



Luiz Fernando Castilhos Silveira
Guilherme Dettmer Drago
Daniela de Oliveira Miranda
Organizadores

COLETÂNEA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

**ALUSIVA AOS 20 ANOS DO BACHARELADO EM DIREITO DO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS**



COLETÂNEA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS
ALUSIVA AOS 20 ANOS DO BACHARELADO EM DIREITO DO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS

ORGANIZADORES

Guilherme Dettmer Drago

Daniela de Oliveira Miranda

Luiz Fernando Castilhos Silveira

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
José Quadros dos Santos

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:
Evaldo Antonio Kuiava
Vice-Reitor:
Odacir Deonísio Graciolli
Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:
Juliano Rodrigues Gimenez
Pró-Reitora Acadêmica:
Nilda Stecanela
Diretor Administrativo-Financeiro:
Candido Luis Teles da Roza
Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech
Coordenadora da EducS:
Simone Côrte Real Barbieri

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS) – presidente
Cleide Calgaro (UCS)
Gelson Leonardo Rech (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Juliano Rodrigues Gimenez (UCS)
Nilda Stecanela (UCS)
Simone Côrte Real Barbieri (UCS)
Terciane Ângela Luchese (UCS)
Vania Elisabete Schneider (UCS)

COLETÂNEA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

ALUSIVA AOS 20 ANOS DO BACHARELADO EM DIREITO DO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS

ORGANIZADORES

Guilherme Dettmer Drago

Daniela de Oliveira Miranda

Luiz Fernando Castilhos Silveira



© dos autores.

Revisão: Izabete Polidoro Lima.

Formatação e paginação: Mateus Pasinato Scopel.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Universidade de Caxias do Sul

UCS - BICE - Processamento Técnico

C694 Coletânea de artigos científicos alusiva aos 20 anos do bacharelado em direito do Campus Universitário da Região das Hortênsias [recurso eletrônico] / organizadores Guilherme Dettmer Drago, Daniela de Oliveira Miranda e Luiz Fernando Castilhos Silveira. – Caxias do Sul, RS : Educs, 2020.
Dados eletrônicos (1 arquivo).

ISBN 978-65-5807-029-0

Apresenta bibliografia.

Vários autores.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Direito - Estudo e ensino (Superior). 2. Universidade de Caxias do Sul. Campus Universitário da Região das Hortênsias. Curso de Direito. 3. Poligrafia. I. Drago, Guilherme Dettmer. II. Miranda, Daniela de Oliveira. III. Silveira, Luiz Fernando Castilhos.

CDU 2. ed.: 378:34(082)

Índice para o catálogo sistemático:

- | | |
|---|-----------------|
| 1. Direito - Estudo e ensino (Superior) | 378:34(082) |
| 2. Universidade de Caxias do Sul. Campus Universitário da Região das Hortênsias. Curso de Direito | 378.4(816.5)UCS |
| 3. Poligrafia | 082 |

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Ana Guimarães Pereira - CRB 10/1460.



Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972– Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197
Home Page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br

Sumário

Apresentação 9

PARTE 1: TEORIA DO DIREITO, DIREITO CONSTITUCIONAL E MEIOS ALTERNATIVOS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS..... 15

1. A literatura como foco de resistência ao caráter refratário da standardização do conhecimento jurídico 16

Jeferson Dytz Marin

2. Os movimentos sociais, a transição democrática e a consolidação da Constituição de 1988: um olhar sobre o processo histórico da democracia brasileira 48

Daniela de Oliveira Miranda

Luiz Fernando Castilhos Silveira

3. A Constituição em defesa da paz: uma investigação sobre o direito fundamental à paz social 93

*Maiquel Grando**

4. Tripartição dos poderes: a estrutura dos poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro, adotada pela Constituição Federal de 1988..... 118

Eduardo Henrique Cortese Magalhães

5. Formas alternativas à solução de conflitos como resposta à judicialização da vida 139

Carla Simone Beuter

Melissa Demari

PARTE 2: DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO AMBIENTAL 159

6. Breve análise sobre licitações e contratos..... 160

Guilherme Dettmer Drago

Antônio Fleig Paludo de Abrantes Rodrigues

7. Controle jurisdicional das políticas públicas na aquisição de medicamentos.....191

Ágata Borges Kalil

Guilherme Dettmer Drago

8. A Organização das Nações Unidas e o combate à poluição causada pelo plástico..... 219

Clóvis Dias de Souza

Ícaro da Silveira Frota

9. A inespecificidade do art. 54 da Lei n. 9.605/98: importância do controle de poluição sonora 245

Gabriel de Almeida Braga

Giovanna de Almeida Braga

10. Manguezais e a (in)existência de protocolo relacionado à limpeza e remoção de petróleo e derivados 266

Gabriel de Almeida Braga

11. As consequências das emergências globais provocadas pela pandemia em detrimento das emergências climáticas 299

Monique Ramona Alves Carasai

PARTE 3: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL..... 328

12. Principais reformas na legislação penal decorrentes da Lei n. 13.964/19 (pacote anticrime): considerações críticas 329

Bruno Silveira Rigon

Róbson de Vargas

13. Investigação preliminar e o devido processo penal: o papel da defesa na investigação 352

Cristiano Gessinger Paul

Gabriela de Souza Flores

14. A prisão preventiva: mecanismo cautelar ou instrumento de punição antecipada e controle social? 382

Daniela Webers da Cruz

PARTE 4: DIREITO PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DO TRABALHO 422

15. Os efeitos da sentença trabalhista na concessão de benefícios previdenciários 423

Ícaro da Silveira Frota

Clóvis Dias de Souza

16. A ergonomia aplicada à mulher e ao transexual feminino 447

Ícaro da Silveira Frota

Clóvis Dias de Souza

17. A aposentadoria especial frente aos riscos nanotecnológicos 468

Mariana Petry

Sabrina Schenkel

18. A empregada gestante ou lactante e o direito ao trabalho em um meio ambiente salubre: proteção ou discriminação 490

Sabrina Schenkel

Mariana Petry

PARTE 5: DIREITO CIVIL E DIREITO DIGITAL 511

19. Considerações sobre a concessão de personalidade jurídica aos entes de inteligência artificial 512
Luiz Fernando Castilhos Silveira
Pedro Afonso Bombardelli Becker
20. Covid-19: O impacto da imprevisibilidade sobre as obrigações decorrentes de contratos comutativos e de execução continuada à luz do Código Civil brasileiro...544
Júlio César Oliveira de Souza
21. Privacidade de dados em tempos de pandemia564
Patricia Montemezzo
22. Lawtechs e o futuro da advocacia590
Jerusa de Oliveira Vargas Bohrer

Apresentação

É com muito orgulho que apresentamos este livro, organizado em alusão aos 20 anos do curso de Bacharelado em Direito do Campus Universitário da Região das Hortênsias, da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

O livro é fruto do trabalho e das contribuições de autores e autoras que estão ou em algum momento estiveram envolvidos de alguma forma com o curso de Bacharelado em Direito do Campus das Hortênsias. Participam da obra, desde acadêmicos de Direito e egressos do curso; estudantes de graduação, bacharéis e advogados alunos ou ex-alunos de Especialização e do Mestrado Acadêmico; até professores e professoras do curso de Direito do Campus, mestres e doutores com larga experiência acadêmica e, em muito, responsáveis pela qualidade e vanguarda da nossa Universidade.

Esta obra é, pois, uma amostra da contribuição do curso de Direito com a comunidade jurídica e acadêmica da Região das Hortênsias. Ela demonstra, não só o engajamento dos nossos estudantes e ex-alunos com temas atuais e de imensa relevância para a sociedade local e brasileira, mas também a seriedade acadêmica e científica com que enfrentam esses complexos problemas para os quais a sociedade aguarda (e por vezes demanda) respostas e soluções.

Nessas duas décadas de existência, o curso de Direito do Campus das Hortênsias contribuiu para desenvolver e transformar a realidade da região. Foram 665 bacharéis formados, os quais seguiram variadas trajetórias profissionais, após a graduação. São advogadas, políticos, empresárias, professores, servidoras públicas de variados órgãos e departamentos; policiais, agentes penitenciários, bombeiros... a lista seria imensa. A todas e a todos o nosso muito obrigado pela confiança depositada na nossa Universidade para a sua formação acadêmica.

Além da graduação em Direito, o Campus das Hortênsias da UCS contribuiu e contribui com a formação em nível de pós-graduação de muitos profissionais. Já foram seis cursos de

Especializações realizados, em diversas áreas do Direito. Em 2021, oferecerá especializações em Direito de Família e em Gestão de Cidades e, possivelmente, em Direito Imobiliário.

Desde 2019, o *campus* conta também com a primeira turma do seu Mestrado em Direito Ambiental. A pós-graduação *stricto sensu* em Direito Ambiental e Sociedade da UCS é pioneira no Brasil, em uma área do conhecimento de fundamental importância, não só regional e nacional, como mundial. A qualidade do curso se reflete nos artigos aqui apresentados: nada menos do que oito dos vinte e dois capítulos desta coletânea foram escritos por sete de nossos mestrandos e mestrandas, a respeito de áreas afins ao Programa de Pós-Graduação em Direito.

Este livro está organizado em cinco partes, dispostas de forma relativamente livre, a partir das áreas mais gerais do Direito até as particulares: do Direito Público ao Direito Privado. A parte 1, pois, é composta pelos artigos em Teoria do Direito, Direito Constitucional e Meios Alternativos de Solução de Conflitos.

O primeiro texto é de autoria do Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin, professor da graduação e pós-graduação em Direito da UCS e coordenador do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade. O seu artigo, intitulado “A Literatura como Foco de Resistência ao Caráter Refratário da Estandarização do Conhecimento Jurídico”, nos brinda com uma interessante crítica ao esvaziamento do elemento humano do conhecimento – o qual, como tal, segundo o autor, deixaria de ser conhecimento autêntico. Propõe, como solução, uma reaproximação do direito com a literatura.

Já o segundo artigo é de autoria dos professores: Dr^a. Daniela de Oliveira Miranda e Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira, o qual visa ressaltar a importância e a contribuição dos movimentos sociais para a transição democrática no Brasil e a consolidação da Constituição de 1988. Trata-se de uma tentativa de salientar a importância das lutas e reivindicações sociais para a conquista de direitos fundamentais, o que aponta para a necessidade de uma constante vigília e proteção a essas garantias, as quais são parte indissociável de um Estado Democrático de Direito.

O terceiro e quarto capítulos abordam aspectos do Direito

Constitucional, e foram escritos por Maiquel Grando (acadêmico do curso de Direito) e Bel. Eduardo Henrique Cortese de Magalhães (egresso do curso de Direito). Enquanto o primeiro propõe uma leitura do Direito Fundamental à Paz Social, o segundo apresenta o resultado de uma investigação a respeito da tripartição dos poderes na Constituição Federal de 1988.

No encerramento da primeira parte, o quinto capítulo é de autoria das professoras: Dr^a. Carla Simone Beuter e M^a. Melissa Demari, docentes no curso. Elas discorrem, no artigo intitulado “Formas Alternativas à Solução de Conflitos como Resposta à Judicialização da Vida”, sobre um panorama da expansão do papel do Poder Judiciário e do movimento que canalizou para este Poder a solução de questões antes restritas à seara da vida privada do indivíduo. Apresentam os Meios Alternativos de Solução de Conflitos, tais como a mediação e a conciliação, como resgate da noção de cidadania e recondução do protagonismo à vida do cidadão.

A segunda parte do livro contempla as áreas do Direito Administrativo e Direito Ambiental, e é aberta por dois artigos de autoria do Prof. Me. Guilherme Dettmer Drago, coordenador do curso de Bacharelado em Direito do *Campus* das Hortênsias da UCS. O primeiro artigo, em coautoria com o acadêmico de Direito Antonio Fleig Paludo de Abrantes Rodrigues, aborda as relações do serviço público com particulares (relações público-privadas), tuteladas pelas licitações, e os contratos administrativos, apresentando seus respectivos conceitos, características e modalidades. Já o capítulo sétimo, escrito em coautoria com a acadêmica de Direito Ágata Borges Kalil, enfrenta o controle jurisdicional das políticas públicas na aquisição de medicamentos. Os autores examinam a viabilidade de tal controle, analisando a evolução jurisprudencial sobre a matéria e concluindo pela sua possibilidade, eis que o ato em questão não possui natureza propriamente discricionária.

Os capítulos referentes ao Direito Ambiental, área de concentração do programa de Pós-Graduação em Direito da UCS, são produções das mestrandas e mestrandos do *campus*. O primeiro texto é dos Especialistas e mestrandos Clóvis Dias de Souza e Ícaro da Silveira Frota, os quais enfrentam o importante tema do

combate à poluição causada pelo plástico e ao papel da Organização das Nações Unidas nesse combate. Em seguida, o capítulo do Esp. e mestrando Gabriel de Almeida Braga aborda a limpeza e remoção de petróleo e derivados do ecossistema manguezal, sugerindo a criação de um manual/protocolo de limpeza específico para manguezais. Gabriel também nos brinda com um segundo artigo, escrito em coautoria com a acadêmica de Direito Giovanna de Almeida Braga, no qual discutem a poluição sonora: seus impactos, fatores e importância do controle, analisando especificamente a falta de especificidade da lei de crimes ambientais, no que diz respeito à matéria. O último texto da área de Direito Ambiental é o da Esp. Monique Ramona Alves Carasai, também mestrando no programa, o qual é o resultado de pesquisa a respeito da atualíssima questão dos impactos provocados pela pandemia da Covid-19, em detrimento do enfrentamento das emergências climáticas.

A terceira parte desta obra abrange as áreas do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Inicia com os Mestres e professores no Bacharelado em Direito da UCS Hortênsias, Bruno Silveira Rigon e Robson de Vargas, abordando de forma crítica as principais reformas na legislação penal, decorrentes do chamado “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/19), incluindo uma análise político-criminal e criminológica de tal reforma. O segundo capítulo é um artigo do Prof. Me. Cristiano Gessinger Paul que, em coautoria com a Especialista e aluna da Pós-Graduação da UCS, Gabriela de Souza Flores, aborda o importante tema da defesa na investigação, concluindo com os benefícios que poderiam ser trazidos pela importação de institutos processuais estadunidenses ao ordenamento jurídico brasileiro. Como encerramento da terceira parte, temos o artigo da acadêmica de Direito da UCS Hortênsias, Daniela Webers da Cruz, o qual analisa e busca compreender os fatores que estão por trás do grande número de presos preventivos no Brasil. O texto apresenta a conclusão da autora, no sentido de que a finalidade do instituto está sendo desviada, na direção de ser utilizado como um mecanismo de punição antecipada das às classes menos favorecidas.

Já a quarta parte é composta pelos artigos nas áreas do Direito Previdenciário e Direito do Trabalho. Os dois primeiros capítulos

são de autoria dos já mencionados Especialistas Clóvis Dias de Souza e Ícaro da Silveira Frota: no primeiro texto, investigam e analisam o motivo pelo qual a sentença trabalhista não é de pronto homologada e recebida como prova cabal e inequívoca da relação previdenciária pela Jurisdição Federal comum; no segundo, buscam contribuir – a partir dos princípios constitucionais, legais, jurisprudenciais e consuetudinários – para a interpretação e aplicação legislativa da CLT à mulher e ao transsexual feminino, no que diz respeito à ergonomia. Os outros dois capítulos da seção, de números 17 e 18, são de coautoria das também Especialistas e mestrandas do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UCS, Mariana Petry e Sabrina Schenkel. No primeiro de seus capítulos, as autoras abordam mais um tema importante da atualidade, que é o da aposentadoria especial frente aos riscos nanotecnológicos; no segundo, encerram a quarta parte com uma análise das condições de trabalho da empregada gestante e lactante, questionando sobre a proteção real e efetiva da saúde da mulher para além da trabalhadora celetista, sem se limitar o direito às que possuem vínculo empregatício.

Na quinta e última parte, encontramos os artigos das áreas de Direito Civil e Direito Digital. O primeiro texto desta seção é do Prof. Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira em coautoria com o acadêmico de direito Pedro Afonso Bombardelli Becker, e apresenta uma pesquisa exploratória a respeito das atuais discussões em torno da atribuição de personalidade jurídica aos entes de inteligência artificial. Em seguida, o capítulo 20 foi escrito pelo Esp. Júlio César Oliveira de Souza, que é especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCS Hortênsias. O artigo, de importância e relevância ímpares neste ano de 2020, enfrenta o importante tema da imprevisibilidade sobre as obrigações decorrentes de contratos comutativos e de execução continuada, em razão de pandemia pelo Covid-19.

A obra é encerrada por dois capítulos a respeito de temas atuais do Direito Digital, área do direito de grande importância para o desenvolvimento tecnológico e as relações sociais e jurídicas dele decorrentes. A Prof^a Me. Patrícia Montemezzo também enfrenta o atualíssimo tema da Covid-19, neste caso

perguntando-se a respeito das ações de combate à pandemia (tais como a utilização, pelo Estado, da coleta de dados de geolocalização por parte das operadoras de telefonia), a Lei Geral de Proteção de Dados, e os impactos dessas ações nos direitos individuais dos cidadãos. Por fim, o último capítulo é de autoria da Esp. Jerusa de Oliveira Vargas Bohrer, egressa do Bacharelado em Direito da UCS, *campus* das Hortênsias. A autora discorre a respeito das *lawtechs*, ou *legaltechs*, da sua influência na advocacia e da chamada advocacia 4.0. São abordados temas como a utilização da inteligência artificial na atividade profissional dos advogados, assim como a postura que esses profissionais deverão adotar, a fim de acompanhar essas inovações tecnológicas.

Agradecidos pela contribuição das autoras e dos autores para a presente coletânea de artigos, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura. Deixamos sinceros votos de que o curso de Bacharelado em Direito do *Campus* Universitário da Região das Hortênsias, da Universidade de Caxias do Sul, continue a contar com a confiança da sociedade dada a qualidade de seu trabalho, para que possamos, pelas décadas que virão, continuar contribuindo para o desenvolvimento da região.

Os organizadores.

Parte 1

Teoria do Direito, Direito Constitucional e
Meios Alternativos à Solução de Conflitos

1.

A literatura como foco de resistência ao caráter refratário da standardização do conhecimento jurídico

Jeferson Dytz Marin*

Resumo: A pós-modernidade revela um quadro de crise, representado especialmente no vilipêndio ao caráter distintivo-democrático das instituições e dos indivíduos, que poderia ter na diferença um importante propulsor de políticas inclusivas. A autoridade e a influência subliminares vertidas pelo mercado firmam a concepção tecnicante que gesta o paradoxo do homem sem o elemento humano. Esse processo de encapsulamento do conhecimento e de condensação da literatura ampara a sociedade da informação instantânea, que não constitui conhecimento autêntico. A busca de espaços democráticos que viabilizam uma compreensão dialética do conhecimento passa necessariamente pelo rompimento com esse quadro e pela retomada do caráter intelectual do direito, a partir de uma reaproximação com a literatura.

Palavras-chaves: Conhecimento jurídico. Literatura. Crise. Standardização. Pós-modernidade.

Abstract: Postmodernity reveals a crisis situation, especially in the contempt shown to the distinctive character of democratic institutions and individuals, the difference could have an important driver of inclusive policies. The subliminal authority and influence poured out by the market sign the technical concept that manages the paradox of man without the human element. This encapsulation process knowledge and condensation of the literature supports the society of instant information, which is not genuine knowledge. The search for democratic spaces that enable a dialectical understanding of knowledge will

* Coordenador do e professor no PPPGDIR (Mestrado e Doutorado) em Direito da UCS. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq) Alfajus – Jurisdição e Ambiente, que registra esforço de cooperação com a *Pace Law School*– Nova Iorque-EUA e *Università di Padova*-ITA. Professor convidado em cursos de Doutorado, MBAs e pós-graduação em diversas instituições, dentre as quais a Universidade de Coimbra-Portugal e Escola da Magistratura Federal (Esmafe). Doutor em Direito pela Unisinos. Advogado. E-mail: jdmartin@ucs.br

necessarily break with this situation and the resumption of intellectual nature of law, from a rapprochement with the literature.

Keywords: Legal knowledge literature. Crisis. Standardization. Post-modernity.

Introdução

A pós-modernidade, como é consabido, traduz o tempo do estreitamento de fronteiras, da vulnerabilidade dos mercados e o efeito agregado das vicissitudes financeiras dos principais países do Globo. Embora a distinção entre o fato e o factóide seja imperiosa, o certo é que, real ou não, sólido ou fluido, o humor do mercado interfere diariamente na vida dos cidadãos.

Nessa esteira, a *lex mercatoria* gesta padrões de conduta, linguagem própria e alastra-se em gigahertz, tal como uma peste. Há quem diga que se vive um novo mal do século, bem mais mordaz que a tuberculose de outrora. De fato, o período presente é a era do consumo hedonista, do consumidor-produto e do homem que, em face da tamanha dependência de mercado que registra, se transformou ele próprio no capital (produtor-produtivo). E nesse período de velocidade da comunicação e de organização da sociedade em redes de informatização, fundadas no intérprete-máquina, de ambiência tecnológica que redundava numa sociedade de homens-consumidores polícronicos, o mercado deita suas faceiras raízes, sem encontrar qualquer resistência.

Esse encantamento produzido pelas constantes mensagens subliminares fez com que fossem constituídas necessidades prementes, outrora relegadas ao ostracismo e classificadas como inúteis. O senso de coletivo foi-se. Criou-se um sujeito este-reotipado, que, moldado ao mercado, segue firme seu papel de consumidor-consumido. E a sedução do liberalismo está exatamente no arquétipo de viés psicológico, que permite uma oferta irresistível de segurança combinada com liberdade.

A concentração do capital em grandes grupos econômicos

atingiu as economias de bairro e reduziu significativamente o número de investidores locais, no que Boaventura Santos chamou de localismos globalizados. Os setores de bebidas, telefonia e alimentação são exemplos cediços dessa realidade. As economias comunitárias, assim, vão sendo gradativamente banidas do ideário de mercado.

Nesse contexto, põem-se o Estado e o próprio direito, vítimas inevitáveis e presas fáceis do Mercado-Leviatã. No direito, os instrumentos de sedução consumerista foram substituídos pela promessa de celeridade consubstanciada nas formas de standardização da causa. Assim como no mundo hedonista do consumidor-produto, aqui, deixa-se de considerar o critério qualitativo para dar ensejo a um processo massificado de produção em série, assaz distante do caráter intelectual que a ciência jurídica reclama. Despersonalizam-se as demandas em prol da universalização conceitual, que aprisiona a interpretação e amordaça a singularidade do caso.

A morte do consumidor livre, dessa forma, encontra um correspondente no direito: a pena capital da causa e da jurisdição que prima pela fundamentação e pela democratização de uma decisão típica das ciências do espírito, voltada para o critério qualitativo-intelectivo.

É, nesse quadro de angústia, que verte um direito desfigurado, longe de suas pretensões teórico-hermenêuticas, que se põem ao tema abordado. O objeto volta-se inicialmente para a identificação das crises do Estado – e, por via de consequência, da jurisdição –, a delimitação que a influência do pensamento racionalista-liberal produz e a necessidade de superação da concepção linear de tempo. Tais constatações, claro, são ambientadas nesse simulacro liberal e na negatividade estatal que alça a economia à condição de razão de fundamento do Estado-Juiz, ferindo a pretensão primeira da ciência jurídica, que é regular as relações sociais.

Vive-se a era da velocidade despersonalizante. O processo transformou-se em um número; os jurisdicionados numa soma abrupta que choca e deve ser combatida com produtividade

cega. A velocidade é o mote, e o conteúdo foi relegado a debate de última categoria jurisdicional.

O direito, assim, perde seu caráter literário e enfileira-se à mercantilização da cultura. Cheia de moedeiros falsos, a jurisdição distancia-se da democracia para chancelar a padronização e o perfil único, que pisoteia a diferença includente na pós-modernidade. O julgador deixou de ser produtor para transformar-se em produto. Produto de um sistema que “purifica” o intelecto e o molda à engrenagem produtiva que prima pela quantificação. É preciso produzir! É preciso decidir! É preciso jurisdicionar aos cântaros! Desimporta a peculiaridade do caso ou a personalidade da demanda (e dos jurisdicionados!).

Com pesar, é necessário reconhecer que o direito também passa por um processo de balconização. O mundo da essencialidade criada, que gesta necessidades prementes, outrora revestidas de absoluta futilidade, bateu às portas do jurídico. A ordem do dia é transformar as partes em número e sentenciar padronizadamente, a fim de fazer frente à crescente demanda que um sistema com forte vocação para o litígio verteu. A mediação é o instrumento dos fracos, pois afasta a presença do Estado. Mesmo combalido e afetado pela crise do modelo, ele deve continuar presente, assegurando o monopólio da jurisdição? Parece, decisivamente, que não.

Assim como na literatura, a atividade jurisdicional verte uma simplificação impossível do complexo e busca respostas rápidas, pré-prontas, sintéticas. De fato, não há como vislumbrar numa decisão que prime por essas características, um “ato de convencimento”, em cumprimento ao preceito constitucional e mesmo à premissa socrática, há muito dita. O fundamento não é importante, o argumento não conta, o que conta é a quantidade de decisões “cuspidas” de forma seriática, perfazendo mais uma edição do grande *shopping* de consumo hedonista que abriga, com seu teto gigante, todo o mundo.

O direito distancia-se das missivas errantes e aproxima-se dos espasmos entrecortados de uma fala pífia, produzida na comunicação eletrônica. Rompe com o saber da tradição,

amparado nos livros, para dedicar-se à modelização e à repetição jurisprudencial sintomática. Falar de livro é fácil, é enlevo, é fascínio. É terra. É céu. Livro é poeira, é cheiro, é memória. O livro é o andar altivo, é o reviver, é o viver. O direito da pós-modernidade prescindiu da lição desperta do maior símbolo da culturalidade que se viu até então. Preferiu a busca incessante por uma decisão que “encaixe” no caso-paradigma.

Mas, apesar do avanço da velocidade da comunicação, da tecnologia igualizante, há esperança de que o direito resista, pela sede de cultura, pela fome de saber. Até que ponto a tecnologia representa um avanço? O mergulho no ritmo da velocidade pode verter informação genuína? Acredita-se que não. A informação é encaixotada, expremida, traduz um breve escorço. A informação instantânea encontra o limite em sua própria etimologia.

Freud disse que o que distingue o ser humano dos animais não é a razão, mas sim o desejo. Ele, o desejo, é a bússola do humano, que permite viver o presente, sem colocar o passado como futuro.

O tempo é um elemento decisivo para conformação dessa postura. E o direito tem procurado simplificar o tema do tempo com a estandardização das decisões. De fato, a pós-modernidade traz esse nítido sintoma. O homem, levado pelo tempo, pelo tempo veloz, não tem mais “tempo” para apreciar o “tempo”. O consumismo gerado pelo panóptico do mercado bateu à porta das casas, sentou-se à poltrona da sala e aí ficou. A esteriotipação (estandardização) do próprio homem, o processo de igualização e a perda do significado das coisas ofertam a roupagem da crise de identidade que se atravessa, mas que se quer superar.

1 A crise jurídica na pós-modernidade: o que fazer com a liberdade forjada nas agruras do vilipêndio do Estado autoritário? (a passividade pós-repressão)

O Estado Moderno enfrenta uma crise de identidade, uma vez que não foi gestada teoria política capaz de fundar a conceituação do perfil alcançado por este Estado que, ora tutela liberdades públicas,

ora percebe os direitos sociais enquanto baluartes da cidadania, ora põe-se como mínimo, refém das vicissitudes de mercado.

As crises do Estado Moderno – conceitual, estrutural, institucional, funcional e de representação – contextualizam a crise jurisdicional, que denota a ausência de perspectiva de eficácia social das teorias da decidibilidade, cuja própria validade ética tem sido questionada. A (re)formulação da concepção de democracia jurisdicional, no sentido de reconhecer-se a plausibilidade de uma jurisdição democrático-constitucional, alterando-se o fundamento jurisdicional ortodoxo calcado na teoria do vencido-vencedor, com o fito de alcançar legitimidade social à teoria da decidibilidade, fazendo com que as pessoas *sintam-se escutadas pelo Estado-Juiz*,² revela uma das formas de (re)democratização do ato judicante, fortalecendo seu caráter inclusivo.

Nessa esteira, parece indispensável perceber a jurisdição em sua dimensão histórica e ideológica, explicitando seu conteúdo e contextualizando-a diante das crises do Estado Moderno, reconhecendo a necessidade de democratização do ato jurisdicional e de temporalização do direito – religação com o passado – mediante a (re)construção da verdade das teorias da decidibilidade, minimizando-se a interferência do paradigma liberal-mercadológico e valorizando-se a aplicação dos direitos sociais e individuais, com o escopo de firmar políticas inclusivas.

A prevalência do critério econômico nas decisões estratégicas

² Como propõe Warat, ao reinventar a dogmática jurídica, através da percepção do outro: “Olhar é sempre um esforço para obter, desde o presente, sentidos para o passado; seria aquela releitura que trata de evitar que o nosso desejo repita o passado no presente, que é sempre uma forma de tentar eliminar o presente pela melancolia de não aceitá-lo como diferente. A repetição do passado nos impede de receber os sinais novos, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em síntese, nos aliena, nos exclui ou nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições de transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivência e um futuro indecifrável” (WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. *In*: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho não acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 173-174. 2.v.).

do Executivo tem influenciado, sobremaneira, o fundamento decisório dos tribunais, mormente no que toca ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que tem se colocado como corresponsável na asseguaração da estabilidade econômica do País e equilíbrio do Erário, rejeitando, por vezes, a ideia de reconhecimento dos direitos fundamentais. Cá se diga que o propósito da colocação não é firmar a impertinência da vocação política dos tribunais constitucionais, mas sim a influência perniciosa do Executivo, que alcança a proteção da estabilidade estatal, através das decisões de preservação da ordem tributária, do sistema financeiro e do orçamento público.

Nesse talante, a macro e microeconomia de matriz keynesiana, cuja influência no sistema econômico-estatal-privado tem chegado à jurisdição, em franco caráter de perversidade, porquanto alçada à equivocada categoria de razão de fundamento, registrando desigual embate com os direitos sociais, cuja antinomia não sugere nem sequer a necessidade de conflito, uma vez que os segundos registram classificação em categoria inquestionavelmente superior, deve ter seu alcance limitado, cingindo-se, no que toca à questão de justificação, à sustentação das políticas estatais inclusivas.

Assim, o rumo da política econômica, cujo nascedouro dá-se no Poder Executivo, tem encontrado, no Judiciário, reflexos que não poderiam se fazer sentir, já que integram ações típicas do Poder Executivo, cujo fundamento contempla a proteção dos direitos das garantias fundamentais, tarefa que denota o precípua mister do Estado-Juiz, sendo vedada a sua afastabilidade programática.

Certamente, não se pretende lançar mão da ideia analítica de que a economia registra nicho de atuação determinado, e, em razão disso, não pode influenciar o Direito, sob pena de estar-se cancelando a aplicação de uma matriz positivista-ortodoxa calcada na teoria pura do direito de Kelsen,³ que, alinhavada a uma visão

³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

cartesiano-linear, não registra pertinência na (pós-)modernidade,⁴ já que prevalece a concepção que reconhece as diversas áreas científicas como partes do todo, e portanto, potenciais produtores de interferências, que levam a influências mútuas.⁵

A partir dessas matrizes conceituais, busca-se reconhecer que a forma de condução de decidibilidade, engendrada pela Corte Suprema em *terrae brasilis*, não alcança fundamento jurídico plausível frente à compreensão de democracia da modernidade, fundada na ideia de pluralismo e, precipuamente, tendo os princípios constitucionais como alicerces primordiais da limitação do poder do Estado, com o fito de assegurar a preservação incondicional dos direitos e das garantias fundamentais. A solução do Estado, porquanto, a par da celeuma e das vicissitudes, deve passar, invariavelmente, pela consideração da Constituição, mas primordialmente pelo exame atendo do perfil do Estado Moderno, no sentido de questionar-se até que ponto sua crise de identidade contribui para a exclusão. O *Welfare State* fez com

⁴ Uma das definições mais adequadas de pós-modernidade é a de Stuart Hall. Como ele propõe: “O sujeito pós-moderno não tem uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma ‘celebração móvel’: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam. É definida historicamente, e não biologicamente. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um ‘eu’ coerente. Dentro de nós há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas. Se sentimos que temos uma identidade unificada desde o nascimento até a morte é apenas porque construímos uma cômoda estória sobre nós mesmos ou uma confortadora ‘narrativa do eu’. A identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia. Ao invés disso, na medida em que os sistemas de significação e representação cultural se multiplicam, somos confrontados por uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis, com cada uma das quais poderíamos nos identificar – ao menos temporariamente” (HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: D & P, 2002. p. 12-13).

⁵ Tal interpretação encontra fundamento na dialética e, também, com matizes distintos, na teoria sistêmica. O propósito da referência, entretanto, cinge-se à necessidade da consideração do pluralismo, no local e do global, dos espaços regionais do Estado e dos espaços que provêm da vontade geral, de ordem constitucional.

que o liberalismo admitisse a modificação de alguns paradigmas de mercado, reconhecendo o papel social do Estado. Todavia, a igualdade, que normativamente passou a ladear a liberdade, com o passar do tempo, abarcou a primeira, porque a miséria e a exclusão percorrem um caminho crescente e, em que pese a profetizada igualdade de oportunidades – base do liberalismo –, a distância entre países ricos, nações pobres e seus desafortunados torna-se cada vez mais substancial.

A concepção que provém especialmente do constitucionalismo é a de que a ideia de Estado de Direito democraticamente concebido não pode prescindir nem da visão liberal,⁶ alicerçada no respeito às diferenças imanentes a uma sociedade plural e heterogênea e tampouco da visão dos comunitaristas, fundada no direito à igualdade, na concepção de organizações sociais que compartilham interesses comuns. Entretanto, a pretensão normativa não tem encontrado receptividade na *práxis* política, econômica e mesmo jurídica. A verdade é que mesmo os países que registram governos de índole e pretensão socialista – mormente na Europa – sucumbem ao mercado, priorizando a liberdade e convivendo passivamente com o aumento amazônico da miséria.

Cá se diga que não há identificação de uma tendência de retorno ao marxismo, na condição de teoria econômica que sucumbiu; sem embargo, impensável conceber que a ideia de um neoconstitucionalismo liberal-social possa açambarcar com identidade de valores e plenitude de relevância a liberdade e (também) a igualdade.

E, nessa linha, faz-se necessário perceber que o *locus* da teoria econômica é próprio, e, embora o Direito não prescinda de um exercício interpretativo que contemple os efeitos produzidos pela economia, não pode adotar como *razão de fundamento*, como esteio da teoria da decidibilidade, o fator econômico.

Assim, a contribuição econômica para o Direito deve dar-se no sentido de compreender os fundamentos da vida humana e

⁶ A concepção de liberalismo aqui empregada firma-se nos direitos de primeira geração, as denominadas liberdades públicas, que tutela a liberdade de pensamento, a liberdade econômica e os direitos individuais em geral.

funcionamento dos sistemas sociais. Sem embargo, esse caráter interpretativo, essencial inclusive ao ato jurisdicional, não pode alicerçar o arrimo decisional, mormente quando se cuida de conflito entre os interesses econômico-mercadológicos do Estado (de concepção liberal) e os de caráter social (*Welfare State*), especialmente no tangente à inclusão.

Além disso, no tocante à crise jurisdicional, é indispensável lembrar que o Direito Contemporâneo aviventa, ainda, a ideia privatista herdada no Direito romano, ao passo que não reprime a discricionariedade⁷ constitucional do provimento jurisdicional, a possibilidade de interpretação, o desapego à influência vertical da lei e a condição de possibilidade de construção de uma interpretação horizontal, arrimada na democratização.

Almeja-se também a superação do paradigma racionalista, de ordem cartesiano-linear e da compreensão da comprovação de indubiedade científica arquitetada por Platão,⁸ com fundamento na lógica da certeza, mediante o reconhecimento da verossimilhança, da quase certeza e do efetivo rompimento com a ilusão da verdade, através da recuperação da compreensão aristotélica.⁹

A partir do reconhecimento da necessidade de alcance de validade ético-social ao ato jurisdicional e de uma (nova) concepção de eficácia, necessário combater a ideia de recepção dos aspectos econômico-liberais, enquanto fundamento de decisão, mediante

⁷ Nesse viés, é pertinente a crítica de Lenio Streck aos decisionismos e às arbitrariedades do Judiciário, que vive uma era dos princípios, que, contudo, mantém as matrizes positivistas, substituindo a subsunção pela ditadura do discurso prévio. Como assevera Lenio: “[...] se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma lingüístico-filosófico, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 339).

⁸ PLATÃO. **Crátilo**: diálogo sobre a justeza dos nomes. Trad. de Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1994.

⁹ ARISTÓTELES. **Rhétorique**. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Societé D’Édition. “Les Belles Lettres”, 1932.

a consideração incondicional dos direitos sociais e fundamentais, tendo como referência o Estado Constitucional.

2 A influência do panóptico jurídico e a necessidade de redemocratização das decisões

O panóptico jurídico¹⁰ enclausura o desejo democrático, vilipendia a possibilidade de ruptura paradigmática e, tal como a Medusa, transforma em pedra o direito. E o sentido que aqui se quer emprestar à pedra é de imobilidade, ausência de agir, sentimento de vida estanque imposto por outrem. Quer-se-ia, contudo, que o direito, liberto das correntes opressoras do panóptico pudesse alcançar o outro sentido de pedra, representado na força, na firmeza, na nitidez de caráter. A pedra que toca o direito, assim,

¹⁰ O termo panóptico (pan-óptico) foi empregado originalmente por Jeremy Bentham (1785), cunhado com o propósito designativo de um sistema de segurança, um presídio de regime disciplinar intenso. Bentham, como é cediço, ampara-se no princípio de utilidade como alicerce para a ética, visando a observação factual da natureza humana. Para Bentham, o homem norteia suas condutas no alcance do prazer e nas tentativas de afastamento/mitigação da dor. A crítica de Foucault debruça-se especialmente nas características do “modelo” erigido por Bentham, que permitia a vigilância anônima de todos os detentos. Tal fato denota o amordaçamento das liberdades e nítido ultraje à proteção da intimidade, revelando o perfil de um Estado opressor, que também se percebe nas práticas universalizantes que (des)personalizam o processo e almejam imprimir o pensamento majoritário, fruto do discurso monológico representado na “fala autorizada” dos pretórios superiores. E vale lembrar que o modelo utilitarista de Bentham servia ainda para designar a tutela do Estado em manicômios, escolas, hospitais, fábricas e todas as organizações de caráter coletivo, vertendo a pretensão explicitada na obra de Foucault, de *Vigiar e punir*. Foucault emprega o termo para identificar os meios de controle do indivíduo, firmados na busca de informações sem procedência revelada e que adentram de forma desapercibida na vida privada do consumidor-produto da pós-modernidade. Mas o panóptico jurídico revela-se, hodiernamente, especialmente nos instrumentos de comunicação massificada e no arquétipo neoliberal que orienta a jurisdição, impondo a vontade das determinações do Banco Central e convenendo, de forma subliminar, as vítimas desse processo seriático, que olvida a existência dos indivíduos e projeta decisões massificadas, com o emprego de um critério coletivo. Os verbetes sumulares e a (des)coisificação do caso julgado também são abarcadas por tal identidade jurisdicional.

é a que habita o imaginário dos punhos de renda, das anáguas engomadas, que se distancia da farândola popular e acompanha o chá das cinco de um Judiciário inerte, inquisitor e amante da estandardização, impondo conceitos e castrando o saber democrático.

A fala autorizada sufoca a democracia. Os julgadores esquecem os seres iconoclastas e pluricromáticos que habitam a semiologia cortaziana reaviventada por Warat.¹¹ Transformaram-se em fantasmas pálidos de um cotidiano inóspito, acinzentado e cadavérico. A democracia precisa de jardins, mas jardins multicoloridos. Não pode sobreviver em meio a ervas daninhas e rosas negras.

O Judiciário brasileiro vive a calenda da industrialização decisional, da massificação (des)personalizada dos julgados, olvidando as pessoas que (ainda) insistem em existir e ser a razão dos pleitos que batem às portas do Estado-Juiz. A tecnologia perniciosa motiva os critérios de avaliação quantitativos, e a máquina que surgiu para servir o homem, agora, o submete a seu jugo. Jorge Burgos, o monge cego de Umberto Eco, cujo batismo não se deu por mera coincidência, ambientado na biblioteca, cenário predileto de Jorge Luís Borges – que influenciou decisivamente o escritor italiano –, tremaria diante do infausto.¹²

¹¹ WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul (RS): Edunisc, 2000. p. 29. Como sustenta o jurista argentino, com intensa presença nos programas de pós-graduação do Brasil: “A ordem da lei, do poder e do saber, inscrita em uma lógica includente do dever, não pode trazer outro resultado que a hipocrisia do Estado e do Direito como legitimadores dos incidentes tolerados. Talvez o estágio seguinte ao Estado-de-Direito (na América Latina) seja o Estado-de-Hipocrisia, mas a forma subsequente ao grau máximo de hipocrisia do Estado parece ser novamente o Estado-de-Direito. Enfim, uma cadeia muito pouco revolucionária. Uma cadeia que se torna altamente perigosa num estágio da civilização onde o espírito do político tende a ser substituído por ‘competentes’ decisões silenciosas, respaldadas por ‘normas técnicas’”.

¹² ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Trad. de Aurora Fornoni Bernardini; Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 545. A biblioteca, componente do período examinado por Eco, do enredo por trás da estória e do imaginário de Borges, é o testemunho da necessidade outrora constituinte do centro das pretensões e, hoje, relegada a um plano inferior, quase inóspito. A passagem do escritor italiano traduz o protagonismo desse símbolo hoje mutilado e toda simbologia de poder que lhe acompanhava: “De

O direito aproxima-se da literatura de autoajuda e do viés manuealesco que inunda as livrarias e salas de aula, passando ao largo do pensar pulsante presente na erudição labiríntica de Borges.¹³ Traduz o consumismo hedonista e a incultura que se instalou na sociedade pós-moderna. O direito que com pesar se questiona denota um subproduto desse mundo torto e individualista que percebe na autenticidade um desvalor a ser banido.

Aqueles que não compartilham com as estruturas responsáveis pelo triste cenário que se vê precisam da paciência do ourives. E se é certo que não há um prócer da nação que possa soprar o braseiro e incendiar a verdade que se quer desvelar, também é fato que esses sujeitos (jurisdicionados-produto), hoje tomados por uma espécie de tristeza de serraceno, com olhos lúgubres e tez negra opaca precisam manter viva a capacidade de indignação, sob pena de cancelar o fim.

O emprego dos instrumentos de standardização da causa lembra o delírio hermenêutico da Companhia Bananeira da Macondo de Gabriel Garcia Marquez. Em face da afirmação sofista dos causídicos americanos, que atestavam nunca terem existido trabalhadores, confrontando com a sóbria memória dos Buendía, “se dissolveu a patranha do presunto de Virgínia, das pílulas milagrosas e dos reservados natalinos, e se estabeleceu por sentença do tribunal e se proclamou em decretos solenes, a inexistência dos trabalhadores”.¹⁴ A standardização do direito tem essa pretensão. A mesma dos advogados da Companhia de Bananas: “a de transformar em existente o plano da inexistência”.

Apesar de prescindir-se do brilho seráfico e do pergaminho

início ninguém entendeu. Os monges estavam tão acostumados a considerar a biblioteca como um lugar sagrado e inacessível, que não conseguiram dar-se conta que ela estava ameaçada por um acidente comum, como a cabana de um camponês. Os primeiros que ergueram o olhar para as janelas persignaram-se, murmurando palavras de espanto, e compreendi que acreditavam em novas aparições. Agarrei-me a seus hábitos, implorei que compreendessem, até que alguém traduziu meus soluços em palavras humanas. Era Nicola de Morimondo, que disse: ‘A biblioteca está queimando!’”

¹³ BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

¹⁴ MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem anos de solidão**. Trad. de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Record, 1967. p. 208-209.

de Melquíades, espera-se que a tendência de massificação do direito mude de rumo e a verdade não seja descoberta tarde demais, alcançando-se o mesmo destino que foi reservado aos Buendía da mítica Macondo.

As decisões que registram a pretensão de implantação de um sentido unívoco traduzem imposturas. Carregam consigo o problema genético da falta de autoridade e, embora sejam formalmente chanceladas não gozam de legitimidade democrática. A democracia não oprime, liberta. A democracia não restringe, inclui. A democracia não tem um discurso monológico, mas plural. A democracia traduz a possibilidade de pleno exercício da vontade fundada na diferença, que, a partir da possibilidade da existência, multiplica as alternativas e compõe o mosaico de valores que amparam o Estado de Direito. Quando a lanceolada face de animal carnívoro da standardização será banida pela candura democrática? O tempo responderá. É preciso um “dar-se conta” da proximidade do fim. A refundação da democracia jurisdicional. O resgate da tradição. O retorno ao elemento humano.

O fundamento das práticas universalizantes, que registram o firme propósito de execução de um projeto de poder jurisdicional, calcado na institucionalização de um grupo monolítico, não contribuem em nada para a democratização do Judiciário.

Esse processo de robotização e tentativa vã de (des)burocratizar o Poder Judiciário engessa o humano, rechaça a capacidade de construção intelectual da decisão e amordaça todo agir transformador. Enquanto o mundo se funda na existência de grupos cada vez mais organizados que traduzem a previsão de evolução da consciência da sociedade civil vertida por Gramsci,¹⁵ o Judiciário apresenta-se indiferente às demandas sociais, mergulhado no mesmo estigma de ode ao contencioso que o caracterizou nos dois últimos séculos.

O escopo universalizante do direito hodierno encontra-se representado precipuamente nas formas de standardização da causa. Notadamente nas súmulas vinculantes, súmulas

¹⁵ GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2000.

impeditivas de recursos, na imposição de um discurso monológico – visto, v.g., nos poderes do relator de todos os tribunais, que crescem vertiginosamente –, na filtragem espúria e industrial-seletiva que os pretórios têm aplicado no exame de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, no requisito da repercussão geral, na sentença preliminar e, mais recentemente, na relativização da coisa julgada.

Esta última, depois da súmula vinculante, infelizmente consolidada no sistema pátrio, representa um dos maiores riscos ao Estado Democrático de Direito que o processo de *terrae brasilis* já gestou. Além de ultrajar a segurança, a previsibilidade e a confiança das decisões ainda desautoriza o caso julgado, agregando ao conceito universalizante que provém da fala autorizada dos tribunais superiores um efeito retroativo, predatório e capaz de inumar a chancela – definitiva – do Estado ao julgado primitivo.

E cá se diga que a estabilização imprimida pela coisa julgada é assaz distinta daquela percebida no fundamento da proceduralização do direito, que percebe na forma a solução para uma pseudodemocracia. Essa segurança volta-se para a uniformização, para igualização perversa, que rejeita a alteridade e o reconhecimento da diferença como propulsão cultural, típica das práticas neoliberais. Doutra banda, a estabilidade/segurança que arrima o caso julgado é aquela que reconhece na pronúncia judicial o sentido democrático e assegura ao jurisdicionado que a decisão oriunda do devido processo legal seja respeitada. Admitir o contrário seria ferir a democracia e abrir as portas ao Estado de exceção,¹⁶ à “ditadura de togas”.

Ademais, a busca de esteio argumentativo no *common law* é fruto de uma premissa equivocada, que rejeita a nítida distinção dos sistemas. As formas de standardização da causa impõem uma uniformidade totalitária que almeja espriar o desejo político dos tribunais superiores, justificando o injustificável, pois se ampara na extensão do dito *precedente* ao futuro. Ora, como é cediço, o *common law* engendra a concepção de vinculação do

¹⁶ AGAMBEN Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

precedente aos casos presentes, mediante intenso debate produzido num processo particularizado, com respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, propício ao exercício hermenêutico. Definitivamente, não é o que ocorre com a sumularização e a (des)consideração da coisa julgada no Brasil.

Não há garantia de que a “justiça” vertida na decisão que substitui a relativizada seja mais/menos decisionista que a inicialmente transitada em julgado. A (des)consideração da coisa julgada traduz mais uma tentativa de salvar decisões malfundamentadas (ou mesmo sem fundamento), com a agravante de que desta feita poder-se-á sepultar um julgado hermeneuticamente correto, para fazer prevalecer outro arbitrário, fruto da consciência universalizante do tribunal superior que impõe a (nova) decisão.

O homem está desaparecendo para dar lugar a um sujeito-máquina estereotipado e repetidor de uma jurisprudência sintomática “cuspida” aos cântaros pelos tribunais superiores. Essa espécie de “Santo Graal” fundamentador que habita a motivação universalizante dos instrumentos de standardização é, seguramente, fruto do neoliberalismo, que impõe uma gestão terrificante e voltada para o “consumo” de “produtos” habilidosamente cunhados pelo Poder Judiciário.

O processo cunhado pelos tribunais superiores, além de impor o olhar soberbo das decisões inquestionáveis e planificadas, relega as partes, os julgadores e os causídicos à própria sorte, aprisionando a linguagem e enfraquecendo a democracia. É preciso, urgentemente, superar a tentativa de democratização formalista e reconhecer a ingente necessidade de uma democracia material, que resgate o homem em sua plenitude e (re) personalize as demandas.

3 A era da técnica: tecnologia, mecanização e estandarização da causa

A sensibilidade foi extirpada do ato decisional. A lágrima habita apenas a tez retinta do negro do subúrbio, a face esquelada

dos moradores de rua e a anseio não correspondido daqueles que, desprovidos de melhor acesso, padecem com a indiferença da jurisdição. Como assevera o Eduardo Galeano, traduzindo sua missão: “Eu escrevo para os que não podem ler. Os debaixo, os que esperam há séculos na fila da história”.¹⁷

O direito distancia-se cada vez mais do sonho acalentado por Galeano, da pedagogia do oprimido de Paulo Freire,¹⁸ da carnalização de Warat,¹⁹ da superação da cegueira de Saramago,²⁰ do despertar da alma de Garcia Marquez²¹ e do olhar labiríntico das bibliotecas sem fim de Borges.²² O direito que a pós-modernidade verteu ainda preserva os ranços romanistas e o alicerce da filosofia da consciência. Com pretensões neoliberais e de cariz contencioso ainda se põe distante de práticas verdadeiramente democráticas, que alcancem os marginalizados e produzam um “direito da rua”. “A opressão, um controle esmagador, é necrófila. Nutre-se do amor à morte e não do amor à vida.”²³

Não se quer o direito do senso comum, mas um direito que escute as pessoas e seja desenvolvido nos bairros, considerando a realidade de cada local, de cada comunidade, atentando ao vasto mosaico cultural que compõe o Brasil. Definitivamente, ainda se tem um perfil de Judiciário que, encastelado no gabinete aguarda os litígios solvidos em série. A lembrança das partes, quanto muito, frequenta a vaga memória do julgador, motivada certamente pelos contornos processuais ou de excepcionalidade que o feito possa sugerir.

O ar quase sem peso e a respiração calada do chão imprudente que contrasta com o caráter ensimesmado da “selva de pedra”, símbolo do capital presente nas facetas esquecidas do

¹⁷ GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Trad. de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2003.

¹⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul (RS): Edunisc, 2000.

²⁰ SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

²¹ MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem anos de solidão**. São Paulo: Record, 2010.

²² BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

²³ FREIRE, *op. cit.*, 2003. p. 65.

Brasil. Os relegados que entre soluços involuntários e entrecortados, sentindo que algo tumefato e doloroso arrebenta em seu interior, ainda aguardam, esperançosos, o olhar do direito.

A dor cálida e inocente da abreviação da vida, do esquecimento dos passos, da descoberta precipitada, espelhada na prostituição infantil que aguçava a sede mórbida em cada esquina. A fome de pão, a fome de *crack*, a vontade combalida, a vida curta, a ausência de desejo pelo porvir e o surpreendente afã de alegria que toma as crianças pedintes, faz brotar uma tristeza estática, incapaz, que dolorosamente se revela quase soporífera. Aqui, não há direito. Não há justiça. Não há, seguramente, verbetes sumulares ou relativização da coisa julgada. Não há nada. Apenas a ausência do Estado.

