar a proteção dos atores individuais numa relação negocial, desprotegendo o ambiente social em que ela está inserida e que opera seus efeitos a uma gama maior de pessoas.

No mercado em que se realiza o contrato, as partes têm de buscar seus interesses pessoais, tentando a concretização de um negócio que lhe beneficie. As partes, mormente em relações empresariais, pretendem ao máximo que as avenças sejam cumpridas, para que se sinta seguro em pactuar em negócios posteriores. Esta forma de pensar, seguramente proporciona uma maior segurança jurídica, pois as partes saberão que o acordo não será desfeito ou, então, que será rompido apenas nas hipóteses prevista no pacto contratual.

A principal função social dos contratos é possibilitar que as partes celebrem contratos com segurança, obtendo as benesses econômicas originariamente previstas, de acordo com

o que foi entabulado pelas partes contratantes no contrato, não podendo uma das partes alegar a função social dos contratos com o escopo de amparar uma pretensão não prevista.

Deveras, o mercado não é perfeito, pois não funciona sempre de forma adequada e eficiente, sendo certo que apenas excepcionalmente os agentes do mercado poderão exigir uma atuação das instituições jurídicas para afastar o abuso e trazer a normalidade contratual. Portanto, não há abuso na hipótese do encerramento estar previsto no pacto contratual, não havendo, no caso em apreço, nada de anormalidade ou excepcionalidade.

Outro argumento levantando é a existência de normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, por meio do Banco Central, que autoriza do cancelamento de conta corrente mediante prévia comunicação ao correntista-cliente e a outorga de prazo para a término contratual com o intuito de dar tempo ao interessado providenciar a abertura em outra instituição bancária, de modo a salvaguardar seus direitos, conforme o artigo 12 da Resolução Banco Central do Brasil nº 2025.

Nota-se, assim, que a instituição bancária está aparada por ato normativo do Banco Central do Brasil, que a autoriza a rescindir o contrato de conta de depósito, por iniciativa de qualquer das partes, devendo haver comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato (inciso I) e concedendo prazo para a adoção de providências relacionadas à rescisão do contrato (inciso II).

É de ressaltar que se entende que não se deve aplicar às corretoras de criptomoedas o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, pois elas não seriam destinatárias finais do serviço prestado pelas instituições financeiras. Portanto, elas não poderiam ser consideradas consumidoras, por não preencherem os requisitos do artigo 2º da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990).

De fato, argumenta-se que não são consumidores porque os serviços prestados pelas corretoras de moeda virtual não causam a interrupção da circulação dos produtos e serviços colocados à disposição delas. Em verdade, as corretoras são intermediárias entre compradores e vendedores de criptomoedas, servindo as instituições bancárias de interposto entre as transferências de valores dos contratantes, intermediado pelas sociedades corretoras. Seria o caso de adoção da teoria finalista pura que tenta buscar o conceito de destinatário final.

Mesmo que não se adote e concorde com a teoria finalista, também poderia sustentar que as corretoras não são destinatárias finais e, portanto, não são consumidoras, ao se perfilhar a teoria finalista mitigada que, além de verificar se a pessoa é destinatária final do produto ou serviço, deve-se analisar a sua vulnerabilidade em face do fornecedor. Sustenta-

se que, ainda que se considerem as corretoras destinatárias finais dos serviços prestados pelas instituições financeiras, não possuem o *status* de vulnerabilidade.

4. CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, verificou-se a existência de verdadeira celeuma sobre a possibilidade ou não de encerramento das contas correntes titularizadas por corretoras de criptomoedas por parte das instituições bancárias que apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça que foi a primeira decisão analisando esta polêmica situação.

Como dito acima, a favor das corretoras de criptomoedas foram apresentados os seguintes argumentos jurídicos: aplicação do código de defesa do consumidor a elas, por serem destinatárias finais dos serviços bancárias, sendo considerado uma prática abusiva a recusa de prestação de serviços ao consumidor, que se dispõe a pagar pelo produto ou serviço; tratar-se de um abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil que prevê a ilicitude quando o titular de um direito o exerce extrapolando manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fe ou pelos bons costumes; por fim, acrescenta-se o valor axiológico dos princípios da função social da empresa e de sua preservação, já que a vedação a conta corrente impediria as corretoras de criptomedas o exercício de seu objeto social.

Por outro lado, em favor das instituições bancárias, consignam que: não se deve aplicar o código de defesa do consumidor às corretoras de criptomoedas, já que não se enquadram no conceito de destinatárias finais dos produtos e serviços, conforme a teoria finalista, tendo em vista que, na espécie, há um consumo intermediário; a legalidade da rescisão unilateral do contrato, de acordo com o artigo 473 do Código Civil, por estar prevista no contrato; e, por fim, por estarem os bancos agindo em conformidade ao artigo 12 da Resolução Banco Central do Brasil nº 2025 que admite a qualquer parte da relação contratual a encerrar a conta corrente, mediante prévia comunicação.

Com a devida vênia, entendo que não poderia se admitir o encerramento das contas bancárias, como se deu no julgamento analisado neste artigo, por evidente abuso de direito por parte das instituições bancárias. De fato, sob o fundamento frívolo de desinteresse comercial ou então por suposta origem ilícita do dinheiro, decidiram notificar seus clientes que operam a corretagem de criptomoedas acerca do encerramento de suas contas depósitos.

Independentemente de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ou não, é fato que as instituições bancárias estão alicerçadas na resolução do Banco Central e no seu direito potestativo de rescisão unilateral, por estar geralmente previsto no contrato, contudo,

constata-se a abusividade do exercício deste direito por exceder manifestamente os limites da finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes, principalmente se levarmos em consideração que para o exercício de sua atividade empresarial é indispensável o manuseio de uma conta corrente.

Logo, se for negada a possibilidade de manter uma conta corrente às corretoras de criptomoedas está, de forma inevitável, impedindo que exerça sua atividade empresarial, violando frontalmente a função social da empresa e o princípio da preservação da empresa.

Ademais, a alegação de se tratar de dinheiro com origem ilícita seja louvável, deveria ser aplicada a todos os correntistas de modo indiscriminado, não sendo isso verificado na prática com os demais correntistas. A meu sentir, trata-se de forma de evitar que criptomoedas sejam comercializadas, contudo, em uma vida globalizada que vivemos na atualidade, o número de utilização de moedas virtuais aumentará de forma exponencial, sendo certo que esta forma de evitar sua comercialização não surtirá efeitos, pois o próprio mercado tratará de apresentar formas alternativas que escapem a esta vedação.

No mais, é uma atitude que afeta também o consumidor que deseja investir em criptomoedas, pois com o encerramento das contas correntes das corretoras os investidores encontrarão dificuldades de transferir dinheiro para a corretora e, por conseguinte, não terão acesso a compra de moedas virtuais. Prejudica-se, ao mesmo tempo, a corretora de criptomoedas e a pessoa que deseja investir em moedas eletrônicas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas. Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 27/11/2018

BRASIL. **Resolução BACEN nº 2025/93. Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos.** Brasília-DF, 24 de novembro de 1993. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_P.pdf>. Disponível em: 05 de novembro de 1988.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 de novembro 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 297. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Disponível em: 05 de novembro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1277762/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/08/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101770819&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 de novembro 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.538.831, Rel. Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva, Segunda seção, julgado em 09/05/2018, DJe 16/05/2018. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1538831&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1696214, Rel. Marco Aurélio Belizze. Terceira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=10666031020158260100&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica.**

ULRICH, Fernando. Bitcoin: o dinheiro na era digital. 1ª ed. São Paulo: Mises Brasil, 2014.

POR UMA HUMANIZAÇÃO DO TRABALHO NOS CONTRATOS DISRUPTIVOS DA ERA DIGITAL

Anna Luiza de Carvalho Lisboa¹

Jailton Macena de Araújo²

Resumo: O Direito do Trabalho constrói-se, historicamente, a partir de uma ótica protetiva. Em função disso, somente após a superação do Estado Liberal, e com o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais a partir do início do século XX, que se pôde verificar a formação paulatina de um sistema internacional e de sistemas nacionais de amparo ao trabalhador. Nesse sentido, destaca-se que o primeiro sinal de amadurecimento dessa seara do Direito foi afastar a aplicação indistinta da igualdade formal do Direito Civil em favor da observância da igualdade substancial ambicionada pelos ideais de justiça social, que tem orientado, historicamente, o Direito do Trabalho. Desta maneira, o direito laboral visa a restabelecer o equilíbrio na relação assimétrica de subordinação jurídica entre empregador e empregado, em prol da realização de um ideal de justiça material. Na realidade brasileira, a Constituição Federal atribuiu ao trabalho elevado valor axiológico, vide o fundamento da República Federativa Brasileira expresso no Art. 1º, IV. Além disso, CLT e normas extravagantes dispõem sobre princípios e regras referentes a contratos clássicos de trabalho, dentre eles o principal, o contrato de emprego. Não obstante, a 4ª Revolução Industrial – em curso desde 2010, por meio da inserção das tecnologias de informação e comunicação (TICs) e da criação de plataformas digitais – provoca transformações no mercado laboral de tamanha monta que gera modalidades *sui generis* de trabalho. A essa evidência, questiona-se, em que medida essas novas tecnologias acabam por vulnerabilizar as relações laborais e a conformação protetiva do direito do trabalho, na realização dos ideais de justiça e de trabalho decente. A realidade atual designa ao legislador e aos tribunais brasileiros a dúvida de como classificar esses contratos de trabalho e como garantir proteção aos direitos fundamentais e trabalhistas nessas situações. Na inovação da Indústria 4.0, o modelo de negócios ocorre entre duas pessoas que entram em contato por meio de um facilitador para atingir uma troca; esse último é um aplicativo, como Uber, Rappi, iFood. Entende-se que, mesmo se não se identificar os requisitos básicos da relação de emprego – não eventualidade, subordinação jurídica, onerosidade, pessoalidade e alteridade – deve-se afastar a condição de autônomo, dada a desproporcionalidade material entre a grande empresa de tecnologia e aquele que depende do trabalho. Nesta senda, propõe-se o reconhecimento da “parassubordinação” nos contratos disruptivos de trabalho da Era Digital – tendo em vista análise de jurisprudência do TST e do Direito Comparado – e a regulamentação dos devidos direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Era Digital; direitos fundamentais; economia de compartilhamento; parassubordinação; contratos disruptivos de trabalho.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. annaluizalisboa@gmail.com.

² Doutor em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e docente do curso de Direito da UFPB. jailtonma@gmail.com

Abstract: Labor Law has historically been built from an optical perspective. After the constitutionalization of social rights in the beginning of the twentieth century, it was possible to verify the gradual formation of an international system and national worker protection systems. In this sense, it is noteworthy that the first sign of maturation of this field of law was to rule out the indistinct application of formal equality in Civil Law in favor of the observance of substantial equality pursued by the ideals of social justice, which has historically guided the Law of Job. In this way, labor law aims to restore balance in the asymmetrical relationship of legal subordination between employer and employee, in pursuit of an ideal of material justice. In the Brazilian reality, the Federal Constitution attributed to the work a high axiological value, see the foundation of the Brazilian Federative Republic expressed in Art. 1, IV. In addition, “CLT” and special norms provide for principles and rules regarding classic labor contracts, including the main one, the labor contract. Nevertheless, the 4th Industrial Revolution - under way since 2010, through the insertion of information and communication technologies (ICTs) and the creation of digital platforms - causes transformations in the labor market of such magnitude that generates sui generis modalities of work. This evidence raises the question of the extent to which these new technologies end up making labor relations and the protective conformation of labor law vulnerable to the realization of the ideals of justice and decent work. Current reality assigns to the Brazilian legislature and courts the question of how to classify these labor contracts and how to guarantee protection of fundamental and labor rights in these situations. In Industry 4.0 innovation, the business model occurs between two people who come in contact through a facilitator to reach an exchange; The latter is an app such as Uber, Rappi, iFood. It is understood that, even if the basic requirements of the employment relationship - not eventuality, legal subordination, onerousness, personality and alterity - are not identified, the autonomous condition should be removed, given the material disproportion between the large technology company and the other. one that depends on the job. In this way, it is proposed the recognition of a new model of subordination in the disruptive labor contracts of the Digital Age and the regulation of due labor rights to these workers.

Keywords: Digital Era; fundamental rights; sharing economy; new model of subordination; disruptive work contracts.

1. Introdução

Segundo Klaus Martin Schwab, professor alemão fundador do Fórum Econômico Mundial, a humanidade atravessa a etapa de desenvolvimento nomeada 4ª Revolução Industrial. O atual estágio sucede as revoluções produtivas da Primeira Revolução Industrial (1760-1840), notabilizada pelo surgimento das máquinas a vapor, das ferrovias e da indústria têxtil; da Segunda Revolução Industrial (meados do século XIX até a Segunda Guerra Mundial), evidenciada pela evolução da eletricidade, química, petróleo e aço na indústria e do advento da linha de montagem; da Terceira Revolução Industrial (do Pós-Segunda Guerra Mundial até 2010), conhecida como “Era da Eletrônica” ou “Revolução Informacional”, caracterizada pelo emprego da informática, da eletrônica e da robótica na modernização da indústria. Todos esses marcos temporais de inovações geraram transformações intensas na forma como a sociedade vive, se relaciona e trabalha. No entanto, a revolução imposta pela presente Era Digital da Indústria 4.0 vai além em alcance e em complexidade.

Nesse sentido, arremata Klaus Schwab: “As mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história da humanidade, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso”³. De fato, o constante aperfeiçoamento da inteligência artificial, robótica, internet das coisas, entre outras tecnologias que apontam para a fusão entre a realidade física e a realidade virtual abrem um vasto mundo de possibilidades de aprimoramento da vida social, por exemplo, na esfera dos transportes, da saúde, educação e lazer. Todavia, no que se refere à justiça social nas relações trabalhistas, lança novos desafios.

Nesta senda, a Quarta Revolução Industrial alimenta uma nova forma de consolidação do capitalismo financeiro: a *gig economy* ou mercado de trabalho fruto do modelo de economia compartilhada. Em função disso, companhias como Uber, Rappi e iFood funcionam a partir de um modelo de negócios e de gestão de trabalhadores inusitado, que engendra uma disrupção em relação às noções tradicionais de empregador e empregado construídas pelo Direito do Trabalho.

Nesse contexto, revela-se a mais importante missão para a comunidade juslaboral: estruturar diretrizes de um modelo protetivo especial que garanta a efetividade dos direitos fundamentais para esses trabalhadores de modalidades disruptivas de trabalho. O presente trabalho é um contributo para essa questão, construindo uma análise sobremaneira do Uber, mas cujo raciocínio se aplica a outros aplicativos semelhantes da economia compartilhada, como Rappi, iFood, 99, para fins de investigação doutrinária.

2. Contratos disruptivos de trabalho da Era Digital

Clayton M. Christensen, professor norte-americano da Harvard Business School, em sua obra “O Dilema da Inovação”, cuja primeira publicação data de 1997, cunhou o termo disrupção na literatura científica. Conforme a teoria de Inovação Disruptiva elaborada por Christensen, “disrupção” refere-se às tecnologias capazes de promover transformações e de se adaptar às mudanças do mercado. Já de acordo com as principais definições do dicionário Michaelis, disrupção diz respeito a: “1. Ato ou efeito de romper(-se); disrupção, fratura; 2. Quebra de um curso normal de um processo”. Dessa forma, afirma-se que os contratos de trabalho da Era Digital, pactuados entre a empresa responsável pelo aplicativo e o trabalhador que presta o serviço fim do aplicativo são disruptivos, justamente por romper com o contrato clássico de emprego e até mesmo com o tradicional contrato de prestação de serviços. Além disso, esse novo arranjo de trabalho se manifesta em meio a uma nova

³ SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019. Introdução.

forma de produção, bem captada por Tom Goodwin, articulista e vice-presidente sênior da Havas Media em Nova York, com a seguinte formulação⁴:

O Uber, a maior empresa de táxis do mundo, não possui sequer um veículo. O Facebook, o proprietário de mídia popular do mundo, não cria nenhum conteúdo. Alibaba, o varejista mais valioso, não possui estoques. E o Airbnb, o maior provedor de hospedagem do mundo, não possui sequer um imóvel

Nesse contexto, aplicativos como Uber e iFood apresentam-se como empresas de tecnologia, tendo apenas a finalidade de viabilizar o contato entre os trabalhadores e os usuários que irão se beneficiar diretamente de seus serviços.

Assim, o Uber, por exemplo, informa que não tem como objeto social o transporte de passageiros, mas a disponibilização de uma tecnologia de transporte sob demanda. Nesse diapasão, os motoristas de Uber cadastrados no *app* são chamados de parceiros comerciais. De um lado, a companhia recebe uma porcentagem do valor pago pelo passageiro em função do tempo e da distância do percurso. De outro, o motorista do Uber usufrui de vantagens como recursos de segurança dentro do aplicativo (recurso de compartilhar viagem e recurso de ligar para a polícia por discagem rápida); descontos em determinados serviços de outras empresas (de aluguel e manutenção de veículos e até mesmo em cursos de desenvolvimento profissional e em planos de celular); seguro de acidentes pessoais. Além disso, obviamente, o *app* operacionaliza o contato com os passageiros e a transferência da remuneração para a sua conta, quando o valor é pago no cartão pelos passageiros. Nesse sentido, reitera-se que o Uber define a relação entre empresa e motorista como de parceria comercial. Os Termos e Condições expostos pela Uber do Brasil Tecnologia Ltda dispõem da seguinte maneira sobre os serviços:

Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um “Aplicativo”), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística e/ou compra de certos bens com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros fornecedores independentes de transporte, terceiros fornecedores independentes de logística e terceiros fornecedores independentes de bens, mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber (“Prestadores Terceiros”). A menos que diversamente acordado pela Uber em contrato escrito em separado firmado com você, os Serviços são disponibilizados para seu uso pessoal e não comercial. VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO É FORNECEDORA DE BENS, NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM

⁴ GOODWIN, Tom. “In The Age Of Disintermediation the Battle is all for the Consumer Interface”, TechCrunch, mar. 2015. Disponível em: <https://techcrunch.com/2015/03/03/in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface/>

FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS(AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS.⁵

Destarte, a empresa busca deixar claro que não existe uma relação de emprego. Na perspectiva da companhia Uber, os sujeitos da relação serviço são empresa, parceiro comercial e consumidor. O motorista, portanto, seria um autônomo. De forma semelhante, para o iFood, por exemplo, o motoboy é um parceiro comercial, um autônomo. Diante desse cenário, acompanhamos Ricardo Antunes na seguinte constatação:

[...] o novo dicionário “corporativo” ressignifica o autêntico conteúdo das palavras, adulterando-as e tornando-as corriqueiras no dialeto empresarial: “colaboradores”, “parceiros”, “sinergia”, “resiliência”, “responsabilidade social”, “sustentabilidade”, “metas”. Quando entram em cena os enxugamentos, as reestruturações, as “inovações tecnológicas da indústria 4.0”, enfim, as reorganizações comandadas pelos que fazem a “gestão de pessoas” e pelos que formulam as tecnologias do capital, o que temos é mais precarização, mais informalidade, mais subemprego, mais desemprego, mais trabalhadores intermitentes, mais eliminação de postos de trabalho, menos pessoas trabalhando com os direitos preservados. Para tentar “amenizar” esse flagelo, propaga-se em todo canto um novo subterfúgio: o “empreendedorismo”, no qual todas as esperanças são apostadas e cujo desfecho nunca se sabe qual será.⁶

3. Nova Feição de Subordinação Jurídica

À vista do exposto, nota-se que há um debate sobre a existência ou não de vínculo empregatício entre a empresa do modelo de economia compartilhada e o prestador de serviço. Esse questionamento ainda é um ponto controvertido tanto para a jurisprudência como para a doutrina. A tendência jurisprudencial em favor da inexistência de vínculo empregatício entende que os contratos disruptivos de trabalho da Era Digital não se amoldam à integralidade dos requisitos clássicos da relação de emprego (não eventualidade, subordinação jurídica, onerosidade, pessoalidade e alteridade). Nessa esteira, o critério distintivo fundamental ausente na modalidade de trabalho oriundo da *gig economy*, mas presente na relação empregatícia seria a subordinação jurídica. Nesse sentido, vem

⁵ <https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>

⁶ ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo, Boitempo, 2018. P. 44.

entendendo STJ⁷, TST⁸, além de boa parte dos Tribunais Regionais do Trabalho⁹ pela autonomia do prestador de serviços.

No entanto, por mais que os trabalhadores digitais não prestem serviço de forma subordinada juridicamente, seria contra a concretização dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (fundamento da República Federativa do Brasil conforme Art. 1º, IV, Constituição Federal) e a eficácia dos direitos fundamentais a negação de uma proteção jurídica especial a esses trabalhadores. Neste caminho, Fabio Leite entende que o fundamento da República expresso no Art. 1º, IV da Constituição Federal deve ser interpretado como norma que exige a livre iniciativa de acordo com a dignidade da pessoa humana, por sua vez fundamento da República expresso no Art. 1º, III¹⁰. Assim, a comunidade juslaboral deve promover esforços para afastar a tese da condição de autônomo para os prestadores de serviços em aplicativos de *sharing economy* por força de interpretação axiológica da própria Constituição.

Em função disso, faz-se necessário afirmar uma peculiaridade dos contratos disruptivos de trabalho da Era Digital que justifique esse modelo protetivo especial. Nesse sentido, o expediente teórico procurado é o de parassubordinação. A parassubordinação configura uma nova feição de subordinação jurídica. Segundo esse conceito jurídico, mesmo inexistente o vínculo empregatício entre tomador de serviços e prestador de serviços, verifica-se a hipossuficiência do trabalhador, que demanda um grau maior de proteção jurídica do que a conferida a autônomos *stricto sensu*. Dessa forma, o parassubordinado consiste em um trabalhador que está em uma posição intermediária em relação ao subordinado juridicamente e ao autônomo.

A noção de parassubordinação surgiu na Itália, a designar o trabalho “coordenado, continuativo e de colaboração”. Esse instituto foi incorporado ao Direito Espanhol pela Lei Nº 20/2007, a *Ley del Trabajo Autonomo*. Os trabalhadores parassubordinados, na dicção desta lei, são os “trabalhadores autônomos economicamente dependentes”. O Art. 1º dessa lei, de forma geral, indica que o “trabalhador economicamente dependente” é a pessoa física que realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual,

⁷ STJ. Conflito de Competência Nº 164.544 - MG (2019/0079952-0). https://diariodotransporte.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Acordao_STJ.pdf

⁸Tribunal Superior do Trabalho. TST - Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: AIRR 111994720175030185. <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/669958328/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-111994720175030185/inteiro-teor-669958362>

⁹TRT-2 Recurso Ordinário 1001574-25.2016.5.02.0026; TRT-3 Recurso Ordinário nº0011359-34.2016.5.03.0112; TRT-15 Processo 0010947-93.2017.5.15.0093.

¹⁰ LEITE, Fábio. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 16, jan./jul. 2000. P. 69.

pessoal, direta e de forma predominante para um cliente, de quem percebe, pelo menos, 75% da remuneração que lhe é devida. Quanto ao Direito Português, vige um conceito jurídico próximo ao de parassubordinação, qual seja o de “situações equiparadas” ao contrato de emprego. Essa concepção relaciona-se, igualmente, à hipossuficiência do trabalhador. Determina o Art. 10 do Código do Trabalho Português:

As normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da atividade.

No plano jurídico do Direito Brasileiro, a jurisprudência já aplicou o conceito de parassubordinação. Na falta de legislação que regule especificamente os direitos dos trabalhadores digitais, alguns julgados se utilizaram da aplicação da parassubordinação para reconhecer o vínculo de emprego. Menciona-se, nesse sentido, trecho do voto da relatora Desembargadora Beatriz de Lima Pereira do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em sede de julgamento do Recurso Ordinário nº 1000123-89.2017.5.02.0038 pela 15ª turma:

É preciso registrar, nesse passo, que a relação existente entre as demandadas e os motoristas que lhes servem não se caracteriza pelo modelo clássico de subordinação e de que, assim, a depender do caso concreto sob exame, poderá não haver a configuração do vínculo de emprego, especialmente nos casos em que a prestação de serviços se revelar efetivamente eventual. Por isso, o exame das demandas judiciais que envolvem os novos modelos de organização do trabalho deve se dar à luz das novas concepções do chamado trabalho subordinado ou parasubordinado, especialmente considerando o avanço da tecnologia¹¹.

Esse mesmo fragmento constou em fundamentação de decisão semelhante, que reconheceu vínculo de emprego entre a empresa Uber e o motorista. Dessa vez pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário Nº 0011359-34.2016.5.03.0112¹², cujo acórdão data de 17 de julho de 2019.

4. Considerações Finais

A posição prevalecente da jurisprudência é a de não identificação da relação de emprego entre empresa de economia compartilhada e prestador de serviço. Essa tendência

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário nº 1000123-89.2017.5.02.0038

¹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário nº 0011359-34.2016.5.03.0112.

foi confirmada com a publicação do acórdão proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Conflito de Competência Nº 164.544¹³, em 4 de setembro de 2019. O colegiado determinou que, como não há vínculo empregatício entre a empresa Uber e o motorista, o juízo competente para julgar a ação de obrigação de fazer e de reparação de danos materiais e morais pedindo a reativação da conta de motorista de Uber é a Justiça Comum Estadual, nomeadamente no caso, o Juizado Especial Cível de Poços de Caldas. Assim, a decisão unânime firmou o entendimento de que o contrato pactuado entre a empresa do aplicativo e o motorista de aplicativo é eminentemente civil e, por essa razão, por força de competência absoluta em razão da matéria, o caso deve ser julgado no juízo comum.

Não obstante, essa decisão não vincula abstratamente todos os Poderes, tendo em vista que, no Direito Brasileiro, as decisões emanadas do Poder Judiciário não têm essa aptidão, com exceção das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ADINs e nas ADCs (Art. 102, § 2º da Constituição Federal) e das súmulas vinculantes (Art. 103-A da Constituição Federal). Desse modo, é possível e é premente à comunidade juslaboral reposicionar o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, os direitos fundamentais dos trabalhadores no escopo da relação de trabalho dos trabalhadores digitais.

Nesse sentido, em função da impossibilidade de conformar os contratos de trabalho disruptivos da Era Digital às categorias clássicas do contrato de emprego, recomenda-se à doutrina e à jurisprudência que se posicionem a favor da identificação da parassubordinação como elemento caracterizador da relação entre empresa de sharing economy (Uber, 99, Cabify, iFood, Rappi, entre outros) e trabalhador digital. Desse modo, enquanto o Poder

¹³ CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. 1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo. 2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil. 3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. 4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. 5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.

Legislativo não aprova uma lei que determine especificamente um modelo protetivo próprio aos trabalhadores da *gig economy*, o Poder Judiciário deve reconhecer o vínculo empregatício nessa relação de trabalho fundamentando-se na parassubordinação.

5. Referências Bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo, Boitempo, 2018.

BRASIL. STJ. Conflito de Competência Nº 164.544 - MG (2019/0079952-0).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista Nº 111994720175030185.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Recurso Ordinário 1001574-25.2016.5.02.0026.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário nº0011359-34.2016.5.03.0112.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). Recurso Ordinário – Processo Nº 0010947-93.2017.5.15.0093.

CAVALLINI, Gionata. **Além da subordinação: os remédios de direito privado para os “trabalhadores digitais”**. I CONGRESSO INTERNACIONAL DA LAW ACADEMY – LABOUR 2030 – RETHINKING THE FUTURE OF WORK. Porto, 13-14 de julho 2017. Track II: O trabalho em contexto de empreendedorismo tecnológico e start ups.

DA SILVA, Juliana Coelho Tavares. **Trabalho na economia compartilhada: redefinindo o modelo protetivo na perspectiva do solidarismo contratual**. 124 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 2018.

DE AZEVEDO, Flavio. DA SILVA, Luciana Gonçalves. **Subordinação e parassubordinação nas relações de trabalho contemporâneas: a configuração da relação de emprego e a garantia da universalidade dos direitos humanos**. Cadernos de Direito Actual Nº 3 (2015), pp. 385-410.

GOODWIN, Tom. “In The Age Of Disintermediation the Battle is all for the Consumer Interface”, TechCrunch, mar. 2015. Disponível em: <https://techcrunch.com/2015/03/03/in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface/>

LEITE, Fábio. **Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 16. 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. **Termos e Condições**. <https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>

DIREITOS HUMANOS E DESAFIOS PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DA TRABALHADORA DOMÉSTICA E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Ana Carolina Fontes Figueiredo Mendes¹

Karyna Batista Sposato²

Resumo: Na modernidade, os direitos humanos são colocados em xeque diante do não cumprimento das promessas de justiça, igualdade, dignidade humana e a manutenção das assimetrias de poderes sociais e discriminações que o seu discurso visa combater. A realidade das trabalhadoras domésticas no mundo contemporâneo ainda é um grande desafio para o alcance de um verdadeiro estágio de desenvolvimento. Ao texto normativo – Declarações e Constituições, por exemplo – contrapõe-se a realidade excludente, agravada pela falta de medidas capazes de iniciar um processo de concretização de direitos e promoção do desenvolvimento amplo e integral do ser humano. Essa debilidade cria um imaginário jurídico dos direitos humanos que aceita a distância entre o normatizado e o praticado, evidenciando que direitos são processos de luta, e não uma inerência do ser humano. No campo do direito do trabalho, estas questões são evidentes, pois a normativa de proteção ao trabalhador cujos antecedentes estão nos Estados de bem-estar social, a fim de proteger o trabalho livre e subordinado, hoje convive com o fato de que o trabalho é cada vez menos livre, e a proteção estatal é limitada pela força do capital. No Brasil, a precarização das relações de trabalho em um contexto de desigualdade estrutural conduz à submissão de trabalhadores à escravidão contemporânea, em especial, trabalhadores domésticos. A divisão sexual do trabalho insere as mulheres no trabalho doméstico como principal grupo vulnerável ao passo que o fenômeno está atrelado à inserção de outras mulheres de classe média também no mercado de trabalho. O próprio direito, por muito tempo, foi responsável por negar direitos às trabalhadoras domésticas, multiplamente vulneráveis interseccionalmente pelo gênero e classe social. Em 2015 os trabalhadores domésticos tiveram os direitos equipados aos demais trabalhadores urbanos. Porém, a inclusão tardia trouxe inúmeros prejuízos no imaginário social e jurídico. Práticas associadas ao trabalho penoso, estendido por longas horas ou outras violações de direitos ainda persistem e podem configurar trabalho análogo à escravidão. As políticas públicas de trabalho digno são necessárias para assegurar a promoção do desenvolvimento integral com igualdade de gênero e social.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe-UFS. Bolsista FAPITEC-SE. Mestra em Direitos Humanos, Multiculturalismo e Desenvolvimento - Universidad Pablo de Olavide (2016). Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau. Email: carolm.adv@hotmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Diplomada no Terceiro Ciclo do Programa de Doutorado Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia na Universidad Pablo de Olavide/ Sevilha-Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo- USP. Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe, vinculada ao Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito (PRODIR/UFS) e à graduação em Direito. Membro do Corpo de Avaliadores da Revista Direito GV. Membro do Corpo de Avaliadores da Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Membro do Corpo de Pareceristas do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Líder do Grupo de Pesquisa “Desigualdades e Direitos Fundamentais” (CNPq/UFS). Sergipe, Aracaju. Email: karyna.sposato@pq.cnpq.br

Palavras-chave: Trabalhadora doméstica. Trabalho digno. Direitos humanos. Direito ao desenvolvimento. Trabalho escravo contemporâneo.

INTRODUÇÃO

A modernidade jurídica no mundo Ocidental representou uma nova era humanista com enfoque na promoção dos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana, fase intensificada após os horrores das guerras mundiais. Nesse âmbito, foram desenvolvidos os direitos humanos, e, por consequência compromissos globais foram firmados com enfoque na dignidade humana. Dentre eles, o compromisso da não submissão de pessoas à escravidão contemporânea.

Ocorre que a concretização e a promoção dos direitos humanos ocorrem de forma distinta para as pessoas que se encontram em situações de assimetrias econômicas, sociais, de gênero, de raça e geográficas diversas. A trabalhadora doméstica é um exemplo de categoria que tem acesso diferenciado, inferiorizado e discriminado aos direitos humanos.

As razões dessas assimetrias encontram raízes na própria matriz dos Direitos Humanos, surgidos na Modernidade Ocidental, para tutelar o padrão humano eurocêntrico e masculinizado, enquanto excluía os que estavam fora do padrão, e, no imaginário jurídico desenvolvido a partir deste ponto.

Partindo-se da realidade brasileira no âmbito laboral, tem-se que as primeiras relações trabalhistas foram baseadas no trabalho escravo, sendo os serviços domésticos escravos destinados às mulheres escravizadas. Fato este que gerou consequências negativas nas questões trabalhistas domésticas, que permeiam o imaginário dos direitos humanos e social relacionado à dignidade do trabalhador até os dias atuais.

Nesse sentido, houve a abolição da escravidão, porém o trabalho escravo no âmbito doméstico nunca deixou de existir, e o imaginário brasileiro continuou sendo escravocrata. Este fato é percebido através das quase dois mil empregadas domésticas resgatadas do trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho nos últimos 15 anos (MPT, 2018).

Diante do cenário de injustiças, concluir-se que trabalho doméstico é precário e afeta especialmente mulheres socialmente vulneráveis, quais estão submetidas às práticas normalizadas e associadas a trabalhos degradantes, que, a um certo nível, podem chegar a configurar situação de trabalho escravo contemporâneo.

Por ser uma exploração persistente, é necessário que o Estado realize políticas públicas apoiadas no direito ao desenvolvimento e na solidariedade que objetivem a

promoção do trabalho digno, para garantir a promoção do desenvolvimento integral, através da implementação da igualdade de gênero e social para essas trabalhadoras.

1. TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A Teoria Crítica dos Direitos Humanos se insere em uma proposta de mudanças dos paradigmas hegemônicos dominantes, ou alternativa ao pensamento eurocêntrico universalista dos direitos humanos e propõe uma visão inovadora dos direitos humanos para que signifiquem, na prática, a luta cotidiana por uma vida digna de ser vivida através do acesso aos bens, não hierarquizados, materiais e imateriais (HERRERA FLORES, 2007).

Destaca-se que a visão hegemônica dos Direitos Humanos³, delineada na modernidade jurídica, é inspirada nas concepções filosóficas kantianas sobre a dignidade humana⁴ (KANT, 1989). Visão aparentemente emancipadora, mas por não ser relacional e desprezar os fenômenos históricos e sociais, convive com uma realidade perturbadora, já que a maioria da população mundial não é titular dos mecanismos e garantias jurídicas concretas de tais direitos.

Para que os Direitos Humanos sejam realmente um instrumento de luta a favor dos oprimidos contra os opressores, é necessária uma concepção contra-hegemônica que enfoque em “uma hermenêutica de suspeita em relação aos direitos humanos, tal como são convencionalmente entendidos e defendidos, isto é, em relação às concepções dos direitos humanos mais diretamente vinculados à sua matriz liberal e ocidental” (SANTOS, 2013, p. 43).

Além de que a visão hegemônica é simplista por vincular os Direitos Humanos somente ao âmbito das normas jurídicas⁵ e às instituições estatais (SÁNCHEZ RUBIO, 2018), traduzi-los na dimensão apenas normativa pode gerar um perigo à cultura dos direitos humanos, já que potencializa uma cultura burocrática, funcional e normativista. Como resultado, acredita-se que os direitos humanos estão garantidos apenas por serem normatizados, e quando um corpo de servidores estatal especializado diz se houve a violação da dignidade humana, a liberdade ou as

³ “A noção de direitos humanos, tal qual se concebe hoje é historicamente recente. Sua centralidade no discurso político moderno encontra suas origens nos movimentos de contraposição ao absolutismo e pela extensão da democracia liberal no século XVIII, com destaque ainda mais recente, face às consequências da segunda guerra mundial e a derrota do nazismo. Daí nasce a ideia de que os homens pelo simples fato de serem homens, já possuem uma gama de direitos, que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado” (SPOSATO; SOBRINHO, 2014, p. 69).

⁴ Assim, a dignidade humana é atribuída intrinsecamente a toda pessoa humana, já que todos têm valor em si mesmo. (KANT, 1989). Ocorre, porém, que esta concepção não é relacional, de tal moda despreza as relações sociais, históricas e econômicas quais os sujeitos estão inseridos.

⁵ Essa perspectiva normalista e simplista é difundida, por exemplo, por Ingo Sarlet, ao elucidar a primeira definição dos direitos fundamentais, como aqueles que surgem com as Constituições, apesar de trazer outras perspectivas, esta é a que primeiro aparece (SARLET, 2007).

condições de vida das pessoas, então vincula a efetividade a uma dimensão pós-violadora (SÁNCHEZ RUBIO, 2018).

É verdade que, internacionalmente, foi visto um grande esforço para formular as bases jurídicas de um mínimo de direitos humanos universais. Contudo, num momento contextual de extensão e generalização do mercado e da ideologia neoliberal⁶, os mesmos passaram a ser considerados pelos entes estatais e econômicos como custos sociais, que, em nome da produtividade e crescimento econômico, devem ser suprimidos (HERRERA FLORES, 2007).

Ademais, para a reflexão teórica dominante, os direitos humanos são os direitos por si só. Então, reduz-se o conteúdo básico, ou seja, direitos é “o direito a ter direitos” (FLORES, 2007), ainda que a maioria da população mundial não possa “exercê-los, por falta de condições materiais para isso” (FLORES, 2009, p. 27).