O contraste das agruras dos vendedores de artesanato com as possibilidades extenuantes das famílias que lotearam parte da política do País, com seus móveis vieneses e cristais da boêmia.

O mundo quimérico que brota do corpo diáfano e dos olhos grandes e repousados das crianças de rua. Os suores, suspiros e o mar de lodo que impregna o ar carregado das alcovas que abrigam o fim tenro da inocência, aos 10/11 anos de idade. O gosto doce da brisa e a humildade quase servil de um povo que parece imitar o mar, quando as ondas encontram a paz, alcançando paciente-mente a areia. Esses não dispõem da jurisdição. Ao contrário, são suas vítimas, pois integram o rol dos sem-jurisdição, dos olvidados pelo direito. A (des)consideração da coisa julgada registra como paradigma de justiça a reavaliação de imóveis objeto de desapropriação, o patrimônio possível de ser alcançado em face da nova prova na investigatória de paternidade, os benefícios à Fazenda Pública. O instituto, que vilipendia o direito, jamais foi aplicado para alcançar os sem-jurisdição.

Nesse contexto, cabe perguntar: Os instrumentos procedimentais de universalização dos conceitos combatem a inefetividade da jurisdição ou potencializam a crise, já que impõem categorias significantes, para elaborar deduções/subsunções, numa franca tentativa de objetivização dogmática e centralismo judicial?

Certamente, a segunda assertiva encontra guarida na realidade vivida pelo direito hoje, no Brasil. Todos os instrumentos de standardização da causa objetivam a prevalência da vontade dos tribunais superiores e o resgate de subsunções com amparo indevido nos precedentes do *common law*. Nesse sentido, as súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recursos, a possibilidade de indeferimento liminar e de julgamento de plano dos relatores, o filtro seletivo das presidências dos tribunais de justiça impostos aos recursos especial e extraordinário, os requisitos da repercussão geral e do pré-questionamento e a sentença preliminar.

De fato, a velocidade da comunicação e o avanço da informática, largamente empregados para a construção de esquemas de raciocínio lógico e esquemático têm posto em risco o saber intelectual, que propõe a alternância de premissas e a inovação do pensar. A organização da sociedade, a partir de redes de informatização, não tem fomentado apenas a comunicação, mas o constante aprisionamento da inventividade e da capacidade de alterar o curso do conhecimento. O temor é que a organização dessa sociedade pós-moderna se transforme em refém do *intérprete-máquina*.²⁴ Nesse quadro, “[...] a natureza do saber não permanece intacta. Ele não pode se submeter aos novos canais, e tornar-se operacional, a não ser que o conhecimento possa ser traduzido em quantidades de informação”.²⁵

De fato, a sociedade, abreviada pelo tempo que a tecnologia oferece, mas encantada pelas possibilidades que o mercado lhe apresenta, criou necessidades ingentes, outrora anônimas. O senso de coletivo esvaiu-se. Os valores culturais perdem espaço significativo e a esteriotipação do sujeito, representada cada vez mais nos magazines, nas fórmulas mágicas de beleza, na mutilação do corpo para o alcance do estigma ditado pelo inconsciente coletivo, no prolongamento da juventude e no abarrotamento das academias vive seu apogeu.

Nunca o homem cuidou tanto de si, a partir da determinação do outro. Nunca a vida autêntica fez tão pouco sentido

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

e a imposição do espécime social factóide vingou de forma tão voraz. O atual momento sugere um “modelo horizontal ou em redes, fragmentado e policentrado, no qual os microgrupos identitários se justapõem em um espaço heterogêneo de gostos, de estéticas e de práticas”.²⁶

Mas, como adverte Bauman, “a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilhões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir”.²⁷ Os estamentos hereditários e a formação societária estanque, que assegurava o *status quo* e encapsulava as possibilidades de inversão provocaram a “fluidez”²⁸ do tempo, a relativização das estruturas. Os templos do consumismo,²⁹ que sugerem uma falsa semelhança dos atores, um sentimento de pertencimento e provocam no homem-consumidor policrônico³⁰ a pseudonecessidade de aquisição de bens essenciais são o retrato do neoliberalismo que, embora comporte sérias discussões como política de Estado, carrega o *status* de absoluto no mercado consumerista.

Essa simbologia do poder que “sepulta” o agir livre de forma subliminar traduz uma nova era de dominação. Se os Estados

²⁶ *Idem*, p. 118. E segue o autor: “Após a era centralizada, a era multipolar e dispersa do hiperconsumo em que as diferenciações se efetuam a partir de uma multiplicidade de critérios, sejam eles de idade, de música, de esportes, de projetos de vida, de etnicidade, de orientação sexual” (*Idem*). “Se o ciclo do turboconsumismo é contemporâneo do enfraquecimento dos enquadramentos de classe, não o é menos de um fenômeno que, mesmo sendo de menor amplitude, é igualmente significativo da época: a comunitarização do consumo, da qual as modas de jovens oferecem o exemplo mais notório. Eiss-nos na era do consumo em redes, desordenado e balcanizado, descentrado e disperso em neoclãs reunidos em torno de gostos e de interesses específicos, de gêneros de vida, de modas musiciais, indumentárias ou esportivas. Nos cilos anteriores, a divisão em classes e a oposição do superior e do inferior constituíam os princípios organizadores da ordem do consumo, esta ordenando-se de cima para baixo a partir de referências consensuais”.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 11.

²⁸ *Ibidem*, p. 15-25.

²⁹ *Ibidem*, p. 116.

³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 111.

despóticos tolhiam a liberdade de expressão de maneira explícita, oprimindo o agir pela estrutura organizativa aparente, a pós-modernidade optou por uma tática mais silenciosa. O tempo é que oferece a resposta e alcança a “moldagem” de perfis que se igualam e, assim, ficam mais vulneráveis ao consumo, dirigido a esteriótipos e favorecido em face da personalidade solapada dos indivíduos.

E o arquétipo que justifica tal constatação está muito bem erigido em patamares sólidos, firmado em princípios e estatísticas periodicamente renovadas. “Os lugares de compra/consumo oferecem o que nenhuma “realidade real” externa pode dar: o equilíbrio quase perfeito entre liberdade e segurança”.³¹ Machado expõe a nova limitação imposta à liberdade de expressão, já que a convergência de impulsos competitivos vai estar na base da metáfora do *free marketplace of ideas*, dotada de um poder sugestivo e de uma força persuasiva que irão influenciar as liberdades de comunicação.³²

Ao indagar sobre a genealogia do poder, Foucault, a partir do reconhecimento da existência massificada dos instrumentos de dominação e cerceamento das liberdades conscientes, com

³¹ *Idem*.

³² MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 35. A obra de Machado, que registra forte influência de Canotilho, é emblemática por tratar de forma detida e aprofundada da liberdade de expressão, atributo um tanto quanto esquecido em face do alcance da redemocratização dos países. O jurista português expõe com propriedade a passagem do anonimato para a forte influência do sistema econômico: “Também o sistema económico reclama a abertura dos canais comunicativos, indispensáveis à expressão de preferências individuais e à comunicação de intenções de compra ou de venda. As trocas comerciais demonstram as possibilidades de um sistema justo de cooperação entre indivíduos portadores de diferentes concepções do bem. Um entendimento semelhante leva Kant, mesmo desconfiado da lógica mercantil, a afirmar que a generalização do comércio tornará as guerras obsoletas. Como se vê, a abertura competitiva do sistema económico e o desenvolvimento histórico das liberdades da comunicação têm na sua base princípios comuns. Na luta pela afirmação e consolidação da liberdade de expressão e de imprensa, e pela remoção de todas as formas de censura, deve destacar-se a importância do desenvolvimento da economia comercial e industrial tipicamente burguesa. Ele irá determinar a evolução da imprensa, passando o mercado a definir o conteúdo das publicações, de acordo com a máxima de que *tudo que é comercializável é publicável*” (*Ibidem*, p. 33-34.)

o claro afã de igualização das pessoas e, também, das instituições, percebe no agir questionador e na dialogia a possibilidade de rompimento do núcleo monológico do poder. A “coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico”³³ deve ser combatida através de um processo de reahecimento dos saberes locais que reúnem características mais profícuas de oposição às práticas universalizantes.

Essa “discursividade local”³⁴ pode, assim, estabelecer uma antítese, um *locus* de questionamento ao conhecimento científico hierarquizado firmado na genealogia histórica que permeia as estruturas de poder há séculos. Assim, as liberdades plenas, no campo da sexualidade, do poder e das manifestações típicas da personalidade individualizada de cada integrante da comunidade poderão, *pari passu*, encoleirizadas pela pretensão inclusiva, encontrar lugar no nicho fechado do conhecimento *standartizado* e hermético. “O silêncio, ou melhor, a prudência com que as teorias unitárias cercam a genealogia dos saberes seria talvez uma razão para continuar. Para multiplicar os fragmentos genealógicos.”

O direito, como não poderia deixar de ser, também é fruto dessa avalanche de pensamento voltado para o incremento de um consumo hedonista.³⁵ O risco é que o jurisdicionado transforme-se num consumidor-produto e que a jurisdição também seja balconizada, retirando o caráter intelectual que acompanhou a ciência jurídica ao longo da História. E o pior é que esse processo já foi deflagrado. Espera-se que o despertar da consciência da ausência de resolutividade e de seu efeito inverso, já que potencializa os problemas da jurisdição, seja suficiente para o estancamento dessa padronização perniciosa. Mas nem por isso “a ciência perde seus direitos. Na alcova, discutem-se virtudes e vícios; discutem-se fundamentos das religiões, as vias da felicidade, a distinção clássica entre natureza e convenção”.³⁶

³³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2008. p. 172.

³⁴ *Idem*.

³⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

³⁶ LEFORD, Claude. **Sade**: o desejo de saber e o desejo de corromper. In:

Esse universo sugere inclusive o questionamento temporal da identidade que se vive. Tem-se convencionalmente denominado esse momento transitório de pós-modernidade. Para Warat,³⁷ a ideia de passagem, de indefinição terminológica e de transição sugere uma designação que abarque tal circunstância, assim definida como *transmodernidade*. Apesar do intenso debate acerca da “legitimação da ciência” proposto por Lyotard, ele ainda registra predileção pelo termo original, justificando a assertiva na ampla receptividade de que dispõe. Decidiu, assim, empregar a palavra pós-modernidade, que, segundo ele, “designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. Aqui, essas transformações serão situadas em relação à crise dos relatos”.³⁸

Assim, se o caminho em busca de alternativas para o problema da ineficiência/ineficácia da jurisdição é tortuoso, ao menos é possível identificar onde a solução não está: na massificação das demandas em busca de uma celeridade acachapante e que encapsula o agir democrático. A continuar a tendência que se apresenta as previsões são catastróficas, pois pode-se prever que “tudo o que no saber constituído não é traduzível será abandonado, e que a orientação das novas pesquisas se subordinará à condição de tradutibilidade dos resultados eventuais em linguagem de máquina”.³⁹

Definitivamente, chega-se à “era da técnica”.⁴⁰ As máquinas

NOVAES, Aduino (org.). *O Desejo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 253. Segue Leford: “Contudo, os grandes temas da tradição são submetidos ao ponto de vista da alcova. A filosofia na alcova é a filosofia passada no crivo da alcova. E é verdade que, como ocorre numa sociedade de sábios, a sociedade da alcova abriga membros que têm algum título para participar do diálogo. Ela requer paredes que a separem do vulgo. Talvez seja por essa razão que o jardineiro é expulso. Todavia, ela se distingue também por se uma sociedade secreta e que deseja assim permanecer, uma vez que sua licenciosidade contradiz as regras de toda e qualquer sociedade política” (p. 253).

³⁷ Ver: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho não acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II.

³⁸ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. p. XV.

³⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Caminhos de floresta**. Trad. de Irene Borges

assumem o lugar do homem, e o homem, quando em ação, busca cada vez mais moldar-se às características da máquina, como se esse fosse o paradigma concludente do futuro. O ápice desse estigma concretiza-se no consumismo hedonista que labora no inconsciente coletivo. Pode ser traduzido, por exemplo, na figura do usuário que tomado de cólera externa toda sua insatisfação com o serviço prestado, recebendo a saudação final da atendente humano-eletrônica sem sobressaltos, em total acinte passivo à manifestação de indignação: “Necessita de mais alguma coisa? A companhia [...] agradece e deseja um bom dia”.

Cordialidade mórbida! Gentileza sarcástica! Acintoso cinismo! Difícil qualificar a mensagem compulsória e “enlatada” emitida pelas atendentes das companhias que patrocinam os serviços de massa. Mais difícil ainda descrever a indignação que avassala o usuário, tomado de ira em face do notório descaso a que é submetido.⁴¹ O tempo presente, assim, afasta o homem

Durante Filipa Pedroso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

⁴¹ E não se olvide, aqui, que a garantia está positivada no Código de Defesa do Consumidor, mais uma mostra de que Bobbio estava certo, quando afirmava que não precisamos mais de leis, mas sim, do cumprimento das que já existem (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004). A tutela do consumidor, no Brasil, alcançou contornos de política pública prioritária com a edição do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, a propalada atenção anunciada pela edição da norma não tem se verificado na prática. Os serviços de telecomunicação, energia, saúde e boa parte das ofertas de cunho público, que guardam também contornos sociais, não tem registrado a efetividade desejada. As determinações das agências reguladoras, alçadas à categoria de autarquias especiais, acabam frustrando o efeito pragmático que move sua gênese. Os serviços de discagem gratuita, no mais das vezes, revelam descaso ao consumidor, que após um calvário desgastante e conversas intermináveis com toda a sorte de setores, acaba, muitas vezes, sem o préstimo almejado. O cancelamento dos serviços, seguramente, é o escopo consumerista mais vilipendiado, fruto das dificuldades impostas pelas empresas, que lançam mão de todas as artimanhas para a manutenção do cliente em seus quadros, desconsiderando a insatisfação do usuário com os serviços prestados. O exemplo da saudação cabal da atendente é o reflexo mais repugnante dessa realidade. Se é certo que houve um avanço significativo na acessibilidade dos serviços prestados, baixando-se o custo de boa parte da oferta, assim como se percebe uma agilização elogiável na assistência técnica, também é correto afirmar que o atendimento ao usuário quando da constatação de problemas na prestação da atividade guarda caráter de

cada vez mais da verdade e o aproxima da ausência de essência.

Dessarte, a busca da “essência do verdadeiro”⁴² parece ser um dos imensos resgates que a pós-modernidade necessita, a fim de resgatar o homem como ele mesmo e refundá-lo, na retomada do autêntico.

No século em que a informática avança a passos largos, e a velocidade das informações desenvolve-se de forma avassaladora, não se pode, a custo da evolução imanente, tolher dos indivíduos o direito de tutela do Estado e atendimento humanizado. Essa é uma das típicas atividades que não admitem a substituição do homem pela máquina. Zizek chama a atenção ainda para outro risco do mergulho tecnológico desenfreado do mundo contemporâneo: a manipulação biogenética. Amparado em Heidegger, sublinha que o perigo não está nos equívocos das premissas de tal atividade, mas sim no risco de sucesso das manipulações, “nesse ponto, o círculo se fechará e a abertura específica que caracteriza o ser-humano será abolida”.⁴³

Basta! A humanidade precisa da consciência de seu limite científico. E, embora a “dimensão ontológica seja irreduzível à ôntica”⁴⁴ e não exista possibilidade de calcular o risco do (aparentemente) impossível, faz-se necessário estabelecer parâmetro para

imensa precariedade. A supressão do elemento humano certamente é um dos maiores óbices ao alcance de um índice razoável de satisfação.

⁴² *Idem*, p. 49.

⁴³ ZIZEK, Slavoj. **A visão em Paralaxe**. Trad. de Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 263. E segue o autor, na concepção de Heidegger: “Ou seja, o perigo heideggeriano (*Gefahr*) não é exatamente o perigo de que o ôntico ‘engula’ o ontológico (com a redução do homem, o *Da* [aqui] do Ser, a simplesmente mais um objeto da ciência)? Mais uma vez, não encontramos aqui a fórmula do temor do impossível: o que tememos é que o que não pode acontecer (já que a dimensão ontológica é irreduzível à ôntica) aconteça mesmo assim... E a mesma coisa é afirmada em termos mais prosaicos pelos críticos culturais, de Fukuyama a Habermas a McKibben, preocupados com o modo como o progresso tecnocientífico mais recente (que potencialmente tornou a espécie humana capaz de reprojeter-se e redefinir-se) afetará nosso ser-humano; o chamado que ouvimos se resume muito bem no título do livro de Bill McKibben: Enough [Basta]”.

⁴⁴ ZIZEK, Slavoj. **A visão em Paralaxe**. Trad. de Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

a fixação de uma zona-limítrofe do humano. Os meios de standardização da causa também (des)consideram o elemento humano e põem a própria espécie numa encruzilhada jurisdicional: se o direito foi feito para o homem e é feito pelo homem, poderá ele tornar-se um ciberdireito, um subproduto da máquina? Espera-se que a ordem aparente das coisas seja invertida e o prenúncio do fim do humano no jurídico não se concretize.

Considerações finais

Premido e calcificado pela azáfama dos dias, sufocado por um cotidiano próximo, mas paradoxalmente inóspito, o homem esquece de si mesmo e rechaça qualquer sopro de valorização da singularidade. Pouco a pouco é engolido pela igualização ditada por uma crescente standardização patrocinada pelos meios de comunicação, pelos meios de produção, que se alicerçam cada vez mais na massificação e, também, pelo direito, encapsulado numa espécie de subsunção pós-moderna, que veste o positivismo doutra “roupagem”, mas registra um efeito ainda mais nefasto. Os espelhos indicam como o homem gostaria de viver, mas não vive. As veias ainda sangram...

Não sangram mais pelos ecos de gritos agonizantes dos porões ou por conta do vilipêndio à liberdade. Mas sangram em face da mordada silenciosa e ardiolosa de um modelo de consumo que incita a morte das diferenças e (des)personaliza relações sociais, impondo uma padronização antidemocrática, antítese do pluralismo e da alteridade. A democracia formal conquistada pelos bastiões da década de 70 ficou restrita aos procedimentos e a um formalismo burocrático situado há léguas da materialidade. A bravura, o ardor e a coragem daqueles que puseram o AI 5 num passado distante parece ter findado naquele rompante solitário de bravura.

Os fantasmas pálidos do cotidiano não resistem ao processo de esteriotipação que deita suas garras vorazes, mais intensas a cada dia que passa. Parecem zumbis narcisistas e de forma inconsciente idolatram a aparência, olvidando as relações em rede e a concepção de indivíduo coletivo, ínsita ao agir democrático. A era

cibernética, como sentenciou Lafontaine, deixa sua herança mais perniciosa: a do assassinio do conhecimento intelectualizado e crítico. A informação torna-se cada vez mais breve, sintetizada e direta. O pensar dá lugar à assimilação limitada, que verte um mero introjetar e distancia-se do compreender. As relações expandidas pela comunicação eletrônica geram uma informação futilizada, rasa e voltada para uma produção anti-intelectual. A rede, espaço com grande potencial para o exercício democrático, tornou-se o *locus* da repetição idiotizada de um frenesi apoteótico norteado pela igualização de contudas e perfis.

O modelo teórico da cibernética, firmado no princípio neguentrópico, reduziu o humano a um código genético. Está inaugurada a era em que o homem, comparado com a máquina, é codificado, reduzindo-se os seres vivos a uma situação informacional que (des)considera a cor da pele, a semiótica, a expressão da tez ou a capacidade inventiva. Não há lugar para a construção do conhecimento, mas apenas para o “balbuciar” de uma ideia vã de palavras inúteis que se repetem de forma estéril, fruto de um processo de tecnificação desenvolvido à revelia do elemento humano.

Como já disseram Sócrates e Freud, o mais difícil é conhecer-se a si próprio. Na medida em que a pós-modernidade avança, vociferando um conhecimento incauto, o homem se distancia cada vez mais desse propósito. Exemplo disso é que a psicanálise teve sua evolução obstaculizada há muito, passando desde então a andar em círculos.

O quadro que se apresenta, fruto da autoridade persuasiva e subliminar imposta pelo mercado e pelas instituições, estereoriçadas por essa vontade invisível, firma-se no intérprete-máquina e no paradoxo do homem sem o elemento humano. O afã de tecnificação do conhecimento e de condensação da literatura (se é que o termo se aplica a tais produções), molda boa parte dos (re)produtores da informação. E cá se diga que informação distingue-se de conhecimento, na medida em que a primeira, ao menos na pós-modernidade, apresenta-se de forma acrítica e blindada, “sepultando” os espaços democráticos da dialética.

A substituição do livro pela informação sem filtro, vertida no

avanço tecnológico é o principal simbolismo dessa era. A floresta literária que fundava a boa escrita e despertava a admiração do intelecto do homem, hoje, foi suplantada pela informação amorfa, estática, inerte e abreviada da máquina. Os livros precisam ser abraçados e tratados com afago e ao acaso, nas manhãs ou nas madrugadas, dão o ar da graça e revelam os presságios que rondam suas entranhas, agitando a mata de palavras-vivas que registram a capacidade efêmera de transportar o homem. A máquina, ao contrário, traduz a companheira fria de uma noite que mergulha na informação estanque e de um amanhã que sepulcra o tempo e reduz o espectro do conhecimento a um nada, sem paladar, sem sentir, sem vida.

Os ramos da curiosidade do homem e seu atíçar de olhos-pássaros parecem ter sido inumados pelo esteria eletrônica de cores fúteis e de informação cristalizada, imóvel antes mesmo de alcançar seu receptor.

O tempo é um dos grandes responsáveis pela reflexão da humanidade. Traz, de fato, o espelho de uma época. Mas muito mais que isso, revela os espelhos do homem, questionando acerca de como se vive, como se deve viver e como esse tempo ensina, tirando e ofertando, mostrando e cobrando, premiando e punindo, alcançando e deixando. O homem não é comparável à máquina como quer parte da ciência, nem é culpa como quer a religião. O homem é um ser no mundo e, como tal, registra a capacidade de transformação do tempo, por mais cruel que ele possa se apresentar. Ele está integrado ao mundo. Não é uma engrenagem. Está permanentemente enredado.

Testemunhar essa prova de que o mundo, embora pareça cinza, ainda registra aquarelas que podem lhe colorir, que podem lhe dar vida, que podem mantê-lo desperto, traduz uma necessidade.

Num mundo em que sobrevivem umas poucas palavras sopradas e as demais se esvaem da memória; num mundo de janelas fechadas e de razão elucidável, lógica, racional, mas não pressentida; nesse mundo monocolor, encontra-se um alento: a possibilidade do *dever* democrático. Certamente, o

mais sensato adágio é o da “lembrança da vida” e o da “certeza de que a morte, um dia vem”. A finitude do homem, um dos alicerces heideggerianos.

É necessário romper com esse mundo paralelo antiliterário, apocalíptico. Com a terra do sem fim. O retrato do caminho sem partida. Precisa-se de incerteza. Precisa-se de desordem. Precisa-se de inconstância...

É preciso dar azo ao autoquestionamento permanente, quiçá a partir da afirmação de Pérignon, que “viu estrelas” ou de Betinho “que percebeu na fome o holocausto diário do cotidiano da humanidade”. Quem sabe o homem possa inspirar-se nos heróis anônimos do cotidiano, que fazem embaixadas nos sinais de trânsito ou vestem-se de palhaços nas esquinas. São alegres e surpreendentemente felizes... são alegres, simplesmente. E o homem pós-moderno, vitimizado pelos infaustos do ontem, levado pelo mundo veloz, estereotipado, igualizado ao outro, (des)personalizado. Quem é? Onde está o humano desse homem?

A rotina, irrefragavelmente, esmaga a todos. Ao que parece, a pós-modernidade veio para ficar. Tem em seu âmago um gosto amargo e um olhar triste. Tem a força de um soco no estômago, o êxtase de um gozo e a vivacidade das belas mulheres. Não da beleza esquelética, quase esquelética das passarelas. Mas da beleza que está nos olhos de quem vê. Claro, dos que ainda conseguem ver. Que conseguem perceber que o mundo ainda é mundo e que estamos, todos, querendo ou não, nele inseridos, por ele envolvidos e a ele fadados a um laço eterno.

Referências

AGAMBEN Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARISTÓTELES. **Rhetorique**. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Societé D'Édition. “Les Belles Lettres”, 1932.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.
- ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Trad. de Aurora Fornoni Bernardini; Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2008.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. *In*: CATTANI, Antonio David; LAVILLE, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio. HESPANHA, Pedro. **Dicionário Internacional de Outra Economia**. Coimbra: Almeida, 2009.
- GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Trad. de Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2003.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2000.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: D&P, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. **Caminhos de floresta**. Trad. de Irene Borges Durante Filipa Pedroso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista

Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEFORD, Claude. Sade: o desejo de saber e o desejo de corromper. *In*: NOVAES, Adauto (org.). **O Desejo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem anos de solidão**. Trad. de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Record, 1967.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Textos selecionados. Curitiba: Juruá, 2001.

MOZOS, Jose Luis de los. **Derecho civil**: metodo, sistemas y categorías jurídicas. Madrid: Civitas, 1988.

PLATÃO. Crátilo. **Diálogo sobre a justeza dos nomes**. Trad. de Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1994.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Traducción de Genaro R. Carrió. 5. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. A influência do neoliberalismo na jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. *In*: MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá: 2009. v. III.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. *In*: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho não acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.**
Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.**
Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste
Gulbenkian, 1967.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em Paralaxe.** Trad. de Maria Beatriz
Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

2.

Os movimentos sociais, a transição democrática e a consolidação da Constituição de 1988: um olhar sobre o processo histórico da democracia brasileira

Daniela de Oliveira Miranda*

Luiz Fernando Castilhos Silveira**

Resumo: Este texto analisa qualitativamente e descreve o papel dos movimentos sociais na transição democrática brasileira dos anos 70 e 80, e na consolidação da Constituição de 1988, na década de 1990. Trata-se de pesquisa de natureza básica e com objetivo descritivo, de abordagem qualitativa. Realizou-se pesquisa bibliográfica e métodos histórico e indutivo para, a partir da experiência particular dos movimentos sociais, argumentar a respeito da grande mobilização social que é necessária para a conquista e a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Concluiu-se no sentido de que os movimentos sociais criaram espaços de participação popular, os quais contribuíram diretamente com o desenvolvimento e a disseminação dos ideais democráticos na sociedade brasileira da época, e prestaram contribuição significativa quanto aos direitos e às garantias fundamentais alçados ao texto da Constituição de 1988, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais.

Palavras-chave: Movimentos sociais. Transição democrática. Democracia. Direitos sociais. Constituição.

Introdução

Dentre os principais objetivos deste trabalho, está a análise do processo de transição democrática no Brasil, a partir dos

* Mestra em Direito e Doutora em Ciências Sociais pela Unisinos, com Doutorado Sanduíche pela Universidade de Coimbra. Professora no curso de Direito da UCS. Coordenadora de Trabalhos de Conclusão de Curso e do Serviço de Assistência Judiciária do curso de Direito, no *campus* da Região das Hortênsias. Advogada. *E-mail:* domirand@ucs.br.

** Mestre em Direito Público e Especialista em Filosofia e Ensino da Filosofia. Professor no curso de Direito da UCS. Advogado. *E-mail:* lfcsilveira@ucs.br.

movimentos sociais que se estabeleceram nos anos 70 e 80, do século XX, por meio dos movimentos urbanos e rurais, bem como a análise dos influxos da participação popular dos movimentos sociais, que culminaram na abertura democrática, pelo fato de esses movimentos propugnarem espaços democráticos, por se integrarem a outros movimentos, por resistirem à pressão da ditadura e, fundamentalmente, pela conquista das garantias fundamentais de direitos sociais, civis, políticos e democráticos, consolidados na Constituição Federal de 1988.

Objetiva-se, ainda, descrever o processo histórico da consolidação da Constituição Federal de 1988, a qual representa o marco político da democracia no Brasil, posteriormente aos longos anos de ditadura militar, bem como apontar os principais mecanismos jurídicos que tornam possíveis, no texto constitucional, a participação popular na esfera pública.

Tenciona-se conceituar os novos movimentos sociais, diante das diferenças temporais entre a consolidação dos chamados novos movimentos sociais que ocorreram na Europa nos anos em que as lutas sociais no Brasil tinham como prerrogativas a consolidação de direitos sociais, políticos e democráticos. No entanto, os atores políticos do período posterior à Constituição de 1988 contribuíram para a formação de identidades socioculturais, bem como para a conquista da cidadania e direitos coletivos e individuais.

Esse resgate histórico é relevante, do ponto de vista jurídico, por pelo menos duas razões. A primeira delas é a facilidade com que esquecemos que o Direito não é um fenômeno estanque. Tanto o ordenamento quanto a cultura jurídica estão em constantes transformações, frutos tanto das transformações sociais quanto das ideologias e dos anseios de ocasião. Acostumamo-nos e acomodamo-nos muito rapidamente a uma realidade de abundância de direitos e garantias, apagando da memória coletiva, que até muito pouco tempo a realidade era outra.³

³ Tome-se, apenas a título de exemplo, a discriminação referente à filiação vigente até a Constituição de 1988. Deveria nos causar tanto espanto quanto embaraço que, até a apenas pouco mais de 30 anos, o nosso ordenamento jurídico autorizava a discriminação de pessoas de segunda e terceira classes do ponto de vista civil (incluindo conceitos como filiação natural, espúria e

A segunda razão é porque esquecemos que os direitos conquistados e reconhecidos pelo ordenamento jurídico e pela sociedade não são, via de regra, presentes benevolentes atribuídos aos seus titulares pelos detentores do poder. Aqueles que se beneficiam e lucram com a exploração da falta de direitos alheios não abrem mão dessas vantagens com facilidade, e até os direitos mais básicos são seguidamente apenas conquistados com sangue, suor e lágrimas derramados ao longo de gerações. De exemplos e lições sobre isso, a História está repleta, desde a Antiguidade,⁴ passando pela modernidade,⁵ até a contemporaneidade e muitos dos direitos que, hoje, consideramos óbvios e garantidos. Pense-se, por exemplo, nos abusos desumanos a que foram submetidos os escravos e nas muitas revoltas (duramente reprimidas) até que a escravidão fosse abolida, ou no trabalho infantil, nas jornadas excessivas e condições desumanas de trabalho que se seguiram à Revolução Industrial, as quais levaram a mobilizações sociais e greves, que foram duramente reprimidas (não raro com poder policial-estatal ao lado dos empregadores/detentores do capital), resultando em incontáveis trabalhadores feridos, espancados e mortos, antes que direitos fossem concedidos.⁶

ilegítima). A noção de se punir uma pessoa inocente em razão de um comportamento de seus pais ser taxado como moralmente reprovável, por uma parcela da sociedade (e não raramente com grande hipocrisia) deveria gerar asco em qualquer jurista com mínima noção de justiça. Sobre a evolução da filiação e a imensa discriminação com relação aos filhos havidos fora do vínculo familiar dito “tradicional”, a qual incluía a impossibilidade de reconhecimento do vínculo parental e de seus corolários, como o direito a alimentos e de uso do sobrenome paterno, vide *e.g.* (RODRIGUES, Sílvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, v. 88, p. 239-254, 1993). Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>. Acesso em: 6 out. 2020.

⁴ Como no famoso exemplo das revoltas plebeias, as quais contribuíram para a Lei das XII Tábuas e outras legislações importantes para fazer cessar a exploração da plebe pelos patrícios (Vide, *e.g.*, PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 218 *et passim*).

⁵ São exemplo as sangrentas revoltas e numerosas convulsões sociais que marcaram a ascensão da burguesia liberal europeia frente aos abusos das monarquias absolutistas, dentre as quais os ícones são a Revolução Francesa e a referente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (PALMA, *op. cit.*, p. 349 *et seq.*).

⁶ Vide, *e.g.*, MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7 *et seq.*

E esses direitos fundamentais e essenciais, núcleo de um Estado Democrático de Direito e a tão duras penas conquistados, são facilmente relativizados ante a demandas imediatistas e menores, na medida em que rapidamente esquecemos a que duras penas vivia a maioria das pessoas das gerações anteriores. Muito facilmente nos acostumamos com o nosso conforto, e nos iludimos de que jamais o perderemos, enquanto “flertamos” com ideologias autoritárias que fazem até piadas com a retirada dos direitos mais básicos de um ser humano, como a que ocorre em um ato de tortura praticado pelo Estado, a serviço de interesses políticos ou econômicos. A própria democracia está constantemente em risco ante o recorrente canto da sereia das soluções fáceis para problemas complexos.⁷

Com a finalidade de ajudar a demonstrar o quanto é cara a instituição da democracia e dos direitos fundamentais que a ela são inerentes, este trabalho visa a salientar o papel dos movimentos sociais para a transição democrática brasileira da década de 80 e para a consolidação da Constituição Federal de 1988, na década de 90. Trata-se de pesquisa de natureza básica e objetivo descritivo, com abordagem qualitativa. Realizou-se pesquisa bibliográfica e métodos histórico e indutivo para, a partir da experiência particular dos movimentos sociais, argumentar a respeito da grande mobilização social que é necessária para a conquista e a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

1 Os movimentos sociais no Brasil de 1970 e 1980

Os movimentos sociais no Brasil, urbanos e rurais, populares e sindicais dos anos 70 e 80, consolidaram-se quando da luta popular pela democracia no País, não somente no campo formal, mas também em vista da maior participação democrática no período posterior à efetivação da Constituição Federal.

⁷ Vide, *e.g.*, DOMINGUES, Álfir Ronaldo Soares; COELHO, Raul Nicolas Dombek. A desrazão opulista: obediência e servidão voluntária nas democracias em crise. In: SALGADO, Eneida Desiree (org.). **Direito, retrocesso e resistência**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 207-230. Disponível em https://www.academia.edu/43151095/Livro_Direito_retrocesso_e_resist%C3%Aancia_2020. Acesso em: 11 out. 2020.

O Brasil havia tido até então uma curta história de participação democrática. O período que antecedeu ao regime militar foi marcado pela democracia representativa, com características de manipulação popular pelo Estado. A vigência de direitos políticos se estabelecera de forma descontínua, representando um processo de avanços e refluxos políticos, ao invés de uma linha evolutiva contínua e em ascendência da democracia.

A influência de diversos intelectuais dos anos 70, no que diz respeito à valorização da cultura e do protagonismo popular, ganhou projeção nos meios acadêmicos e populares na mesma época, principalmente diante da crítica ao chamado *populismo*,⁸ o qual correspondeu aos modos de manipulação de massas, como também deixou manifesta a insatisfação popular diante da ausência de políticas sociais. Os movimentos sociais populares abriram espaço político e reivindicatório para a participação popular na esfera pública. A presença de muitos intelectuais, assim como a influência da Igreja católica em tal contexto político, legitimou os movimentos populares, pondo em evidência *novos sujeitos* políticos.

Dentre as influências intelectuais paradigmáticas no âmbito teórico-internacional, estava Gramsci, influenciando diversos autores brasileiros, tais como Paulo Freire, Eder Sader, dentre outros. Freire, em seu texto *A pedagogia do oprimido*, apresentou a necessidade de rompimento com o populismo, no sentido demonstrar que a articulação autônoma das classes populares levaria à sua ativa participação na política. Sader, conhecido ativista de esquerda, deflagrou um movimento político para a discussão das “onze teses sobre autonomia”, após ter interagido durante o exílio, com as ideias de Cornelius Castoriadis (1985),

⁸ Entende-se aqui por populismo a situação política experimentada na América Latina entre as décadas de 30 e 60, que teve como grande contexto propulsor a crise de 1929. Nessa época, várias das nações latinas eram vistas como portadoras de uma economia periférica. A política populista foi marcada pela ascensão de líderes carismáticos que buscaram sustentar sua atuação no interior do Estado através do amplo apoio das majorias. Muitas vezes, abandonaram o uso de intermediários ideológicos ou partidários, para buscar na “defesa dos interesses nacionais” uma alternativa às tendências políticas de sua época, sejam elas tradicionalistas, oligárquicas, liberais ou socialistas.

Felix Guattari (1986), dentre outros neomarxistas.⁹

A Igreja católica, em especial no Brasil, teve grande importância nas organizações populares durante os anos 70 e 80. As ações político-sociais da Igreja, que se efetivaram pela Teologia da Libertação, possibilitaram o surgimento de pastorais, dentre outras iniciativas católicas que auxiliaram os movimentos por meio da educação para o desenvolvimento participativo e autônomo. Alguns teólogos, como Leonardo Boff e Frei Betto, tornaram-se conhecidos em todo o País pela sua atuação na construção da “Igreja popular”. Dom Mauro Morelli proclamava, em 1976, que “nós devemos ser sujeitos da nossa própria história” enquanto teólogos progressistas entendiam também em meados da década de 1970, a presença do povo organizado como um “novo sujeito histórico”.¹⁰ A Igreja popular se caracterizou pela educação popular, constituindo algumas organizações como Cáritas, Comissão de Justiça e Paz e Comissão Pastoral da Terra, que foram se tornando “independentes” e influenciaram muitos movimentos sociais a também se tornarem autônomos e independentes.

A Igreja católica estabeleceu um espaço institucional significativo nos anos 70, visto que no período não havia outros espaços que tornassem possíveis a organização e o fortalecimento dos movimentos sociais, em virtude da repressão militar. Paulatinamente, os movimentos foram partindo para organizações autônomas e independentes, na medida em os espaços democráticos foram sendo conquistados no Brasil.

A partir daí, surgiram os Clubes de Mães, o Movimento do Custo de Vida, Movimento da Saúde, de solidariedade ao povo latino-americano, movimentos estudantis, Movimentos de Habitação, dentre outros que se tornaram independentes da própria Igreja, mas que tiveram início, na sua forma de organização, com o auxílio da Igreja popular.

Nesse contexto, a ideia do “povo como sujeito da sua própria

⁹ DOIMO, Ana Maria. **A vez e a voz do popular**: movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumarã; Anpocs, 1995. p. 79.

¹⁰ *Idem*.

história” começava a ganhar força, e as organizações populares com expressividade no campo sociopolítico. Surgiram diversos atores políticos preocupados com medicina popular, desemprego, questões econômicas, família, religião, etc., como também diversas obras de teóricos brasileiros que se ocuparam em observar o fenômeno do surgimento de “novos sujeitos” que se organizavam em lutas para além dos conflitos de classe. Dentre os autores estão Ruth Cardoso, Eder Sader, Otávio Ianni, dentre outros. Tais autores observam o fenômeno do crescimento urbano-industrial que se estabelecia em grandes centros urbanos e cujos problemas decorriam dessa própria urbanização, diferentemente das comunidades rurais.

Os movimentos sociais dos anos 70 foram marcados também pela produção acadêmica a respeito. Diversos trabalhos de sociologia e de antropologia observaram o fenômeno urbano-industrial.

Enquanto se correlacionava o desenvolvimento da sociedade brasileira à instauração de uma moderna cultura urbana contra as características da arcaica comunidade rural, as interpretações marxistas foram em busca das macrodeterminações econômicas do fenômeno urbano-industrial, concluindo que os problemas urbanos não são meramente derivados da inadequação a modernos padrões de convivência social e sim, expressão das contradições urbanas, eleitas, então como o mais cadente *locus* da luta política entre as classes sociais. Um novo tipo de conflito, diga-se, em que o Estado, “capturado” pelos interesses do capital, ou da burguesia “internacional-associada”, e refratária à produção ampliada da força de trabalho, via-se permitido pela pressão de “classes populares”, predispostas a um conflito de ordem estrutural, capaz de transformar a própria lógica do sistema.¹¹

Doimo constitui três matrizes teóricas importantes que se estabeleceram no âmbito acadêmico, na análise dos movimentos

¹¹ DOIMO, *op. cit.*, p. 92.

sociais dos anos 70, na medida em que nesse período houve uma modificação substantiva, no que diz respeito à discussão sobre democracia e pluripartidarismo no Brasil.

A primeira matriz, denominada de estrutural-autonomista pela autora, firma-se em dois postulados básicos: no potencial das contradições urbanas em acionar o conflito primordial da sociedade capitalista, “na medida em que são determinadas pelo caráter ‘classista’ do Estado, visto que este financia a reprodução do capital, em detrimento da garantia da força de trabalho”; no surgimento de novos sujeitos coletivos contra a opressão do Estado autoritário, bem como na capacidade ativa desses sujeitos em se organizar e “protagonizarem a possibilidade de transformação das relações capitalistas de produção”.¹²

Essa matriz teórica desenvolveu-se com tanta força que a própria ideia de movimentos sociais tornou-se corriqueiramente sinônimo de movimentos urbanos. Sua força, porém, não foi maior do que a dos ventos culturalistas soprados pela crise interna do próprio marxismo. Ventos que, após terem varrido o pensamento europeu, não tardaram a chegar trazendo a revalorização da cultura como campo significativo dos movimentos sociais, bem como a noção thompsoniana de “experiência” nascida da crítica metodológica ao marxismo reducionista e economicista.¹³

A segunda matriz teórica, de inflexão cultural-autonomista e situada no âmbito crítico da matriz estrutural-autonomista, acima referida, considera e acentua a possibilidade múltipla de significados da experiência cultural. Essa matriz se estabelece na crítica ao aporte reducionista que a matriz estrutural-autonomista apresentava, ou seja, na recusa de que exista apenas “um sujeito” ou “uma identidade” no movimento social.

Nesse aspecto, essa matriz compreende que os movimentos

¹² *Ibidem*, p. 47.

¹³ *Idem*.

foram saudados, em sua espontaneidade, como

“novos sujeitos políticos”, portadores de uma “nova identidade sociocultural”, com contornos de projeto político voltado para a “transformação social” e a “radical renovação” da vida política. [...] Extraordinariamente acalantadas e celebradas no final da década de 70, tais ideias ganharam contemporaneidade na visível pulverização de práticas reivindicativas pelas periferias dos grandes e médios centros urbanos do país, curiosamente portando o mesmo teor discursivo. Tal foi o brado popular neste período, clamando por autonomia e por direitos, que se acreditou na possibilidade de uma “grande virada”. No entanto, em vez de transformações abruptas e profundas conduzidas por essas forças, deu-se, na passagem da década, uma transição conservadora rumo à democratização, através de um pacto entre as elites políticas, em condições fortemente favoráveis à continuidade de mecanismos e de orientações da velha ordem.¹⁴

A crítica a essa matriz se dá na forma como que ela se estabeleceu tão somente na espontaneidade dos sujeitos dos movimentos, deixando, pois, de dar o real peso às instituições.

Assim, uma terceira matriz ganha peso teórico, justamente pelo fato de que as matrizes anteriores ou se estabeleceram na unidade entre movimento operário e Estado, ou na total autonomia e experiência dos sujeitos, deixando de fora o significado do Estado e de outras instituições na transformação da política, bem como na ampliação das funções do Estado sobre a sociedade civil.

Contrariando as premissas anteriores, ganha terreno a terceira matriz interpretativa, comumente reconhecida como “ênfase institucional”. Santos (1981) talvez tenha sido o pioneiro no Brasil a mostrar, através de minucioso

¹⁴ DOIMO, *op. cit.*, p. 48.

estudo de três movimentos urbanos no Rio de Janeiro, que tais ações não eram tão anti-Estado ou contra-o-Estado como supunha a matriz estrutural-autonomista. O que havia, na verdade, era um dinâmico quadro de demandas, recusas, alianças, pactos e conflitos internos, onde o estado podia ser “amigo” ou “inimigo”, dependendo dos interesses em jogo e da ótica cultural pela qual era reconhecido.¹⁵

Nesse aspecto, surgem os debates e questionamentos em torno do binômio *autonomia – institucionalização*, cuja teoria desenvolve a reflexão dessas novas formas de participação social e tensão entre movimentos sociais e Estado, no que diz respeito à participação dos sujeitos na consolidação de políticas públicas. Essa matriz teórica estabelece que a intermediação das instituições é importante à formação política dos movimentos sociais.

A intervenção da Igreja católica, na organização e educação no interior dos movimentos sociais, se estabelecia em defesa da autonomia dos sujeitos na sociedade civil. A intenção era a organização autônoma da sociedade civil contra o “avassalador crescimento do Estado”. [...] “Para tanto, previa-se o recrutamento da ‘ajuda’ para o ‘desenvolvimento participativo’ e ‘autodeterminado’ com vistas à promoção da educação integral”.¹⁶

Scherer-Warren destaca elementos básicos no discurso dos movimentos sociais que constituem a base de sua identidade e sua organização: democracia de base, livre organização, autogestão, direito à diversidade, respeito à individualidade, identidade local e regional, liberdade individual associada à liberdade coletiva.¹⁷

A partir de meados dos anos 70, no Brasil, muitas organizações populares urbanas passaram a valorizar o cotidiano, a livre organização, as liberdades associativas, rejeitando, muitas vezes, a racionalidade organizativa, em especial dos partidos políticos.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶ *Ibidem*, p. 81.

¹⁷ SCHERER-WARREN, Ilse; KRISCHKE, Paulo (org.) **Uma revolução no cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América Latina. São Paulo: Brasiliense, 1987.

O Movimento do Custo de Vida (MCV), por exemplo, iniciado em São Paulo em 1974 a partir de “bate papos nas feiras livres”, “conversas na vizinhança” e “reuniões de casa-em-casa”, pretendia atingir milhões de pessoas por meio desses procedimentos informais. Em Goiás, os participantes deste mesmo movimento regozijavam-se por terem conseguido 20 mil assinaturas só à base de “visitas e bate-papos”, sem necessidade de campanhas abertas ou mutirões. No Rio de Janeiro, no início de 1979, usuários de transporte coletivo decidiram organizar-se, elegendo “representantes de rua”. Em 1983, enquanto um próspero Movimento de Luta Contra o Desemprego (MCD) em São Paulo acreditava que “são as pequenas ações que ajudam na organização e ampliam a participação”, um centro de formação – o 13 de maio – a ele referia-se lançando um livrinho que destacava a importância da “discussão em grupos” e, no ABC paulista, um panfleto dava pelo menos cinco razões para se ir a uma assembleia de desempregados.¹⁸

As assembleias, a expressividade dos movimentos de organizações populares e a intensa mobilização sindical passaram a ser instrumentos de movimentação da sociedade civil, no que diz respeito à conquista de espaços democráticos, bem como à consolidação de direitos.

Ao longo da década de 70, surgiram 130 novos sindicatos só no Rio Grande do Sul.¹⁹ Os sindicatos, ao promoverem os debates públicos nas assembleias, fomentavam também as greves como forma de reivindicar direitos sociais e econômicos (ajustes salariais). No Rio Grande do Sul, em 1979, houve 29 greves, nas quais participaram trabalhadores de diversas categorias profissionais.²⁰ Nessas greves, os trabalhadores enfrentaram o

¹⁸ DOIMO, *op. cit.*, p. 88.

¹⁹ PETERNEN, Áurea; PEDROSO, Elizabeth. Movimentos sociais urbanos (1930-85). In: GOLIN, Tau; BOEIRA, Néilson. **República: da revolução de 1930 à ditadura militar (1930-1985)**. Passo Fundo: Méritos, 2007. p. 21. v. 4. (Coleção História Geral do Rio Grande do Sul).

²⁰ *Idem.*

aparato repressivo como demissões e a prisão de alguns líderes sindicais. Um exemplo concreto dessa situação foi o caso da greve estadual dos bancários, em 1979, que foi declarada ilegal. Aquela situação, o Ministério do Trabalho suspendeu o mandato dos dirigentes, determinou abertura de inquérito sumário e a prisão de alguns sindicalistas.²¹

As reivindicações mais frequentes das greves eram salariais, e acerca de direitos sociais, tais como: pagamento de atrasados, reajustes salariais, elevação do piso salarial, equiparação de salários com outras classes trabalhadoras, melhores condições de trabalho, plano de carreira, direito de sindicalização dentre outros.²²

Os movimentos no campo, embora tenham iniciado no final dos anos 50, tiveram maior expressividade nos anos 70, na medida em que foi nesse período que esses movimentos adquiriram um caráter movimentalista com características semelhantes aos movimentos urbanos,²³ no que tange à luta por direitos sociais. Os movimentos sociais rurais, em especial o Movimento dos Sem-Terra (MST), foram marcados pela luta de direitos sociais e se estabeleceram, segundo Gohn,²⁴ em três momentos: de 1979 a 1985, quando seu discurso articulava a luta por terra com a luta pela reforma agrária; de 1985 a 1988, quando os movimentos adquiriram caráter nacional, organizando-se em estados onde havia essa luta; de 1988 a 1996, quando o lema básico passou a ser “ocupar, resistir e produzir”.

O MST se caracterizou por sua capacidade organizativa, demonstrando grande empenho em relação às questões educacionais e produtivas. Gohn destaca que as formulações educacionais são precisas. A escola de um assentamento, para o MST, deve preparar as crianças para o trabalho rural; deve capacitar para

²¹ *Ibidem*, p. 210.

²² *Idem*.

²³ HARRES, Marluza Marques. Movimentos sociais rurais. In: GOLIN, Tau; BOEIRA, Nélon. **República**: da revolução de 1930 à ditadura militar (1930-1985). Passo Fundo: Méritos, 2007. v. 4. (Coleção História Geral do Rio Grande do Sul).

²⁴ GOHN, Maria Glória. **Os sem-terra, ONGs e cidadania**. São Paulo: Cortez, 1997.

a cooperação; deve refletir as experiências de trabalho produtivo; o professor deve ser um militante; a escola deve valorizar e acompanhar o desenvolvimento individual do aluno; deve ajudar a formar militantes e exercitar a mística pela luta popular; é lugar de vivência e reflexão sobre a ética. No documento “Como Organizar a Massa”, a coordenação do MST orienta a maneira como se encaminha uma proposta, como se constrói um movimento de massas, o trabalho de grupo, a mística, a agitação e a propaganda.²⁵

A fim de exemplificar a força do Movimento Sem Terra durante os anos 70, bem como a influência da Igreja católica no movimento, podemos citar o caso do Rio Grande do Sul, quando, em 1979, 110 famílias conseguiram ocupar parte da fazenda Sarandi, o que obrigou o governo a regularizar assentamentos de terras na área. Meses depois, mais de 170 famílias ocuparam a outra parte da mesma fazenda, fazendo com que a apropriação vitoriosa servisse de mobilização no movimento agrário sulino.²⁶

Nas décadas de 70 e 80, houve uma intensa modernização na agricultura brasileira, desde a modernização tecnológica, com a implementação de maquinários modernos, até a introdução de sementes selecionadas para aumentar a produtividade. Esse “salto” na produtividade agrícola brasileira foi apropriado pelos grandes produtores rurais e pelos interesses de multinacionais do setor. Os trabalhadores sem propriedade e sem terra se viram marginalizados, caracterizando uma “população sobrando”.²⁷

²⁵ *Idem.*

²⁶ O acampamento chegou a reunir perto de seiscentas famílias de agricultores sem-terra que lutaram durante quase três anos pelo direito de receber terras [...]. O apoio da sociedade civil foi fundamental à manutenção do acampamento, que enfrentou inclusive um cerco militar ordenado pelo governo federal. A experiência de organização, o aprendizado para negociar com o governo, o enfrentamento das pressões e o encontro com a solidariedade foram lições importantes, matriz para a criação de outro movimento social capaz de novamente empunhar a bandeira da reforma agrária. O envolvimento da Igreja Católica por meio do trabalho da Comissão Pastoral da Terra foi fundamental à sustentação e organização de agricultores até o assentamento das últimas famílias em 1983 (HARRES, *op. cit.*, p. 255).

²⁷ SOUZA, Maria Antônia de. **Movimentos sociais e sociedade civil**. Curitiba: Iesde Brasil, 2008. p. 48.

Os movimentos sociais rurais são marcados por diversas lutas sociais. No entanto, o diálogo intelectual entre os movimentos urbanos e rurais não eram comumente estabelecidos, embora tais movimentos tenham integrado a mesma linguagem política de reivindicações sociais.

No final dos anos 80, os movimentos sociais se consolidaram em todo o País, nos mais diversos segmentos, urbanos e rurais. A mesma linguagem, os mesmos códigos ético-políticos²⁸ se estabeleceram no âmbito dos movimentos, dando maior expressividade política às reivindicações. Durante esse período, os movimentos se consolidaram e se organizaram na luta continuada pelos interesses sociais e pela disposição à participação efetiva na vida política.

[...] o sentido do povo é amplamente recuperado e reelaborado: de clientela cativa, passa a ser visto como aquele que não deixa se cooptar e manipular; de massa amorfa, torna-se um coletivo organizado e predisposto à participação continuada na luta por seus interesses; de ser subordinado ao Estado-nação e às vanguardas políticas, brota o ser autônomo e independente; de mero objeto das instituições de representação política, emerge o sujeito realizador da democracia de base e direta e propositor de políticas alternativas em torno dos direitos humanos e sociais.²⁹

No âmbito interno dos movimentos sociais, surgiu a lógica democrático-comunicativa, na qual se negavam as hierarquias do Estado, bem como o discurso de que as políticas deveriam ser “de baixo pra cima”. “Agora, em nome da diluição da dicotomia dirigente-dirigido, todos deveriam participar integralmente do processo de tomada de decisão”.³⁰

A necessidade da troca de experiências para discutir o rumo das lutas sociais nos movimentos sociais fez surgirem espaços

²⁸ DOIMO, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*, p. 124.

³⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

públicos de discussão, nos quais os grupos de diferentes estados se reuniam, a fim de avaliar a caminhada comum desses movimentos. Assim, o *palco dialógico* estabelecido pelos movimentos sociais foi constituído por assembleias, isto é, de reuniões amplas com participação das bases. As diversas assembleias que ocorriam em todo o País, nos mais diversos segmentos de movimentos sociais, permitiam que os grupos se organizassem, discutissem suas questões, assim como os rumos dos movimentos. Os movimentos sociais, por meio das assembleias decidiam as ações, no sentido de pressionar o Estado à consolidação das políticas públicas, tais como greves, caminhadas, ações diversas, a fim de que o Estado garantisse os direitos fundamentais das pessoas e de seus interesses coletivos, como também os novos direitos que surgiam naquele contexto.

As estruturas de organização e ação dos movimentos sociais, nos anos 80, no que diz respeito à educação popular, refletiram-se no seio dos movimentos sociais, tornando fundamental a formação pedagógica dos sujeitos de tais movimentos. A educação popular tornou-se importante no interior dos movimentos, no sentido da formação dos sujeitos à efetiva participação democrática, assim como à formação da cultura democrática, no sentido de reivindicação das políticas públicas.

A autonomia dos movimentos sociais estava ligada à autonomia do sujeito, à ideia que o sujeito deve ser reconhecido como cidadão e não subordinado às relações de cuidado, tutela ou caridade. Esse era o principal fundamento da pedagogia popular. A educação popular, por sua vez, passou a acontecer no centro dos movimentos sociais. Doimo observa:

É surpreendente, por exemplo, o montante de documentos produzidos em torno desse tema entre os anos de 1974 e 1990, a maioria na primeira metade dos anos 80, precisamente quando há o maior crescimento dos movimentos populares e, não por acaso, também os das ONGs: 60% nos anos 80, contra 22% nos anos 70.³¹

³¹ DOIMO, *op. cit.*, p. 130.

A articulação dos movimentos populares e seus influxos possibilitaram a reabertura democrática no Brasil. A conquista de direitos adveio pela forma que os movimentos criaram espaços para a democracia popular, resistiram à repressão política, conquistaram a anistia, formaram partidos políticos e se tornaram fundamentais na luta pela consolidação de direitos e garantias previstos no texto constitucional de 1988.

Nos anos 80, o Partido dos Trabalhadores (PT) conquistou uma série de prefeituras em todo o País, o que viabilizou a criação dos Conselhos Populares. A ideia predominante do PT à época era “governar com a participação popular”, até porque esse partido surgiu no âmbito das orientações políticas de esquerda da época. No Rio Grande do Sul, por exemplo, durante o governo municipal de Olívio Dutra, foi articulado o Orçamento Participativo, que dispunha parte do orçamento da administração pública a ser aplicado nos projetos e nas áreas de escolha popular, cuja escolha de investimento do orçamento disponível era decidida de forma deliberativa e por votação em reuniões e assembleias.

Os movimentos populares influenciaram o processo constituinte de 1988. Havia movimentos sociais Pró-Participação Popular Constituinte, que passaram a se reunir com a finalidade de participar da elaboração da Constituição Federal. Ao longo do processo constituinte, a pressão dos movimentos sociais e da Igreja se tornou expressiva, na medida em que queriam garantir a possibilidade regimental de se incorporarem ao projeto constitucional, bem como garantir o sucesso das votações em plenário dos direitos e das garantias que deveria conter a Constituição Cidadã.

Em 1987, o regimento interno da Assembleia Constituinte estabeleceu a possibilidade de apresentação de emendas de iniciativa popular, que assegurava mecanismos de participação direta no processo constituinte. Tal decisão representou grande vitória dos movimentos sociais pela consolidação de direitos civis e políticos, como também pela consolidação da participação democrática para a efetivação da Constituição Federal, na qual a luta pelos direitos, ao longo dos anos, se consolidaria na legislação mais importante do País.

2 O processo constituinte de 1988

A Constituição Federal de 1988 representou uma virada política do que representaram os vinte anos de ditadura militar no Brasil. A pressão dos movimentos sociais, bem como a importância desses movimentos em propugnar espaços democráticos forçou uma modificação substancial na formalidade da participação democrática no País. Segundo Doimo, embora os analistas econômicos tenham sacramentado a década de 80 como a “década perdida”, “pode-se dizer que o saldo positivo deste longo e complexo processo de organização popular foi ampliar as possibilidades de equacionamento político das demandas sociais, diante da disponibilidade de recursos políticos.”³²

No âmbito político-estatal, a pressão dos movimentos sociais pelo processo de democratização estabeleceu um refluxo do poder ditatorial vigente desde 1964. As esferas governamentais, diante da força política dos movimentos e das mudanças estruturais na sociedade urbano-industrial, absorviam de forma lenta as reivindicações populares.

No governo Geisel, inicia-se a reação contra a violência física com a qual o Estado brasileiro investiu por anos contra os adversários políticos no governo militar. Ainda que esse mesmo governo tenha utilizado o poder discricionário, estabelecendo o recesso do Congresso Nacional, a cassação de mandatos parlamentares, dentre outras medidas autoritárias, uma Emenda Constitucional de 1978 revogou os Atos Institucionais e complementares, característicos do regime de exceção. Outro general assumiu o poder em 1979, eleito indiretamente pelo Congresso Nacional. Figueiredo entrou para história como o último presidente militar, encerrando o período repressivo conhecido como “anos de chumbo”. No mesmo ano, aprovou a lei de anistia, permitindo a volta dos exilados políticos ao Brasil.

Também em 1979, foi votada a nova lei dos partidos políticos, rompendo com o bipartidarismo e instituindo o pluripartidarismo, o que ensejou a criação de muitos partidos, bem como a

³² *Ibidem*, p. 219.

saída da clandestinidade de tantos outros.

O atentado provocado pelas bases militares do governo em 1981, no Riocentro, entre outros fatos, impulsionou uma série de mobilizações, como o movimento das *Diretas já*. Nesse contexto, a luta pela Assembleia Nacional Constituinte começou a se consolidar, havendo ampla adesão da sociedade civil e da comunidade jurídica do País.

Ao cabo de tantos anos de poder instalado e mantido sem efetiva ratificação popular, afigura-se que o Estado Brasileiro só poderá ganhar legitimidade institucional mediante a convocação do povo para reunir-se, pelos seus representantes, em Assembléia Constituinte. [...] Todavia, em uma Constituição votada pela representação do povo está a base máxima da legitimidade, esta não será plena enquanto a escolha do Presidente da República se processar por eleição indireta, meramente homologatória de candidaturas oriundas de imposições militares.³³

Em abril de 1984, foi votada a proposta de Emenda Constitucional que restauraria o voto direto. Essa modificação, no entanto, não pôde ser efetivada diante do fato de não ter o quórum de dois terços de parlamentares para legitimar a modificação na Constituição. Mesmo assim, obteve-se a maioria de votos no parlamento favoráveis às eleições diretas.³⁴ Nesse período, os militares já não contavam com apoio político para manter o regime por mais tempo. Os movimentos populares e a Igreja católica tinham formado uma estrutura política que se tornou influente no campo político-partidário, não havendo mais a possibilidade de apoio dos partidos políticos, mesmo dos partidos da direita ao regime militar.

O Partido Democrático Social (PDS) e o Partido do Movimento

³³ FAGUNDES, M. SEABRA. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Pernambuco: Publicação da OAB, 1982. p. 82.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (foi bom pra você também?). In: CAMARGO, Maria Margarida Lacombe (org.). 1988-1998 **uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Democrático Brasileiro (PMDB) lançaram seus candidatos à presidência da República. Paulo Maluf pelo PDS e Tancredo Neves pelo PMDB. Em janeiro de 1985, Tancredo Neves ganhou a eleição indireta pelo Colégio Eleitoral, tendo como vice-presidente José Sarney. Tancredo Neves adoeceu e morreu em 21 de abril do mesmo ano, antes de tomar posse em seu cargo de presidente, assumindo José Sarney. No final de 1985, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, dando cumprimento à Emenda Constitucional n. 26/85. O governo de José Sarney foi marcado por diversos problemas políticos e econômicos, aumento dos índices de pobreza, desacertos econômicos, corrupção e favorecimentos políticos, etc.³⁵

A Emenda Constitucional n. 26/85 previa que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-iam, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Previa, ainda, que o Presidente do Supremo Tribunal Federal instalaria a Assembleia Nacional Constituinte e dirigiria a sessão de eleição do seu presidente. A Constituição deveria ser promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte.

A referida Emenda Constitucional concedeu, ainda, anistia a todos os servidores públicos civis da administração direta e indireta, bem como militares punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. Foi concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que tivessem sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais (Emenda Constitucional n. 26/85).

A ideia de uma eleição constituinte exclusiva, que desfrutava de amplo apoio da sociedade civil, não prevaleceu. Outorgaram-se os poderes constituintes ao Congresso Nacional, admitindo-se, inclusive, a participação dos senadores chamados “biônicos”,

³⁵ *Idem.*

remanescentes do governo Geisel, que ocupavam um terço das vagas do Senado por eleições indiretas.³⁶ O presidente do Supremo Tribunal Federal na época, José Carlos Moreira Alves, elegeu o Deputado Federal Ulysses Guimarães como presidente da Assembleia Nacional Constituinte, que foi um dos principais líderes parlamentares de oposição ao governo militar.

A falta de um texto-base, a ânsia de participação política, tanto dos segmentos da sociedade civil como das esferas parlamentares, assim como as ingerências do poder Executivo, dificultaram a sistematização do processo constituinte, havendo grandes desencontros mesmo em questões meramente regimentais.³⁷

O processo constituinte e a ampla participação popular na formulação do texto constitucional, no entanto, foram extremamente importantes à formação do Estado Democrático de Direito, bem como à superação da perspectiva autoritária militar, caracterizada pela intolerância e violência. A reorganização dos direitos no País removeu o discurso e as práticas do militarismo tecnocrático, que conduziu a vida política por mais de vinte anos.

A Constituição Federal foi promulgada em cinco de outubro de 1988, tendo em seu preâmbulo um texto que reflete o período político que o antecedeu, desde meados dos anos 70 até a sua promulgação, marcado por movimentos sociais, religiosos e democráticos. No entanto, o texto constitucional expressava uma amplitude de interesses individuais, coletivos, de trabalhadores, de categorias econômicas, corporativos, etc.

O processo constituinte que resultou na nova carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica até então. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um grande exercício de participação popular. Neste sentido, é inegável o seu

³⁶ BARROSO, *op. cit.*

³⁷ *Idem.*

caráter democrático. Mas, paradoxalmente, foi esse mesmo caráter democrático que fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de interesses [...] O produto final foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilante entre extremos.³⁸

A Constituição de 1988, por seu aspecto simbólico da democracia e pela amplitude de segmentos sociais que participaram de sua formação, não escapou do corporativismo exacerbado.³⁹ É possível perceber no texto constitucional interesses específicos de determinados segmentos sociais como magistrados, Ministério Público, advogados, militares, funcionários públicos federais, dentre outros.

No âmbito doutrinário-formal da estrutura constitucional, percebem-se três grandes características: compromissária, analítica e dirigente.

A característica *compromissária* compreende um texto dialético, sem predominância de uma única tendência política.⁴⁰ Nesse aspecto, percebe-se que os direitos sociais dos trabalhadores convivem na mesma legislação com a livre-iniciativa econômica, por exemplo. Havia a necessidade de equilibrar os interesses entre capital e trabalho, ou seja, entre os interesses das diversas classes sociais.

Além disso, a característica *compromissária* diz respeito aos direitos fundamentais, coletivos e individuais, que devem ser perseguidos como metas pelo Estado quando da efetivação das políticas públicas e sociais. Trata-se de um compromisso pela incorporação ético-comunitária no texto constitucional, com a finalidade de construir o Estado Democrático de Direito, bem como estabelecer a força do direito na proteção das garantias e direitos fundamentais.

A característica *analítica* encontra respaldo nas constituições

³⁸ *Ibidem*, p. 44.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

portuguesa e espanhola, ambas dos anos 70, que procuraram superar o autoritarismo por meio de um texto mais complexo e detalhista do que a Constituição norte-americana. A complexidade do contexto histórico e político, no Brasil, inviabilizou a opção de um texto mínimo. Ao contrário, a Constituição de 1988 se caracterizou pelos detalhes em relação aos direitos, bem como no que diz respeito à organização do Estado.

A característica analítica, de amplitude do texto constitucional, decorreu em boa medida da multiplicidade de valores e reivindicações dos movimentos sociais das décadas de 70 e 80. A pressão política dos movimentos e o anseio, para que todas as garantias constitucionais estivessem formalmente contidas na lei, caracterizaram a Constituição Federal de 1988 como um texto complexo e repleto de detalhes. O aspecto analítico tem sido tão relevante na consolidação dos direitos, que dezenas de emendas foram feitas na Constituição desde sua promulgação. Atualmente, são 67 emendas que abrangem diversos interesses sociais.

Por fim, a característica *dirigente*, termo trazido do constitucionalismo português, identifica a opção por grandes linhas programáticas, capazes de sinalizar os caminhos a serem percorridos pelos legisladores e pela administração pública.⁴¹

Nesse sentido, a Constituição estabelece princípios e direitos que não podem ser violados por legislações inferiores. Direitos considerados imutáveis, como é o caso dos direitos fundamentais, necessitam de normas para regulamentá-los, muitas vezes, a fim de tornar efetivos politicamente os preceitos constitucionais.

As linhas programáticas do aspecto dirigente estabelecem os rumos éticos, políticos e democráticos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma *fisionomia* jurídica que representa não só os direitos conquistados pelos movimentos sociais, como os caminhos que as legislações devem seguir para efetivar tais direitos.

No início dos anos 90, embora ainda houvesse grande movimentação política dos movimentos sociais, na efetivação dos direitos constitucionais, iniciou-se uma modificação substancial

⁴¹ BARROSO, *op. cit.*

no interior dos movimentos. Com o restabelecimento dos canais tradicionais de participação política e a suposta ideia de que o Estado estaria mais sensibilizado com as questões sociais e as demandas populares, os movimentos se reelaboraram e transformaram-se.

Doimo identifica algumas situações importantes, que demonstram as modificações dos movimentos populares no período posterior à Constituição, o que justifica o desaparecimento de muitos deles: as ONGs passaram a dedicar-se ao envolvimento de propostas de políticas públicas e deixaram de serem “meras” assessoras dos movimentos populares; os intelectuais acadêmicos “abandonaram” o otimismo teórico em relação aos movimentos sociais e passaram a pensar sobre as questões relativas à transição política e à reengenharia institucional; os segmentos de esquerda, que antes estavam comprometidos com as grandes transformações sociais e com a democratização social, passaram a se engajar em partidos políticos, a envolverem-se com a reforma do Estado e com a gestão da coisa pública.⁴²

Em boa parte do País, já no início dos anos 90, muitos líderes de esquerda ingressaram no aparato estatal, em funções no Poder Executivo ou Legislativo, deixando de ser parte dos movimentos para integrarem o governo. Outros movimentos surgiram nos anos 90, como os movimentos de ecologia, movimento negro, movimento indígena, movimento feminista, movimentos de homossexuais, movimentos de solidariedade e apoio a programas com meninos de rua, portadores de HIV e deficiências físicas, dentre outros que se estabeleceram em segmentos de interesses diversos dos movimentos dos anos 70 e 80.

Se, nos anos 80, os movimentos caracterizaram-se por seu envolvimento com a abertura política, com a consolidação de direitos individuais e sociais, nos anos 90 os direitos de terceira e quarta geração, tais como o direito ao meio ambiente e o acesso à tecnologia, respectivamente, consolidaram uma era de *direitos a ter direitos*, assim como o reconhecimento das diferenças.

⁴² DOIMO, *op. cit.*

Para tanto, as ONGs se estabeleceram, muitas vezes, independentes diante da lógica das empresas, de partidos políticos e de Igrejas,⁴³ passando a ter como pressuposto a organização de grupos sociais e de pressão política para a efetivação de interesses de determinados segmentos.

De fato, os anos 90 apontam um novo patamar para as ONGs, situado bem acima daquele papel de fornecer apoio e assessoria a “grupos de base”. Hoje, ficar perto dos movimentos sociais significa transcender as questões imediatas e não perder de vista o longo prazo ou a “dimensão mais ampla”. Em outras palavras, significa fortalecer a sociedade civil para que ela possa influir nas políticas públicas, ampliando-se os espaços de participação da sociedade para além dos tradicionais formatos representativos de intermediação política. [...] as ONGs colocam-se como veículo de organização societária no âmbito da crescente fragmentação que marca o fenômeno da globalização neste final de século.⁴⁴

A partir do final da década de 80, diante dos grandes gastos dos governos europeus e norte-americanos com políticas sociais, as teorias econômicas começaram a estabelecer o caminho inverso. O retrocesso dos direitos sociais e as políticas neoliberais foram apresentados ao Ocidente, com o objetivo de combater a inflação e de manter a economia mais estável nos continentes. Ao mesmo tempo, as garantias formais do direito possibilitaram maior acesso aos recursos políticos e sociais. Na América Latina, a dívida externa, a desvalorização internacional dos produtos colocados no mercado mundial, a inflação, o desemprego e a crise financeira do Estado-Providência agravaram as condições sociais e locais da população.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha se consagrado como uma constituição cidadã, caracterizando um Estado Democrático de Direito após vinte anos de regime militar, a

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 210-211.

consolidação dos direitos sociais presente no texto constitucional passou a se chocar com as políticas econômicas. Esse embate se deu, principalmente, porque as políticas de emprego gradativamente passaram a não ser mais consideradas como responsabilidade do Estado, ficando relegadas ao funcionamento dos mecanismos do mercado.

No entanto, as modificações políticas e jurídicas do Estado, no final dos anos 80, pelos avanços constitucionais no âmbito formal, que se caracterizaram como fortes avanços políticos e jurídicos, possibilitaram a ação dos juristas e as ações de iniciativa popular como aptas a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como é o caso da possibilidade de legislação por iniciativa popular, por exemplo. A possibilidade de legislação decorrente de iniciativa popular representou um grande avanço formal na democracia brasileira. Segundo a Constituição Federal, um projeto de iniciativa popular precisa receber a assinatura de pelo menos 1% dos eleitores brasileiros.

Outros mecanismos importantes, no que diz respeito ao controle democrático e às garantias dos direitos fundamentais, são as ações constitucionais. São formas processuais previstas na Constituição Federal, que têm por objetivo garantir os valores e os rumos programáticos do texto legal. Essas ações (como o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF) têm como característica a garantia de manter os aspectos compromissários e dirigentes da Constituição, bem como garantir amplamente os princípios e valores contidos no texto legal. O mecanismo da ADPF demonstra, inclusive, a abrangência da Constituição e dos preceitos nela contidos, em relação aos atos e às normas, praticados anteriormente à sua promulgação, como forma de desvincular do direito os aspectos repressores característicos da ditadura militar.

A Constituição Federal estabelece, ainda, outras formas democráticas que representam avanços importantes, como o caso do art. 204, incisos I e II, que estabelece como diretrizes para as ações governamentais na área da assistência social

a descentralização político-administrativa e a participação popular, por meio de organizações representativas na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Esse controle se dá por meio dos conselhos de assistência social.

A criação de conselhos como órgãos deliberativos e controladores das ações governamentais encontra respaldo constitucional em todas as esferas, assegurando a participação popular paritária, por meio de organizações representativas. Nesse aspecto, os conselhos garantem o exercício dos direitos civis e políticos na esfera pública, de forma a ensejar maior participação política e democrática dos cidadãos na sociedade civil organizada. A Constituição de 1988 criou condições jurídico-políticas para a criação e funcionalidade de órgãos de natureza democrática e deliberativa, com o intuito de garantir a participação democrática e social dos cidadãos na esfera pública. Os conselhos de políticas públicas e de direitos são, portanto, formas concretas de espaços institucionais abertos à democracia dialógica, pela possibilidade efetiva de participação social.

A criação de conselhos corresponde aos avanços democráticos constitucionais, uma vez que abre a gestão de políticas públicas à participação comunitária e à democracia dialógica, inserindo os participantes no centro das decisões políticas. Os principais conselhos são: de saúde, assistência social, educação, habitação, meio ambiente, direitos da criança e do adolescente, da comunidade, dentre outros.

Os mecanismos acima expostos correspondem à possibilidade de garantia da efetivação do texto constitucional, além de outros procedimentos constitucionais, previstos no próprio texto, a fim de dar efetividade ao Estado Democrático de Direito, tanto no que corresponde à participação direta, como é o caso da lei de iniciativa popular, dos conselhos, como no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais constituídos, como é o caso das ações constitucionais.

Desse modo, podemos dizer que, no plano formal, a Constituição tem mecanismos para proporcionar um regime político que abranja e proporcione ampla participação democrática, bem como

mecanismos de controle de atos praticados pelo Poder Público.

Ocorre que o neoliberalismo mundial, de origem no período entreguerras, consolida-se na América Latina a partir dos anos 90, posteriormente ao período de ampla organização popular em prol de maior participação democrática. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que os movimentos sociais dos anos 1970 culminaram em um processo democrático capaz de consolidar constitucionalmente a democracia participativa, estrutura de cidadania, direitos individuais e coletivos, o déficit popular e as restrições democráticas dos recursos políticos se estabeleceram.

Chegado o momento em que o Estado Democrático de Direito possibilitaria a ampla atuação de segmentos sociais na esfera pública, as políticas econômicas retraem a participação popular, mantendo as políticas sociais e as decisões atreladas no interior do poder do Estado. Embora tenha havido maior possibilidade de participação formal dos cidadãos na esfera pública, as possibilidades de recursos políticos ligados à educação e à promoção da efetiva participação da sociedade civil na coisa pública tem sido deficitária, em razão de inúmeros fatores.

3 Os novos movimentos sociais e seus sujeitos políticos

Os chamados novos movimentos sociais estabeleceram uma trajetória que conectou ações sociais, políticas e culturais no processo de dinamização social e que se tornou visível mundialmente em maio de 1968.

A ideia de movimento social, na primeira metade do século XX, estava relacionada com o conflito de classes. Atualmente, os chamados “novos movimentos sociais” surgem das aspirações neoliberais e da perspectiva de consolidação dos novos direitos, assim como o surgimento de novos atores políticos no espaço democrático e da necessidade de consolidar politicamente as diversas formas de participação da sociedade civil, na esfera pública.

Vários são os movimentos que se caracterizam como novos movimentos sociais: movimentos ambientais, feministas,

homossexuais, étnicos, dentre movimentos recentes que se relacionam entre si, como também se consolidam na efetivação da participação democrática e na articulação das lutas por direitos humanos. Por intermédio das articulações em rede de movimento sociais, observa-se o debate de temas transversos, relacionados a várias faces da exclusão social, bem como as demandas de novos direitos. A demanda por direitos implica o alargamento da concepção de direitos humanos e a ampliação da base das mobilizações, bem como a constante mutação e articulação dos movimentos sociais. O conceito de participação “está associado à democracia deliberativa e à existência de uma esfera pública. Isso pode ser entendido como parte do vínculo histórico da democracia com a criação de novos direitos”.⁴⁵

É justamente pelas aspirações liberais que o campo político dos conflitos sociais se estabelece, na medida em que a ideia de direito a ter direitos surge a partir do pensamento liberal. As respostas contrárias ao hiperindividualismo encontram suas bases no próprio liberalismo e, especialmente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

As sociedades modernas são constituídas por direitos extremamente individualistas; em contrapartida, as constituições democráticas do Estado de Direito estabelecem garantias de bens jurídico-coletivos e a necessidade permanente de ampliação dos direitos e da cidadania na sociedade civil.

Nos anos 70, na Europa, as concepções teóricas de movimentos sociais, centradas na esfera econômica, deslocaram-se para a crítica da racionalidade instrumental na qual o Estado operava.⁴⁶ Os chamados novos movimentos sociais tornaram-se visíveis, em certa medida, a partir da percepção teórica de autores europeus nos anos 70 e 80, tais como Michel Foucault, com a “microfísica do poder”, Claude Lefort com “a invenção democrática” e Cornelius Castoriadis, com a “sociedade autônoma”. Dentre outros,

⁴⁵ JACOBI, Pedro Roberto. Estado e educação: o desafio de ampliar a cidadania. **Educar em Revista**, Curitiba, n. 31, p. 14, 2008.

⁴⁶ TOURAINE, Alain. **Palavra e sangue**: política e sociedade na América Latina. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Trajetória Cultural; Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1989.

influenciaram o pensamento político, estabelecendo perspectivas para além da ideia de movimento social ligado tão somente ao movimento da classe operária e à espoliação do trabalho.

A transição do modelo de estado mínimo ao feitiço liberal clássico para o tipo de Estado de Bem-Estar Social na Europa, no início do século XX, impôs a reconsideração do papel do Estado. Enquanto o modelo liberal incorporava uma ideia de soberania, como poder incontestável, próprio de uma sociedade de “indivíduos livres e iguais” para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *welfare state* adjudicava a ideia de uma comunidade solidária, na qual ao Poder Público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea.

A história da construção dos direitos está vinculada às lutas sociais. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como previdência e assistência social, salubridade pública, moradia, transporte, dentre outros, que irão impulsionar a passagem do Estado Mínimo – onde lhe cabia tão somente assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias da iniciativa privada.

O processo de crescimento do Estado, no entanto, não beneficiou somente a classe trabalhadora, mas também assegurou direitos à indústria, pois a atuação estatal em muitos setores significou também a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial como usinas hidrelétricas, estradas, sistema de transportes, etc.

Os novos movimentos sociais alicerçaram-se nessa também nova realidade social, pois a democratização das relações sociais significou, em contrapartida, a abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. A perspectiva de transformação histórica não significou apenas a incorporação de outros direitos aos já consagrados. A inovação repercutiu também na expansão da participação da sociedade civil na esfera pública.

Os chamados novos movimentos sociais estão relacionados com as ações movimentalistas dos anos 70 e 80, configurados não somente pela luta de classes, mas pelas reivindicações coletivas projetadas na esfera pública.⁴⁷ A construção de novos direitos humanos, frutos de uma sociedade que se expandia economicamente e que produzia novos carecimentos, distintos dos anteriores, implicou a elaboração de direitos que não mais seriam apropriáveis individualmente, mas cuja dimensão se espalhava para agrupamentos inteiros de indivíduos, que se reuniam sob determinada situação que lhes era comum – “os direitos de segunda e terceira geração referem à ideia de um compartilhamento de situações”.⁴⁸

O compartilhamento de situações de novos direitos se estabelece nos novos movimentos sociais exigindo certo grau de organização e diálogo, diferentemente dos *lobbies* empresariais que também se constituem como uma forma direta de participação. Nesse sentido, os movimentos sociais europeus se configuraram na emergência de ações coletivas e nas diversidades culturais, sociais e políticas das lutas sociais. Os movimentos sociais estabelecem processos sociais que criam identidades, transformando-se em fontes de criatividade e inovações socioculturais.

Os direitos humanos passam a ser o principal *ethos movimentalista* dos movimentos sociais. É no reconhecimento dos direitos humanos que o sujeito se reconhece como ser humano e como protagonista de seu próprio sujeito. A experiência de um sujeito se manifesta, sobretudo, pela consciência de uma obrigação relativa não a uma instituição ou a um valor, mas ao direito de cada um de viver e de ser reconhecido em sua dignidade, “naquilo que não pode ser abandonado sem privar

⁴⁷ EVERS, T.; MULLER-PLANTENBERG, C.; SPESSART, S. Movimentos de bairro e estado: lutas na esfera da reprodução na América Latina. In: MOISÉS, J.A. (org.). **Cidade, povo e poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984. p. 110-164. (Coleção Cedec/Paz e Terra; v. 5).

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan. Revisando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do PPGD**, São Leopoldo: Unisinos, 2000.

a vida de todo sentido”.⁴⁹

O sujeito concebido enquanto presença iluminadora de valores superiores aos individuais possibilita a relação humana coletiva ligada às referências de liberdade, igualdade, justiça e dignidade. Assim, há um resgate das ideologias modernas que não se reduzem à racionalidade puramente instrumental, mas que possibilitam a resistência aos mecanismos de controle.

Touraine, ao tratar da teoria dos novos movimentos sociais, estabelece que, no âmbito dos movimentos, estão os sujeitos, com suas experiências, vivências, diversidades de interesses, tanto individuais como coletivos, o que diferencia os novos movimentos sociais das antigas lutas de classe.⁵⁰ As multiplicidades cultural, social e política possibilitaram o surgimento de novos movimentos sociais. Novos, porque estão relacionados às novas possibilidades participativas dos sujeitos no âmbito democrático e diante da multiplicidade de demandas de direitos que podem ser conquistados pelos movimentos. Nesse contexto, o autor estabelece a relação entre sujeito e indivíduo, pois, a partir da ideia de que todos são indivíduos e que os sujeitos somente se constituem a partir de um reconhecimento social, é possível perceber a dicotomia que pode afastar o sujeito do indivíduo. “Somos frequentemente atingidos por esta doença da civilização. Por um lado, vivemos um individualismo narcisista; por outro somos tomados pela nostalgia do ser ou do sujeito.”⁵¹

Enquanto o indivíduo se fragmenta nas múltiplas realidades, revela-se fragilizado e submisso à cultura das indústrias de comunicação de massa, o sujeito passa pela resistência ao mundo impessoal do consumo ou ao da violência e guerra.⁵² Nesse sentido, o sujeito nunca se identifica consigo mesmo, mas se situa na ordem dos direitos e dos deveres, na ordem da moralidade e da ética.

⁴⁹ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. de Gentil Avelino Tritton. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 157.

⁵⁰ TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

4 Os Movimentos sociais e o avanço das política pós-Constituição Federal de 1988

A luta por abertura de espaços democráticos, por direitos sociais e garantias pela participação social na esfera pública, levou à consolidação de uma Constituição analítica, dirigente e compromissária. Desde então, a virada democrática no âmbito formal propiciou ampla participação da sociedade civil na coisa pública. O pluralismo social e as garantias constitucionais formais à participação dialógica e deliberativa estabeleceram no Brasil ampla atuação democrática.

Os Direitos Humanos passaram a ser reconhecidos juridicamente no interior da comunidade internacional. Representam importante esforço levado adiante, no sentido de reconhecer e de proteger homens e mulheres não só contra os abusos dos Estados e do mercado, mas também pela inclusão participativa dos atores sociais na esfera pública, diante das dimensões individual, coletiva, social e política que perpassam e identificam a racionalidade desses direitos. Tem sido possível observar, no entanto, que a garantia da ampla participação não é suficiente para que de fato haja participações impactantes na esfera pública.

A legitimação da ordem social, quando sob o capitalismo, decorre da vigência e da validade de liberdades civis, mas isso não importa necessariamente a existência de um Estado democrático com ampla participação política. Nesse sentido, a relação entre direitos sociais e capitalismo, coexistentes na Constituição com características analíticas, dá-se na medida em que os direitos sociais se tornam meios pelos quais os movimentos reivindicatórios possam ampliar suas condições de vida, em nível compatível com o estágio alcançado pelo próprio capitalismo. Paradoxalmente a essa conquista, as condições sociais da população regrediram.

A presente seção tem por objetivo, igualmente, analisar o processo político e neoliberal no Brasil, iniciado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que a preocupação do Estado com as políticas econômicas tencionou

o afastamento de uma agenda política capaz de proporcionar espaços políticos de maior participação democrática da sociedade civil na esfera pública.

Embora a criação de conselhos em diversos municípios do País, bem como o reconhecimento das diversas identidades socioculturais, tenha sido protegida pelas políticas estatais, houve uma tendência ao controle social – de cima para baixo –, na medida em que as identidades têm sido formatadas em “políticas de identidades” ao invés de o Estado assegurar as “identidades políticas” construídas pelos próprios sujeitos participantes. O Estado tem demonstrado muito mais uma política protecionista, no sentido de assegurar políticas que protejam determinados segmentos sociais, tais como: indígenas, negros, mulheres, crianças, idosos, dentre outros, do que efetivamente proporcionar o diálogo entre esses segmentos e possibilitar que as políticas surjam do interior desses grupos. Nesse aspecto, as políticas se mantêm de forma vertical, de cima pra baixo, ainda que sejam no sentido de assegurar direitos formalmente estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

O incremento da participação política na esfera pública está vinculado não somente à pressão dos movimentos sociais, mas em especial à predisposição dos governos locais para a criação de espaços públicos plurais de articulação e participação política. Nesse sentido, podem-se observar as restrições democráticas dos recursos políticos em proporcionar espaços que tornem visíveis os conflitos e as diferenças como base constitutiva da legitimidade da democracia dialógica e da efetivação da participação popular na gestão pública.

Em outra dimensão, Hayek subverteu a obrigação jurídica do Estado no que tange à assistência e aos direitos sociais, tratando os direitos sociais como um dever moral prestado de forma residual e focalizada aos que ficassem à margem dos bens e serviços disponibilizados pelo movimento livre do mercado.⁵³ De certa forma, essa ideia tende a confinar o agir do Estado nos limites do mercado.

⁵³ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 170.

Os primeiros países a implantarem as medidas neoliberais nos anos 80 foram os EUA e a Inglaterra. Diferentemente do liberalismo clássico, no entanto, o neoliberalismo se consolidou diante de políticas governamentais interventoras, porque ao invés de manter a mínima intervenção estatal na economia como o liberalismo clássico preconizava, estabeleceu intervenções econômicas no intuito de revitalizar a economia, por intermédio de medidas políticas que mantivessem a estabilidade da moeda, diminuição de gastos públicos, circulação de capitais internacionais, dentre outras necessárias à diminuição dos gastos do governo com dívidas públicas. No final do governo Thatcher, entretanto, havia aumentado significativamente a pobreza entre as classes trabalhadoras. A partir de 1997, o governo Tony Blair teve que retomar as políticas keynesianas de intervenção estatal em determinados segmentos sociais, o que culminou por aumentar os gastos públicos.

Dentre as múltiplas projeções do neoliberalismo econômico, no entanto, uma característica importante é a forma elitista como ele se estabelece no âmbito político, na medida em que a sua argumentação, marcadamente econômica e técnica, distancia-se da sociedade civil. Trata-se de questões incorporadas por *experts*, como, por exemplo, a linguagem especializada no entendimento do sistema econômico e, muitas vezes, difundida como um conjunto de verdades irrefutáveis, louvadas na complexidade da ciência econômica. Assim, os aspectos técnico-financeiros produzem um ambiente próprio que tende a se afastar do debate público pela incompreensão de linguagem, tais como o entendimento dos mecanismos da bolsa de valores, balança comercial, taxa de juros, dentre outras questões inerentes ao mercado financeiro como um todo.

Outro aspecto determinante é o custo social do neoliberalismo, que tem sido amplamente criticado diante da escassez de investimentos sociais, na medida em que a *promessa* do crescimento econômico globalizado e liberalizado e o desenvolvimento global dos países não reduziram a pobreza e as desigualdades sociais.

No final dos anos 80 e início dos anos 90, o modelo de desenvolvimento econômico e neoliberal e de estabilização da moeda passou a ser implantado na América Latina e no Brasil, estabelecendo relações econômicas liberais que se chocaram com os preceitos sociais da Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo em que a Constituição brasileira contemplou a amplitude de direitos sociais, civis, políticos e a ampla participação democrática dos sujeitos, as medidas governamentais do período, no entanto, causaram impactos sociais de extrema complexidade.

O modelo econômico neoliberal no Brasil, e em praticamente toda a América Latina, teve início com as políticas que culminaram em reduzir as funções sociais do Estado por intermédio de medidas políticas de privatização e de diminuição de políticas sociais, a fim de manter a economia estabilizada, tais como pouca intervenção do governo no mercado de trabalho; privatização de empresas estatais; livre circulação de capitais internacionais; abertura da economia para a entrada de empresas multinacionais; diminuição do tamanho do Estado, tornando-o mais operativo economicamente.

Os anos 80 foram marcados pela consolidação de organizações de movimentos sociais e populares, pela expansão de direitos civis e políticos, incluindo a constitucionalização de proteção social avançada, bem como a ampliação da participação democrática popular. Esses avanços deram-se por meio de mecanismos como projetos de lei de iniciativa popular, referendos, ações civis públicas, conselhos de gestão, plebiscitos, dentre as inúmeras formas políticas de participação transcritas no texto constitucional.

A partir das eleições presidenciais diretas de 1989, que elegeram Fernando Collor de Mello e, posteriormente, Fernando Henrique Cardoso, consolidou-se o programa neoliberal. No final dos anos 90, iniciou-se a abertura ao “moderno programa neoliberal”. As primeiras decisões políticas de Fernando Collor foram ao sentido da abertura comercial e reduções do papel do Estado como interventor econômico por meio de privatizações das empresas estatais. O governo de Collor, no entanto, foi

marcado pelo bloqueio dos valores depositados pela população em caderneta de poupança e pela corrupção, muito mais do que propriamente pela reforma do Estado que se propusera a fazer.

O vice-presidente na época, Itamar Franco, assumiu a presidência, focando para as políticas internas seu governo, até mesmo porque as bases políticas do governo eram frágeis. O próprio Partido da Renovação Nacional (PRN), não tinha alianças políticas fortes no governo. Em pouco tempo, Fernando Henrique Cardoso assumiu as Relações Exteriores e, posteriormente, o Ministério da Fazenda, retomando as negociações com o FMI e traçando um plano econômico para o Brasil. O Plano Real causou uma enorme euforia na população, pois a dolarização da economia e o *freio* na inflação possibilitaram o aumento do consumo. A dolarização também foi importante porque possibilitou que muitas empresas europeias e norte-americanas se estabelecessem no Brasil, enquanto o governo proporcionava auxílios relevantes de redução da carga tributária para esses empreendimentos por todo o País. Além disso, muitas empresas estatais foram compradas por companhias estrangeiras. Um dos argumentos para a venda das estatais na época era sanar a dívida pública. O governo Cardoso teve grande preocupação com as questões macroeconômicas, garantindo o controle da inflação e a estabilidade da economia do País.

Já a utilização de Medidas Provisórias no governo FHC foi marcante. O governo, com o intuito de manter a estabilidade econômica, passou a tomar várias decisões por meio de Medidas Provisórias; inclusive o próprio Plano Real foi estabelecido mediante esse mecanismo político. No período, mais de cinco mil Medidas Provisórias foram editadas para tornar viáveis as modificações políticas e econômicas. Essa postura implicou críticas pela oposição, pois esse mecanismo político estabelece a possibilidade legislativa do governo somente em casos de emergência.

Nos anos 90, houve significativa redução nos postos de trabalho formais. No Brasil, onde nunca houve um estado de bem-estar social como na Europa, a falta de postos de trabalhos formais fez com que crescessem as ocupações informais, ou seja,

individuais, familiares ou de forma associativa, mas sem direitos trabalhistas ou contribuições previdenciárias. Pochmann observa que os índices de desemprego no período eram maiores do que o sistema metodológico apontado pelas pesquisas do IBGE. Os critérios da pesquisa não consideravam a pessoa desempregada desde que tivesse trabalhado pelo menos uma hora na semana anterior à aplicação do questionário de pesquisa.⁵⁴

Em São Paulo, há uma taxa de 12,4% de desempregados medidos pelo IBGE, mas há outros de 7,2% que são trabalhadores informais, disfarçados, que trabalham alguma hora na semana, até mesmo para poder sobreviver, em algum bico. Mas não têm trabalho. Portanto, a taxa de desemprego é de 19,6% na grande São Paulo. Já no Estado do Piauí, a taxa de desemprego do IBGE é de 5,1% da população economicamente ativa, mas se somarmos o desemprego disfarçado, aqueles que não têm trabalho, mas trabalharam pelo menos uma hora na semana passada, esse indicador é de 55,1% da população e o total do desemprego real no Piauí, sobe para 60,3% de toda a população (o desemprego atinge todo o país. Em São Paulo, na última década – 1993-2003 – o desemprego cresceu 60%, mas no Piauí, Estado de menor renda per capita, o desemprego cresceu 180%. Três vezes mais).⁵⁵

Posteriormente ao governo Cardoso, o Partido dos Trabalhadores passou a compor o governo, estabelecendo a preocupação em manter a macroeconomia do País, bem como em dar respostas aos problemas sociais. Embora tenha havido um maior reconhecimento em relação aos direitos fundamentais e à democracia, o Estado estabeleceu amplo controle de “cima para baixo”, no sentido de assegurar as identidades políticas.⁵⁶

⁵⁴ POCHMANN, Márcio. **A década dos mitos: o novo modelo econômico e a crise do trabalho no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2001.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁶ GOHN, Maria Glória. **História dos movimentos e lutas sociais: a construção da cidadania dos brasileiros.** São Paulo: Loyola, 1995.

Diferentemente dos anos 70 e 80, em que os movimentos sociais situavam-se entre a classe trabalhadora na reivindicação de direitos sociais, na década de 90 houve modificação na configuração dos movimentos. A crise social e econômica, que se estabeleceu no Brasil na última década, não afetou somente o trabalho, mas o acesso à saúde, à educação e à habitação, provocando o aumento da criminalidade e da pobreza, embora os direitos sociais, civis e políticos estivessem consolidados no ordenamento jurídico formal.

A escassez de trabalho gerou problemas sociais de alta complexidade, não somente como uma simples categoria econômica, mas como uma conjuntura social que vai desde a ausência de direito sociais básicos à efetiva participação dos cidadãos na Esfera Pública. As políticas neoliberais, ao se preocuparem mais efetivamente com a economia de mercado do que com o bem-estar social, estabeleceram um processo de exclusão social, gerando déficit na participação democrática dos cidadãos na coisa pública.

No entanto, reduzir as modificações dos movimentos sociais após Constituição Federal de 1988 a um “determinismo econômico seria, no mínimo, um estreitamento de interpretação”.⁵⁷ As desigualdades substanciais entre as pessoas implicam a não efetivação de direitos fundamentais de cunho formal, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, com os preceitos constitucionais garantidores de direitos sociais e políticos. Do mesmo modo, no que tange aos direitos ordinários, estabelecidos em legislações federais específicas para a proteção de algum grupo social, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso ou das legislações que estabelecem a inclusão de povos negros e indígenas ou a proteção às mulheres.

Contudo, sociedades pluralistas “como a brasileira, mesmo que convivendo com altos índices de desigualdade social, apresentam uma complexidade de interações entre as dimensões

⁵⁷ LOPES, José Rogério. Movimentos sociais, negociação da realidade e modos de modernização na sociedade brasileira. **Revista de Educação Pública**, Cuiabá/MT, v. 16, n. 31, p. 13-28, maio-ago. 2007.

simbólico/discursivas e materiais da vida coletiva”.⁵⁸ As novas subjetividades e experiências sociais se deslocaram da macro-política para mediações mais próximas e significativas às pessoas.⁵⁹ O movimento dessas novas interações fez com que os movimentos sociais assumissem princípios éticos.⁶⁰

Segundo Gadea:

De esta manera, existe um privilégio por el análisis del “espacio local” y las dinámicas “moleculares” que impulsan y impiden la formación de sujetos. Esto pretende focalizar aquellos microprocesos que llevan de lo individual a lo colectivo e de este en una fuerza social y política. Así, abordar lo local no se circunscribe a una definición cultural ni geográfica-administrativa, sino a la red de relaciones constituidas a partir de los espacios sociales en los que se genera la voluntad colectiva.⁶¹

No contexto atual, as considerações da literatura sobre os movimentos sociais de macro e microrrealidade passam por redefinições, diferenciando-se dos aspectos das movimentações sociais dos anos 70 e 80. Cada vez mais a macrorrealidade, estruturada e com determinações racionais, cede lugar às interpretações que concebem a realidade enquanto multifacetária e complexa, sem determinações fixas ou historicamente necessárias.⁶² Trata-se de análises sociais, cuja perspectiva metodológica não é tanto o entendimento dos movimentos “enquanto partes estruturantes ou estruturadas da realidade, mas enquanto processos de ação política, enquanto práticas sociais em construção, enquanto movimento propriamente dito”.⁶³

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ GADEA, Carlos A. **Acciones colectivas y modernidad global**: el movimiento neozapatista. Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, 2004.

⁶¹ *Ibidem.*, p. 47-48.

⁶² SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimientos sociales**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

⁶³ *Ibidem.*

As relações entre Estado e sociedade civil, após os anos 90, têm sido complexas e contraditórias, pois ao mesmo tempo em que se estabeleceu um amplo reconhecimento social, em especial às identidades culturais dos movimentos,⁶⁴ também se tornou maior o controle social – de cima para baixo –, na medida em que o Estado passou a formalizar as políticas, sem que fossem, de regra, debatidas pelos segmentos sociais interessados.⁶⁵ Nesse aspecto, a possibilidade democrática se circunscreve nas garantias dos direitos, no reconhecimento das identidades e nos processos de escolha da representação política, desarticulando as possibilidades da democracia deliberativa fazer parte da vida cotidiana dos cidadãos.

Nos anos 70 e 80, os primeiros movimentos sociais tinham uma tendência mais ampla, visando à conquista formal de direitos e garantias. Estabeleceram-se, todavia, novos contextos nacionais, e essa reconfiguração social denotou uma mudança na postura dos movimentos, que passaram a se utilizar das redes de relações sociais locais, pressionando o Poder Público à efetivação das garantias formalmente consolidadas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe progressos formais no que diz respeito à democracia, bem como aos direitos sociais e políticos. Além disso, houve um avanço também substancial nas políticas sociais mesmo diante da crise econômica que abalou os anos 90, que trouxe consigo o aumento do desemprego. A exemplificar, podemos citar a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), que estabeleceu amplitude de acesso à saúde, a responsabilidade dos governos municipais em disponibilizar vagas no Ensino Fundamental, a criação de conselhos municipais, os Conselhos Regionais de Desenvolvimento (Coredes).

Alguns movimentos sociais se tornaram mais expressivos na América Latina atual: o dos Sem-Terra ou camponeses; o dos sem-teto ou de moradores; de indígenas, quilombolas, negros, mulheres, piqueteiros, desempregados, dentre outros. Em

⁶⁴ GOHN, 1995, *cit.*

⁶⁵ GOHN, Maria Glória. **Teorias dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

1992, foi criada a Confederação das Cooperativas de Reforma Agrária no Brasil (Concrab), que fundou o Instituto Técnico de Capacitação e Pesquisa da Reforma Agrária (Itterra). Para Gohn, essa capacidade organizativa assumiu novos contornos com a ocupação do Pontal do Paranapanema, oeste do Estado de São Paulo, em 1995. A região, foco de uma das principais áreas de terras devolutas do País, grande parte com origem dominial questionável, seria capaz de assentar 20 mil famílias.⁶⁶ Entre 1990 e 1996, mais de 2.300 famílias se organizaram influenciadas pelo MST, provocando sucessivas ocupações de terra. Mais de quarenta assentamentos foram instalados, como fruto da pressão causada por essa intensa mobilização. Tal projeção teria alçado o MST ao principal espaço de organização e luta dos trabalhadores rurais excluídos das esferas de poder de uma forma geral.⁶⁷

O fato de a agricultura ser uma atividade econômica importante no País não fez com que os movimentos rurais tivessem mais acessos aos recursos políticos para a efetiva participação democrática. Segundo Ricci, a falta de acesso dos movimentos rurais aos recursos políticos se deu na medida em que a intervenção do Estado teria gerado uma relação individual com as agências do Estado, desmobilizando a organização de demandas coletivas ou fragmentando-as em ações de grupos de interesse específicos, à imagem e semelhança da estrutura burocrático-estatal.⁶⁸

Em contrapartida, as possibilidades auferidas pelo Estado para participação dos cidadãos na coisa pública teria se dado com mais especificidade nas áreas urbanas, onde há maior concentração populacional, bem como os investimentos públicos em projetos econômicos privilegiariam iniciativas de média ou grande dimensão econômica.⁶⁹ A modificação substancial dos movimentos sociais decorre, nos anos 70 e 80 para os dois anos

⁶⁶ GOHN, Maria Glória. **Os sem-terra, ONGs e cidadania**. São Paulo: Cortez, 1997.

⁶⁷ RICCI, Rudá. Movimentos sociais rurais nos anos 90. **Diálogos Revista Eletrônica de História**, v. 2, n. 1, Oct. del 2001a Enero del 2001. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/439/43920103.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*.

90, da possibilidade formal da participação popular na esfera pública, o que introduz uma mudança qualitativa na medida em que incorpora outros níveis de poder além do Estado.⁷⁰

Considerações finais

Os objetivos deste texto foram os de demonstrar o papel dos movimentos sociais na transição democrática brasileira, ao longo das décadas de 70 e 80, bem como na consolidação da Constituição Federal de 1988 ao longo da década de 90. A finalidade dessa demonstração foi a de servir como ilustração de um dos aspectos que tornaram evidente o quanto os direitos e as transformações sociais são resultado de longos processos de luta e engajamento social, e o quanto estão, constantemente, sob ameaça, caso essa mobilização seja desfeita.

Viu-se que, ao longo da década de 70, houve mobilizações populares importantes, que envolveram um espaço institucional relevante proporcionado pela Igreja católica, a partir do qual se ramificaram vários movimentos à medida que espaços democráticos eram conquistados. Essa participação e o engajamento popular são componentes indispensáveis de uma democracia sadia, e evoluiu lado a lado com uma profícua produção cultural, tanto acadêmica quanto artística.

Foi demonstrado o papel que essas mobilizações desempenharam, quando da constituinte, bem como no que diz respeito aos ideais que impregnaram o texto constitucional. Os movimentos sociais não conquistaram tudo aquilo a que almejavam – o que é natural no jogo democrático –, formal ou materialmente, mas obtiveram sucesso em alçar às normas e aos princípios constitucionais grande número de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais instrumentos e institutos de fomento da participação e iniciativa populares e de controle das instituições democráticas e de eventuais abusos por parte do poder estatal.

Contudo, na década de 90, a sociedade brasileira se viu diante

⁷⁰ JACOBI, *op. cit.*

de uma espécie de paradoxo: enquanto a Constituição promulgada possuía cunho social e dirigente (ampliando de forma significativa, não só os direitos sociais dos cidadãos, mas o necessário papel ativo do Estado na atribuição, operacionalização e garantia desses direitos), o projeto econômico era neoliberal e, como tal, de desmonte do aparato estatal. Esses fatores, aliados a uma parcela relevante, da pressão social, ter se movido de áreas rurais para o ambiente urbanos, arrefeceu muito da participação popular, que poderia ter sido fomentada na nova democracia, e que poderiam ser fundamentais para seu fortalecimento e sua consolidação.