Portanto, Herrera Flores propõe que os Direitos Humanos sejam concebidos através de uma visão integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras, uma (re) invenção, já que Direitos Humanos são mais que direitos “propriamente ditos”, são processos, “ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (FLORES, 2009, p. 28).

Nesse sentido, deve-se lutar pelos Direitos Humanos porque, para a promoção destes, é necessário “ter acesso aos bens exigíveis para viver”, já que bens não são algo concedido e dado, então “o acesso aos bens, sempre e em todo momento, insere-se num processo mais amplo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de obter”, porque vive-se “imersos em processos hierárquicos e desiguais que facilitam ou impedem sua obtenção” (HERRERA FLORES, 2009, p. 30).

Por consequência, o acesso à dignidade humana significa deve igualitário e não hierarquizado. A dignidade humana não pode ser entendida como um conceito ideal e abstrato, e sim como um fim material, “um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida” (HERRERA FLORES, 2009, p. 31).

A epistemologia dominante da dignidade da pessoa humana⁷ por ser idealista e abstrata, o que acaba por dificultar a sua concretização material. Definições vazias podem

⁶ Herrera Flores, no artigo Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência, descreve o neoliberalismo como a “geopolítica de acumulação baseada na exclusão” (HERRERA FLORES, 2002).

⁷ Sarlet pontua que a definição clara parece não ser possível, por se referir a conceitos e contornos vagos e imprecisos, mas que a doutrina e jurisprudência estabeleceram contornos e conceitos básicos para concretizar seu conteúdo, e reconhece que há uma falta de definição constitucional, recaindo a responsabilidade de definição pelos órgãos estatais, baseado nas eleições dos valores das sociedades democráticas contemporâneas (SARLET, 2007).

delegar a funcionários estatais a função de defini-los, o que gera insegurança jurídica, além de possibilitar a manipulação dos direitos humanos de acordo com suas ideologias e interesses pessoais, num processo que “restringe-se a atuação dos direitos humanos ao mínimo alcance possível, que condiciona a dignidade humana ao exercício do poder” (ÁVILA, 2015, p.3).

Assim, a idealização sobre os direitos humanos, para alcançar a dignidade e exigências normativa de torná-lo mais abstrato e universal, traz a utopia de que se tem direitos apenas pelo fato de ter nascido, acaba por tornar o direito neutro, num movimento desconecto entre o espaço público e o espaço privado, construindo o ideal de igualdade apenas no plano formal⁸ (HERRERA FLORES, 2007).

A perspectiva descrita também se insere na linha crítica descolonial, que clama pela descolonização do pensamento eurocêntrico, para “pensar desde a fronteira, propor um paradigma outro ou desobediência epistêmica significam desprendimento e abertura” (BRAGATO, 2014, p. 214).

A visão eurocêntrica dos direitos humanos traz à tona como os direitos humanos foram construídos e direcionados para certo padrão cultural, e torna-se, por isso, um “fator de exclusão dos seres humanos fora do padrão cultural dominante, que, em última análise, encarnou a figura do europeu, branco, do sexo masculino, cristão, conservador, heterossexual e proprietário” (BRAGATO, 2014, p. 222).

Através dessa visão, os Direitos Humanos não se aplicam de forma integral para os excluídos, entre estes estão os povos indígenas, africanos, escravos e mulheres. Para eles, há uma inferiorização dos direitos, o que permite que a violação sistematicamente de suas dignidades. O perigo de não mudar as bases dessa ideologia é que os vulneráveis, oprimidos e excluídos continuarão inseridos numa dinâmica de direitos humanos que os impede de ter acesso a mecanismos de proteção jurídica integral (BRAGATO, 2016, p. 1821).

Assim, a opressão de um grupo sobre outro tem sido a raiz de inúmeras injustiças da modernidade, principalmente a subjugação de seres humanos ao trabalho escravo contemporâneo como forma de gerar lucros excessivos a uns, e degradação humana, além de que muitas vezes pessoas vulneráveis se mantêm nesses espaços de exploração por uma questão de subsistência dentro da lógica neoliberal. Então, através da perspectiva da Teoria

⁸ Apesar disso, emergem uma racionalidade de resistência, que não nega ser possível chegar-se a uma universalidade, no entanto, está não pode ser um ponto de partida, principalmente porque traduz uma cultura eurocêntrica, e sim um universalismo de chegada ou de confluência, no qual surge após um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação que possibilite romper os preconceitos e as linhas paralelas (HERRERA FLORES, 2002).

Crítica dos Direitos Humanos, será analisado no tópico seguinte o trabalho escravo contemporâneo da trabalhadora doméstica no Brasil.

2. VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DO TRABALHO DIGNO: A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO

A realidade da exploração do trabalho doméstico no Brasil sempre foi precária, com explorações cotidianas, desde o momento que se instalou, durante o sistema de produção escravocrata, até os dias atuais. Esse fato é tolerado pela sociedade e pelo Direito do Trabalho Brasileiro, o qual foi desenvolvido de maneira diversa para os trabalhadores urbanos e trabalhadores domésticos. Existia uma regulação para os empregados urbanos, desde 1943⁹, previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas, que discriminatória excluía expressamente a relação de emprego doméstico de sua aplicação e proteção (BRASIL, 1943).

Os empregados domésticos só tiveram a equiparação integral aos demais trabalhadores urbanos em 2015, com a Lei Complementar n. 150¹⁰. A equiparação ocorreu de forma tardia, de tal modo que a violência à classe foi desenvolvida de forma sistêmica e seletiva, através da violência estrutural do Estado Brasileiro.

Acrescenta-se a esse quadro a vulnerabilidade de gênero, porque sobre trabalho doméstico, sempre se operou a divisão sexual do trabalho¹¹, no qual profissões culturalmente identificadas como “femininas” são associadas a menores salários, como é o presente caso¹². Partindo de crítica feminista, o trabalho doméstico se configura como o realizado no entorno doméstico, necessário para a manutenção do bem-estar dos membros familiares, realizados principalmente por mulheres vulneráveis socialmente, porém, na maioria das vezes, não são valorizadas, muitas nem mesmo remuneradas (SÁNCHEZ RUBIO; CRUZ-ZÚÑIGA, 2018).

⁹ No seu art. 7º, “a” excluiu, expressamente, do seu sistema trabalhista protetivo. Apenas em 1972, quase 30 anos após a concessão dos direitos trabalhistas para os demais empregados urbanos, que começou a surgir algumas garantias para o trabalho doméstico, ainda assim sob as bases pensamento colonial escravocrata.

¹⁰ A emenda constitucional regulou os direitos estendidos aos trabalhadores domésticos pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013, já que esta não havia produzido efeitos imediatos

¹¹ E no contexto social do país, pesquisa da OIT informou que em 2013, numa dimensão global, 7,2 milhões de trabalhadores domésticos, e 6,7 milhões eram mulheres (OIT, 2013).

¹² No Brasil, dados do IBGE (2017), comprovam que 92,3% dos trabalhadores desse setor são domésticos, por isso.

A situação precária levou à incidência do trabalho escravo contemporâneo no setor¹³. Resultado do pensamento escravocrata e colonial do trabalho doméstico no Brasil pode ser visto através do número de resgate de trabalhadoras, nos últimos 15 anos, quase duas mil são mulheres resgatadas do trabalho escravo (MPT, 2018). Porém, há um paradoxo em relação aos dados das mulheres trabalhadoras resgatadas no país, pois como o gênero mais vulnerável, em razão da divisão sexual do trabalho tem condições trabalhistas mais precárias, os dados do MPT demonstram que as mulheres resgatadas correspondem apenas 5,37% do total de resgate.

A incongruência dos números apresentados demonstra quanto a precarização das leis trabalhistas para o trabalhador doméstico levou à precarização da situação e da proteção dos direitos desses trabalhadores, fato que, hipótese desta pesquisa, levou à invisibilização e normatização da exploração das trabalhadoras domésticas¹⁴.

O próprio MPT e OIT já admitiram que haja uma invisibilidade do trabalho escravo feminino. As razões são a “falta de inspeções em ocupações tidas como femininas, no âmbito da divisão sexual do trabalho - como profissionais do sexo e trabalhadoras domésticas”, bem como a falta de “um olhar específico sobre questões de gênero que perpassa toda a política de combate à escravidão contemporânea no Brasil” (SMARTLAB MPT-OIT, 2017, p. 21).

Nesse sentido, a realidade dos direitos da trabalhadora doméstica sempre foi de precarização¹⁵, já que as bases do trabalho doméstico no Brasil são frutos de uma formação desigual e injusta. Primeiro, o modelo em a “família” era comandado pelo “pai” (econômica e administrativamente), já às mulheres era reservado os serviços domésticos. Assim era o sistema patriarcal colonial (ESTEVE, 1998), baseado em marcadores históricos das posições de superioridade e subalternidade (FREYRE, 2004). O modelo de família europeia era baseado nas diferenças de gênero e na divisão sexual do trabalho, que prevê que cada sexo terá suas funções, papéis e tarefas definidas (EMBERLEY, 2000; PERROT, 1988).

A divisão sexual do trabalho perdura até os dias atuais. Os trabalhos mais precários são geralmente destinados aos setores de cuidado (GÁLVEZ, 2014). As mulheres em situações vulneráveis trabalham como empregadas domésticas, o que as tornam mais

¹³ A Organização Internacional do Trabalho informa que das 40 milhões de pessoas submetidas ao trabalho escravo, 70% são mulheres e meninas, os números são expressivos: 25 milhões de mulheres estão sendo submetidas ao trabalho escravo, com 16 milhões no setor privado (como trabalho doméstico, construção ou agricultura), e 4,8 milhões sofrem exploração sexual forçada (OIT, 2016)

¹⁴ Para exemplificar esta situação, há o caso da trabalhadora doméstica de 68 anos, que recentemente foi resgatada em situação de análoga à escravidão, em Minas Gerais. Neste caso, a empregadora não pagava os salários da trabalhadora, retinha o dinheiro do benefício social, e fazia empréstimos consignados com este, o que caracteriza a servidão por dívida (CUT, 2019).

¹⁵ “Dados comprovam que 76% dos trabalhadores domésticos não têm carteira assinada, isso significa três em cada quatro (ANAMATRA, 2018).

suscetíveis à exploração, um lugar que ainda preserva as hierarquias do mundo colonial (BERNARDINO-COSTA, 2007). Ademais, ao longo do período colonial, o trabalho doméstico era visto como um trabalho servil, algo feito pela família que devia ser feito por prazer ou favor (DAMATTA, 1987). Nesse contexto, esse imaginário colonial reverberou sobre as gerações posteriores das trabalhadoras domésticas, mesmo quando passou ser um trabalho remunerado¹⁶ (MELLO, 1998).

Ocorre outro fenômeno relacionado à sistemática do trabalho doméstico e das divisões de gênero que adiciona à perspectiva social, já que o processo de inserção da mulher de classe média com acesso ao mercado de trabalho especializado foi acompanhado da necessidade e aumento do trabalho doméstico de mulheres vulneráveis. Assim, a mulher de classe média, para ter sua independência e sair do ambiente doméstico, necessitou do serviço de outra mulher, de classe baixa, sem acesso aos estudos e ao mercado de trabalho formal. Houve então um fenômeno paradoxal com libertação da mulher de classe média e precarização da situação trabalhista da mulher de classe baixa (HIRATA; KERGOAT; 2007, p. 597).

As sociedades neoliberais necessitam do trabalho doméstico das mulheres vulneráveis para que as mulheres classe média e alta possam deixar de realizar tarefas domésticas, consideradas arcaicas para poder ingressar no mercado de trabalho. Esse fenômeno foi responsável por invisibilizar as dinâmicas de gênero que atingem mulheres em situação de desigualdade social (SÁNCHEZ RUBIO; CRUZ-ZÚÑIGA, 2018).

Nesse compasso, percebe-se que as mulheres empregadas no setor doméstico estão submetidas a inúmeras assimetrias de poderes que as tornam especialmente vulneráveis na cadeia social e trabalhista. Esta vulnerabilidade é o resultado de “subordinação interseccional estrutural”, que representa “uma gama complexa de circunstâncias em que as políticas se intersectam com as estruturas básicas de desigualdade” (CRENSHAW, 2002, p. 179).

Nessa mecânica, há as assimetrias, hierarquização, dominação, marginalização e discriminação entre quem emprega e a empregada doméstica, que em um nível cotidiano, estão submetidas à colonialidade de poder e interseccionalidade, gerando situações de exploração que podem chegar a configurar o trabalho escravo contemporâneo, por razões de classe, raça e gênero entre outras, que é naturalizado pela sociedade e pelo Direito, o que

¹⁶ Prova disso é que a pesquisa feita pela Amatra, em 2017 constatou a média salarial das empregadas domésticas foi R\$ 852,00; ou seja, menos de um salário mínimo (ANAMATRA, 2018).

representa uma interseccionalidade de opressões (SÁNCHEZ RUBIO; CRUZ-ZÚÑIGA, 2018).

A própria inclusão jurídica tardia do trabalho doméstico na proteção trabalhista gerou graves problemas em relação às práticas trabalhistas, já que as empregadas domésticas tinham direito, por exemplo, ao limite de jornada e horas-extras estabelecido pela CLT. Esse é um “costume” que, por vezes, se perdura, ainda que hoje haja regulamentação. Então, há casos de trabalhadoras domésticas resgatadas do trabalho escravo em razão da submissão a horas exaustivas¹⁷.

Da análise, abstrai-se que a violência é histórica, fruto de uma sociedade patriarcalista e escravocrata, alicerçada em um sistema estrutural e normativo que vem sendo intensificado diante do sistema do capitalismo mundial, ao produzir situações de mulheres submetidas ao trabalho escravo contemporâneo no âmbito do trabalho doméstico.

A prática do trabalho escravo contemporâneo é um crime previsto no artigo 149 do Código Penal¹⁸, e “está intrinsecamente vinculado a métodos e padrões de apropriação do trabalho alheio, aceitos, ou ao menos tolerados, em determinadas circunstâncias econômicas, histórica, social e culturalmente” (SCHWARZ, 2018), ou seja, é aquele que, independente da manifestação de vontade do trabalhador, ou existência de restrição de liberdade, ocorre uma grave afronta à dignidade humana do trabalhador.

Sob os aspectos jurídicos elencados, tem-se que, no Brasil, predominam duas formas de trabalho escravo doméstico: a empregada doméstica é submetida aos domínios dos empregadores, os quais fazem cerceamento de liberdade, mediante a vigilância ostensiva, local de trabalho de difícil acesso, cárcere ou retenção de documentos; ou o trabalho escravo contemporâneo, que traz uma violência transvestida de afetividade, com as chamadas “filhas de criação”¹⁹, nesse, muitas vezes, há o agravante da vítima ser menor de idade²⁰ (DIAS; HERNANDEZ, 2018).

¹⁷ Foi o caso da trabalhadora doméstica, resgatada pelo MPT, que trabalhava de 7 da manhã às 00 horas, sem direito a repouso, em um apartamento no bairro de Copacabana, zonal sul do Rio de Janeiro, nos anos de 2010 e 2011, além de que ela foi trancada por uma semana na área de serviço, sem direito a se alimentar e a circular pela casa (BRASIL ECONÔMICO, 2018).

¹⁸ O art. 149 do Código Penal (CP) brasileiro, que define “trabalho em condição análoga à de escravo” como a redução de alguém a condição análoga à de escravo, seja submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, seja restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto

¹⁹ A condição de “filho de criação” ou “crias da casa” é análoga ao caso das meninas que, enquanto agregadas das casas das elites, sofrem o dilema por não serem filhas, nem empregadas. Essa situação faz com que elas se encontrem num limbo que as aproxima das escravas contemporâneas, mostrando as contradições e desigualdades reais da sociedade brasileira em diferentes regiões do País e, em especial, na região Nordeste do Brasil. (SILVA, 2001, p.17)

²⁰ Neste último caso, crianças e adolescentes são forçadas a prestar serviços em casas de família, obrigação que muitas vezes é imposta pelos pais/responsáveis, ou por alguma circunstância que leva a anulação de sua vontade, figura típica do trabalho forçado (BRITO FILHO, 2012)

Em razão desse imaginário social patriarcal, bem como a cultura escravagista, infelizmente persiste o trabalho escravo contemporâneo no setor doméstico no Brasil. O quadro de injustiça das mulheres trabalhadoras convive com a triste realidade de certa aceitação social de exploração sistemática e seletiva, condutas que ferem a dignidade humana.

Situação construída historicamente e que normaliza a precarização do setor de serviços domésticos, e traz inclusive uma dificuldade de percepção da situação pelo próprio MPT para enxergar a abusividade e violação do trabalho decente doméstico. Tem-se também que, pelo crime ser praticado no âmbito residencial, cria-se mais uma dificuldade para o enfrentamento, e corrobora com a invisibilidade desta situação.

Isso leva ao ponto de partida desse trabalho: o problema dos direitos humanos, e na continuidade, da dignidade da trabalhadora doméstica que está no paradigma dominante, iniciado com a modernidade. Um paradigma que privilegia o homem, branco, europeu e proprietário, que gera uma coloniedade do poder e submissão do pensamento.

Desse modo, para mudar a situação de exploração da trabalhadora doméstica, é necessário descolonizar o pensamento e que o Estado invista em políticas públicas que visem à promoção da dignidade da trabalhadora, com foque no desenvolvimento integral e na solidariedade.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS COM BASE DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E NA SOLIDARIEDADE

Diante da situação naturalizada na trabalhadora doméstica, é necessário que os Direitos Humanos²¹ tragam soluções para por fim a esta violência, que, através de práticas cotidianas, pode gerar a configurar a exploração do trabalho escravo contemporâneo. Portanto, para que se ponha fim a essas práticas, o Estado Brasileiro deve concretizar os direitos humanos com base e fundamento no direito ao desenvolvimento e na solidariedade.

Através de um mudança estrutural em conjunto com a sociedade e o Estado, para “*a transformar la socialización de comportamientos y hábitos cotidianos normalizados en los que predomina el tratamiento del semejante (la empleadora y la empleada doméstica)*”²² (SÁNCHEZ RUBIO; CRUZ-

²¹ Pontua-se que os direitos humanos não podem ser confundidos com direitos de caridade e paternalismos de políticas públicas, pelo contraio, devem significar a promoção integral e sem hierarquização dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a finalidade de alcançar um nível integral nas dimensões sociais através da solidariedade e a igualdade (PIOVESAN, 2010).

²² “A transformar a socialização de comportamentos e hábitos cotidianos normalizados, no qual predomina o tratamento semelhante (a empregadora e a empregada doméstica)” (tradução livre).

ZÚÑIGA, 2018, p. 58), e interromper dinâmicas que geram a invisibilidade do sofrimento das trabalhadoras, “*desde una perspectiva más ampliada de derechos humanos, plantear que las políticas públicas de los estados desarrollen acciones para enfrentar en forma efectiva la explotación laboral, y aquella que se da en la esfera del trabajo doméstico*”²³ (SÁNCHEZ RUBIO; CRUZ-ZÚÑIGA, 2018, p. 59).

Nesse sentido inseri o direito ao desenvolvimento, o qual tem a finalidade de “melhoria qualitativa das condições de vida da população, pela transformação da economia” (ANJOS FILHO, 2013, p.20). O direito ao desenvolvimento é mais que normas; é um projeto social que “prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento” (FURTADO, 2000, p. 27).

Baseado no desenvolvimento, o Direito deve agir nas relações laborais no intuito de evitar um desequilíbrio desproporcional entre as partes, e para o poder econômico deixar de ter “um papel fundamental na organização da sociedade”, e assim seja diluída “as estruturas de poder concentrado” (VEIGA; GUTINIEKI, 2019, p. 174)

O desenvolvimento representa, então, algo muito maior do que a sobrevivência. Significa a concretização da “justiça social; bens materiais e o bem-estar humano; investimento social e o empoderamento das pessoas; atendimento das necessidades básicas e estabelecimento de redes de segurança; sustentabilidade ambiental” (OLIVEIRA, 2005, p.1).

Por isso, no âmbito dos direitos humanos trabalhista, é importante empoderar a classe das trabalhadoras domésticas. “A questão do *empowerment* da classe social envolve a questão de como a classe trabalhadora, através de suas próprias experiências, sua própria construção de cultura, se empenha na obtenção do poder político” (FREIRE; SHOR, 2008, p. 72.) Nesse sentido, é necessário que o direito ao desenvolvimento seja usufruído por todos da sociedade, em especial para as trabalhadoras domésticas, classe historicamente oprimida, devendo “estar relacionado sobretudo com a melhora da vida” (SEN, 2010, p. 29).

Ademais, o direito ao desenvolvimento abrange a dimensão da justiça social, que “inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação e saúde, alimentação, moradia, trabalho e destruição de renda” (PIOVESAN, 2010, p. 107). Por isso, não é admissível que num Estado Democrático de Direito, às trabalhadoras socialmente vulneráveis sejam destinadas trabalhos em situações

²³ “Desde uma perspectiva mais ampliada, de direitos humanos, sugerir que as políticas públicas dos estados desenvolvam ações para enfrentar de forma efetiva a exploração laboral, e aquela que se dá no âmbito doméstico” (tradução livre).

normalmente precárias. É necessário que, no trabalho doméstico, deixe de existir a precarização normalizada.

Infelizmente, na modernidade, houve uma ruptura da solidariedade,²⁴ num mecanismo em que se vive em um medo constante com os outros²⁵, dos quais não se espera nenhuma solidariedade. Nem mesmo esta é despertada quando os outros são vistos, a não ser por exceções de “solidariedade direcionada”, ou seja, àquela em “resposta a desastres particularmente horrendos” (BAUMAN, 2008, p. 92).

Ademais há uma exclusão de seres humanos que não conseguem se inserir na categoria cidadão-consumidor. Gera-se um círculo vicioso e ruptura do princípio da solidariedade entre os incluídos e excluídos diante do paradigma intransponível do capitalismo que passou a ser o mercado a ditar a competitividade, individualismo e efetividade na obtenção do máximo benefício (SÁNCHEZ, 2014).

Percebe-se que, nas relações trabalhistas entre empregadora e trabalhadora doméstica, houve a ruptura da solidariedade entre esse polo, que são compostos majoritariamente por mulheres, que estão submetidas, de modos diversos, ao patriarcalismo que afeta de forma mais drástica a parte empregada vulnerável. Deve-se romper esse ciclo de violências no trabalho doméstico, porque não é admissível que dentro de um Estado Democrático de Direitos exista um direito que é aplicado de forma diferente para categorias de pessoas, principalmente de forma discriminatória, à empregada socialmente desigual.

O caminho para a concretização dos direitos humanos, do trabalho decente e dignidade da trabalhadora doméstica é a implementação de políticas públicas que visem ao direito ao desenvolvimento integral e à melhoria de vida em todos os aspectos de mulheres vulneráveis, bem como restaurar a solidariedade entre os incluídos e excluídos, para que não ocorra mais o trabalho escravo contemporâneo dessa classe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na modernidade, os direitos humanos são colocados em xeque diante do não cumprimento das promessas de justiça, igualdade, dignidade humana e a manutenção das assimetrias de poderes sociais e discriminações que o seu discurso visa combater. Nesse

²⁴ Hanna Arendt analisa que o fruto da visão distorcida se deu na própria Revolução Francesa, já que foi introduzida através do lema da fraternidade nas revoluções do século XVII, onde em vez de representar a justiça para todos, representava a compaixão para diminuir o sofrimento dos infelizes e miseráveis²⁴ (ARENDDT, 2008, p. 15).

²⁵ “Aqui entendidos como estranhos, anônimos, os sem face com que cruzamos diariamente ou que giram em torno das grandes cidades” (BAUMAN, 2008, p. 92).

ponto, tem-se que a realidade das trabalhadoras domésticas no mundo contemporâneo ainda é um grande desafio para o alcance de um verdadeiro estágio de desenvolvimento.

Ocorre que apesar dos direitos humanos trazerem em seu conteúdo normativo uma visão aparentemente emancipadora, convive com uma realidade de exclusões e injustiças. Assim, as trabalhadoras domésticas são inferiorizadas e discriminadas através de práticas cotidianas, no âmbito laboral, de violência e invisibilidade, que podem chegar a configurar o trabalho escravo contemporâneo, agravada pela falta de medidas capazes de iniciar um processo de concretização de direitos e promoção do desenvolvimento amplo e integral do ser humano.

Essa debilidade cria um imaginário jurídico dos direitos humanos que aceita a distância entre o normatizado e o praticado, evidenciando que direitos são processos de luta e não uma inerência do ser humano.

No campo do direito do trabalho, essas questões são evidentes, pois a normativa de proteção ao trabalhador cujos antecedentes estão nos Estados de bem-estar social, a fim de proteger o trabalho livre e subordinado. No entanto, ao trabalho doméstico, a proteção sempre foi inferior e discriminatória. Esse setor só teve a equiparação integral aos trabalhadores urbanos em 2015.

Portanto, a precarização das relações de trabalho em um contexto de desigualdade estrutural conduz à submissão de trabalhadores à escravidão contemporânea das trabalhadoras domésticas. A divisão sexual do trabalho insere as mulheres no trabalho doméstico como principal grupo vulnerável ao passo que o fenômeno está atrelado à inserção de outras mulheres de classe média também no mercado de trabalho. Trabalhadoras domésticas, multiplamente vulneráveis interseccionalmente pelo gênero e classe social, sofrem práticas associadas ao trabalho penoso, estendido por longas horas ou outras violações de direitos ainda persistem e muitas vezes chegam a configurar o crime de trabalho escravo contemporâneo.

É necessária a atuação estatal, através de políticas públicas, promoção ao trabalho digno para assegurar a promoção do desenvolvimento integral com igualdade de gênero e social, e desenvolvimento da solidariedade, principalmente entre mulheres incluídas e mulheres excluídas, para que práticas de trabalho escravo contemporâneo de trabalhadoras domésticas não existam, nem sejam tolerados pelo Direito e pela sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ANAMATRA. **Trabalho escravo doméstico é tema de debate em Brasília.** Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26357-trabalho-escravo-domestico-e-tema-de-debate-em-brasilia>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- ÁVILA, F. Fronteiras dos Direitos Humanos: Abordagens sobre conceitos materiais e (In)Efetividade ante ao soberano Poder Estatal. In: Antonio Hilario Aguilera Urquiza. (Org.). **Fronteira dos Direitos Humanos: Direitos Humanos na Fronteira.** Campo Grande: UFMS, 2016.
- ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios.** Companhia de Bolso, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Das Insuficiências Do Discurso Dominante À Contribuição Latino-Americana Para A Afirmação Dos Direitos Humanos. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 313-331, julho/dezembro. 2013.
- BRAGAT, Fernanda Frizzo. **Discursos Desumanizantes e Violação Seletiva De Direitos Humanos Sob A Lógica Da Colonialidade.** In: vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, pp. 1806-1823 DOI: 10.12957/rqi.2016.21291. 2016.
- BRASIL ECONÔMICO. MPF denuncia patroa por submeter doméstica a trabalho escravo e ameaças de morte.** 14/05/2018. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2018-05-14/trabalho-escravo-empregada-domestica.html>. Acesso em: 23 mai. 2019.
- BERNARDINO-COSTA, J. **Coloniedade do poder e subalternidade: os sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil.** Revista Brasileira do Caribe, Goiânia, v. 7, n.14, p. 311-345. 2009.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução.** In: Direitos humanos e democracia inclusiva. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CRENSHAW, Kimberle. **Documento para o Encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 171-187. 2002.
- DIAS, P.; HERNANDEZ, J. Estudo de caso: a escravidão contemporânea nas relações de trabalho doméstico. In: SOUZA, A., et. al. **Trabalho Escravo Contemporâneo: Desafios e perspectivas.** São Paulo: Ltrs, p. 124-132. 2018.
- EMBERLY, J. **The bourgeois family, aboriginal women, and colonial governance: a study infeminist historical and cultural materialism.** Signs, Chicago, v. 27, n. I, p. 59-85. 2001.
- ESTEVES, P. **Cordialidade e familismo amoral: os dilemas da modernização.** **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** v. 13, p. 109-120. São Paulo, 1998.
- FREYRE, G. **Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** 51 ed. São Paulo: Global, 2004.
- FREIRE, Paulo.; SHOR, Ira. **Medo e ousadia: O cotidiano do Professor.** São Paulo: Paz e Terra Educação, 2008.
- FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico estrutural.** 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GÁLVEZ, L. Mujeres y crisis: un análisis feminista de la gran recesión y el austericidio. En C. Carrasco (ed.), **Con Voz Propia. La economía feminista como apuesta teórica y política.** Madrid: Los libros de Viento Sur, 2014.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **La complejidad de los derechos humanos. Bases**

teóricas para una definición crítica. Red Internacional de Estudios Interculturales. Disponível em: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/libros/la-complejidad-de-los-derechos-humanos-bases-teoricas-para-una-definicion-critica/>. Acesso em: 02 mai. 2019.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoría crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La Reinención de los Derechos Humanos.** Sevilla: Atrapasueños, 2008.

HIRATA, H.; KERGOAT, D. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho.** Cadernos de Pesquisa, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

KANT, Immanuel. **La Metafísica de las Costumbres.** Trad. de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 3º Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil.** São Paulo: LTr, 2008.

PERROT, M. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Domestic workers across the world:** global and regional statistics and the extent of legal protection / International Labour Office. Geneva: ILO, 2013. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_173363.pdf. Acesso em: 25 mai. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: Desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia.; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento.** P. 95-114. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: De Emancipações, libertações e Dominações.** Porto Alegre: Livro do Advogado, 2014.

SÁNCHEZ RUBIO, David; CRUZ-ZUÑIGA, Pilar. Desigualdades, Asimetrías Y Explotación En El Trabajo Doméstico: un atentado contra la libertad y la dignidad humanas en América Latina. In: **Revista Sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas.** v.2, n.3, ago./dez. Brasília, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Souza.; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.** p 41-133. São Paulo: Cortez, 2013.

SPOSATO, Karyna Batista.; SOBRINHO, Eduardo de Abreu Lima. A Nova Hermenêutica Constitucional como Genuína Hermenêutica de Direitos Humanos. **Interfaces Científicas – Direito.** v.2. n.3. Jun. p. 67- 77 Aracaju, 2014.

VEIGA, Fábio da Silva; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. **Estruturalismo, Desenvolvimento e Legislação Comercial.** In: vol. 02, nº. 55, Curitiba, 2019. pp. 157 – 176. DOI: 10.6084/m9.figshare.8204666. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3389/371371825>. Acesso em: 27 set. 2019.

NOVAS FACETAS DA EXPLORAÇÃO E PRECARIZAÇÃO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DA FORÇA DE TRABALHO IMIGRANTE IBERO- AMERICANA COMO PARTE DA SUPERPOPULAÇÃO RELATIVA

Anderson Candeia Porto¹

Jailton Macena de Araújo²

RESUMO: A exploração da classe trabalhadora sempre foi um aspecto inerente ao modo de produção capitalista, de modo que vem redefinindo-se junto com o próprio modelo produtivo desde o surgimento deste. Tendo em vista essa realidade, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um extenso rol de direitos trabalhistas fundamentais, de forma que o trabalhador, enquanto hipossuficiente na relação laboral em que figura, pudesse ter sua dignidade humana melhor garantida. Isso porque a precarização dessa classe é uma consequência inevitável da exploração. Tal precarização, enquanto consequência da exploração, é um fenômeno que Karl Marx e Friedrich Engels apontaram estar associado à expansão da chamada superpopulação relativa, formada, a grosso modo, pela força excedente de trabalho, o que permite que os níveis de exploração, bem como de precarização da classe trabalhadora sejam intensificados. Com isso, os direitos fundamentais dos trabalhadores acabam sendo cada vez mais restringidos. A essa evidência, questiona-se se é possível reconhecer a dignidade do trabalho diante de uma nova configuração laboral que explora a superpopulação relativa global, imigrante e, muitas vezes, destituída de direitos. Para tanto, pretende-se, através da abordagem metodológica materialista histórico-dialética, avaliar como os mecanismos de exploração do trabalho se colocam sob uma nova morfologia diante das transformações globais quanto aos movimentos humanos. Atualmente, com a intensa circulação de fluxos migratórios ao redor do globo, tem-se que boa parte dessa superpopulação relativa é formada justamente por uma força de trabalho imigrante, que aumenta o que Ricardo Antunes (2018, p. 66) chama de “exército de força sobrança global de trabalho”. Nesse contexto, encontram-se inseridos, mais especificamente, os trabalhadores imigrantes ibero-americanos, que, ao se deslocarem em busca de melhores oportunidades laborais adentram também, mais ainda, em meio a mecanismos de exploração, intensificação e precarização do trabalho. Assim, propõe-se a analisar algumas das especificidades dessa conjuntura, dando enfoque, principalmente, à perspectiva de minoração dos direitos fundamentais de trabalhadores ibero-americanos, a partir da sua inserção nesta faceta da exploração capitalista.

Palavras-chave: Imigração ibero-americana; Precarização trabalhista; Superpopulação relativa.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, andersoncandeia@gmail.com;

² Professor Doutor da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, jailtonma@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Os fluxos migratórios são uma questão de extrema relevância para as sociedades contemporâneas, especialmente diante do contexto de globalização e intensificação das translocações, dado o encurtamento de tempo e espaço provocado pelo desenvolvimento dos meios de transporte e comunicações.

Ao longo da história, as migrações internacionais estiveram estreitamente relacionadas com o desenvolvimento dos países ibero-americanos, refletindo até hoje desequilíbrios econômicos, sociais e políticos existentes entre países e regiões. Esses movimentos constituíram uma força de mudança que se repercute tanto nas sociedades de origem como nas de destino.

Por isso, a migração internacional e a sua relação com o desemprego e com os direitos humanos constituem, pelas suas implicações e potencialidades, um assunto central na agenda política e de cooperação ibero-americana. Boa parte do significado profundo da noção de comunidade que distingue o âmbito ibero-americano no concerto global é fruto desse histórico trânsito humano.

Encarando esse cenário sob uma perspectiva materialista histórico-dialética, tem-se que, na contemporaneidade, a migração é o resultado de modificações que ocorrem na composição orgânica do capital, relacionando-se, ainda, com o desenvolvimento desigual das forças produtivas e com o processo de expansão do capital e de expropriação dos meios de reprodução da força de trabalho.

Nesse sentido, esse enorme contingente populacional imigrante, que busca melhores condições de vida e trabalho, acaba integrando a chamada “superpopulação relativa”, que será melhor detalhada mais à frente. Conseqüentemente, a força de trabalho imigrante acaba sujeita a mecanismos ainda mais intensos de exploração e precarização laboral, como evidenciado pela própria realidade dessas pessoas.

No que se refere à preocupação principal deste artigo, importa analisar a forma como o capitalismo cria e aprofunda a superpopulação relativa, ressaltando suas novas dimensões e configurações, notadamente com relação à massa laboral imigrante ibero-americana. Cumpre examinar, ainda, como o fato de fazer parte dessa superpopulação relativa implica diretamente na minoração dos direitos fundamentais do trabalhador, dada a intensificação dos processos de exploração e desumanização.

METODOLOGIA

Para a produção do presente trabalho, foi adotada a metodologia de pesquisa exploratória, na qual se procurou realizar um maior levantamento de informações sobre o assunto, correlacionando diferentes dados de modo a atender aos objetivos propostos.

No entender de Prodanov e Freitas, esse tipo de pesquisa tem a vantagem de “facilitar a delimitação do tema da pesquisa, orientar a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses ou descobrir um novo tipo de enfoque para o assunto” (PRODANOV; DE FREITAS, 2013, p. 51-52), o que está dentro da intenção a que esse trabalho se propõe.

Ainda, adota-se na abordagem crítica a perspectiva materialista histórico-dialética, fundada na avaliação dos processos históricos e nos fatores econômicos que reproduzem, nas frentes de resistência e luta, a exploração dos trabalhadores, especificamente, no contexto hodierno de migrações.

DESENVOLVIMENTO

1. Capitalismo e superpopulação relativa

Em *O capital*, sua clássica obra, Karl Marx (1996, p. 270) faz uma análise – de modo complexo, cuja pormenorização não cabe a este trabalho – de como o modo capitalista de produção é também uma forma de produzir a chamada “superpopulação relativa”, que é composta, segundo o próprio autor, por todo trabalhador que está desempregado, parcialmente³ ou inteiramente (MARX, 1996, p. 270).

Para Marx, a lei que rege o sistema capitalista é a da produção de mais-valia, de modo que, uma vez que a força de trabalho capaz de produzir essa mais-valia é aquela não paga, expropriada dos trabalhadores, o aumento do capital global, em meio a sua dinâmica de expansão e autovalorização, é acompanhado pelo crescimento da população, com o consequente aumento dos trabalhadores adicionais, que não são incorporados ao processo de produção e passam a integrar a superpopulação relativa.