Para compreender a democracia e a cultura jurídico-brasileira atuais, seria importante percorrer o caminho da democracia e da participação popular *versus* os poderes do Estado (e a mencionada lógica “de cima para baixo”, típica da cultura brasileira), a partir dessas mudanças ocasionadas ao longo da década de 90. Esse caminho envolveria, por um lado, o deslocamento da concretização das demandas, relativo a direitos e garantias fundamentais dos Poderes Legislativo e Executivo para a esfera do Judiciário, tendo este último inflado seu papel no jogo democrático, de maneira significativa nas últimas décadas. Por outro lado, surgiram outros movimentos sociais dentro dessa nova arquitetura político-social, aí incluídos os movimentos pela igualdade e justiça social, pela liberdade e igualdade sexual: movimentos feministas e LGBT, e – tendo em vista o referido deslocamento das demandas rurais para o ambiente urbano – relacionados aos direitos relativos ao uso do e acesso ao espaço urbano (incluindo, mas não limitados a questões ecológicas e de meio ambiente urbano, de mobilidade urbana, de moradia nas grandes cidades, e assim por diante). Essas análises não fizeram parte dos objetivos do presente estudo, e serão objeto da continuidade desta pesquisa.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (foi bom pra você também?). *In*: CAMARGO, Maria Margarida Lacombe

(org.). 1988-1998 **uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DOMINGUES, Álif Ronaldo Soares; COELHO, Raul Nicolas Dombek. A desrazão populista: obediência e servidão voluntária nas democracias em crise. *In*: SALGADO, Eneida Desiree (org.). **Direito, retrocesso e resistência**. Curitiba: Íthala, 2019. p. 207-230. Disponível em: http://www.academia.edu/43151095/Livro_Direito_retrocesso_e_resist%C3%Aancia_2020. Acesso em: 11 out. 2020.

DOIMO, Ana Maria. **A vez e a voz do popular**: movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; Anpocs, 1995.

EVERS, T.; MULLER-PLANTENBERG, C.; SPESSART, S. Movimentos de bairro e Estado: lutas na esfera da reprodução na América Latina. *In*: MOISÉS, J. A. (org.). **Cidade, povo e poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984. p. 110-164. (Coleção Cedec/Paz e Terra; v. 5).

FAGUNDES, M. SEABRA. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Pernambuco: Publicação da OAB, 1982.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GADEA, Carlos A. **Acciones colectivas y modernidad global**: el movimiento neozapatista. Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, 2004.

GOHN, Maria Glória. **História dos movimentos e lutas sociais**: a construção da cidadania dos brasileiros. São Paulo: Loyola, 1995.

GOHN, Maria Glória. **Os sem-terra, ONGs e cidadania**. São Paulo: Cortez, 1997.

GOHN, Maria Glória. **Teorias dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

JACOBI, Pedro Roberto. Estado e educação: o desafio de ampliar a cidadania. **Educar em Revista**, Curitiba, n. 31, 2008.

JACOBI, Pedro Roberto. Movimentos sociais, negociação da realidade e modos de modernização na sociedade brasileira. **Revista de Educação Pública**, Cuiabá/MT, v. 16, n. 31, p. 13- 28, maio-ago. 2007.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. Revisando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). **Anuário do PPGD**, São Leopoldo: Unisinos, 2000.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

POCHMANN, Márcio. **A década dos mitos**: o novo modelo econômico e a crise do trabalho no Brasil. São Paulo: Contexto, 2001.

RICCI, Rudá. Movimentos sociais rurais nos anos 90. **Diálogos Revista Electrónica de Historia**, v. 2, n. 1. Oct. del 2001a Enero del 2001. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/439/43920103.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

RODRIGUES, Sílvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, v. 88, p. 239-254, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>. Acesso em: 6 out. 2020.

SCHERER-WARREN, Ilse; KRISCHKE, Paulo (org.) **Uma revolução no cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América Latina. São Paulo: Brasiliense, 1987.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

TOURAINÉ, Alain. **Palavra e sangue**: política e sociedade na América Latina. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Trajetória Cultural; Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1989.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. de Gentil Avelino Tritton. Petrópolis: Vozes, 2006.

3.

A Constituição em defesa da paz: uma investigação sobre o direito fundamental à paz social

Maiquel Grando*

Resumo: O presente artigo almeja colaborar com o desenvolvimento de uma dogmática jurídica promotora da paz social. Para tanto, pretende-se sinalizar a existência de um direito fundamental denominado de Direito Fundamental à Paz Social. Busca-se mostrar que esse direito decorre de uma ampliação do princípio da defesa da paz (art. 4º, VI) e encontra-se implícito no rol de direitos fundamentais constante da Constituição Federal. Tenciona-se, também, a categorizar o Direito Fundamental à Paz Social como um direito de segunda geração, diferenciando-o do Direito à Paz, de terceira geração. Toda pesquisa ficou circunscrita ao Direito Constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Defesa da paz. Paz social. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais.

I Introdução

Percebemos que, no meio jurídico, poucos autores tratam com profundidade sobre a paz social como um direito vital dos cidadãos, ou sobre a pacificação como fins do Estado Democrático de Direito, ou sobre a paz entre os três Poderes, ou, sobretudo, a realização do Direito à Paz. Há carência de uma teoria geral da paz.² Na Constituição Federal está expresso o princípio da defesa da paz (art. 4º, VI, CF/88) que, a nosso ver, é um dos ícones deste tema, posto que se deriva de documentos jurídico-internacionais.

* Bacharelado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. E-mail: mgrand02@ucs.br

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

No entanto, inexistente manifestação do STF sobre tal princípio.³ Logo podemos deduzir que não temos uma dogmática jurídica apropriada, apesar de a paz social ser condição necessária em qualquer sociedade humana.

Em face ao problema supracitado, examinaremos a temática da paz pelo cerne do direito constitucional brasileiro, com a intenção de colaborar com o desenvolvimento de uma linguagem jurídica para a paz social e, ao mesmo tempo, apontar para um direito fundamental de segunda geração, que chamamos de Direito Fundamental à Paz Social. Esse direito fundamental estaria lastreado pelo princípio da defesa da paz (art. 4º, VI da CF/88) e implícito no rol dos direitos fundamentais constante da Constituição.

Buscaremos, primeiramente, expor a paz como um valor na Constituição, bem como discorrer sobre os princípios com a finalidade de ampliar o princípio da defesa da paz (art. 4º, VI da CF/88), demonstrando que serve de lastro axiológico para embasar um direito fundamental implícito, especificamente, o Direito Fundamental à Paz Social. Apresentaremos dois vieses de interpretação para o referido princípio, que denominamos de sentido *imediato* e sentido *mediato*.

No item 3, investigaremos as características históricas, axiológicas e deontológicas dos direitos fundamentais com vistas à paz social. Além disso, trataremos da cláusula de abertura material do rol dos direitos fundamentais e das três gerações (direitos individuais, sociais e de solidariedade) procurando preparar o “terreno jurídico”, em que se encontra implícito o Direito Fundamental à Paz Social.

Procuraremos mostrar, no ponto 4, o Direito Fundamental à Paz Social como um direito social que teria o condão de efetivar outros direitos fundamentais. Para tal desiderato, discorreremos sobre as imbricações daquele com os direitos individuais

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377>. Acesso em: 20 maio 2020. p. 168.

(primeira geração) e de que forma se acoplaria à categoria dos direitos sociais (segunda geração). Por final, procuraremos justificar por que o Direito Fundamental à Paz Social não é um direito de solidariedade (terceira geração) tal qual o Direito à Paz.

O método utilizado neste trabalho é o hipotético-dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e reflexão hermenêutica sobre paz, paz social, direito constitucional, princípios constitucionais e direitos fundamentais.

2 O princípio da defesa da paz: uma ampliação viabilizadora da paz social

Verificamos ser a paz um valor explícito em várias partes da Constituição Federal: no preâmbulo (solução pacífica das controvérsias), nos princípios fundamentais (defesa da paz, solução pacífica dos conflitos), nos direitos e garantias fundamentais (reunião pacífica), no art. 21, inciso II (celebrar a paz), no art. 136 (paz social) e no art. 30 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (justiça de paz). Há também a paz implícita em outras normas constitucionais, uma vez que muitos dos valores positivados não se realizariam sem ela.

Na principiologia fundamental do Texto Maior apontamos para o princípio da defesa da paz (art. 4º, VI da CF) como preceito principal deste estudo, com o intuito de embasar o Direito Fundamental à Paz Social. Este princípio refere-se principalmente às relações internacionais do Brasil com outros Estados soberanos e com o sistema jurídico-internacional. Ele põe o Brasil como Estado atuante em prol da paz universal e perpétua,⁴ em nível mundial. Não somente isso, também obriga ao Estado observar a defesa da paz no ordenamento interno. Sendo que “a paz é um dos

⁴ LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium – Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, n. 3, v. 1, p. 1-16, jan./abr. 2009. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_22.pdf. Acesso em: 21 maio 2020. p. 10.

grandes objetivos da comunidade internacional”,⁵ entendemos que não poderia ser diferente no Brasil, por ter uma Constituição que defende a paz explicitamente por meio de um princípio fundamental e que se instituiu um Estado Democrático de Direito.

A Constituição está no topo do ordenamento jurídico como Lei Maior, de acordo com a hierarquia de Kelsen organizada em forma de pirâmide.⁶ Para Bulos,⁷ a Constituição é um “organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder”. Outrossim é um conjunto de elementos jurídicos constitutivos “da lei fundamental da sociedade”.⁸ É uma estrutura normativa complexa em sua linguagem, seus valores e sua razão de existir, devendo conectar-se às necessidades da população. Consideramos a paz social uma necessidade evidente para toda a coletividade humana e um dos fins da Constituição.

Visando à ampliação do princípio da defesa da paz, de forma a alcançar sustentação para o Direito Fundamental à Paz Social, discorreremos sobre normatividade e interpretação dos princípios constitucionais. Temos que, na contemporaneidade, os conceitos mais acertados sobre princípios são provenientes do pós-positivismo – corrente jusfilosófica que pretende ultrapassar a estrita legalidade do positivismo jurídico, mas sem entrar na metafísica do jusnaturalismo –, “reconhecendo normatividade aos princípios, mesmo os não positivados, e sua aplicabilidade como instrumentos aptos a resolver controvérsias”.⁹

⁵ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Arts. 1º a 5º. In: MACHADO, Costa (org.). **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2018. p. 11.

⁶ DRAGO, Guilherme Dettmer. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2019. p. 19.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 14 maio 2020. p. 100.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 14 maio 2020. p. 100.

⁹ SOUZA, Mônica Medeiros de. **A retórica principialista**: o uso dos princípios jurídicos como fórmula de redundância na prática jurídica. 2015. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa

Os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, sintetizam todos os “valores abrigados no ordenamento jurídico, conferindo unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”.¹⁰ Nesse sentido, Souza cita Barroso,¹¹ para caracterizar os princípios, nesta corrente, como guias de interpretação, capazes de condensar valores, dar unidade ao sistema constitucional e condicionar a atividade interpretativa.

Ademais, com as ideias pós-positivistas, há uma tendência à valorização e eficácia dos princípios granjeando uma unidade de sentido na ordem normativa.¹² Bonavides¹³ assevera que “os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”.

Oliveira¹⁴ discorre em sua dissertação, a partir das ideias de Dworkin, sobre um conceito de princípios como sendo “padrões de conduta” instituídos previamente que fazem parte do “contexto moral e político que atravessa uma determinada comunidade”. Eles não se diferenciam das regras pela simples generalidade e abstração dessas. Há uma diferença *lógica* entre princípios e regras em que, estas são aplicadas à maneira do *tudo-ou-nada*; por sua vez, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância devendo ser pensados “segundo os postulados da equidade e da integridade”. Percebe-se que em Dworkin,

Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/158866>. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 28.

¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

¹¹ BARROSO, 2001 *apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 28.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 294.

¹³ *Ibidem*, p. 295.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e das discricionariedades das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2413>. Acesso em: 19 maio 2020. p. 152.

segundo Oliveira,¹⁵ princípios são norteadores de condutas que possuem revestimento deôntico (dever-ser) pelo ato da interpretação, isto posto, não são espécie do gênero norma (em oposição à teoria que considera os princípios uma espécie do gênero norma jurídica, não considerada neste estudo) e afloram normativamente na prática jurídica (nos casos concretos).

No Dicionário de Hermenêutica¹⁶ os princípios constitucionais, denominados de *problemáticos-pragmáticos*, incorporam forte elemento pragmático caracterizando-os como instituidores do mundo prático no Direito, a saber, “constitutivos da normatividade”. São deontológicos porque “devem refletir um sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante, ainda que passível de exceções”. Enquanto as regras, por serem abstratas e genéricas, tentam antecipar as faticidades sociais, os princípios e sua normatividade (pragmaticidade) direcionam “sentidos que espelham a *comum-uniidade* a que pertencem”, aliás, “são vivenciados (‘faticizados’) por aqueles que participam da comum-uniidade política e determinam a formação de uma sociedade”. Ademais, os princípios transcendem as regras ao serem seus elementos de compreensão.

Encontramos em Oliveira,¹⁷ permanecendo na teoria dworikiana, que norma é interpretação (não significa em abstrato), pois surge com a prática jurídica (pragmática jurídica), isto é, ao se aplicar os princípios (ou as regras) num caso concreto. Verificamos o importante papel dos princípios na realização das normas constitucionais com Vale, que sintetiza da seguinte forma:

¹⁵ *Ibidem*, p. 168-169.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017. Verbete 34. p. 240-244.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e das discricionariedades das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2413>. Acesso em: 19 maio 2020. p. 169.

Uma das características marcantes dos chamados Estados constitucionais (Estados Democráticos de Direito – acrescentamos) traduz-se na presença de princípios constitucionais que juridicizam, em um determinado momento histórico, as exigências morais e éticas mais importantes da comunidade. As constituições contemporâneas, como normas supremas dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados, assumem peculiar estrutura em razão da incorporação de princípios e valores que têm a pretensão de fundamentar e legitimar a ordem jurídica, política e social.¹⁸

Feitas essas observações sobre os princípios, direcionamo-nos ao princípio da defesa da paz. Ele já figurava nas constituições anteriores, contudo, não de forma tão comprometida no apoio internacional à busca da paz planetária, porquanto, hoje, “o inciso VI do art. 4º da Constituição guarda uma relação direta com as normas internacionais que visam a garantir a paz no globo”, bem como a manutenção da paz regional.¹⁹

Assinalamos uma interpretação dual para o princípio da defesa da paz com intenção de explicitar melhor como ampliá-lo e conduzi-lo ao Direito Fundamental à Paz Social. Por um lado, ele prevê a defesa da paz num sentido *imediate*, expressando “proibição de todo e qualquer uso de força armada com o intuito de conquista, ainda que não denominado guerra”. Também, remete a uma responsabilidade positiva do Estado para “tomadas de medidas que pretendam estabelecer ou manter a paz”,²⁰ como,

¹⁸ VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006, 286f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%c3%a9%20Rufino%20do%20Vale.pdf. Acesso em: 4 maio 2020. p. 150.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377>. Acesso em: 20 maio 2020. p. 169-170.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377>. Acesso

por exemplo, “a adoção de medidas econômicas com forças sancionatórias”.²¹ Esse sentido *imediato* do princípio da defesa da paz fica fortemente apegado ao direito internacional e às circunstâncias de conflitos armados. Não pensamos desta forma o Direito Fundamental à Paz Social, no âmbito interno.

A segunda forma de interpretar o princípio da defesa da paz refere-se a um sentido *mediato*, que pode representar uma linguagem principiológica latente para paz social capaz de embasar o Direito Fundamental à Paz Social, um direito fundamental implícito, com âmbito unicamente interno, isto é, preocupado com a paz social dentro do Estado brasileiro. Esse direito fundamental tem a vantagem de ser mais específico que o próprio Direito à Paz, que possui origens e âmbito internacional, além de ser um direito difuso. Essa especificidade do Direito Fundamental à Paz Social, que veicula o valor paz, no sentido *mediato*, tende a fomentar diálogos jurídicos e aproximações entre as comunidades, bem como permitir um “meio pelo qual se assegura a efetiva integração dos membros da comunidade”.²² Esses diálogos jurídicos e a integração dos membros da comunidade têm relação estreita com a efetivação dos direitos fundamentais (direitos humanos), através do valor paz constante, do princípio da defesa da paz. Vejamos:

O valor paz, na ordem constitucional brasileira, deve espalhar significado para fora (âmbito das relações internacionais) e também para dentro (sobretudo na aplicação das leis pelo Poder Judiciário) na ressignificação da atuação do Estado no plano da proteção dos

em: 20 maio 2020. p. 170-171.

²¹ LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium – Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, n. 3, v. 1, p. 1-16, jan./abr. 2009. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_22.pdf. Acesso em: 21 maio 2020. p. 11.

²² FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Arts. 1º a 5º. In: MACHADO, Costa (org.). **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 11. Livro eletrônico.

direitos humanos lato sensu.²³

Ainda no sentido *mediato*, o princípio da defesa da paz deve ser aplicado na ordem jurídico-constitucional tal quais os outros princípios fundamentais de direito interno,²⁴ isto é, desliga-se parcialmente das relações internacionais para produzir efeitos no âmbito “doméstico”. Nessa perspectiva, o aludido princípio manifesta “normas dotadas de eficácia e aplicabilidade, vinculando os poderes estatais internos, ademais de carecerem de uma interpretação integrada com outros princípios e regras constitucionais”.²⁵ Importa dizer que o termo eficácia “designa qualquer efeito de qualquer natureza que uma lei possa ter”.²⁶ Lopes²⁷ assevera que os princípios constantes do art. 4º da CF (relações internacionais), dentre eles o da defesa da paz, “servem de supedâneo à hermenêutica constitucional”, em razão da positivação.

Além de todo o exposto, cabe asseverar que a defesa da paz é preceito democrático, de força normativa, “que condiciona a exegese de inúmeros princípios e preceitos jurídicos, a começar pelo princípio do Estado Democrático de Direito, pois, onde inexistir a paz, a democracia estará, no mínimo, abalada”.²⁸

Portanto, não nos resta dúvida do papel essencial que o princípio da defesa da paz dispõe para que o Direito Fundamental à

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Art. 4º. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 109.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/>. Acesso em: 6 maio 2020. p. 304.

²⁵ MASSAÚ *apud* SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 304-305.

²⁶ ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Trad. de Ivone Castilhos Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Verbete eficácia. p. 643.

²⁷ LOPES, *op. cit.*, p. 15.

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 14 maio 2020. p. 531.

Paz Social possa manifestar-se e alçar uma linguagem jurídico-própria, em busca da realização da paz social, um dos fins da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

3 Uma investigação nos direitos fundamentais com vistas à paz social

Dentre os direitos fundamentais almejamos fazer aflorar um direito social implícito lastreado pelo princípio da defesa da paz: o Direito Fundamental à Paz Social. A evidenciação desse direito, ainda não conceituado ou omitido, pode permitir ao próprio direito constitucional, e sua dogmática jurídica, dar mais um passo em direção a realização de outros direitos fundamentais e, por consequência, fortalecer a realização do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais são históricos (surgem nos processos da evolução social), tendo dois eventos principais: a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, simbolizando a Revolução Francesa encetando o lema: “liberdade, igualdade e fraternidade”, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), internacionalizando “normas que têm por objetivo a proteção dos indivíduos contra o Estado”.²⁹ Entretanto, não aprofundaremos os aludidos documentos jurídicos.

As bases dos direitos fundamentais encontram-se nos princípios em que todos os seres humanos são livres (liberdade), iguais (igualdade) e solidários (fraternidade). Trindade essa que, conforme consta no Dicionário da Cultura Jurídica, inspirou o surgimento de muitos outros direitos fundamentais e forjou a conscientização da razão política instituidora de órgãos e instrumentos jurídicos positivos, capazes de garantir o que esses direitos exigem, ou seja, “todas as exigências às quais a democracia e o Estado de direito tentam atender”.³⁰ Além do mais, os

²⁹ ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Trad. de Ivone Castilhos Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Verbete direitos humanos. p. 573.

³⁰ *Ibidem*, Verbete direitos fundamentais. p. 572.

direitos fundamentais, na Constituição Federal, representam essencialmente uma proteção das minorias contra possíveis violações das maiorias e legitimam os valores da ordem constitucional.³¹ Servindo-nos de Ferajoli, citado por Souza, temos como definição para direitos fundamentais:

São todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer alguma coisa. [...] Os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos.³²

Parafraseando Vale,³³ regularmente os direitos fundamentais são considerados princípios em virtude do lastro axiológico, da elevada posição no ordenamento jurídico e da frequente conflitividade com outras normas, no momento de sua aplicação. Acrescentamos mais uma semelhança, ainda sintetizando o pensamento de Vale,³⁴ a de que os direitos fundamentais possuem uma “dupla face”, são deontológicos e axiológicos, pois o direito positivado (dever-ser) é qualificado pelos valores (bens relevantes) que o fundamentam, dando sentido à proteção normativa.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/>. Acesso em: 6 maio 2020. p. 281.

³² SOUZA, Taiguara Líbano Soares e. Entre o Estado Penal e o Estado Democrático de Direito: a expansão do poder punitivo como ameaça à democracia e aos direitos fundamentais *In*: BELLO, Enzo (org.). **Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012. *E-book*. Disponível em: <http://plataforma.bvirtual.com.br/Acervo/Publicacao/5862>. Acesso em: 8 maio 2020. p. 77.

³³ VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006, 286f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%c3%a9%20Rufino%20do%20Vale.pdf. Acesso em: 4 maio 2020. p. 142.

³⁴ *Ibidem*, p. 182-185.

Continuando com Vale,³⁵ entendemos que as normas provenientes dos direitos fundamentais constituem direitos subjetivos (voltados aos indivíduos) representantes dos valores objetivos (fins a serem perseguidos por toda a sociedade) do sistema jurídico ou, nas palavras do próprio autor: “os direitos fundamentais são a expressão normativa do conjunto de valores básicos de uma sociedade”. Os valores supremo-constitucionais (liberdade, igualdade, segurança, justiça, bem-estar, etc.), embora não tenham força normativa *de per se*, são configurados normativamente pelos direitos fundamentais (e pelas outras normas constitucionais), os quais lhes atribuem força normativa na esfera deontológica.³⁶ O valor paz encontra-se em vários pontos da Constituição; não há dúvida que é um valor básico, como afirma Díez-Picazo citado por Vale:³⁷ a “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais persegue os valores essenciais constituindo “fundamento da ordem política e da paz social”. Não obstante, o valor paz é a axiologia do princípio da defesa da paz, que dá suporte aos direitos fundamentais, como exposto no item 2.

A objetividade dos direitos fundamentais, isto é, seus valores, não constam em rol taxativo, ao contrário, a Carta Magna de 1988, além de enumerar vários direitos fundamentais, deixa uma “abertura material do catálogo”,³⁸ ou abertura para atualização, através do art. 5º, parág. 2º, admitindo haver outros direitos fundamentais que podem decorrer dos princípios positivados ou de tratados internacionais, ou seja, permite o desvelamento de direitos implícitos, que “são normas não escritas”.³⁹

O princípio da defesa da paz já ficou evidenciado anteriormente, inclusive, a sua origem nos tratados internacionais. Portanto, nos confirma ter legitimidade suficiente para ser sustentáculo ao

³⁵ *Ibidem*, p. 186.

³⁶ *Ibidem*, p. 257-258.

³⁷ ÍEZ-PICAZO *apud* VALE, *op. cit.*, p. 188 (grifo nosso).

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/>. Acesso em: 6 maio 2020. p. 331.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. p. 420.

Direito Fundamental à Paz Social, um direito social implícito na ordem jurídico- constitucional que veicula a paz social (face axiológica), com força normativa (face deontológica).

Para mais, Sarlet, Marinoni e Mitidiero são categóricos ao afirmar que, além de direitos individuais, a abertura material “abarca também os direitos políticos”, “os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais”⁴⁰ e, ainda, a abertura material é uma revelação da intenção do legislador em considerar os direitos fundamentais “como uma realidade mais abrangente do que as normas constitucionais que os garantem”.⁴¹

Nessa perspectiva, permanecendo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero, pode-se buscar também um direito fundamental não catalogado (implícito), por meio de extensão de outros direitos fundamentais previstos (positivados):

Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado.⁴²

Hermeneuticamente, conseguimos inferir a paz social como

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/>. Acesso em: 6 maio 2020. p. 331.

⁴¹ VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006, 286f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%c3%a9%20Rufino%20do%20Vale.pdf. Acesso em: 4 maio 2020. p. 28.

⁴² SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 334.

indispensável no rol dos direitos fundamentais pela noção de que, sem ela, muitos dos valores positivados na Constituição não podem ser efetivados, ou seja, na ausência de paz há carência de realização de vários direitos fundamentais. Entendemos que a paz social que investigamos não está expressa nos direitos e nas garantias fundamentais (Título II da CF), mas aparece subentendida junto deles, no momento em que são exercidos com êxito ou exigidos pelos cidadãos, principalmente, no que tange aos direitos individuais e sociais.

Cabe esclarecer que a paz social que investigamos não é somente aquela das situações extremas expressas no art. 136 da CF/88⁴³ (do Estado de Defesa), mas, primordialmente, a paz social no sentido *mediato*, como no princípio da defesa da paz, significando situações mais pontuais, específicas, regionais, que demandem colaboração e diálogos com vistas à realização dos direitos fundamentais, mesmo em tempos de ausência de guerras ou calamidades. Nessa perspectiva é que iremos expor a paz social no item 4, buscando redefini-la e diferenciá-la, mesmo que parcialmente, do Direito à Paz.

É essencial que tratemos ainda das gerações de direitos fundamentais para fazermos a ligação com o próximo item. Então, doutrinariamente, temos a seguinte categorização: 1ª geração – direitos individuais (art. 5º da CF, e outros); 2ª geração – direitos coletivos (art. 6º da CF, e outros); e 3ª geração – direitos difusos (arts. 220 e 225 e outros da CF). Entretanto, são cumulativas (dada sua evolução histórica), são complementares (imbricam-se) e possuem caráter unitário e indivisível, por sua semelhança com os direitos humanos.⁴⁴

A primeira geração trata dos direitos das liberdades individuais (basicamente o art. 5º da CF), que se traduzem em defesas contra o poder do Estado, isto é, são “direitos de resistência ou

⁴³ “[...] decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a **paz social** ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (grifo nosso).

⁴⁴ ARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 319.

de oposição perante o Estado”,⁴⁵ obrigando-o a abster-se. Destacamos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros. Para assegurar aos indivíduos esses direitos por meio do Estado, precisa-se, em geral, do alcance econômico que eles exigem,⁴⁶ sem o qual “seriam sem sentido porque faltariam os meios de exercê-los”.⁴⁷ Nesse ponto percebemos a imbricação dos direitos de primeira com os de segunda geração (sociais), que tratam de prestações positivas para realização das liberdades.

Os direitos sociais, constantes do Capítulo II no Título II da CF/88, referem-se aos de segunda geração, surgidos devido a pressões de movimentos sociais. São “direitos a prestações positivas por parte do Estado, visto como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos”,⁴⁸ especialmente aqueles que não possuem condições financeiras. Justo por isso são também direitos econômicos: dependem de realização de política econômica.⁴⁹ Segundo Silva⁵⁰ “constituem uma forma de tutela pessoal” disciplinando “situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto” que visam possibilitar igualdade de condições sociais, criando “condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. Exemplificando, são tanto os *poderes de exigir* ou *direitos-obrigação*, como os constantes do art. 6º (direitos à segurança social, à saúde, à educação, ao lazer, etc.), quanto os *poderes de fazer* ou *direitos-liberdades*, como os constantes dos arts. 8º ao 9º (direitos fundamentais dos trabalhadores, direito de sindicalizar-se, de greve, etc.), em conformidade à terminologia registrada no Dicionário da Cultura Jurídica.⁵¹

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 578.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. p. 320.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 321.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 346

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 285.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 285.

⁵¹ ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**.

Os direitos de segunda geração, na voz de Bonavides,⁵² “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social”, que surgiram fortemente apegados ao princípio da igualdade (primeira geração) exigindo, então, efetividade, sob pena de tornar ineficaz a gama de direitos fundamentais. Compreendemos o Direito Fundamental à Paz Social compatível com a geração dos direitos sociais e assim iremos arrazoar no item 4.

Os direitos de terceira geração são representados pelo conceito de solidariedade, correspondendo, explicitamente, ao direito ao meio ambiente (art. 225) e ao direito à comunicação social (art. 220). São direitos difusos (titulares indefiníveis), considerados de terceira geração, que foram consagrados nas Declarações de Direitos Internacionais e adotados pela Lei Magna brasileira. Integram direitos explícitos e implícitos como: o Direito à Paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito ao meio ambiente.⁵³

O fato de o Direito à Paz ser difuso o torna muito abrangente, o que dificulta sua compreensão e efetividade, pois “são interesses de grupos menos determinados de pessoas; entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso”.⁵⁴ O Direito Fundamental à Paz Social, como queremos mostrar, não se emoldura nessa geração por possuir titulares, em tese, determináveis: uma região específica do País, uma coletividade ou alguma comunidade circunscrita por uma situação de ruptura da paz social, ou outras diversas situações de lesão a certos direitos

Trad. de Ivone Castilhos Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Verbete direitos sociais. p. 581.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 578.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, [s. l.], v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020. p. 551.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. Dos direitos e garantias fundamentais. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.131. Livro eletrônico.

fundamentais, que atingem um grupo determinável. Desta forma, procuraremos demonstrar no item subsequente que se trata de um direito de segunda geração.

4 O direito fundamental à paz social: um direito de segunda geração

Como já afirmado, não há um cisalhamento entre as gerações de direitos fundamentais, pelo contrário, resumindo a lição de Silva,⁵⁵ a categoria dos direitos fundamentais hoje integra-se num todo harmônico dentro da Constituição “mediante influências recíprocas”, devido à “contaminação” dos direitos individuais pelos sociais, a ponto de lhes quebrar o formalismo e o sentido abstrato, em busca da realização gradativa da igualdade material, o que resulta numa “síntese de autêntica garantia para a democracia”. O Direito Fundamental à Paz Social desdobra-se nos direitos individuais (primeira geração), de modo a permitir que eles se efetivem, e integra-se aos direitos sociais promovendo a paz social, segundo demonstraremos.

Encontramos forte relação do Direito Fundamental à Paz Social com os direitos individuais, principalmente com o direito à vida e com o direito à igualdade. O direito à vida se estabelece no conceito de estar vivo, permanecer vivo, continuar a existir, podendo inclusive lutar por isso. Nas palavras de Silva⁵⁶ “é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”. Relaciona-se com a integridade do corpo e do psicoemocional do indivíduo, com a sua integridade moral, com a sua existência digna, entre outros conceitos que, de alguma forma, constam expressos ou implícitos na Constituição.

A ausência de paz social, provocada por inúmeros conflitos sociais e políticos que podem existir, acaba por lesar ou ameaçar o direito à vida, seja pelo risco de morte, seja pelo viés de não poder viver com dignidade, não tendo acesso aos recursos básicos,

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 183-184.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 197.

para dizer o mínimo. Por exemplo, a guerra do tráfico em uma comunidade necessita de intervenção do Estado para sua resolução, pois tal conflito retira a paz social daquela coletividade, ameaçando ou lesando o bem-estar, a harmonia e a dignidade dos cidadãos.

Quanto à imbricação do Direito Fundamental à Paz Social com o direito à igualdade (primeira geração), é notório que o valor igualdade prepondera nos direitos sociais guardando relações com, por exemplo, o modo e as condições de vida, bem como à democracia.⁵⁷ Na esfera da formalidade, a Lei Maior defende a *igualdade perante a lei* (art. 5º, *caput*), um conceito acanhado que “se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de a lei e sua aplicação tratar a todos igualmente, sem levar em conta as distinções dos grupos”.⁵⁸

Numa acepção menos “positivista” de igualdade, leva-se em conta o reconhecimento de muitas desigualdades naturais, socio-culturais e, até mesmo, aspectos das diferentes personalidades humanas. Assim, igualdade supõe comparações de situações concretas, de puro fato (sexo das pessoas, p. ex.) ou de ponto de vista particular (valores, p. ex.), permitindo apreciação das diferenças/dessemelhanças.⁵⁹

Por isso, ao tratarmos de igualdade material é preciso encontrar outras referências mais abrangentes que a simples formalidade do *caput* do art. 5ª da CF/88. No nosso entendimento, nesse ponto é que a paz social surge como um parâmetro, juntamente com outros, para mensurar a igualdade fática: se dentro de uma comunidade os cidadãos encontram-se convivendo em condições de uma “paz relativa”⁶⁰ (a violência é regulamen-

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. p. 130.

⁵⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁹ ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Trad. de Ivone Castilhos Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. Verbete igualdade. p. 904.

⁶⁰ FERREYRA, Raúl Gustavo. Notas sobre a paz: propósito de um constitucionalismo cidadão. **Revista Estudos Institucionais**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 1045-1073, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v3i2.163>. Acesso em: 4 maio 2020.

tada pelo Direito para fins de pacificar conflitos) ou de uma “paz positiva”⁶¹ (padrão colaborativo entre grupos humanos, em oposição à “paz negativa”, como sendo ausência de guerra declarada), apesar de suas desigualdades (naturais ou socioculturais), e mais, verificado haver harmonia com outros direitos fundamentais, é provável que estejam em situação de igualdade de condições (democracia) e oportunidades (isonomia). Nesse aspecto, o Direito Fundamental à Paz Social é argumento jurídico para fundamentar a violação de direitos individuais e sociais, pois a falta de paz social acusa desigualdades materiais.

Como vimos anotando, o Direito Fundamental à Paz Social está implícito nos direitos fundamentais e pertence à segunda geração porque, em geral, esses direitos tendem a exigir uma prestação estatal, como é o caso da saúde “afirmada como direito de todos e dever do Estado”,⁶² ou como o direito ao lazer que, apesar de ser um direito de *agir* (uma liberdade), a Constituição encara como sendo um dever do Estado.⁶³ O mesmo ocorre com a paz social, pois, ora quebrada, foge ao alcance dos cidadãos comuns restabelecê-la e passam a poder exigí-la. Mesmo que alguns possuam recursos financeiros próprios, condição que resolveria em parte o problema da saúde, numa situação de conflito entre traficantes, para dar um exemplo, exigiriam a intervenção estatal para pacificação. Solucionados os conflitos (efetivação da paz social relativa e/ou positiva), torna-se restabelecido o direito ao lazer.

Outro argumento refere-se ao direito fundamental à segurança (art. 6º, CF/88), pois também exige uma prestação do Estado,

⁶¹ GALTUNG *apud* FITTIPALDI, Adriana Quintas. **Construindo uma cultura de paz**: a abordagem gestáltica como um instrumento. 2007. 123f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de Brasília. Brasília, 2007. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3230/1/2007_AdrianaQuintasFittipaldi.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015. p. 404.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/>. Acesso em: 7 maio 2020. p. 66.

porém com uma perspectiva diferente: a de legislar na esfera penal com responsabilidade e aplicar com efetividade as leis penais, a fim de garantir a segurança social dos indivíduos.⁶⁴ Essa segurança social é também protetora da paz social, mas com ela não se confunde, porque a ausência da paz social não necessariamente provém de crimes ou contravenções, podendo ser causada, por exemplo, por uma epidemia (dengue, febre amarela, etc.) ou uma pandemia (Covid-19), na qual o Estado não esteja tomando as medidas adequadas de prevenção, proteção e orientação, permitindo que grupos populares se comportem inadequadamente nas ruas, resultando em conflitos que rompem a paz social.

Na terceira geração de direitos fundamentais, temos o Direito à Paz como referência. Porém, entendemos ser esse direito ainda muito relativo, tomado até por utópico, seja em nível mundial, seja no regional, pois prende-se em demasia ao conceito de ausência de guerra declarada, guerra armada ou guerra de conquista, aproximando-se do sentido *imediate* que demos ao princípio da defesa da paz no item 2. Bonavides⁶⁵ defende o descerramento do véu que encobre o Direito à Paz, sugerindo que esse direito apareça cada vez mais “nas declarações de direitos, nas cláusulas da Constituição (qual fez o art. 4^a, VI, da Lei Maior de 1988), na didática constitucional”, para que se torne positivado, normatizado, conscientizador da imprescindibilidade na conservação da humanidade. Realizar a paz na sociedade é um verdadeiro desafio jurídico e uma obrigação para o Estado Democrático de Direito. Podemos até sugerir ser o Direito à Paz um gênero e o Direito Fundamental à Paz Social uma espécie, entretanto não dissertamos sobre tal raciocínio.

Compreendemos que, se a comunidade jurídica desenvolver uma teoria robusta sobre o Direito Fundamental à Paz Social, emoldurado nos direitos fundamentais de 2^a geração, como uma

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, [s. l.], v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAECO6-Evolucao.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020. p. 549.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 599.

base para a dogmática jurídica da paz, por ser mais prático e realizável que o Direito à Paz (de âmbito internacional), estaremos assentando uma pedra fundamental da ponte hermenêutica que nos levará a uma possível realização da paz social, através do direito constitucional. Desenvolver uma linguagem capaz de aproximar o Direito à Paz (proveniente de documentos internacionais) da realidade social, fática, é um grande desafio. À vista disso, o desvelamento do Direito Fundamental à Paz Social pode ser um começo, ou um meio, de obter uma hermenêutica jurídica que se daria pelas vias interpretativas dos princípios constitucionais, precipuamente, da defesa da paz (art. 4º, VI da CF), culminando nos direitos fundamentais.

Considerações finais

Conseguimos explicitar sucintamente uma teoria principiológica e verificar a possibilidade de ampliarmos o princípio da defesa da paz (art. 4º, VI da CF), servindo de supedâneo para que o valor paz pudesse se expandir por todo o ordenamento jurídico-constitucional. Pelo seu sentido *mediato*, sugerimos que a defesa da paz não é apenas ausência de guerra, mas principalmente uma possibilidade de linguagem para realização da paz social pelo direito constitucional. O princípio da defesa da paz desprende-se do âmbito internacional e permite normatizar o valor paz no âmbito jurídico-interno.

Com lastro no referido princípio, investigamos os direitos fundamentais e suas características realizadoras dos valores supremos do Texto Maior relacionados com a liberdade, igualdade e fraternidade. Pudemos verificar que a cláusula de abertura material do rol de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º da CF) permite que outros direitos não expressos sejam incluídos a partir de um princípio. Demonstramos, desta forma, como o Direito Fundamental à Paz Social pode ser manifesto coerentemente à axiologia constitucional e assinalamos sua diferença em relação ao Direito à Paz.

Por fim, fixamos o Direito Fundamental à Paz Social na

categoria de direitos sociais, de segunda geração, discorrendo sobre nosso entendimento quanto à forma que se imbrica com a primeira geração e, por que razão, não o consideramos de terceira geração.

Por todo o exposto, podemos afirmar que o Direito Fundamental à Paz Social está implícito na Constituição Federal, e sua índole virtuosa é inegável em relação: à efetivação dos valores presentes no texto constitucional; ao princípio da defesa da paz (art. 4, VI da CF) proveniente de Tratados e Declarações Internacionais e todo seu lastro humanitário; ao catálogo de direitos fundamentais, e a seu dever social de manter e promover a paz, nas e entre as coletividades humanas.

Podemos afirmar também que o Direito Fundamental à Paz Social não é, em regra, uma obrigação negativa do Estado (uma abstenção), tal qual ocorre com as liberdades individuais (primeira geração), mas sim uma obrigação positiva do Estado, tal qual o direito à segurança, à educação e à saúde; ou seja, um direito social (e econômico) pertencente à segunda geração dos direitos fundamentais. O Estado tem o dever de agir para pacificar os conflitos sociais, entretanto, se não o fizer há de se ter meios para os cidadãos provocarem o Poder Judiciário exigindo a manutenção e o restabelecimento do direito subjetivo à paz social, até porque, pela lógica da unidade e integridade dos direitos fundamentais, sempre se encontram outros direitos fundamentais violados, quando a paz social é rompida.

Ademais, o Direito Fundamental à Paz Social, que cavamos na Constituição Federal, pode sim ser um direito capaz de amortizar muitas das mazelas sociais e abrir uma porta para uma dogmática jurídico-pacífica (uma linguagem para a paz), efetivadora de outros direitos fundamentais, favorecendo, inclusive, o próprio Poder Judiciário a alcançar seus propósitos de realização da justiça social.

Referências

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura**

jurídica. Trad. de Ivone Castilhos Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 14 maio 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377>. Acesso em: 20 maio 2020.

DRAGO, Guilherme Dettmer. **Manual de direito constitucional**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2019.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Arts. 1º a 5º. In: MACHADO, Costa (org.). **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri, SP: Manole, 2018. Livro eletrônico. p. 3-53.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/>. Acesso em: 7 maio 2020.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Notas sobre a paz: propósito de um constitucionalismo cidadão. **Revista Estudos Institucionais**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 1045-1073, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v3i2.163>. Acesso em: 4 maio 2020.

FITTIPALDI, Adriana Quintas. **Construindo uma cultura de paz**: a abordagem gestáltica como um instrumento. 2007. 123f.

Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de Brasília. Brasília, 2007. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3230/1/2007_AdrianaQuintasFittipaldi.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium – Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, n. 3, v. 1, p. 1-16, jan./abr. 2009. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_22.pdf. Acesso em: 21 maio 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Art. 4º. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 98-121.

MORAES, Alexandre de. Dos direitos e garantias fundamentais. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 122-134.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e das discricionariedades das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2413>. Acesso em: 19 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/>. Acesso em: 6 maio 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, [s. l.], v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAECO6-Evolucao.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

SOUZA, Mônica Medeiros de. **A Retórica principialista**: o uso dos princípios jurídicos como fórmula de redundância na prática

jurídica. 2015. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares e. Entre o estado penal e o estado democrático de direito: a expansão do poder punitivo como ameaça à democracia e aos direitos fundamentais. *In*: BELLO, Enzo (org.).

Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Acervo/Publicacao/5862>. Acesso em: 8 maio 2020. p. 49-87.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006, 286f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_Andr%c3%a9%20Rufino%20do%20Vale.pdf. Acesso em: 4 maio 2020.

4.

Tripartição dos poderes: a estrutura dos poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro, adotada pela Constituição Federal de 1988

Eduardo Henrique Cortese Magalhães*

Resumo: Neste artigo científico, foi apresentado um estudo sobre a Estrutura dos Poderes do Estado Democrático de Direito, adotada pela Constituição de 1988, através de quatro tópicos: a) estrutura dos poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro; b) estado de direito; c) harmonia e independência dos poderes; d) se os poderes estão trabalhando independente e harmonicamente entre si. O tema foi delimitado para a contemporaneidade do Estado brasileiro, usando como base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Abordamos a área do direito constitucional brasileiro para a produção do artigo científico.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Constituição de 1988. Direito constitucional. Harmonia. Independência.

1 Introdução

O tema deste artigo científico é a Tripartição dos Poderes e foi delimitado para a contemporaneidade do Estado brasileiro, usando como base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entraremos na área do direito constitucional brasileiro para a produção do artigo.

Para a elaboração do trabalho foi formulado um problema com a junção do tema, a contemporaneidade do Estado e a área que seria trabalhada. O problema elaborado para o desenvolvimento do artigo pode assim ser questionado: A estrutura dos poderes, no Estado Democrático de Direito brasileiro, nos

* Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. E-mail: ehcmagalhaes@ucs.br

dias atuais, se encontra em harmonia e independente nas suas respectivas obrigações?

Utilizaremos o método dedutivo para tentar responder ao problema do artigo, trabalhando com obras da área de direito constitucional e doutrinas.

Analisaremos como a estrutura dos poderes, no Estado Democrático de Direito brasileiro auxilia no desenvolvimento do Estado, e se a tripartição dos poderes, como Estrutura de Poder no Estado Democrático de Direito brasileiro, se encontra em concordância com os aspectos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

O Brasil adotou, como sistema de estrutura de poder, a tripartição dos poderes, como estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que os constituintes decidiram que cada um dos Três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário assumiram obrigações distintas, para responderem por si. Duas condições impostas pelos constituintes foram a independência e a harmonia entre os respectivos Poderes.

2 Estrutura dos poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro

A estrutura dos poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro é constituída por três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa nova estrutura surgiu, no final de um período que foi muito conturbado para o País, que tinha recém-saído do regime militar de 1964.

A Constituição de 1988 pôs fim a um longo período conturbado na política brasileira, instituído pela Revolução de 1964, restaurando ao país a democracia.

Historicamente, a reforma constitucional se iniciou entre os anos de 1985 e 1986, com o restabelecimento da eleição direta para a Presidência da República, a aprovação do voto para os analfabetos, a legalização dos partidos políticos, a extinção da

censura prévia e o fim das intervenções nos sindicatos.²

Com esse acontecimento, os congressistas vieram a se reunir para elaborar aquela que seria conhecida como a Carta Magna da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em que estabeleciam os deveres e as obrigações de todos os cidadãos brasileiros.

Entre os vários aspectos registrados na Constituição, um chama a atenção e se encontra no início da Constituição, no art. 20,³ que se refere ao princípio da separação dos poderes. Nele se encontra elencado como cada um dos respectivos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, deve ser um perante aos outros.

Constatamos esta divisão de poderes no Estado Brasileiro por meio do art. 2º da Constituição Federal de 1988 onde se lê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Este sistema foi adotado com o intuito de melhor organizar as funções estatais.⁴

Entre os princípios políticos presentes na elaboração da Constituição brasileira de 1988 destaca-se a Teoria da Separação dos Poderes consagrada pelo pensador francês Montesquieu na obra *O espírito das leis*, em que defendeu a ideia da separação de poderes

² ALVES JÚNIOR, Armando. A teoria da separação dos poderes: princípio consagrado na Constituição brasileira de 1988. **Revista da Escola de Administração Pública do Amapá**, Macapá, v. 1, n. 1, p. 40-45, jan./dez. 2009. p. 41.

³ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e Judiciário. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

⁴ DOURADO, Edvânia A. Nogueira; AUGUSTO, Natália Figueiroa; ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa. Dos três poderes de Montesquieu à atualidade e a interferência do poder executivo no legislativo no âmbito brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 5., 2011, Maringá. **Anais eletrônicos** [...] Maringá: UEM, 2011. p. 2638-2649. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019. p. 2643.

como forma de evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, através do equilíbrio entre os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Para escrever a *Teoria dos três poderes*, Montesquieu se baseou na obra política do filósofo Aristóteles e na obra *Segundo tratado do governo civil*, publicada por John Locke.⁵

Neste parâmetro, os nossos constituintes decidiram adotar para essa nova etapa do País pós-regime militar, a *Teoria da Separação dos Poderes*, visando passar para a sociedade uma mensagem de mudança como forma de organização do Estado brasileiro.

Com base na Constituição inglesa, Montesquieu⁶ observou a existência no Estado de três espécies de poderes: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das pessoas, e o poder executivo que depende do direito civil”. Cada um dos poderes assume uma função específica conforme descrição abaixo:

O Legislativo faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou a-broga as que estão feitas; o Judiciário pune os crimes ou julga as demandas dos particulares; e o Executivo, sendo o restante poder, exercer as demais funções do Estado, a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral.⁷

A legitimidade dos poderes tem extrema importância, para que os três poderes possam atuar nas suas respectivas áreas com certa liberdade, podendo tomar as melhores decisões para as diversas pautas de responsabilidade de cada um dos poderes, atuando de forma correta, como diz a Carta Magna, sem haver a interposição de poderes sobre poderes. Já que eles precisam responder por suas respectivas competências, não sendo responsáveis por matérias externas às suas áreas de atuação.

⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 139.

⁶ MONTESQUIEU, *loc. cit.*

⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, 139.

Ainda, tratando-se do Poder Legislativo, Montesquieu⁸ elenca: “No que tange o poder legislativo entende-se que ele pertence ao povo no seu conjunto, pois isso está de acordo com a ideia de alma livre do homem e de que cada um deve governar-se a si mesmo.”

O Poder Legislativo é o único dos poderes em que os representantes dos estados-membros da Federação são representados por deputados e senadores eleitos, para trabalharem, para representarem seus eleitores e arrecadarem verbas para seus estados e trabalharem para o Estado como um todo.

Entretanto, isso não quer dizer que, independentemente da condição de cada poder, isso não possa ocorrer. No trecho abaixo, Montesquieu aprofunda a distinção tomando como base a relação entre o Poder Executivo e o Legislativo:

O poder executivo, como dissemos, deve participar da legislação pela faculdade de vetar; sem o que breve será despojado de suas prerrogativas. Mas se o poder legislativo também participa da execução, o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca tomasse parte na legislação pela faculdade de estatuir, não haveria mais liberdade. Porém, como é preciso, no entanto, que tome parte na legislação para defender-se, é preciso que o faça pela faculdade de vetar.⁹

Na fala de Montesquieu,¹⁰ sobre o Poder Executivo, ele destaca que a função a ser desempenhada pelo respectivo poder é a de participar da legislação através da sua capacidade de contrapor o que está sendo despojado de suas prerrogativas. O Poder **Legislativo, atuando** na área do Executivo é um erro de competência, que pode prejudicar o trabalho dos dois poderes.

Montesquieu explana sobre a participação do Executivo no Legislativo:

⁸ *Ibidem*, p. 204.

⁹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁰ MONTESQUIEU, *loc. cit.*

O poder executivo participa do legislativo com sua faculdade de impedir apenas, pois se tivesse a faculdade de decidir a liberdade estaria acabada. A faculdade de impedir nada mais é do que uma maneira de se defender. Dessa forma, “não é nem mesmo necessário que proponha, porque, podendo sempre desaprova as resoluções, pode rejeitar as decisões das propostas que não gostaria que tivessem sido feitas”.¹¹

Portanto, para Montesquieu¹² era preciso assegurar não a independência entre os poderes, mas a liberdade entre eles, permitindo que um poder desafiasse outro, atuando como instâncias moderadoras, impedindo abusos, principalmente por parte do Executivo. Porém, para que isso ocorresse, era “preciso que a instância moderadora (isto é, a instituição que proporcionará os famosos freios e contrapesos da teoria liberal da separação dos poderes) encontrasse sua força política em outra base social”.¹³ Neste caso, a outra base social, à qual Montesquieu se referia era a “burguesia”. Para Albuquerque:

[...] a estabilidade do regime ideal está em que a correlação entre as forças reais da sociedade possa se expressar também nas instituições políticas. Isto é, seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderar o poder das demais. Tomando como base que a moderação dos poderes decorreria da legitimidade das forças sociais dentro das instituições políticas se afirmar que a teoria de Montesquieu antecipa a base política dos governos democráticos dos Estados atuais, demonstrando a sua contemporaneidade.¹⁴

¹¹ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 209.

¹² MONTESQUIEU, *loc. cit.*

¹³ ALBUQUERQUE, 2006 *apud* ALVES JÚNIOR, Armando. A teoria da separação dos poderes: princípio consagrado na Constituição Brasileira de 1988. **Revista da Escola de Administração Pública do Amapá**, Macapá, v. 1, n. 1, p. 40-45, jan./dez. 2009. p. 42.

¹⁴ ALBUQUERQUE, 2006 *apud* ALVES JÚNIOR, *loc. cit.*

Para Albuquerque¹⁵ a estabilidade do regime ideal está na ligação entre as forças que a sociedade apresenta nas instituições políticas, já que os cidadãos precisam escolher aqueles que os representarão, para tomarem as principais decisões do País.

O terceiro poder dessa estrutura é o Poder Judiciário, responsável por observar se a sociedade, como um todo, está respeitando as devidas normas estabelecidas em lei. E responde à sociedade a respeito de matérias que são de repercussão nacional sobre sua constitucionalidade, se ela está de acordo com o ordenamento jurídico do Estado.

A concepção do Poder Judiciário como um dos três poderes resultou na consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos. De um lado a soberania nacional e a divisão dos poderes; de outro, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito.¹⁶

Essa concepção veio para organizar o Estado na parte política, em que era necessário ter uma estrutura onde conseguissem trabalhar de forma a beneficiarem o Estado para o seu melhor desenvolvimento.

Pelo fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ter adotado o sistema da Tripartição dos Poderes, foi a forma encontrada pelos constituintes para que cada um dos Três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, ficasse responsável por uma atividade específica, com a finalidade de passar para o Estado Democrático de Direito brasileiro uma mensagem de mudança da forma de governo, tentando amenizar a forma de governo que havia recém-terminado, que era o regime militar de 1964.

¹⁵ ALBUQUERQUE, 2006 *apud* ALVES JÚNIOR, loc. cit.

¹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, maio 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 8 jul. 2019. p. 14.

3 Estado de Direito

O Estado de Direito é uma situação jurídica ou um sistema institucional em que todos (do cidadão mais simples até o Poder Público) são submetidos ao domínio do direito. O Estado de Direito assim é ligado ao respeito, às normas e aos direitos fundamentais.

Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização política do Estado cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. “Estado de não direito será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.”¹⁷

O Estado só consegue se desenvolver, com a ação de uma organização política do Estado em que o direito é o “intermediador”. Ele que vai impor as devidas regras para que não haja um abuso de poder ou a falta do poder, para conseguir manter um equilíbrio e que se tenha um bom desenvolvimento do Estado.

A evolução social na direção da modernidade está estreitamente vinculada à construção do Estado de Direito. E, mais recentemente, tanto na sociologia jurídica, na teoria do direito, quanto na filosofia jurídica e social, vem se destacando a concepção de que o Estado de Direito como “procedimento” é indissociável da autonomia do sistema jurídico. Entretanto, essa relação tem sido lida, a partir de diversos pressupostos teóricos. É assim que a questão da autonomia do direito é tratada com relevância tanto na perspectiva sistêmico-funcional de Niklas Luhmann quanto na teoria do discurso de Jürgen Habermas.¹⁸

Por fim, cabe observar que os procedimentos do Estado do Direito não servem geralmente à construção do consenso

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 4.

¹⁸ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64451996000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 26 out. 2019. p. 93.

jurídico-político em torno de valores e interesses. É o consenso em relação àqueles que possibilitam a convivência do dissenso político e jurídico sobre estes no Estado Democrático de Direito. Isso porque é no âmbito deste que se constrói um espaço público de legalidade, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação de conteúdo da ordem jurídico-político, desde que respeitadas e mantidas as “regras” procedimentais “do jogo”. Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado Democrático de Direito viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercom-plexa contemporânea.¹⁹

O Estado de Direito, se abre para que todos os indivíduos, independentemente de classe social, possam participar ativamente do meio político, em que se encontra inserido, pois ele precisa conhecer e saber como funciona esse meio, para poder se colocar a par das pautas relevantes de seus interesses.

Miranda²⁰ classificou os princípios constitucionais da seguinte forma: (1) princípios constitucionais substantivos, que abarcariam tanto princípios axiológicos fundamentais, quanto princípios político-constitucionais; e (2) princípios constitucionais adjetivos ou instrumentais.

O Estado de Direito (espaço da forma que o humano tem de agir na sua coletividade), o agraciado na razão teórica (esfera filosófica e científica), operando por uma razão técnica (aspecto instrumental de concreção), para efetivar o indispensável à promoção do bem-comum.

No campo dos princípios axiológicos do Estado de Direito, estamos tratando dos valores supremos da ordem político-constitucional: esfera que trata do consenso da sociedade política, não, havendo, portanto, diferença substancial entre os sistemas de direito nesta esfera.

¹⁹ *Ibidem*, p. 95-96.

²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 229-230. t. II.

Os princípios axiológicos do Estado de Direito, que estamos tratando nos valores supremos da ordem político-constitucional: esfera que trata do consenso da sociedade política não havendo, portanto, diferença substancial entre os sistemas de direito nesta esfera.

Esta é a tese de Caenegem e Souza Junior:²¹ “tentar mostrar que é imprescindível ao Estado de Direito uma análise da história política, das raízes sociais, bem como das instituições que fazem e operam o Direito”.

A história da política anda diretamente próxima ao Estado de Direito, levando em consideração que o Estado e a política são dois fatores que têm que existir para o melhor desenvolvimento do Estado de Direito.

4 Harmonia e independência dos poderes

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou como um dos seus princípios fundamentais a regra art. 2º:²² “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo o Executivo e o Judiciário”. Independência e harmonia são palavras-chave acolhidas na Carta Magna, com base na teoria da tripartição dos poderes, construída por Montesquieu.

No entanto, precisamos analisar mais de perto essa independência e harmonia, pois as aparências das coisas enganam, assim como as palavras nem sempre apontam para a realidade das coisas.

²¹ CAENEKEN, 1996, p. 84, 88-89; SOUZA JUNIOR, 2002, p. 100 *apud* REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, p. 01-11, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>. Acesso em: 26 out. 2019. p. 3.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

De acordo com Chalita,²³ o poder pode ser entendido como a “capacidade de impor a própria vontade numa relação social”; para Caetano,²⁴ como “a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”.

A política é um “jogo” extrema importância para um Estado Democrático de Direito, ele é regulamentado, para que não haja interferências de um poder no outro, e eles consigam desenvolver da melhor forma possível os seus respectivos trabalhos.

Temos que deixar claro que o poder estatal (político) não se confunde com as funções estatais, conforme traz Cunha Júnior:

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, houveram-se concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e indivisível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.²⁵

²³ CHALITA, Gabriel. **O Poder**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

²⁴ CAETANO, 1996 *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 514.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação dos poderes está previsto no art. 2º da Constituição Federal e consagram-se: a separação dos Poderes na independência e harmonia entre os órgãos do Poder Político, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na ausência de qualquer relação de subordinação ou dependência, no que se refere ao exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, no estabelecimento de um mecanismo de controle mútuo entre os aludidos três poderes (a já referida fórmula do *Checks and Balances*).²⁶

O *Checks and Balances* (freios e contrapesos) é um sistema que consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos poderes (Executivo Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais.

Enfim, o princípio dos poderes harmônicos e independentes deu origem ao conhecido sistema de “freios e contrapesos”, pelo qual os atos gerais praticados exclusivamente pelo Poder Legislativo, consistentes na emissão de regras gerais e abstratas, limita o Poder Executivo, que só pode agir mediante atos especiais, decorrentes da norma geral. Para impedir o abuso de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação do controle da constitucionalidade das leis, da decisão dos conflitos intersubjetivos e da função garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário.²⁷

Com isso, podemos dizer que a separação dos poderes e o *Checks and Balances* se correlacionam e com isso são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, com a limitação dos poderes, mas garantida a plena liberdade política dos cidadãos e

Salvador: Juspodivm, 2010. p. 515.

²⁶ *Checks and Balances* (freios e contrapesos) (tradução nossa).

²⁷ BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antônio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (*Checks and Balances System*). 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/>. Acesso em: 7 ago. 2019.

dos direitos das minorias. Para um melhor entendimento, sobre o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, utilizaremos alguns exemplos:

O Poder Legislativo edita uma lei, surge o Poder Judiciário declarando tal lei inconstitucional, como o art. 102, I, alínea a,²⁸ da Constituição.

A escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal é realizada pelo Presidente da República, com a aprovação da maioria absoluta do Senado Federal:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.²⁹

O sistema de freios e contrapesos é entendido como o complemento natural e, ao mesmo tempo, garantidor da separação de poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.

²⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

Da expressão *Checks and Balances*, significa o sistema em que os Poderes do Estado mutuamente se controlam, como, por exemplo, o Legislativo julga o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade; o presidente da República tem o poder de veto aos projetos de lei, e o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes, em casos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.³⁰

Como já foi destacado anteriormente, podemos perceber que tanto o *Checks and Balances* (freios e contrapesos) como o princípio tripartite (princípio da separação dos poderes) estão interligados.

5 Se os poderes estão trabalhando independente e harmônicamente entre si

Para iniciar a última parte do artigo, apresentaremos para os leitores o art. 20 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Traremos dois aspectos: a) analisar os três poderes; b) analisar como que os três poderes devem trabalhar.

É importante destacar a presença de duas palavras, que aparecem no trecho retirado a seguir do artigo: independentes e harmônicos entre si, e não é por coincidência, que também aparece no subtítulo deste tópico.

A partir de agora, iremos verificar se as Estruturas dos Poderes do Estado Democrático de Direito, adotada pela Constituição de 1988, está seguindo exatamente o que diz a Carta Magna.

Já que uma parte da estrutura teve participação direta na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que foi o Poder Legislativo, em atividade conjunta entre Câmara dos Deputados e Senado Federal (quando as duas Casas se juntam, temos o que chamamos de Congresso Nacional).

³⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. Freios e contrapesos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/glossario/8040-freios-e-contrapesos>. Acesso em: 8 ago. 2019.

Os congressistas que participaram da elaboração da Constituição foram os responsáveis por definir a forma como cada um dos poderes deveria trabalhar perante o outro, sem interferências entre eles, cada um dos poderes cuidando de suas respectivas competências.

Como elucida Moraes, na obra “Direito Constitucional”:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consistem em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.³¹

Como podemos perceber na citação acima do ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, está bem claro como os três poderes têm que trabalhar sem a necessidade de interferência entre eles.

Na teoria, o texto constitucional é de fácil compreensão e conseguimos interpretar com clareza o que os congressistas querem passar para os leitores da Carta Magna.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385.

Já na prática não conseguimos perceber, com tal clareza que o art. 2º não está sendo cumprido de forma correta, a começar pelo próprio Poder Legislativo, em que, com a participação de seus representantes que participaram da elaboração da Constituição, eles próprios não conseguem respeitar o que eles elaboraram para ser a regra constitucional.

Como elenca Barroso,³² no artigo, sobre a efetividade das normas constitucionais revisitadas: “Todas as regras destinadas a reger comportamentos sociais – vale dizer: a grande maioria das normas jurídicas – possuem uma estrutura dúplice, assim fotografável: preveem um fato ao qual atribuem uma consequências jurídica”.

Como podemos notar na citação do professor Barroso,³³ a maioria das normas jurídicas possuem duas estruturas, em que, dependendo do seu respectivo ato, vai ter consequência no ato praticado, e o efeito vai ser jurídico.

Os senadores e os deputados em conjunto concluíram o que seria lei, referente à forma de trabalho das instituições da estrutura dos poderes. O não cumprimento daquilo que dispõe a Constituição Federal, vai gerar uma consequência jurídica, por não ser respeitado o que foi normatizado.

Hoje em dia, observamos frequentemente um conflito entre os poderes, pois cada um quer aparecer mais do que o outro e, com isso, não conseguem exercer suas funções corretamente, da forma que deveria ser, conforme o que estabelece o art. 2º da Constituição.

A Estrutura dos Poderes, adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, foi a forma encontrada para tentar organizar o Estado e tentar fazer com que se desenvolvesse da melhor forma possível.

Quando se diz que os poderes são independentes, é o mesmo que dizer que funcionam sem interferência externa. Se os poderes

³² BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46330/46902>. Acesso em: 10 out. 2019. p. 38.

³³ BARROSO, *loc. cit.*

forem de fato independentes, o Judiciário não atuará de acordo com os interesses políticos do Poder Executivo do mesmo modo que o Poder Legislativo jamais atuará com pressão do Poder Judiciário.

E, quando se diz que os poderes são harmônicos, se quer dizer que muito embora funcionem sem interferência externa e não se submetendo à pressão, funcionam sempre em defesa da democracia e do desenvolvimento do País. Nesse sentido, os poderes deveriam ser independentes e trabalhar “em conjunto, o que não parece acontecer em muitos casos.

Benvindo elenca em seu artigo “A última palavra, o poder e a história O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”:

Há uma pressuposição generalizada de que as instituições brasileiras, como se observa em importantes democracias do mundo, devem se guiar pela máxima de que existe uma harmonia entre os Poderes e não pode haver um verdadeiro embate entre eles, sob risco de se colocarem em xeque os progressos até então alcançados desde o fim da ditadura de 64. Está escrito em nossa Constituição: “São Poderes da União, independentes harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Art. 2º). Assim, acredita-se, de antemão, que os Poderes serão mutuamente controlados e controladores [...].³⁴

Na citação do professor é mencionado que as três instituições que juntas fazem parte da Estrutura dos Poderes devem se guiar pela máxima da harmonia entre os poderes.

E, quando se menciona que os três poderes precisam trabalhar em harmonia, é citado o Benvindo, que, em seu artigo “A ‘última palavra’, o poder e a história, o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”:

³⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf. Acesso em: 13 out. 2019. p. 72.

[...] Harmonia, portanto, é a palavra que ressoa como um eco naturalizado, necessário, evidente. É esse o termo, afinal, que se aprende nas faculdades de Direito, que se explora nos meandros da política e que estabelece uma aura de tranquilidade necessária no tão complexo terreno das relações entre as distintas esferas de poder [...].³⁵

Na citação do professor, ele se refere à palavra harmonia, como sendo um som para acalmar e tranquilizar esse complexo terreno das relações entre as distintas esferas dos Poderes.

[...] A competição – e não exatamente a harmonia – parece ser um recado que Madison (2003) já lançava como condição relevante para o denominado “*checks and balances*”. Aliás, a separação dos Poderes serviria como uma canalização da competição política – repito: competição política – em um sistema mais organizado, controlável e seguro de difusão de poderes [...].³⁶

Os três poderes parecem competir para mostrar ao Estado Democrático de Direito que não conseguem respeitar, o que foi normatizado constitucionalmente em nossa Constituição.

5 Conclusão

Com este artigo, conhecemos a nossa Estrutura dos Poderes, no Estado Democrático de Direito, adotada pela Constituição de 1988 e como funciona.

Com isso estudamos um tema que é de extrema relevância para um Estado Democrático de Direito como é o Estado brasileiro, com a finalidade de conhecer as instituições que integram a Estrutura dos Poderes.

A problemática que serviu para direcionar o artigo foi: “A

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, p. 72-73 (grifo do autor).

estrutura dos Poderes do Estado Democrático de Direito brasileira, adotada pela Constituição de 1988 nos dias atuais, se encontra em harmonia e independente, nas suas respectivas obrigações?”

Depois de várias pesquisas, em obras da área de direito constitucional; em doutrinas, *sites* institucionais, artigos acadêmicos e científicos, foi realizado o estudo sobre a temática para responder, de alguma forma, o problema principal que norteou este artigo.

O que temos como um início de resposta é que os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, instituições da Estrutura dos Poderes do Estado Democrático de Direito, adotada pela Constituição de 1988, atualmente não estão conseguindo desenvolver, na prática, o que a teoria pede, de acordo com o art. 2º da Carta Magna.

A estrutura dos poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro, adotada pela Constituição de 1988 nos dias atuais, inicialmente não se encontra em harmonia e independente nas suas respectivas obrigações, mas, até o que foi apresentado anteriormente, temos como respostas, que, aparentemente, um poder quer aparecer mais do que o outro, e toda a norma constitucional, que foi registrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está sendo desrespeitada.

A Doutrina da Separação dos Poderes existe para que haja controle de um poder sobre o outro, a fim de que a ordem constitucional seja alcançada em sua plenitude. Já dizia Montesquieu:³⁷ “[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

Ante as limitações do presente artigo, não conseguimos obter respostas para afirmar sobre o problema e, como o tema, por si só, é complexo, existe certo nível de dificuldade e seria muita ousadia querer concluir com convicção, para responder tanto para confirmar a problemática como para negar.

³⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 139.

A melhor forma de responder à problemática, que serviu para a elaboração do artigo, seja para contrariar a pergunta-problema ou para responder à temática, tem que esclarecer que o resultado final desta pesquisa não é conclusivo por inteiro. É preciso um estudo mais aprofundado, para tentar responder, da melhor forma possível, o problema inicial.

Referências

ALVES JÚNIOR, Armando. A teoria da separação dos poderes: princípio consagrado na Constituição brasileira de 1988? **Revista da Escola de Administração Pública do Amapá**, Macapá, v. 1, n. 1, p. 40-45, jan./dez. 2009.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos** (*Checks and Balances System*). 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46330/46902>. Acesso em: 10 out. 2019.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

- CHALITA, Gabriel. **O Poder**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. Freios e contrapesos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/glossario/8040-freios-e-contrapesos>. Acesso em: 8 ago. 2019.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DOURADO, Edvânia A. Nogueira; AUGUSTO, Natália Figueiroa; ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa. Dos três poderes de Montesquieu à atualidade e a interferência do poder executivo no legislativo no âmbito brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 5., 2011, Maringá. **Anais eletrônicos** [...] Maringá: UEM, 2011. p. 2638-2649. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 12-21, maio 1994. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 8 jul. 2019.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. t. II.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=So102-64451996000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 26 out. 2019.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, p. 1-11, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>. Acesso em: 26 out. 2019.

5.

Formas alternativas à solução de conflitos como resposta à judicialização da vida

Carla Simone Beuter*

Melissa Demari**

Resumo: As sociedades contemporâneas têm experimentado uma expansão do papel do Poder Judiciário na regulação das relações sociais. Tal expansão decorre, em parte, de uma percepção segundo a qual os Poderes Executivo e Legislativo falharam na vocação de atender aos direitos sociais. De outro lado, no Brasil, especificamente, o texto constitucional de 1988 não apenas assegurou o direito ao amplo acesso ao Poder Judiciário, como também instrumentalizou o exercício de tal direito, com medidas como a criação das defensorias públicas, dos Juizados Especiais, a garantia da gratuidade judiciária, dentre outros. Contudo, tal ampliação – que muitos interpretam positivamente enquanto mecanismo de ampliação da própria noção individual de cidadania –, acabou gerando um quadro denominado de “judicialização da vida” assim entendido como um movimento que canalizou para o Judiciário questões antes restritas à seara da vida privada do indivíduo. Além disso, referido abarrotamento acarreta uma morosidade extrema do Poder Judiciário, o que compromete o propósito inicial do movimento, qual seja, a garantia do amplo acesso ao Poder Judiciário, afinal, justiça excessivamente lenta foge à própria noção de justiça. Destarte, com o propósito de manter o amplo acesso ao Judiciário, sem sacrificar a própria funcionalidade do Poder, o Estado brasileiro, em especial através do CNJ e de outras iniciativas legais, vem fomentando a prática de Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASC), tais

* Mestra em Direito pela UCS (Universidade de Caxias do Sul). Especialista em Direito Civil pela Unisinos (Universidade de Caxias do Sul). Professora na Universidade de Caxias do Sul (UCS). *E-mail:* csbeuter@ucs.br.

** Doutora em Ciências Sociais pela Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos). Mestra em Direito pela Unisinos. Professora na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. *E-mail:* mdemari3@ucs.br.

como mediação e conciliação. Os MASC resgatam a própria noção de cidadania quando, ao conduzirem o indivíduo ao protagonismo de sua vida, lhe devolvem a noção de cidadania.

Palavras-chave: Formas alternativas de solução de conflitos. Judicialização.

1 Formas alternativas de resolução de conflitos como resposta à judicialização da vida

Considerando que o presente artigo tem o propósito de analisar os meios alternativos de solução de conflito, como forma de enfrentamento à judicialização, é essencial que se apresente, inicialmente, um panorama acerca dos efeitos da judicialização na sociedade brasileira e na própria efetividade da prestação jurisdicional.

1.1 Judicialização no contexto das democracias contemporâneas

O termo “judicialização” tem sido usado para designar a expansão do recurso ao Poder Judiciário para a resolução de temas e dilemas cotidianos, tanto nas relações sujeito/Estado, quanto nas relações interpessoais. Quando falamos em judicialização, falamos num fenômeno contemporâneo experimentado em muitas democracias modernas, como também no Brasil.

Com efeito, há, nas democracias modernas, um aumento significativo da atuação do Estado na vida em sociedade.

Enquanto nas Constituições anteriores havia uma preocupação específica em conter o papel do Estado, assegurando as liberdades e limitando o poder dos governantes, na atualidade se observa que as Constituições passaram a ser instrumentos de realização de justiça social e promoção de igualdade, o que se observa principalmente através da incorporação dos direitos sociais a estes textos.

Neste contexto, o limite entre a política e o direito fica mais tênue, e o Poder Judiciário naturalmente passou a ocupar uma

expressão maior não só no cenário político, mas também na vida em sociedade.³

Segundo Sadek:

No caso brasileiro, a Constituição de 1988, seguindo estas tendências, redefiniu profundamente o papel do Judiciário no que diz respeito à sua posição e à sua identidade na organização tripartite de poderes e, conseqüentemente, ampliou o seu papel político. Sua margem de atuação foi ainda alargada com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, em uma medida que não guarda proporção com textos legais anteriores. Dessa forma, a Constituição de 1988 pode ser vista como um ponto de inflexão, representando uma mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, alçando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um papel de protagonista de primeira grandeza.⁴

Outros são os autores para os quais o Poder Judiciário tem encenado uma ampliação do seu papel social na atualidade.⁵

Neste sentido, Garapon aponta que

a existência de uma nova concepção de Estado, onde a justiça é compelida a proporcionar materialmente e não apenas formalmente a igualdade de direitos, sugerindo que, se no século XIX, da ordem liberal, houvera uma preponderância do legislativo, e no século XX, sob a égide da providência, foi a vez do executivo, o século XXI caminha para ser o da supremacia do judiciário.⁶

³ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-80, 2004.

⁴ *Ibidem*, p. 81,

⁵ Neste sentido, dentre outros: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no país**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

⁶ GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 227-228.

No mesmo sentido, Santos refere que, na época em que o liberalismo predominava como modelo de Estado dominante (até a crise de 1929), o Poder Judiciário era subsidiário, em relação aos demais Poderes, de caráter reativo, basicamente neutro e socialmente irrelevante.⁷ Tal situação, contudo, foi se alterando com o advento do Estado do bem-estar social.

Dentre os fatores que contribuíram para o protagonismo político e social do Poder Judiciário contemporâneo, Sorj aponta a relevância e a acessibilidade das Cortes Constitucionais contemporâneas – que analisam e revisam políticas legislativas e executivas – a juventude e a independência dos juizes, o excesso de trabalho destes em condições não ideais (que agrega um ativismo de caráter político-ideológico e sindical à categoria), a dessacralização do Estado e da sociedade, que importou no deslocamento dos debates e conflitos sociais para a seara dos direitos, competindo, destarte, ao Judiciário interceder nas questões antes restritas à seara político-ideológica.

Nesse cenário de crescente negativa da capacidade dos poderes representativos (Executivo e Legislativo) responderem às expectativas sociais, crescentemente a sociedade voltou-se ao Poder Judiciário como alternativa para resolver conflitos e apresentar soluções às questões e demandas sociais. Tal circunstância, contudo, segundo aponta Sorj, teria o aspecto negativo de agravar a arbitrariedade das decisões judiciais, sendo que este processo ocorre em detrimento dos outros dois poderes e da própria essência do Poder Judiciário, que, presumidamente neutro e formal, teria o dever de zelar pela aplicação das leis.

Haveria, ainda segundo o autor, um teor antidemocrático neste processo de saliência do Poder Judiciário, na medida em que ele pode eventualmente privilegiar minorias em detrimento da maioria, ou mesmo porque através dele há uma concentração da atribuição do poder de transformação social num único poder, em detrimento dos poderes representativos (Legislativo e Executivo).⁸

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 30, p. 29-35, fev. 1996.

⁸ SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar,

É estranho, contudo, observar que a crescente relevância do Poder Judiciário no cenário estatal ocorreu em meio a uma situação paradoxal. Ocorre que o Poder Político na sociedade se pulverizou, um pouco em razão da mobilização da sociedade civil, que encontrou nas organizações não governamentais e nas associações civis múltiplas legitimidades, e outro tanto em face da retração do Estado social. Houve assim, de certa forma, segundo Garapon, uma retração do Estado.⁹ Não obstante, no tocante à atuação do Poder Judiciário, especificamente, o que se observou não foi uma retração, mas sim uma ampliação da sua atuação, que é sempre provocada.

No Brasil, a expansão do papel atribuído ao Poder Judiciário também é observada. O Conselho Nacional de Justiça – órgão criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e em funcionamento desde junho de 2005, para exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário – apresenta relatórios anuais concernentes aos números associados à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Os relatórios em questão evidenciam o aumento efetivo da litigiosidade no País, a partir do indicador denominado Litigiosidade e Carga de Trabalho, no qual é aferido o número de novos processos ajuizados ao ano, para cada 100.000 habitantes. Segundo o último relatório anual publicado, no ano de 2018, para cada grupo de 100.000 habitantes houve um ajuizamento de 11.796 novas ações.¹⁰

O aumento da litigiosidade vem sendo acompanhado do aparelhamento do Poder Judiciário (aumento do número de juízes e servidores, investimento de recursos financeiros, materiais e estruturais, etc.). Ainda assim, referido aparelhamento não é suficiente para acompanhar o aumento da litigiosidade, na medida em que o número de processos novos para cada 100.000 habitantes continua aumentando.

No Brasil, o fenômeno pode ser explicado a partir de vários

2000. p. 108-118.

⁹ GARAPON, Antonie. O juiz e a democracia. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: **Revam**, 2001. p. 232.

¹⁰ Disponível em; jun.https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

vetores, os quais têm como marco a Constituição de 1988. Referido texto normativo consagrou o amplo acesso ao Poder Judiciário como direito fundamental, e, além disso, instrumentalizou referido direito. Com efeito, a bem de assegurar o direito ao amplo acesso ao Judiciário, foram instituídas as Defensorias Públicas. Paralelamente, o largo alcance conferido à lei da gratuidade judiciária¹¹ assegura aos declaradamente pobres que estes possam litigar em juízo, sem o pagamento das custas e demais despesas processuais. Temos, assim, um quadro inicial e de caráter objetivo diante do qual as pessoas economicamente vulneráveis poderão acessar o Judiciário (1) sem a necessidade de pagar advogado e (2) sem a necessidade de dispender valores econômicos relativos a custas e eventual sucumbência (tal como honorários advocatícios sucumbenciais).

Além disso, não podemos ignorar o fato de que, também a partir da promulgação da Constituição de 1988, os cidadãos brasileiros passaram a assimilar, paulatinamente, a ideia de cidadania, que tem como corolário a percepção de que são sujeitos de direitos e como tal, podem demandar aos seus pares e também ao Estado (a referência às demandas propostas contra o Estado como forma de assegurar a realização de direitos, em especial os sociais, é especialmente relevante se considerarmos os números e os dados referentes aos processos em trâmite no Brasil, pelos quais o CNJ nos mostra que a União, os estados, o DF e os municípios são significativamente demandados pelos cidadãos).

A tomada de consciência de direitos vem, portanto, numa onda de cidadania, que encontrou, no próprio momento histórico que vivemos, um terreno propício. Referimo-nos aqui à difusão e ao acesso à informação que são produto da fomentação do ciberespaço.

O outro fato a ser considerado, quando da reflexão das circunstâncias que nos trouxeram ao atual estágio de judicialização da vida, é a própria democratização do acesso ao Ensino Superior. A partir de meados do ano 2000, o Ensino Superior

¹¹ A Lei n.1.050/60 assegura àqueles que se declaram pobres, nos termos legais a gratuidade judiciária, a dispensa do pagamento de custas e demais despesas processuais.

experimentou uma expansão que possibilitou a formação de profissionais de inúmeras áreas, dentre os quais, advogados, que, no Brasil de hoje, somam mais de 1.900.000 profissionais.¹² Desta forma, os serviços advocatícios, que há alguns anos eram caros e inacessíveis para muitos brasileiros, passaram a ser acessíveis a uma camada mais ampla da população.

1.2 O custo da judicialização

Ao falarmos sobre litigiosidade e judicialização, é imperioso pensarmos também a partir da perspectiva do custo social do processo, mas também do custo financeiro da tramitação do mesmo. Sem cogitar no fato de que a grande litigiosidade e a demora processual impactam, indiretamente, em questões macroeconômicas, é preciso ponderar o custo financeiro imediato que o Estado tem para processar e julgar uma ação. Conforme referido acima, a parte sucumbente deverá arcar com as despesas da tramitação do processo. Entretanto, o valor cobrado (apesar de excessivo para alguns), nem de longe é suficiente para suportar os valores que o Estado despense com a manutenção da estrutura física, humana e material para processamento da ação. Estamos nos referindo aqui ao fato de que, para que uma ação seja processada e julgada, são investidos valores concernentes ao pagamento da remuneração dos serventuários da justiça, dos juízes, da estrutura física ou digital de armazenamento do processo, custos com material, rede de internet, etc. O CNJ não nos apresenta um dado concreto absoluto e uniforme do custo de processamento de uma ação, mesmo porque tal valor deve variar, pois depende do tempo de tramitação e da complexidade da causa. Entretanto, para termos uma ideia, segundo informações constantes no sítio do CNJ,¹³ segundo apuração, a tramitação de uma execução fiscal custa, para a União,

¹² Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processo-de-execucao-fiscal-custa-em-media-r-43-mil/>. Acesso em: 29 maio 2020.

aproximadamente 4,3 mil reais (o equivalente a quatro salários-mínimos) até a sentença (desconsiderado, destarte, o custo da tramitação do processo nos graus recursais).

Da mesma forma, a União Federal dispensa, por lei, seus procuradores de cobrarem tributos cujo valor seja inferior a R\$ 20.000,00,¹⁴ sendo que o propósito anunciado de tal dispensa é evitar o custo financeiro de ações, cujo custo para processamento e julgamento é suportado pela própria União. Estamos falando, aqui, de valor equivalente a 20 salários- mínimos, que certamente corresponde ao custo aproximado do processamento de uma ação já calculado pelo Estado (União).

O tempo da tramitação processual também é aspecto que merece nossa atenção.

Com efeito, o tempo de tramitação processual muitas vezes é fator considerado por quem sabe que não tem razão como determinante para estimular o litígio. Não é raro que, ao ser informado sobre o tempo de tramitação do processo e a grande probabilidade de ser sucumbente na ação, a parte opte por “deixar a questão andar” na Justiça. Afinal, matematicamente é melhor pagar anos depois o valor devido acrescidos dos consectários legais da mora, do que tirar o valor imediatamente do “giro” do caixa. Desta forma, o longo tempo da tramitação do processo é determinante como forma de estímulo à litigiosidade.

O abarrotamento do Poder Judiciário impõe uma morosidade ainda maior aos processos. E este aspecto compromete o propósito inicial da ampliação dos instrumentos processuais do amplo acesso ao Judiciário: a noção de realização de justiça.

Não se pode negar que o tempo excessivo de tramitação do processo gera um sentimento de injustiça para quem tem razão. Afinal, conforme se ouve costumeiramente no meio jurídico: *Justiça, depois de cinco anos, é mesmo justiça?* Num cenário em que os processos judiciais duram, em média cinco anos,¹⁵ não é demais afirmar que, no Brasil, quem perde o processo, ganha.

¹⁴ Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, de 22 mar. 2012.

¹⁵ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros_20190919.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

Afinal, são necessários anos e anos para que aquele que não tem razão arque com sua responsabilidade.

1.3 Os sentidos da judicialização

A judicialização é vista por muitos como algo positivo, pois seria expressão do aumento da consciência cidadã dos indivíduos, na medida em que denota uma percepção do indivíduo enquanto sujeito de direitos.

Contudo, é possível lançar outras luzes à questão, em especial de caráter um pouco mais crítico. No cenário da judicialização, uma das perguntas que vêm à mente é se o fenômeno é decorrente apenas da ampliação do sentido de cidadania, através da garantia de direitos ou do acentuamento do caráter vigilante e punitivo da nossa sociedade ou a judicialização, enquanto fenômeno social, produz sensibilidades, moralidades e saberes que são socialmente incorporadas em perspectivas predeterminadas e, nessa medida, através da judicialização, também somos ensinados a viver:

Atravessados pelo Poder Judiciário, não somente se recorre a ele como também se incorporam e se legitimam seus modos de operação, reproduzindo-se o controle, o julgamento e a punição das condutas, em prol – assim é justificado – da inviolabilidade dos direitos, do melhor interesse, da proteção e do bem-estar de algumas vidas.¹⁶

Enquanto fenômeno de direcionamento estatal para a solução de conflitos cotidianos, a judicialização pode, segundo nos ensina Foucault,¹⁷ ser lida como um fenômeno da ação estatal voltada a apaziguar ânimos e vertê-los em uma (re)ação controlada, num

¹⁶ OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicologia: Ciência e Profissão**. Brasília, v. 33, n. Especial, p. 80, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000500009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 maio 2020.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

mecanismo que, pela ação do discurso jurídico se insere na ação biopolítica do fazer viver. Ou seja: o fenômeno, que muitos consideram como um produto do exercício da cidadania pode, também, ser lido dentro da perspectiva da biopolítica, pela qual ele se revela instrumento de dependência e do controle estatal, na medida em que se trata de um método de ação estatal, que disciplina as possibilidades do corpo para a construção de um comportamento dócil e útil.

De fato, a judicialização não foge ao conceito do poder disciplinar narrado por Foucault,¹⁸ pois é uma tecnologia de poder que atua sobre o “deixar viver dirigido”, que adentra os corpos dos indivíduos e busca torná-los úteis e dóceis.

Segundo narra o autor, as ações baseadas na disciplina e na biopolítica, dirigidas ao fazer viver, têm como propósito a contenção e a eliminação de situações de perigo e risco. Contudo, em grande medida, as ideias de risco e perigo são projeções artificiais, racionalmente criadas para colonizar a vida, o futuro, e dar suporte de legitimidade ao direcionamento de condutas e comportamentos,¹⁹ o que nos inspira a ponderar até que ponto a judicialização, enquanto fenômeno, em grande parte, propagado sob a ideia do acesso à cidadania, na prática produz efeito contrário e altera efetivamente o exercício da cidadania pelos indivíduos, na medida em que o controle sobre sua vida e seu destino é “terceirizado”.

As situações de conflito, de risco e perigo, contudo, são inerentes à vida, e a tentativa de capturá-las em projeções racionais futuras “pode ser compreendida na perspectiva de que são uma tentativa de colonizar o futuro e, acima de tudo, legitimar processos de direcionamento de condutas, hábitos e comportamentos tendentes a normalizar a vida”.²⁰

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

¹⁹ DEMARI, Melissa. **Abandono paterno-afetivo**: à luz da perspectiva da família e do judiciário. Com observações de campo e análise de casos práticos. Curitiba: Juruá, 2019. p. 31.

²⁰ Idem.

Destarte, o fenômeno aqui tratado é expressão de uma constante categorização e classificação do corpo. Ou seja, a pretensão de controlar o incontrolável, dentro de projeções racionais acionadas por sistemas de contenção e cautela, como seguro e previdência, e mesmo como o próprio Judiciário, produz e segrega a anormalidade para as situações de desvio. Segundo Lemos,

a invenção da figura do anormal e deste como indivíduo perigoso está interligada com a perseguição aos dissidentes políticos e aos que subvertem a sociedade produtivista e legalista. Por isso, entre as estratégias de regulação das condutas de segurança se encontram as que modulam estatísticas descritivas e inferenciais, marcadamente produtoras de perfis de anormalidade e de controle de risco/perigo racista.²¹

A partir dessas ponderações, percebemos que a judicialização não escapa ao conceito de poder disciplinar e o biopoder, e se traduz numa forma de ação pública sobre os espaços da vida privada do indivíduo que, desde há muito, vem se consolidando, o que nos leva à revisão da compreensão, segundo a qual, há dimensões da existência humana que se desenvolvem no espaço privado, e outras no espaço público, pois há uma intersecção entre essas duas esferas, que já está consolidada na sociedade, ainda que de difícil percepção. Assim,

a judicialização da vida é uma porta de acesso à ação do poder dirigido sobre a vida cotidiana. Trata-se de uma tecnologia de biopoder que assumiu traços contemporâneos, compatíveis com o descrédito público pelo qual passam os poderes Executivo e Legislativo, dando espaço ao protagonismo do Judiciário na gestão da vida.²²

²¹ LEMOS, Flávia Cristina Silveira; GALINDO, Dolores Cristina Gomes; DA COSTA, Jorge Moraes. **Psicologia em estudo**. Maringá, PR v. 19, n. 3, p. 433, set. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n3/ao8v19n3.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

²² DEMARI, *op. cit.*, p. 32.

Desta forma, através da judicialização, o Estado profere decisões que balizam e modulam moralidades e sensibilidades associadas ao bem-viver.

Todas as razões acima expostas nos mostram que o quadro de excessiva judicialização talvez tenha significados distintos daqueles comumente associados ao fenômeno, tais como a ampliação da consciência cidadã. Além disso, tal quadro gera efeitos nefastos como o aumento do custo social para a solução de conflitos, o aumento do tempo da tramitação processual, e a cultura da terceirização dos problemas, desembocando num sentimento de frustração social. Essas questões associadas entre si nos provocam a repensar a cultura da litigiosidade e, nessa perspectiva, o Estado brasileiro, seja através do Legislativo, seja através do CNJ, tem adotado políticas públicas tendentes a despertar uma cultura de soluções alternativas de conflitos, que serão a seguir analisadas.

2 Políticas públicas voltadas à contenção da judicialização

Diante do panorama da judicialização acima exposto, e considerando o fato de que ele compromete o próprio acesso à prestação jurisdicional, muitas iniciativas têm sido adotadas pelos Poderes do Estado, como forma de solucionar a questão.

A partir desse novo olhar para o papel do Judiciário na solução de conflitos, os métodos alternativos surgem como uma possibilidade, sendo que o papel do Judiciário passaria a ser, nesta senda, fomentar a cultura das soluções alternativo-autônomas.

Como formas de solução de conflitos, podemos citar dois grandes gêneros, quais sejam: as formas autônomas e as formas heterônomas de solução. Nas primeiras, as próprias partes assumem a responsabilidade pela solução de seus problemas, tais como ocorre na conciliação e mediação, que serão adiante analisadas, e as heterônomas são aquelas nas quais um terceiro é investido do poder de resolver os conflitos, como ocorre no processo judicial e na arbitragem.

As formas heterônomas não serão aqui analisadas, em razão do recorte epistemológico proposto.

A conciliação é prática de autocomposição, na qual as partes não possuem uma relação. O vínculo às partes é uma discordância pontual, de modo que a conciliação visa a apenas resolver a questão posta. O papel do conciliador não é fazer propostas conciliatórias, mas ele não está impedido de fazer sugestões. Neste sentido, Rodrigues Junior aponta:

O terceiro interventor (conciliador) atua como elo de ligação. Sua finalidade, [...], é levar as partes ao entendimento, através da identificação de problemas e possíveis soluções. Ele não precisa ser neutro [diferentemente do mediador], ou seja, pode interferir no mérito das questões. O conciliador não decide o conflito, ele pode apenas sugerir decisões; a decisão cabe às partes.²³

Na mediação, por outro lado, há um vínculo entre as partes, de modo que é necessário ter em mente que o problema que ensejou o conflito talvez seja apenas a materialização de desgastes ou desajustes anteriores. O mediador não auxilia necessariamente na construção de uma solução para o conflito. O seu propósito é auxiliar as partes a restabelecerem o diálogo, conforme pontua Rodrigues Junior:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.²⁴

²³ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 28.

²⁴ *Ibidem*, p. p. 50.

O mediador atua como um facilitador, cuja missão é auxiliar as partes a construírem bases dialógicas, a partir das quais elas próprias possam encontrar uma solução para si.

Conforme referido, a mediação é uma ferramenta utilizada em conflitos, nos quais haja vínculos subjetivos entre as partes, baseados em emoções e subjetividades acentuadas. O instituto pode ser utilizado em conflitos nos quais não incidam sanções penais e que não atentem contra a moral e os bons costumes, tais como conflitos concernentes às relações familiares, conflitos condominiais, de vizinhança, trabalhistas, dentre outros. Assim, “O objetivo da mediação é a responsabilização dos protagonistas, capazes de elaborar, eles próprios, acordos duráveis. O triunfo da mediação é a restauração do diálogo e da comunicação, resultando na sua pacificação duradoura”.²⁵

Percebe-se que as principais diferenças entre os institutos são a (in)existência de uma relação entre as partes envolvidas, e o fato de que o mediador deve se abster de propor soluções para a controvérsia, ao passo que ao conciliador a proposição de soluções não é proibida.

Em comum, contudo, ambos os institutos têm o fato de que, contrariamente ao processo judicial, no qual ambas as partes disputam uma declaração de razão, nas formas de composição autônoma as partes buscam construir criativa e cooperadamente uma solução adequada para ambas. Ademais, os institutos têm em comum o fato de serem informados pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão, nos termos do art. 166 do CPC.

2.1 As iniciativas normativas voltadas ao fomento da cultura das soluções alternativas de conflitos

A cultura de autocomposição de conflitos no Brasil é ainda

²⁵ SILVA, Antônio Hélio. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25.

muito incipiente. Essa timidez está expressa inclusive na legislação, de modo a nos fazer ponderar se a falta de cultura da pacificação é produto da escassez legislativa, ou se a escassez legislativa é, ao contrário, reflexo de um sentimento social, que rechaça esta cultura.

De qualquer forma, pode-se dizer que apesar de a legislação brasileira pincelar a necessidade de tentar a composição autônoma de controvérsias em dispositivos pontuais, o ordenamento jurídico é tradicionalmente tímido a este respeito, cenário este que começou a ser alterado na história recente do Brasil.

Antes da independência do Brasil, as Ordenações Filipinas mencionavam no Livro III, Título XX, §1º, o dever do juiz de tentar conciliar as partes litigantes.²⁶

A Constituição do Império em 1824 impôs a necessidade de tentativa composição amigável como condição da ação,²⁷ ao dispor, no art. 161, que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”. Referida determinação foi reproduzida por ocasião da edição do primeiro Código Processual brasileiro (Decreto n. 737, de 1850) que determinava, no art. 23, que nenhuma causa comercial seria posta para análise judicial, sem que houvesse tentativa de reconciliação antecipada. Essas referências normativas à necessidade de tentar a composição amigável não foi suficiente para o surgimento de uma cultura da autocomposição, tanto que a previsão foi suprimida do ordenamento jurídico na República.²⁸

²⁶ “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despezas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso[...].”

²⁷ CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazílio. A conciliação e os meios alternativos de solução de conflitos no Império brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, 2016. p. 271-298.

²⁸ GUNDE, Priscila Lutz Gundel; GODOI, João Adelar Mallmann de. Eficácia dos meios alternativos na resolução dos conflitos: mediação, arbitragem e práticas restaurativas frente ao novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-pra>

Apenas no ano de 1994, através de uma alteração legislativa promovida no CPC de 1973, o Estado voltou a fazer alusão ao interesse estatal na tentativa de conciliação, ao determinar no inciso IV do art. 125²⁹ que ao juiz competia tentar promover a conciliação das partes a qualquer tempo. Ainda assim, a previsão encontrava, no processo judicial já em curso, o terreno para ocorrer, de modo a limitar suas próprias possibilidades.

A Constituição de 1988, contudo, da mesma forma que instrumentalizou e muniu o cidadão de meios de acesso ao Poder Judiciário, também consagrou o princípio da pacificação social, como fundante do Estado no inciso III do art. 3º. Ademais, estabeleceu, no art 4º, inciso VII, a solução pacífica dos conflitos como um princípio que rege a própria nação nas suas relações internacionais.

No ano de 1996, o Brasil editou a Lei n. 9.307/96, que institucionalizou e regulamentou a arbitragem no Brasil. Referida lei é um marco no direito processual-brasileiro, porque rompeu com a tradição segundo a qual dizer o direito é um monopólio do Estado. Apesar disso, a arbitragem ainda está no espectro da terceirização do dever de resolver o conflito.

A partir do ano de 2006, o CNJ iniciou uma campanha nacional pela conciliação, sob o lema “conciliar é legal” e, desde então, vem trabalhando pela criação de uma cultura de acordo, como substitutiva à cultura da litigiosidade.³⁰ Posteriormente, o CNJ editou a Resolução n.125/2010, que instituiu políticas públicas para promover práticas conciliatórias entre a população. Referida Resolução é um marco, porque passa a tratar a questão da litigiosidade da sociedade brasileira como uma questão que merece atenção institucional do Estado e de políticas públicas

ticas-restaurativas/e3-06.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

²⁹ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

[...]

IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

³⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/documentos-conciliacao/>. Acesso em: 10 jun.2020.

de adequado enfrentamento. A ideia central é que a sociedade, através de universidades, instituições de ensino, entidades públicas e operadores do direito em geral, forme uma rede de participação que promova e prestigie métodos consensuais de solução de conflitos.³¹

Na esteira das ações do CNJ, o CPC de 2015 (Lei n.13.105/2015) avançou muito em termos de estímulo às formas alternativas de solução de conflitos.³² Ao reafirmar o princípio constitucional e determinar que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, o art. 3º da lei processual determina, em seus parágrafos, que “é permitida a arbitragem na forma da lei” (§1º); “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§2º); “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (§3º). Ademais, o CPC estabeleceu como um de seus objetivos o estímulo à utilização dos meios pacíficos de controvérsia (pará. 3º do art. 3º) e definiu que conciliadores e mediadores são auxiliares da Justiça. Finalmente, o Estado brasileiro aprovou a Lei n. 13.140/2015, a Lei da Mediação. Referido diploma legal fortaleceu o “método ou sistema multiportas” para a solução de conflitos. Este método parte do princípio da adoção de múltiplas formas de solução de controvérsias entre os cidadãos. Mais recentemente, no ano de 2018, o CNJ publicou o Provimento n. 67, pelo qual permitiu aos serviços notariais e de registro do Brasil que realizem conciliação e mediação, atividade antes privativa dos tribunais.

Afora as iniciativas específicas de medidas voltadas à conciliação e arbitragem, é preciso pontuar que o Estado brasileiro vem, especialmente através do CNJ, investindo em ações voltadas

³¹ Em 2016, devido à vigência do novo código de processo civil brasileiro (Lei n.13.105/2015), e também da lei de mediação (Lei n.13.140/2015) a Resolução n. 125/2010 sofreu significativas mudanças, com o intuito de adaptá-la às novas leis, que institucionalizaram a regra da adoção de práticas e tentativas conciliatórias, como obrigatórias nos processos judiciais.

³² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

à administração da Justiça, as quais envolvem medidas de prevenção e diminuição da litigiosidade, agilidade dos processos, dentre outros. Dentre essas medidas, podemos citar a iniciativa denominada “Justiça em Números”,³³ que consiste num anuário que compila e interpreta os números da Justiça (litigiosidade, tempo de duração dos processos, números de juízes, serventuários, estagiários, recursos financeiros investidos no Poder Judiciário, dentre outras informações), o que é de extrema relevância para a compreensão e o delineamento de um panorama do funcionamento do Poder e mesmo para a proposição de formas de melhoria. Além disso, existem projetos específicos, tais como “Pai Presente”,³⁴ que visa empenhar recursos para estimular o registro de paternidade (o que implica diminuição de ações de reconhecimento de paternidade, alimentos, guarda, etc.), o programa denominado “Desburocratização”, que visa reconhecer boas práticas judiciárias que visem a simplificação, agilidade e obtenção de melhores resultados no Judiciário, dentre outros voltados à melhoria dos resultados na prestação jurisdicional.

Contudo, em que pese o empenho estatal na introdução de mecanismos alternativos de solução de conflitos, como forma de superar a cultura da litigiosidade, que paira no Brasil, é importante reforçar a ideia de que a população precisa entender as vantagens dos processos autocompositivos de conflitos, seja em razão do tempo, do custo financeiro, ou do desgaste emocional advindos dos processos judiciais.

Conclusão

Em que pese muitas vezes ser interpretada como expressão do exercício da cidadania, a judicialização pode ser interpretada como uma expressão da biopolítica, pela qual o Estado profere decisões que balizam e modulam moralidades e sensibilidades

³³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

³⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pai-presente/>. Acesso em 19 jun. 2020.

associadas ao “bem” viver, administrando, condicionando e orientando a vida em sociedade. Além disso, a excessiva judicialização da vida gera um efeito reverso ao acesso à justiça, qual seja, a morosidade e a inefetividade da jurisdição. Neste cenário, as formas autônomas de solução de conflitos, tais como a conciliação e a mediação, se apresentam como alternativas ao abarrotamento do Poder Judiciário e mesmo à colonização da vida que a excessiva interferência do Judiciário nas relações sociais produz. Para tanto, contudo, é preciso que a cultura da litigiosidade seja superada, dando espaço a uma cultura efetivamente cidadã de solução dos conflitos, na qual os indivíduos sejam capazes de assumir o protagonismo na solução dos seus próprios conflitos.

Referências

BRASIL. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pai-presente/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/documentos-conciliacao/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 19 jun. 2020.

CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazílio. A conciliação e os meios alternativos de solução de conflitos no Império brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, p. 271-298, 2016.

DEMARI, Melissa. **Abandono paterno-afetivo**: à Luz da perspectiva da família e do Judiciário: com observações de campo e análise de casos práticos. Curitiba: Juruá, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 232.

LE MOS, Flávia Cristina Silveira; GALINDO, Dolores Cristina Gomes; DA COSTA, Jorge Moraes. **Psicologia em estudo**, Maringá, PR, v. 19, n. 3, p. 427-436, set. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n3/a08v19n3.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. **Psicologia: Ciência e Profissão**. Brasília, v. 33, n. Especial, p. 78-89, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000500009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 maio 2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v.18, n. 51, 2004.

SILVA, Antônio Hélio. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 108-118.

Parte 2

Direito Administrativo e Direito Ambiental

6.

Breve análise sobre licitações e contratos

Guilherme Dettmer Drago*

Antônio Fleig Paludo de Abrantes Rodrigues**

Resumo: A atuação do Estado, enquanto prestador de serviço público, não raras vezes culmina no estabelecimento de relações com particulares. Tais relações, contudo, devem ser tuteladas pelo direito, diante da necessidade de que a realização do interesse público seja assegurada. Nesse viés, impõe-se à Administração Pública a observância de um conjunto de normas tendentes a coibir arbitrariedades e fraudes, causadoras de indesejáveis prejuízos à sociedade. A este fim, alçam-se as licitações e os contratos administrativos que, previstos na Lei n. 8.666/93, constituem institutos regulamentadores dessas relações público-privadas. Seus respectivos conceitos, características, modalidades e princípios que os norteiam se consubstanciam no objeto de estudo do presente artigo, sendo primeiramente abordados os contratos administrativos e, na sequência, as licitações.

I Introdução ao tema

Os contratos administrativos e as licitações são temas correlatos. Estão atrelados à Lei n. 8.666/93, que é a lei-matriz destas construções jurídicas.

É importante ser registrado que ocorrem licitações e são celebrados contratos administrativos para a consecução de

* Coordenador do Bacharelado em Direito da UCS Região das Hortênsias. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCS/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela Ulbra/RS e Especialista em Direito Civil Contemporâneo pela UCS/RS. Advogado e professor universitário (UCS). *E-mail:* guilhermedrago@bol.com.br.

** Acadêmico do Bacharelado em Direito da UCS – Hortênsias. *E-mail:* afparodrigues@ucs.br.

serviços públicos diretamente pelo Estado (Administração Direta). Esta prestação de serviço público também é desempenhada por pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo próprio Estado para tal fim (Administração Indireta), ou ainda por particulares que assinaram contratos de concessão ou de permissão de serviço público (delegatárias de serviço público, por exemplo).

Assim, mostra-se claro que, ao fim e ao cabo, a supremacia do interesse público sobre o particular se mostra presente nestes instrumentos (licitação e contratos administrativos).

2 Contratos administrativos

Os contratos administrativos estão previstos, por excelência, na Lei n. 8.666/93.

Para a doutrina, contrato administrativo é “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.³

A competência constitucional para legislar sobre contratos administrativos é privativa da União, conforme dicção da norma do art. 22, XXVII da Constituição Federal. É possível, contudo, que os estados e os municípios legislem sobre tal matéria de forma suplementar, conforme autorizado pela própria Carta Magna.

Inobstante sejam contratos que se prestam a relações de direito público, alguns princípios inerentes ao direito privado os alcançam.

Desta forma, os Princípios da *Lex Inter Partes*, da *Pacta Sunt Servanda*, da *Rebus sic Stantibus*, *Exceptio non Adimplenti Contractus*, Boa-Fé Objetiva e o da Função Social dos Contratos se fazem presentes nas relações que envolvem a assinatura de contratos administrativos, muitas vezes, ressalte-se, de forma mitigada.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 175.

Dentro desta realidade, insta consignar a diferenciação entre contratos administrativos e contratos da administração. Este é gênero, ou seja, são todos os contratos firmados pela Administração Pública. Aqueles, por outro lado, são espécie, visto que buscam salvaguardar o interesse público.