A existência de uma superpopulação relativa – também chamada de “exército industrial de reserva” – está diretamente associada à intensificação da exploração sobre a

³ Atualmente, no contexto brasileiro, fala-se em “desemprego parcial” quando um trabalhador exerce determinada atividade a tempo parcial e recebe, como remuneração, valor inferior ao montante pago pelo subsídio de desemprego, ou exerce atividade profissional independente e aufer, como rendimento anual, valor inferior ao montante pago pelo subsídio do desemprego.

classe trabalhadora, em termos de extensão da jornada de trabalho, minoração de salários, redução de direitos, e assim por diante. Nas palavras do próprio Marx:

[a superpopulação relativa] constitui parte do exército ativo de trabalhadores, mas com ocupação completamente irregular. Ela proporciona, assim, ao capital, um reservatório inesgotável de força de trabalho disponível. Sua condição de vida cai abaixo do nível normal médio da classe trabalhadora, e exatamente isso faz dela uma base ampla para certos ramos de exploração do capital. É caracterizada pelo **máximo de tempo de serviço** e **mínimo de salário**. (MARX, 1996, p. 272) (grifos nossos)

Isso acontece porque essa enorme massa de trabalhadores desempregados está sempre “disponível” para ser explorada, o que gera concorrência e uma consequente pressão sobre os trabalhadores empregados, fazendo com que os mecanismos de aumento da produtividade possam sempre incidir mais livremente sobre eles, uma vez que sempre haverá um contingente de superpopulação relativa livre para ocupar seus postos de trabalho.

Dessa forma:

O próprio mecanismo do processo de acumulação multiplica, com o capital, a massa dos “pobres laboriosos”, isto é, dos assalariados, que transformam sua força de trabalho em crescente força de valorização do capital crescente e, por isso mesmo, precisam perpetuar sua relação de dependência para com seu próprio produto, personificado no capitalista. (MARX, 1996, p.248)

Com toda essa insegurança criada para os trabalhadores devido à existência de um exército sobrando de força laboral, é válido reforçar que, como já mencionado, a superpopulação relativa permite, ainda, um maior controle por parte dos detentores dos meios de produção sobre os salários (no sentido de diminuí-los, obviamente). Nesse sentido, “os movimentos gerais do salário são exclusivamente regulados pela expansão e contratação do exército industrial de reserva, que correspondem à mudança periódica do ciclo industrial” (MARX, 1996, p. 267).

É importante ressaltar que Marx, ao propor a análise que fundamenta a existência e o impacto da categoria “superpopulação relativa”, faz isso a partir da experiência do capitalismo industrial inglês. A difusão do capitalismo industrial a nível internacional, porém, trouxe modificações para a organização da sociedade capitalista, de modo que novas particularidades acabaram surgindo. Assim, a própria formatação do mercado de trabalho apresenta novas especificidades, inclusive no que diz respeito à formação do exército industrial de reserva.

Isto posto, Ricardo Antunes (2018, p. 66) aponta que hoje, dados os intensos fluxos globais, a força de trabalho imigrante constitui uma relevante parcela da superpopulação relativa – ou, como ele chama, o exército de força sobrança global de trabalho –, de modo que os mecanismos de exploração e precarização da classe trabalhadora intensificam-se exponencialmente em dimensões globais.

2. Força de trabalho imigrante e superexploração trabalhista

Karl Marx, nos contornos e limites de seu tempo histórico, já afirmava, com relação à superpopulação relativa, que “uma parte dela emigra e, na realidade, não faz mais do que seguir os passos do capital emigrante” (MARX, 1996, p. 716), de modo que à época já era possível perceber como as migrações constituem um traço do desenvolvimento capitalista.

Assim, “a dinâmica da migração surge como uma forma social advinda do capital, e é neste sentido que devemos compreendê-la, se quisermos ultrapassar as barreiras da aparência e desvendarmos a essência de sua existência” (MOREIRA; SABADINI, 2011, p. 08).

É nesse sentido que Ricardo Antunes aponta como os trabalhadores imigrantes, enquanto inseridos na superpopulação relativa, nos fornecem um relevante retrato das tendências atuais de precarização e informalização da classe trabalhadora.

Tratando especificamente do espaço ibero-americano, uma das principais características da mobilidade laboral nessa região é a multipolaridade dos fluxos, ou seja, os fluxos migratórios dirigem-se para diferentes polos, independentemente destes serem considerados países “desenvolvidos” ou “em vias de desenvolvimento”. É o que aponta o relatório do I Seminário Ibero-Americano sobre Migração e Desenvolvimento: A Mobilidade Laboral na Ibero-América, realizado pela Organização Internacional de Migração (OIM), em 2013.

O relatório aponta, ainda, que a partir da crise econômico-financeira de 2008-2009, as principais tendências de deslocamento observadas são: a) a diminuição dos fluxos migratórios da América Latina para a Europa, assim como a estabilidade e o não regresso massivo de migrantes latino-americanos da Europa para os seus países de origem; b) o incentivo ao regresso voluntário na Europa e c) o aumento dos fluxos migratórios procedentes da Europa para a América Latina.

É evidente, então, que os países ibero-americanos, como a maioria dos países do mundo, são simultaneamente centros emissores e receptores de fluxos migratórios que

convergem em vários sistemas migratórios em torno de diferentes polos. Falando estritamente no que concerne aos trabalhadores imigrantes, porém, a fragilidade das políticas de migração acaba deixando-os ainda mais sujeitos a mecanismos de superexploração e precarização trabalhista.

Como evidenciado pelo estudo *Migración y Desarrollo em Iberoamérica*, concluído pelo *Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo* (OBIMID) e pelo *Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones* (IUEM) em 2017, a maioria dos imigrantes ibero-americanos acabam conseguindo – quando conseguem! – apenas *low-skilled jobs*, trabalhos de renda muito baixa, geralmente ocasionais ou temporários e que não garantem acesso aos direitos sociais e trabalhistas básicos. O estudo aponta também que o progresso desses trabalhadores para *midde-* ou *high-skilled jobs* é ínfimo, de modo que esses imigrantes adentram em uma realidade precária e dificilmente encontram possibilidade de sair dela.

Entre as principais barreiras encontradas por essas pessoas, estão a falta de habilidade ou experiência para empregos mais qualificados, as suas qualificações não reconhecidas, a dificuldade de lidar com os mercados de trabalho locais (incluindo pouca informação acerca dos empregos e até mesmo dificuldade em como apresentar-se para eles) e os obstáculos formais ou informais para conseguir postos de trabalho.

Com isso:

O trabalhador imigrante encontra, então, em indústrias, construtoras, supermercados, distribuidoras de hortifrutícolas, na agricultura, em hotéis, restaurantes, hospitais, empresas de limpeza etc., seus espaços principais de trabalho, recebendo os salários sempre mais depauperados (ANTUNES, 2018, p. 84).

É nesse sentido que Pietro Basso reflete o contexto migracional europeu, ao tratar do exemplo de trabalhadores imigrantes de hortifrutícolas na Itália (um dos principais destinos dos imigrantes ibero-americanos), que descarregam caixas de frutas e verduras pelo pagamento de 2,5 euros por hora, o equivalente ao custo de um quilo de pão de baixa qualidade.

Valter Zanin e Giulio Mattiazz (2011, p. 09) aduzem, ainda, ao analisar a presença de imigrantes ibero-americanos na Europa, que os trabalhadores imigrantes na Alemanha pagam cerca de 17% de todas as contribuições para pensões de segurança social (quando apenas constituem cerca de 5% da população), mas em troca apenas recebem cerca de 0,5% do montante total.

Novas Facetas Da Exploração E Precarização Trabalhista: Uma Análise Da Força De Trabalho Imigrante Ibero-Americana Como Parte Da Superpopulação Relativa

Essas jornadas de trabalho superexploradas também convivem, geralmente, com horários mais desfavoráveis, como jornadas noturnas e nos finais de semana, e com o não pagamento dos encargos trabalhistas e sociais:

O estatuto político inferiorizante e a fraca qualificação dos imigrados permitem às empresas explorá-los ao máximo (salários baixos, horários frequentemente prolongados, ritmo de trabalho muito intenso). Mas a sua forte taxa de mobilidade traz igualmente aos capitalistas economias apreciáveis sobre as massas salariais: a rápida rotação de trabalhadores imigrados suprime todas as regalias de antiguidade e permite manter uma fraca taxa salarial. **Do mesmo modo, os trabalhadores imigrados, que têm uma taxa de atividade superior à média, contribuem para instituições sociais de que só raramente se beneficiam (doença, desemprego, velhice)** (GAUDEMAR, 1977, p. 27). (grifo nosso)

Além disso, a precarização da força de trabalho imigrante junta-se a menores possibilidades de representação fiscal por parte dessa classe de trabalhadores:

Os trabalhadores imigrantes **também não dispõem dos mesmos direitos sindicais, nem de um modo geral do direito de associação e de expressão cultural própria.** Esta discriminação social e política que se encontra em todos os aspectos da vida dos imigrados (trabalho, alojamento, saúde, tempos livres...) implica grandes dificuldades para a organização e luta dos trabalhadores imigrados, mesmo para os seus direitos elementares, para escaparem à sua condição de novos escravos... (GAUDEMAR, 1977, p. 28). (grifo nosso)

Apesar disso, por mais paradoxal que pareça, Pietro Basso afirma que essa classe é:

[...] [um] dos fatores de transformação mais potentes da sociedade europeia para a superação das decadentes hierarquias e fronteiras entre nações e povos [...]. [São] um sujeito coletivo portador de uma necessidade de emancipação social, porque já com a “aventura”, cada vez mais perigosa e custosa, de emigrar do próprio país, eles recusam o “destino” de uma existência limitada à mera sobrevivência; e porque, uma vez aqui, não podem aceitar passivamente a condição de inferioridade jurídica, material, social, cultural que os aguarda (BASSO, 2010, p. 06).

Nessa linha, cita o exemplo dos trabalhadores imigrantes na Itália, que, de início, só buscavam o sindicato para fins assistenciais, porém, com o passar do tempo – e com o aprofundamento das formas de intensificação da exploração do trabalho, vale salientar – passaram a participar mais das atividades sindicais propriamente ditas, desenvolvendo um senso de representação dos trabalhadores italianos.

Relevante também é o movimento dos Precários Inflexíveis, eclodido em Portugal, que escancarou o descontentamento de imigrantes-trabalhadores, jovens sem trabalho, trabalhadores intermitentes, dentre outros grupos, com seu trabalho precarizado. Em seu “Manifesto”, esse movimento afirma:

Somos precários no emprego e na vida. Trabalhamos sem contrato ou com contratos de prazos muito curtos. Trabalho temporário, incerto e sem garantias. Somos operadores de call-center, estagiários, desempregados, trabalhadores a recibos verdes, imigrantes, intermitentes, estudantes-trabalhadores... [...] Não temos férias, não podemos engravidar nem ficar doentes. Direito à greve, nem por sombras. [...] Estamos na sombra, mas não calados. Não deixaremos de lutar, ao lado de quem trabalha em Portugal ou longe daqui, por direitos fundamentais. Essa luta não é só de números, entre sindicatos e governos. É a luta de trabalhadores e pessoas como nós. Coisas que os “números” ignorarão sempre. Nós não cabemos nesses números. Não deixaremos as condições a que nos remetem serem esquecidas. E, com a mesma força com que nos atacam os patrões, respondemos e reinventamos a luta. Afinal, somos muito mais do que eles. Precários, sim, mas inflexíveis.

De qualquer forma, a inserção desses trabalhadores enquanto superpopulação relativa, com a conseqüente precarização de suas condições de trabalho, desafiam o sindicalismo. A precariedade e a superexploração acentuam brutalmente a desigualdade na relação laboral, fragilizando os vínculos de trabalho e, conseqüentemente, os vínculos de associação para representação sindical. É preciso, portanto, para além de uma ampla movimentação do campo sindical combativo, a estruturação de políticas de integração efetivas para os trabalhadores imigrantes.

3. Perspectivas de integração

Apesar de alguns dos países já terem feito investimentos significativos em políticas de integração no mercado de trabalho na última década, não existe solução rápida para a estagnação de imigrantes no desemprego ou em trabalhos de baixa qualificação. Como já exposto, os trabalhadores imigrantes, em geral, lutam para ganhar uma posição segura no mercado de trabalho, ficando, geralmente, restritos a atividades de baixa qualificação e péssimas condições laborais. Enquanto isso, imigrantes qualificados são “desperdiçados” devido ao não reconhecimento de suas qualificações, por terem sido adquiridas no exterior.

Nesse sentido, o estudo *Migración y Desarrollo em Iberoamérica*, já citado, elenca algumas medidas que podem gradualmente fortalecer a coerência entre as políticas de migração e de emprego, rendendo benefícios aos trabalhadores migrantes, aos empregadores e ao mercado de trabalho.

Novas Facetas Da Exploração E Precarização Trabalhista: Uma Análise Da Força De Trabalho Imigrante Ibero-Americana Como Parte Da Superpopulação Relativa

Entre essas medidas, sugere-se, por exemplo, financiar parcerias entre empresas (na verdade, empregadores de modo geral) e instituições de treinamento, de modo a fornecer uma assistência especial aos imigrantes, que inclua o ensino do idioma e programas de aprimoramento profissional. Outra providência seria que, no caso dos jovens imigrantes que ainda estivessem frequentando o ambiente escolar, estes tivessem acesso a cursos que combinassem competências vocacionais, de idioma, alfabetização e habilidades digitais.

O estudo destaca, porém, que uma parte importante da complexa integração no mercado de trabalho é melhorar a coesão das políticas em si, promovendo objetivos comuns, responsabilidade mútua pelos resultados da integração e compartilhamento de informações.

Vale salientar que no presente ano (2019) foi realizado, em Madrid, o evento “O Pacto Mundial sobre Migrações e suas oportunidades para a Ibero-América”, no que se debateu sobre a necessidade de que a migração, em todo o mundo, seja ordenada, segura e regulada dentro do marco da lei. A partir de iniciativas como essa, procura-se trilhar novas perspectivas para os trabalhadores imigrantes ibero-americanos.

Nesse sentido, é pertinente fazer menção, também, à fala da ex-Ministra belga Joëlle Milquet – que foi Ministra do Trabalho e da Igualdade de Chances na Bélgica e comandou a política migratória de seu país – em palestra realizada na Fundação Fernando Henrique Cardoso, em 2016:

As migrações fazem parte da história da humanidade. Não houve nenhuma civilização que tenha se desenvolvido plenamente sem essa troca cultural, a começar pela própria Europa. Imaginar que uma sociedade possa permanecer homogênea indefinidamente é uma ilusão, embora boa parte da população ainda pense assim. [...] Em vez de nos transformarmos em uma Europa egoísta, cerrada como uma fortaleza, é preciso exercer um papel político e diplomático mais eficiente e trabalhar de forma preventiva na origem dos deslocamentos de pessoas. [...] É preciso ousar com argumentos econômicos sobre a necessidade de nos abirmos para os imigrantes, pois os efeitos a médio e longo prazo serão benéficos para o dinamismo da economia, a arrecadação de impostos e o sistema previdenciário.

Na verdade, o que se depreende é a conclamação à superação das facetas de exploração e precarização do trabalho e da humanidade dos imigrantes. É preciso reconhecer que a garantia de dignidade pelo trabalho, como parte de um processo humanitário, é o único elemento capaz de gerar a superação das crises que se instalaram no globo, revitalizando o ideal solidário e protetivo, especialmente atrelado aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica claro, portanto, que o processo migratório possui profunda conexão com o sistema capitalista, de modo que, no constante processo de ampliação deste, a superpopulação relativa, a qual os trabalhadores imigrantes integram largamente nos dias atuais, exerce um importante papel para a acumulação do capital.

Isso implica, entretanto, uma vinculação dessa força de trabalho imigrante a mecanismos de superexploração, precarização e informalidade, com a conseqüente minoração de seus direitos e até mesmo a redução dessas pessoas a uma condição política subalterna.

É preciso, então, que, em contrapartida a essas relações de trabalho permeadas por contradições presentes na valorização do capital, políticas de integração mais efetivas e baseadas em valores democráticos e humanistas possam fornecer perspectivas de vida e trabalho mais dignas e justas a essas pessoas.

Assim, é possível afirmar que apenas é possível superar a exploração e a precarização do trabalho e da humanidade dos imigrantes com a garantia de dignidade pelo trabalho, como parte de um processo humanitário, que revitalize os valores da solidariedade e direitos humanos como um todo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital**. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BASSO, Pietro. **L'immigrazione in Europa: caratteristiche e prospettive**. Veneza: Cafoscarina, 2010.

FUNDAÇÃO FHC. **A integração dos imigrantes na Europa: desafios e oportunidades**. 2017. Disponível em: <https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/a-integra%C3%A7%C3%A3o-dos-imigrantes-na-europa-desafios-e-oportunidades-78c04ffb688b>. Acesso em set. 2019.

GAUDEMAR, Jean-Paul. **Mobilidade do Trabalho e Acumulação de Capital**. Lisboa: Editorial Estampa, 1977.

MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. **Migração Internacional e remessas de migrantes: elementos para uma análise marxista**. 2011. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/gepec/article/view/6294/4804>. Acesso em set. 2019.

MARX, Karl. **O Capital**, livro I, tomo 2. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MOREIRA, Renata Couto; SABADINI, Maurício de Souza. **Migração e trabalho recente no Brasil**. 2011. Disponível em: <https://www.sep.org.br/mostrar.php?url=16/2155-migracao-e-trabalho-no-brasil-recente.pdf>. Acesso em set. 2019.

OBSERVATORIO IBEROAMERICANO SOBRE MOVILIDAD HUMANA, MIGRACIONES Y DESARROLLO; INSTITUTO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS SOBRE MIGRACIONES. **Migración y Desarrollo em Iberoamérica**. 2017. Disponível

Novas Facetas Da Exploração E Precarização Trabalhista: Uma Análise Da Força De Trabalho Imigrante Ibero-Americana Como Parte Da Superpopulação Relativa

em: https://www.segib.org/wp-content/uploads/GLOBAL-OBIMID-OIM-REPORT-2018_.pdf. Acesso em set. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE MIGRAÇÃO. **I Seminário Ibero-Americano sobre Migração e Desenvolvimento: A Mobilidade Laboral na Ibero-América.** [S. l.], 2013. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/migracion-PT.pdf>. Acesso em set. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; DE FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico.** 2ª. ed. Rio Grande do Sul: Feevale, 2013.

RAMALHO, Claudilene da Costa. **A lei geral da acumulação capitalista e a superpopulação relativa: repensando as relações de trabalho dos migrantes temporários.** 2013. Disponível em: http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/v3_claudilene_GIII.pdf. Acesso em set. 2019.

SECRETARIA GERAL IBERO-AMERICANA. **Ibero-América aposta por uma migração ordenada, segura e regulada.** [S. l.], 1 abr. 2019. Disponível em: <https://www.segib.org/pt-br/iberoamerica-apuesta-por-una-migracion-ordenada-segura-y-regulada/>. Acesso em set. 2019.

ZANIN, Valter; MATTIAZZI, Giulio. **Migrazione, Lavoro, Impresa: Tra America Latina ed Europa.** Torino: Harmattan, 2011.

O AUMENTO DA PARTICIPAÇÃO DAS INSURTECHS NO AMBIENTE COTIDIANO EMPRESARIAL E A IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA EM MATÉRIA SECURITÁRIA

Fernando Hatada¹

Thaís Cíntia Cárnio²

RESUMO: O presente estudo tem por escopo analisar aspectos relacionados às questões regulatórias envolvendo umas das mais relevantes áreas impactadas pelas constantes inovações tecnológicas: a atividade securitária. Cada dia mais direcionadas para o incremento de seus processos internos valendo-se de mecanismos inovadores, as seguradoras especialmente voltadas para essas novas ferramentas enfrentam o desafio de inserção em um mercado altamente regulado e tradicional, porém carente de fornecedores que ofereçam produtos que correspondam mais adequadamente às expectativas do consumidor securitário. Pela aproximação desse nicho empresarial com plataformas inovadoras, tais companhias têm sido denominadas de *Insurtech*, que corresponde à contratação das palavras “seguro” e “tecnologia” na língua inglesa (*Insure e Technology*). Esse setor é especialmente sensível, pois o aumento da violência *urbana* tem evocado cada dia mais a celebração de contratos de seguro objetivando a proteção patrimonial ou a manutenção financeira de dependentes em caso de incapacidades temporárias, definitivas ou falecimento do principal responsável pelo equilíbrio econômico da célula familiar. Assim, a busca por segurança implica na destinação de recursos de pessoas físicas e jurídicas para a contratação de cobertura securitária para diversos tipos de sinistro. Ainda que a personalização dos seguros oferecida pelas *Insurtech's* seja bastante atraente, é fundamental para todos aqueles que direcionam suas poupanças para as seguradoras tenham o conforto jurídico de saber que se tratam de empresas reguladas e devidamente fiscalizadas. Companhias sujeitas a regras de governança. Esse será um dos aspectos abordados nesta análise, que considerará a forma como essa temática tem sido abordada no ambiente ibero-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Insurtech – Evolução – Governança – Seguro – Inovação

INTRODUÇÃO

A falta de sensibilidade das empresas tradicionais de seguros para se adaptar aos anseios de consumidores cada dia mais voltados para produtos exclusivos, aliada às constantes alterações trazidas pela Revolução 4.0,³ ensejaram o surgimento de novas empresas com plataformas calcadas em alta tecnologia: as *Insurtechs*.

¹ Mestrando em Administração de empresas, bacharel em Direito e Sistemas de Informação pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Product Manager da Youse - Caixa Seguradora. E-mail: fehatada@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. E-mail: thais.carnio@gmail.com

³ A primeira revolução industrial focou-se na evolução de máquinas e equipamentos; a segunda, ampliou e aperfeiçoou o processo produtivo com o uso da energia elétrica; a revolução digital marcou-se pelo uso cada vez mais intenso da tecnologia na indústria; enquanto a Revolução 4.0 busca fundir o mundo físico, digital

O Aumento da Participação das Insurtechs no Ambiente Cotidiano Empresarial e a Importância da Governança em Matéria Securitária

Essas companhias destacam-se pela rapidez de acesso do consumidor e oferecimento de soluções mais baratas e amoldadas às expectativas de seus potenciais segurados. Para isso, valem-se de informações colhidas nas mais diversas origens (redes sociais, cadastros de supermercados, serviços on-line das mais diversas naturezas e afins) e, por intermédio da estruturação organizada desses dados pela inteligência artificial, consegue precisar os desejos desse exigente mercado.

A expansão ocorre de maneira tão vertiginosa, que há bancos de fomento, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES,⁴ com linhas especialmente criadas para o fomento das chamadas *startups*, empresas que estão no início de suas atividades e buscam desenvolver novos serviços ou métodos inovadores para outros já existentes, como é o caso dos seguros. Essa possibilidade de acesso a investimentos em capital potencializam a proliferação desses empreendedores.

Em que pese essa tendência, a atividade securitária continua necessitando de minuciosos gerenciamentos de risco, dada sua importância sistêmica e a imprescindibilidade de manter a confiança daqueles que contratam essa modalidade de proteção para mitigar efeitos adversos de evento futuros e incertos.

Nesse sentido, sejam seguradoras que operam em formato tradicionais de oferta de produtos, sejam *Insurtechs*, é fundamental a observância de certos procedimentos que têm por escopo a preservação da atividade e integridade financeira dessas empresas, conforme será abordado adiante.

1. Governança em matéria securitária

Várias são os meios de preservar a capacidade operacional e financeira das seguradoras, o que resulta tanto na proteção de seus segurados, como na salvaguarda de sua imagem institucional. A seguir, serão abordados alguns deles.

e tecnológico, valendo-se, dentre outros mecanismos, da estruturação de grandes volumes de dados de maneira que possam auxiliar empresários em suas decisões estratégicas (DUARTE, Fábio. **Arquitetura e Tecnologias de Informação: Da revolução industrial à revolução digital**. São Paulo: Fapesp Editora da Unicamp, 1999. p. 36).

⁴ Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. **BNDES garagem – Apoio ao desenvolvimento de startups**. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/inovacao/bndes-garagem/lut/p/z1/04_iUIDg4tKPAFJABpSA0fpReYllmemJJZn5eYk5-hH6kVFm8T6W3q4eJv4GPv4-7uYGjj7u_p7BwQEGJk5m-l5gjQj9IBPw64iA6oAqh1P6kUZFvs6-6fpRBYklGqbZcWn5-hFJeSmpxbrpiUWJ6am5-gXZUZE62XLAQ!!/ Acesso em 30 Ago 2019.

1.1. Tipo societário e autorizações

As seguradoras devem ser constituídas na forma de sociedade anônima e seu funcionamento depende de prévia e expressa autorização do Governo Federal por intermédio do Ministério da Fazenda.⁵

As sociedades anônimas apresentam um arcabouço regulatório muito mais rigoroso do que outros tipos societários, além de ter como principal característica a impessoalidade, ou seja, o que apresenta papel preponderante é o capital que a constitui, e não os membros que a integram.

A solicitação para operar, antes de ser submetida à apreciação do Ministério acima mencionado, deve ser analisada e autorizada pela Superintendência de Seguros Privados e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados.

Ademais, esse Conselho também é responsável pela determinação dos chamados limites de operação dessas empresas, que trata da responsabilidade que pode ser assumida pela sociedade seguradora em cada risco isolado, em todos os ramos em que opera, de forma detalhada.⁶

Tais limites são apurados semestralmente, com base nos ativos líquidos de 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, vigorando a partir de 1º de outubro do mesmo ano e 1º de abril do ano seguinte. Esses valores são fiscalizados pela Superintendência de Seguros Privados e visam estabelecer os parâmetros para que a operação seja realizada de forma financeiramente consistente.

Daí a relevância de capitais mínimos e percentuais adequados ao risco, pois existe relação direta desses montantes com a capacidade de pagamentos de indenizações e capitais segurados.

1.2 *Compliance* e ISSO 19600

A palavra inglesa *compliance*, proveniente do verbo *to comply*, significa cumprir, satisfazer o que lhe foi imposto. Assim, as áreas de *Compliance* formadas tem como objetivo verificar se as atividades institucionais estão em conformidade com os normativos aplicáveis, incluindo, mas não se limitando às disposições dos atos constitutivos da companhia, políticas internas e normas aplicáveis.

⁵ BRASIL, República Federativa do. **Decreto-Lei n. 2.063/1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del2063.htm Acesso em 30 Ago 2019.

⁶ BRASIL, República Federativa do. **Decreto-Lei n. 73/1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm Acesso em 30 Ago 2019; e SUSEP - Superintendência e Seguros Privados. **Resolução CNSP n. 08/87**. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=17516> Acesso em 30 Ago 2019.

O Aumento da Participação das Insurtechs no Ambiente Cotidiano Empresarial e a Importância da Governança em Matéria Securitária

A Circular Susep nº 234/03 dispõe que caberá ao diretor administrativo-financeiro, a supervisão das atividades administrativas e econômico-financeiras, abarcando a observância de toda a legislação societária, bem aquela aplicável à consecução dos objetivos sociais da empresa.⁷

Em 2012, a Austrália propôs à **International Organization for Standardization - ISO**, uma organização que tem por escopo promover a normatização de produtos e serviços, para aprimorar sua qualidade, o desenvolvimento de uma norma para programas de conformidade, nos moldes da norma australiana AS 8306.

A ISO aceitou a sugestão e criou uma comissão para análise da a Norma ISO/PC 271 – “Gerenciamento de Conformidade”, que veio a ser a norma ISO 19600 – *Standard for Compliance Management*. Trata-se de parâmetros e orientações para o estabelecimento, desenvolvimento, implementação, avaliação, manutenção e melhoria do sistema de gestão de *compliance*.⁸

Objetivando auxiliar as empresas brasileiras a implementar adequadamente setores dessa natureza dentro de seus organogramas, a Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT publicou em português a ISO 19600.⁹

De acordo com essa norma de certificação, o *compliance* “visa rever, detectar e sanar todo e qualquer desvio ou não cumprimento que ocorra”.¹⁰

O principal método proposto refere-se ao estabelecimento do modelo PDCA (*Plan – Do – Check – Act*) para o controle e contínua melhoria dos processos internos. Nesse procedimento, em um primeiro momento, as obrigações de conformidade são identificadas ou tipificadas como riscos para promover uma estratégia e definir as medidas de saneamento (*Plan*). Posteriormente define-se e implementa-se mecanismos de acompanhamento (*Do*), cuja aplicação é avaliada para se verificar se está em conformidade com o programa estabelecido (*Check*), e baseado nos resultados obtidos, o programa continua em um processo virtuoso de contínuo aperfeiçoamento (*Act*).¹¹

⁷ SUSEP - Superintendência e Seguros Privados. **Circular SUSEP n. 234/03**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/textos/circ234> Acesso em 30 Ago 2019.

⁸ **Norma ISO 19600:2014**. Disponível em: <http://www.qualitividade.com.br/norma-para-sistema-de-gestao-da-conformidade-compliance> Acesso em 30 Ago 2019.

⁹ ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ISSO 19600**. Disponível em: <http://abnt.org.br/noticias/4794-iso-19600> Acesso em 01 Set 2019.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibidem.

Como se pode observar, essas metodologias de controle independem do tipo de empresa seguradora, se tradicional ou *Insurtech*, é viável a observância dessas medidas de controles internos em benefício de integridade da instituição.

2. Mercado de Seguros

A evolução da sociedade fez com que naturalmente o homem permanecesse em algumas situações que poderiam lhe provocar algum prejuízo diante de um possível evento não planejado. Surgindo o seguro como um meio de proteção diante de possíveis eventos que possam surgir ao longo da vida do indivíduo.¹²

2.1 O seguro

O seguro pode ser entendido como uma compensação que uma empresa do ramo securitário faz ao seu cliente, quando estes celebram um contrato e a empresa contratada assume um conjunto de possíveis riscos para compensar ou não, os segurados de acordo com as leis baseada no princípio do mutualismo.

O princípio do mutualismo pode ser observado desde a época da idade média, tanto no Séc. IV quanto no XII com o surgimento do feudalismo e das corporações de ofício, cenário em que havia a formação de um grupo de socorro mútuo. Pessoas se reuniam e contribuíam para que houvesse um fundo comum, que poderia ser utilizado pelo integrante quando ele ou sua família, por algum momento, encontrar-se em alguma situação de necessidade econômica. No momento da Revolução Industrial, por volta dos séculos XVIII e XIX, devido algumas condições ruins a vida da classe trabalhadora, pelo mesmo princípio começaram a se organizar para socorrer aos que encontravam em condições econômicas, daí surgem os contratos de seguros em razão de acontecimentos inesperados como morte, acidente ou invalidez, sempre com o intuito de garantir um equilíbrio na vida das pessoas dado aos possíveis eventos.¹³

2.2 Contexto Histórico

O documento mais antigo encontrado sobre o surgimento do seguro no mundo, foi transcrito em parte do Código de Hamurabi, no momento em que a Babilônia tinha interesse em expandir o seu comércio e aumentar suas riquezas.

¹² SIQUEIRA, Alexis Cavicchini Teixeira de. **A história dos seguros no Brasil**. Rio de Janeiro: COP Editora, 2008.

¹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Gen | Forense, 2016.

Havia um acordo em que os caravaneiros passariam a adotar a prática em que todos seriam responsáveis pelo seguro das expedições, porém um pequeno detalhe fazia com que houvesse desvantagem. Os participantes de uma determinada caravana eram também responsáveis pelas mercadorias e outras perdas, isso fazia com que os lucros que obtinham com a expedição acabassem sendo somente para cobrir os prejuízos que atingiam a expedição na qual eram participantes, neste cenário, os lucros não podiam ser utilizados para estimular os crescimentos dos seus negócios pois o risco acabava sendo dividido apenas com uma caravana.

Após quase dois mil anos, os gregos criaram um fundo de reembolso para possíveis eventos imprevisíveis, todos eram cadastrados nesse fundo e se um dos participantes obtivessem algum prejuízo decorrente de evento não planejado, o grupo todo ressarciria o possível prejuízo, o que difere do caso das caravanas nas expedições babilônicas, onde o risco era dividido apenas com um pequeno grupo.¹⁴

Mesmo o mercado segurador ter passado por algumas evoluções nesses séculos, seja em volume ou diversidade como também em complexidade, o seguro é desde os primórdios, um instrumento no mercado global que movimenta trilhões de dólares nos dias atuais, protegendo sempre bens específicos. Protegendo o camelo no passado ao automóvel, navios e aeronaves nos dias atuais, aplicações financeiras, a ocorrência de uma doença grave ou a impossibilidade de comparecer a um evento ou de pagar uma conta.¹⁵

3. Tecnologia e Inovação no Mercado Brasileiro

A velocidade de como as coisas tem acontecido e evoluído só tem aumentado de maneira drástica nos últimos anos. As mudanças e evoluções ocorrem com tal celeridade que segundo alguns especialistas afirmam que vivemos na era exponencial.¹⁶

No momento atual, estamos observando em nosso cotidiano a morte da economia industrial e o auge da economia de serviços. No primeiro ponto, é o modelo que se concentra apenas na produção eficiente de bens, já o segundo, o auge da economia de serviços é o

¹⁴ SIQUEIRA, Alexis Cavicchini Teixeira de. **A história dos seguros no Brasil**. Rio de Janeiro: COP Editora, 2008.

¹⁵ MANNA, Paulo Daniel. **Variáveis explicativas da cotação de seguros por canais digitais**. 2016. Dissertação em Administração de Empresas – Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17969>>. Acesso em: 07 Set 2019.

¹⁶ KELLY, Kevin. **Inevitável: As 12 forças tecnológicas que mudarão nosso mundo**. São Paulo: HSM, 2017.

momento em que se investe massivamente em adjuntos de serviços para torna-los mais atraentes aos clientes.¹⁷

O mercado pode ser dividido em duas partes. A primeira de divisão, como oceanos vermelhos, é aquela parte que representa todos os setores conhecidos e como eles funcionam, já o oceano azul, como a parte ainda não explorada, é a parte do mercado ainda desconhecida que pode gerar inúmeras oportunidades, que pode ser associada com o contexto do auge da economia de serviços.¹⁸ Nesse contexto, surgem espaço para o nascimento das *Insurtechs*.

3.1 *Insurtechs* no Brasil

Insurtech, pode ser considerada como um segmento emergente das *Fintechs*, onde tem demonstrado um poder de inclusão dado a significativa redução de custos, maior agilidade e o aparecimento de novos modelos de negócio, em que é aumentado pelo uso de tecnologia como suporte de desenvolvimento e sustentação.¹⁹

Estudo envolvendo 27 seguradoras no Brasil revela que 70% delas investem em transformação digital, através de seus canais digitais, 33% miram em personalização da experiência dos clientes, além de utilizar os canais digitais para promover produtos e serviços e concretizar vendas, principalmente pela internet, mídias sociais e serviços móveis.²⁰

Algumas empresas com grande expressão de mercado no setor de seguros já demonstram algumas movimentações em relação a esse processo de digitalização dos seus serviços ou até mesmo sobre seus canais de atendimentos. Alguns casos, migram do processo analógico para o digital e também estruturaram meios em que desenvolveram novos negócios. A Youse, pertencente a Caixa Seguradora ou a Oxigênio Aceleradora, da Porto Seguro são exemplos. Essas empresas investiram fortemente com a finalidade de estarem participando do seguro do amanhã.²¹

¹⁷ PINE II, B. Joseph; GILMORE, James H. **O Espetáculo dos Negócios**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

¹⁸ KIM, W. Chan; MAUBORGNE, Renée. **A estratégia do oceano azul: como criar novos mercados e tornar a concorrência irrelevante**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

¹⁹ SILVA et al. **Transformação Digital das Seguradoras no Brasil: Uma Possibilidade de Inclusão Financeira**. Twenty-fifth Americas Conference on Information Systems, Cancun, 2019. Disponível em: <<https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=amcis2019>>. Acesso em 21 set 2019.

²⁰ Capgemini (2017). **Pesquisa sobre Maturidade Digital no Brasil para o setor de Seguros**. <https://www.capgemini.com/br-pt/wp-content/uploads/sites/8/2017/07/2017-maturidade-digital-seguros_web_19x05_0.pdf> Acesso em 29 Set 2019.

²¹ NATAL et al. **PERSPECTIVAS SOBRE A INOVAÇÃO EM SEGUROS NO BRASIL NO CONTEXTO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL**. XXV SIMPÓSIO DE ENGENHARIA DE, Bauru, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Alexandre_Andrade7/publication/329514883_PERSPECTIVAS SOBRE A INOVACAO EM SEGUROS NO BRASIL NO CONTEXTO DA TRANSFORMACAO DIGITAL/links/5c0c1e624585157ac1b2f36a/PERSPECTIVAS-SOBRE-A-INOVACAO-EM-SEGUROS-NO-BRASIL-NO-CONTEXTO-DA-TRANSFORMACAO-DIGITAL.pdf>. Acesso em 21 set 2019.

O Aumento da Participação das Insurtechs no Ambiente Cotidiano Empresarial e a Importância da Governança em Matéria Securitária

A Youse foi a primeira *Insurtech* lançada no Brasil, se apresentou como um modelo novo de vender seguro, que destoava do resto do mercado. Proporciona a compra de uma apólice pela internet, com customização conforme as necessidades dos clientes, linguagem mais descontraída, de modo mais humanizado no falar com o cliente, de igual para igual. Desfazendo o conceito do velho, trazendo um conceito mais jovem, de mais proximidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da sociedade esta direcionada a globalização, devido ao rápido desenvolvimento tecnológico e da comunicação. A internet, como ferramenta desse processo, reduziu de maneira drástica os impedimentos da distância e tempo entre as pessoas, dessa forma, acabou contribuindo por uma universalização de cultura que influencia o processo de produção e de consumo nos dias atuais.

A todo momento um eixo considerado impenetrável ou quase imutável necessita se reinventar para acompanhar os avanços científicos e tecnológicos, inquietando e desafiando modelos de sucesso a modificarem suas estratégias para acompanhar as novidades e cativar seus consumidores, foi assim que ocorreu com o mercado de seguros no Brasil.