Este interesse público, em algumas situações, não é alcançado (pelo menos do ponto de vista formal), quando a Administração firma contratos de direito privado (contratos atípicos). Cita-se como exemplo um contrato de financiamento ou de seguro assinado por um particular com a Caixa Econômica Federal (empresa pública que exerce atividade econômica).

Na mesma quadra, é de curial importância, mesmo que superficialmente, destacar algumas diferenças entre contratos administrativos e convênios.

Aqueles são firmados pela administração pública e um particular (via de regra), quando a consensualidade se faz presente na assinatura; entretanto, os interesses mostram-se contrapostos, na medida em que a Administração visa alcançar o interesse público, ao passo que o particular visa alcançar o lucro pela atividade que desempenhará (obedecendo ao Princípio da Modicidade das Tarifas).

Já o convênio é firmado entre dois entes – ou entre um ente e uma entidade do terceiro setor, por exemplo. Aqui temos interesses convergentes tanto na assinatura quanto na consecução, posto que o que se visa é alcançar apenas o interesse público, sem objetivar o lucro.

Para Araújo,⁴ “qualquer dos partícipes de convênio, Estado ou particulares, se mantém na mesma posição de igualdade, sem a preponderância característica dos contratos administrativos, pois a execução e operacionalidade de convênios fundamenta-se basicamente na confiança recíproca e na cooperação, colaboração e permanência voluntárias dos partícipes, enquanto desejam essa permanência”.

⁴ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 729.

2.1 Características dos contratos administrativos

Os contratos administrativos revestem-se de características próprias que os diferenciam dos contratos particulares, senão vejamos:

2.1.1 Submissão ao direito administrativo

Como o próprio nome sugere, os contratos administrativos são públicos. Isto se mostra claro pela própria imposição que a Lei n. 8.666/93 faz ao estabelecer a necessidade de publicação do extrato do contrato no Diário Oficial (art. 61), em procedimento prévio à licitação.

Resta óbvio, pois, que não são as regras de direito civil que irão reger este tipo de contrato.

Ressalve-se que as cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos são regidas pelo direito privado. Para sua alteração deve ocorrer a anuência do contratado.

Sobre estas cláusulas, Mello⁵ leciona que, “enquanto o particular procura o lucro, o Poder público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte”.

É importante destacar também a posição de Coelho,⁶ para quem estas cláusulas econômico-financeiras são intangíveis, “devendo ser mantida durante toda a execução do contrato, de forma a impedir que o contratado sofra redução nos lucros normais de sua atividade”.

⁵ MELLO, Celso Antonio B. de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 656.

⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 205.

2.1.2 Administração pública em um dos polos do contrato

Pela essência do contrato, a administração pública deve figurar como em um dos polos do contrato. Se não estiver em um dos polos, o contrato não será administrativo. Frise-se, pois, que trata-se de contrato bilateral e com obrigações mútuas entre os contraentes.

2.1.3 Desigualdade entre as partes

Típico dos contratos administrativos é a ausência de igualdade entre as partes. Isto porque a Administração Pública está em uma posição de superioridade nesta relação, pela onipresença da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Aqui a relativização de alguns princípios-chave do direito civil começam a ser percebidos, como o da *Exceptio non Adimplenti Contractus*, visto que o particular, em algumas situações, deverá cumprir o contrato, mesmo que a Administração Pública não cumpra sua parte, caso ocorra, por exemplo, eventual não pagamento de remuneração da Administração Pública ao particular, em prazo superior a 90 dias (art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93). Até o adimplemento no prazo lá estipulado, o particular deverá cumprir o contrato, mesmo que a Administração não tenha cumprido sua parte no pacto entabulado.

2.1.4 Mutabilidade

A administração pode, por razões de interesse público, alterar unilateralmente contratos administrativos, mesmo sem a anuência do contratado-particular. É típico nestes contratos haver a ocorrência destas instabilidades. Não se imagina, em uma relação privada, a alteração do contrato, sem a anuência de ambas as partes.

A título exemplificativo, em contratos que impliquem obras, serviços ou compras, a Administração poderá majorar

ou minorar o valor do contrato em 25%, bem como majorar em 50%, se implicar reforma, devendo o particular amoldar-se a estas novas realidades (art. 65, §1º, da Lei n. 8.666/93).

Sublinhe-se que não será possível, entretanto, a majoração destes percentuais. A minoração abaixo de 25% somente poderá ocorrer com a anuência do particular (art. 65, §2º, da Lei n. 8.666/93).

É importante destacar que a alteração do valor do contrato (para mais ou para menos) implicará como consequência natural o valor da remuneração do particular-contratado.

2.1.5 Presença de “cláusulas exorbitantes”

O exemplo dado no tópico anterior não deixa de ser o de uma cláusula exorbitante. Assim, “tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo”,⁷ na medida em que aqueles visam alcançar o interesse das partes, e este, o interesse público.

A presença de cláusulas exorbitantes é típica nos contratos administrativos, na medida em que dá poderes à Administração para que altere unilateralmente o contrato. São “prerrogativas, às quais os contratados devem, portando, se submeter”.⁸

A presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos está prevista em lei. Assim, o art. 58 da Lei n. 8.666/93 autoriza a administração a modificar, rescindir, fiscalizar, sancionar e requisitar bens, serviços e pessoas, no âmbito do contrato administrativo.

2.1.6 Formalismo

O contrato administrativo é formal. Não tem forma livre. Para sua confecção devem ser observados requisitos intrínsecos

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 248.

⁸ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 176.

e extrínsecos ao contrato. Há previsão no art. 55, I ao XIII e no art. 61 da Lei n. 8.666/93.

Como regra, não cabe contrato verbal com a administração pública.

Uma hipótese, contudo, está prevista em lei: pequenas compras, de pronto pagamento, em regime de adiantamento, desde que não ultrapassem o valor de 5% da modalidade licitatória/ convite, poderão ser feitas via contrato verbal. É o que prevê o art. 60, parág. único, da Lei n. 8.666/93.

2.1.7 Intuito personae

O contrato administrativo é personalíssimo.

Significa, pois, que exige confiança recíproca entre os contratantes. Por este motivo, a subcontratação sem a anuência da Administração gerará a rescisão do contrato, justamente em razão da confiança recíproca existente entre as partes.

Na mesma linha, a falência ou a morte da pessoa natural que contratou com a administração também gerará rescisão.

3 A obrigatoriedade do instrumento contratual

Por ser um contrato formal, a regra exige a presença de um contrato escrito, que preencha todos os requisitos legais (cláusulas essenciais) que estão previstas no art. 55 da Lei n. 8.666/93, tais como o objeto, o nome das partes, a forma de pagamento, as garantias, os direitos e deveres das partes e eventuais sanções e multas.

Excepcionalmente, o instrumento contratual poderá ser substituído por outros instrumentos mais simples, como, por exemplo, a carta-convite, a nota de empenho ou a autorização de compra.

Tal excepcionalidade está prevista no art. 62 da Lei n. 8.666/93.

Desta forma, tal flexibilidade poderá ocorrer nas situações em que o valor não exceder o da contratação na modalidade

convite, ou seja, R\$ 330.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 176.000,00 para compras e outros serviços.

Trata-se de boa medida aplicada pelo legislador, facilitando e desburocratizando procedimentos em homenagem ao Princípio da Eficiência.

4 Responsabilidade do contratado

Tema relevante é a questão da responsabilidade do contratado (particular) dentro da relação pactual de um contrato administrativo.

Note-se, em um primeiro plano, que a Administração não responde por encargos fiscais e comerciais do contratado. Isso significa dizer que, se o contratado não adimplir dívidas com fornecedores, por exemplo, a Administração Pública não deverá arcar com este encargo.

Já a responsabilidade trabalhista possui dois posicionamentos: pela Lei n. 8.666/93, no art. 71, §1º, a Administração Pública não responde por esta espécie de dívidas; já pelo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em especial pela Súmula 331, a responsabilidade da Administração Pública é subsidiária em relação às dívidas trabalhistas contraídas pelo particular-contratado.

A responsabilidade solidária entre a administração e o particular surge quando existirem dívidas previdenciárias, nos exatos termos do art. 71, §2º, da Lei n. 8.666/93.

5 Garantias nos contratos administrativos

Dentro da relação que envolve os contratos administrativos, é admitida à Administração exigir garantias por parte do particular-contratado. Tais garantias se prestam a dar segurança à administração, caso tenha que executar valores pecuniários referentes a eventuais multas previstas no instrumento contratual.

Tais garantias, entretanto, não são obrigatórias, conforme estabelece o art. 56 da Lei n. 8.666/93. Medauar⁹ reforça tal posição ao afirmar “que fica a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, exigir ou não prestação de garantia”.

Caso seja exigida, cabe ao contratado escolher qual garantia pretende oferecer. Dentre elas, a lei estabelece a caução em dinheiro, o seguro-garantia e a fiança bancária.

Note-se que a garantia poderá não ser utilizada pela administração, posto que, durante a contratualidade, o particular pode não ser sancionado.

Assim, o art. 56, §4º da Lei n. 8.666/93 dispõe que, no término da contratualidade, a garantia deverá ser devolvida. Se a garantia for em dinheiro (caução em dinheiro), deverá ser devolvida ao particular devidamente corrigida.

Outro tema relevante é o percentual das garantias. A regra é 5% sobre o valor do contrato, nos termos do art. 56, §2º da Lei n. 8.666/93. Já se o contrato envolver grande vulto, o valor da garantia passa a ser de 10% sobre o valor do contrato, nos termos do art. 56, §3º da Lei n. 8.666/93. Por “grande vulto” entenda-se o valor do contrato que supere 25 vezes o valor do limite da modalidade de concorrência para obras e serviços de engenharia. O limite para tal modalidade é acima de R\$ 3.300.000,00. Logo “grande vulto” engloba contratos acima de R\$ 82.500.000,00.

É possível que, durante a contratualidade, haja substituição da garantia oferecida pelo contratado. Todavia, tal substituição não pode ser imposta pela administração. O particular-contratado tem que anuir ao procedimento de substituição.

6 Formas de extinção dos contratos administrativos

O contrato administrativo poderá ser rescindido de várias

⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 254.

formas. Destacaremos as principais características de cada uma delas:

6.1 Conclusão do objeto

A conclusão do objeto do contrato nada mais é do que o término do serviço prestado pelo particular-contratado. Findando a obra ou a prestação de serviço público, por exemplo, naturalmente serão extintas as obrigações de ambas as partes, no contrato outrora firmado.

Assim, “concluído o objeto pelo contratado e recebido pela administração pública, extingue-se o contrato, independente de qualquer formalidade”.¹⁰

6.2 Rescisão administrativa

A rescisão administrativa ocorre de forma unilateral pela administração. Suas hipóteses são ventiladas no art. 78, I ao XII e XVII da Lei n. 8.666/93. Tal modalidade prescinde da anuência do contratado-particular.

Esta espécie de rescisão “funda-se na variação específica que pode sofrer esse interesse ao longo da vigência do contrato”.¹¹

6.3 Rescisão amigável

É a rescisão bilateral. Decorre da vontade da administração contratante e do particular-contratado. É necessário que haja interesse público na rescisão amigável.

As hipóteses estão elencadas no art. 78, XIII a XVI da Lei n. 8.666/93.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 716.

¹¹ *Ibidem*, p. 721.

Conforme lição de Couto,¹² “a rescisão amigável tem forma de distrato, conseqüentemente submete-se ao princípio da similitude das formas, operando efeito *ex nunc*”.

6.4 Rescisão judicial

Decorre da atuação do Poder Judiciário, quando provocado.

A rescisão judicial advém da inadimplência contratual por parte da Administração Pública. Tal hipótese, contudo, deve observar o Princípio da Continuidade da Prestação de Serviço Público.

Assim, se o particular-contratado buscar o Poder Judiciário para ver rescindido o contrato, deverá continuar a prestar o serviço nos prazo de 90 dias, mesmo que a administração não o remunere.

6.5 Rescisão de pleno direito

Decorre da falência da pessoa jurídica ou do falecimento da pessoa natural que foi contratada para a realização do objeto do contrato.

Para Figueiredo,¹³ “se alguns contratos celebrados com pessoas jurídicas são *intuitu personae*, diríamos que com pessoas físicas são de caráter personalíssimo: somente aquele que se obrigou pode cumprir. Se a relação se deu, no caso, com pessoa física, é intransferível e contrato a terceiros, quer por cessão ou subcontratação”.

6.6 Anulação

A anulação ocorre quando o contrato administrativo é evadido de um vício. Constatado este vício, seja de ofício pela própria

¹² COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 375.

¹³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 538.

administração, seja por um terceiro estranho à relação contratual (via exercício do Direito de Petição), o contrato deverá ser anulado.

É dever da Administração é anular atos ilegais e de revogar atos discricionários que deixaram de ser convenientes e oportunos.

Para Di Pietro,¹⁴ “há que se observar que a ilegalidade no procedimento da licitação vicia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste; de modo que, ainda que a ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá que ser anulado”.

Exemplo de anulação de contrato é a constatação, *a posteriori*, de que um dos documentos de habilitação, no processo licitatório, foi falsificado (uma certidão negativa, por exemplo). Tal ato gerará a anulação do contrato e a responsabilização do contratado e da comissão licitante.

7 Contrato de concessão de serviço público

A concessão é uma das formas de prestação de serviço público executada por particulares, que assinam contratos administrativos com a Administração. O art. 175 da Constituição Federal estabelece que a concessão é uma das formas de prestação de serviço público por parte de pessoas jurídicas de direito privado.

O contrato de concessão é contrato administrativo bilateral. Seu conceito legislativo está na Lei n. 8.987/95, mais precisamente no art. 2º.

Do conceito lá descrito pelo legislador extrai-se que esta modalidade de contrato deve ser escrita. Não se admite contrato de concessão verbal.

Além disso, o Poder Público transfere a prestação de serviço público para a concessionária, que pode ser uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas (jamaís uma pessoa natural). Não há, destaque-se, a transferência de titularidade para o

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 227.

concessionário, mas tão somente do serviço público. A titularidade permanecerá com o Estado (leia-se Poder Concedente).

Os contratos de concessão são utilizados para a prestação de serviços públicos *uti singuli*, ou seja, aquele serviço público no qual o usuário pode ser individualizado. Assim, denota-se que a remuneração ao concessionário dá-se pelo pagamento de tarifa (espécie de preço público), e não de taxa (que é espécie de tributo).

É importante destacar que a taxa também é cobrada pela utilização de serviços públicos *uti singuli*; contudo, é cobrada pelo Estado ou pelas entidades da Administração Indireta que prestam serviço público.

7.1 Características da concessão

Nos termos da Lei n. 8.987/95, precisamente no art. 2º, II, a concessão exige a modalidade concorrência para contratação. Na concessão simples (a prevista na Lei n. 8.987/95) há contratação para realização de obras ou para realização de obras e a prestação de serviço público.

Há de se anotar que a modalidade concorrência é a comumente utilizada para as concessões. Existe, inclusive, previsão legal na própria Lei Geral do Serviço Público, que é a Lei n. 8.987/95.

Destaque-se que o Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491/97) prevê, em seu art. 4º, VI, §3º, a possibilidade de contratação para concessão de serviço público via modalidade leilão. A regra é a modalidade concorrência, mas é importante mencionar que será possível a modalidade leilão, nos moldes da Lei n. 9.491/97.

Na concessão, o concessionário assume todos os riscos pela atividade que desempenhará. Sua responsabilidade será objetiva, tanto em relação ao usuário quanto em relação ao não usuário. Tal responsabilidade encontra guarida no art. 37, §6º, da Constituição Federal. Sua responsabilidade independe de culpa.

O Estado, por sua vez, é responsável subsidiariamente por

eventuais dívidas da concessionária, desde que esta não mais possua patrimônio para adimplir passivos.

É necessária, ainda, lei específica que autorize a prestação de serviço público por concessionária. No contrato deverá constar prazo certo, com termo inicial e final, ou seja, a concessão não poderá ser por tempo indeterminado.

Por fim, é importante sublinhar que é admitida a arbitragem ou mecanismos privados de solução de conflitos, para comporem eventuais litígios que envolvam concessionárias, nos termos do art. 23-A da Lei n. 8.987/95.

7.2 Intervenção na concessão

É possível que o poder concedente intervenha na concessão. Tal fato está previsto nos arts. 32 ao 34 da Lei n. 8.987/95.

A intervenção na concessão ocorre sempre antes da eventual rescisão. Até porque se já houver rescisão, a intervenção perderia completamente o objeto.

Assim, o poder concedente poderá intervir na concessão, caso o contrato firmado entre o poder concedente e a concessionária não esteja evoluindo, ou seja, caso o concessionário não venha cumprindo suas obrigações inerentes ao contrato.

Diante disso, o poder concedente, via decreto, intervirá no contrato, nomeando um interventor para atuar na concessão por prazo determinado. Após a intervenção, o poder concedente, no prazo de 30 dias, instaurará processo administrativo para apuração das eventuais responsabilidades.

Encerrada a intervenção sem a rescisão do contrato, o administrador originário retornará às suas funções, momento em que o interventor afastar-se-á do encargo. Este, por sua vez, deverá prestar as devidas contas pelos atos praticados enquanto interventor, sob pena de ser responsabilizado pelos atos que tenham extrapolado suas funções determinadas no decreto interventivo.

7.3 Formas de extinção das concessões

Existem diversos mecanismos de extinção das concessões de serviço público. Tais formas estão elencadas entre os arts. 35 e 40 da Lei n. 8.987/95. Passaremos a analisar cada uma individualmente, destacando as principais características.

7.3.1 Advento do termo contratual

Forma de extinção do contrato de concessão que advém naturalmente com o fim do contrato. Assim, terminado o contrato, com o serviço público tendo sido prestado por prazo certo, findar-se-á a concessão.

7.3.2 Encampação

A encampação também é conhecida como “resgate”.

Significa a rescisão unilateral do contrato por parte da Administração, sem que a concessionária tenha infringido qualquer cláusula contratual. Trata-se, claramente, de uma manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A encampação está prevista no art. 37 da Lei n. 8.989/95. Trata-se de ato discricionário da Administração Pública. Para tanto, deverá motivar o ato.

Para além da motivação, deve existir lei autorizativa específica que preveja a encampação, assim como o pagamento de indenização à concessionária, cujo objetivo será o de amortizar investimentos já efetuados.

Note-se, pois, que a indenização engloba apenas os danos emergentes, e não os lucros cessantes (o que a concessionária deixou de ganhar acaso o contrato seguisse seu trâmite natural até o final).

7.3.3 Caducidade

A caducidade é forma de rescisão contratual prevista no art. 38 da Lei n. 8.987/95.

Trata-se da rescisão do contrato de concessão por culpa da concessionária, ou seja, caso esta não esteja cumprindo o contrato de forma adequada. Trata-se, assim como a encampação, de ato discricionário, devendo, pois, ser motivado.

A caducidade demanda a apuração de inadimplência do contrato por parte do poder concedente. Este deverá oferecer à concessionária a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, com o objeto de justificar o porquê do não adimplemento do contrato ou promover a demonstração cabal de que o contrato está sendo cumprido de forma adequada. Trata-se de garantia constitucional prevista no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Para tanto, deve-se cientificar a concessionária, concedendo prazo para a efetivação de eventuais adequações, em ocorrendo, de fato, algum inadimplemento contratual.

Em permanecendo a inadimplência, será decretada a caducidade, através de um decreto de caducidade expedido pelo poder concedente.

Em regra, na caducidade não há o pagamento de indenização, posto que a concessionária dá causa à extinção do contrato.

Em uma situação específica, a caducidade será um ato vinculado da administração. Trata-se de hipótese prevista no art. 27 da Lei n. 8.987/95, situação esta em que a concessionária transfere a concessão para terceiros, sem que haja previsão no contrato. Veja-se que a subconcessão possui previsão expressa no art. 26 da Lei n. 8.987/95, devendo, inclusive, existir licitação prévia para sua ocorrência. Logo transferir a concessão para terceiro estranho à relação contratual gerará a caducidade do contrato.

7.3.4 Rescisão por culpa do poder concedente

Caso o poder concedente não cumpra o contrato, o concessionário deverá buscar o Poder Judiciário para que possa desvencilhar-se de suas obrigações contratuais.

Isto porque o art. 39, parág. único, da Lei n. 8.987/95, prevê que o serviço público deverá continuar a ser prestado pela concessionária, mesmo que o poder concedente não cumpra seus deveres contratuais. A rescisão contratual, neste caso, deverá ser via judicial, e o término da prestação do serviço público só poderá se dar, após o trânsito em julgado da decisão judicial.

É o caso, por exemplo, do poder concedente não homologar os reajustes da tarifa. A prestação do serviço deverá ser mantida até o trânsito em julgado da decisão emanada pelo Judiciário.

7.3.5 Falência ou extinção da empresa concessionária

A previsão para esta espécie de rescisão encontra guarida no art. 35 da Lei n. 8.987/95. Isso corrobora o caráter personalíssimo inerente aos contratos administrativos.

7.3.5 Anulação

A anulação está prevista no art. 59, parág. único, da Lei n. 8.666/93.

Dá-se quando ocorre algum vício de legalidade no contrato de concessão. Assim, em ocorrendo esta ilegalidade, e após o oferecimento do contraditório e da ampla defesa à concessionária, deverá o poder concedente decretar a anulação do contrato, posto que a administração deve anular atos ilegais. Não se trata, pois, de ato discricionário, mas sim de ato vinculado.

7.4 Parceria público-privada

Criada pela Lei n. 11.079/2004, a parceria público-privada (PPP) é modalidade de concessão que se diferencia da concessão comum prevista na Lei n. 8.987/95. Divide-se em concessão patrocinada e concessão administrativa.

Resumidamente, antes de adentrar propriamente no tema, é importante destacar que a concessão comum está prevista na Lei n. 8.987/95, em que o usuário é o responsável pelo pagamento da tarifa. Em troca, recebe o serviço público prestado pela concessionária.

Na concessão administrativa, a Administração é a responsável por remunerar o concessionário pela prestação de serviço público, ao passo que, na concessão patrocinada, a Administração subsidia parte da tarifa que deverá ser adimplida pelo usuário.

Trata-se de tipos especiais de concessão (patrocinada e administrativa), por prazo determinado (mais de 5 e menos de 35 anos – único contrato administrativo que tem prazo mínimo), cujo objeto do contrato deve ser acima de R\$ 10.000.000,00, mediante prévia licitação na modalidade concorrência.

É importante destacar que, na licitação nas PPP, a fase do julgamento das propostas pode ser antecedida à fase de habilitação, com possibilidade de lances em viva-voz, como ocorre na modalidade pregão. Os arts. 12, I e 13 da Lei n.11.079/04 preveem tal possibilidade.

O art. 10, VI, da Lei n. 11.079/04, traz uma informação importante: a minuta do contrato de PPP deverá passar por consulta pública, devendo a administração justificar o porquê desse tipo de contratação.

Merece aplausos o legislador ao impor esta necessidade, dando guarida e importância à transparência neste tipo de contratação, que envolve grande valor e um tempo assaz razoável quanto à sua prestação.

7.4.1 Concessão administrativa

Na concessão administrativa a Administração Pública é a principal usuária do serviço público prestado pela concessionária (parceira privada). O serviço é prestado à administração, e não diretamente ao usuário.

Segundo Mello,¹⁵ a concessão na “modalidade administrativa, de acordo com a lei, é o contrato de prestação de serviço, ainda que envolva, de par com eles, a execução de obra e fornecimento ou instalação de bens e equipamentos, em que a Administração Pública é apresentada como a usuária direta ou indireta deles”.

É o caso comumente utilizado na construção e manutenção administrativa de presídios.

7.4.2 Concessão patrocinada

Na concessão patrocinada, há uma contraprestação por parte do Estado (denominada de subsídio ou patrocínio) e outra por parte do usuário (tarifa).

Mello¹⁶ é cirúrgico ao defini-la “como a própria concessão de serviço ou de obra de que fala a Lei 8987, quando, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, envolver contraprestação pecuniária do contratante público ao contribuinte privado, ambos ali denominados ‘parceiros’ (§1º do art. 2º)”.

O objetivo da contraprestação por parte do Estado é justamente a amortização mais rápida do investimento do parceiro privado, em especial pelo alto valor pecuniário que envolve este tipo de concessão. É o exemplo da construção e manutenção de uma grande obra viária, onde o usuário pagará a tarifa já descontada do valor subsidiado pelo Estado.

Contudo, esta modalidade de concessão possui uma particularidade: se o Estado subsidiar mais de 70% do valor da tarifa,

¹⁵ MELLO, Celso Antonio B. de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 791.

¹⁶ *Ibidem*, p. 790-791.

será necessária a edição de lei autorizativa, conforme dispõe o art. 10, §3º, da Lei n.11.079/04.

Nesta modalidade deverá, ainda, ser criada uma sociedade com propósito específico, que será encarregada de gerir o objeto da parceria (art. 9 da Lei n.11.079/04).

O art. 8º da Lei n.11.079/04 prevê as garantias que a Administração confere ao parceiro privado nas PPP. Tais garantias envolvem vinculação de receitas, instituição de fundos especiais, contrato de seguro garantia (as seguradoras não podem ser controladas pelo Poder Público), assim como garantias prestadas por organismo internacional ou instituição financeira que não seja controlada pelo Estado.

Parece que garantias que envolvem vinculação de receitas violam o art. 163, III, da Constituição Federal, na medida em que garantias oferecidas por entidades públicas devem ocorrer mediante lei complementar.

8 Contrato de permissão de serviço público

Ao contrário da concessão, em que o objeto é maior (prestação de serviço público ou prestação de serviço público e realização de obra), na permissão o objeto é somente a prestação de serviço público.

A permissão está prevista na Lei n. 8.987/95. De forma tímida, é verdade.

Isto porque o legislador trata da permissão nos art. 2º, IV e no art. 40 da Lei n. 8.987/95. Trata das permissões no início da lei e depois parece esquecê-la, pois retoma o instituto apenas no final.

Assim, permissão de serviço público é um tipo de contrato em que a permissionária prestará apenas serviço público. Não há campo para obra pública nesta modalidade de contrato.

Inobstante a permissão seja considerada uma espécie de contrato (de adesão), a Lei n. 9.472/97, que trata da organização dos serviços de telecomunicações públicos e privados a considera, no art. 118, a permissão como ato, e não contrato.

Para o administrativista Zimmer Junior,¹⁷ neste caso em específico, “não existiria um contrato, mas sim um termo de permissão com características bastante semelhantes. E mais: é ato administrativo com prazo estipulado: conforme esclarece o art. 122, da referida Lei, a permissão extinguir-se-á pelo decurso máximo de vigência estimado – nessa hipótese, a permissão é igualmente revogável a qualquer momento”.

Para a permissão, também será necessária a concessão, todavia em qualquer modalidade licitatória. Poderão ser contratadas tanto pessoas naturais, quanto pessoas jurídicas, diversamente da concessão, onde os contratados poderão ser somente pessoas jurídicas ou consórcios de empresas.

No contrato de permissão, não são envolvidos grandes valores, sendo que o prazo, assim como na concessão, é determinado. Todavia, na permissão o vínculo é precário, conforme estabelecido no art. 40 da Lei n. 8.987/95. Isto significa dizer que o contrato é revogável a qualquer tempo, sem que a permissionária tenha direito à indenização (a revogação na permissão se equivale a encampação na concessão).

9 Licitações

A licitação é um procedimento administrativo, pois se refere ao conjunto de atos preparatórios destinados ao alcance do objetivo final,¹⁸ consubstanciado na “celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”.¹⁹ O desiderato é alcançado pela escolha da melhor proposta oferecida pelos interessados,²⁰ consoante dispõe o art. 3º da Lei n. 8.666/93, que homenageia o interesse público.²¹

¹⁷ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 510.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 243.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São

O procedimento tem guarida no art. 37, XXI, da Constituição Federal e é, atualmente, regulamentado pela Lei n. 8.666/93, tendo observância obrigatória a celebração de contratos de obras, serviços, compras e alienações, bem como a concessão e permissão de serviço público (arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal). Cuida-se a licitação de procedimento obrigatório para todos os entes da Administração Pública, inclusive para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 28 da Lei n. 13.303/2016.

Assim como ocorre com os contratos administrativos, a competência privativa para legislar sobre regras gerais da licitação é da União, conforme art. 22, XXVII, da Carta Magna, abrindo-se a possibilidade de os demais entes federativos legislarem sobre normas específicas.²²

A abertura aos interessados é realizada através do instrumento convocatório (edital ou carta-convite), cujos termos vinculam tanto a Administração Pública quanto o particular participante, conforme disposto no art. 41 da Lei n. 8.666/93.

10 Princípios da licitação

A doutrina não é uníssona quanto aos princípios que informam o procedimento licitatório.²³ A legislação,²⁴ porém, impôs a observância dos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Não obstante, elegeu como finalidade²⁵ o atingimento dos seguintes princípios: isonomia, seleção da proposta mais

Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

²³ DI PIETRO, *op. cit.*

²⁴ BRASIL, Lei n. 8.666/93, art. 3º.

²⁵ COUTO, Reinaldo. **Curso de ireito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

vantajosa para a administração e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Além destes, Di Pietro²⁶ sustenta que o procedimento licitatório é decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público. Efetivamente, referido princípio limita a atuação estatal, impondo sempre a escolha da proposta que melhor atenda ao interesse público.

10.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade dita toda a atividade administrativa, impondo a observância à lei, em detrimento da vontade pessoal do agente.²⁷

Na seara do procedimento de licitação, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 4º, estabelece a todos os seus participantes o direito subjetivo ao cumprimento dos ditames legalmente estabelecidos, pelo que reforça a aplicação do princípio da legalidade.

Ademais, é sabido que o procedimento em tela é vinculado²⁸ e, como tal, pressupõe a estrita observância dos ditames legais.

10.2 Princípio de impessoalidade

Do princípio da impessoalidade resulta o dever de que todos os participantes recebam tratamento igualitário, independentemente de suas condições pessoais ou das vantagens oferecidas. Efetivamente, aos participantes que se encontrem em idêntica situação jurídica, deve ser dispensado tratamento idêntico.²⁹

Por imperativo da impessoalidade, a Administração deve adotar critérios objetivos para aferição da melhor proposta, salvo

²⁶ *Op. cit.*

²⁷ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2019.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²⁹ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2019.

quando outros critérios houverem sido elegidos pela lei ou pelo instrumento convocatório, a depender do objeto licitado.³⁰ Exige-se, portanto, imparcialidade e neutralidade do administrador.³¹

10.3 Princípio da moralidade e probidade

O princípio da moralidade está associado à eticidade da conduta do agente, pelo que “exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”.³²

De outra banda, o princípio da probidade está relacionado ao dever de agir com boa-fé, com honestidade, portanto.³³

10.4 Princípio da igualdade e da isonomia

Estes princípios impõem o dever de a Administração “dispensar tratamento igualitário (não discriminatório) aos licitantes”,³⁴ visando assegurar a igualdade de condições, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Com efeito, o tratamento desigual entre os concorrentes culmina impossibilitando a concorrência, em franco desrespeito ao interesse público, tão caro à seara administrativa.

10.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade não se relaciona apenas à divulgação do instrumento convocatório, para que os interessados possam participar do procedimento licitatório, mas impõe,

³⁰ DI PIETRO, *op. cit.*, 2019.

³¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

³² DI PIETRO, *op. cit.*, 2019, p. 422.

³³ CARVALHO FILHO, *op. cit.*

³⁴ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 398.

igualmente, a divulgação de todos os atos praticados pelo agente durante as fases da licitação. Objetiva-se, com isso, permitir a qualquer interessado a análise da legalidade do procedimento.³⁵

10.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio em questão impõe a observância pelas partes do procedimento às normas e condições previstas no edital ou na carta-convite, conforme se pode deduzir do disposto no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Por isso costuma-se afirmar que “o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato”.³⁶

10.7 Princípio do julgamento objetivo

O presente princípio relaciona-se com os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. Com efeito, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.666/93, o julgamento – a escolha da proposta, portanto – deve observar os critérios estabelecidos no instrumento convocatório e o tipo de licitação, a fim de permitir avaliação pelos interessados.

Devem, destarte, ser empregados critérios objetivos, claros e uniformes,³⁷ previamente estabelecidos, não se cogitando, pois, a abertura à subjetividade do agente.³⁸

10.8 Princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável

Por este princípio, “a licitação deve ter também como objetivo o fomento à prosperidade do país, reduzindo as desigualdades

³⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, 2019.

³⁶ *Ibidem*, p. 411.

³⁷ COUTO, *op. cit.*

³⁸ PIRES, Antonio Cecilio Moreira. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

sociais, gerando emprego, renda e arrecadação de tributos, inovação e desenvolvimento tecnológico, industrialização e crescimento da economia”.³⁹

De fato, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a par de ser direito fundamental de todos (art. 225 da Constituição Federal), tem sua preservação eleita como objetivo da ordem econômica (art. 170, VI, da Carta Magna).

II Dispensa e inexigibilidade

Como referido, a licitação é procedimento de observância obrigatória para todos os entes que integram a Administração Pública. Entretanto, o legislador constituinte destinou à lei a tarefa de indicar os casos em que o procedimento seria dispensado ou inexigível, para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, permissivo esse não aplicável às concessões e permissões, salvo na hipótese de ser inviável a competição.⁴⁰

A lei regulamentadora do procedimento (Lei n. 8.666/93), dispõe, em seus arts. 17, I e II, e 24, sobre as hipóteses de dispensa, ao passo em que delinea as hipóteses de inexigibilidade em seu art. 25. Além disso, os arts. 29 e 30 da Lei 13.303/2016 tratam, respectivamente, dos casos de dispensa e inexigibilidade aplicáveis a empresas públicas e sociedades de economia mista.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a dispensa ocorre quando, muito embora haja possibilidade de competição, a sua utilização é facultada, cabendo ao administrador, de forma discricionária,⁴¹ optar, ou não, por realizá-la. A análise da legislação vigente (art. 24 da Lei n. 8.666/93) permite verificar que os casos de dispensa são divididos em quatro grupos, em razão do pequeno valor (arts. 17 e 24, incisos I e II), de situações excepcionais, nas quais a demora do procedimento inviabilizaria a realização do interesse público (art. 24, incisos III, IV, V, VI,

³⁹ COUTO, *op. cit.*, p. 487.

⁴⁰ DI PIETRO, *op. cit.*, 2019.

⁴¹ *Idem.*

VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII, XXVIII e XXXV), do objeto (art. 24, incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV) ou da pessoa (art. 24, incisos VIII, XVI, XIII, XX, XXII, XXIII, XXIV e XVI).⁴²

Por representarem exceções à obrigação constitucional de licitar, as hipóteses delineadas são taxativas, não se cogitando sua aplicação noutros casos, que não aqueles previstos em lei.⁴³

De outro modo, a inexigibilidade decorre de casos em que a competição é impossível, seja porque o objeto é único ou porque somente uma pessoa pode cumpri-lo. Noutros termos, há inexigibilidade quando a licitação é inviável.⁴⁴

Como corolário lógico, as hipóteses previstas na legislação (art. 25 da Lei n. 8.666/93) são meramente exemplificativas, não esgotando, pois, outras possibilidades de inutilização do certame quando inviável.⁴⁵

12 Modalidades

O art. 22 da Lei n. 8.666/93 prevê cinco distintas modalidades de licitação, destinadas ao cumprimento de três objetos, inadmitindo, entretanto, a criação de outras ou mesmo a combinação entre si (§ 8º). São elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

A concorrência é destinada a contratações de grande vulto e, por isso mesmo, é a modalidade de maior formalismo e publicidade.⁴⁶ Cuida-se de procedimento aberto a qualquer interessado que comprove, em fase preliminar, o preenchimento das condições mínimas previstas no edital (art. 22, § 1º, da Lei n. 8.666/93). Sua utilização é obrigatória para contratação de obras e serviços de engenharia acima de R\$ 3.300.000,00 (art. 23, I, “c”, da Lei n.

⁴² *Idem.*

⁴³ CARVALHO FILHO, *op. cit.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ DI PIETRO, *op. cit.*

⁴⁶ CARVALHO FILHO, *op. cit.*

8.666/93, com atualização dada pelo Decreto n. 9.412/2018), para outras compras e serviços acima de R\$ 1.430.000,00 (art. 23, II, “c”, da Lei n. 8.666/93, com atualização dada pelo Decreto n. 9.412/18) e para aquisição ou alienação de bens imóveis, salvo na alienação de bens adquiridos em dação em pagamento ou procedimento judicial, hipótese em que também é admitido o leilão (art. 19, III, da Lei n. 8.666/96), bem como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (art. 23, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

A tomada de preços, por seu turno, constitui modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que, com até três dias de antecedência à data de apresentação das propostas, comprovem o atendimento das condições exigidas para cadastramento (art. 22, § 2º, da Lei n. 8.666/93). Tais registros cadastrais são objeto de publicidade e devem sempre garantir a entrada de novos interessados que preencham seus requisitos.⁴⁷ Trata-se de modalidade necessária à contratação de obras e serviços de engenharia entre R\$ 330.000,00 e 3.300.000,00 (art. 23, I, “b”, da Lei n. 8.666/93, com atualização dada pelo Decreto 9.412/18), e de outras compras e serviços entre R\$ 176.000,00 e R\$ 1.430.000,00 (art. 23, II, “b”, da Lei n. 8.666/93, com atualização dada pelo Decreto n. 9.412/18).

O convite é a modalidade de menor vulto econômico e é realizada entre interessados, cadastrados ou não, de ramo relativo ao seu objeto, escolhidos e convidados pela unidade administrativa em número não inferior a três, que garantirá aos demais cadastrados a manifestação do interesse de participar do certame em até 24 de antecedência da apresentação das propostas. A modalidade pode ser adotada na contratação de obras e serviços de engenharia de até R\$ 330.000,00 (art. 23, I, “a”, da Lei n. 8.666/93, com atualização dada pelo Decreto 9412/2018), e de outras compras e serviços de até R\$ 176.000,00 (art. 23, II, “a”, da Lei n. 8.666/93, com atualização dada pelo Decreto 9412/2018).

Estas três primeiras modalidades destinam-se à contratação do mesmo objeto, sendo, conforme valor da operação, exigidos procedimentos mais ou menos rigorosos. Como corolário lógico,

⁴⁷ *Idem.*

sempre que a contratação puder ser realizada mediante convite, a Administração poderá optar por utilizar a tomada de preços; em qualquer caso, isto é, convite ou tomada de preços, poderá utilizar a concorrência, conforme expressamente autoriza o art. 23, § 4º, da Lei n. 8.666/93.

O concurso, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93, é destinado à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico e, por meio dele, instituem-se prêmios ou remuneração aos vencedores, escolhidos conforme critérios previamente estipulados no edital, publicado com antecedência mínima de 45 dias. É modalidade própria para a contratação dos serviços profissionais previstos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, conforme dispõe seu § 1º.

Consoante art. 22, § 5º, da Lei n. 8.666/93, leilão é a modalidade de licitação destinada à alienação de bens móveis inservíveis ou de produtos apreendidos ou penhorados, bem como de bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais, ou em dação em pagamento, na forma do art. 19 do mesmo diploma legal. Cuida-se de modalidade pela qual o vencedor será aquele que oferecer o maior lance, respeitado, como parâmetro mínimo, o valor de avaliação. Este, contudo, não poderá ultrapassar o limite assentado no art. 23, II, “b”, da Lei n. 8.666/93 – atualmente ajustado em R\$ 1.430.000,00 pelo Decreto 9.412/2018.

A Medida Provisória n. 2.026/2000, posteriormente convertida na Lei n. 10.520/2002, criou nova modalidade de licitação: o pregão. Inicialmente previsto exclusivamente para a União – exclusividade essa não constante da lei em que se converteu a medida provisória⁴⁸ –, o pregão constitui modalidade de licitação instituída para a aquisição de bens e serviços comuns, entendidos como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.⁴⁹

Por derradeiro, a Lei n. 12.462/2011 instituiu o chamado Regime Diferenciado de Contratações Pública, estipulado, inicialmente, para atender às necessidades emanadas da realização dos

⁴⁸ DI PIETRO, *op. cit.*

⁴⁹ BRASIL, Lei n. 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único.

Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Fifa de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e para as obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais até 350 km distantes das cidades-sede dos referidos eventos (art. 1º, I, II e III, da Lei n. 12.462/2011). É procedimento previsto, portanto, para aplicação restrita a alguns eventos, durante sua realização, tendo em vista a necessidade de serem realizadas contratações céleres.⁵⁰

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTO, Reinaldo. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁵⁰ ARAÚJO, *op. cit.*

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

PIRES, Antonio Cecilio Moreira. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

7.

Controle jurisdicional das políticas públicas na aquisição de medicamentos

Ágata Borges Kalil*

Guilherme Dettmer Drago**

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar a viabilidade do controle jurisdicional das políticas públicas na aquisição de medicamentos. Até pouco tempo, havia se firmado entendimento no sentido de que não era dado ao judiciário autorizar o fornecimento de medicamentos não elencados no Sistema Único de Saúde, porque seria matéria restrita ao mérito administrativo, cuja prática resultaria em ofensa à teoria da tripartição de poderes. Atualmente, contudo, cresce o entendimento de que esse específico controle da atividade administrativa deve ser permitido. Com o objetivo de avaliar essa possibilidade, o presente estudo buscou conhecer os limites do controle jurisdicional dos atos administrativos e da discricionariedade administrativa, bem como a natureza e as diretrizes do direito fundamental à saúde. A partir desses conhecimentos, concluiu-se que o Judiciário está autorizado a exercer esse controle, na medida em que o ato em questão não possui natureza propriamente discricionária e que, como qualquer ato administrativo, encontra-se vinculado ao princípio da boa – administração pública, bem como, em específico, vincula-se à garantia de um direito fundamental.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Direito fundamental à saúde. Discricionariedade administrativa. Políticas públicas.

* Advogada. Bacharela em Direito pela UCS *Campus* Universitário da Região das Hortênsias. Pós-graduanda em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). *E-mail:* agatabkalil@gmail.com.

** Coordenador do Bacharelado em Direito da UCS Região das Hortênsias. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCS/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela Ulbra/RS e Especialista em Direito Civil Contemporâneo pela UCS/RS. *E-mail:* guilhermedrago@bol.com.br.

I Considerações iniciais

É notório o alto índice de demandas judiciais, que buscam o fornecimento de medicamentos.³ A morosidade da esfera administrativa em fornecer os medicamentos solicitados; a escassez de medicamentos disponíveis, a suprirem a alta demanda, bem como a indisponibilidade do medicamento na lista de elencados pelo Sistema Único de Saúde, são alguns motivos possíveis a ensejar que a população recorra ao Judiciário.

O acesso a medicamentos, como espécie do direito à saúde, como bem se sabe, corresponde a um direito social.⁴ Denota-se a necessidade de o Estado agir preventivamente, como legislador e como agente social voltado para a consecução do bem comum. Contudo, a falta de ação preventiva, por parte do Poder Executivo e Legislativo, não pode resultar em ato lesivo, não só ao indivíduo em questão, mas também aos direitos e às garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Motivo pelo qual, incidentalmente, ao Poder Judiciário, quem se sentir lesado em seu direito, é viável que se recorra para a interpretação e aplicação da norma.

Entretanto, não é pacífico o entendimento quanto à possibilidade e a amplitude acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos para a aquisição de medicamentos não elencados na lista do Sistema Único de Saúde. Parcela significativa da comunidade jurídica entende que o fornecimento deve se restringir ao disponível, tendo em vista o princípio da reserva do possível, bem como a impossibilidade de o Poder Judiciário criar políticas públicas, para sanar a ineficiência da Administração.

Recentemente, contudo, esse quadro vem sofrendo alterações. Pouco a pouco, cresce o entendimento de que é possível haver maior controle jurisdicional dessas questões, gerando, nas últimas décadas, número significativo de precedentes. Abrangendo-se, portanto, a possibilidade de aquisição de medicamentos e a realização de

³ No ano de 2014, o Estado do Rio Grande do Sul possuía 82 mil processos judiciais postulando medicamentos e tratamentos de saúde, de acordo com informação da Rádio Gaúcha. Disponível em: <http://gaucha.clicrbs.com.br/>. Acesso em: 2 jun. 2016.

⁴ Previsto no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

procedimentos de saúde não elencados na lista do SUS.

Tal entendimento, contudo, ainda não é pacífico. Há ainda enorme receio quanto à intromissão do Judiciário no chamado “mérito administrativo”, o que configuraria ofensa à teoria da separação de poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Ante esse risco, é necessário reconhecer que, qualquer flexibilização da lógica vigente, de fato, merece ser analisada com cautela.

Ainda maior que a incerteza jurídica é a intranquilidade dos inúmeros brasileiros acometidos por moléstias e limitações que se veem desamparados, quando não atendidos em suas necessidades. É uma situação que macula a justiça e objetividade da saúde pública e, em consequência, coloca em dúvida a já descreditada eficiência da Administração.

Por essas razões, impõe-se a seguinte pergunta de pesquisa: É admissível o controle jurisdicional da atividade administrativa, com a finalidade de garantir o direito fundamental à saúde, sem que se ofenda o princípio da separação dos Poderes?

Para responder a esse questionamento, é preciso bem conhecer o que seja a teoria da tripartição de poderes, o que será explanado no primeiro capítulo. Também será feita uma breve análise acerca das funções típicas e atípicas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

O segundo tópico abordará o controle jurisdicional da atividade administrativa, analisando a viabilidade e a amplitude do controle jurisdicional na discricionariedade, bem como examinando precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto.

O terceiro tópico discorrerá sobre as hipóteses de aquisição de medicamentos não elencados no Sistema Único de Saúde, bem como serão analisados entendimentos dos tribunais acerca do assunto.

A partir disso e com auxílio das construções doutrinárias e jurisprudenciais, o presente trabalho espera adequadamente classificar o fornecimento de medicamentos enquanto ato administrativo e, via de consequência, corretamente aferir a viabilidade do controle jurisdicional, de forma a não ofender quaisquer princípios do Estado Democrático de Direito.

2 Princípio da tripartição de poderes

O princípio da divisão de poderes é um princípio constitucional, previsto no art. 2º. da Constituição Federal⁵ e adotado por esta como sendo fundamental. Tal princípio distingue as atividades do Estado Moderno em três funções: função legislativa, função executiva e função judiciária.

Além de distinguir as funções estatais, o princípio de separação de poderes refere que o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário são *independentes e harmônicos entre si*.⁶ Quer-se dizer com isto que, cada poder exerce sua função de maneira independente, devendo zelar pela harmonia dos poderes.

Consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, surge a nossa divisão de poderes atual, uma divisão orgânica, separando as funções estatais em três órgãos.⁷ Para Montesquieu, não só a mesma pessoa não poderia exercer funções estatais distintas, como se fazia necessária à criação de órgãos específicos para o exercício de cada função.

Ao dissertar sobre a divisão de poderes, Montesquieu mostrava o necessário para equilíbrio dos poderes, referindo que, para formar-se um governo moderado, “precisa-se combinar os Poderes, regá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro”.⁸ Quer

⁵ Art. 20, da CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁶ O princípio de separação ou divisão de poderes sempre foi um princípio fundamental no ordenamento constitucional do Brasil. A Constituição do Império adotava a teoria quadripartida do direito, conforme a formulação de Benjamin Constant: Poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário. As demais constituições nacionais assumiram a formulação tripartida de Montesquieu. A Constituição de 1988 manteve o princípio, mas alterou o enunciado, sem a cláusula independente e harmônica entre si, porque estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente. Atualmente, como o regime adotado é o presidencialismo, prevalece a cláusula, sem as ressalvas existentes nas constituições anteriores.

⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 25. ed. Porto Alegre: Globo, 1986.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 370.

dizer com isto que os poderes não poderiam intervir em função diversa a que lhe fora designada.

Nos Estados contemporâneos, como, por exemplo, o Brasil, a organização política não consagra a separação absoluta de poderes. De modo geral, há separação de órgãos, especialização de funções, mas há cooperação entre eles, visando o fim que Montesquieu almejava: para que o poder limite o poder.⁹ Desta forma, embora a função legislativa seja desempenhada principalmente pelo órgão legislativo, o órgão executivo coopera na função, propondo leis, e limita-o, negando a sanção ou vetando as leis.

O órgão judiciário igualmente, porque pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Por sua vez, o legislativo colabora com o executivo e limita-o, pois muitos atos deste ficam dependendo da aprovação do primeiro.¹⁰ Ou seja, cada órgão exerce primordialmente sua função peculiar, contudo não exclusivamente, pois praticam atos que por sua natureza pertencem à função diversa.

É importante ressaltar que, mesmo no exercício de função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí qualquer violação ao princípio de separação de Poderes, porque tal competência resta constitucionalmente assegurada pelo Poder Constituinte Originário.

Visto isso, na sequência, será abordado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que fundamenta a demanda de ações judiciais contra o Estado, opondo-se, de certa forma, ao princípio da tripartição de poderes.

3 A inafastabilidade do controle jurisdicional

Relacionado com o princípio de separação de poderes, está o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.¹¹ Tal princípio, consa-

⁹ AZAMBUJA, *loc. cit.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 180.

¹¹ Art. 5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito.”

grado como garantia fundamental, assegura o direito de recorrer ao Judiciário a toda pessoa que, por alguma razão, se sentir ameaçada ou lesada em seus direitos. Ou seja, assegura a todos a proteção jurisdicional do Estado.

No Brasil, essa tutela jurisdicional, que a todos é garantida, fica a cargo do Poder Judiciário e, conforme a teoria de separação de poderes, constitui função típica deste órgão. Portanto, pode-se dizer que, cabe ao Judiciário, em última instância, impor a validade do ordenamento jurídico, de forma coativa e dizer o direito ao caso concreto, toda vez que houver necessidade¹² – ou seja, exercer a jurisdição.

Assim, sejam quais forem os litigantes – incluindo-se aí quaisquer dos órgãos estatais – ou a índole da relação jurídica em tela, a competência para apreciar e julgar a questão será sempre do Poder Judiciário.¹³ É essa, basicamente, a circunstância que legitima o ajuizamento de ações em razão de lesões ou ameaças de Direito em face da administração pública.

Portanto, o controle jurisdicional dos atos administrativos constitui-se, sumariamente, em função do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e em razão da preservação do Estado Constitucional de Direito. Serve para proteger os particulares em seus direitos, inclusive, contra eventuais arbitrariedades do Estado, constituindo, assim, verdadeira ferramenta de equilíbrio entre os poderes.

Por outro lado, objetivando esse mesmo equilíbrio, para que não haja abuso por parte do Judiciário em face do Estado – Administração, é que se procura fixar critérios claros para sua viabilidade; portanto, no próximo tópico, serão abordados os limites impostos a esse controle jurisdicional.

3.1 Os limites do controle jurisdicional

Conforme exposto, o controle jurisdicional da atividade

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 458.

¹³ *Ibidem*, p. 459.

administrativa parte da premissa de que não há lesão ou ameaça a direitos que não possa ser apreciada pelo Judiciário, de forma que o Estado, personificado por quaisquer de seus órgãos, fica sujeito a esse controle. Contudo, a atividade administrativa, como se sabe, é função precípua do Poder Executivo – assim como a função jurisdicional é do Judiciário – sendo ele (o Executivo) o Poder que, em maior medida, desempenha a função administrativa. Assim, caso não houvesse limite ao controle judicial, o resultado seria uma hipertrofia do Poder Judiciário, que absorveria quase totalmente o Poder Executivo – assim como todo o Estado – Administração – em uma ofensa direta à teoria da tripartição de poderes.¹⁴

Com o objetivo de evitar esse esvaziamento da função administrativa, impõe-se a fixação de freios também ao controle jurisdicional, ou seja, de marcos indicadores do limite de sua amplitude. Tem-se entendido que este ponto de separação entre o que é dado ao Judiciário manifestar-se e o que lhe é vedado chama-se mérito administrativo.¹⁵ Assim, convém investigar tais limites pela compreensão deste aspecto da atividade administrativa.

No sistema brasileiro de jurisdição única, a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos de Estado.¹⁶ Contudo, há limitação quanto ao objeto de controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo que, de acordo com a maioria da doutrina,¹⁷ não é crível ao Judiciário pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre mérito administrativo.

A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia, não havendo, nos estados de direito como o nosso, lugar para o arbítrio, a prepotência, o abuso de poder.¹⁸ A administração pública, ainda mais do que os particulares, está sujeita ao império da lei.

¹⁴ *Ibidem*, p. 712.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 712.

¹⁶ *Ibidem*, p. 709.

¹⁷ Podendo ser verificado em: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 709.

¹⁸ MEIRELLES, *loc. cit.*

O que o Judiciário não pode, de acordo com a maioria da doutrina, é ir além do exame da legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre atos da Administração.

A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle de legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em destaque os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade.¹⁹ Aí, tanto é ilegal o ato que desatende a lei formalmente quanto o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados das pessoas, grupos ou partidos favoráveis à administração.

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e de legitimidade, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não é crível ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência e a oportunidade, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição.²⁰ O mérito administrativo refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é aferir a conformação do ato com a lei escrita ou com os princípios gerais do direito.

Não há de se confundir, contudo, o mérito administrativo do ato, infenso à revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo.²¹ Por exemplo, o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição.

Todo ato administrativo praticado por agente incompetente ou além de sua competência incorre no vício de excesso de poder,

¹⁹ *Ibidem*, p. 710.

²⁰ FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 148.

²¹ MEIRELLES, *op. cit.*, 2007, p. 710.

assim como qualquer ato que desatenda à moralidade e aos fins administrativos invalida-se pelo desvio de poder.²² Aí incluem-se os atos discricionários.

Visto isso, o próximo tópico discorrerá acerca das diferenças de discricionariedade e mérito administrativo, porque essa é crucial para uma redimensionalização acerca dos limites ao controle jurisdicional.

3.2 Discricionariedade versus mérito administrativo

Guardam estreita relação os conceitos de mérito administrativo e discricionariedade, ambos representados pelo espaço, legalmente concedido, ao administrador público para aplicar seus juízos de valor legítimos de conveniência e oportunidade na realização de seus atos. Contudo, não se trata de coisa idêntica, o ato administrativo discricionário, porque este último não se reveste integralmente destas características.

A doutrina divide²³ os atos vinculados ou discricionários, com base no grau de discricionariedade – espaço deixado para o mérito – do ato administrativo. No entanto, o ato, seja ele vinculado ou discricionário, é composto por cinco elementos (requisitos): competência, forma, finalidade, motivo e objeto.²⁴ Destes, apenas os dois últimos podem ser discricionários. Tanto a competência – poder indelegável de praticar o ato, salvo exceções legalmente previstas – quanto à forma – revestimento exterior do ato – serão sempre vinculadas, ou seja, restritas aos termos previstos na lei. Assim como a finalidade, com a peculiaridade de que esta não só é vinculada, como sempre será a mesma para todos os atos, qual seja: o interesse público.

Sendo assim, o ato discricionário também é, em grande parte, vinculado, apenas diferenciando-se dos atos vinculados

²² *Ibidem*, p. 711.

²³ Podendo ser visto em: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119.

²⁴ *Ibidem*, p. 151-154.

propriamente ditos,²⁵ porque estes estão integralmente sujeitos à lei. Remanesendo a liberdade do administrador, apenas quanto ao motivo e o objeto do ato discricionário. Assim, tanto os atos discricionários quanto os atos vinculados estão sujeitos ao controle jurisdicional – com a diferença de que aqueles são sindicáveis na sua integralidade.

O motivo e o objeto do ato discricionário são o reduto do chamado mérito administrativo, porção esta intocável pelo Judiciário, de acordo com boa parte da doutrina.²⁶ Quer-se dizer com isso que, nos atos discricionários, é ao administrador público que cabe valorar as circunstâncias de fato e de direito (motivos) que ensejam atos de sua parte, bem como as efetivas ações que resolverá executar (objeto).

Nessas circunstâncias, entender o ato como irrevogável, seria legitimar o abuso de poder, circunstância com a qual não deve condizer o direito. Aqui, novamente precisa se ter em mente que o princípio da tripartição de poderes – que é o que se pretende preservar com a não invasão do Judiciário no âmbito administrativo – foi concebido para evitar justamente o arbítrio das autoridades públicas, motivo pelo qual seria ilógica sua preservação se, para tanto, perece-se sua finalidade.

Apresentados os fundamentos do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa e, estabelecidos os limites, tanto da administração, como do Judiciário, no exercício de suas funções, estão dados elementos importantes para introduzir, uma diferente perspectiva acerca do controle jurisdicional.

Nesse sentido dispõe a teoria elaborada por Freitas,²⁷ chamada de “controle sistemático dos atos administrativos”, sobre a qual

²⁵ Nesse sentido, as palavras do autor Hely Lopes Meirelles: “A discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto a competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer outro ato vinculado” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119).

²⁶ Notadamente em: CRETTELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 246.

²⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ganham respaldo os princípios e as garantias fundamentais constitucionalmente assegurados que, no âmbito administrativo, convergem para a concretização do direito fundamental à boa Administração Pública.

Ao analisar-se de maneira mais ampla este controle jurisdicional de legalidade, foi possível perceber que, mesmo se tratando de atos discricionários, o que se opera não é propriamente um juízo de opinião ou escolha, mas de uma interpretação da vontade da norma e, assim sendo, também se torna apreciável pelo Judiciário.²⁸ Chega-se, portando, à conclusão de que o espaço reservado aos juízos de mérito da administração, sem que possa haver questionamento no âmbito do Judiciário, quanto ao acerto ou desacerto das suas escolhas, é bastante restrito.

Isso contudo, não significa que houve um avanço maléfico de um poder sobre o outro, com o Judiciário apropriando-se da função administrativa, legítima do Poder Executivo. Quer-se dizer com isso que é a lei que regula os atos da Administração Pública, sejam eles vinculados, sejam discricionários.

Ampliando-se um pouco mais esse raciocínio, pode-se perceber que não somente a lei em sentido estrito, que determina atuação da Administração, ou de qualquer outra função estatal – esse poder encontra-se respaldado no ordenamento jurídico como um todo, enquanto sistema. Neste, cada vez mais em seu topo, figuram os princípios e as garantias fundamentais que, sem menosprezo às regras, também apresentam aplicabilidade direta e imediata.²⁹ Os princípios e as garantias constitucionais são tão importantes quanto a lei em sentido estrito, ou até mais que ela. Significa dizer com isso que, no atual momento do Estado de Direito, não é o subjetivismo dos intérpretes, mas a Constituição quem administra a atuação dos agentes públicos, através das ferramentas de que dispõe a boa hermenêutica.³⁰

Assim, conforme as palavras do autor:

²⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 370.

²⁹ *Ibidem*, p. 30.

³⁰ *Ibidem*, p. 33.

O controle sistemático dos atos administrativos (vinculados e discricionários) encontra-se vinculado cogentemente ao direito fundamental à boa administração pública, autêntico feixe dos princípios e regras que se entende como direito a administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito a moralidade, à participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.²⁹

Nesse horizonte, mais do que nunca, seria ilógico falar em uma divisão rígida entre vinculação e discricionariedade, porquanto, ainda que vinculado o ato à lei, o seu resultado concreto poderá ofender a outros princípios da mesma forma vinculantes, com o que o administrador não só poderá, mas deverá, deixar de executá-lo. Da mesma forma, no que compete ao ato discricionário, não será possível haver liberdade prevista em lei que, legitimamente, dê ao administrador o direito de tomar decisões alternativas não motivadas ou desproporcionais, resultado não do seu mérito administrativo, mas de seu demérito, do que resulta o arbítrio administrativo.³¹ Lembra-se que jamais se deve admitir a arbitrariedade administrativa.

Com isto, conclui-se que somente com o controle jurisdicional da atividade administrativa é que se pode almejar os direitos constitucionais assegurados, que convergem para o direito fundamental à boa administração pública. Significa, portanto, afirmar que só são legítimas as escolhas racionalmente fundamentáveis, de acordo com o que preceituam estes princípios fundamentais norteadores à boa Administração,³² sem os quais será inevitável a arbitrariedade administrativa, afastando-se dos ideais constitucionais, os quais o Estado tem o dever de promovê-los e respeitados.

³¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43.

³² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

Sendo assim, o próximo tópico discorrerá acerca do controle jurisdicional das políticas públicas na aquisição de medicamentos indisponíveis no SUS, específico desse artigo, a fim de que se entenda o equilíbrio da relação entre poderes e suas limitações, quando se deparam em confronto com uma garantia fundamental.

4 Possibilidades de aquisição de medicamentos indisponíveis na lista do sistema único de saúde: limites de intervenção jurisdicional

O número crescente de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde vem demonstrando a necessidade de se redimensionar os direitos sociais no Brasil. Isto se justifica porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à garantia do direito à saúde, mas sim em razão de necessária ordem judicial, para que se cumpram as políticas públicas já estabelecidas.³³ Sendo assim, não há de se discutir, aqui, problema quanto à interferência judicial em âmbito de ampla discricionariedade de outros poderes, quanto à formulação de políticas públicas.

Nessa linha de raciocínio, torna-se necessário analisar a existência, ou não, de política estatal voltada a fornecer a medicação/tratamento pleiteado em processo judicial, porque, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas determinando seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo-público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Por outro lado, se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelo SUS, é necessário que se analise se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer.³⁴ Observando-se

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 835.

³⁴ *Idem*.

de maneira superficial, pode-se entender que a obrigação do Estado, tendo em vista o que dispõe o art. 196 da Constituição Federal,³⁵ restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas.

Contudo, deve-se ter em mente que tal conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou da própria administração, decidir que medida diversa da custeada pelo SUS seja fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, após comprovado que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Ademais, a mera indisponibilidade do medicamento/tratamento necessário na lista elencada pelo Sistema Único de Saúde, não exclui a responsabilidade dos entes federativos do fornecimento. Isso porque, o direito à saúde é consagrado como princípio e garantia fundamental e, como tal, não se restringe ao previsto em lei e nas políticas públicas.³⁶ Sendo, portanto, passível de análise judicial, o fornecimento de medicamentos/procedimentos não elencados na lista do SUS.

Outro argumento muito utilizado pelos entes estatais, a fim de justificar o não fornecimento de medicamentos é a escassez de recursos financeiros direcionados à saúde. Argumento relevante considerando-se a grave crise econômico-financeira enfrentada não só pelo Brasil, mas por grande parte do mundo. A Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul tem alegado em suas manifestações, de maneira geral, que a indisponibilidade do medicamento na lista do SUS resulta na ausência de previsibilidade de custo com o medicamento/ procedimento solicitado,³⁷ o que, levado ao extremo, resultaria em grande rombo

³⁵ Art. 196, CF: “A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, v. 11, p. 8, 2007. (Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016).

³⁷ Podendo ser visto em: BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível**

no orçamento do Estado destinado à saúde.

No entanto, tal argumento também não tem logrado êxito na jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.³⁸ Isso porque, não cabe ao Judiciário discutir a implementação de políticas públicas, ou impor programas políticos, tampouco direcionar recursos financeiros à esta ou àquela instituição – situação que poderia caracterizar verdadeira ofensa ao princípio da Tripartição de Poderes. Contudo, ao Judiciário cabe a efetividade da lei.³⁹ Ou seja, se a lei – ou garantia fundamental – não for observada, ou for desrespeitada por quaisquer dos entes públicos, o Judiciário não só tem legitimidade para tanto, como deve intervir e dar resposta efetiva à pretensão das partes.

Ampliando-se ainda mais este raciocínio e, utilizando-se as bases teóricas referidas até então, tendo-se em mente que o controle jurisdicional dos atos administrativos – vinculados e discricionários – encontra-se intimamente vinculado ao direito fundamental à boa Administração Pública, tendo sido entendido este último como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, tendo plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas, a falta da menção do medicamento na lista do SUS ou insuficiência orçamentária, isoladamente, não são argumentos plausíveis a ensejar o não fornecimento da medicação.⁴⁰ Medida essa que poderia, inclusive, considerar-se verdadeira omissão da administração, resultando em ato arbitrário, o que, conforme já visto, é sempre ilícito.

Difícil, contudo, é identificar e delinear de maneira concreta os limites do controle jurisdicional à atividade administrativa na aquisição de medicamentos/procedimentos de saúde. Isso

n. 70067725333, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 3/3/2016 (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 28 maio 2016).

³⁸ Podendo ser visto em: BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n.** 70067725333, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 3/3/2016 (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 28 maio 2016).

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n.** 70068176890, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 9/3/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 28 maio 2016.

⁴⁰ FREITAS, *op. cit.*, 2009, p. 360.

porque a análise jurisdicional se dá sempre ao caso concreto.⁴¹ Podendo, por exemplo, o magistrado, ao analisar os autos de determinado processo, verificar a ausência da necessidade do tratamento postulado ou ausência de efetiva comprovação da necessidade. Em outro caso, contudo, pode-se entender que resta comprovada a necessidade do tratamento postulado, devendo o Estado fornecer o solicitado.

Entretanto, de acordo com alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal,⁴² diante de situações em que inexistam tratamentos na rede pública, imperioso que seja feita a diferenciação entre as possibilidades ao alcance dos pacientes, tendo em vista que os medicamentos indicados podem dizer respeito a tratamentos experimentais, ou simplesmente, novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS.

Na primeira hipótese (tratamentos experimentais), inviável impor ao SUS a aquisição de medicamentos ainda não aprovados ou avaliados cientificamente, tendo em vista que, nesse caso, as pesquisas desenvolvidas por laboratórios ou centros médicos de ponta ainda não garantiram que esses medicamentos tenham autorização para sua comercialização. Aqui, vale fazer ressalvas, sendo que, em caso de doenças raras e ausência de tratamento pelo SUS, o STF tem deferido inclusive a possibilidade de tratamento no Exterior.⁴³

De outro lado, os novos tratamentos, ainda não incorporados pelo SUS, podem ser a última alternativa para usuários do

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 560.

⁴² Podendo ser visto em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.337.563 – PR** (2012/0166820-7). Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em 18/4/2016, p. 3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 195192**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 22/2/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma, p. 271 (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>. Acesso em: 29 maio 2016).

⁴³ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 195192**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 22/2/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma, p. 271 (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>. Acesso em: 29 maio 2016).

sistema de saúde que, por evidente, não podem ser penalizados pela mora do Poder Público.⁴⁴ Deste modo, o Estado pode ser compelido a fornecer fármacos ainda não cobertos pelo SUS, condicionada tal determinação à instrução processual, em que estejam presentes elementos consistentes indicativos da sua necessidade imperiosa no caso concreto.

Vale reprimir que tais entendimentos não são pacíficos, havendo divergências quanto à caracterização do conceito de medicamento essencial há decisão judicial, que define o que sejam medicamentos necessários como os comprovadamente essenciais para o paciente, seja no combate à doença, seja em sua estabilização.

Essa discussão nasce quando o ente político (administração) alega que o medicamento solicitado não corresponde a medicamento essencial ao tratamento, existindo outros medicamentos como alternativas.⁴⁵ Inclusive as decisões que fundamentam a negativa do acesso a referidos medicamentos, por vezes, mencionam a falta de especificação dos pareceres médicos, quanto a tratamentos alternativos.

Em que pese o entendimento político, considera-se essencial o medicamento quando necessário para o indivíduo, ou seja, a essencialidade não deve ser auferida pelo ente político como forma de restringir o acesso a outros medicamentos. Em assim agindo, estará o ente atuando em desconformidade com os direitos fundamentais. Novamente, é necessário indicar que a função do Poder Judiciário não é a valoração de direitos, mas a interpretação e aplicação da norma ao caso concreto.⁴⁶ A autoridade para declarar quais são os medicamentos necessários é o médico ou um conjunto de médicos, não um parecer administrativo neste sentido.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 1.337.563 – PR (2012/0166820-7)**. Relator: Min.Gurgel de Faria. Julgado em 18/4/2016, p. 3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

⁴⁵ CARVALHO, Patrícia Luciane de. O acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas junto à ordem jurídica brasileira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, p. 8, jun. 2007 (Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em: 2 jun. 2016).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 8.

Por este motivo, ao observar as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que, em número significativo de hipóteses, as decisões são retidas ao laudo médico, exames, perícias, circunstâncias muito mais técnicas, do que propriamente jurídicas,⁴⁷ questão que restará melhor esclarecida no tópico seguinte.

4.1 Análises jurisprudenciais

Com o intuito de possibilitar maior visibilidade ao tema discorrido no tópico anterior, faz-se importante a realização de análises jurisprudências. Para tanto, serão analisadas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, segue entendimento do Tribunal de Justiça do RS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Cerceamento de defesa. É dever do juiz indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Inteligência do parágrafo único do artigo 370 do novo Código de Processo Civil. Se, à vista das provas documentais carreadas ao feito lhe pareceu dispensável a realização de demais provas, não há cogitar de cerceamento de defesa. Solidariedade dos entes federados para fornecer medicamentos. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada dos artigos 6º, 23, II, 30, VII e 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual, independentemente da previsão

⁴⁷ Podendo ser visto em: BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n. 70068555838**, Primeira Câmara Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 17/3/2016 (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 28 maio 2016).

do medicamento pleiteado estar ou não, nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado. Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. Descabida a tese do ente público no sentido de que a parte autora não preencheu os requisitos elencados no Protocolo Clínico emitido pelo Ministério da Saúde quanto à utilização dos medicamentos descritos na inicial, para o tratamento da patologia que lhe acomete, uma vez que o fármaco solicitado foi indicado pelo seu médico, o qual tem condições técnicas de indicar o tratamento adequado. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 70068449453, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 27/4/2016).

De início, pode-se perceber, no acórdão em pauta, que foi abordada a questão da responsabilidade solidária dos entes federativos. Momento em que o Estado alega, em suas razões, estar fora de sua competência o fornecimento da medicação pleiteada.

Argumento que foi indeferido pela desembargadora relatora, tendo em vista que o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, corolário do direito à vida.⁴⁸ As disposições constitucionais neste sentido são autoaplicáveis, dada a importância dos referidos direitos.

Compete, portanto, à União, aos estados e aos municípios o resguardo dos direitos fundamentais relativos à saúde e à vida dos cidadãos, conforme o texto constitucional.⁴⁹ Da mesma forma, dispõe claramente a Constituição Estadual, em seu art. 241,⁵⁰ que a saúde é direito de todos e dever do estado e dos municípios.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n. 70068449453**, Segunda Câmara Cível. Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 27/4/2016 (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016).

⁴⁹ Podendo ser visto nos arts. 23, II e 30, VII, ambos da CF.

⁵⁰ Art. 241, da Constituição Estadual/RS: A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação. Parágrafo único. O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.

Com efeito, o sistema de saúde está em cargo de todos os entes federados, sem atribuições exclusivas e excludentes para cada ente, ao contrário, a responsabilidade é solidária, podendo o cidadão demandar contra qualquer deles, conjunta ou separadamente.

Outro argumento utilizado pelo apelante foi o de que a apelada não preencheu os requisitos elencados no Protocolo Clínico Emitido pelo Ministério da Saúde.⁵¹ Razão que também não lhe foi assistida, porque, de acordo com a desembargadora-relatora, o laudo prescrito pelo médico da apelada é suficiente para comprovar a necessidade.⁵² Decisão que complementa o descrito no tópico anterior, no sentido de que os magistrados tendem a se ater cada vez mais aos laudos médicos e protocolos já trazidos pelos postulantes.

Acerca das limitações a intervenção jurisdicional no fornecimento de medicamentos não listados no Sistema Único de Saúde, segue precedente do STJ:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – AJG. CONCESSÃO. PARÂMETRO. DIREITO À SAÚDE DO ESTADO. MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS. COMPROVAÇÃO DA SUA NECESSIDADE. Conforme o entendimento da 4ª Turma desta Corte, faz jus à assistência judiciária aquele que percebe renda líquida mensal inferior a dez salários mínimos. Configurada a existência de tratamento

⁵¹ “Os PCDT (Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas) emitidos pelo Ministério de Saúde têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os PCDT, também, objetivam criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Portanto, no âmbito do CEAF, os medicamentos devem ser dispensados para os pacientes que se enquadrarem nos critérios estabelecidos no respectivo Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica” (Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/>. Acesso em: 31 maio 2016).

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n. 70068449453**, Segunda Câmara Cível. Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 27/4/2016, p. 9. (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016).

disponibilizado pelo SUS capaz de minimizar os efeitos da doença que acomete o paciente mas ainda não fornecido ao requerente, incabível a determinação judicial que imponha tal obrigação ao Estado. ((Recurso Especial n. 1.337.563 – PR (2012/0166820-7). Ministro Relator: Gurgel de Faria. Julgado em 18/4/2016).

Na decisão em questão, o ministro relator refere que, por tratar-se de medicação ainda não incorporada ao SUS, diante de situações em que inexistia tratamento na rede pública, faz-se necessária a comprovação imperiosa da necessidade e eficiência do tratamento pleiteado. Contudo, no caso em tela, o SUS fornece medicamento similar à doença do requerente, sendo que o tratamento não foi testado pelo autor.⁵³ Senso assim, entendeu o ministro que, dado que não foram esgotadas as alternativas de tratamento fornecidas pelo Sistema Único de Saúde, não merece razão o provimento do feito.

Ainda sobre o tema, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (RE 195192, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, DJ: 22/02/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma).

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.337.563 – PR (2012/0166820-7)**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em 18.04.2016, p. 03. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

No caso em tela, trata-se de tratamento médico que, além de não ser fornecido pelo SUS, não é reconhecido pela Anvisa,⁵⁴ fabricado exclusivamente nos Estados Unidos da América e na Suíça. Ainda assim, o ministro entendeu que, tendo sido comprovada a enfermidade rara e que alcança o infante e visto a ausência de medicamento eficaz fornecido pelo SUS, não pode o Estado mostrar-se omissivo à situação.⁵⁵ Restou improvido o recurso, tendo condenado o Estado a custear a medicação e o tratamento, ainda que em caráter experimental.

Após observar-se as decisões expostas, é possível que se reconheça a viabilidade de aquisição de medicamentos não elencados na lista do SUS, desde que reste comprovação da necessidade, eficácia e indicação do tratamento solicitado para a enfermidade em pauta. Isso porque, o direito fundamental à saúde não se limita às políticas públicas estabelecidas para lhe darem eficácia, mas as políticas devem adequar-se tanto ao direito fundamental à saúde quanto ao direito fundamental à boa-Administração Pública.

5 Considerações finais

O momento presente é, sem dúvida, de transformação. A figura de um Estado passivo, indiferente e incapaz de concretizar seus fins, já não satisfaz mais as expectativas de uma sociedade que, cada vez mais, dele espera uma atuação positiva

⁵⁴ “Para que um medicamento seja produzido no Brasil, necessário que a empresa esteja legalmente constituída e obedeça ao Regulamento Técnico das Boas Práticas para a Fabricação de Medicamentos. A ANVISA emite certificado por linha de produção de medicamento, ou seja, às empresas que não tenham orçamento suficiente para a produção de vários medicamentos recomenda-se a especialização, mesmo para a facilitação da emissão do certificado. Com o certificado, pode a empresa produzir o medicamento, o qual apenas terá direito à comercialização com o registro junto à ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária” (CARVALHO, Patrícia Luciane de. O acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas junto à ordem jurídica brasileira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, p. 08, jun. 2007). Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/>. Acesso em: 2 jun. 2016.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 195192. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 22/02/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma, p. 271. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>. Acesso em: 29 maio 2016.

e garantidora de direitos. Na esfera jurídica, essa tendência se materializa na forma de novos olhares sobre dogmas e conceitos antes tidos como intocáveis, mas que, em uma análise mais detida, revelam suas contradições, requerendo a elaboração de novos entendimentos, mais condizentes com a efetivação do Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, perde espaço a ideia de que o Judiciário deva ficar alheio à promoção dos princípios, objetivos e direitos consagrados na Constituição, devendo se manter inerte perante evidentes abusos por parte dos demais Poderes. Ao contrário, atualmente, cada vez mais vem se consagrando a ideia de que é somente com a atuação uniforme de todos os seus órgãos que o Estado poderá, efetivamente, concretizar os ideais constitucionais, retirando-lhes da sua previsão meramente formal.

É nesse cenário que vem à tona o controle jurisdicional dos atos administrativos, até pouco tempo tido invariavelmente sob viés restritivo, no intuito de se preservar o princípio da separação de poderes, mas que, no Estado Constitucional Contemporâneo, assume nova conotação. Exemplo claro dessa mudança é o controle jurisdicional sobre a aquisição de medicamentos, cuja viabilidade é cada vez mais aceita entre a comunidade jurídica.

Conforme visto, há muito se entendia e, alguns intérpretes ainda assim entendem, em uma análise restrita ao art. 196 da Constituição Federal, que o fornecimento de medicamentos e procedimentos de saúde limitavam-se aos inclusos na lista do Sistema Único de Saúde, tendo em vista o princípio da reserva do possível. Não haveria, portanto, espaço para revisão judicial nesse sentido, porquanto, de regra, seria intromissiva ao mérito administrativo. Decisão que legitima todo tipo de abuso.

Contudo, realizada necessária releitura dos limites de atuação judiciária nesses casos, pôde-se perceber que o receio da sua intromissão, na seara administrativa, constitui-se em cautela demasiadamente desnecessária, fundada em uma noção rasa das funções administrativas e judiciais, e de seus limites. Mais do que isso, observou-se que essa concepção é potencialmente lesiva a direitos e princípios, em especial o da boa administração

pública e direito fundamental à saúde, circunstâncias às quais o Direito não pode se amoldar.

Analisando o tema mais detida e racionalmente, por outro lado, pode-se perceber que o poder discricionário – reduzido do mérito administrativo – é complexo, não se resolvendo de maneira simplista como até pouco tempo, por grande parte da doutrina, vinha sendo apresentado. Significa dizer que é preciso entender melhor o que seja discricionariedade administrativa, não sendo suficiente a tese de que seja a liberdade dada ao administrador para realizar escolhas, de acordo com a sua subjetividade.

Os atos discricionários, conforme estudado, de fato, carregam maior espaço para a interferência dos sujeitos em suas finalidades – fator que fica bastante restringido aos atos vinculados, os quais possuem relação mais estreita com a lei. Isto, contudo, não legitima toda e qualquer escolha da Administração, fator que conduziria a arbitrariedade devida à excessiva liberdade que se lhe atribuiria.

A Administração cumpre o papel de interpretar a lei e preencher os espaços por ela deixados, intencionalmente, para o fim de melhor atender ao interesse público. Esse julgamento não é desprovido de critérios (como lei e princípios fundamentais), constituindo-se ilegítima toda decisão que a eles contrarie, ou que resulte em ação racionalmente inviável, do ponto de vista de interpretações juridicamente possíveis para casos concretos.

A efetiva discricionariedade, portanto, se constata em uma margem de apreciação legítima, das quais são juridicamente irrelevantes as escolhas disponíveis ao agente público, pois todas são racionalmente justificáveis. É somente a partir deste entendimento que se pode compreender os limites de um controle jurisdicional dos atos administrativos, que, efetivamente, busque corrigir ilegalidades (em sentido amplo) e preservar os direitos do cidadão.

No caso da aquisição de medicamentos, o fato da indisponibilidade da medicação na lista do SUS não justifica o não fornecimento. Isso porque, conforme já foi visto, a disposição normativa não restringe a aplicabilidade de um direito fundamental; ao contrário,

é esta mesma disposição que deve se adequar aos princípios e direitos fundamentais, suplementando-se quando necessário.

Ademais, conforme já visto, em matéria de aquisição de medicamentos, não se tem, propriamente, uma interpretação jurídica, tendo em vista que a pretensão articulada tem como base a argumentação médica e não jurídica. Sendo assim, não é autorizado à administração interpretar o conhecimento científico da forma que melhor lhe convir.

A administração não pode dizer que “tal medicação não é necessária ao requerente” ou que “tal medicação é melhor e mais eficaz nesse caso”, porque não se trata de matéria sujeita à sua subjetividade, mas ao conhecimento médico.

Numa compreensão mais abrangente acerca da finalidade do controle jurisdicional da atividade administrativa, percebe-se, ademais, que nem mesmo se trata de mera faculdade do Judiciário a revisão acerca da aquisição de medicamentos não elencados na lista do SUS, mas sim de uma obrigação sua. Isso porque é dever, e não opção do Judiciário, pôr fim a situações atentatórias a direitos e nitidamente ofensivas aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. Exercer o Controle Jurisdicional nesses casos, portanto, significa compreender que é também responsabilidade do Judiciário a efetivação prática, e não apenas aparente, dos ideais constitucionais.

O presente estudo conclui que não somente é admissível o controle jurisdicional da atividade administrativa, com a finalidade de garantir o direito fundamental à saúde, sem que se ofenda o princípio da separação dos Poderes, como esse controle tem sido primordial para a mudança de paradigmas, que já não são mais adequados no atual Ordenamento Constitucional brasileiro. Não pode o Direito avançar décadas e séculos apenas reproduzindo conceitos, mesmo em face de flagrante arbitrariedades que deles resultam, sem que se façam questionamentos sobre suas premissas. É somente com a superação racional das ideias, que se pode pretender a evolução do Estado em sentido amplo, buscando a justiça e, conseqüentemente, a efetiva consagração dos direitos e das garantias fundamentais.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 25. ed. Porto Alegre: Globo, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 9, nov. 2009. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/>. Acesso em: 25 maio 2016.

BASSINELLO, Greice. **Saúde coletiva**. São Paulo: Person Education do Brasil, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 2 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.337-563 – PR (2012/0166820-7)**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em 18/4/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.597-599 – CE (2016/0121591-3)**. Relator: Min. Hermann Benjamin. Julgado em 29/4/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 195192**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 22/2/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>. Acesso em 29 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento n. 71005939624**, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública. Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 24/5/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n. 70068449453**, Segunda Câmara Cível. Relator: Lúcia de Fátima

Cerveira, Julgado em 27/04/2016, p. 9. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível n. 70068449453**, Segunda Câmara Cível. Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 27/4/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 31 maio 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. O acesso a medicamentos e as patentes farmacêuticas junto à ordem jurídica brasileira. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, p. 8, jun. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/>. Acesso em: 2 jun. 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. de J. Guimarães Mengele. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CRETTELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUNHA JUNIOR, Ridley a. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional. *In*: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Mayra Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33.

ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Tonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. Novo Hamburgo, 2009.

QUEIROZ, Roosevelt Brasil. **Formação e gestão das políticas públicas**. 2. ed. Curitiba: Intersaberes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, v. 11, p. 8, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>. Acesso em: 26 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado constitucional e organização de poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

8.

A Organização das Nações Unidas e o combate à poluição causada pelo plástico

La organización de las naciones unidas y el combate a la contaminación por plásticos

Clóvis Dias de Souza*

Ícaro da Silveira Frota**

Resumo: A poluição por plásticos tem recebido crescente atenção da sociedade internacional, incluindo a preocupação de como regulamentá-la em nível global. Apesar da existência de instrumentos relevantes para combater o lixo plástico marinho, raros são os acordos internacionais que se concentrem unicamente no combate à poluição por plástico. Enquanto a produção de plástico está crescendo, nenhum instrumento internacional trata do plástico durante todo o seu ciclo de vida, da produção ao consumo e à disposição. Este artigo descreve o papel da Assembleia Ambiental das Nações Unidas e a evolução de suas resoluções sobre a poluição causada por plásticos. A mais recente resolução sobre produtos plásticos descartáveis está preparando o caminho para a comunidade global melhorar o atual quadro internacional e abordar a “crise plástica”. Isso abre questões sobre a abordagem e o escopo de uma nova estrutura. O artigo sugere que enquadrar o problema simplesmente como “lixo plástico”, “lixo marinho” ou “produto plástico descartável” vem limitando o alcance de possíveis soluções para o gerenciamento desse problema global. A reformulação do tema, partindo de um problema de lixo marinho e alcançando uma questão

* Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná), Direito Processual Penal e Ciências Penais (PUC/PR) e Língua Portuguesa (Universidade Salgado de Oliveira). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. *E-mail:* clovis@hotmail.com.

** Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, área de concentração Direito Ambiental e Sociedade. Especialista em Direito Previdenciário (Escola da Magistratura Federal – Esmafe) e Direito Material e Processual do Trabalho (Universidade de Caxias do Sul). Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. *E-mail:* isfrota@ucs.br.

mais ampla da poluição do plástico, apresenta uma oportunidade para desenvolver uma abordagem mais abrangente e, portanto, uma estrutura global mais eficaz que contempla não apenas o lixo plástico, mas também a redução da produção e do consumo de plástico.

Palavras-chave: Poluição. Plástico, Organização das Nações Unidas. UNEA. Crise plástica.

Resumen: La contaminación plástica ha recibido una atención creciente de la sociedad internacional, incluidas las preocupaciones sobre cómo regularla a nivel mundial. A pesar de la existencia de instrumentos relevantes para combatir los desechos plásticos marinos, los acuerdos internacionales que se centran únicamente en combatir la contaminación plástica son raros. Mientras la producción de plástico está creciendo, ningún instrumento internacional se ocupa del plástico a lo largo de su ciclo de vida, desde la producción hasta el consumo y está disponible. Este artículo describe el papel de la Asamblea Ambiental de las Naciones Unidas y la evolución de sus resoluciones sobre la contaminación causada por los plásticos. La última resolución sobre productos plásticos desechables está allanando el camino para que la comunidad mundial mejore el entorno internacional actual y aborde la “crisis plástica”. Esto abre preguntas sobre el enfoque y el alcance de una nueva estructura. El artículo sugiere que enmarcar el problema simplemente como “desecho plástico”, “desecho marino” o “producto plástico desechable” ha limitado el alcance de posibles soluciones para manejar este problema global. La reformulación del tema, comenzando por un problema de desechos marinos y llegando a un problema más amplio de contaminación plástica, presenta una oportunidad para desarrollar un enfoque más integral y, por lo tanto, una estructura global más efectiva que contemple no solo los desechos plásticos, sino También la reducción de la producción y el consumo de plástico.

Palabras clave: plástico. Contaminación. Organización de las Naciones Unidas. UNEA. Crisis plástica.

Introdução

A alegação de que os oceanos abrigarão mais detritos plásticos do que peixes em 2050 catalisou a atenção internacional

para a questão da poluição marinha por lixo plástico.³ Estima-se que entre 5 e 13 milhões de toneladas de plástico contaminem os oceanos a cada ano, o equivalente a um caminhão de lixo a cada minuto.⁴ Se continuarmos indiferentes a esse cenário, os oceanos certamente abrigarão mais plásticos do que peixes até 2050.

O problema da poluição dos oceanos por plásticos tem atraído grandes campanhas internacionais, a atenção da mídia e ações entre Estados. Em 2017, a ONU declarou “guerra aos plásticos nos oceanos”, lançando uma campanha chamada *Mares Limpos*,⁵ enquanto o Grupo dos Vinte (G20) acordaram o *Plano de Ação do G20 sobre Lixo Marinho*.⁶ Em 2018, vários países anunciaram iniciativas de cooperação para combater a poluição oceânica por plásticos, como a *Aliança da Comunidade das Nações para a Limpeza dos Mares*, liderada pelo Reino Unido e por Vanuatu, e a *Carta sobre o Plástico nos Oceanos*, expedida pelo Grupo dos Sete (G7).⁷

No entanto, a poluição por plásticos nos oceanos é apenas um capítulo, embora importante, desse problema global que é a poluição causada por plásticos. Erik Solheim, diretor executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), declarou a poluição por plásticos como *Uma emergência global que afeta todos os aspectos de nossas vidas*.⁸ O tema para o Dia Mundial do Meio Ambiente de 2018 – *Acabe com a Poluição Plástica* – ilustra

³ Fundação Ellen MacArthur. **A Nova Economia do Plástico**: Repensando o Futuro do Plástico. Sumário Executivo, 2016. Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/NPEC-portuguese_1.pdf Acesso em: 15 nov. 2019.

⁴ GEYER, Roland; JAMBECK, Jenna R.; LAW, Kara Lavender. Production, use, and fate of all plastics ever made. **Science Advances**, v. 3, n. 7, 2017.

⁵ ONU Meio Ambiente. **UN Declares War on Ocean Plastic**, 2017. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/press-release/un-declares-war-ocean-plastic-o> Acesso em: 15 nov. 2019.

⁶ Declaração dos Líderes do G20 – **Moldando um Mundo Interconectado**. Ministério das Relações Exteriores, Assessoria de Imprensa do Gabinete. Nota n. 221. 8 de julho de 2017.

⁷ G7. **Ocean Plastics Charter**, Charlevoix, 2018, em https://www.consilium.europa.eu/media/40516/charlevoix_oceans_plastic_charter_en.pdf

⁸ ONU Meio Ambiente. **India to Host World Environment Day 2018**. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/node/21010>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ainda mais a crescente conscientização da poluição por plásticos entre a comunidade internacional.⁹

Enquanto imagens de plásticos flutuando nos oceanos ou poluindo as areias das praias contribuem para aumentar a atenção global, a verdadeira quantidade de plásticos nos oceanos é subestimada, pois pesquisas apontam que até 94% de todo o plástico oceânico encontram-se no leito do mar.¹⁰ Além disso, a poluição causada pelo plástico não é apenas uma questão marinha, e ao usar expressões como “detritos marinhos” ou “lixo marinho” corre-se o risco de excluir a maior fonte de poluição, que é a produção maciça de plástico, além de encobrir seus impactos menos visíveis. Outros aspectos da poluição plástica nem sempre são tão evidentes, como a existência de componentes químicos perigosos. Estes, no entanto, também afetam a qualidade da água, do solo e do ar.

Além disso, o plástico espalhado pelos oceanos é apenas uma parte do impacto negativo que o plástico exerce sobre o meio ambiente. O plástico é quase inteiramente produzido a partir de combustíveis fósseis. Portanto, o impacto da poluição do plástico não começa nos oceanos, mas resulta da extração da matéria-prima, da produção e do uso do plástico em todo o seu ciclo de vida.

Apesar da crescente conscientização global sobre a poluição causada pelo plástico, a produção de plástico deve crescer ainda mais. O plástico é produzido quase que inteiramente a partir do petróleo, uma matéria-prima fóssil. Como a extração de combustíveis fósseis e a produção de plásticos estão interligadas, a produção de plástico está concentrada geograficamente em áreas de extração de combustíveis fósseis e depende dos custos desses materiais. Além disso, os principais produtores de combustíveis fósseis são proprietários de empresas de plásticos e os principais produtores de plásticos são proprietários de empresas de petróleo e de gás.

⁹ ONU Meio Ambiente. Dia Mundial do Meio Ambiente 2018. **Acabe com a Poluição Plástica**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/meioambiente/2018-2/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁰ Eunomia Research & Consulting Ltd. **Plastics in the Marine Environment**, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/Plastics-in-the-Marine-Environment.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

A capacidade global de produção de etileno e de propileno – os produtos químicos básicos mais importantes para a produção de plástico – deverá aumentar de 33% a 36% até 2025.

A poluição causada por plásticos é onipresente, persistente e tem impactos transfronteiriços, e a questão de sua regulamentação surgiu como um novo desafio global.¹¹ À medida que a comunidade internacional avança para combater a poluição do plástico, ainda há grandes lacunas a serem enfrentadas, começando com a inexistência de um instrumento ou de uma instituição global com atribuições específicas sobre a poluição do plástico, desde a sua origem, a extração da matéria-prima, passando pelo projeto e uso dos polímeros e aditivos para o tratamento, até o descarte final.

I Instrumentos internacionais relacionados à poluição do plástico

Embora um número considerável de instrumentos internacionais possa ser aplicado à poluição marinha causada pelo plástico, raros são os instrumentos que se concentram especificamente na poluição plástica. Os regimes legais internacionais, como a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável¹² ou a Estratégia de Honolulu,¹³ tiveram um impacto limitado no combate à poluição plástica dos oceanos. Quando comparado a outros campos de regulamentação ambiental, é particularmente notável a falta de normas cogentes para a redução da poluição por plástico, assim como a estipulação de prazos obrigatórios.

Vários instrumentos vinculativos abordam a poluição

¹¹ JEFTIC, L.; SHEAVLY S.; ADLER E. **Lixo Marinho: um Desafio Global**. PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, p. 2009.

¹² Assembleia Geral das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: Agenda 2030 para um Desenvolvimento Sustentável**. UN Doc. A/RES/70/1 (25/9/2015).

¹³ A Estratégia de Honolulu é um compromisso elaborado por 38 países durante a 5ª Conferência Internacional de Detritos Marinhos realizada no Havaí em 2011. Disponível em <https://www.unenvironment.org/resources/report/honolulu-strategy>. Acesso em: 15 nov. 2019.

causada por navios. Isto inclui a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL),¹⁴ e a Convenção de Londres.¹⁵ Embora esses instrumentos tenham sido relativamente bem-sucedidos, embora parcialmente prejudicados em sua implementação, eles são extremamente limitados ao abordar a questão da poluição marinha por plásticos, principalmente quando avaliados da perspectiva do ciclo de vida do plástico.

Outros instrumentos aplicam-se à poluição marinha de maneira mais ampla, abordando a poluição independentemente da fonte, incluindo a poluição de origem terrestre. Digna de nota, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) é o único instrumento específico de poluição marinha que inclui regulamentos sobre poluição de origem terrestre.¹⁶ A poluição causada por plásticos pode se enquadrar no art.194 ou no art. 207 da CNUDM.

Art. 194. Os Estados devem tomar, individual ou conjuntamente, como apropriado, todas as medidas compatíveis com a presente Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, qualquer que seja a sua fonte, utilizando para este fim os meios mais viáveis de que disponham e de conformidade com as suas possibilidades, e devem esforçar-se por harmonizar as suas políticas a esse respeito.

A CNUDM obriga os Estados a tomarem medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho. No

¹⁴ Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, criado em 1973 e alterado pelo Protocolo de 1978. 1340 UNTS 184. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/marpol>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁵ A Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias (Convenção de Londres) foi adotada em 13 de novembro de 1972, sob os auspícios da Organização Marítima Internacional (OMI) e entrou em vigor em 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1980-1984/D87566.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁶ A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) foi celebrada sob os auspícios da ONU em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 nov. 2019.

entanto, os plásticos só se enquadram na lista de tipos específicos de poluições que os Estados devem combater, se forem consideradas substâncias tóxicas, prejudiciais ou nocivas.

O art. 207 da CNUDM, por sua vez, exige que os Estados tomem medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição proveniente de fontes terrestres:

Art. 207. Os Estados devem adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de fontes terrestres, incluindo rios, estuários, dutos e instalações de descarga, tendo em conta regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados e internacionalmente acordados.

O alcance desta última disposição, no entanto, é limitado pela referência a “regras e normas, bem como práticas e procedimentos recomendados e internacionalmente acordados”. Portanto, embora a CNUDM se beneficie de um sofisticado mecanismo em conformidade com o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, essa lacuna no tratamento de plásticos, juntamente com as obrigações bastante amplas e genéricas do art. 207 da CNUDM, impediu, uma alteração substancial na questão da poluição causada pelo plástico.

Além disso, outros instrumentos potencialmente aplicáveis ou falharam em obter um número significativo de ratificações,¹⁷ ou são aplicáveis apenas a determinados produtos químicos utilizados na produção de plásticos¹⁸ ou a aditivos de plástico considerados perigosos.¹⁹ Os instrumentos internacionais cujo

¹⁷ A Convenção das Nações Unidas sobre a Lei de Usos Não Navegáveis de Rios Internacionais foi adotada em 21 de maio de 1997 e entrou em vigor em 17 de agosto de 2014. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁸ A Convenção de Estocolmo sobre os Poluentes Orgânicos Persistentes (Convenção POPs) foi adotada em 22 de maio de 2001 e entrou em vigor em 17 de maio de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5472.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁹ A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito foi adotada em 22 de março de

objeto principal é a proteção de determinadas espécies²⁰ ou da biodiversidade podem ser aplicados aos detritos marinhos de plástico. Entretanto, as disposições relevantes ou as subseqüentes decisões, embasadas nessas regras internacionais e relacionadas ao plástico, não são normas imperativas do direito internacional.

Mesmo concordando com a “solução dos trinta por cento” de Daniel Bodansky,²¹ que postula que o direito internacional pode contribuir com apenas 30% da solução para qualquer questão ambiental, deve-se concluir que o direito internacional não está nem próximo de contribuir com 30% da solução para a questão da poluição causada pelos plásticos.²² Fechar essa lacuna exige uma abordagem específica sobre a poluição do plástico, independentemente da fonte ou de sua toxicidade, e estabelecer limites obrigatórios, assim como estabelecer metas e prazos de redução.

2 Como a Assembleia Ambiental das Nações Unidas (UNEA) está avançando no combate à poluição plástica

2.1 O papel da UNEA

Em 2013, a Assembleia das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEA) tornou-se a sucessora do Conselho de Administração do PNUMA, cuja competência era promover a cooperação

1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do875.htm#_blank. Acesso em: 15 nov. 2019.

²⁰ United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks. Adotado em 4 de agosto de 1995. Disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI7&chapter=21&clang=_en. Acesso em: 15 nov. 2019.

²¹ BODANSKY, Daniel. **The art and craft of international environmental law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

²² TROUWBORST, Arie. Managing marine litter: exploring the evolving role of international and european law in confronting a persistent environmental problem. **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 27, n. 73, p. 17, 2011.

internacional e impulsionar políticas ambientais desde 1972. A UNEA herdou a abrangência universal do Conselho de Administração, transformando-se no corpo político da comunidade internacional em questões ambientais.

Apesar de suas resoluções não serem consideradas normas cogentes, a UNEA se beneficia de sua participação global e de sua abertura à sociedade civil com a participação de outras partes interessadas, e está em uma posição fundamental, para influenciar e definir a agenda ambiental global e contribuir para a coerência da governança ambiental internacional.

2.2 UNEA-1: Resíduos plásticos e microplásticos marinhos

Em 2014, o PNUMA realizou sua primeira Assembleia das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEA-1), com o tema: “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e a Agenda de Desenvolvimento Pós-2015, incluindo Consumo e Produção Sustentáveis”.

Liderada por uma proposta da Noruega, a UNEA-1 adotou uma resolução intitulada “Resíduos Plásticos e Microplásticos Marinhos”. A resolução começa com uma referência sobre “O Futuro Que Queremos” – o documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável que expressa preocupação com a “poluição marinha, incluindo detritos marinhos, especialmente plásticos”. O preâmbulo da resolução conclui observando o sério impacto que a poluição nos oceanos pode ter sobre: (i) o ambiente marinho; (ii) a pesca, o turismo e a economia; (iii) os recursos naturais marinhos; e (iv) os riscos potenciais para a saúde humana.²³ Além disso, a resolução identifica explicitamente o mar e a terra como fontes de poluição plástica.

Na resolução, os plásticos são reconhecidos como um “problema que cresce rapidamente”, causado tanto pelo seu uso

²³ Resolução 1/6 adotada pela 1ª Assembleia das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Unea-1) do Programa das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (Pnuma) na sessão de 27 de junho de 2014. Disponível em: <http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17285/K1402364.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2019.

crescente quanto pelo seu gerenciamento e descarte inadequados, bem como pela fragmentação progressiva do plástico em microplásticos. A UNEA-1 reconhece ainda que os microplásticos não são apenas criados pela fragmentação do plástico, mas também podem derivar de outras fontes, incluindo as “emissões industriais e o escoamento do uso de produtos” que os contêm.

Aprofundando o que foi estabelecido no preâmbulo da resolução, esta descreve ainda o impacto do plástico, especialmente o microplástico, na saúde humana, reconhecendo que substâncias tóxicas como os Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs) podem estar contidos nos microplásticos.

Devido à sua razão superfície/volume, os microplásticos são particularmente propensos a absorver substâncias tóxicas da água do mar, especialmente os POPs, tornando-se um veículo para essas substâncias, que podem ser ingeridas e entrar na cadeia alimentar marinha, atingindo e afetando os seres humanos e causando efeitos adversos sobre a biodiversidade, os ecossistemas marinhos e a saúde humana.

Apesar da ênfase na abordagem preventiva e no reconhecimento da necessidade de ações urgentes que enfoquem os plásticos e os microplásticos diretamente “na fonte”, a resolução concentra-se em abordagens de soluções de resíduos, identificando como risco, entre outros, o “gerenciamento e descarte inadequados”, e propõe como ações de resposta à redução da poluição por meio de uma melhor gestão de resíduos e limpeza.

A resolução da UNEA-1 acolhe positivamente os acordos e os programas regionais e internacionais, encoraja planos de ação em nível nacional e regional para reduzir o lixo marinho e incentiva os governos a agir de maneira abrangente, inclusive com a aplicação de acordos internacionais, indicando um possível papel de coordenação do PNUMA na abordagem da poluição marinha causada pelo plástico em nível internacional.

Com relação a possíveis trabalhos futuros, os Estados-membros solicitaram ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) que, entre outros, realizasse um estudo sobre detritos plásticos e microplásticos marinhos para apresentar na

segunda sessão da UNEA. As atribuições do estudo foram identificar: (i) principais fontes de detritos plásticos e microplásticos marinhos; (ii) medidas para impedir a acumulação e minimizar o nível de microplásticos no meio marinho; (iii) recomendações para ações urgentes; e (iv) necessidades de pesquisa sobre impactos ambientais e na saúde humana.

2.3 Progresso entre UNEA-1 e UNEA-2: um estudo para orientar a mudança de políticas

O estudo solicitado pela resolução da UNEA-1 sobre resíduos de plásticos e microplásticos marinhos foi publicado em 2016, antes da segunda reunião da UNEA-2, sob o título “Resíduos Plásticos e Microplásticos Marinhos: Lições e Pesquisas Globais para Inspirar Ações e Guiar Mudanças de Políticas”.²⁴ Como solução em curto prazo, o estudo identifica uma melhora na coleta de resíduos, destacando a relevância dos esforços de prevenção. No que diz respeito às soluções de longo prazo, o estudo propõe um aperfeiçoamento na governança, juntamente com as mudanças comportamentais e do próprio sistema produtivo, incluindo melhores padrões de produção e consumo sustentáveis.

O estudo recomenda ainda o fortalecimento da implementação dos acordos existentes, regionais e internacionais, e a revisão das estruturas existentes com o objetivo de identificar sinergias, lacunas e soluções regionais e globais.

Enquanto a resolução da UNEA-1 sobre Detritos Plásticos e Microplásticos Marinhos menciona uma abordagem preventiva, o estudo vai além, recomendando o uso do princípio da precaução, incluindo, entre outros, a proibição ou redução radical de itens de plástico descartáveis, a promoção de medidas que reduzam o uso de plásticos (como um regime de responsabilidade alargada do produtor) e o incentivo a uma produção e a um consumo mais sustentáveis.

²⁴ PNUMA. **Marine Plastic Debris and Microplastics: Global Lessons and Research to Inspire Action and Guide Policy Change** (UNEP 2016). Disponível em: <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/7720>. Acesso em: 15 nov. 2019.

2.4 UNEA-2: lixo plástico e microplásticos marinhos

Na UNEA-2, em 2016, a Noruega desempenhou um papel de liderança no avanço do processo iniciado na UNEA-1, propondo outra resolução sobre detritos plásticos marinhos, reformulada como “Lixo Plástico e Microplásticos Marinhos”.²⁵ Com base na resolução anterior e em seu estudo, a resolução da UNEA-2 refere-se à Resolução n.70/235 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre Oceanos e Direito do Mar, bem como à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que visa prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha até 2025.

A resolução descreve lixo plástico e microplásticos como um “problema sério e crescente de preocupação global”, acrescentando ser necessária uma resposta global urgente, levando em consideração uma abordagem de todo o ciclo de vida do produto. Isso implica que as soluções, em âmbito global, devem abordar não apenas o descarte do plástico, mas também a sua produção.