Mesmo que o mercado de seguros não foi muito expressivo em inovação, ele está se transformando com o surgimento dessas novas plataformas e a evolução do perfil dos consumidores que a cada momento buscam mais as soluções “*self-service*” com uma segurança em suas escolhas, dada a grande necessidade de boa solidificação em governança e regulamentação.

O surgimento da Youse no mercado de seguros, fez com que empresas tradicionais começassem a rever a suas estratégias de mercado, investissem fortemente em transformação digital dos seus canais de atendimento, desenvolvessem uma comunicação mais próxima com o cliente e acima de tudo, continuassem com as mesmas seguranças e garantias que a regulamentação do seguro criou, além de manter uma boa governança para sustentar seus negócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ISSO 19600**. Disponível em; <http://abnt.org.br/noticias/4794-iso-19600> Acesso em 01 Set 2019.

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **BNDES garagem – Apoio ao desenvolvimento de startups**. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/onde-atuamos/inovacao/bndes-garagem/lut/p/z1/04_iUIDg4tKPAFJABpSA0fpReYllmemJJZn5eYk5-hH6kVFm8T6W3q4eJv4GPv4-7uYGjj7u_p7BwQEGJk5m-

[15giQj9IBPw64iA6oAqh1P6kUZFvs6-6fpRBYklGbqZeWn5-hFJeSmpxbrpiUWJ6am5-gXZUZEAG2XLAQ!!/](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm) Acesso em 30 Ago 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto-Lei n. 73/1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm Acesso em 30 Ago 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 2.063/1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del2063.htm Acesso em 30 Ago 2019.

Capgemini (2017). **Pesquisa sobre Maturidade Digital no Brasil para o setor de Seguros**. <https://www.capgemini.com/br-pt/wp-content/uploads/sites/8/2017/07/2017-maturidade-digital-seguros_web_19x05_0.pdf> Acesso em 29 Set 2019.

DUARTE, Fábio. **Arquitetura e Tecnologias de Informação: Da revolução industrial à revolução digital**. São Paulo: Fapesp Editora da Unicamp, 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Gen | Forense, 2016.

KELLY, Kevin. **Inevitável: As 12 forças tecnológicas que mudarão nosso mundo**. São Paulo: HSM, 2017.

KIM, W. Chan; MAUBORGNE, Renée. **A estratégia do oceano azul: como criar novos mercados e tornar a concorrência irrelevante**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MANNA, Paulo Daniel. **Variáveis explicativas da cotação de seguros por canais digitais**. 2016. Dissertação em Administração de Empresas – Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17969>>. Acesso em: 07 Set 2019.

NATAL et al. **PERSPECTIVAS SOBRE A INOVAÇÃO EM SEGUROS NO BRASIL NO CONTEXTO DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL**. XXV SIMPÓSIO DE ENGENHARIA DE, Bauru, 2018. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/profile/Alexandre_Andrade7/publication/329514883_PERSPECTIVAS_SOBRE_A_INOVACAO_EM_SEGUROS_NO_BRASIL_NO_CONTEXTO_DA_TRANSFORMACAO_DIGITAL/links/5c0c1e624585157ac1b2f36a/PERSPECTIVAS-SOBRE-A-INOVACAO-EM-SEGUROS-NO-BRASIL-NO-CONTEXTO-DA-TRANSFORMACAO-DIGITAL.pdf>. Acesso em 21 set 2019.

Norma ISO 19600:2014. Disponível em: <http://www.qualitividade.com.br/norma-para-sistema-de-gestao-da-conformidade-compliance> Acesso em 30 Ago 2019.

PINE II, B. Joseph; GILMORE, James H. **O Espetáculo dos Negócios**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

SILVA et al. **Transformação Digital das Seguradoras no Brasil: Uma Possibilidade de Inclusão Financeira**. Twenty-fifth Americas Conference on Information Systems, Cancun, 2019. Disponível em: <<https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=amcis2019>>. Acesso em 21 set 2019.

SIQUEIRA, Alexis Cavicchini Teixeira de. **A história dos seguros no Brasil**. Rio de Janeiro: COP Editora, 2008.

SUSEP - Superintendência e Seguros Privados. **Circular SUSEP n. 234/03**. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/textos/circ234> Acesso em 30 Ago 2019.

_____. **Resolução CNSP n. 08/87**. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=17516> Acesso em 30 Ago 2019.

OS CENTROS DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS SOB A ÓTICA DA LEI DAS TERCEIRIZAÇÕES E A FRAUDE FISCAL

Rafael Ramos Abrahão¹

Rafaela Guimarães Campos Fonseca²

1. Introdução

Há muito que empresários buscam maneiras capazes de lhes trazer melhores resultados, maior competitividade e, principalmente, situações que lhes coloquem em cenários de maiores ganhos.

Constatado isso, a busca por redução de custo, otimização de processos e procedimentos, especialização de áreas/setores, ampliação dos níveis de eficiência, dentre inúmeros outros objetivos positivos, tornaram-se grande parte do cotidiano da atividade empresarial.

Para tanto, deram-se início os processos relacionados ao compartilhamento de serviços. Muitos, inclusive, acreditam que o compartilhamento de serviços somente teve início no século XXI, principalmente com o advento da era digital. Fato é que, a par da discussão sobre a data de efetivo surgimento deste modelo de operação, os tempos modernos aumentaram, ou até mesmo facilitaram, a conexão de pessoas interessadas no compartilhamento de serviços.

E, justamente em tempos em que cada vez mais se busca o compartilhamento, seja de veículos, de residências, de meios de transportes alternativos, há também o compartilhamento de serviços.

Em assim sendo, o compartilhamento de serviços tornou-se um formato comumente utilizado por aqueles que almejam o atingimento das vantagens supraditas.

Isso posto, visa o presente trabalho construir uma relação entre os Centros de Serviços Compartilhados e alguns aspectos dos mesmos ante a legislação nacional, com foco na lei das terceirizações e na fraude fiscal.

¹ LLM Direito Corporativo, Ibmecc. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado (rafael@abrahoadvogados.com.br)

² Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade do Porto. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Graduada em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada (rafaelagcfonseca@gmail.com)

2. Os Centros de Serviços Compartilhados

Os Centros de Serviços Compartilhados (CSC), o como a própria nomenclatura induz, são estruturas criadas visando o compartilhamento de serviços, relacionados, ou não, às principais atividades das empresas.

Em síntese, consiste o CSC em um ambiente de concentração de atividades destinadas à promoção de eficiência, valor, redução de custos e inúmeras outras vantagens. O formato mais comum na atualidade é de um CSC dotado de uma estrutura gerencial própria e distinta da empresa que será a beneficiada dos serviços prestados através do CSC.

Atualmente são encontradas outras nomenclaturas para a estrutura em questão, tais como: centro de custo compartilhado – CCC e *Shared Service Management* – SSM.

2.1 História

Os CSC supostamente tiveram início em meados de 1950, com a divisão de espaços para mercadorias agrícolas, mais precisamente através dos produtores rurais que começaram a dividir/compartilhar armazéns para conservação e guarda de seus produtos. Ou seja, existia ali um responsável por oferecer a diversos produtores um espaço único e comum, destinado à finalidade própria de cada interessado.

Em suma, a oferta de armazéns para guarda e conservação aos produtores rurais na década de 1950 consistiu em um serviço compartilhado, embrião do modelo de negócio existente hoje.

Entretanto, importante ressaltar que inexistiu um registro temporal unânime quanto a sua efetiva criação. Há quem diga que se trata de uma estrutura existente há inúmeros anos, mas que o CSC apenas tomou a forma hoje conhecida na década de 1970, época em que o conceito foi formalizado nos EUA.

2.2. Os CSC no século XXI

Atualmente os CSC estão espalhados por todos os continentes, e se perpetuam através de serviços nas mais variadas naturezas, desde estruturas físicas para a prestação de serviços comuns, comumente chamados de *coworkings*, até através de empresas altamente especializadas no fornecimento de mão de obra ou no desenvolvimento de tecnologias.

Fato é que, com a pulverização dos meios de conexão e comunicação interpessoal, principalmente a internet, a distância física deixou de ser um empecilho, sendo certo que a tecnologia passou a atuar como um verdadeiro impulsionador deste modelo de negócio.

Em tempos passados, pela própria timidez na difusão dos CSC, tendo em vista que as empresas ainda mantinham uma estrutura mais rígida, inexistia diferenciação quanto aos formatos existentes para o compartilhamento de serviços. Entretanto, com a propagação do

Os Centros de Serviços Compartilhados Sob a Ótica da Lei das Terceirizações e a Fraude Fiscal

modelo, a prática empresarial consagrou dois principais formatos, que serão melhor descritos a partir de agora.

2.3. Formatos

O compartilhamento de serviços pode ser formatado em dois principais modelos: interno ou externo. O principal aspecto de diferenciação consiste na forma de manutenção do mesmo.

O compartilhamento interno consiste na manutenção de serviços dentro da própria organização, destinados ao fornecimento de suporte para as demais áreas desta. Também no compartilhamento interno, os custos e a gestão do time especializado são integralmente suportados pela própria empresa, sendo certo que esse formato possibilita um maior controle sobre os serviços compartilhados, mas por outro lado, pode acarretar um maior custo, se comparado ao modelo externo.

Por sua vez, o compartilhamento de serviços externo consiste na manutenção de uma relação com uma pessoa, jurídica ou não, alheia à organização contratante, para também uma prestação de serviço.

No formato externo, a empresa contrata um terceiro para que o mesmo preste determinados serviços especializados. Nesse caso, a gestão e manutenção financeira deixam de ser responsabilidade do contratante, passando a ser obrigações do próprio contratado.

2.4. Implicações práticas

Inexiste um objetivo comum na adoção de um compartilhamento de serviços. Entretanto, os principais costumam estar atrelados à padronização e especialização de processos produtivos, melhor comunicação, ampliação de eficiência, bem como a redução de custos.

A padronização dos processos através do compartilhamento de serviços se dá na afetação de determinadas pessoas/áreas/setores para processos específicos, aumentando o grau de expertise daqueles que o farão, reduzindo as falhas e aumentando a eficiência na entrega do resultado final.

Considerando que a cada dia as pessoas estão mais conectadas, uma comunicação eficiente e ágil dentro das instituições se mostra cada vez mais relevante. Assim, os CSC, principalmente em decorrência do próprio aumento de eficiência através da padronização dos processos, tendem a garantir uma melhoria na comunicação realizada entre os setores, viabilizando, assim, uma maior sinergia entre os departamentos.

3. A terceirização

Por terceirização entende-se a contratação de pessoas, jurídicas ou físicas, alheias à empresa, para a realização de atividades que a ela são necessárias.

Maurício Godinho Delgado assim define terceirização sob a ótica do Direito do Trabalho: *“Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jurtrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jurtrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.”*³

Isso posto, no instituto da terceirização há uma nítida transferência de tarefas que, ao menos em tese, seriam realizadas pela própria empresa contratante, passando a ter sua consecução pela contratada.

Assim, ante a conceituação apresentada, pode-se concluir que o instituto da terceirização caminha lado a lado com os Centros de Serviços Compartilhados.

Historicamente, e também em sintonia cronológica como o próprio compartilhamento de serviços, as noções de terceirização no Brasil tiveram seus primeiros registros também na década de 50. Vejamos relatos trazidos por Sérgio Pinto Martins: *“No Brasil a noção de terceirização foi trazida por multinacionais na década de cinquenta, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio.”*⁴

Assim, há que se analisar os Centros de Serviços Compartilhados sob a ótica das terceirizações, até mesmo para que se possa obter uma análise sobre a sua viabilidade legal.

3.1. A Lei das Terceirizações - Lei 13.429/2017

De início, cabe destacar que o compartilhamento de serviços, principalmente na modalidade externa, implica em uma terceirização sob a ótica trabalhista. Isso, porque, há uma nítida transferência de tarefas que, ao menos em tese, deveriam ser realizadas pela própria empresa contratante, passando a ser realizadas por colaboradores da empresa terceirizada/contratada.

³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, Ltr, 2010

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo, Atlas, 2005

Os Centros de Serviços Compartilhados Sob a Ótica da Lei das Terceirizações e a Fraude Fiscal

Entretanto, há uma imagem distorcida da Lei 13.429/17. Em verdade, o mencionado diploma legal somente alterou os termos da Lei de Contrato Temporário (Lei 6.019/1974), de forma a trazer mais segurança jurídica às relações laborais.

Entende-se, portanto, que a terceirização ampla das atividades permitida pela nova lei em questão, como se verá, só pode ser concretizada nos contratos temporários.

Em primeiro lugar, a Lei 13.429/17, propõe uma revisão no conceito de trabalho temporário estabelecido no art. 2º da Lei 6019/74, bem como define o que seria “acréscimo extraordinário de serviços”.⁵

Por exemplo, permitiu-se a contratação de empregados temporários para complementar a demanda de serviços caso haja fatores imprevisíveis (o que deve, em tese, cessar após o fim da imprevisibilidade) e/ou fatores previsíveis que sejam periódicos ou sazonais. Em ambos os casos, deve haver, portanto, um prazo final para a contratação.

Aos trabalhadores terceirizados, sob a ótica da Lei 6.019/1974, é garantido o acesso aos mesmos serviços e condições dos empregados da empresa tomadora de serviço (art. 4º-C).⁶ Pelo §1º do mencionado dispositivo, verifica-se que é opcional ao tomador de serviço pagar os mesmos salários que paga aos seus empregados efetivos, ou seja, na prática, o empregado terceirizado que realiza o mesmo serviço do empregado contratado poderá ganhar uma remuneração inferior, sem qualquer ilegalidade.

⁵ “Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º - É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

§ 2º - Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal”.

⁶ “Art. 4º-C São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I – relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.”

Ademais, a nova Lei determinou conceitos e requisitos para a criação das empresas de trabalho temporário.⁷ Novamente, verifica-se que o legislador busca tão somente dar segurança jurídica à contratação do empregado temporário.

Importante mencionar que o §1º do art. 4º-A permitiu o que se tem chamado de “quarteirização”, vez que a empresa prestadora de serviço poderá contratar os seus empregados por uma empresa interposta e repassá-los à empresa tomadora de serviço. Tem-se, pois, duas terceirizações na mesma cadeia de serviço.

Além disso, o legislador acrescentou os artigos, 4º-A e 5º à Lei 6.019/74, conceituando o que seria uma empresa prestadora de serviço e uma empresa tomadora de serviço. Para evitar fraudes, a contratada não pode ter como sócio ex-empregado da contratante que tenha cessado a prestação de serviço nos últimos 18 (dezoito) meses, bem como, no mesmo prazo, o empregado demitido não poderá prestar serviço à contratante por empresa interposta.⁸

⁷ “Art. 4º - Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)”
“Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)”

“Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - registro na Junta Comercial; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)”

“Art. 6º São requisitos para funcionamento e registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho: (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).”

“Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)”

⁸ “Art. 5º-C Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.”

“Art. 5º-D O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.”

Os Centros de Serviços Compartilhados Sob a Ótica da Lei das Terceirizações e a Fraude Fiscal

O contrato de prestação de serviço se tornou mais formal e precisa ficar à disposição das autoridades fiscalizadoras no estabelecimento da tomadora de serviço, além de conter todos os requisitos elencados no artigo 9º.⁹

Já o art. 10º da Lei de Trabalho Temporário, alterado pela Lei 13.429/17, aumenta o prazo de vigência do contrato temporário. A partir de então, o “trabalho temporário” se aproxima do trabalho por prazo determinado previsto na CLT, mas com um prazo menor, de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias.

Ante toda essa narrativa técnica quanto a terceirização nos moldes da nova legislação vigente, resta evidente que ainda não foi permitido pelo legislador uma terceirização de fato ampla e irrestrita. Há inúmeros requisitos a serem cumpridos para que se obtenha uma terceirização válida e regular nos termos da lei em comento.

Ademais, tem-se que os Centros de Serviços Compartilhados devem cumprir os requisitos impostos pela lei, muito embora se saiba que a finalidade da manutenção de um CSC possa vir a ser diferente de uma terceirização.

4. Os Centros de Serviços Compartilhados e o fisco

Nos conformes das análises anteriormente realizadas, o compartilhamento de serviços pode se dar em diversos formatos. Em assim sendo, as questões tributárias concernentes às operações devem ser analisadas caso a caso, obviamente.

O compartilhamento de serviços realizado sob a forma interna, ou seja, sem existir a contratação de pessoas, jurídicas ou físicas, estranhas ao organograma da própria empresa, não implicará em um regime de tributação específico. Isso, porque, toda a estrutura do compartilhamento de serviços estará inserida na própria empresa, implicando apenas em mais um setor, que alimentará as demais áreas da empresa.

Em sentido contrário, o compartilhamento de serviços realizado na forma externa, ou seja, com a contratação de uma pessoa, jurídica ou física, totalmente estranha à empresa, implicará em uma prestação de serviços passível de tributação própria.

⁹ “Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá: (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)
I - qualificação das partes; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
III - prazo da prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
IV - valor da prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

Nesse caso (compartilhamento de serviços externos), a contratada emitirá paulatinamente notas fiscais de prestação de serviços em favor da contratante, momento em que se sujeitará aos tributos inerentes, tais como: imposto sobre serviços, imposto de renda, dentre outros.

Noutro giro, há ainda operações que transformam o compartilhamento de serviços interno em um compartilhamento externo. A referida operação de transformação consiste em dar vida própria àquela estrutura que antes permanecia inserida na própria empresa. Em casos de transformação, além da questão tributária inerente à própria prestação de serviços, há que se analisar a forma com que se deu a transferência do modelo interno para o externo, inclusive considerando os ditames trabalhistas.

Conforme apresentado anteriormente, a operação de compartilhamento de serviços pode vir a ser passível de tributação. E, havendo tributação, principalmente quando consideramos estar em um território cuja carga tributária é tida como elevada se comparada aos padrões mundiais, as manobras tributárias ganham força.

Nesse sentido, existindo operações para redução dos tributos a serem pagos, corriqueiramente nos deparamos com operações tidas como ilegais, justamente por ser constatado ato praticado em desconformidade com legislação específica.

De toda sorte, é importante ressaltar que o Direito Tributário não é ramo que institui o aspecto criminoso, e sim o Direito Penal. Assim, Sacha Calmon destaca: *“Concordamos com os autores que admitem poder o Direito Penal tutelar interesses fiscais e até mesmo construir a respeito um feixe de princípios peculiares (...). Concordamos com os mesmos, ainda, na afirmativa de que a lei tributária pode prever sanções administrativas fiscais para os ilícitos fiscais (ilícitos que não constituem crimes, delitos), as quais são aplicadas pelas autoridades administrativas sem o concurso das leis penais (...)”*.¹⁰

Nesse sentido, tem-se por sonegação fiscal o ato que consiste em uma prática visando a supressão/redução dos tributos devidos através de fraude, omissão, alteração ou ocultação proposital de informações.

A fraude fiscal é a atitude passível de punição criminal. Há, então, que se analisar pontualmente cada operação, principalmente porque os aspectos que implicam em fraude fiscal demandam a comprovação da existência de atos através do preenchimento dos requisitos formais.

Nesse sentido, um dos principais critérios para apuração dos atos que implicam, ou não, em fraude fiscal é o critério cronológico. Assim definiu Rubens Gomes de Souza: *“(...) O único critério seguro (para distinguir a fraude da elisão) é verificar se os atos praticados pelo contribuinte*

¹⁰ CALMON, Sacha. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11ª edição. 2010

Os Centros de Serviços Compartilhados Sob a Ótica da Lei das Terceirizações e a Fraude Fiscal

*para evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo foram praticados antes Ou depois da ocorrência do respectivo fato gerador: na primeira hipótese, trata-se de elisão; na segunda trata-se de fraude fiscal”.*¹¹

Por todo o exposto, a operação pura e simples dos CSC não expira grandes cuidados quanto à fraude fiscal. Entretanto, no caso de transformação do CSC interno em externo há que se observar os aspectos fiscais da operação, justamente para que não implique em uma operação fraudulenta.

4.2. A elisão fiscal

A concretização de operações válidas e regulares que resultem, ainda que por consequência secundária, em redução no pagamento de tributos não é e nem poderia ser interpretada como fraude fiscal.

Isso posto, e como também fizemos em momento anterior quanto à própria fraude fiscal, por elisão fiscal entende-se o seguinte: *“É imperioso registrar, contudo, que o termo “elisão” não poderia ser usado para significar a postura lícita do contribuinte na economia de tributos, devendo, por rigor lingüístico, ser abandonado. Para evitar confusões no uso da linguagem e por melhor representar as condutas enfocadas, preferimos o termo “elusão”. “Elisão”, do latim elisione, significa ato ou efeito de elidir; eliminação, supressão. “Eludir”, do latim eludere, significa evitar ou esquivar-se com destreza; furtar-se com habilidade ou astúcia, ao poder ou influência de outrem. Elusivo é aquele que tende a escapulir, a furtar-se (em geral por meio de argúcia); que se mostra arisco, esquivo, evasivo. Assim, cogitamos da ‘elusão tributária’ como sendo o fenômeno pelo qual o contribuinte usa de meios dolosos para evitar a subsunção do negócio praticado ao conceito normativo do fato típico e a respectiva imputação dos efeitos jurídicos, de constituição da obrigação tributária, tal como previsto em lei”.*¹²

Muito embora sobrevenha essa questão conceitual acerca do uso do termo “elisão fiscal”, fato é que a maioria da doutrina faz uso do referido termo enquanto economia lícita de tributos, ao passo que a evasão seria a ilícita.

Nesse sentido, considerando que os CSC podem ser entendidos como uma formatação capaz de trazer maiores ganhos para os interessados, ganhos estes que podem decorrer de arranjos fiscais, necessária a análise da operação de compartilhamento de serviços como meio de implicar em elisão fiscal.

O compartilhamento de serviços pode vir a ser implementado através de uma personalidade jurídica distinta da empresa principal, sendo que o próprio regime de tributação da “nova empresa” pode ser mais benéfico do que a empresa principal. No caso

¹¹ GOMES DE SOUZA, Rubens. apud FURLAN 2011, p. 158

¹² TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional – planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

de haver a transformação de um CSC interno em externo, por exemplo, pode-se obter uma economia lícita de tributos.

Em outras palavras, é possível e legalmente viável à empresa transformar a operação interna em uma operação externa com a finalidade de economizar os gastos, dentre eles os gastos com os tributos. Por todo o exposto, as operações relacionadas aos CSC, desde que realizadas através de modos válidos e regulares para se obter melhor eficiência com a redução na carga tributária incidente, tratar-se-ão de operações lícitas.

5. Conclusão

Ante todo o abordado, resta evidente que os Centros de Serviços Compartilhados buscam, através de suporte e especialização, operações capazes de efetivar melhores resultados para aqueles que o implementam. Tais resultados podem ser administrativos, financeiros, fiscais, dentre outros objetivos intrínsecos aos interesses empresariais.

Além dos aspectos práticos, as operações relativas aos CSC devem observar a legislação trabalhista, principalmente no que concerne a lei das terceirizações. A observância aos requisitos operacionais instituídos pelo legislador trabalhista é de suma importância para a manutenção saudável da operação.

No que tange o aspecto tributário, igualmente há que se observar a legislação correlata, sendo certo que a implementação de um CSC com o intuito de reduzir a carga tributária aplicável se difere de fraude fiscal.

6. Referências Bibliográficas

- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo, Atlas, 2005
DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ltr, 2010
CALMON, Sacha. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11ª edição. 2010
TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional – planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
GOMES DE SOUZA, Rubens. apud FURLAN 2011

PATRIMÔNIO CULTURAL MATERIAL NA ORDEM IBEROAMERICANA: O CASO DAS COPRODUÇÕES AUDIOVISUAIS ENTRE BRASIL E PORTUGAL E O ESTREITAMENTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CARÁTER CULTURAIS ESTABELECIDAS ENTRE OS DOIS PAÍSES

Samara Taiana de Lima Silva¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo principal propor uma análise acerca das cooperações jurídico-culturais de âmbito internacional, estabelecidas entre Brasil e Portugal durante os anos de 2003 a 2017, firmadas com o escopo de fortalecer as chamadas coproduções cinematográficas realizadas entre produtoras de conteúdo audiovisual com sedes regulamentadas em ambos os países. Ademais, esta problemática se desenvolve também com o fulcro de analisar os avanços do fortalecimento da produção de material de áudio e vídeo brasileiro em âmbito binacional a partir da implementação da Agência Nacional do Cinema (Ancine), por intermédio da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, que notadamente foi a principal responsável por proporcionar ao mercado em questão uma nova –e crescente- política de fomento, regulação e fortalecimento. Nesta perspectiva, esta análise será feita predominantemente com base na atuação do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) que é, atualmente, a maior linha de financiamento público para o audiovisual disponível no Brasil. Em outra medida, analisar-se-á também a atuação do Instituto do Cinema e Audiovisual de Portugal (ICA-PT), cujo trabalho também se realiza de forma preponderante a fim de estreitar o quanto possível os laços de coproduções com o Brasil. Atualmente, a Ancine conta com acordos e tratados internacionais firmados entre vinte e três países de diversos idiomas, todavia a análise da parceria com Portugal se faz necessária, antes de tudo, graças às familiaridades que o Brasil guarda com o único país europeu com quem compartilha o idioma, além de que os acordos de cooperações internacionais entre ambos os países se mostram cada vez mais amplos. Para tanto, vale salientar também que o Estatuto da Igualdade de Direitos e Deveres celebrado entre Brasil e Portugal abre precedentes de intercâmbios de profissionais da área em comento, dentre outras, cujos pormenores resultam em análises interessantes –e pouco usuais- para serem debatidas na academia jurídica mais engessada. Por fim, ressalta-se que este artigo será desenvolvido a partir do procedimento metodológico de revisão bibliográfica, bem como buscará aporte nos dados oficiais disponibilizados tanto pela Agência Nacional do Cinema do Brasil quanto do Instituto do Cinema e Audiovisual de Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Audiovisual; Ancine; Brasil; Cinema; Portugal.

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, no âmbito da linha de pesquisa de Estado, Direitos Humanos e Desenvolvimento, com área de concentração em Direito Econômico.

E-mail: samaralima.adv@hotmail.com

I – INTRODUÇÃO

O português é o idioma mais falado do Hemisfério Sul e um dos principais idiomas do mundo. Partindo de tal premissa, valendo-se dos potenciais culturais, sociais, simbólicos e integradores que somente o advento da comunicação é capaz de proporcionar, os países que tem na Língua Portuguesa o seu idioma materno podem, através da adoção de mecanismos de trocas simbólicas, conceber novas demandas e mercados para que os seus bens e produtos culturais possam circular e serem notados para além das fronteiras do idioma pátrio. Nesta perspectiva, cabe refletir quanto à importância que esses bens e serviços apresentam, ocupando o papel de um dos principais responsáveis pelo intercâmbio da imagem –positiva ou negativa- dos países para o restante do globo. Desta forma, o mercado audiovisual se configura como uma das grandes bandeiras a serem levantadas por diversos países no intuito de fomentar e distribuir suas produções culturais para as demais partes do mundo. Exemplos clássicos como o de Hollywood (EUA) e Bollywood (Índia) e seus famosos produtos cinematográficos nos demonstram que a produção audiovisual tem um papel preponderante no sentido de inculcar uma série de capitais simbólicos distintivos que, automaticamente, fazem com que as pessoas imediatamente relacionem a estética do produto audiovisual com o país do qual se origina.

Desta feita, o ponto de partida da presente dissertativa repousa em uma análise a ser desenvolvida acerca das cooperações jurídico-culturais de âmbito internacional firmadas entre Brasil e Portugal, mais precisamente no que se refere ao firmamento de coproduções binacionais de caráter audiovisual com o escopo de fortalecer as produções realizadas entre produtoras de conteúdo audiovisual com sedes regulamentadas em ambos os países. Além disto, esta problemática se prolonga também com o fulcro de refletir quanto aos notáveis avanços que a produção nacional de material de áudio e vídeo vem galgando desde a implementação da Agência Nacional de Cinema (Ancine) que, apesar do momento delicado que vem atravessando nos últimos meses, encontrou o apogeu de sua atuação do início dos anos 2000, período de sua implementação, até meados de 2015. Ademais, a análise deste artigo se fará também com base na atuação do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) e da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica e Audiovisual (CONDECINE), ambos os adventos inaugurados apenas com a implementação da Ancine e que se apresentam, quiçá, como os principais meios de manutenção da atividade audiovisual brasileira na atualidade.

Em outra perspectiva, esta análise levará em conta também a atuação do Instituto do Cinema e Audiovisual de Portugal (ICA-PT), cujo trabalho também se realiza nos mesmos

Patrimônio Cultural Material na Ordem Iberoamericana: O Caso das Coproduções Audiovisuais entre Brasil e Portugal e o Estreitamento Das Relações Internacionais de Caráter Culturais Estabelecidas Entre os Dois Países

molde da Ancine, quais sejam, de fomento e fiscalização da atividade cinematográfica do país, cujo intuito, para efeito deste artigo, é o de analisar o estreitamento dos laços de coproduções audiovisuais com o Brasil, por intermédio das atuações do ICA-PE e da Ancine. Atualmente, esta conta com acordos e tratados internacionais firmados entre vinte e três países de diversos idiomas, todavia a análise da parceria com Portugal se faz necessária, antes de tudo, graças às familiaridades culturais que o Brasil guarda com o único país europeu com quem compartilha o idioma e, além disto, os acordos de cooperações de produções entre os dois países vem se mostrando cada vez maiores, após a implementação da Ancine. Ao final do artigo, espera-se persuadir o interlocutor quanto à importância desses acordos binacionais para efeitos de estreitamentos de laços entre ambos os países aqui tratados, bem como elucidá-lo no tocante à necessidade do trânsito de capitais simbólicos que estas parcerias significam.

II- A PRODUÇÃO AUDIOVISUAL NO BRASIL ATUAL: novos e antigos desafios diante da instabilidade das políticas de investimento no setor

O mercado de cinema e audiovisual do Brasil é marcado, paradoxalmente, como sendo o mais dispendioso e o mais historicamente esquecido dentro do organograma cultural nacional, pelas razões que se expõem adiante. Em primeiro lugar, há que se ter em mente que uma produção audiovisual requer dispêndio de tempo, de financeiro e de pessoal para que seja plenamente executada, por se tratar de uma atividade que demanda muito dinheiro e pessoal altamente capacitado para lidar com seu maquinário tecnológico e com a sua lógica de produção deveras específica. Seguidamente, podemos destacar que, a cada crise política, social ou financeira que o Brasil atravessa, o setor da cultura –juntamente com o da educação– é o primeiro a ser penalizado com censuras das mais diversas, perseguições a artistas e trabalhadores da cultura e, o mais grave de tudo, congelamentos e supressões de investimentos aos quais, eufemicamente, denominam atualmente de “contingenciamento de recursos”.

Assim, a primeira grande crise contemporânea que o setor audiovisual brasileiro amargou foi em 1990, ocasião na qual a o Conselho Nacional de Cinema (Concine) e a Empresa Brasileira de Filmes (Embrafilme S/A), esta sendo o principal órgão de fomento da produção audiovisual do país, amargaram o fim de seu funcionamento após a decisão do

então Presidente da República Fernando Collor de Melo². Até este momento, a produção cinematográfica brasileira se via inteiramente dependente da intervenção estatal, que garantia o financiamento e a distribuição de material audiovisual. Houve ainda, neste período, a extinção da Cota de Tela, mecanismo que obrigava a veiculação de produções nacionais em cinemas e TV, funcionando como a única garantia que a produção audiovisual nacional dispunha defronte à ameaça constante das produções internacionais, sobretudo as americanas.

Em 1993, após um conturbado período de negociações dos profissionais do audiovisual com as autoridades estatais, foi promulgada a Lei do Audiovisual (nº 8.685/1993), que se configura, até os dias atuais, como a principal legislação direcionada ao setor em comento³, baseando seus meios de financiamento predominantemente através do modelo de renúncia fiscal, ponto que por si assevera o caráter neoliberal que dominava as decisões governamentais no período de sua implementação, baseado na ideia de retirada da obrigação estatal de fomentar diretamente a produção cinematográfica e audiovisual do país. Vale lembrar que a Lei Rouanet (nº 8.313/1991), principal via de financiamento da produção de cultura do Brasil, também segue os mesmos moldes da Lei do Audiovisual, tendo sido ambas as legislações inspiradas na extinta Lei Sarney (nº 7.505/1986), que inaugurou o modelo de investimentos no setor cultural do Brasil baseado em uma lógica de tributação extrafiscal, qual seja, aquela que se baseia em um modelo que está para além da mera arrecadação de receitas e que tem por objetivo principal o atendimento de pressupostos constitucionais que versam sobre o desenvolvimento econômico, social, cultural e a diminuição das desigualdades regionais, dentre outros objetivos.

Somente em 2003, no início do governo de Luiz Inácio Lula da Silva (Partido dos Trabalhadores, 2003 a 2011), é que foi implementada a Medida provisória nº 2.228-1/2001, que inaugurou o funcionamento da Agência Nacional de Cinema (Ancine) e deu início a um novo momento para a produção cinematográfica e videofonográfica nacional, ponto que pode ser traduzido através do aumento expressivo de investimentos que o setor passou a receber desde então. Tendo por objetivo o fomento da produção, distribuição e exibição das obras audiovisuais nacionais em seus diversos segmentos de mercado, a Ancine é uma

² MARSON, Melina Izar. **O Cinema da Retomada: Estado e Cinema no Brasil da dissolução da EMBRAFILME à criação da ANCINE.** Disponível em <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000377319>

³ SILVA, Samara Taiana de Lima. **Da Embrafilme à Ancine: a evolução das políticas de fomento ao setor audiovisual brasileiro após o advento da Medida Provisória nº 2.228-1/2001.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2016.

Patrimônio Cultural Material na Ordem Iberoamericana: O Caso das Coproduções Audiovisuais entre Brasil e Portugal e o Estreitamento Das Relações Internacionais de Caráter Culturais Estabelecidas Entre os Dois Países

agência reguladora que busca promover a autossustentabilidade da indústria videofonográfica nacional nos diversos elos de sua cadeia produtiva. Dentre seus objetivos, destaca-se ainda o compromisso diante da reorganização das informações sobre o setor, que foi perdida com a extinção da Embrafilme⁴.

A Ancine surgiu em um contexto onde as Agências Reguladoras eram concebidas no Brasil com o escopo de tratarem de questões e nichos financeiros estratégicos. Essas agências nasceram quando observada a necessidade de descentralização das atividades de determinados órgãos pertencentes à administração direta. No caso da Ancine, esta foi concebida no objetivo de retirar do Ministério da Cultura (MinC) os cuidados para com o mercado audiovisual nacional, todavia isto não quer dizer que a agência possui uma atuação inteiramente subordinada aos julgos do MinC, uma vez que é dotada de autonomia administrativa e financeira. Concebida com o intuito de ser o principal órgão fiscalizador, fomentador e regulador da cadeia produtiva audiovisual nacional, a Ancine mantém sua atuação até os dias atuais, intervindo sobre o domínio econômico do setor em comento, exceto no que se refere ao segmento de radiodifusão.

A Ancine observou o apogeu de sua atuação durante os treze anos do governo do Partido dos Trabalhadores (2003-2016), período em que o setor audiovisual brasileiro alcançou a posição de prestígio e o reconhecimento internacional jamais anteriormente observado, que podem ser traduzidos através dos números a seguir. Conforme demonstra o balanço da agência publicado no jornal O Estado de S. Paulo⁵, o ex-presidente da Agência Nacional de Cinema, Manoel Rangel, expôs que o número de vendagem de bilhetes de cinema para filmes nacionais vem crescendo ano a ano. De 156 milhões de tíquetes vendidos em 2014, este número saltou para 173 milhões em 2015, 184 milhões em 2016 e, mais recentemente, 195 milhões em 2017, em que pese levar-se em consideração a queda protuberante da curva ascensional de consumo de bens e serviços ocasionado graças à recessão financeira que o país atravessou dos anos de 2017 até os dias atuais.

Outra cifra favorável foi no tocante à ampliação do parque exibidor de cinema nacional: de 71 salas incorporadas ao circuito exibidor de audiovisual no Brasil dentre os anos de 2003 a 2010, percebeu-se um salto para 149 novas salas de exibição entre 2011 e 2014 e 177 entre 2015 e 2017. Não por acaso, os últimos números apontam, segundo Manoel

⁴ MELLO, Patrícia Bandeira. **O Financiamento do Cinema no Brasil: as leis de incentivo e a possibilidade de autonomia.** Disponível em http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Alceu19_Melo.pdf

⁵ O Estado de São Paulo, Caderno II, publicação em 21 de abril de 2017, aceso em 20/09/19, disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/clipping/Noticia%2B%2BBalan%C3%A7o%2Bde%2Bdespedida%2Be%2Bdesafios%2Bpara%2Bo%2Bfuturo244201711341683.pdf>

Rangel, justamente para a expansão das salas de cinema das cidades menores nas regiões Norte e Nordeste do país, as quais historicamente sempre foram desassistidas em termos de produção e circulação de cinema. Por fim, a produção de material audiovisual no Brasil também teve um crescimento muito positivo nesse período, observando-se que quase quintuplicou durante os quinze anos de expansão da Ancine, não por acaso compreendidos durante a gestão do Partido dos Trabalhadores (PT). Nesta perspectiva, observou-se um aumento de 29 longas-metragens produzidos e distribuídos no ano de 2002 para 143 em 2016⁶.

Todavia, todos esses dados de franco crescimento do principal órgão de fomento e fiscalização da atividade cinematográfica e videofonográfica nacional parecem estar com os dias contados. Desde o início do corrente ano, momento em que se estabeleceu o governo de Jair Messias Bolsonaro (PSL, 2019-2022), a produção cultural de modo geral vem presenciando a execução de um plano de governo que desde a época das eleições prometia perseguir e dizimar os artistas e fazedores de cultura, aqui incluídos os profissionais da cadeia audiovisual. Atualmente, é notório que a atuação da Ancine vem atravessando a crise mais aguda desde o momento de sua abertura⁷, e tal fato se deve, em grande parte, à gestão “terrivelmente cristã” da bancada parlamentar apoiadora do atual presidente.

Setores neopentecostais e integrantes da extrema direita, baseados em seu líder mor, ao qual nomeiam de “filósofo” (sem formação), Olavo de Carvalho, há anos corroboram que os mecanismos de fomento à cultura dispostos atualmente no Brasil são dominados por ideais Marxistas (muito embora o modelo de financiamento cultural vigente tenha sido implementado no Brasil na década de 1980, em um contexto neoliberal, através da implementação da Lei Sarney (nº 7.505/1986)), que ameaçam os bons costumes da “família tradicional brasileira” e põe em risco o legado “cristão” que insistentemente defendem em um país cujo Estado é laico. Com esse discurso reacionário e disposto a realizar uma varredura no que o falso tradicionalismo da sociedade brasileira considera como nocivo à “família”, já era esperado que a eleição do atual presidente resultasse em sérios problemas para as atividades da Ancine.

Nestas condições, a primeira providência dessa onda de preconceitos travestida de neoconservadorismo é o ataque às minorias. Não por acaso, em agosto deste ano diversos

⁶ O Estado de São Paulo, Caderno II, publicado na sexta-feira, 21 de abril de 2017 e disponível em: <https://ancine.gov.br/sites/default/files/clipping/Noticia%2B%2BBalan%C3%A7o%2Bde%2Bdespedida%2Be%2Bdesafios%2Bpara%2Bo%2Bfuturo244201711341683.pdf>

⁷ Vide matéria da revista Carta Capital sobre a crise atual da Ancine, com acesso em 20/09/19, disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/4-pontos-que-explicam-a-maior-crise-da-historia-da-ancine/>

Patrimônio Cultural Material na Ordem Iberoamericana: O Caso das Coproduções Audiovisuais entre Brasil e Portugal e o Estreitamento Das Relações Internacionais de Caráter Culturais Estabelecidas Entre os Dois Países

meios digitais de grande circulação noticiaram o ataque do presidente ao financiamento de materiais audiovisuais que abordavam as temáticas LGBTQIA+. Na ocasião, o líder do governo utilizou-se mais uma vez das redes sociais para manifestar seu posicionamento, tecendo comentários pejorativos sobre as obras audiovisuais, ainda fazendo questão de enfatizar que não se tratava de censura⁸. Sendo assim, do que se trataria tal momento infeliz além de uma clara perseguição a produtos culturais que não atendem aos anseios de uma sociedade pautada em um falso moralismo fantasiado de “moral e bons costumes”? No mesmo ensejo, o ministro da Cidadania Osmar Paz assinou, no dia 20 de agosto do corrente ano, uma portaria que foi publicada no Diário Oficial da União da quarta-feira, 21 de agosto de 2019, vetando o edital de seleção pública que havia selecionado duas séries envolvendo temáticas de travestis e transexuais e que pleiteavam a captação de recursos através da Lei do Audiovisual. Na oportunidade, o presidente fez questão de enumerar algumas das obras audiovisuais que seriam censuradas por seu preconceito e despreparo em gerir um país que conta com uma população tão diversa e com tantas minorias inseridas.

Todos estes pontos nos levam a entender o quão instável se mostra a produção cultural no Brasil pois, conforme dito no início deste artigo, o setor de cultura, juntamente com o da educação, se apresentam com tanta instabilidade dentro do organograma institucional do país que, a cada crise política ou social que o Brasil atravessa, estas são as primeiras áreas que amargam com o corte severo de investimento ao qual os governantes insistem em chamar de “contingenciamento”, utilizando-se de um eufemismo que mais se apresenta como dúvida da capacidade de raciocínio da população, como se esta não fosse capaz de compreender que as primeiras áreas dizimadas pelo corte de verbas são justamente as que oportunizam à sociedade a construção de um pensamento crítico, libertador e desconstruidor de estruturas negativas historicamente levantadas no intuito de manter a população alienada. Ao mesmo passo que a produção audiovisual brasileira alcançou o seu apogeu no período em que, pela primeira vez na história do Brasil, um governante popular alçou o posto mais alto do país e propôs uma série de medidas de investimentos para as áreas historicamente abandonadas, assistimos poucos anos depois à derrocata deste e ao protagonismo de um ideal político que desde o início se mostrou arraigado de inúmeros preconceitos e, não diferentemente do que já era esperado, iniciou seus primeiros meses de mandato (2019) dizimando justamente o principal mecanismo de financiamento cultural do país, tendo em consideração as críticas pouco inteligentes e superficiais sobre a Lei Rouanet

⁸ Para maiores informações, vide a matéria da Revista Veja publicada em 17 de agosto de 2019, com acesso em 20/09/19 e disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/bolsonaro-veta-filmes-com-temas-lgbt/>

que se instauraram desde a época das eleições, e não por acaso o início desse desmonte se dá justamente através do ataque à produção audiovisual que, com o enorme alcance que esta ganhou graças à popularização da TV e do cinema, muito se assemelha ao pacote de medidas impopulares e severamente criticadas que, nos tempos de outrora, o ex-presidente Fernando Collor adotou no momento da perseguição instaurada da produção audiovisual nacional e consequente extinção da Embrafilme (1990).

Não se pode, com isto, acreditar que o que vem ocorrendo na atualidade é apenas uma coincidência, pois não é. Trata-se da retomada do projeto de ruína da produção cultural do Brasil através da censura e do corte de investimentos, no intuito de desmotivar toda a cadeia produtiva de profissionais envolvidos nos segmentos culturais e que, não por acaso, são constantemente ditos “subversivos” por quem defende o modelo de governo que ganhou protagonismo no Brasil no último ano.

III – AS COPRODUÇÕES AUDIOVISUAIS INTERNACIONAIS ENTRE BRASIL E PORTUGAL: novas propostas e desafios para a sua manutenção

Durante o período de expansão da atuação da Agência Nacional de Cinema e consequente aumento dos números da produção audiovisual do Brasil, um fato importante chamou a atenção em um cenário até então novo, onde nunca antes na história do país se havia presenciado o protagonismo de uma agência reguladora figurando como o principal órgão de controle e fomento da cadeia cinematográfica e videofonográfica nacional, foi o caso do fortalecimento das cooperações culturais de caráter internacional, que resultaram em diversos acordos de coparticipação firmados entre o Brasil e vários outros países. No tocante ao mercado de produção audiovisual, estas parcerias observaram uma expansão jamais presenciada durante os tempos áureos da Ancine. Atualmente, a agência conta com acordos e tratados internacionais firmados entre vinte e três países de diversos idiomas, todavia o caso das coproduções estabelecidas com Portugal merece um enfoque diferenciado, tendo em vista que ambos os países guardam a singular familiaridade de compartilhar o mesmo idioma, mesmo que um esteja localizado nos Trópicos e outro na Europa. Em que pese Brasil e Portugal já terem firmado acordo de cooperação audiovisual na década de 1980, na constância da Lei Sarney, por intermédio do Decreto nº 91.332 de 14 de junho de 1981, apenas após a implementação da Ancine é que se observou um estreitamento efetivo nesse processo de coproduções, ocasião na qual o ex-ministro da Cultura Juca Ferreira estreitou essas relações e aproximou mais ainda os laços culturais de ambos os países.

Patrimônio Cultural Material na Ordem Iberoamericana: O Caso das Coproduções Audiovisuais entre Brasil e Portugal e o Estreitamento Das Relações Internacionais de Caráter Culturais Estabelecidas Entre os Dois Países

Desde 2008, a Ancine iniciou um aumento no estímulo às coproduções cinematográficas internacionais. Desde então, Portugal tem sido a principal parceria do Brasil em coproduções de longas-metragens (com duração superior a setenta minutos⁹) e único país lusófono com o qual o Brasil mantém relações consolidadas no âmbito da política de fomento direto para o setor audiovisual. Em 2007, o governo brasileiro e o português assinaram juntos os Protocolos Luso-brasileiros de Coprodução Cinematográfica. A partir disso, os produtores audiovisuais de ambos os países passaram a contar com um edital específico de fomento direto para o financiamento de suas obras e parcerias. De 2008 a 2014, Brasil e Portugal produziram e distribuíram juntos 25 obras audiovisuais, o que representa um total de 30% das coproduções brasileiras independentes financiadas por mecanismos públicos de apoio direto (ex.: editais de fomento dispostos pela Ancine) e indireto (ex.: captação via Lei do Audiovisual). Em segundo lugar, Argentina e França aparecem com um total de 16 obras, figurando como os segundos maiores parceiros audiovisuais do Brasil, seguidos pela Espanha, com 15 obras¹⁰.

Com o intuito de facilitar o intercâmbio da produção cultural através do audiovisual, os governos de Brasil e Portugal têm investido ainda em outros mecanismos de financiamento, o que faz com que os produtores de cinema disponham de iniciativas tanto governamentais quanto privadas e intergovernamentais para que possam efetivamente financiar suas produções. Com efeito, ambos os países encontram condições bastante favoráveis para que possam juntos desenvolver, dentre outros materiais audiovisuais, aquele que melhor imprime a identidade dessa parceria: as adaptações fílmicas de obras literárias. Dentre estas, o Edital de Coprodução Luso-Brasileira oportunizou a realização de filmes de sucesso, como *Budapeste* (2007), baseado na obra de Chico Buarque, *O Voo do Flamingo* (2008), de Mia Couto, *Capitães de Areia* (2008), de Jorge Amado, *Os Maias* (2013), de Eça de Queiroz, *Seara do Vento* (2014) de Manuel da Fonseca, dentre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante os anos de 2003 a 2016, Brasil e Portugal passaram a estreitar os seus laços de coproduções culturais, o que ficou evidente a partir da adoção de uma série de medidas tomadas por ambos os países com o objetivo de facilitar o intercâmbio de recursos a fim de expandir as coproduções de material audiovisual realizadas entre ambos. Isto se justifica,

⁹ Art. XI da MP nº 2.228-1/2001. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm

¹⁰ ROCHA, Flávio. A relação entre Portugal e Brasil na coprodução cinematográfica. Políticas, experiências e desafios. Disponível em: http://www.lasics.uminho.pt/ojs/index.php/cecs_ebooks/article/view/2788

antes de tudo, graças à familiaridade que as duas nações guardam por compartilharem o mesmo idioma. Em segundo ponto, ressalta-se a necessidade de aproximação de ambos os países pelas suas evidentes e antigas aproximações culturais que se estabeleceram desde o período da colonização. Nesta perspectiva, percebeu-se o interesse de ambos os países de firmarem suas parcerias, ponto que ficou facilitado após a implementação da Agência Nacional do Cinema, primeira agência reguladora responsável pelo fomento e fiscalização da atividade cinematográfica e videofonográfica do Brasil, cuja atuação observou o seu apogeu durante a gestão do Partido dos Trabalhadores à frente da Presidência do Brasil. Todavia, este momento de expansão vem sendo, aos poucos, ameaçado graças à eleição atual de um governo que não mede esforços no projeto de perseguição da classe artística, e logo nos primeiros meses de gestão já demonstrou seus interesses ao vetar o financiamento de uma série de filmes com a temática LGBTQIA+. Caso esse ritmo prossiga, infelizmente teremos que assistir ao declínio de uma parceria que tanto importa para as relações internacionais estabelecidas entre o Brasil e seu eterno colonizador.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, 2001. **Medida Provisória nº 2.228-1/2001**. Brasília, DF.
- CALABRE, Lia. **Política Cultural em Tempos de Democracia: a era Lula**. Fundação Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 2014.
- MARSON, Melina Izar. **O Cinema da Retomada: Estado e Cinema no Brasil da dissolução da EMBRAFILME à criação da ANCINE**. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000377319>
- MELLO, Patrícia Bandeira. **O Financiamento do Cinema no Brasil: as leis de incentivo e a possibilidade de autonomia**. Disponível em http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/Alceu19_Melo.pdf
- SILVA, Samara Taiana. de Lima. **Da Embrafilme à Ancine: a evolução das políticas de fomento ao setor audiovisual brasileiro após o advento da Medida Provisória nº 2.228-1/2001**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2016.
- SILVA, Samara Taiana. **A importância das Leis de Incentivo à Cultura para a retomada da produção do cinema nacional**. 2013. XX CIENTEC, UFRN.
- ROCHA, Flávio. **A relação entre Portugal e Brasil na coprodução cinematográfica. Políticas, experiências e desafios**. Disponível em: http://www.lasics.uminho.pt/ojs/index.php/cecs_ebooks/article/view/2788.

RESPONSABILIDADE MÉDICA FACE AO TERMO DE CONSENTIMENTO DO PACIENTE

Josyane Mansano¹

Valter Moura do Carmo²

RESUMO: O termo de consentimento informado é a autonomia do paciente face ao profissional da medicina. Em sendo assim, mostra-se de suma importância analisar a prática médica no Brasil na contemporaneidade, mostrando as normas acerca da responsabilização civil, bem como os avanços ocorridos nesta atividade e como ainda, não impedem os casos de erro médico. A presente pesquisa foi desenvolvida conforme o método de abordagem dialético, bem como a técnica da pesquisa bibliográfica. Respeitar a autonomia do paciente, quando do contrato de consentimento tem o objetivo de mesmo deixando certa margem de decisão e liberdade de ação aos médicos, conseguir o paciente demonstrar em um fortuito erro ocorrido, até que o ponto o profissional conservou sua independência. Para justificar tal premissa buscou-se desenvolver um estudo acerca da conduta deste, quando, agindo em desconformidade com a boa prática médica, acaba por realizar um dano ou a má conduta clínica. O direito trata do tema sob o enfoque da responsabilidade médica a qual pode ser objeto de responsabilidade civil nas modalidades subjetiva e objetiva, onde a primeira elenca os pressupostos da culpa strictu sensu (negligência, imperícia e imprudência), com o liame da conduta do agente por ação ou omissão voluntária, o nexo causal e o dano experimentado pela vítima. Já na segunda modalidade, releva-se o elemento culpa, bastando haver o dano para que o causador deste tenha o dever de indenizar a vítima. Há ainda o enfoque administrativo para disciplinar tal conduta com o processo ético médico, que em muitos casos acaba seguindo a decisão da responsabilidade civil. A justificativa da escolha do tema se dá pela necessidade de estreitar responsabilidades entre profissional para com o paciente quando do tratamento da dignidade da pessoa humana. Procura-se levar em conta com o termo de consentimento, em eventual julgamento do profissional, a análise se o mesmo podia fazer ou sabia o que fazer em determinado procedimento. É a forma como o direito tem conseguido fazer prova nos tantos casos de erro médico, os quais são praticamente impossíveis de ser provados por serem tratados muitas vezes como fatalidades. O intuito da pesquisa está em estreitar laços entre o que se tem e pretende com o termo de consentimento informado com a responsabilidade civil médica em caso de erro.

Palavras-chave: Autonomia; Termo de Consentimento; Médico; Responsabilidade.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Negociais pela Universidade de Marília – SP. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil. Coordenadora dos Cursos de Pós-graduação em Direito na UNIFCV. Docente na UNIFCV. Advogada em Maringá - PR. Endereço eletrônico: prof_mansano@unifcv.edu.br

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR; Diretor de Relações Institucionais do CONPEDI. Endereço eletrônico: vmcarmo86@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O artigo aborda como é visto, de forma ética jurídica, o termo de consentimento e suas consequências na responsabilidade médica quando do erro médico. Para justificar tal premissa, buscou-se desenvolver um estudo acerca da conduta desse profissional quando, agindo em desconformidade com a boa prática médica, acaba por realizar um dano ou a má conduta clínica.

Com a crescente evolução da medicina, a falha do médico deve ser analisada de maneira cautelosa e detalhada. A responsabilidade civil desse profissional, como a de todos os outros, tem em si tanto um caráter jurídico como a obrigação de reparar o dano causado a alguém no exercício da profissão.

A pesquisa mostra-se de suma importância ao analisar a prática médica no Brasil na contemporaneidade, mostrando as normas acerca da responsabilização civil, bem como os grandes avanços ocorridos nessa atividade e como isso, ainda, não impede a ocorrência de casos de erro médico.

O termo de consentimento informado, que é a autonomia do paciente que não pode ser desrespeitada, em conformidade com o disposto no Código de Ética Médica, determina direitos e deveres desses profissionais, tendo ainda no Processo Ético disposições que disciplinam e julgam a conduta do profissional da medicina quando viola tais normas.

Salienta-se que a responsabilidade civil, nos casos de desrespeito ao termo de consentimento médico, é aplicada nas modalidades subjetiva e objetiva, em que a primeira elenca os pressupostos da culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia e imprudência), com o liame da conduta do agente por ação ou omissão voluntária, o nexo causal e o dano experimentado pela vítima. Já na segunda modalidade, releva-se o elemento culpa, bastando haver o dano para que seu causador tenha o dever de indenizar a vítima.

Realça-se ainda, a importância da Lei n. 8.078/1990, ou seja, do Código de Defesa do Consumidor, bem como da Lei n. 10.406/02 ou Código Civil, na atribuição de deveres aos prestadores de serviço de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva. Nesse sentido, também, há a responsabilização solidária dos hospitais, clínicas, planos de saúde e do Sistema Único de Saúde - SUS.

Buscar-se-á analisar, inclusive, a responsabilidade dos hospitais, destacando, desde já, que a obrigação tratada na presente pesquisa é a de meio, ou seja, o profissional da área médica não se compromete com o resultado, mas sim em empenhar todos os seus esforços e tecnologia para alcançar a cura do paciente.

A justificativa da escolha do tema se dá porque há afronta à dignidade da pessoa humana ao se banalizar tal forma de consentimento, no tocante, principalmente, à ocorrência de erro do profissional.

O texto desenvolve-se em três tópicos. O primeiro abordará a formação médica no Brasil, abordagem ampla sobre o estudo do termo de consentimento e, ao final, as formas de responsabilidade médica.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida conforme o método de abordagem dialético jurídico, bem como a técnica da pesquisa bibliográfica.

2. A PRÁTICA E O ENSINO DA MEDICINA A PARTIR DE 1966

A medicina não contava com tantos aparatos modernos quanto hoje. Contudo, foi a partir de 1966, com a unificação dos institutos de previdência e SUS, para realização da Assistência de Saúde, que a relação médico-paciente se distanciou, estabelecendo-se de tal forma que o paciente não conhece mais o médico nem o médico o paciente.

Hodiernamente, a ciência na área médica está cada vez mais moderna e conta com a tecnologia a seu favor para o emprego de técnicas para atender esses profissionais, seja para diagnosticar, seja para cirurgias cada vez menos invasivas.

O Estado, que conta com recursos insuficientes para custear a área da saúde, acaba por fazer com que as internações sejam cada vez mais rápidas. Já os planos de saúde, que se encontram cada vez mais burocráticos para realização de exames específicos, institucionalizam o trabalho médico de tal forma que os obrigam a atenderem de forma cada vez mais rápida e sem envolvimento com o paciente, gerando um afastamento e uma insegurança para estes quanto à prática médica.

O artigo 951 do Código Civil Brasileiro preceitua:

Indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imperícia ou imprudência, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2002).

A redação do artigo supracitado estabelece indenização quanto à atividade profissional que causar dano ao paciente. Entretanto, não há normas para regular a má conduta clínica, decorrente de negligência, imperícia ou imprudência, sendo aferido o erro pela culpa, responsabilidade subjetiva.

De acordo com Farah (2010), a Resolução n. 1246/1998, Conselho de Ética Médica, estabelece normas sobre princípios básicos, éticos e morais para reger a conduta médica, porém, não possuem força de lei, mas têm sanções disciplinares de grau variado. Todavia, essas sanções podem influenciar na avaliação ou valoração da responsabilização civil por dano causado ao paciente. Continua afirmando o autor que, para exercer a medicina, o profissional deve ser habilitado em duas categorias: a profissional, que é obtida nas faculdades de medicina; e a legal, por meio do registro nos conselhos regionais de medicina. Este atende ao interesse público da fiscalização profissional, bem como ao interesse particular do paciente.

Com a chegada do século XXI, ganhou força a preocupação em humanizar e democratizar a relação médico-paciente. Movimento este, que valoriza a dignidade da pessoa humana, levando a medicina a repensar o vínculo de submissão do paciente a todas as decisões do seu médico. Passa-se a conhecer a autonomia do enfermo, protegida não apenas por normas éticas como também pelo direito (FARAH, 2010, p. 76).

Importante destacar que houve um aumento de ações judiciais por erros médicos no Brasil, tendo em vista que a redemocratização permitiu que as pessoas tivessem mais acesso a informações sobre o sistema e serviços de saúde, fazendo com que a população visse no acesso à justiça uma forma de diminuir sua vulnerabilidade frente às práticas médicas nem sempre esclarecidas aos pacientes, bem como também forçou a criação de um canal de comunicação mais objetivo com esses profissionais quanto aos procedimentos tomados, estabelecendo protocolos e documentos que visam esclarecer suas atitudes e demonstrar os riscos das atividades executadas.

Para abordar a má prática médica, faz-se mister lembrar que é uma profissão cujas peculiaridades implicam risco elevado e que estão sujeitos a dificuldades e fatalidades que nem sempre acontecem por culpa do profissional. Acerca do tema, aduz Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 827):

Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente.

A institucionalização do trabalho do médico é uma questão relevante, além da burocratização, segmentação, rotinização e padronização de seus atos, pois cada vez mais esse trabalho vem se desenvolvendo em organizações, levando ao desgaste da autonomia profissional e à perda dos preceitos éticos que a medicina estabelece como ideal de trabalho.

Entretanto, a vantagem dessa revolução tecnológico-científica são as informações que o paciente tem hoje, contudo, essa também é uma das causas do aumento das ações judiciais contra os médicos.

3. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

O termo de consentimento informado é a ciência do paciente quanto ao procedimento terapêutico que será realizado pelo médico e, também, é um dos deveres do médico em relação ao paciente, pois a conduta clínica deve ajustar-se às normas éticas e jurídicas dentro da relação médico-paciente.

O respeito à autonomia do paciente pressupõe que este dará seu consentimento antes da realização do procedimento médico. Assim, com essa autorização, o médico passará todas as informações detalhadamente, vantagens e desvantagens, assim como os riscos ao paciente e tudo que será realizado durante o tratamento.

A Declaração Universal de Direitos de 1948 traz, implicitamente, no seu texto o consentimento informado, já no Brasil foi introduzido por Diretrizes Internacionais da Biomedicina nas Pesquisas em Seres Humanos, por volta de 1985. O Conselho Nacional de Saúde estabeleceu normas de pesquisa na área de saúde (em 1988) por consentimento próprio do paciente ou por intermédio de seu representante legal.

No Brasil, há toda uma fundamentação legal específica sobre o termo de consentimento informado, que teve origem por volta da década 1980 com a Resolução n. 1.081/1982 do Conselho Federal de Medicina juntamente com a Resolução n. 196/1996. (CFM, 1982). Nesse sentido, diz o “Art. 1º O médico deve solicitar a seu paciente o consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica a que este será submetido”.

Embora o Código Civil Brasileiro de 2002 não traga expresso o termo, pressupõe sua exigência ao dizer no “Art. 15 Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002).

A autonomia do paciente é um princípio fundamentado no Código Civil de 2002, no qual ele tem o direito de dispor sobre o próprio corpo, pois deve ponderar sobre o tratamento a que vai estar submetido, entre desconfortos, riscos e benefícios, cabendo ao profissional

da saúde passar-lhe todas as informações suficientemente claras.

O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana também serve como base da autonomia do paciente, pois se relaciona com o direito à vida e a liberdade. Assim explica Barros Jr. (2011):

Quando o médico age sem respeitar a autonomia do paciente arcará sozinho com todo o ônus e sua intervenção, para que a relação médico-paciente seja ética e juridicamente legítima é necessário que exista como fundamento a autonomia do paciente.

Com esse termo, pelo menos em tese, o médico cumpriria o necessário à sua obrigação moral de informar tudo o que se passa com o paciente, como fim de eximir-se de sua eventual responsabilização civil em caso de insucesso no tratamento, sem que tenha havido culpa de sua parte. Acerca do disposto, aduz Maria Helena Diniz (2002. p. 81):

O contrato médico deverá conter implicitamente os seguintes deveres: dar conselhos aos seus clientes, logo o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente às precauções exigidas pelo seu estado. Bem como, cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, pois assume a obrigação de meio, já que não tem o dever de curar, não podendo ser imprudente, negligente ou agir com imperícia, sob pena de responder por dano moral e patrimonial art. 951 CC; art. 14 CDC, cabendo-lhe provar que não agiu com culpa; art. 6º, VIII, CDC. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Em sendo assim, pode-se dizer que o médico não pode ultrapassar os limites do contrato realizado quando da assinatura do Termo de Consentimento Informado, porque responde pelos danos que der causa, se contrariar o pedido do doente ou de seus familiares, não requisitando a presença de especialistas.

De acordo com o Código de Ética Médica, é vedado aos médicos:

Art. 31 Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Ademais, o Código de Ética Médica, no capítulo IV, no art. 22, traz ainda expresso que é vedado ao médico “deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Responsabilidade Médica Face ao Termo de Consentimento do Paciente

Cabe destacar que a classe médica vem demonstrando certa preocupação em esclarecer e documentar todos os procedimentos realizados pelo fato de poder haver necessidade de comprovar o consentimento do paciente. Por isso mesmo, o Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Sul, bem como outros pelo país, têm orientado aos profissionais acerca da necessidade de realização do termo de consentimento informando o que será realizado com o paciente, instruindo o médico, ainda, a apostar a assinatura de dois familiares juntamente no termo (SOUZA, 2008).

Acerca do assunto, o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990 traz em seu texto:

Art. 9º O fornecedor de produtos ou serviços potencialmente perigosos à saúde ou a segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Tal situação, apesar de não ser específica à área da medicina, dispõe acerca do fato de que todo aquele que executa um serviço que possa gerar danos à saúde ou à segurança, tem o dever de prestar informações de forma clara, precisa e abrangente para que a pessoa a ser tratada possa tomar sua decisão de forma consciente de todos os riscos que à mesma implicam. Nesse sentido, enfatiza Miguel Kfoury Neto (2015, p. 289):

O médico deve informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá também, de aconselhá-lo, prescrevendo cuidados que o enfermo deverá adotar. O inadimplemento de esse dever conduzirá a obrigação de indenizar. O ônus de provar a obtenção do consentimento informado cabe ao médico, tal prova preferencialmente, deve ser escrita, revestir forma documental [...] a prova da informação pode ser realizada por todos os meios em direito admitidos.

Portanto, o termo de consentimento informado além das resoluções do Conselho Federal de Medicina, Código de Ética Médica, ainda conta com leis específicas tanto no Código Civil de 2002, quanto no Código de Defesa do Consumidor à luz da Constituição Federal e Princípios Constitucionais à proteção à autonomia da vontade do paciente.

3.1 Os deveres do Médico consignados no Código de Ética Médica

Como todas as profissões, a área médica também tem que se submeter a um controle moral, bem como ter uma conduta ética amparada nos princípios consagrados no Código de Ética Médica, pois se trata de normas de observância, bem como de direitos e deveres do

médico.

É importante ressaltar que o Código de Ética, em seu capítulo I, artigo 6º, traz um compromisso do profissional da área representado pelo juramento de Hipócrates, o que acaba por gerar um contrato tácito e implícito dos atos médicos com cada paciente, o qual tem sua autonomia reforçada pelo requisito obrigatório de que todo e qualquer ato deverá ser plenamente informado dentro do tratamento.

O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. “Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

Assim como os médicos seguem uma conduta ética médica nos moldes do Código de Ética, também existe um Código de Processo Ético no qual médicos julgam a má conduta clínica.

O Código de Processo de Ética Médica foi conferido pela Lei n. 3.268/1957, contudo, nos anos que se seguiram, foi modificado por decretos, sendo ainda sempre revisado por Resoluções do CFM, sendo que a última revisão se deu pela Resolução CFM n.2.158/2017, e agora pela Resolução CFM 2.217/2018.

Nessas alterações, considera-se a atualização e revisão do Código de Processo Ético Profissional, no qual os Conselhos são disciplinadores e julgadores dos profissionais médicos para que o ofício seja exercido com prestígio e responsabilidade.

Ademais, no Código de Processo Ético Profissional, quem julga as infrações do médico é o Conselho Regional de Medicina do local onde o profissional esteja inscrito, sendo a responsabilização independente de outros processos cíveis ou criminais que possam vir a acontecer.

Vale ressaltar ainda que, de acordo com o novo Código de Ética Médico, Resolução CFM 2.217/2018, os deveres do médico se estendem em caso como o que ocorre com aqueles optantes pelo testamento vital. Esse consentimento declarado e documentado ocorrerá em casos em que o paciente estará inconsciente e não poderá consentir de forma plenamente capaz.

Conclui-se que o consentimento informado por meio de testamento vital acaba sendo importante na tomada de decisões por parte dos profissionais da medicina, ou seja, os médicos especificamente.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil é o dever de reparar o dano, bem como a distribuição dos danos é a imputação em desfavor da pessoa que casou a lesão por ação ou omissão voluntária, sendo a responsabilidade civil caracterizada pela violação dos princípios fundamentais de não causar lesão a outrem, quando comete um ato ilícito, conforme afirmação de Cordeiro (2015).

A responsabilidade do médico, como a de todo profissional liberal, consiste em seguir normas éticas no exercício da profissão, assim, é fundamentado que todo aquele que causar dano seja obrigado a reparar e suportar o prejuízo experimentado pela vítima.

Pode-se constatar da análise legal, da jurisprudência e doutrina, que o entendimento que prepondera no direito brasileiro é o da responsabilidade subjetiva, que ocorre na maioria dos casos, restando a aplicação da responsabilidade objetiva somente a casos específicos.

Em sendo assim, a Lei n. 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro – dispõe no artigo 951 que:

O disposto nos arts. 948 949 e 950 aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Deverá indenizar a pessoa ou os herdeiros (no caso de morte), pelo dano causado. Contudo, não se considera erro profissional se resulta da incerteza ou da hesitação da arte médica, objeto de controvérsias científicas.

Não se pode considerar que houve imperícia ou negligência do médico ao operar o doente, removendo focos de infecção no ouvido, se diante desse fato acarretar perda de audição, pois resultou desta infecção (KFOURI NETO, 2015, p. 46).

Gagliano (2015) afirma que a responsabilidade subjetiva, *stricto sensu*, pressupõe três elementos: dano, culpa e nexo de causalidade. No qual o dano é lesão de um bem jurídico tutelado pelo direito, que, para responsabilidade, deve haver a conduta humana ilícita que cause danos à vítima.

Continua afirmando o autor enquanto a Culpa consiste por parte do agente (sentido *stricto sensu*) na negligência, imperícia ou imprudência. Já o nexo de causalidade é a causa o liame entre a conduta ilícita e o prejuízo experimentado pela vítima.

Neto, *apud* França (2001) A negligência médica³ consiste em inércia, inação,

³“A negligência acontece pela falta de cuidado ou de precaução com que se executam certos atos. É

passividade, quando se abandona o doente, se omite em tratamento, receita indecifrável, na qual o farmacêutico fornece remédio diferente do prescrito na receita, troca de prontuários e exames, desatenção, desídia e distração que induzem a cirurgia ou procedimento em lado diverso. Ex.: Cirurgia do lado esquerdo do cérebro enquanto deveria ser feita do lado direito.

A imprudência⁴ é comissiva a culpa, os profissionais agem sem cautela é o caso do cirurgião que inicia a cirurgia sem a chegada do anestesista e ele mesmo aplica a anestesia, causando a morte do paciente. Também é imprudente aquele profissional que realiza cirurgia de 01h (uma hora) em 30m (trinta minutos).

A imperícia⁵ é a inobservância das normas, falta de conhecimento técnico e despreparo na profissão, falta de habilidade, delegação a outro profissional inabilitado para a profissão.

Na reparação de danos com a responsabilidade civil, o autor tem que provar o nexo de causalidade, o liame causal de que o dano decorreu da atuação culposa do médico, admitindo-se, para tanto, todo tipo de prova. Assim, o juiz nomeia um perito médico que analisa os laudos e prontuários para verificar a conduta médica.

Outra modalidade de responsabilidade civil é a objetiva, que é a obrigação de reparar danos, contudo independe do elemento culpa. É caracterizada pelo risco, em que a teoria do risco consiste em atribuir o prejuízo ao autor que causou o dano.

O Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/1990 - traz no artigo 14, §4º:

Art. 14 O fornecedor de serviços responde, independente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

caracterizada pela inércia, indolência, falta de ação e passividade. É um ato omissivo, oposto da diligência que seria agir com cautela, cuidado e atenção, evitando quaisquer distorções e falhas. O negligente não observa a norma técnica que deveria observar, e que todos os outros observam” (LUIZ NETO; ALVES, 2010, p. 69).

⁴“A imprudência é a imprevisão do agente em relação às consequências do seu ato ou ação. O profissional médico tem atitudes, não precipitadas, sem ter cautela, sendo resultado da não racionalização. Neste caso, o médico tem perfeito conhecimento do risco, e ignorando a ciência médica, toma a decisão de agir mesmo assim. O imprudente usa terapêuticas sem necessidade e muitas vezes técnicas terapêuticas que podem ser nocivas para o paciente” (LUIZ NETO, ALVES, 2010, p. 69).

⁵“A imperícia ocorre quando o médico revela em sua atitude falta ou deficiência de conhecimentos técnicos da profissão. É a falta de observação das normas e despreparo prático necessário para exercer determinada atividade. Devem-se avaliar os progressos científicos que sejam de domínio público, e o profissional deve ter conhecimento para a utilização da técnica indicada para cada tipo de procedimento ou doença. O imperito não sabe, no seu modo de agir, o que um médico deveria saber” (LUIZ NETO, ALVES, 2010, p. 69).

A responsabilidade objetiva basta à relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano. Dispensa-se a alegação e prova da conduta culposa, não se confundindo com a responsabilidade por culpa presumida, pois na responsabilidade objetiva não importa se a conduta do agente é culposa ou dolosa, existindo o nexo de causalidade, surge o dever de indenizar (KFOURI NETO, 2015, p. 50).

Há que se ressaltar que existe a responsabilidade civil solidária dos médicos, hospitais, clínicas, planos de saúde e Sistema Único de Saúde (SUS), aos quais é possível exigir do credor o cumprimento integral da obrigação de apenas um ou de todos os devedores, pois qualquer um deles responde pelos atos dos outros.

Continua Kfourir Neto, quando o paciente ou familiares forem vítimas de um dano, têm legitimidade ativa para pretensão, enquanto aquele, ou aqueles, que causaram a lesão têm legitimidade passiva na ação.

A Lei 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro - fundamenta no artigo 932 a reparação por parte do empregador responsável por seus prepostos:

Art. 932 São também responsáveis pela reparação civil:

III – O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçal e prepostos, no exercício do trabalho, que lhes competir, ou em razão dele;

Assim como a Lei 8.078/1990 Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 25 e 34 dispõe:

Art. 25 É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nas seções anteriores.

§1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores (BRASIL, 1990).

Art. 34 O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (BRASIL, 1990).

As operadoras de planos de saúde respondem solidariamente com os médicos vinculados a seu sistema em caso de dano, para o Código de Defesa do Consumidor tanto a operadora, quanto o hospital ou médico tem responsabilidade objetiva e concorrente, no limite de sua culpa.

Quanto ao Sistema Único de Saúde, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando o hospital for público, a responsabilidade será objetiva, sem o elemento culpa, pois ocorre a teoria do risco administrativo, a saber, no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Art. 37 A Administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Ainda, que o Estado não responderá pelos danos causados por seus agentes públicos que não estiverem no exercício da função, nem quando o fato ocorrer por culpa exclusiva da vítima. Os hospitais públicos respondem com a mesma responsabilidade do Estado, e os hospitais conveniados ao SUS (Sistema Único de Saúde) também respondem do mesmo modo.

Assim sendo, pela doutrina e jurisprudência, os médicos, na maioria dos casos, assumem, com relação ao tratamento do paciente, uma obrigação de meio, sem comprometimento com o resultado, mas tão somente que utilizará de todos os meios possíveis para alcançar a cura, mas sem se comprometer em realizá-la.

Por conseguinte, quem tem que provar a culpa do médico é o paciente. Diferente das cirurgias plásticas, nas quais a obrigação é de resultado, logo o profissional contratado se compromete com o resultado, no qual caberá a inversão do ônus da prova, cujo médico tem que provar que não foi o culpado.

Assevera Miguel Kfourri Neto (2015, p. 235):

que divide os atos praticados dentro do hospital em: atos extra médicos, atos paramédicos e atos essencialmente médicos, o primeiro consiste na conduta do hospital, a permanência do paciente no mesmo, corresponde a hotelaria, podendo esses atos em havendo danos, responsabilizar o hospital, posto que o nexos causal adveio da instituição hospitalar: ato do agente e dano.

Para os atos paramédicos está a conduta dos enfermeiros (injeção mal aplicada, controle de pressão arterial, alimentação paraenteral, etc.), também caberá a responsabilização do hospital, de forma objetiva, posto que, decorre do fato deste ser o empregador do agente causador do dano, o que não impede que se comprovada a culpa uma ação de regresso.

E, por último os atos essencialmente médicos, que advêm da conduta do médico, nesse caso o hospital somente responderá se provada a culpa. Erro de diagnóstico é escusável, pois o médico não é obrigado a acertar cem por cento o diagnóstico, tem que haver prova da culpa do médico.

Há três esferas de responsabilização no que tange ao profissional da medicina, são elas: administrativa, penal e civil. A civil e administrativa já foram tratadas ao longo da pesquisa, porém é importante fazer algumas considerações acerca da responsabilidade penal.

Essa é autônoma, como a civil e a administrativa⁶, contudo, quando o médico causa a morte do paciente por negligência, imperícia ou imprudência, além das responsabilidades já citadas, acaba por cometer também uma infração penal, sendo punido conforme o art. 121 do Código Penal em seu parágrafo 3º, que dispõe que a pena por matar alguém, quando o homicídio é culposo, será a de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

Ainda a responsabilidade penal tutela a integridade física do paciente, em que um ato ilícito pode ensejar mais de um ramo do direito. Assim, todas as modalidades de responsabilização decorrem da violação de obrigação, que pressupõe o dever de indenizar o dano sofrido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possibilitou uma análise do que o Código de Ética Médica regula como direitos e deveres do médico, no chamado Termo de Consentimento Informado, no qual o paciente tem ciência do que acontecerá durante o procedimento que vai ser realizado, tendo plena liberdade de escolher se vai submeter-se ou não ao procedimento terapêutico.

Analisou-se que cabe também ao médico orientar e passar todas as informações, sem omitir nada, sobre a saúde do paciente. Por isso mesmo, a legislação ética para área médica, bem como a legislação civil, faz apontamentos sobre as modalidades de responsabilização subjetiva e objetiva, e os preceitos legais que tratam desse tema.

As obrigações de meio tratadas aqui, demonstram que o médico não tem a obrigação de curar, mas de colocar todo seu conhecimento e esforço com o fim de curar a doença.

A análise salientou a importância do Código de Defesa do Consumidor, bem como do Código Civil à luz da Constituição Federal e os princípios constitucionais que guardam a dignidade da pessoa humana no que tange ao prejuízo sofrido com o dano causado pelo profissional da área da saúde, acerca do erro médico, observando-se que a responsabilização vem desde os tempos mais remotos que remonta a sociedade, com finalidade de

⁶CC, Art. 935 A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (BRASIL, 2002).

responsabilizar aquele que causa dano a outrem. Constatou-se que uma das causas de falhas também é a institucionalização e burocratização da medicina, na qual o médico não tem mais uma relação próxima com o paciente, pois este, atualmente, recorre às listas de planos de saúde ou designação do Sistema Único de Saúde – SUS para um profissional para lhe atender.

Contudo, respeita-se, nos dias de hoje, a autonomia do paciente que deve estar plenamente informado por seu médico de todos os procedimentos que lhe serão inferidos a fim de que possa opinar acerca do seu consentimento em receber o tratamento, tendo em vista que a legislação civil, em seu art. 15, quando trata dos direitos de personalidade, deixa claro que a pessoa humana tem o direito de negar-se a ser submetida a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica quando esta possa importar em risco de vida.

REFERÊNCIAS

BARROS JR., Edmilson de Almeida. **Direito Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 mar. 2019.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. 2010. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARAH, Elias. **Atos Médicos: Reflexões sobre suas responsabilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GODOY, Roberto. A Responsabilidade Civil no Atendimento Médico-Hospitalar. *In*: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (org.). **Responsabilidade Civil: doutrinas essenciais**. Volume V. Direito Fundamental à Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 827-868.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v. 05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LUIZ NETO, Adamos; ALVES, Milton Ruiz. Revista Brasileira de Oftalmologia, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbof/v69n2/a01v69n2.pdf>. Acesso em 15 ago. 2019.

REZENDE, Jofre Marcondes. **À sombra do Plátano: Crônicas da medicina**. São Paulo: Unifesp. O juramento de Hipócrates. p. 31-48. São Paulo. 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-04.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e consentimento informado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 337, 9 jun. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5311>. Acesso em: 10 ago. 2019.

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADAS POR DANO MORAL EM FACE DA PRÁTICA DE *BULLYING* NO AMBIENTE ESCOLAR

Fabrcio Veiga Costa¹

Leticia Mirelli Faleiro e Silva²

Resumo: A presente pesquisa objetiva investigar a responsabilidade civil decorrente de dano moral da instituio de ensino particular em razao da ocorrencia de bullying no ambiente educacional, por meio da repoduo de violencia em suas varias formas, notadamente, violencia fisica, moral e sexual, na seara estudantil. Dentro deste contexto sera abordada a existencia de uma relacao de consumo estabelecida entre os responsaveis legais da vitima de bullying como sendo contratantes e a escola, como sendo a prestadora de servico com base no Codigo de Defesa do Consumidor, sobretudo no que tange a sua previsao legal que estabelece que a responsabilidade civil da escola e objetiva, bastando comprovar a ilicitude, dano e nexu causal. Assim, serao analisados os pressupostos da responsabilidade civil frente a conduta da escola no tocante a tematica aqui proposta. A omissao da instituio de ensino frente a pratica de bullying e ilicita e decorre dai o dever de indenizar a vitima pela ofensa de seus direitos. A justificativa da escolha do tema se da em razao da sua atualidade e relevancia. Concluiu-se que e possivel a condenacao da escola pela ocorrencia de bullying quando provados os requisitos legais. A vertente metodologica adotada: juridico-teorica; tipo de raciocinio: dedutivo; tipos metodologicos da pesquisa: historico-juridico, juridico-comparativo e juridico-interpretativo.

Palavras-chave: Bullying; Dano Moral; Instituio de Ensino Privada; Responsabilidade Civil.

Abstract: This research aims to investigate the civil liability arising from moral damages of the private educational institution due to the occurrence of bullying in the educational environment, through the repudiation of violence in its various forms, notably physical, moral and sexual violence, in the student field. Within this context, the existence of a consumption relationship established between the legal guardians of the victim of bullying as being contractors and the school, as being the service provider based on the Consumer Defense Code, especially with regard to its legal provision that establishes that the civil liability of the school is objective, sufficing to prove the illegality, damage and causal link. Thus, will be analyzed the assumptions of civil liability facing the conduct of the school regarding the theme proposed here. The omission of the educational institution in the face of the practice of bullying is illegal and arises from this the duty to indemnify the victim for the offense of their rights. The justification of the choice of the theme is due to its topicality

¹ Doutor em Direito. Pds-Doutor em Educao. Professor da ps-graduacao e protecao dos direitos fundamentais da Universidade de Itauana. Email: fvcufu@uol.com.br

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Itauana. Pds-graduada em Cincias Criminais pela Universidade Gama Filho. Pds-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitagoras. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas. Advogada. faleiro.bueno.adv@hotmail.com

and relevance. It was concluded that it is possible to condemn the school for the occurrence of bullying when proven the legal requirements. The methodological aspect adopted: legal-theoretical; type of reasoning: deductive; methodological types of research: historical-legal, legal-comparative and legal-interpretative.

Keywords: Bullying; Moral Damage; Private Education Institution; Civil Responsibility.

1. Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo geral investigar o fenômeno social da prática de *bullying* nas dependências da escola, de modo a analisar a possibilidade de responsabilidade civil por dano moral da instituição de ensino em razão de sua conduta omissiva. A escolha do tema justifica-se em razão de sua atualidade, relevância prática e teórica, além dos inúmeros episódios de *bullying* que ocorrem no espaço escolar, exigindo-se um entendimento transdisciplinar da temática, especialmente a abordagem no contexto da ciência do Direito.

Inicialmente, desenvolveu-se um estudo do *bullying* enquanto prática de violência moral, psicológica, física e sexual, delimitando-se o objeto da análise no contexto escolar. Em seguida, desenvolveu-se um estudo pontualmente no âmbito do direito, com o condão de justificar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor como fundamento regente do contrato de prestação de serviços educacionais.

Em meio as proposições mencionadas, elaborou-se a pergunta problema: é juridicamente possível responsabilizar civilmente por danos morais a escola pela prática de *bullying* em suas dependências? É jurídico-legalmente admissível a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor como referencial do contrato de prestação de serviços educacionais?

A realização da pesquisa bibliográfica e documental, realizada por meio de consultas a autores e documentos que abordam a temática proposta, viabilizou o estudo do tema na perspectiva analítica, comparativa, crítica e textual. A utilização do método dedutivo permitiu a delimitação do tema, partindo-se de uma concepção ampla, qual seja, o estudo do fenômeno social do *bullying*, especificando no estudo da responsabilidade civil por dano moral da escola.

2. A problemática do *Bullying* e seu contexto no âmbito escolar

“O termo *bullying* surgiu em 1973, através dos estudos de Olweus [...] para se referir a

qualquer tipo de comportamento de agressão entre crianas, em que um ou vrios indivduos abusa intencionalmente da sua situao de superioridade sobre a vtima” (ESPINHEIRA; JÓLLUSKIN, 2009, p. 108). Na verdade, o *bullying* “é uma forma de afirmao de poder manifestada por agressões verbais (ameaas, zombarias), exclusão social e indiretas (espalhar boatos maldosos)” (BERNARDINI; MAIA, 2010, p. 100). “De fato, a violncia conceituada como *bullying* é observada nas escolas – e em outros ambientes como no trabalho, na casa da famlia, nas foras armadas, prisões, condomínios residenciais, clubes e asilos” (ANTUNES; ZUIN, 2008, p. 34).

“No Brasil, diversas palavras e expresses tem sentido equivalentes ao *bullying*, como zoar, intimidar, humilhar, ameaar, excluir, difamar e tantas outras. Tal comportamento se manifesta por atos repetidos de opressão, discriminao, intimidao, xingamentos, chacotas, tirania, agressão a pessoas ou grupos” (MALTA; SILVA; MELLO; MONTEIRO; SARDINHA; CRESPO; CARVALHO; SILVA; PORTO, 2010, p. 3066). Nessa perspectiva, o *bullying* é um “termo que tem sido utilizado para designar uma prtica perversa de humilhaes sistemáticas de crianas e adolescentes no ambiente escolar” (PALÁCIOS; REGO, 2006, p. 3).

Importante ainda esclarecer que “o *bullying* se estabelece como uma violncia onde há uma relao desigual de poder, isto é, o agressor tem poder sobre a vtima”, haja vista que o “muitas vezes se apresenta ser maior fisicamente que o alvo, intimidando ainda mais, fazendo com que o alvo se considere uma pessoa fraca, sem condies de acabar com essa situao” (GRILLO; SANTOS, 2015, p. 62). Essa violncia estampada no espao escolar pode ser explícita, simbólica, implícita, manifestando-se de diversas formas. O principal efeito de todo esse cenrio violento é a coisificao da vtima, sua invisibilidade, exclusão, marginalidade. Reflexos no desempenho escolar são evidentes em razo do sofrimento causado naquele atingido diretamente por todos os efeitos dessas condutas.

A condio desigual em que se encontra o sujeito vitimado pelas condutas violentas fortalece o agressor, que muitas vezes se utiliza de sua superioridade (maior fora física) para ganhar espao de reconhecimento entre seus pares. O agente da prtica do *bullying* atua como protagonista de uma cena em que busca a condio de protagonista, procurando se auto afirmar, fortalecer-se diante do *locus* onde atua. A prtica do *bullying* era até pouco tempo não muito conhecida entre as pessoas. “O *bullying* passou a ser estudado cientificamente somente nas últimas décadas, tamanha a preocupao dos profissionais ao perceber a capacidade da agressão de gerar traumas, muitas vezes, irreversíveis nos envolvidos” (LEMOS, 2007, p.12).

“Entre esses comportamentos, podemos destacar agressões, assédios e ações

desrespeitosas realizadas de maneira recorrente e intencional por parte dos agressores” (SILVA, 2015, p. 19). A ausência de razões específicas ou justificáveis marca tais condutas, considerando-se que o objetivo do agente é fazer prevalecer a vontade dos mais fortes sobre os mais fracos, mediante atitudes violentas e voltadas à humilhação, coisificação e ameaças contra as vítimas, causando-lhes muita dor e sofrimento. São condutas nas quais seus agentes buscam fortalecerem-se diante dos demais, objetivando a liderança do grupo através da construção do sentimento de temor do reverencial hábil a legitimá-lo como líder inato.

Entretanto, “o *bullying*, tal como conceituado, não é, de maneira alguma, uma simples manifestação de violência sem qualquer fator determinante” Tal contraponto se faz necessário com o objetivo de demonstrar que “o *bullying* se aproxima do conceito de preconceito, principalmente quando se reflete sobre fatores sociais que determinam os grupos-alvo, e sobre os indicativos da função psíquica para aqueles considerados como agressores” (ANTUNES; ZUIN, 2008, p. 36). “Estudos em vários países revelam que os comportamentos de *bullying* são comuns [...] e que pelo menos 15% dos estudantes na escola estão envolvidos nesses comportamentos” (CARVALHOSA; LIMA; MATOS, 2002, p. 572).

“Em decorrência do *bullying*, a vítima pode desenvolver ou estimular pensamentos suicidas, isolamento, ansiedade, ira, indignação, rebaixamento ainda maior da autoestima, depressão, medo, traumas, angústia, vergonha, desejo de vingança, problemas psicossomáticos, marginalização, muito sofrimento e aversão à escola” (LEMOS, 2007, p.19).

A exposição direta e contínua da pessoa humana às práticas de condutas do agressor é hábil a contribuir significativamente para o fracasso ou evasão escolar. No momento em que a instituição de ensino se silencia, procurando demonstrar normalidade para não querer enfrentar o tema em seu ambiente, expõe a vítima, levando-a a enfrentar silenciosamente toda violência sofrida. “O *bullying* tem efeitos negativos sobre as próprias crianças (vítimas e agressores) e sobre as crianças que observam estas práticas (observadores passivos)”. Em razão disso, “estas se sentem muitas vezes incapazes de ajudar, o que provoca um sentimento de incapacidade e mal-estar, gerando sofrimento a estes observadores passivos” (PEREIRA; SILVA; NUNES, 2009, p. 458).

O tema proposto é de relevância social, uma vez que não afeta apenas suas vítimas. Qualquer conduta violenta praticada no âmbito escolar tem desdobramentos que atingem diretamente sua vítima e indiretamente toda a coletividade. O *bullying* gera insegurança no

outros alunos no atingidos diretamente pela conduta do agente, torna o ambiente escolar hostil, fomenta a prtica de violncia, gera a desigualdade, excluso e marginalidade da vtima e de outros alunos que com ela se identificam ou se solidarizam. “O *bullying* caracteriza-se por ser um problema mundial encontrado em todas as escolas, sejam elas privadas ou pblicas, o que vem se expandindo nos ltimos anos” Sabe-se que “a conduta *bullying* nas instituies de ensino tem sido um srio problema, pois gera um aumento significativo da propagaao da violncia entre os alunos” (REIS; OLIVEIRA, 2016, p. 64).

A ocorrncia do *bullying* no mbito escolar deve ser diretamente monitorada pela instituio de ensino, acompanhando-se as condutas omissivas e comissivas praticadas pelos professores ou demais funcionrios de seu corpo administrativo, j que os mesmos possuem o dever de repelir, orientar, prevenir e observar qualquer conduta, postura ou atitude que caracteristicamente evidencie a prtica de violncia no mbito escolar. “No h *bullying* sem que haja um pblico a corresponder com as apelaes de quem ironiza, age com sarcasmo e parece liderar aqueles que so expectadores” (TOGNETTA; VINHA, 2010, p. 452).

Fechar os olhos para tal fenmeno social e permitir que a escola se torne um espao de prtica reiterada da violncia moral, fsica, psicolgica e sexual, causando consequncia danosas nas vtimas. “A agressividade na escola e um problema que pode afetar seriamente a habilidade das crianas progredirem a nvel acadmico e social” (ESPINHEIRA; JÓLLUSKIN, 2009, p. 109).

Compreender a temtica proposta, sob a ptica transdisciplinar, e fundamental para o enfrentamento do debate da responsabilidade civil da escola. Estudos desenvolvidos por pesquisadores nas mais diversas reas do conhecimento contriburam para demonstrar a dimenso do tema, as aporias existentes. Evidencia-se, assim, que *bullying* comea na escola, gera reflexos na famlia, adoce a sociedade e, em razo disso, torna-se necessria a contribuio cientfica das proposies jurdico-legais, hbeis a esclarecer se a instituio de ensino pode ou no ser civilmente responsabilizada.

3. A responsabilidade civil objetiva da instituio de ensino particular proveniente da aplicao do Cdigo de Defesa do Consumidor no contrato de prestao de servios educacionais

O contrato de prestao de servios educacionais e regido pelo Cdigo de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), haja vista que o aluno e o destinatrio final do servio educacional ora prestado. Trata-se de contrato de adeso, que possui clusulas e obrigaes especficas assumidas tanto pelo consumidor quanto pelo fornecedor. Considera-se de

adesão o contrato no qual o consumidor recebe todas as cláusulas contratuais unilateralmente impostas pelo fornecedor, ressaltando-se que se deve garantir “a interpretação mais favorável ao aderente [...], já prevista no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor”, além de “declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante de natureza do negócio” (LÔBO, 2002, p. 15).

“Nos contratos de adesão a interpretação devia favorecer ao aderente”, já que essa preocupação “surgiu em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor, tocado pelos novos ventos que sopraram da Assembleia Constituinte, em virtude da retomada da plenitude democrática, e da Constituição cidadã de 1988” (PASQUALOTTO, 2002). A adesão às cláusulas contratuais unilateralmente impostas pelo fornecedor impede ao consumidor sua dialogicidade. A base de toda teoria geral dos contratos funda-se na possibilidade de os contratantes poderem discutir previamente as cláusulas do contrato, algo que se torna inviável nesse contexto, haja vista que “aderir é submeter-se ao contrato estabelecido e submeter a sua vontade protestando no íntimo contra a dura lei que lhe é imposta” (GOMES, 2006, p.10).

Pontualmente quanto ao tema objeto de análise no presente trabalho científico, verifica-se que a instituição de ensino assume a obrigação de garantir e oferecer um ambiente escolar saudável, seguro e que proporcione condições dignas ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. A responsabilidade civil da instituição de ensino decorrerá de condutas ilícitas, omissivas ou comissivas, comprovadamente praticadas em face do aluno (consumidor). Para isso, é fundamental provar que tal ilicitude decorre do descumprimento do contrato de prestação de serviços educacionais quanto à obrigação assumida pela instituição. No momento em que a instituição de ensino é omissa quanto ao cumprimento das obrigações acima mencionadas, surge a possibilidade de discussão da responsabilidade civil pelos danos causados à vítima.

O entendimento dos requisitos legais da responsabilidade civil objetiva é fundamental à compreensão da temática apresentada. A comprovação da conduta ilícita, dano e nexo de causalidade são suficientes a ensejar a responsabilidade civil da instituição de ensino, dispensando-se a demonstração da culpa do agente.

Quanto à ilicitude, sabe-se que a mesma decorre de condutas comissivas ou omissivas praticadas pela instituição privada de ensino (escola particular). A condutas comissivas podem ser observadas quando a escola fomenta o *bullying* em razão de alguma postura pedagógica adotada, como por exemplo, quando adota um posicionamento no sentido de

repudiar discussões de identidade de gênero, deixando expostos, vulneráveis e em evidência crianças ou adolescentes transgêneros e homossexuais, sujeitando-os ao *bullying* escolar. A ilicitude decorrente de condutas omissivas é evidenciada quando a própria escola toma conhecimento da prática de *bullying* e não se posiciona, deixando a vítima desprotegida diante da violência sofrida no ambiente escolar.

O dano sofrido pela vítima pode ser de ordem material ou moral. Os prejuízos materiais são aquelas perdas que comprovadamente decorreram da conduta ilícita do agente, ou seja, quando a criança ou adolescente, por exemplo, adoece em razão da prática de *bullying* no ambiente da escola, cabendo ao agente indenizar as despesas referentes ao tratamento médico. Já a reparação na esfera moral ocorrerá quando ficar demonstrado que a conduta ilícita praticada violou algum direito fundamental ou direito da personalidade da vítima, conforme exposto a seguir. A comprovação do nexo de causalidade, dispensando-se a demonstração da culpa do agente, é fundamental para esclarecer que o dano sofrido pela vítima adveio da conduta ilícita praticada pelo agente, justificando a reparação civil como medida compensatória do prejuízo moral ou material sofrido.

A partir dessas premissas apresentadas, demonstrou-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicado ao contrato de prestação de serviços educacionais, considerando-se que o aluno é o destinatário final do serviço prestado pela escola. Em razão disso, torna-se juridicamente aplicável as diretrizes legais e principiológicas de tal diploma legislativo, como o princípio da boa-fé objetiva, interpretação mais favorável ao consumidor, direito de informação, igualdade material em razão da vulnerabilidade, acesso à justiça, inversão do ônus da prova em virtude da hipossuficiência do consumidor.

As peculiaridades que caracterizam o contrato de prestação de serviços educacionais asseguram ao aluno o direito de ter um ambiente escolar saudável, seguro e que o assegure o pleno desenvolvimento humano no contexto do princípio da dignidade humana. A prática do *bullying* no ambiente escolar denota a prática de condutas ilícitas comissivas ou omissivas pela instituição de ensino, assegurando-se à vítima o direito à reparação. Quanto ao objeto específico da presente pesquisa, pretende-se evidenciar a responsabilidade civil por dano moral em razão do *bullying* praticado na escola, seus requisitos de configuração e os critérios jurídicos de quantificação.

4. Pressupostos legais da configuração de Dano moral em decorrência da ofensa à direitos fundamentais ou direitos da personalidade

“O dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua

tutela a todos os bens personalíssimos [...], razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 81). De forma expressa, o texto da constituição brasileira de 1988 estabelece no artigo 5., inciso X, o direito à indenização por dano moral ou material, decorrente da violação do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Nos dizeres de Yussef Said Cahali, o dano moral “é a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”. Trata-se de “dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade [...]), dano moral que prova direta ou indiretamente dano patrimonial” (CAHALI, 1998, p. 20)

O dano moral exige a comprovação da ilicitude do agente (contratual ou extracontratual), seja comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, praticada contrariamente aos direitos fundamentais ou direitos da personalidade da vítima. Pode ser juridicamente compreendido como uma ofensa aos atributos existenciais da vítima, cujos efeitos normalmente causam dor, sofrimento, angústia ou desordem física ou psicológica.

As proposições legislativas que regulam os direitos fundamentais e os direitos da personalidade protegem o patrimônio imaterial da pessoa humana, como a liberdade, igualdade, nome, vida, integridade (física, moral, educacional, psíquica, física, motora). O dano moral *in re ipsa*, também denominado de dano moral presumido, será indenizável independentemente da comprovação do sofrimento da vítima, como é o caso, por exemplo, da negativação indevida do nome de uma pessoa nos cadastros de registro de crédito.

A ofensa à honra objetiva ou subjetiva; violação de direitos fundamentais, como a vida, liberdade, igualdade, dignidade humana, princípio da não discriminação; condutas ilícitas contrárias a direitos da personalidade, como nome, integridade física, moral e psicológica, autonomia privada, são hábeis a ensejar o direito à reparação civil por dano moral.

“A indenização por dano moral não visa ressarcir os prejuízos morais e psíquicos”, tendo em vista que seu propósito é “compensar toda a dor, sofrimento íntimo e angústia que atingem a vítima da violência, assim como visa proporcionar para o autor da violência uma perda patrimonial como forma de punição pelo ato ilícito cometido, impedindo que pratique novamente a conduta ilícita e antijurídica” (NASCIMENTO; ALKIMIN, 2010, p. 2817).

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, “o dano moral, no sentido jurídico não é a dor,

a angustia, ou qualquer outro sentimento negativo experimentado por uma pessoa, mas sim uma lesao que legitima a vtima e os interessados reclamarem uma indenizao pecuniaria, no sentido de atenuar, em parte, as consequencias da lesao jurdica por eles sofridos” (DINIZ, 1998, p. 82).

O entendimento da natureza jurdica do dano moral refletir de forma direta na sua quantificao. A problemtica da temtica em tela e saber se a natureza jurdica e punitiva ou compensatorio-pedagoga, ressaltando-se que no Brasil tem prevalecido o entendimento atravs do qual “o fundamento do dever de reparao do dano no reside no propoito de sancionar ou punir, mas no princpio de que o dano sofrido tem que ser reparado, sempre que possvel, pelo responsavel” (SILVA; CASTRO, 2011).

As divergncias existentes com relao ao *quantum* indenizatorio encontram-se vinculadas a prpria natureza do dano moral no direito brasileiro, algo que gera instabilidade quanto a segurana jurdica das decises judiciais proferidas. “Ha autores que defendem a ideia do tabelamento dos danos morais, com o objetivo de colocar termo as divergncias existentes nos tribunais”. Para esses autores, “o tarifamento dos danos extrapatrimoniais subtrairia do magistrado a sua independncia na valorao do *quantum* indenizatorio, no atendendo aos preceitos normativos atualmente existentes no direito brasileiro e comparado” (REIS, 1998, p. 119-120).

Em contrapartida, a tarifao do dano moral acarreta a padronizao dos casos, inviabilizando uma anlise apurada dos detalhes, das peculiaridades que marcam cada demanda judicial. Dessa forma, ter-se-ia uma dimensao jurdica em que a capacidade financeira do ofensor e os efeitos jurdicos do dano na vida da vtima no seriam levados em considerao. E nesse contexto propositivo que sera abordada a problemtica atinente ao dano moral decorrente do *bullying*, especificamente no que tange a responsabilidade civil objetiva de a escola indenizar a vtima que sofreu a violncia (fsica, moral, psicolgica ou sexual) no espao escolar.

5. Conclusao

Conforme demonstrado na pesquisa, a prtica do *bullying* no ambito escolar e um fenmeno social contemporaneo que coisifica pessoas, submetendo-as aos efeitos diretos da violncia moral, psicolgica, fsica e/ou sexual, empregada pelo agressor, que se coloca em posiao de superioridade diante da vtima, atentando contra seus direitos existenciais, colocando-a numa posiao de subservincia que a impossibilite qualquer tipo de reao.

Frente a ocorrência do *bullying* em suas dependências, a escola tem a obrigação contratual de se posicionar haja vista que o contrato de prestação de serviços educacionais é de adesão, regido pelo Código de Defesa do Consumidor o qual atribui ao prestador de serviços, certos deveres decorrentes da relação consumerista dele advinda. No momento em que a escola se omite quanto ao cumprimento de uma ou mais de suas obrigações contratuais, e fica demonstrada a ocorrência de um dano, se opera a prática de ato ilícito passível de indenização, de modo que a instituição de ensino passa a assumir a responsabilidade pela prática dessa conduta ilícita omissiva.

Restando presentes os requisitos legais da responsabilidade civil objetiva é suficiente para a condenação da escola a indenizar a vítima por danos morais em razão da prática do *bullying*, havendo a aplicação imediata do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que o aluno é o destinatário final do contrato de prestação de serviços educacionais.

A conduta ilícita consiste na omissão da instituição de ensino em prevenir, reprimir ou minimizar os danos decorrentes da ocorrência do *bullying*. O dano moral, nesse caso, concretiza-se mediante a demonstração de que a conduta ilícita do agente desencadeou ofensa a um ou mais direitos fundamentais ou direitos da personalidade, cujos efeitos jurídicos são suficientes para atentar contra a dignidade humana, além de alterar substancialmente a rotina de vida da vítima. A quantificação do valor do dano levará em consideração as peculiaridades do caso concreto e a comprovação dos efeitos jurídicos da conduta do agente na vida da vítima, devendo ter o condão pedagógico-compensatório.

6. Referências

ANTUNES, Deborah Christina; ZUIN, Antônio Álvaro Soares. Do *bullying* ao preconceito: os desafios da barbárie à educação. *Psicologia e Sociedade*, 20 (1), 2008, p. 33-42. Disponível em <http://www.redalyc.org/html/3093/309326454004/>. Acesso em 20 jan. 2019.

BERNARDINI, Cristina Helena; MAIA, Helenice. *Bullying* escolar: uma análise do discurso dos professores. *Polêmica*, v.9, n.2, abr.-jun., 2010, p.99-104.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais 1998.

CARVALHOSA, Susana Fonseca de; LIMA, Luísa; MATOS, Margarida Gaspar de. *Bullying* – a provocação/vitimação entre pares no contexto escolar português. *Análise Psicológica*, v.20, n.4, 2002. Disponível em <http://publicacoes.ispa.pt/publicacoes/index.php/ap/article/view/21/pdf>. Acesso em 20 jan. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESPINHEIRA, Filipa; JÓLLUSKIN, Glória. Violência e *bullying* na escola: um estudo exploratório no 5. ano de escolaridade. *Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais*. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2009, p. 106-115. Disponível em http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/1319/1/106-115_%20FCHS06-14.pdf. Acesso em 20 jan. 2019.

GOMES, Rogério Zuel. A NOVA ORDEM CONTRATUAL: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.58, 2006. Disponível em <http://www.gomes-rosskamp.adv.br/artigos/Artigo1.pdf>. Acesso em 22 jan. 2019.

GRILLO, Mariana Aparecida; SANTOS, Ana Caroline Silva. *Bullying* na escola. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, v.12, n.3, p. 61-74, jul.-set., 2015. Disponível em <http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/ch/article/view/1414/1540>. Acesso em 20 jan. 2019.

LEMOS, Anna Carolina Mendonça. Uma visão psicopedagógica do *bullying* escolar. *Revista de Psicopedagogia*, v.24, n. 73, São Paulo, 2007. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862007000100009. Acesso em 20 jan. 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no Novo Código Civil. *Revista Jurídica Unirondon*, Cuiabá, 2002, p. 11-24. Disponível em https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31235998/revista_juridica_3p.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1516647634&Signature=M RjUtZv FVp3EFg02MoorV0h76k0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DIncursoes_psicanalicas_para_pensar_a_r.pdf#page

=12. Acesso em 22 jan. 2019.

MALTA, Deborah Carvalho; SILVA, Marta Angélica Iossi; MELLO, Flavia Carvalho Malta de; MONTEIRO, Rosane Aparecida; SARDINHA, Luciana Monteiro Vasconcelos; CRESPO, Claudio; CARVALHO, Mércia Gomes Oliveira de; SILVA, Marta Maria Alves da; PORTO, Denise Lopes. *Bullying* nas escolas brasileiras: resultados da Pesquisa Nacional de Saúde Escolar (PeNSE), 2009. *Ciência e Saúde Coletiva*, 15 (Supl,2), 2010, p. 3065-3076.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. Violência na escola: o *bullying* na relação aluno-professor e a responsabilidade jurídica. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, realizado em Fortaleza, 2010. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3776.pdf>. Acesso em 22 jan. 2018.

PALÁCIOS, Marisa; REGO, Sérgio. *Bullying*: mais uma epidemia invisível? *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v.30, n. 1, jan.-abr., 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbem/v30n1/v30n1a01>. Acesso em 20 jan. 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. *O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil*. Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirConsumidor/artigos/Artigo.Consumidor-O.CDC.em.face.do.Novo.Codigo.Civil.pdf>. Acesso em 22 jan. 2019.

PEREIRA, Beatriz; SILVA, Marta Iossi; NUNES, Berta. Descrever o *bullying* na escola: estudo de um agrupamento de escolas no interior de Portugal. *Revista Diálogo e Educação*, Curitiba, v.9, n.28, set-dez, 2009, p. 455-466. Disponível em <http://www.redalyc.org/html/1891/189114443004/>. Acesso em 20 jan. 2019.

REIS, Luiz Paulo de Lima dos; OLIVEIRA, Thiago Augusto Costa de. *Bullying* escolar: o estudo desta agressividade. *Revista dos Alunos de Educação Física*, ano 3, 2016, p. 63-69. Disponível em [http://www.nwk.edu.br/intro/wp-content/uploads/2014/05/Educa%C3%A7%C3%A3o-F%C3%ADsica-s%C3%B3-falta-](http://www.nwk.edu.br/intro/wp-content/uploads/2014/05/Educa%C3%A7%C3%A3o-F%C3%ADsica-s%C3%B3-falta)

A Responsabilização Civil das Instituições de Ensino Privadas por Dano Moral em Face da Prática de *Bullying* no Ambiente Escolar

capa.pdf#page=89. Acesso em 20 jan. 2019.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *BULLYING – mentes perigosas nas escolas*. Como identificar e combater a violência e o preconceito na escola. São Paulo: Globo, 2015.

SILVA, Luzia Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. Natureza jurídica da responsabilidade civil por danos morais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10438&revista_caderno=7>. Acesso em 22 jan 2019.

TOGNETTA, Luciene Regina Paulino; VINHA, Telma Pileggi. Até quando? *Bullying* na escola que prega a inclusão social. *Educação*, Santa Maria, v. 35, 2010, p. 449-464.

Disponível em <http://www.redalyc.org/html/1171/117116968007/>. Acesso em 20 jan. 2019.

A CONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 489 DO CPC/15 NA LIMITAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: UM MODELO PARA O ESTADO DE DIREITO ÍBERO-AMERICANO?

Anderson Barbosa Paz¹

Gabriel Felix Menelau²

RESUMO: A fórmula do Estado de Direito nos países ibero-americanos apresenta o desafio comum de harmonizar as competências e o exercício das atribuições dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – ao mesmo tempo que deve manter a independência de um em relação ao outro. Com a complexificação social, a intensificação do processo de judicialização de demandas não previstas em leis, e o reconhecimento da complexidade da linguagem em um contexto jurídico, as decisões judiciais passaram a assumir um papel ativo na interpretação do Direito, chegando a criar normas a partir de novas teses. Esse processo tem aumentado as tensões no exercício das competências dos três Poderes. O Legislativo, por sua vez, tem procurado produzir normas específicas para evitar a usurpação de suas atribuições pelo Poder Judiciário. Busca-se, com isso, evitar que as decisões se tornem opinativas e amplamente discricionárias, sem uma justificação judicial convincente aos atores sociais. Isso pode, por sua vez, trazer mais instabilidade normativa e política se o Poder Judiciário entender que eventuais limites são ilegítimos. A fórmula do Estado de Direito – normas abstratas, gerais e previamente estabelecidas – parece, portanto, em crise nos Estados ibero-americanos. É nesse cenário que no Brasil entrou em vigor, em 2015, o §1º do art. 489 do Código de Processo Civil, com o objetivo de estabelecer elementos mínimos para uma decisão judicial ser considerada fundamentada. À luz dos princípios da motivação das decisões (art. 93, IX, CF) e da persuasão racional (art. 371, CPC), que fundamentam o livre convencimento motivado do juiz, entendem-se que os parâmetros do referido dispositivo são constitucionais e se apresentam como um modelo para o Direito ibero-americano. Porém, considera-se que tal normativa legal nem pode ser lida como um retorno a um formalismo oitocentista, em que a decisão judicial é estritamente silogística, nem como uma submissão do discurso judicial – que tem uma *ratio decidendi* própria – ao Poder Legislativo, sob pena de se infringir a independência entre os poderes. Por meio de uma metodologia de pesquisa documental e uma discussão eminentemente bibliográfica, objetivou-se considerar se o §1º do art. 489 do CPC/15 é um modelo viável para o Estado de Direito de matriz ibero-americana na harmonização dos Poderes ao limitar as decisões judiciais.

Palavras-chave: Estado de Direito; Limitação da Decisão Judicial; Fundamentação Jurídica.

ABSTRACT: The rule of law formula in Ibero-American countries presents the common challenge of harmonizing the competences and the exercise of the powers of the three Powers - Executive, Legislative and Judiciary - while maintaining the independence of each

¹ Mestrando em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em LEA Negociações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba. Especialização em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Faculdade Internacional da Paraíba. E-mail: andersonbarbosapaz@gmail.com.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: gabriel.menelau@gmail.com.

other. With social complexification, the intensification of the judicialization process of demands not foreseen in laws, and the recognition of the complexity of language in a legal context, judicial decisions began to take an active role in the interpretation of law, even creating norms from of new theses. This process has increased tensions in the exercise of the competences of the three Powers. The Legislature, in turn, has sought to produce specific rules to prevent the usurpation of its attributions by the judiciary. This seeks to prevent decisions from becoming opinionated and largely discretionary without convincing judicial decisions to social actors. This may, in turn, lead to more regulatory and political instability if the judiciary understands that eventual limits are illegitimate. The rule of law formula - abstract, general and previously established norms - thus appears to be in crisis in the Ibero-American states. It is in this scenario that in Brazil came into force in 2015, §1º of art. 489 of the Code of Civil Procedure, with the purpose of establishing minimum elements for a judicial decision to be considered justified. In light of the principles of the motivation of decisions (art. 93, IX, CF) and rational persuasion (art. 371, CPC), which underlie the judge's free motivated persuasion, it is understood that the parameters of that provision are constitutional and present themselves as a model for Ibero-American law. However, it is considered that such legal norms can neither be read as a return to a nineteenth-century formalism, in which the judicial decision is strictly syllogistic, nor as a submission of the judicial discourse - which has its own *ratio decidendi* - to the Legislative Power, under penalty of infringing the independence of the powers. Through a documentary research methodology and an eminently bibliographical discussion, the objective is to consider if the §1º of art. 489 of CPC / 15 is a viable model for the Ibero-American rule of law in harmonizing the Powers by limiting court decisions.

Keywords: Rule of Law; Limitation of Judicial Decision; Judicial Fundamentation.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com a ampliação do papel do discurso judicial em um regime democrático, tem-se debatido sobre seus limites. Postula-se que em uma democracia, as decisões judiciais devem ter uma fundamentação que, diante de seu *auditório*, possa se justificar e também se conservar em um quadro de tripartição de poderes sem usurpar competências Legislativas e Executivas. A complexificação da sociedade, porém, tem feito com que o discurso judicial abandone uma perspectiva formalista de interpretação da lei e caminhe rumo a uma hermenêutica ativa em que se criam normas no ato de decidir, justificando-se as soluções das lides concretas por meio da exposição de motivos da decisão. Tal justificação, porém, não implica na redução das decisões judiciais a um formalismo estrito. Pelo contrário, a motivação das decisões, dentro de parâmetros legais, deve apontar para a legitimação do discurso judicial perante seus atores que possibilite o controle jurisdicional em uma democracia.

Posta essa transição – do formalismo legal à criação de normas pelo Poder Judiciário – estabeleceram-se, pelo §1º do art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, com o fim de limitar a discricionariedade do juiz e melhor fundamentar o discurso judicial, seis elementos para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada. O problema que se interpõe é a consideração da constitucionalidade de tal dispositivo face ao princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, CF) e ao princípio da persuasão racional (art. 371, CPC) que fundamentam o livre convencimento motivado do juiz. Ademais, questiona-se se essa norma serve de modelo para o Estado de Direito íbero-americano?

Como hipóteses, é possível dizer que uma leitura formalista do discurso judicial e a tentativa de racionalização da decisão que submeta o Poder Judiciário ao Legislativo é inconstitucional. Ainda assim, estabelecer limites legais à atuação do Judiciário é importante, sendo o dispositivo em questão um modelo possível para limitação das decisões judiciais em países íbero-americanos. Assim, o presente artigo objetiva discutir a constitucionalidade do §1º do art. 489 do CPC/15, a partir do pressuposto que este visa a mitigar a discricionariedade das decisões judiciais e estruturar a fundamentação, sem que isso signifique um retorno a um formalismo positivista de mentalidade silogística ou uma submissão da racionalidade das decisões judiciais ao Poder Legislativo. Dessa forma, esse dispositivo pode servir como modelo para os países íbero-americanos em suas crises institucionais – usurpação de competências entre os Poderes – e social – ampliação excessiva de direitos sociais por juízes.

2 UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DO DISCURSO JUDICIAL

Desde a Segunda Grande Guerra mundial, o Poder Judiciário, em vários países ocidentais, tem assumido uma postura ativa na interpretação do direito em abstrato devido ao aumento da complexidade das sociedades. Essa atuação, ao aumentar a margem de possibilidade decisória dos juízes, tem propiciado o alargamento de interpretações e fundamentações discricionárias, como também a ampliação da atribuição de direitos sociais. Tal fenômeno ganhou denominações como *judicialização da política* e *ativismo judicial*.

No Brasil, muitas decisões dos juízes têm por base argumentos de autoridade e opiniões individuais. Rodriguez chama esse cenário de *justiça opinativa*. Na prática, o Judiciário pátrio mal fundamenta suas decisões, de modo que quando há ausência de fundamentação, a decisão pode tender a se tornar *um instrumento de dominação*, isto é, decisões arbitrárias que não podem ser reconstruídas racionalmente. Essa ausência de maior racionalização das

A Constitucionalidade do §1º Do Art. 489 do CPC/15 na Limitação da Decisão Judicial: um Modelo Para o Estado de Direito Íbero-Americano?

decisões é, por vezes, preenchida por *argumentos de autoridade* que buscam basear a *opinião pessoal*, a fim de impressionar os juristas e a comunidade por meio de uma persuasão estritamente erudita. Logo, a *ratio decidendi* não é clara, impossibilitando que as partes e a esfera pública possam controlar a decisão à luz de normas positivas e dos precedentes judiciais (RODRIGUEZ, 2013).

Perante esse cenário, busca-se uma maior racionalização das decisões judiciais. Podem-se estabelecer regras que presidam a construção da justificação do texto decisório ao se dispor de um padrão de julgamento com ônus argumentativo para prever parâmetros para as decisões (RODRIGUEZ, 2013). É nesse sentido que o §1º do art. 489 do CPC/15 estabelece:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O legislador brasileiro buscou, pelo dispositivo referido, garantir que houvesse uma maior racionalização do discurso judicial ao elencar elementos mínimos para que uma decisão judicial seja considerada como fundamentada. A justificativa para esse regramento é o de se estabelecer ônus argumentativo para fundamentar a decisão, estabelecendo-se parâmetros que evitem a arbitrariedade ou inviabilizem o controle da razão de decidir do juiz. Com efeito, a norma em tela não esvazia da decisão judicial sua característica de haver interpretação por parte do magistrado. Nesse sentido, o juiz não estaria tão condicionado em sua fundamentação pelas novas regras a ponto de ter sufocado seu entendimento pessoal diante do caso concreto. A disposição legal pode impedir a motivação *per relationem*, em que se faz

uso de técnica de fundamentação com base apenas em referência à decisão ou parecer anterior, o que impossibilita o exercício do discurso judicial pelos atores interessados (NEVES, 2016).

Pois bem, o §1º do art. 489 do CPC/15 parece se adequar a um Estado Democrático de Direito ao se considerar sua finalidade de racionalizar as decisões judiciais e mitigar a discricionariedade dos juízes, entretanto tal disposição não pode significar um retorno a uma noção formalista do Direito. Nesse sentido, far-se-á um breve percurso histórico a partir da concepção formalista a uma noção principiológica do Direito em que o Poder Judiciário pode criar normas no ato de interpretar, fundamentando-as com seus respectivos motivos. Defender-se-á que a racionalização das decisões judiciais não pode implicar um retorno hermenêutico ao formalismo jurídico nem submeter as decisões judiciais ao Poder Legislativo, visto que o discurso judicial tem sua singularidade proveniente de uma racionalidade própria que garante a independência dos referidos Poderes.

3 UMA RACIONALIDADE PRÓPRIA DA DECISÃO JUDICIAL

Na era moderna, o modelo dogmático dominou o cenário jurídico do século XIX até a primeira metade do século XX, graças à influência das escolas exegetica, histórica, de *Ihering* e de *Kelsen*. No século XIX, a noção de Direito “era estritamente positivista, normativista-legalista e jurídicista”. O Direito era apenas a lei criada pelo Legislativo. Dos juristas se exigia uma atitude dogmática perante o Direito legislado. Por sofrer forte influência do cientificismo da época, o Direito deveria se orientar para estabelecer o caminho que alcançasse o objetivo da ciência jurídica, a dizer, reconstruir o pensamento intrínseco da lei. Nesse contexto, era papel do Legislativo criar e interpretar a lei. Esta última atividade deveria ser silogística-dedutiva, em que a premissa maior era a lei, a menor, o fato, e a conclusão, o conjunto de resultados dispostos nas normas. Por consequência, o juiz não poderia formular preferências ou restringir a interpretação, pois deveria apenas fazer a subsunção da norma ao caso concreto (VIGO, 2010).

Buscava-se proporcionar ao sistema jurídico uma unidade sistemática. Pressupunha-se que a razão do legislador e do cientista jurídico tinham níveis de perfeição, previsão e de clareza que as blindavam de insuspeitas de vacuidade e de incoerências, pois unidade, completude e incoerência eram premissas fundamentais. Um dos pressupostos centrais desse modelo era que “o juiz subsume porque a discussão política, supostamente, já se resolveu no Parlamento” (RODRIGUEZ, 2013, p. 123). Desse modo, as regras do Estado deveriam

A Constitucionalidade do §1º Do Art. 489 do CPC/15 na Limitação da Decisão Judicial: um Modelo Para o Estado de Direito Íbero-Americano?

advir do Parlamento como único autêntico representante do povo. A subsunção seria o meio garantidor de que a vontade do povo, expressa em leis, não seria desrespeitada.

Porém, essa montagem sofria de algumas limitações linguísticas. Toda essa noção tinha por núcleo central o entendimento de que a linguagem tinha um único, claro e preciso significado, do qual emanava o domínio linguístico do legislador e dos juristas que resguardariam a linguagem jurídica de imperfeições sintáticas, pragmáticas e semânticas. Com isso, toda interpretação já era prefixada por meio de um caminho a ser rigorosamente seguido. Nesse modelo, a interpretação ficava diferenciada da criação jurídica e o juiz procurava ser fiel ao legislador, identificando seu pensamento para reconstruir sistematicamente o direito (VIGO, 2010).

Com a complexificação das relações sociais, o modelo dogmático entrou em crise ao não responder, com efetividade, as demandas e expectativas de justiça que tinha por objetivo satisfazer. Nesse contexto, “a crise do formalismo é um episódio da crise da democracia parlamentar; da incapacidade do sistema político tradicional de dar conta da complexidade social” (RODRIGUEZ, 2013, p. 130).

Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a reivindicar que o jurista tivesse um modo de raciocinar que se vinculasse a uma visão não reducionista da razão. O jurista deixa de ser um espectador que se dirige ao passado ou para algo concluído, e converte-se num protagonista a introduzir uma conduta ou uma norma jurídica inédita. Essa mudança decorre do entendimento de que há vários resultados interpretativos, segundo as possibilidades do próprio texto da norma. Além disso, em determinados casos, a mera subsunção da norma implicaria em grave injustiça no caso concreto (VIGO, 2010).

O que ocorre na prática é que no processo de julgamento, o juiz “forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las” (ADEODATO, 2002, p. 278). Ou seja, a descrição dos fatos já se constitui em uma interpretação dos fatos, isto é, interpretam-se os fatos, enquadra-se na norma e decide-se, fundamentando com a linguagem jurídica. Essa percepção leva a conceber que o Poder Judiciário tem um papel preponderante e fundamental na produção de normas jurídicas por meio de suas decisões. Com isso, é preciso que se legitime a decisão por meio de uma argumentação que convença os atores sociais do seu respeito à imparcialidade do julgamento e ao princípio da democracia, a fim de não se reduzir a decisão à mera arbitrariedade do julgador.

Contemporaneamente, entender que o juiz é neutro e apolítico, em sociedades complexas, é tecnicamente impossível. Na verdade, tais sociedades pedem um Judiciário autônomo da política partidária e ativo na resolução de problemas que tanto outros órgãos públicos quanto outras instituições não percebem ou não podem enfrentar (SANTORO, 2005). A tese de que a ideia de argumentações judiciais têm uma validade geral está enfraquecida, sendo o papel do direito acolher valores em tensão e, por meio de uma racionalidade própria, prestar-se a solucionar conflitos em um regime democrático. Ou seja, a decisão judicial deve valorar no ato de interpretar-aplicar a norma ao caso concreto, legitimando-se a cada momento ao garantir a efetivação de normas em abstrato por meio de uma fundamentação jurídica razoável perante os atores envolvidos (JUST, 2014).

Portanto, sustenta-se que a decisão judicial tem uma racionalidade própria que justifica a independência do Poder Judiciário do Legislativo. O juiz, na interpretação da norma, por meio de uma linguagem legal, tem margem discricionária para decidir em uma sociedade complexa. Desse modo, tendo superado uma noção formalista e tecnicista do direito, o §1º do art. 489 do CPC/15 deve ser lido como tendo a finalidade de garantir que as decisões judiciais sejam adequadamente motivadas como meio de viabilizar seu controle em um Estado Democrático, evitando-se uma justiça opinativa e que decide com base em argumentos de autoridade. São, portanto, constitucionais os limites legislativos do dispositivo em questão quando da decisão judicial? Tais parâmetros da decisão levam, necessariamente, a um formalismo legalista e submetem o Poder Judiciário ao Legislativo?

4 O §1º DO ART. 489 DO CPC/15 COMO UM MODELO CONSTITUCIONAL

A constitucionalidade do dispositivo §1º do art. 489 do CPC/15 deve ser balizada pelo princípio constitucional da motivação das decisões, previsto no art. 93, IX, Constituição Federal (CF), que estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Com isso, o dispositivo em análise tem a finalidade de, não inviabilizar a fundamentação da decisão judicial, mas, sim, dar-lhe efetividade na forma de fundamentar e tornar público a razão de decidir ao se estabelecer parâmetros mínimos a serem observados. Nessa esteira, a obrigação de fundamentar as decisões judiciais sob parâmetros mínimos possibilita o controle do discurso e motivação da decisão, como também, a efetivação de outros princípios, a saber, o da

A Constitucionalidade do §1º Do Art. 489 do CPC/15 na Limitação da Decisão Judicial: um Modelo Para o Estado de Direito Íbero-Americano?

publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF), o do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e o do contraditório (art. 5º, LV, CF).

Além disso, pode-se apontar que o princípio da persuasão racional encontrado em norma infraconstitucional, art. 371, CPC, prevê que o juiz “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” está em harmonia com o §1º do art. 489 do CPC/15 ao se perceber que a obrigação de se expor as razões de decidir dentro de parâmetros legais visam, de modo uníssono, a justificar e racionalizar as decisões. Assim, tanto princípios constitucionais e infraconstitucionais justificam a constitucionalidade e harmonia do §1º do art. 489 do CPC/15, tendo este a finalidade de efetivar o direito fundamental dos atores sociais a uma jurisdição transparente, que pode ser controlada em seu discurso e que se justifica em sua atuação por meio de uma racionalidade própria.

Portanto, o §1º do art. 489 do CPC/15 está de acordo com a Constituição Federal e normas infraconstitucionais no sentido de definir limites e aspectos mínimos para contingenciar a discricionariedade e racionalizar as decisões judiciais. No entanto, esse dispositivo não pode submeter a decisão judicial a um formalismo legalista na tentativa de preservar a tripartição de poderes, sob pena de submeter o Poder Judiciário ao Legislativo, usurpando sua competência jurisdicional no que toca a qualificação da norma e aplicação do direito. Por isso, tanto o parágrafo discutido estabelece limites à decisão judicial quanto tem o limite de não engessar e respeitar a racionalidade própria do discurso judicial.

É nesse sentido que é possível considerar que o dispositivo do Código de Processo Civil brasileiro em questão pode servir de modelo para parametrizar elementos mínimos necessários para condicionar uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito moderno. Tanto o Brasil quanto os Estados íbero-americanos têm, em geral, crises institucionais de usurpação de competências entre os Poderes – até por não serem estáticos –, como crises de no excesso de demandas sociais feitas ao Judiciário que, ao serem atendidas indiscriminadamente, podem ocasionar dificuldades orçamentárias e o uso de argumentos subjetivos para justificar decisões. Ademais, o §1º do art. 489 do CPC/15 pode contribuir como modelo legal para racionalizar as decisões judiciais, diminuir o uso de argumentos de autoridade, e exigir uma justificação objetiva da concessão de direitos sociais. Ainda assim, tais parâmetros não podem ser instrumentos para tornar o Poder Judiciário submetido ao Legislativo ao tentar levá-lo a uma concepção formalista-silogística.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contemporaneidade, notadamente pós-Segunda Grande Guerra, é marcada por disputas e questões complexas que acabam demandando uma decisão judicial. Esse cenário tem propiciado uma atuação e interpretação criativa dos juízes ao aplicar a norma abstrata ao caso concreto. Dentro de uma democracia em que se tem a tripartição dos Poderes, os juízes não podem decidir com base em sua opinião pessoal e por meio de argumentos de autoridade. Os argumentos que fundamentam uma razão de decidir judicial são fundamentais em um cenário de controle democrático.

Nesse sentido, as decisões judiciais devem ser melhor racionalizadas por meio de parâmetros que mitiguem a discricionariedade ao mesmo tempo que garantam a liberdade no convencimento motivado do magistrado. O §1º do art. 489 do CPC/15, ao estabelecer elementos básicos para se considerar uma decisão judicial como devidamente fundamentada, deve ser lido no sentido de melhor racionalizar o discurso judicial sem torná-lo um discurso formalista legal que extrai a racionalidade própria da decisão judicial.

Nesse sentido, conclui-se que o dispositivo em questão pode ser visto como constitucional já que não tolhe a função jurisdicional do Poder Judiciário, mas estabelece critérios razoáveis para fundamentar uma decisão legítima em um regime democrático que pode ser controlada pelo auditório interessado. Ainda assim, o §1º do art. 489 do CPC/15 não pode levar a um formalismo oitocentista que torne o juiz apenas um boca da lei e que submeta o Poder Judiciário ao Legislativo com vistas a preservar a segurança jurídica. Ademais, é possível se fazer uso desse dispositivo como modelo de parametrização judicial, com suas devidas adaptações e a respectiva ponderação da tênue relação entre os Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, J. M. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. – 2 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITOS E OS TIPOS DE RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Maryela Mireia de Sousa Bandeira¹

Charles de Sousa Trigueiro²

Resumo: O presente trabalho traz como objetivo geral analisar a evolução histórica dos conceitos, tipos de recursos no direito processual civil. Como objetivos específicos: Discorrer acerca das recentes modificações na legislação processual cível e jurisprudencial sobre o caso dos recursos. Considerando os objetivos propostos, a pesquisa terá um caráter exploratório, tendo como base estudos doutrinários acerca do assunto. O método de abordagem a ser utilizado será o método dedutivo, onde o pesquisador partirá de teorias pré-existentes ao analisar um determinado fenômeno e sua repercussão no meio jurídico. Nesse contexto, questiona-se: em que consiste e qual a principal contribuição do recurso no judiciário brasileiro? Os institutos previstos em lei para resolver as questões meramente de direito não se mostraram suficientes, tendo, posto que o novo Código inovado com a criação de novos prazos de recursos. Etimologicamente, a palavra recurso vem do latim *recursus* e significa volta, retrocesso. Enquanto processo significa avançar, recurso significa retroceder. Em nossa sistemática processual existe um grande número de recursos, dificultando formar um conceito único capaz de abranger completamente todos os tipos. A ideia de recurso, segundo as fontes históricas, era algo intrínseco ao inconformismo do ser humano em aceitar decisões injustas ou ilegais, por isso a importância do estudo da evolução histórica dos conceitos e tipos de recursos até a novo ordenamento.

Palavras-chave: Incidente. Resolução. Demandas Repetitivas. Recursos. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual desenvolveu-se a partir do estudo de litígios individuais e embora os litígios de massa não sejam uma novidade, o seu estudo mais aprofundado e a busca por soluções igualitárias e homogêneas é um fenômeno novo.

O litígio, historicamente, se caracteriza pela disputa entre dois ou mais indivíduos determinados, sendo o Direito, as regras pré-estabelecidas sobre as quais um juiz ou o

¹ Estudante de Graduação em Administração na UFPB; Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela FAFIC – Fundação de Ensino Superior de Cajazeiras, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. maryelabandeira@hotmail.com

² Técnico Administrativo em Educação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Mestre em Ciências Jurídicas, área direitos humanos, e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPB. Doutorando em direito público na Universidade de Coimbra. Charles.ufpb@hotmail.com

aplicador da lei, resolve o conflito. Porém, nem mesmo o ordenamento jurídico é capaz de abarcar a totalidade de conflitos que podem surgir, deixando ao arbítrio do juiz dirimir os conflitos nos limites da lei.

Entretanto, os litígios não se limitam a apenas a dois indivíduos, há os litígios coletivos, resultados diretos de uma concepção de direitos que envolvem toda a coletividade e/ou, um determinado grupo de pessoas, são os chamados direitos individuais homogêneos. Há ainda, litígios que atingem um determinado grupo de pessoas, não envolvendo os direitos individuais homogêneos. Tais conflitos, embora se tratem de controvérsias unicamente de Direito, por vezes são solucionados com decisões heterogêneas, provocando insegurança jurídica.

A concepção atual de jurisdição não admite que os conflitos judiciais sejam resolvidos de maneira divergente. A homogeneidade das decisões judiciais garante segurança jurídica e demonstra a legitimidade e eficácia das leis.

O presente trabalho traz como objetivo geral analisar a evolução histórica e mudanças de conceitos, tipos de recursos no novo código de processo civil.

É notório que o Código de Processo Civil brasileiro vigente tem como características principais a busca pela segurança jurídica, celeridade processual e pela efetividade do acesso ao devido processo legal.

O Novo Código de Processo Civil tem entre seus principais objetivos garantir o pleno acesso ao judiciário em tempo hábil, como também a busca pela segurança jurídica. O Brasil é um país de dimensões continentais, com diferenças culturais regionais, o que facilita divergências mesmo em áreas como as jurídicas. A atenção aos julgados dos tribunais superiores evita que grandes disparidades aconteçam.

DESENVOLVIMENTO

Pouco tempo antes da Era Cristã, quando Roma se tornou um Império, surgiram os primeiros recursos para assegurar o primado das leis e do poder político do Imperador sobre todo o seu Império. Surgiram como instrumentos capazes de manter o controle da aplicabilidade das leis em todo o território imperial. Outrossim, havendo violação das leis poderia remediar por meio de recursos direcionados aos prepostos do Imperador ou a ele próprio, em última instância.

Conforme Leonardo Greco ensina:

O sistema recursal, além de ter nascido para assegurar o poder político do Império Romano, possuía outra função: fixar nos

povos conquistados a idéia de que a dominação romana era positiva, na medida em que, descontentes com o julgamento proferido pelas justiças locais, eles poderiam dirigir-se ao juiz romano por meio dos recursos. Procurava-se, noutras palavras, vender a idéia de que a autoridade romana fazia justiça melhor do que a dos povos conquistados. (Revista Eletrônica de Direito Processual, v. V)

A ideia de recurso, segundo as fontes históricas, era algo intrínseco ao inconformismo do ser humano em aceitar decisões injustas ou ilegais "como uma tendência inata e irresistível, como uma decorrência lógica do próprio sentimento de salvaguarda a um direito já ameaçado ou violado em uma decisão" (LIMA, 1965, p. 127-129). Na Antiguidade Clássica existiram inúmeros outros remédios, porém estes não reformavam e nem anulavam as decisões judiciais, mas possibilitavam à parte vencida se omitir dos seus efeitos. "[...] o recurso, como direito subjetivo do vencido de provocar o reexame da sentença, surgiu em Roma com o instituto da *appellatio*" (FONTES, 2007, p.87).

O recurso da Apelação surgiu, conforme Vittorio Scialoja (1954, pp.356-362), por uma imposição da hierarquia administrativa, pois pressupunha uma ordem hierárquica, na qual uma decisão de um juiz inferior era revista por um juiz superior. Seu surgimento correspondeu à criação de espaço na máquina estatal com a finalidade de que a parte sucumbente tivesse voz. Ainda no Império Romano, surge mais tarde, a *supplicatio*, que era dirigida ao soberano pedindo para conceder ao súdito um novo julgamento quando a sentença proferida pelo prefeito do pretório, o mais alto magistrado romano, era injusta.

Após a dominação dos bárbaros, o direito romano sofre algumas alterações, pois nas cidades germânicas a justiça era exercida pelas assembleias populares, portanto, prevaleciam os julgamentos populares. Ou seja, não existiam reinos e nem impérios acima da comunidade e todos estavam submetidos às mesmas decisões, inexistindo recursos. Segundo Fontes (2007, p.92), com o Império Romano destruído, os reinos bárbaros fizeram uma reformulação do direito, já no procedimento, comprometendo o espaço que antes era conferido ao recurso da apelação, uma vez que a submissão aos senhores feudais impedia a utilização de tal recurso, considerado perigoso "aos recorrentes que se dispunham ao enfrentar o prestígio e força dos prolores das decisões" (SANTOS, 2001 *apud* FONTES, 2007, p. 92).

A partir do século XII, com a perda do poder dos senhores feudais e a centralização do poder nos reis, os direitos romano e germânico se fundem, com grande influência do direito canônico e com isso reaparecem os recursos romanos juntamente com outros recursos contra decisões interlocutórias, os quais tinham sido proibidos por Justiniano,

como as queixas que não eram capazes de suspender o processo e eram cabíveis apenas para decisões que gerassem graves ou irreparáveis prejuízos às partes. Nesse período, ocorreu a ascensão do recurso da apelação.

Entretanto, ainda de acordo com Fontes (2007, p. 93), o abuso na utilização dos recursos fez com que tivesse um novo declínio no seu acionamento, pois os juízes passaram a se comportarem como donos dos cargos e o aumento do número de recursos lhes rendiam pecuniariamente, causando banalização do instituto do recurso. Em consequência disso, sugeriram, em sede de Assembleia Constituinte Francesa, a extinção de todos os recursos, porém determinaram mantê-los em sistema de duplo grau de jurisdição.

Etimologicamente, a palavra recurso vem do latim *recursus* e significa volta, retrocesso. Enquanto processo significa avançar, recurso significa retroceder. Em nossa sistemática processual existe um grande número de recursos, dificultando formar um conceito único capaz de abranger completamente todos os tipos. Conforme define Fernando Capez (2001, p.384):

Recurso é a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão.

Ao conceituar recursos, João Monteiro (1905, v.III) afirma que é um instrumento destinado a induzir um novo exame dos autos para emenda ou modificação de primeira sentença. Ovídio Silva (1991, v.I), por sua vez, definiu como o procedimento através do qual a parte, ou seu representante, pede o reexame das decisões, a fim de que sejam invalidadas e/ou reformadas quer pelo próprio magistrado, quer por uma instância jurídica superior. Francesco Carnelutti (1942) defende que a função do recurso define-se no submeter à causa a um segundo exame, atribuindo-lhe uma maior garantia de veracidade do que no primeiro julgamento, beneficiando-se da experiência do órgão judiciário superior em detectar e corrigindo erros possíveis.

Conforme Flávio Cheim Jorge, recurso é um "remédio voluntário apto a provocar, dentro da mesma relação jurídica processual, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial" (JORGE, 2015, p. 2216). E tem por finalidade primordial sanar eventuais erros em decisões judiciais, bem como saciar o natural inconformismo da personalidade humana frente aos julgamentos que lhes são desfavoráveis.

Edilson Mougenot (2012, p.833):

“A probabilidade da apreciação negativa da apelação inculcaria no réu o temor de recorrer da sentença que lhe causou gravame, prejudicando os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, justificando, assim, a necessidade da proibição da *reformatio in pejus*.”

Princípio do duplo grau de jurisdição é responsável por possibilitar que uma decisão judicial seja reexaminada, geralmente, por outro órgão jurisdicional superior. O autor André Eduardo de Carvalho Zacarias (2006, p.37): “Consiste na possibilidade de se submeter a lide a reexame por outros órgãos jurisdicionais, a fim de que se tenha a garantia de uma boa solução”.

Após análise destes requisitos, sendo verificada a presença de todos eles, o órgão julgador procederá ao juízo de admissibilidade positivo e passará à análise do juízo de mérito, voltando à cognição à pretensão recursal do recorrente (MOREIRA, 2004). Vale ressaltar que o reexame necessário ou remessa necessária, previsto no artigo 496 do novo CPC, não é considerado recurso, embora exista na doutrina quem chame de recurso de ofício.

Com o novo CPC/2015, o duplo juízo de admissibilidade a que o recurso em questão se submetia no código anterior foi extinto, pois no § 3º do art. 1.010 diz que a apelação será remetida ao Tribunal independentemente de juízo de admissibilidade pelo órgão de primeiro grau, ao qual caberá apenas recebê-la, intimar a parte recorrida para que apresente as contrarrazões e enviar os autos para o órgão recursal.

Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1o e 2o, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

É importante observar que o referido artigo traz que o recurso de apelação deverá ser dirigido “ao juízo de primeiro grau”, sendo, portanto, mais preciso do que no código anterior que dizia que deveria ser dirigido “ao juiz”, apenas.

O código vigente inova quando no art. 1.011 traz que o relator, responsável pela condução do processamento recursal, poderá elaborar seu voto para julgamento pelo órgão colegiado ou decidir monocraticamente, nas hipóteses do art. 932, III a V, pela inadmissibilidade do recurso; negação de provimento deste em caso de contrariedade do pleito à jurisprudência sumulada ou uniformizada; provimento em caso de desconformidade da decisão relativamente à jurisprudência sumulada ou uniformizada:

Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V;

II - se não for o caso de decisão monocrática, elaborará seu voto para julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

Entretanto, o julgamento monocrático da apelação tem caráter excepcional, conforme se presume pelo emprego da expressão “apenas” na própria redação do artigo.

Os recursos ordinários não possuem características próprias e podem ser interpostos em situações fático-jurídicas distintas entre si, podendo ser julgados por diferentes tribunais. De acordo com Flávio Cheim Jorge (2015, p. 55) estes recursos são um meio através do qual “é possível buscar ilimitadamente a reforma da decisão judicial, através de um segundo grau de jurisdição amplo e irrestrito, inclusive com a possibilidade de análise e revolvimento de toda e qualquer questão”.

Os recursos extraordinários correspondem a um mecanismo processual que viabiliza a análise de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tanto os recursos especiais quanto os extraordinários precisam apresentar em suas argumentações que a interpretação da decisão recorrida não é a mais adequada, porque viola a Constituição ou a legislação federal. (MARONI. 2015. p. 547). No entanto, o recorrente precisa mostrar a questão constitucional ou federal que considera equivocada na decisão recorrida e ainda apresentar os motivos nas suas próprias razões que o STF ou o STJ devem conhecer dos recursos.

Quanto aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, enfatiza-se a importância destes na formação do microsistema de resolução de causas repetitivas juntamente com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme o enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2015):

O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

Os embargos de divergência é um meio para pleitear a uniformidade das interpretações jurídicas sobre determinado tema dentro dos tribunais, ou seja, eles visam

acabar com a divergência dentro do próprio tribunal. Araken de Assis (2012, p. 881-882) esclarece que:

[...] o fim a que visam os embargos de divergência é o de provocar a extinção da divergência intestina que eventualmente grassar no STF e no STJ. A Constituição outorgou a tais tribunais superiores, ao primeiro em matéria constitucional, ao segundo no tocante ao direito federal, funções uniformizadoras.

É importante observar a mudança com relação ao prazo para interposição de recursos que passou a ser unificado para todas as espécies recursais de 15 dias, exceto no caso dos embargos de declaração, no qual o prazo fixado é de 5 dias. A redação do artigo 506 do Código de 1973 foi aperfeiçoada, de tal forma que não resta dúvidas quanto ao prazo para interposição do recurso que é contado a partir da data em que a parte é intimada da decisão, conforme Flávio Cheim Jorge (2015). Destaca-se também que o Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública possuem o direito de prazo em dobro do que está estabelecido no Novo CPC para interpor recursos.

Além disso, a divergência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça com relação à comprovação de feriado local foi extinta com o novo CPC, pois com o § 6º do artigo 1.003, agora a comprovação deve ser realizada no ato de interposição do recurso. Outra modificação que é importante destacar é no que diz respeito à comprovação do pagamento do preparo que passa a ser realizada no ato de interposição do recurso, porém a ausência desse pagamento não gera a deserção automaticamente, visto que o recorrente tem o direito de ser intimado para recolhê-lo posteriormente, desde que realize o pagamento do valor em dobro.

Art. 1.007, § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

Anteriormente, o entendimento predominante era que o recurso não deveria ser admitido enquanto não se comprovasse o pagamento do preparo.

Quanto à natureza dos recursos, a doutrina dominante afirma que o recurso é um prolongamento, para além do desdobramento normal, da continuação do exercício do direito de ação, exercendo-se como uma modalidade do direito de ação exercido no segundo grau de jurisdição. Outra interpretação do recurso entende-o como uma ação autônoma relativamente àquela que lhe deu origem e que se trata de ação de natureza constitutiva. Esta

corrente estabelece um paralelo entre o direito de ação e o de recorrer, identificando o direito de recorrer como sendo o exercício, após a decisão judicial, do próprio direito de ação. É necessário que os resultados justifiquem a ação recursal, tendo-se que o recurso como ação autônoma de impugnação de conteúdo constitutivo negativo, porque o recurso objetiva a desconstituição da decisão judicial (CHIOVENDA, 1945).

Em relação às desvantagens do sistema recursal pátrio, destaca-se o prolongamento excessivo da duração do processo devido à exacerbada e desnecessária interposição de recursos, o que torna o Judiciário moroso e assim ofende alguns princípios básicos do Direito. Outra desvantagem causada pela duplicidade de julgamento é o desprestígio dos órgãos de primeiro grau, conforme Mauro Cappelletti (*apud* LASPRO, 1995, p. 115):

Outra desvantagem do duplo grau de jurisdição é o desprestígio que traz à primeira instância, na medida em que a possibilidade de qualquer decisão, - principalmente as sentenças -, ser impugnada, perante um órgão de segunda instância, que prolata uma decisão substitutiva, faz com que os resultados obtidos em primeira instância não tenham qualquer valor.

Ademais, a reforma da decisão poderá trazer uma segunda também com erros, assim como a primeira e até mesmo podendo reformar uma decisão inicialmente acertada. Outro ponto que é importante ressaltar é que o sistema recursal também pode prejudicar o procedimento oral e inclusive os demais recursos derivados deste, a saber, a identidade física do juiz, a imediação e a concentração dos atos processuais.

Contudo, a duplicidade de julgamento deve ser assegurada de forma ampla, pois mesmo causando grandes desvantagens tanto para as partes como para o Judiciário, o princípio do devido processo legal precisa ser efetivado, uma vez que é considerado um dos pilares que sustentam o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise histórica do direito processual, percebe-se que sua evolução científica foi dividida em três fases, nas quais, inicialmente, este representava apenas um meio de exercícios dos direitos. Posteriormente, surgiram grandes teorias processuais principalmente sobre a natureza jurídica e os pressupostos do processo. E por fim, passou-se a examinar o processo a partir dos resultados práticos, isto é, servindo como um instrumento utilizado pelo Estado para executar suas finalidades.

O formalismo sempre foi característica presente na história do processo civil. Os povos germânicos e romanos seguiam rigorosamente a ordem dos procedimentos para garantir a segurança do processo. Atualmente, essas exigências de formalidades permanecem, a fim de que não haja arbitrariedades. Porém, mais importante do que exigir o cumprimento dos ritos do processo, muitos processualistas defendem como metas para serem alcançadas pelo processo civil moderno, priorizar os princípios de instrumentalidade, do acesso à Justiça, da oralidade, da economia e da efetividade processual.

Assim, priorizando a aplicabilidade desses princípios, a tendência é garantir um processo ético e justo, o qual possibilite satisfazer as partes com resultados práticos. O contrário disso seria garantir um processo legal seguindo as exigentes solenidades, no entanto, impedindo o alcance da praticidade nos resultados.

As influências dos contextos sociais, político e cultural, nos quais o processo civil brasileiro está inserido foram responsáveis pela sua reforma, uma vez que os mecanismos processuais foram estruturados para solucionar controvérsias correspondentes a direitos subjetivos individuais e demandas que envolvem apenas sujeitos determinados.

Esta reforma busca suprir as principais necessidades da sociedade brasileira contemporânea, das quais pode se destacar uma melhor qualidade na prestação jurisdicional em suas decisões, garantindo a segurança e celeridade dos julgamentos.

Uma das importantes reformas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 foi no que diz respeito aos recursos, que por muitos são considerados fatores de morosidade processual, pois fazem com que a ação perdure por muito tempo.

Os recursos foram criados pelo ordenamento jurídico para serem utilizados como forma de contestação ou modificação de uma sentença judicial todas as vezes que houver inconformismo com a decisão. Estão nitidamente definidos na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil Brasileiro.

As decisões que forem proferidas nos processos que apresentem alguma injustiça à parte litigante por parte da providência judicial, poderão ser objetos de recursos, segundo o sistema jurídico brasileiro. No entanto, ressalta-se que para serem admitidos é preciso atender aos pressupostos objetivos e subjetivos, os quais serão examinados pelo juízo de origem e no juízo recursal.

Tais pressupostos correspondem à legitimidade da contestação, que se refere àqueles que são legítimos para interpor o recurso; a tempestividade que trata do prazo para interpor o recurso; e a regularidade formal que é a exigência de que todos os pressupostos foram devidamente cumpridos.

Das mudanças trazidas pelo CPC/2015, com relação aos recursos, destacam-se a exclusão do rol de taxatividade da espécie embargos infringentes; a unificação do prazo para interposição de recursos que passou a ser de 15 dias, exceto no caso dos embargos de declaração, no qual o prazo é de 5 dias; e a extinção do efeito suspensivo automático com a interposição do recurso, exceto nos casos que houver disposição legal, como por exemplo, o recurso de apelação e de agravo de instrumento.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 881-882

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2018.

CUNHA, Leonardo Jose Carneiro; DIDIER, Freddie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 13 ed. Salvador: Editora JusPodiVm, 2016.

DUTRA, Nancy. História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 1759, abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 01º,02 e 03 de maio de 2015.

LEITE, Gisele. *Direito Processual Civil em perspectiva*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17081-17082-1-PB.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de Processo Civil. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

MIOTTO, Carolina Cristina. *A evolução do direito processual civil brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010*. Revista da UNIFEBE. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/viewFile/135/66>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

A PRIORIZAÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL E A CRISE DOS REFUGIADOS NA UNIÃO EUROPÉIA E NO BRASIL, DE 2015 A 2018

Cleber Mesquita dos Santos¹

INTRODUÇÃO

A criança, em decorrência da sua vulnerabilidade física e mental, demanda proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal. A humanidade deve à criança o melhor dos seus esforços. Por essas, dentre outras razões, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou, em 20 de novembro de 1959, da Declaração Universal dos Direitos da Criança, fazendo constar do preâmbulo do referido documento essas premissas.

O objetivo da Declaração é proporcionar às crianças uma infância feliz, mediante o usufruto dos direitos ali enunciados e agrupados em Princípios. Um desses Princípios se consubstancia na prioridade em receber proteção e socorro. Portanto, na fuga da guerra, na fuga da miséria, na fuga das agressões contra a dignidade humana, no pedido de refúgio, de acolhida, em uma fronteira, em um país que represente esperança, a criança tem direito à prioridade em receber proteção e socorro. Ela tem direito a ter sua fé recompensada.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, é o instrumento de direitos humanos mais aceito no mundo, já tendo sido ratificado por 196 países. E em seu artigo 22 trata da criança refugiada, garantindo à mesma proteção e assistência humanitária.

Mas será que esses direitos vêm sendo efetivados no cotidiano das crianças deslocadas, migrantes ou refugiadas? É a essa pergunta que nos dedicaremos a responder neste trabalho.

Partiremos da premissa empírica de que não, de que esses direitos não vêm sendo efetivados na rotina das fronteiras e dos abrigos que mais recebem refugiados e imigrantes na União Européia e no Brasil. Nosso objetivo é provar que não.

A premissa é empírica porque partimos do senso comum formado pelas notícias que ganharam destaque na grande mídia internacional de 2015 a 2018.

Nosso referencial teórico serão os relatórios, e os resumos desses relatórios, feitos pelas diversas agências da ONU, como ACNUR, UNICEF e UNESCO.

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, na Universidade Portucalense, em Porto, Portugal. clebermesquita@globocom

Nosso método, portanto, será o de revisão de literatura, uma vez que não nos dedicaremos à coleta de dados, valendo-nos dos dados desses relatórios.

RELATÓRIOS DA ONU SOBRE MIGRAÇÃO E REFUGIADOS

O mundo se emocionou com a imagem do pequeno Aylan Kurdi morto, aos três anos de idade, de bruços, em uma praia na Turquia, à qual foi levado pelas ondas, após morrer afogado juntamente com sua mãe e seu irmão de cinco anos, tentando fugir da Síria.

A comoção mundial foi tamanha que existe uma página na Wikipedia dedicada ao pequeno mártir.²

Em publicação própria, a Comissão Européia afirma que “trabalha incessantemente para garantir que são tomadas medidas adequadas de proteção infantil. Esta questão tem ganho uma preponderância cada vez maior, uma vez que o número de crianças migrantes, em particular menores não acompanhados, tem vindo a aumentar. Estas crianças são extremamente vulneráveis e requerem uma atenção especial.”

O UNICEF em seu relatório intitulado “Desenraizados: a crescente crise de crianças refugiadas e migrantes”³ alerta para o fato de que “milhões de crianças expulsas de suas casas devido à violência e conflitos, ou na esperança de encontrar um futuro melhor e mais seguro, enfrentam novos perigos ao longo do caminho – incluindo o risco de afogamento em travessias marítimas, desnutrição e desidratação, tráfico, sequestro, estupros e até assassinatos.”

A UNESCO, por sua vez, alerta para a falta de acesso das crianças migrantes e refugiadas à educação formal. Em seu Relatório Global de Monitoramento da Educação⁴, de 2018, enfatiza que “O direito dessas crianças à educação de qualidade, mesmo que cada vez mais reconhecido no papel, é desafiado diariamente em salas de aula e negado por alguns governos”. É a velha dicotomia entre o direito posto e o direito não efetivado de que falava Norberto Bobbio⁵. Tanto assim que apesar da Declaração de Nova York para Refugiados e Imigrantes, de 2016, em dois anos, crianças e adolescentes refugiados perderam 1,5 bilhão de dias de aula, diz o Relatório.

² https://pt.wikipedia.org/wiki/Alan_Kurdi

³ UNICEF: mais de 28 milhões de crianças foram deslocadas por conflitos em 2015 e estão ameaçadas. Disponível em <https://nacoesunidas.org/unicef-mais-de-28-milhoes-de-criancas-foram-deslocadas-por-conflitos-em-2015-e-estao-ameacadas/>, consultado em 29/05/2019.

⁴ Crianças migrantes e refugiadas do mundo estão sendo excluídas da educação, diz relatório. Disponível em <https://nacoesunidas.org/criancas-migrantes-e-refugiadas-do-mundo-estao-sendo-excluidas-da-educacao-diz-relatorio/>, consultado em 29/05/2019

⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 2. Ed. São Paulo: Elsevier, 2004. 240 p. ISBN 8535215611

Mas ao mesmo tempo reconhecem os avanços da educação inclusiva para essas crianças em alguns países, como na Etiópia, na Uganda e em Chade, todos na África. Assim como no Canadá e na Irlanda. Esses são os países-modelo de educação inclusiva para crianças migrantes e refugiadas.

Em 2018 o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), a Organização Internacional para as Migrações (OIM), o Gabinete de Estatísticas da União Europeia (Eurostat) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgaram um outro relatório, conjunto, no qual se afirma que “há falhas alarmantes na disponibilidade, confiabilidade, tempestividade e acessibilidade de dados e evidências essenciais para entender como as crianças e suas famílias são afetadas pela migração e o deslocamento forçado”⁶ Esse tipo de situação prejudica sobremaneira a captação e a mobilização de recursos (humanos, financeiros e materiais), o planejamento estratégico de ações e os resultados alcançados, porque as organizações internacionais acabam se deparando com uma realidade de problemas crescentes e cada vez mais complexos. Se a ONU estimou que 28 milhões de crianças foram deslocadas, no mundo inteiro, em 2016 é porque, muito provavelmente, isso foi o que foi possível ser projetado a partir de dados mensurados. Porém, na realidade, os números devem ser muito maiores.

O Alto-Comissário Assistente para Proteção da ACNUR (Agência da ONU para Refugiados), Volker Türk, chama a atenção para o fato de que “muitas crianças refugiadas viveram ou testemunharam violência chocante e sofrimento em seus países de origem e, às vezes, também durante sua fuga em busca de proteção e segurança” e que por isso “elas precisam e merecem de cuidado e proteção, mas para fornecermos isso, precisamos de dados sobre sua identidade e necessidades”.⁷ Afinal, como proteger crianças se não se sabe quantas são, onde estão, quem são, que idade têm e do que precisam?

E ainda há os casos de crianças apátridas, que enfrentam mais problemas ainda, de ordem legal, justamente por não terem nacionalidade e, consecutivamente, nem documentos. Em 2017, só na Europa, foram identificadas 2,1 mil crianças como apátridas.⁸

E note-se que não faltam documentos internacionais de proteção à infância. Além da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, há o Pacto Global para uma

⁶ ONU alerta para falhas nos dados disponíveis sobre crianças deslocadas no mundo. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-falhas-nos-dados-disponiveis-sobre-criancas-deslocadas-no-mundo/>, consultado em 15/03/2019.

⁷ Ibidem.

⁸ ONU pede que países da Europa protejam direitos de crianças sem nacionalidade. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-pede-que-paises-da-europa-protejam-direitos-de-criancas-sem-nacionalidade/>, consultado em 30/05/2019

Migração Segura, Ordenada e Regular, e o Pacto Global sobre Refugiados. O que falta é sair mais do papel e ganhar efetividade. Falta seguir os bons exemplos, as boas práticas. Se países africanos pobres como Etiópia, Uganda e Chade conseguem, se Canadá e Irlanda conseguem, falta a outros países vontade política de fazer a sua parte.

O Relatório intitulado Jornadas Desesperadas⁹, de 2018, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), informa que o número de menores refugiados ou migrantes ultrapassou 17 mil, só na Europa, em 2017. E desse total, cerca de 13% viajava desacompanhado.

Porém, no mundo todo, o quantitativo de pessoas deslocadas bateu o recorde pelo quinto ano consecutivo, chegando ao espantoso número de 68,5 milhões,¹⁰ sendo que 53% eram crianças.

No já mencionado Relatório “Desenraizados: a crescente crise de crianças refugiadas e migrantes”, o UNICEF traz o detalhamento dessas crianças deslocadas: cerca de 45% de todas as crianças refugiadas sob a proteção da ACNUR, era proveniente da Síria e do Afeganistão. Aproximadamente 28 milhões de crianças foram expulsas de suas casas pela violência e pelos conflitos dentro e fora das fronteiras, incluindo 10 milhões de crianças refugiadas; um milhão de requerentes de asilo cujos estatutos de refugiados ainda não foi determinada; e uma estimativa de 17 milhões de crianças deslocadas dentro de seus próprios países.¹¹

Apesar desses números alarmantes, há esperanças. O relatório da ACNUR apresenta no seu capítulo 3, soluções que já vêm sendo implementadas e que consistem basicamente em retorno, reassentamento e integração local.¹²

A União Européia criou uma Agenda de Imigração, que contempla ações que vão desde prestar assistência aos refugiados, reinstalá-los, fazer-se presente ostensiva e preventivamente no mar para evitar perdas de vidas em travessias perigosas, melhor gestão das fronteiras e dos registros de chegadas, simplificar sistema de asilo, recolocação de refugiados em outros Estados-Membros da UE.

⁹ Relatório da ACNUR revela mudanças no movimento migratório para a Europa. Disponível em <https://nacoesunidas.org/relatorio-do-acnur-revela-mudancas-no-movimento-migratorio-para-a-europa/>, consultado em 30/05/2019

¹⁰ ACNUR: número de pessoas deslocadas chega a 68,5 milhões em 2017 <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>, consultado em 30/05/2019

¹¹ CAZARRÉ, Marieta. Há 50 milhões de crianças deslocadas no mundo. Agência Brasil. 8 set 2016. Disponível em <http://agenciabrasil.abc.com.br/internacional/noticia/2016-09/ha-50-milhoes-de-criancas-deslocadas-no-mundo-diz-unicef>, consultado em 30/05/2019

¹² UNHCR/ACNUR. Tendências Globais: Deslocamentos Forçados em 2017. Cap. 3, p. 27-31. Disponível em https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2018/Global_Trends_Forced_Displacement_in_2017/TendenciasGlobales_2017_web.pdf, consultado em 30/05/2019.

Os resultados dessa agenda traduzem-se em números. Em 2015 e 2016 foram salvas mais de quatrocentas mil vidas no Mediterrâneo. Foram presos mais de dois mil traficantes e passadores. E foram removidas trezentas e setenta e cinco embarcações.¹³

A despeito disso, as travessias permanecem arriscadas e perigosas. Em 2016 foi de 5.100 o número de pessoas que perderam a vida no mar em rotas rumo à Europa. Em 2017, esse número caiu para 3.100. Em 4 de janeiro de 2019 a Agência de Notícias do Vaticano informou em 2018 foram 2.266 pessoas¹⁴. Como se vê, os números vêm caindo.

Como a Hungria ostensivamente vem coibindo a entrada de refugiados e migrantes, estes buscam rotas muito mais longas para chegar à Europa. Alguns atravessam cerca de 600 km da Sérvia para a Romênia. Outros, depois da perigosa travessia de mar para a Grécia, ainda percorrem mais de 1.300 Km rumo à Croácia. Acompanhados de seus filhos pequenos ou adolescentes.

Em 2017 o número de pessoas que morreram nessas rotas terrestres chegou a 75. E se os pais morrem, as crianças não têm tempo para prantear essa perda. Sozinhas e desprotegidas, eventualmente expostas a toda forma de violência à sua dignidade humana, prosseguem a jornada em busca de uma vida melhor.

E como fica sua situação uma vez que consigam acolhida na Europa?

Existe uma diretiva da União Européia sobre essa matéria, que é a Diretiva 2011/95/UE¹⁵, do Parlamento Europeu e do Conselho, estabelecendo normas e condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros, ou por apátridas, para poderem se beneficiar de proteção internacional. Essa diretiva cria um estatuto para refugiados e ainda estabelece o conteúdo da proteção que é concedida aos mesmos. Se um Estado-Membro da UE quiser, pode criar normas mais favoráveis ainda aos refugiados.

O art. 31 disciplina exclusivamente o tratamento especial a ser concedido a menores não acompanhados, sendo-lhe garantidos todos os direitos do estatuto do refugiado, inclusive o de unidade familiar de irmãos, devendo os mesmos serem conservados juntos, e a procura dos membros ascendentes de sua família (pai, mãe, tios, avós).

¹³ A UE E A CRISE DA MIGRAÇÃO. Disponível em <http://publicatios.europa.eu/webpub/com/actsheets/migration-crisis/pt/> consultado em março de 2019

¹⁴ Migração: mais de 2.200 pessoas perderam a vida no Mediterrâneo. Vatican News. 4 jan. 2019. Disponível em <https://www.vaticannews.va/pt/mundo/news/2019-01/migracao-mais-2200-pessoas-perderam-vida-mediterraneo.html>, consultado em 30/05/2019.

¹⁵ Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011. Jornal Oficial da União Européia. 20/12/2011. L 337/9-26

REFUGIADOS VENEZUELANOS NO BRASIL

Desde 2015, mais de 85 mil venezuelanos procuraram a Polícia Federal brasileira para solicitar refúgio no Brasil. Atualmente mais de 6 mil venezuelanos moram nos abrigos apoiados pelo ACNUR e parceiros em Boa Vista e Pacaraima, cidades do estado de Roraima.¹⁶

O ingresso descontrolado de venezuelanos no Brasil chegou a provocar um colapso social em Roraima, um dos mais pobres estados brasileiros, principalmente nos serviços públicos de saúde. Houve superlotação de abrigos a ponto de muitos passarem a dormir e a “morar” pelas ruas de Pacaraima, fronteira entre Brasil e Venezuela. Outros, preferiram se deslocar para a capital Boa Vista, fazendo a pé um percurso de mais de 200 km, muitas vezes levando consigo crianças pequenas, em uma estrada perigosa na qual não há acostamento em muitos trechos.

A situação se agravou quando em 18 de agosto de 2018 um comerciante foi assaltado e agredido em Pacaraima por quatro venezuelanos. A população se revoltou e revidou atacando com pedras, paus e bombas caseiras o acampamento de refugiados, fazendo com que no dia seguinte 1.200 deixassem a cidade.

Esse fato fez com que o ACNUR, a Organização Internacional para Migrações (OIM), o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) identificassem locais de acolhida em todo o país e realizassem melhorias estruturais nos abrigos para que o governo brasileiro, através dos Ministérios da Cidadania, da Defesa e da Saúde, além das Forças Armadas, da Casa Civil da Presidência da República, em parceria com prefeituras de 17 estados, iniciasse uma ação de interiorização desses venezuelanos, como parte da Operação Acolhida, que presta ajuda humanitária aos mesmos.

Ao todo, 4.564 pessoas já foram transferidas de Roraima desde fevereiro de 2018 até fevereiro de 2019.¹⁷ O intuito dessa ação é reduzir o impacto da chegada dos refugiados e migrantes venezuelanos em Roraima.

No Brasil não existe disciplinamento jurídico-normativo específico para proteção às crianças refugiadas.

¹⁶ ACNUR: 6 fatos sobre refugiados e migrantes venezuelanos no Brasil. 28 jan. 2019. Disponível em <https://nacoesunidas.org/acnur-6-fatos-sobre-os-refugiados-e-migrantes-venezuelanos/>, consultado em 31/05/2019.

¹⁷ Interiorização de venezuelanos ultrapassa marca de 4.700 pessoas beneficiadas. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/2019/02/15/interiorizacao-de-venezuelanos-ultrapassa-marca-de-4-700-pessoas-beneficiadas/>, consultado em 30/05/2019

No Relatório “Refúgio em Números”¹⁸, 2018, do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), encontramos os dados mais recentes de refugiados no Brasil. Assim, o país possui 11.231 pessoas reconhecidas como refugiados. Desse total, os sírios representam 36%, os congolese, 15% e os angolanos 9%.

Por conta do fluxo de venezuelanos, o ano de 2018 foi o que houve o maior número de solicitações de reconhecimento de condição de refugiado, alcançando o total de 80 mil solicitações, sendo mais de 61 mil só de venezuelanos. Destes, mais de 50 mil estavam no estado de Roraima. Porém, em 2018, o Brasil reconheceu apenas 1.086 pessoas como refugiados. Desse total, 9,39% eram crianças de até 11 anos de idade, enquanto 6,45% possuíam idades entre 12 a 18 anos.

DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E A EFETIVIDADE NECESSÁRIA

Enunciados belos, nobres, importantes e necessários existem. A Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu Princípio VIII preconiza que “a criança deve, em todas as circunstâncias, figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.”¹⁹

Além da Declaração, existe a Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.

É considerado o instrumento de direitos humanos mais aceito na história. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos, sob a presidência de George W. Bush, não ratificaram a Convenção por entender que seus termos conflitam com as políticas dos Estados Unidos concernentes à soberania, Estado e legislação interna. Nem mesmo o Presidente Barack Obama reviu essa posição em 8 anos de governo, embora tivesse declarado que o faria. O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990. Portugal ratificou alguns dias antes, em 21 de setembro de 1990. Todos os Estados-Membros da União Européia ratificaram a Convenção.

Mas queremos aqui chamar a atenção para o art. 22 dessa Convenção que estabelece que:

1. Os Estados Partes devem adotar medidas adequadas para assegurar que a criança que tenta obter a condição de refugiada, ou que seja considerada refugiada, de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, estando sozinha ou acompanhada por seus pais ou

¹⁸ Comitê Nacional para Refugiados. Refúgio em Números. Ministério da Justiça. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em-numeros-versao-23-de-julho-002.pdf>, consultado em 16/08/2019

¹⁹ ONU. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Proclamada pela Resolução da Assembléia Geral nº 1386 (XIV), de 20 nov 1959.

por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas para que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário com os quais os citados Estados estejam comprometidos.

2. Para tanto, os Estados Partes devem cooperar, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não governamentais que cooperam com as Nações Unidas, para proteger e ajudar a criança refugiada; e para localizar seus pais ou outros membros de sua família, buscando informações necessárias para que seja reintegrada à sua família. Caso não seja possível localizar nenhum dos pais ou dos membros da família, deverá ser concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança que esteja permanente ou temporariamente privada de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme estabelecido na presente Convenção.²⁰

A União Européia possui um Programa para os Direitos da Criança²¹ e um Manual de Legislação Européia sobre os Direitos das Crianças²² que, em relação às refugiadas prevê que:

“Quanto às crianças refugiadas e requerentes de asilo, os Estados-Membros devem garantir o seu acesso à assistência social necessária em condições de igualdade com os nacionais do Estado de acolhimento, mas, também neste caso, esse direito pode ser limitado às «prestações sociais de base» (artigo 29.º da Diretiva Estatuto de Refugiado). A legislação exige que os Estados-Membros proporcionem às crianças migrantes vulneráveis o acesso a uma assistência suficiente em matéria de cuidados de saúde. Por exemplo, os menores que tenham sido vítimas de violência ou de tortura devem receber apoio suficiente para responder às suas necessidades físicas e mentais (Capítulo IV Diretiva Condições de Acolhimento (reformulação) artigos 21.º, 23.º, n.º 4, e 25.º). A Diretiva Estatuto de Refugiado contém disposições semelhantes para as crianças migrantes vulneráveis.”

Os números demonstram que a União Européia vem se esforçando para dar efetividade a esses dispositivos.

O Brasil, com o apoio de agências da ONU, também vem tentando fazendo a sua parte, no que se refere a ações. Porém, carece de legislação específica que trate expressamente da matéria “criança refugiada”. A Lei nº 9.474/1997 apenas alude que na solicitação de refúgio serão mencionados, por averbamento, os menores de 14 anos.

²⁰ ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Aprovada pela Resolução 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 nov 1989.

²¹ Comissão Européia. Programa da UE para os Direitos da Criança. Bruxelas, 15 fev. 2011. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0060&from=EN>, consultado em 31/05/2019.

²² Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa. Manual de Legislação Européia sobre os Direitos das Crianças. 2015, p. 156. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_POR.PDF, consultado em 31/05/2019.

CONCLUSÃO

A humanidade é ruim? Ou é boa? Quem estava certo: Thomas Hobbes, quando falou que o homem é o lobo do homem, ou Rousseau, que disse que o homem nasce bom?

Este trabalho nos surpreendeu. Decerto que nos deparamos com narrativas de situações caóticas e estatísticas assustadoras, tudo isso demandando soluções, ações. Mas também desconhecíamos totalmente as iniciativas que a União Européia, e até mesmo o Brasil, vêm desenvolvendo em favor dos refugiados e dos migrantes. Claro que com o apoio e pressão da ONU e suas agências. Mas o fato é que medidas vêm sendo adotadas para enfrentar a crise dos refugiados e migrantes. Há muita coisa ruim a ser mostrada. Mas há boas notícias também a serem divulgadas, até para estimular mais engajamento e adesões.

Portanto, respondendo à nossa pergunta inicial, se o direito à prioridade de proteção e assistência humanitária vem sendo efetivado no cotidiano das crianças migrantes ou refugiadas, as respostas são “sim” e “não”. Para algumas sim, para outras não. Os relatórios da ONU demonstram isso claramente. E isso não decorre de qualquer seletividade planejada. Mas sim da dimensão e da complexidade do problema, que não permite que se atenda a todos humanamente ou dignamente. Diante da multidão de milhões de crianças refugiadas ou migrantes deslocando-se no mundo anualmente, algumas conseguem encontrar uma boa acolhida e um bom direcionamento. Outras, infelizmente, continuarão sem conhecer o humano, o digno.

Sorte? Destino? Karma? Ou falta de vontade dos ricos?

Surpreendeu-nos saber que três países africanos pobres constituem modelo internacional de acolhimento de refugiados e migrantes: Etiópia, Uganda e Chade. Este último é um país do qual nunca havíamos ouvido falar.

Se os pobres conseguem ajudar, por que os ricos não querem? Acaso acreditam que ajudando ficarão pobres? Se milhões de euros foram destinados por grandes corporações privadas para reconstruir a Catedral de Notre-Dame de Paris, por que não fazem o mesmo pelas crianças que passam fome no mundo? Pelas crianças que não tem água potável para beber ou uma casa para morar?

Há mais para ser feito. Há muito para ser feito. O incêndio da Catedral de Notre-Dame de Paris mostrou que há dinheiro para isso. Falta vontade. Falta humanidade.

UMA ANÁLISE SOBRE CRIPTOMOEDAS E SUA REGULAÇÃO NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO

Samuel Sampaio Evangelista ¹

Greice Kelly dos Santos Silva ²

RESUMO: As políticas que envolvem as criptomoedas e os regimes regulatórios nas jurisdições em todo o mundo estão sob constante observação de diversos pesquisadores jurídicos. Entre as principais questões sempre observados estão assuntos relacionados à legalidade dos mercados de criptomoedas; o tratamento fiscal de criptomoedas; e a aplicabilidade das leis de combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado e ao financiamento do terrorismo. Criptomoedas ainda precisam ser reguladas no Brasil. O Banco Central do Brasil emitiu declarações sobre os riscos representados por esse tipo de moeda e sua falta de garantia por parte das autoridades monetárias, e informou que as empresas que negociam em moedas virtuais não são reguladas, supervisionadas ou licenciadas para operar pelo Banco. Recentemente, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) emitiu um comunicado dizendo, entre outras coisas, que as criptomoedas não poderiam ser classificadas como ativos financeiros e não poderiam ser adquiridas por fundos de investimento. Um projeto de lei atualmente em análise na Câmara dos Deputados do Brasil procura incluir moedas virtuais e programas de milhagem aérea sob a supervisão do Banco Central do Brasil.

Palavras-chave: Criptomoedas, Regimes regulatórios, Comissão de Valores Mobiliários.

1. O reconhecimento legal dos mercados de criptomoedas.

Em termos do reconhecimento legal dos mercados de criptomoedas, as esferas jurídicas de diversos países do mundo podem ser categorizadas em dois grupos.

Na primeira categoria estão os países que permitem que os mercados de criptomoeda operem, e dentro deste grupo alguns países como Bielorrússia, Gibraltar, Jersey e México que têm sido bastante proativos ao promulgar leis específicas reconhecendo e regulando os mercados de criptomoeda, enquanto outros como a Argentina, a França e o Brasil permitem que os mercados existam, mas ainda precisam emitir leis específicas do setor, e existe a segunda categoria de países inclui aqueles que tomaram medidas para restringir os mercados de criptomoedas, principalmente impedindo que instituições financeiras dentro de suas fronteiras participem deles tendo como exemplo a China e o Irã.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP). Endereço eletrônico: samuelsampaio.adv@gmail.com

² Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP). Endereço eletrônico: greicekdossantos@yahoo.com.br

Dos países que permitem que os mercados de criptomoedas operem, muitos impõem impostos. No entanto, o tratamento fiscal da renda gerada por uma transação de criptomoeda pode variar dependendo de como ela é categorizada.

Por exemplo, na Argentina, uma transação dessa natureza seria taxada de maneira similar à receita gerada pela venda de títulos e valores mobiliários, enquanto na Suíça a criptomoeda é categorizada como uma moeda estrangeira para fins tributários. Alguns dos países não cobram impostos sobre transações de criptomoeda como a Bielorrússia e Jersey.

Muitos dos países que permitem o funcionamento dos mercados de criptomoeda promulgaram leis sujeitando as organizações que participam desses mercados a regras destinadas a evitar a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o crime organizado.

Estes incluem Austrália, Bielorrússia, Canadá, Gibraltar, Japão, Jersey e Suíça. Embora um projeto de lei que tenha o mesmo efeito esteja avançando no processo legislativo brasileiro, países como Argentina, França e México ainda não o seguiram.

2. Criptomoedas e o Banco Central do Brasil

A. Declaração de Política nº 25.306, de 19 de fevereiro de 2014, o Banco Central do Brasil (BACEN) emitiu declaração sobre os riscos relacionados à aquisição da chamada “moeda virtual” ou “moedas criptografadas” e transações realizadas com essas moedas.

O objetivo da declaração foi esclarecer que as moedas virtuais não devem ser confundidas com a moeda eletrônica, conforme definido na Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e seus regulamentos.³

O “dinheiro eletrônico” é definido no artigo 6º (VI) da Lei nº 12.865 como um recurso armazenado em um dispositivo ou sistema eletrônico que permite ao usuário final realizar transações de pagamento em moeda nacional. Esta declaração explicou que as moedas virtuais são denominados em uma unidade de conta diferente das moedas emitidas por governos soberanos e não são armazenados em um dispositivo ou sistema eletrônico em moeda nacional.⁴

De acordo com o comunicado, o uso de moedas virtuais e se o regulamento aplicável aos sistemas financeiros e de pagamentos se aplica a elas tem sido o tema do debate internacional e dos anúncios públicos das autoridades monetárias e outras instituições

³ Banco Central do Brasil, Declaração de Política nº 25.306, de 19 de fevereiro de 2014, <http://www.bcb.gov.br/pom/spb/ing/IComunicado25306.pdf>.

⁴ Lei No. 12.865, de 9 de Outubro de 2013, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm.

públicas, com poucas conclusões concretas até agora; as moedas virtuais não são emitidas ou garantidas por uma autoridade monetária; esses ativos virtuais não são regulados ou supervisionados pelas autoridades monetárias de qualquer país; não há mecanismo governamental que garanta o valor em moeda oficial dos instrumentos conhecidos como moedas virtuais.

O BACEN está monitorando a evolução do uso desses instrumentos, bem como as discussões relacionadas em fóruns internacionais - especialmente em relação a sua natureza, propriedade e funcionamento, a fim de possivelmente adotar medidas dentro de sua esfera legal de competência, se necessário.

Em outra declaração associada ao crescente interesse de pessoas físicas e jurídicas em moedas virtuais, o comunicado 31.379 de 16 de novembro de 2017⁵, o BACEN alertou para os riscos derivados do armazenamento e negociação de moedas virtuais e reiterou que essas moedas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária.

A declaração detalha ainda que as empresas que negociam ou armazenam moedas virtuais em nome de seus proprietários, sejam pessoas ou empresas, não são reguladas, licenciadas para operar, nem supervisionadas pelo BACEN; não existe uma disposição específica que rege as moedas virtuais nos quadros legais e regulamentares associados ao Sistema Financeiro Nacional; e o BACEN, em particular, não regulamenta nem supervisiona transações envolvendo moedas virtuais.

A declaração lembrou novamente que as moedas virtuais não devem ser confundidas com dinheiro eletrônico, que é definido de acordo com a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e controlado pelos regulamentos do BACEN aprovados sob as diretrizes do Conselho Monetário Nacional.

Além disso, a declaração observou que a realização de transferências eletrônicas internacionais referenciadas em moedas estrangeiras através do uso de moedas virtuais e instrumentos relacionados não isenta as empresas da obrigação de cumprir as regras cambiais - especialmente a regra que estabelece que esse tipo de transação ser realizada por instituições autorizadas pelo BACEN a operar no mercado de câmbio.

3. A legalidade futura de acordo com a Comissão de Valores Mobiliários

Em 12 de janeiro de 2018, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) emitiu o Pronunciamento nº 1, dirigido aos diretores responsáveis pela administração e administração

⁵Banco Central do Brasil, Comunicado 31.379, de 16 de novembro de 2017, <http://www.bcb.gov.br/ingles/norms/Virtual-currencies-Communique-31379-English.pdf>.

de fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555, de 17 de dezembro, 2014, que estão investindo em criptomoedas.

O comunicado observou que, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições, a natureza jurídica e econômica dessas modalidades de investimento foi discutida, sem ter, especialmente no mercado interno e dentro de sua regulamentação interna, chegado a uma conclusão sobre tal conceituação.⁶

Portanto, com base nessa incerteza, a interpretação da área técnica da CVM é de que as criptomoedas não podem ser classificadas como ativos financeiros para fins do disposto no artigo 2º (V) da Instrução CVM 555/14⁷ e, por isso, sua aquisição direta pela fundos de investimento regulamentados não é permitido.

A Declaração explicou ainda que outras investigações também chegaram à CVM com relação à possibilidade de que fundos de investimento possam ser criados no Brasil com o propósito específico de investir em outros fundos de investimento incorporados em jurisdições onde eles são admitidos e regulamentados que por sua vez têm como estratégia o investimento em moedas criptografadas, ou investir em derivativos a ser negociado em ambientes regulamentados em outras jurisdições.

A esse respeito, a CVM enfatizou que as discussões existentes sobre o investimento em criptomoedas, tanto diretamente por fundos como de outra forma, ainda estão em um estágio inicial e coexistem com o atual Projeto de Lei nº 2.303 / 2015 (discutido abaixo), que podem impedir, restringir ou até mesmo criminalizar a negociação de tais modalidades de investimento.

A CVM concluiu que, com base no entendimento da área técnica, é inegável que ainda existem muitos outros riscos inerentes associados a tais investimentos (como segurança cibernética e riscos à privacidade) e com a legalidade futura de sua aquisição ou comercialização, e que, considerando todas essas variáveis, não foi possível à CVM chegar a uma conclusão sobre a possibilidade de constituição e estruturação de investimentos indiretos em criptomoedas.

Portanto, em vista dessas circunstâncias, a CVM aconselhou os administradores de fundos de investimento a aguardarem orientações adicionais e conclusivas da CVM sobre o

⁶ Comissão de Valores Mobiliários, Ofício Circular No.1 / 2018 / CVM / SIN, <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>.

⁷ Identidade. O artigo 2º (V) da Instrução CVM 555/2014 relaciona os ativos financeiros aplicáveis aos fundos de investimentos registrados na CVM. Instrução CVM nº 555, de 17 de dezembro de 2014, <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>.

assunto para estruturar investimentos indiretos em criptomoedas conforme descrito, ou mesmo em outras formas alternativas que busquem essa natureza de investimento.

Atualmente existe um Projeto de Lei que alteraria a Lei no 12.865 de 9 de outubro de 2013, que dispõe sobre modalidades de pagamento e instituições de pagamento que fazem parte do Sistema de Pagamentos Brasileiro e a Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998 que prevê crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens e a prevenção do uso do sistema financeiro para as atividades ilícitas previstas na Lei nº. 9.613, está atualmente em análise na Câmara dos Deputados.⁸

O projeto prevê a inclusão de moedas virtuais e programas de milhagem na definição de “acordos de pagamento” sob a supervisão do BACEN, e exigiria que indivíduos e empresas envolvidas em empresas de investimentos monitorassem de perto transações envolvendo moedas virtuais e programas de milhagem aérea. por crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens.¹⁷

A Lei nº 12.865 atualmente define “acordo de pagamento” como um conjunto de regras e procedimentos que regulam a prestação de um determinado serviço ao público que é aceito por mais de um destinatário, por meio de acesso direto por usuários finais, pagadores e destinatários.⁹

4. Considerações finais

A criptomoeda trouxe não apenas vantagens para os negócios, mas também criou um conjunto de novos riscos para os governos e até mesmo para os usuários finais. Esses problemas incluem risco de segurança cibernética, evasão fiscal, promoção de atividades ilegais e apoio financeiro ao terrorismo.

Por outro lado, devido à alta transparência da criptomoeda e sua facilidade de uso especificamente em fazer transações e criar carteiras, faz com que os esforços atuais do governo em matéria de evasão fiscal se tornem eficientes, tanto em matéria de zelar pela integridade do sistema financeiro como na sua interlocução de novos setores que ligam a tecnologia com finanças e novos mercados, aproximando novas tecnologias ligada a finanças ao público em geral, tornando as práticas financeiras mais democráticas e seguras.

Consequentemente, isso dificulta a avaliação da propriedade de seus cidadãos fora do país. Devido ao potencial de lavagem de dinheiro que existe, o governo é tentado a dar

⁸Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 2.303, de 2015, <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>.

⁹ Lei nº 12.865 de 9 de outubro de 2013, art. 6 (I). https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm.

mais responsabilidade e responsabilidade a transmissores de dinheiro para desempenhar um papel ativo na detecção e relato de atividades suspeitas como o que bancos e instituições financeiras têm no sistema tradicional.

Em observância as novas tecnologias e os novos fenômenos da economia globalizada as novas ferramentas de caráter financeiros estão fadadas a entrar no âmbito jurídico de toda administração pública nas novas rotinas administrativas dos estados modernos, isso é factível e sua necessidade é bem entendida porque a existência de atividades da boa administração pública que prese pela eficiência nas suas atividades de desenvolvimento econômico em escala sejam domésticas e internacionais depende de seu suprimento financeiro e como operam estes ativos.

As autoridades fazem suas tentativas de alterar a lei atual com a esperança de criar um ambiente melhor para adaptar ou evitar o mau uso da criptomoeda. Bem-sucedido ou não, é sempre um trade-off entre segurança e eficiência, e não é difícil ver que os sistemas legais atuais ainda lutam para se moldar nessa tendência tecnológica.

Fazer leis sem considerar todos os aspectos do problema pode levar a uma regulamentação parcial ou mesmo prejudicial. Assim, o investimento em pesquisas nos diferentes ângulos da moeda virtual poderia ajudar os legisladores a estabelecer leis mais confiáveis.

O fenômeno da criptomoeda, desde sua primeira introdução, só chamou a atenção recentemente, mas criou um enorme impacto em diferentes aspectos e campos. Estamos ansiosos para ver como a lei evoluiria não apenas para evitar o risco, mas também para absorver essa incrível tecnologia como poderosa ferramenta para criar um futuro melhor.

5. Referencias Bibliográficas

ANDERSEN, Gavin. Bitcoin-Qt / bitcoind 0.8.2 (final) available. 2013 Disponível em: <https://bitcointalk.org/index.php?topic=219504.0> Acessos em 18/07/2019

ANTONOPOULOS, Andreas. Mastering Bitcoin Estados Unidos: O'Reilly Media, Inc.,2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 25.306. 2014

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.282. 2013

BRASIL. Constituição Federal. 1988.

BRITO, Jerry Brito. CASTILLO, Andrea. Bitcoin: A Primer for Policymakers (Arlington, VA: Mercatus Center at George Mason University, 2013

BLUNDELL-WINGNALL, A. The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer

Technology, OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions, No. 37, OECD Publishing. 2014.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede, Vol. I. São Paulo: Paz e Terra. 8 edição. 2000

CHAMPAGNE, Phil. *The Book Of Satoshi: The Collected Writings of Bitcoin Creator Satoshi Nakamoto*. e53 Publishing LLC. Estados Unidos. 2014

CHAUM, David. *Security without Identification: Transaction Systems to Make Big Brother Obsolete*. *Communications of the ACM*. Nova York: ACM, Volume 28 Issue 10, Oct. 1985 P. 1030-1044.

FEDERAL RESERVE. *Record of Meeting: Federal Advisory Council and Board of Governors*. 2014.

FREIRE, Marusa, Vasconcelos. *Moedas Sociais: Contributo em prol de um marco legal e regulatório para as moedas sociais circulantes locais no Brasil antecedentes, balanço e perspectivas*. 2011. 374 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, 2011.

THE WORLD BANK. *Migration and Remittances: Recent Developments and Outlook Special Topic: Financing for Development*. 2015. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTPROSPECTS/Resources/334934-1288990760745/MigrationandDevelopmentBrief24.pdf>. Acessos em: 05/08/2019.

TURPIN, Jonathan. *Bitcoin: The Economic Case for a Global, Virtual Currency Operating*

in an Unexplored Legal Framework *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Indiana, Indiana Press University, Volume 21, Issue 1, 2014, pp. 335-368.