Além disso, a Resolução da UNEA-2 não apenas reconhece o papel e o trabalho de outros órgãos, como a Organização Marítima Internacional (OMI) e a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), como também abre caminho para uma estrutura internacional mais aprimorada, instando o fortalecimento de medidas regionais, nacionais e internacionais. A resolução identifica ainda a prevenção e a gestão ambientalmente saudáveis de resíduos como medidas cruciais necessárias para combater com êxito a poluição marinha em longo prazo. A prevenção é um tema recorrente, com o apelo aos Estados-membros para estabelecer e implementar políticas, estruturas e medidas que sejam consistentes com a “hierarquia dos resíduos”, a qual estabelece que a prevenção tem prioridade nas políticas e nas legislações sobre resíduos, seguida da redução através da reutilização, da reciclagem, da recuperação e do descarte.

A resolução da UNEA-2 contribuiu para dar início a uma

²⁵ UNEA. Resolução n. 2/11, Lixo Plástico e Microplásticos Marinhos. UN Doc. UNEP/EA.2/Res.11. Disponível em: <https://web.unep.org/environment-assembly/node/41228>. Acesso em: 15 nov. 2019.

discussão global sobre estratégias de governança internacional, para lidar com a poluição marinha e com a crise do plástico. Na resolução, foi solicitado ao PNUMA que desenvolvesse uma avaliação da eficácia das estratégias e abordagens internacionais, regionais e sub-regionais de governança, relevantes para combater o lixo plástico marinho e os microplásticos, levando em consideração os marcos regulatórios internacionais, regionais e sub-regionais relevantes e identificando possíveis lacunas e opções para abordá-los.

2.5 Progresso entre UNEA-2 e UNEA-3: uma análise das estratégias de governança

O relatório “Combatendo o Lixo Plástico Marinho e os Microplásticos: uma Avaliação da Eficiência das Estratégias e Abordagens de Governança Internacional, Regional e Sub-regional”, apresentado na terceira reunião da UNEA em 2017 (UNEA-3), analisa 18 instrumentos internacionais e 36 instrumentos regionais e identifica inúmeras lacunas na governança global, bem como três opções de resposta. Os instrumentos internacionais analisados no relatório são categorizados em três grupos, de acordo com a orientação principal de suas atribuições: (i) acordos sobre poluição; (ii) acordos sobre biodiversidade e espécies; e (iii) acordos sobre produtos químicos e resíduos.

A primeira lacuna na governança internacional é a falta de uma instituição global cuja atribuição se concentre na coordenação dos esforços já existentes e no gerenciamento do lixo plástico marinho e dos microplásticos ao longo de seu ciclo de vida, passando pela extração da matéria-prima, pelo desenvolvimento e pela utilização do polímero e dos aditivos, até o descarte final. Em segundo lugar, há uma falta de normas internacionais cogentes destinadas a mitigar a poluição de plásticos, em particular os resíduos de plásticos originários de fontes terrestres. A avaliação também identifica lacunas no desenvolvimento de acordos internacionais, em regiões estratégicas para o gerenciamento da poluição terrestre, e sugere uma cobertura mais ampla

dos acordos existentes, hoje fragmentados, não apenas em alto mar, mas também em águas internas e em bacias hidrográficas.

Entre outras lacunas, os riscos potenciais para a saúde humana são insuficientemente reconhecidos em nível internacional, especialmente os impactos dos micro e dos nanoplásticos, com uma fraca implementação do princípio da precaução. Além disso, o desrespeito generalizado aos princípios da devida diligência²⁶ e do poluidor-pagador²⁷ pelos setores relevantes da indústria leva a uma externalização dos custos da poluição.

O relatório identifica três estratégias de governança para combater o lixo marinho e os microplásticos: (1) a prolongação do *status quo*, o que não é recomendado; (2) a revisão e a ampliação das atuais atribuições, a fim de fortalecer a coordenação das instituições existentes que lidam com o lixo marinho e com os microplásticos, estabelecendo um mecanismo abrangente em nível internacional, bem como a inclusão de compromissos das indústrias globais; e (3) o desenvolvimento de uma nova arquitetura internacional de normas com efeitos vinculantes.

A conclusão do relatório expressa a necessidade de investigar a poluição desde a sua origem, indicando que isso é menos custoso do que os posteriores esforços de mitigação e remoção da poluição. O desenvolvimento de soluções deve aplicar a hierarquia dos resíduos, descrita com os 6 R's: Reduzir, Redesenhar, Recusar, Reutilizar, Reciclar e Recuperar. Por fim, o relatório recomenda à UNEA-3 a implementação de soluções de governança que tenham uma abordagem holística do ciclo de vida do plástico.

2.6 UNEA-3: lixo marinho e microplásticos

Em dezembro de 2017, os Estados-membros se reuniram para a UNEA-3. A Noruega, com base nas resoluções anteriores sobre

²⁶ O Princípio da Devida Diligência prescreve o procedimento preventivo que deve ser adotado por empresas e corporações na identificação de possíveis impactos ambientais gerados por suas ações.

²⁷ O Princípio do Poluidor-Pagador consiste na obrigação do poluidor de arcar com os custos da reparação do dano por ele causado ao meio ambiente.

poluição marinha causada por plásticos, defendeu a adoção de nova uma resolução sobre lixo marinho e microplásticos e os adeptos salientaram o papel de liderança da UNEA para uma abordagem global do problema.

A resolução reconhece a contribuição das resoluções anteriores da UNEA, para atingir o Objetivo 14 de Desenvolvimento Sustentável sobre a redução da poluição marinha até 2025 e menciona outras iniciativas internacionais que ilustram a crescente conscientização dos países sobre a poluição marinha, como os compromissos tomados nas Conferências *Our Ocean*²⁸ e no Plano de Ação do G20 sobre o Lixo Marinho,²⁹ adotado no mesmo ano.

Apesar da ausência da palavra “plástico” no título, o objeto da resolução emerge de seu texto: o preâmbulo expressa preocupação com o rápido crescimento do lixo plástico marinho, além dos impactos negativos previstos para o meio ambiente, para a economia e para a sociedade, incluindo os efeitos do micro e do nanoplástico no ambiente marinho e na saúde humana. Além disso, ao enfatizar que as ações preventivas por meio da minimização de resíduos “devem receber a máxima prioridade”, a resolução menciona que a produção e o consumo de plástico estão crescendo e recomenda a redução do uso desnecessário do plástico, juntamente com a promoção de alternativas. São sugeridos planos de ação que evitem a produção do lixo marinho e dos microplásticos, bem como a reutilização e a reciclagem.

Reconheceu a sociedade civil e os produtores de plástico como tendo um papel fundamental nesse problema. O primeiro, na prevenção e redução do lixo marinho e na promoção de medidas que incluem a conscientização e o compartilhamento

²⁸ A série de Conferências *Our Ocean* foi iniciada pelo governo dos EUA com a reunião de indivíduos, especialistas, profissionais, advogados, legisladores e organizações internacionais de quase 90 países para examinar questões sobre áreas marinhas protegidas, pesca sustentável, poluição marinha e impactos relacionados ao clima no oceano.

²⁹ OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Cúpula de Hamburg, Alemanha, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/g20/summits/osaka/OECD-G20-Paper-Resource-Efficiency-and-Marine-Plastics.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

de informações. Os produtores, assim como os importadores, os varejistas, as indústrias de bens de consumo e outros atores privados importantes na cadeia de oferta, têm um papel essencial na redução do lixo marinho e dos microplásticos, especialmente por meio da responsabilidade alargada do produtor³⁰ ou da implantação de sistemas de depósito/reembolso.³¹ Além disso, o PNUMA também é reconhecido como tendo um papel fundamental na implementação das resoluções anteriores e no apoio aos Estados-membros, incluindo o desenvolvimento de planos de ação regionais e nacionais, para combater o lixo marinho e os microplásticos, promovendo o acesso a dados sobre as fontes de poluição marinha e a coordenação com outras agências das Nações Unidas.

A resolução também convida outras organizações e convenções regionais e internacionais a fortalecer e coordenar suas ações na prevenção e na redução do lixo marinho e dos microplásticos. Embora isso ilustre o papel estratégico que o PNUMA pode desempenhar no fortalecimento coordenado da regulamentação internacional, ela também destaca como o PNUMA é limitado pelas atribuições de outros instrumentos e pela ausência de um mecanismo abrangente de coordenação.

Como mencionado anteriormente, apesar da ausência da palavra “plástico” no título da resolução UNEA-3, o termo surge novamente como objeto principal do trabalho proposto ao Grupo de Especialistas, que remete à redação da Resolução da UNEA-2: “Lixo Plástico e Microplásticos Marinhos”.

O programa de trabalho do Grupo de Especialistas sobre lixo plástico e microplásticos marinhos inclui:

³⁰ Responsabilidade Alargada do Produtor consiste em atribuir ao produtor do produto, física e ou financeiramente, a responsabilidade pelos impactos ambientais e pela produção de resíduos decorrentes do processo produtivo e da posterior utilização dos respectivos produtos, bem como da sua gestão quando atingem o final de vida.

³¹ Depósito/Reembolso é um sistema onde há um depósito monetário prévio feito pelo consumidor ao adquirir um produto no ponto de venda, referente ao recipiente reaproveitável. Quando o recipiente é devolvido ao revendedor, o depósito é parcial ou totalmente reembolsado ao consumidor.

(i) explorar todas as barreiras ao combate ao lixo marinho e aos microplásticos, incluindo desafios relacionados a recursos em países em desenvolvimento; (ii) identificar o leque de opções de respostas regionais, nacionais e internacionais, incluindo ações e abordagens inovadoras, estratégias e abordagens de governança voluntárias e juridicamente vinculantes; (iii) identificar custos e benefícios ambientais, sociais e econômicos de diferentes opções de resposta; e (iv) examinar a viabilidade e eficácia de diferentes opções de resposta.

2.7 Progresso entre UNEA-3 e UNEA-4: o trabalho do Grupo de Especialistas sobre o Lixo Plástico Marinho e os Microplásticos

O Grupo de Especialistas, de acordo com a resolução da UNEA-3 sobre Lixo Marinho e Microplásticos, foi estabelecido para se reunir por um máximo de duas reuniões antes da UNEA-4. O Grupo de Especialistas reflete os papéis de diferentes atores reconhecidos na resolução da UNEA-3, e não apenas especialistas dos Estados-membros, mas também convenções e organizações regionais e internacionais, bem como outras partes interessadas participaram da reunião.

Em sua primeira reunião, ocorrida em maio de 2018, os especialistas foram convidados a expressar suas opiniões sobre: barreiras para combater o lixo marinho e os microplásticos; opções de resposta nacionais, regionais e internacionais; custos e benefícios ambientais, sociais e econômicos; e a viabilidade e a eficácia das diferentes opções de resposta.³² O PNUMA também apresentou quatro documentos de discussão.³³

³² PNUMA, Provisional Agenda. UN Doc. UNEP/AHEG/2018/1/1, 11 de abril de 2018. Disponível em: <https://papersmart.unon.org/resolution/uploads/k1801471.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

³³ United Nations Environment Assembly, Papersmart Portal, Official Documents, Disponível em: <https://papersmart.unon.org/resolution/adhoc-oee-g-working-documents>. Acesso em: 15 nov. 2019

O primeiro documento de discussão apresentado pelo PNUMA indica a falta de coordenação entre as instituições existentes que abordam o lixo marinho e os microplásticos como um problema global. Reforçando as conclusões do relatório de avaliação preparado para a UNEA-3, o documento afirma que não há uma instituição global para gerenciar a questão do plástico em todo o seu ciclo de vida, desde a extração da matéria-prima, as fases de projeto, de uso de polímeros e de aditivos até o tratamento e o descarte final do plástico. Entre as barreiras legais para combater o lixo marinho e os microplásticos em nível internacional, o PNUMA identifica a ausência de um acordo internacional com eficácia vinculativa cuja atribuição principal é a redução de plásticos marinhos e microplásticos. Aponta também a ausência de regulamentos que reduzam a produção de certos plásticos (como plásticos desnecessários, descartáveis e difíceis de reciclar) e a insuficiência de incentivos à participação da indústria na busca por soluções.

Em seu segundo documento sobre as possíveis opções de resposta ao lixo marinho e aos microplásticos, a PNUMA descreve possíveis respostas legais para níveis: regionais, nacionais e internacionais, baseado no relatório de avaliação preparado para a UNEA-3. Em nível global, foram apresentadas opções de resposta tanto voluntárias quanto impositivas. Por um lado, as opções vinculativas incluem a possibilidade de fortalecer os instrumentos internacionais existentes no campo do lixo plástico marinho e/ou desenvolver uma nova estrutura de normas cogentes. Por outro lado, as possíveis soluções voluntárias incluem parcerias, padrões industriais voluntários e um mecanismo de coordenação.

Ao analisar melhor as três opções, o terceiro documento do PNUMA ilustra os custos e os benefícios no combate ao lixo marinho e aos microplásticos. Após uma divisão em categorias sociais, econômicas e ambientais, o Grupo de Especialistas ficou encarregado de considerar outros elementos e a recomendação de que “ações coordenadas sejam incentivadas para maximizar o uso dos recursos disponíveis e evitar ações redundantes” e que as medidas escolhidas devem abranger todos os níveis: regional, nacional e internacional.

O quarto documento do PNUMA sobre a viabilidade e a eficácia das opções propostas considera que as opções com cunho voluntárias são técnica e politicamente viáveis. No entanto, a falta de força de sua aplicabilidade pode prejudicar a sua eficácia, especialmente se um número insuficiente de atores participar da iniciativa. Por outro lado, criar uma nova estrutura legal internacional com força vinculativa pode ser politicamente inviável, porque exige a vontade política dos Estados em ratificar um novo instrumento. No entanto, essa opção seria a mais eficaz no tratamento global do lixo marinho e dos microplásticos, especialmente se incluir um mecanismo de adequação.

As opções acima mencionadas são consideradas pelo Grupo de Especialistas como não excludentes entre si, sendo partes de um processo de duas etapas. Além de contribuir com recomendações para a UNEA-4, o trabalho do Grupo de Especialistas também teve o objetivo de influenciar o desenvolvimento do quadro regulatório internacional. Por exemplo, o primeiro documento do PNUMA vincula a questão da poluição plástica em sua produção aos subsídios dados à extração de combustíveis fósseis, que reduzem artificialmente os custos da produção do plástico. Essa contradição foi destacada várias vezes durante a primeira reunião do Grupo de Especialistas em maio de 2018, implicando a necessidade de uma abordagem mais holística para a estrutura prevista. No entanto, uma avaliação dos documentos do PNUMA revela um desequilíbrio: o foco das recomendações e sugestões é claramente sobre os esforços sobre o gerenciamento de resíduos e soluções tecnológicas. As opções preferenciais em relação à hierarquia dos resíduos – prevenção, reutilização e reciclagem – e considerações sobre a responsabilidade alargada do produtor estão quase totalmente ausentes dos documentos do PNUMA.

2.8 UNEA-4: combatendo a poluição causada por produtos plásticos descartáveis

A UNEA-4 ocorreu em março de 2019 em Nairóbi, Quênia, com os temas “Soluções Inovadoras para os Desafios Ambientais”

e “Consumo e Produção Sustentáveis”. A conferência atraiu um número recorde de participantes, com cinco Chefes de Estado e de governo, 157 ministros e vice-ministros do Meio Ambiente e quase 5.000 participantes de 179 países. Os ministros adotaram uma Declaração Ministerial com o compromisso de reduzir significativamente os produtos plásticos descartáveis até 2030 e a apoiar uma estratégia global de dados ambientais do PNUMA até 2025, juntamente com 26 resoluções e decisões.

Na UNEA-4, os Estados-membros consideraram aumentar a ação internacional para deter a poluição causada por plásticos. Proposta pela Noruega, Japão e Sri Lanka, a resolução “Lixo Plástico Marinho e Microplásticos” buscou fortalecer a cooperação e a coordenação internacional nessa questão, inclusive considerando um possível novo acordo com normas imperativas.

A resolução mais relevante adotada na UNEA-4, considerada um grande avanço no combate à “crise plástica”, foi proposta pela Índia. Intitulada “Combatendo a Contaminação Causada por Produtos Plásticos Descartáveis”, a resolução procurou promover a eliminação progressiva de plásticos descartáveis em todo o Planeta. Seu preâmbulo, ao expressar preocupação com a ineficácia da atual gestão dos produtos plásticos descartáveis, traz a catastrófica previsão de que, em 2050, haverá aproximadamente 12 bilhões de toneladas de lixo plástico em aterros e no meio ambiente.

A resolução incentiva os Estados-membros a desenvolverem e aplicarem medidas para combater os impactos ambientais causados por produtos plásticos descartáveis, adotando medidas amplas para combater os resíduos de plástico. Ademais, incentiva os Estados-membros a desenvolverem e a colaborarem como o setor privado, para que este também desenvolva alternativas ambientalmente seguras para os produtos plásticos descartáveis, devendo-se levar em conta as consequências advindas de todo o ciclo de vida dessas alternativas.

Os governos dos Estados-membros e o setor privado foram instados pela resolução a promover o uso mais eficaz dos recursos em todo o ciclo de vida do plástico, desde a sua produção até o descarte final, incentivando também ações de educação

ambiental sobre as alternativas sustentáveis aos produtos descartáveis de plástico.

Em seus termos finais, a resolução convida os Estados-membros, as organizações internacionais, a comunidade científica, as organizações não governamentais e o setor privado a melhorar a cooperação, visando o desenvolvimento de alternativas aos produtos descartáveis de plástico.

Apesar da ampla aceitação por parte da maioria dos países de que são necessárias ações urgentes, ambiciosas e globais para lidar com o plástico em todo o seu ciclo de vida – da produção ao uso até o descarte –, uma pequena minoria dos participantes, liderada pelos Estados Unidos, bloqueou textos ambiciosos e atrasou as negociações na UNEA-4. Apoiada por um forte *lobby* da indústria, com bilhões de dólares investidos em construção petroquímica, para expandir drasticamente a produção de plástico, a delegação dos EUA conseguiu impedir o progresso e diluir as resoluções, ações que foram fortemente opostas por muitos países, incluindo os mais afetados pela poluição por plásticos, como Filipinas, Malásia e Senegal.³⁴

Os Estados-membros favoráveis a uma ação mais protecionista asseguraram, no entanto, os elementos básicos que permitirá a construção de ações futuras, com base no consenso que surgiu entre a maioria dos países durante as discussões.

Mais importante ainda, o mandato do Grupo de Especialistas estabelecido na UNEA-3 foi estendido para continuar seu trabalho, inclusive através da identificação de recursos ou mecanismos técnicos e financeiros, e para relatar seu progresso na consideração das opções de resposta na UNEA-5 em fevereiro de 2021. A extensão deste mandato mantém o plástico na agenda internacional e oferece uma oportunidade para considerar um futuro acordo juridicamente vinculativo.

³⁴ LAVILLE, Sandra. US accused of blocking ambitious global action against plastic pollution. *The Guardian*, n.15, mar. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2019/mar/15/us-accused-of-blocking-ambitious-global-action-against-plastic-pollution-un-conference-environment>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Apesar do resultado decepcionante geral de não progredir na velocidade e na escala necessárias, os países continuam comprometidos em buscar cooperação e coordenação internacional, para enfrentar a crise da poluição causada por plásticos.

3 Reenquadrando a questão: do lixo marinho à poluição plástica

Ao longo das resoluções adotadas nas sessões da UNEA, o plástico emergiu como uma causa crescente da poluição ambiental e que precisa ser tratado com urgência. O trabalho em andamento, iniciado na UNEA-1, apresenta uma oportunidade valiosa para enfrentar a “crise do plástico”.

Todavia, enquanto abordagens globais para combater a poluição marinha mencionam a importância da redução e da prevenção do despejo de resíduos, a verdadeira fonte da poluição marinha permanece negligenciada. Isto pode ser uma consequência direta do enquadramento da presença crescente do plástico e do microplástico no meio ambiente como uma questão “marinha”. Se o foco “marinho” tem sido fundamental para aumentar a conscientização global sobre o tema, também tem limitado o escopo e a eficácia de possíveis soluções, e é inconsistente com o reconhecimento de que há a necessidade de uma resposta global urgente e que leve em consideração uma abordagem de todo o ciclo de vida do plástico.

Das resoluções da UNEA às campanhas internacionais de conscientização, as abordagens globais para a “crise do plástico” definiram historicamente o plástico como “lixo” ou um produto de descarte no final do seu ciclo de vida (“lixo plástico”). Esse enquadramento implicou que o foco da solução também se limitasse às abordagens de resíduos: o gerenciamento de “resíduos” e a minimização de “resíduos” de plástico foram identificados como as soluções de maior prioridade na UNEA-3.

Como consequência, o aumento das taxas de reciclagem pode aparecer como um possível caminho a ser seguido. No entanto, a

reciclagem, por si só, não seria suficiente para resolver a crise do plástico: calcula-se que apenas 9% de todo o plástico já produzido no Planeta – aproximadamente 9 bilhões de toneladas – foram reciclados,³⁵ demonstrando os desafios de depender principalmente da reciclagem.

O problema teve seu enfoque estendido com a UNEA-4, que abordou a questão dos produtos plásticos descartáveis. A resolução “Combatendo a Contaminação Causada por Produtos Plásticos Descartáveis” é inovadora no âmbito das reuniões da UNEA, mas segue uma resposta da União Europeia que vem sendo debatida no Parlamento Europeu desde 2018³⁶ e que, agora aprovada, tornará proibida, até 2021, a utilização de certos produtos de plástico descartáveis para os quais existem alternativas.

Ocorre que os impactos negativos do plástico no meio ambiente não se limitam apenas ao plástico como um “lixo”, ou ao “lixo marinho”, ou ainda a um “produto descartável”. O plástico carrega impactos ambientais negativo-significativos em cada estágio do seu ciclo de vida: a extração do combustível fóssil como matéria-prima, a produção de polímeros plásticos e aditivos plásticos, o transporte, a distribuição, o uso e o tratamento final.³⁷

Dessa forma, considerando as atuais limitações dos instrumentos internacionais sobre o tratamento do plástico como um problema de “lixo plástico”, de “lixo marinho”, ou de um “produto descartável”, e do claro desejo de avançar em direção a uma abordagem mais abrangente, segue-se que a comunidade internacional deve considerar um enquadramento mais eficaz do problema que abarque claramente todo o ciclo de vida do plástico.

³⁵ GEYER, Roland; JAMBECK, Jenna R.; LAW, Kara Lavender. Production, use, and fate of all plastics ever made. **Science Advances**, v. 3, n. 7, 2017.

³⁶ SECRETARIA GERAL DA COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment**, 28 de maio de 2018. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9465-2018-COR-1/en/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

³⁷ THOMPSON, Richard C. *et al.* Plastics, the environment and human health: current consensus and future trends. **Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences**, v. 364, p. 2153-2166, 2009.

As tendências atuais de produção, que mostram um aumento da produção global de plástico, bem como os impactos negativos reconhecidos ao longo do seu ciclo de vida, são indicações da necessidade de regulamentar não apenas o lixo plástico, mas também as fases de criação do plástico, incluindo a extração de sua matéria-prima. Deve-se abordar não apenas o despejo e os resíduos de plástico, mas também a sua produção, enquadrando o problema em uma estrutura de “poluição do plástico”.

Conclusão

Embora a conscientização da poluição por plásticos continue a crescer, os acordos internacionais existentes carecem de um mecanismo de coordenação e resultaram em uma estrutura de governança fragmentada. Não existe um instrumento internacional cogente com a atribuição de prevenir a poluição plástica e que considere o plástico ao longo de todo o seu ciclo de vida.

Em cada uma de suas quatro reuniões, a UNEA adotou resoluções sobre a poluição marinha causada por plásticos, avançando a discussão sobre a adoção de novas medidas ao adotar, em seu último encontro, uma resolução sobre produtos plásticos descartáveis. Em sua segunda sessão, no ano de 2016, a UNEA determinou uma avaliação da eficácia das estratégias e abordagens relevantes de governança, para combater o lixo plástico marinho e os microplásticos. A avaliação identificou grandes lacunas e desafios e propôs algumas opções para um caminho a ser seguido. Além disso, a terceira sessão da UNEA, ocorrida no ano de 2017, estabeleceu a criação de um Grupo de Especialistas encarregado de, entre outros objetivos, identificar estratégias de resposta para combater o lixo plástico marinho e os microplásticos, tanto por meio de opções de governança voluntária quando por meio de normas cogentes.

Conduzida pela UNEA, a comunidade global tem a possibilidade de combater a poluição por plástico, criando uma nova estrutura global. Enquanto os instrumentos internacionais seguiram até agora uma abordagem de proteção marinha e

enquadraram o plástico como “lixo”, a evolução que se esboçou na UNEA-4, ao incluir na pauta os produtos plásticos descartáveis, demonstra que o impacto do plástico vai além do ambiente marinho e começa ainda com a extração de sua matéria-prima – os combustíveis fósseis.

O atual enquadramento desse problema ambiental como “lixo plástico”, “lixo marinho”, ou ainda como “produto plástico descartável”, limita o escopo e as atribuições de qualquer novo instrumento internacional, para tratar apenas os sintomas da crise do plástico. Esse enquadramento omite a possibilidade de abordar efetivamente as causas da poluição e a implementação de uma estratégia de prevenção que atenda às crescentes tendências de produção e aos impactos do plástico em todo o seu ciclo de vida. Ao expandir o escopo do assunto, de um problema exclusivo de lixo marinho para um problema mais amplo de poluição plástica, tem-se uma oportunidade para desenvolver uma abordagem mais abrangente e, portanto, uma estrutura global mais eficaz, que engloba não apenas o lixo plástico, mas todo o ciclo de vida do plástico, e poderia eventualmente catalisar uma redução da produção e do consumo do plástico e, conseqüentemente, de seus impactos adversos.

Referências

BODANSKY, Daniel. **The art and craft of international environmental law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

DEMERITT, Sean Bennjamin. **Marine plastic pollution: varying impacts on marine wildlife in Oregon’s coastal zone**. University of Oregon, EUA, 1990.

Fundação Ellen MacArthur. **A nova economia do plástico: repensando o futuro do plástico**. Sumário Executivo, 2016. Disponível em: https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/NPEC-portuguese_1.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

GEYER, Roland; JAMBECK, Jenna R.; LAW, Kara Lavender. Production,

use, and fate of all plastics ever made. **Science Advances**, v. 3, n. 7, 2017.

JEFTIC, L.; SHEAVLY S.; ADLER E. Lixo marinho: um desafio global. **PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente**, p. 88, 2009.

PASCHOALETO, Angelo Rocha *et al.* **O direito internacional e a responsabilidade internacional dos Estados**: estabelecendo diretrizes para minimizar a poluição marinha. Justiça Enquanto Responsabilidade, PNUMA, 2014.

PNUMA. **Marine plastic debris and microplastics**: global lessons and research to inspire action and guide policy change (Unep, 2016). Disponível em: <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/7720>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SHEAVLY, Seba. **Marine debris – an overview of a critical issue for our oceans**: sixth meeting of the UN openended informal consultative processes on oceans & the law of the sea. 2005.

THOMPSON, Richard C. *et al.* Plastics, the environment and human health: current consensus and future trends. **Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences**, v. 364, p. 2153-2166, 2009.

TROUWBORST, Arie. Managing marine litter: exploring the evolving role of international and europeanLaw in confronting a persistent environmental problem. **Utrecht Journal of International and European Law**, v. 27, n. 73, p. 17, 2011.

9.

A inespecificidade do art. 54 da Lei n. 9.605/98: importância do controle de poluição sonora

Gabriel de Almeida Braga*

Giovanna de Almeida Braga**

Resumo: O presente artigo tem por base a discussão acerca da ausência de especificidade do art. 54 da Lei n. 9.605/98, no tocante à poluição sonora, capaz de causar severos danos à saúde humana, fauna e flora. Restou analisado, em um primeiro momento, o que é e quais são os principais impactos do ruído – como poluente – nos humanos e demais habitantes da biosfera, delimitando neste artigo os principais fatores que demonstram a importância do controle da poluição sonora e da necessidade de uma legislação com maior exatidão. O segundo momento é dedicado à análise da Lei de Crimes Ambientais e a possibilidade de enquadramento da poluição sonora no tipo penal descrito no art. 54, observando se é possível depreender de sua leitura quais as condutas que devem ser evitadas. Por fim, o terceiro e último momento destaca o que é a vagueza legal e quais os impactos desta para a governança e conscientização da população. Possui como seu objetivo geral o de expor a falta de especificidade do art. 54 da Lei n. 9.605/98. Para isto, valeu-se da metodologia de pesquisa de revisão de literatura narrativo-descritiva com abordagem teórica, confirmando, através da análise realizada, que o diploma legal em comento não possui especificidade suficiente para coibir esse tipo de ação poluidora ou até mesmo de conscientizar, em certo nível, os possíveis poluidores sobre a gravidade de seus atos.

Palavras-chave: Direito ambiental. Inespecificidade. Lei de crimes ambientais. Poluição sonora.

* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul, área de concentração Direito Ambiental e Sociedade. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. E-mail: gabraga@ucs.br

** Giovanna: Bacharelada em Direito da Universidade de Caxias do Sul – Campus Universitário da Região das Hortênsias. E-mail: gabraga1@ucs.br.

Introdução

O ambiente é um agregado de todas as condições externas e influências que afetam a vida e o desenvolvimento de um organismo. Uma vez perturbado, há dificuldades para a gestão e criação de uma adequada qualidade de vida para os seres humanos, devendo a preservação do meio ambiente natural algo a ser priorizado, com o fim de interromper – ou ao menos reduzir – atividades antropogênicas que possam causar desequilíbrio ecológico.³

Infelizmente, estamos experimentando, no século XXI, a praga dos ruídos ambientais, dos quais não há praticamente escapatória, independentemente do local onde estivermos, seja ele as residências, ruas, os meios de transporte, parques, as escolas, ou quaisquer locais públicos ou privados.

Assim, enfrentado pelo imprescindível dever de resguardar o meio ambiente e punir criminalmente aqueles que, através de suas ações, devastam os recursos e serviços ambientais, é que surge a Lei n. 9.605/98, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais. Nela, o art. 54 trata exclusivamente de impor sanções para aqueles cujas ações causem poluição, de qualquer tipo, capaz de resultar em danos aos seres humanos, enquadrando-se aqui um dos tipos mais inobservados de poluição, a poluição sonora.⁴

Todavia, apesar das tentativas de regulá-la, a poluição sonora se tornou um fato infeliz na vida em todo o mundo, passando a ser um dos principais poluentes aéreos indesejados, produzidos por outros e que são impostos aos indivíduos muitas vezes sem o seu consentimento, em lugares e volumes com difícil controle, resultando em danos ambientais e à saúde dos seres humanos, da fauna e flora. Isso se dá principalmente porque pouco sabe a população sobre os perigos envolvendo sua exposição aos ruídos,

³ SOUSA, D. S. *Instrumentos de gestão de poluição sonora para a sustentabilidade das cidades brasileiras*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

⁴ RABBANI, Roberto M. R. Poluição sonora e proteção ambiental: intervenção estatal atual e a possibilidade da tributação ambiental. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 7, n. 2, 2016. p. 3-21.

bem como o referido diploma legal não trata, de forma detalhada, quais são as ações a serem punidas e conseqüentemente evitadas.⁵

Nesse diapasão, o problema de pesquisa formulado é representado pela seguinte questão: O art. 54 da Lei de Crimes Ambientais é específica o suficiente para sua fácil interpretação por poluidores em potencial? A hipótese levantada sugere que, devido à elevada gama de possíveis impactos de ruídos – quando em excesso –, na saúde humana, fauna e flora, a Lei n. 9.605/98 é pouco eficaz na conscientização e no combate à poluição sonora, vez que deixa de especificar as causas de tais impactos, não cumprindo assim uma de suas funções primordiais, a de coibir tais ações poluidoras.

Deste modo, o estudo encontra justificativa na necessidade de demonstrar a relevância do controle de poluição sonora para a manutenção de um meio ambiente seguro e sadio. No tocante à sua atualidade, a temática cada vez mais, está condizente com a realidade mundial – em nível global e local – do século XXI, na qual a industrialização e o elevado número de meios de transporte motorizados ocasionam crescente número de ambientes e habitantes afetados adversamente por ruídos constantes e excessivos, sendo seus efeitos alvos de estudos que tratam de evidenciar impactos até então desconhecidos e/ou inobservados.

O presente artigo tem como objetivo principal expor a falta de especificidade do art. 54 da Lei n. 9.605/98, tendo como objetivos específicos expor estudos atuais acerca dos danos causados pela poluição sonora, destacar o que é e quais são as conseqüências da ausência de clareza em textos legais.

Para tanto, este artigo foi realizado através do método de pesquisa de revisão de literatura narrativo-descritiva com abordagem teórica, utilizando fontes bibliográficas diversas relacionadas ao tema, principalmente bibliografias relacionadas e de autoria de especialistas e profissionais, orientadas para que

⁵ FARIA, Moacir C.; DE MELLO, Josiane M. *Poluição sonora: um inimigo sorrateiro*. 2007. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/artigo_moacir_carmo_faria.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020.

apresentem a estrutura teórica e base para postulações pertinentes. Para a coleta de dados foi realizada a seleção de artigos, periódicos científicos, livros físicos e digitais.

2 Poluição sonora – definição e principais impactos

A poluição sonora pode ser definida como sons, ruídos e vibrações indesejados ou ofensivos que invadem irracionalmente nossas atividades diárias. Tem várias origens, a maioria associada ao desenvolvimento urbano, sendo atualmente uma preocupação global a sua redução.

A poluição sonora decorre do modo de vida da sociedade atual em suas atividades cotidianas, às vezes sem se dar conta dos seus efeitos danosos ao organismo e ao ambiente como um todo. A poluição sonora pode ser encontrada em diversos ambientes, passíveis de emissão de ruídos [...]⁶

Por natureza, a poluição sonora é predominantemente um problema local, e as características do ruído variam de situação para situação, sendo fatores culturais, geográficos, climáticos e outros peculiares aos locais, no entorno da sua emissão, variando, portanto, de país a país. As características da população e os padrões de exposição temporal e espacial também precisam ser levadas em conta, ao se mensurar os impactos na saúde decorrentes da exposição ao ruído.⁷

Nos dias atuais, o grande desafio nos centros urbanos é o controle da poluição sonora (atividades comerciais e industriais, entidades religiosas, trânsito, aeroportos,

⁶ FARIA, Moacir; DE MELLO, Josiane Medeiros. *Poluição sonora: um inimigo sorrateiro*. 2007. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/artigo_moacir_carmo_faria.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020. p.3.

⁷ WHO. *Environmental noise guidelines for the European region*. Genebra: World Health Organization, 2018.

alarmes, propaganda ruidosa, sons provenientes de carros e de casas noturnas, eletrodomésticos etc.). Muitas pessoas têm equipado seus veículos com aparelhos sonoros altamente sofisticados e costumam passear pelas ruas com o som altíssimo, incomodando as pessoas que se encontram em suas residências, descansando, conversando ou assistindo à televisão, os quais são obrigados a aguardar o veículo passar para poderem continuar suas atividades normais.⁸

O ruído é geralmente parte de uma situação complexa de exposição ambiental multissensorial de difícil percepção pelo agente afetado, quando seu corpo reage de diversas formas, a depender da duração, intensidade e frequência de exposição.⁹ A necessidade de conscientização para a redução de ruídos é realidade relevante para o Brasil; pode ser utilizado como exemplar o estudo realizado por Palma,¹⁰ em que o autor constatou em sua medição, nas proximidades do rio Tietê, no centro de São Paulo, imissões de 79,3 dB (decibéis) em uma área hospitalar, valor muito além daquele tido como saudável e indicado pela *World Health Organization* (WHO).

A exposição prolongada aos ruídos pode causar uma variedade de efeitos na saúde humana, que vão desde danos à saúde mental, distúrbios do sono, comprometimento do sistema cardiovascular e metabólico, além de comprometimento cognitivo em crianças. Para melhor visualizar a gravidade dos efeitos da poluição sonora à saúde humana, foram selecionados alguns estudos atuais acerca do tema; a inicia o de Ma *et al.*,¹¹ cujos autores concluíram, no

⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 628.

⁹ IIDA, Itiro; BUARQUE, L. I. A. *Ergonomia: projeto e produção*. 3. ed. São Paulo: Editora Blucher, 2016. p. 399.

¹⁰ PALMA, Maykon Ivan. *O mapa de ruído como instrumento de planejamento: o caso da poluição sonora causada pelos automóveis no município de São Paulo*. 2018. p. 19.

¹¹ MA, Jing *et al.* A multilevel analysis of perceived noise pollution, geographic contexts and mental health in Beijing. *International journal of environmental research and public health*, v. 15, n. 7, 2018, p. 2-18.

resultado de sua pesquisa, com amostragem de 1.125 participantes, que a exposição, em níveis elevados de poluição sonora, está significativamente associada a problemas de saúde mental.

Em sentido semelhante é a conclusão de Kopec¹² acerca de seu estudo realizado em instituição de ensino básico, na cidade de Óbidos-Pará. Dele participaram 90 indivíduos do corpo discente e 27 do corpo docente, tendo sido realizada medição do nível de pressão sonora nas aulas matinais e vespertinas, auferindo um média de 67dB e uma máxima de 90 dB, ultrapassando os valores recomendados pela WHO¹³ e pelas diretrizes da Norma NBR 10151,¹⁴ cuja média sugerida é a da faixa dos 50 dB durante o dia. Estas exposições acabaram ocasionando problemas de distúrbios de sono, cansaço mental, dificuldades de memorização, desinteresse – nas aulas, estresse, desmotivação e desgaste vocal.

Observados dados atuais acerca dos efeitos dos ruídos à saúde humana, os quais passam por muitas vezes despercebidos pelos afetados, é que não se pode esquecer os efeitos deste poluente à fauna e flora. Oliveira, Baldim e Nowacki¹⁵ submeteram filhotes – com no máximo 24 horas de vida – de microcrustáceos da espécie *Daphnia magna* a ruídos constantes com faixa média de 100 dB, com o objetivo de observar seus efeitos no ciclo de vida destes animais. Como conclusão, os autores consideraram que a interferência ocasionada por este tipo de poluente é um fator de perturbação para a espécie, prejudicando-a, consideravelmente, tendo como principais efeitos a redução do seu tempo de vida e capacidade reprodutiva, causando ainda desnutrição e o desenvolvimento de maior sensibilidade a agentes químicos.

¹² KOPEC, Krzysztof. Impactos da poluição sonora no Colégio Estadual São José em Óbidos-PA, estudo realizado em 2013 e 2014. *Revista Magistro*, v. 2, n. 10, 2014.

¹³ WHO. *Environmental noise guidelines for the European region*. Genebra: World Health Organization, 2018.

¹⁴ ABNT, NBR. 10151: Acústica – Avaliação do ruído em áreas habitadas, visando o conforto da comunidade – Procedimento, 2000.

¹⁵ OLIVEIRA, Juan Carlos de; BALDIM, Sirley Marina; NOWACKI, Luciana. Avaliação dos efeitos do distúrbio sonoro na sobrevivência e reprodução do microcrustáceo *Daphnia Magna* (Cladocera). *Revista eletrônica Biociências, Biotecnologia e Saúde*, v. 5, n. 14, p. 81-88, 2016.

O ruído, cada vez maior originado pelas atividades humanas, faz com que muitos animais se adaptem e alterem¹⁶ seu comportamento, ou apenas mudem para locais mais tranquilos,¹⁷ fazendo com que nem a flora esteja protegida de seus impactos. A poluição sonora está alterando a paisagem das plantas e das árvores, que dependem dos animais afetados pelo ruído para polinizá-los e espalhar suas sementes, sendo esta uma das conclusões de Francis *et al.*,¹⁸ que confirmam em seu estudo um declínio no recrutamento de mudas para as espécies dominantes – *Pinus Edulis* – do local de estudo, causando efeitos drásticos na estrutura e biodiversidade em longo prazo, motivando os autores a sugerirem que a emissão de ruídos seja um dos fatores a serem observados para avaliação de impactos ambientais.

Destarte, expostos, ainda que brevemente, alguns dos possíveis impactos da poluição sonora e, sem querer aqui esgotar os muitos estudos existentes relacionados ao tema, é que se salienta neste momento que mais exemplos dos efeitos nocivos deste poluente são mencionados e podem ser encontrados na obra de Sirvinskas.¹⁹ As respostas a estes problemas devem estar na forma de leis, o que se encontra, de certo modo, presente no ordenamento jurídico brasileiro, como veremos a seguir.

3 A lei de crimes ambientais e a poluição sonora

Poucos tribunais distinguem entre danos ambientais e humanos. Essa fluidez doutrinária pode ter como causa em parte

¹⁶ OLIVEIRA, Renata D. de. A. *Efeitos da poluição sonora nas características do canto e na fisiologia das aves*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

¹⁷ PRIMO, Diego A. S.; BARRETO, Cecília P.; ALVERNE, Tarin Cristino F. M. Direito internacional e poluição sonora marinha: efeitos jurídicos do reconhecimento do som como fonte de poluição dos oceanos. *Veredas do Direito: direito ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, p. 277-295, 2018.

¹⁸ FRANCIS, Clinton D. *et al.* Noise pollution alters ecological services: enhanced pollination and disrupted seed dispersal. *Proceedings of the Royal Society: Biological Sciences*, v. 279, n. 1739, p. 2727-2735, 2012.

¹⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 627-634.

o subdesenvolvimento da lei ou devido à natureza interligada dos próprios danos. O direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”²⁰ se demonstra perseguido pelo Poder Executivo e Judiciário, salvo exceções, tão somente quando um recurso ambiental se encaminha à escassez ou quando é constatada a violação de uma das leis ambientais já estabelecidas, restando ao Poder Legislativo criar textos que venham observar problemas até então negligenciados ou desconhecidos, gerando assim uma plethora de normas e diretrizes que, muitas vezes, tratam de um mesmo tema geral, mas que se encontram dispersas por múltiplas razões.

Legislações referentes ao controle de ruídos são, na maioria dos países, fragmentadas e controladas por uma série de agências, sendo tal segmentação definida geralmente pela fonte do ruído. Como resultado, alguns países centralizaram – ou ao menos iniciaram um processo de centralização – suas atividades e atribuições de controle de ruídos ambientais, sob a égide de uma única e principal agência regulamentadora, amparada por uma legislação de habilitação.²¹

No Brasil, tal preocupação não poderia ser diferente, porque o ruído ambiental é um poluente generalizado que prejudica a saúde e o bem-estar dos cidadãos brasileiros e da vida selvagem, tendo sua ocorrência em excesso identificada especialmente em áreas urbanas e povoadas. Tal constatação motivou os legisladores a introduzirem e apresentarem o Projeto de Lei n. 1.164/1991, com o objetivo de agrupar uma série de sanções e restrições já decretadas em vários textos normativos, fazendo surgir, sete anos depois, um dos marcos da legislação ambiental-brasileira, a Lei de Sanções Ambientais – Lei n. 9.605/1998.²²

O referido diploma legal veio para, dentre outras funções,

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 3 abr. 2020.

²¹ WHO. *Environmental Noise Guidelines for the European Region*. Genebra: World Health Organization, 2018.

²² SILVA, Maria Dolores L. da; CABRAL, Eugênia R. Produção de legislação ambiental em dois contextos institucionais. *O Social em Questão*, ano XXI, n. 40, p. 57-78, 2018.

prover punições no âmbito administrativo e criminal para condutas e atividades, que possam de algum modo estar causando ou vir causar dano ao meio ambiente, o que resta claro após breve leitura do seu art. 54, o qual que dispõe:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora [...] ²³

Por se tratar de um dos principais respaldos legais, para fundamentar possível condenação na seara penal, era de se esperar que o tipo penal fosse mais claro e específico sobre as circunstâncias que compõem o crime de poluição. Assim, de um lado sua amplitude possibilita a condenação de sujeitos por excederem os limites aceitáveis de ruído – portanto poluição sonora, de outro, sua vagueza retoma não apenas a um passado de incertezas científicas, mas faz surgir diversos questionamentos a respeito da expectativa do seu cumprimento e o real objetivo por traz de sua criação. ²⁴

Ora, quais seriam à época de sua promulgação – e na atualidade – os níveis de poluição a serem evitados? Como identificar sua origem e/ou seus possíveis impactos? As pessoas/poluidores em potencial entendem quais atos não devem cometer?

Questionamentos como estes são apenas alguns dos que surgem ao se analisar o artigo supracitado, ainda que existentes qualificadoras que – a seu modo – detalham, ainda que timidamente, práticas a serem evitadas, sob pena de persecução penal, indicando a consciência do legislador acerca da falta de especificidade apresentada pelo diploma legal em questão.

Neste sentido, a falta de clareza em definir os tipos de poluição capazes de causar danos aos humanos, fauna e flora, faz com que

²³ BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais*. 7. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019. p. 295-306.

juízes venham a se valer de textos normativos diversos, para fundamentar eventual condenação, como é o caso da Resolução n. 1/90 do Conama e, posteriormente, da NBR n. 10.152 que, diferentemente da Lei n. 9.605/98, traz de forma detalhada o nível aceitável de emissão de ruído para cada localidade.²⁵

Contudo, tal resolução também não é capaz de abraçar o elevado número de variáveis a serem observadas, para evitar que a poluição sonora cause danos, visto que a sensibilidade dos animais, das plantas e dos seres humanos varia conforme o tempo, a frequência e intensidade de exposição²⁶ a este tipo de poluente, o que permite inúmeras possibilidades, que acabam por ser objeto de estudo de pesquisadores interessados em dar luz aos efeitos nocivos das ações antropogênicas – conforme visto anteriormente.

Diante de tal cenário é que o entendimento majoritário do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) é no seguinte sentido:

O delito previsto na primeira parte do artigo 54 da Lei n.9.605/1998 possui natureza formal, sendo suficiente a potencialidade de dano à saúde humana para configuração da conduta delitiva, não se exigindo, portanto, a realização de perícia.²⁷

Em que pese, então, o caráter educativo de julgados semelhantes ao supracitado em evitar que determinadas condutas sejam reiteradas pelo agente criminoso, pouco há de se esperar acerca do disposto pelo art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, no que tange à conscientização ambiental, principalmente considerando que é reconhecida – pelo STJ – a desnecessidade de comprovação

²⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 627-634.

²⁶ IIDA, Itiro; BUARQUE, L. I. A. *Ergonomia: projeto e produção*. 3. ed. São Paulo: Editora Blucher, 2016. p. 399.

²⁷ STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL: EREsp 1417279 sc 2013/0373808-9. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJ: 20/4/2018. *JusBrasil*, 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574628992/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1417279-sc-2013-0373808-9/inteiro-teor-574629002>. Acesso em: 20 abr. 2020.

de dano para configurar a conduta delitiva, dificultando sua compreensão acerca dos impactos deste poluente invisível.

Incoerente, portanto, esperar que o homem médio crie – ou agregue à sua – consciência ambiental acerca da importância do controle e prevenção da poluição sonora diante da ausência de informações necessárias no tipo penal, para se compreender o que de fato é poluição sonora e o que pode causar. A imprecisão de aplicação/respeito às normas também pode ser gerada por esta incoerência, sendo plausível supor que elementos incoerentes e/ou vagos devem imperativamente ser evitados em textos legais, pois o cidadão deve ser capaz de compreender, de forma clara e imediata, quais são seus direitos e deveres.²⁸

Um dos desafios mais prementes das leis ambientais está vinculado às definições dos conceitos relacionados.²⁹ A maioria das disposições acerca dos direitos ambientais são vagas, o que pode dificultar a execução e aplicação de suas normas por parte dos funcionários do Poder Judiciário, que estão gradativamente interessados na manutenção do *status quo*,³⁰ desprendendo-se de questionamentos sobre conceitos básicos, mas vitais, para a propagação da consciência ambiental e do autoquestionamento acerca dos impactos das ações humanas.

A aplicação literal da lei pode ser considerada ocasionador de pusilanidade, em que o ato de identificar a natureza da violação dos direitos ambientais, caso a caso, observando todas as variáveis relacionadas, passa a ser uma tarefa quixotesca.

Esperar a ausência de degradação ambiental é algo incoerente, visto que até determinado nível tal fato é, atualmente, inevitável,³¹ motivo pelo qual nenhum investigado pode ser

²⁸ SULAIMAN, Samia Nascimento. Educação ambiental, sustentabilidade e ciência: o papel da mídia na difusão de conhecimentos científicos. *Ciência & Educação*, Bauru, v. 17, n. 3, p. 645-662, 2011.

²⁹ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do risco integral. *Revista de informação legislativa*, v. 139, 1997. p. 22.

³⁰ LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson D. *As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva*. Caxias do Sul: EDUCS, 2017. p. 26-31.

³¹ MOREIRA, Luiz Alberto. *Sustentabilidade ambiental*. Joinville: Clube de

responsabilizado por níveis reduzidos de poluição ou de desgaste de recursos ambientais, seguindo como premissa o preceito de que alguns recursos naturais deverão ser consumidos por seres humanos, mas sem excesso em egoísmo, visando um futuro sustentável. Algo reconhecido pela maioria dos diplomas legais como é o caso da Lei n. 9.605/98, visto que impõe as sanções do art. 54 apenas para casos de danos consideráveis.

4 Vagueza legal e governança

Durante a elaboração de leis, o legislador não pode prever efetivamente todas as circunstâncias particulares nas quais suas leis poderão ser aplicadas. Isso torna a legislação de natureza geral e incompleta por uma questão de necessidade prática. Mas, em algumas situações, a incompletude das regras legais não é apenas uma questão impreterível ou de necessidade. Os preceitos legais incompletos podem ser promulgados propositadamente como uma maneira de otimizar as funções legislativas e de adjudicação, transferindo para o Judiciário algumas das tarefas que, de outra forma, teriam que ser executadas *ex ante* pelo legislador.³²

Como resultado, a lei é realizada no comportamento dos atores das relações sociais, e a regulamentação legal atinge seu objetivo. A regulamentação e a forma especial de normas legais positivas têm um papel importante nesse processo, feito estritamente dentro da estrutura, e de acordo com as normas positivas substanciais e processuais.

Isso significa que o sujeito/ator da implementação da lei encontra as resoluções não em um momento de epifania, mas implementa as normas específicas do direito positivo sobre as relações ou fatos sociais específicos, anunciando-as. Todavia, como é de se esperar, o sujeito nem sempre encontrará normas para alguns casos em específico, surgindo as lacunas legais. Tais situações surgem com a ausência parcial ou completa

Autores, 2015. p. 323-325.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 2, p. 6-52, 1993.

de observação legal desses pontos da vida social, que exigem regulamentação.³³

Acerca do tema em comento, como previamente exposto, as principais regulamentações com detalhamento de emissão de ruídos e locais de exposição são realizadas pelo Conama – através de suas resoluções – e pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – através de suas normas técnicas/NBRs, as quais apresentam os padrões aceitos de poluição sonora e os procedimentos a serem realizados, para se verificar o nível de emissão, conforme as atividades e locais.

Também é possibilitado aos estados e municípios que regulamentem os padrões de forma mais rigorosa do que a das referidas normas, desde que bem fundamentadas e baseadas, respeitando o princípio da predominância do interesse.³⁴ Tais normativas, preenchem as lacunas geradas pelos termos ambíguos utilizados na criação do tipo penal, do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, reforçando uma visão de que as leis ambientais são produtos de processos políticos moldados por interesses.

As negociações políticas concernentes às normas em potencial são conduzidas de modo a deixar lacunas não resolvidas, para atender aos interesses de determinado grupo, podendo ser citados aqui, a título de exemplo, as críticas realizadas pela bancada evangélica,³⁵ que colocou um fim à especificidade da Lei de Crimes Ambientais, acerca da expressão “poluição sonora”, restando o mesmo na situação até então exposta.

Essa vagueza acaba por permitir uma amplitude de interpretações acerca do que é este poluente, o que é dano ou destruição significativa e tantos outros questionamentos já levantados que dificultam a implementação detalhada da lei

³³ ASCENSÃO, José O. Interpretação das leis, integração das lacunas, aplicação do princípio da analogia. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 57, n. 3, 1997, p. 913-941.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. Saraiva, 2017. p. 35-43.

³⁵ PEREIRA JUNIOR, José de Sena. Legislação federal sobre poluição sonora urbana. *Nota Técnica Brasil*: Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa, 2002.

por parte dos operadores do direito.³⁶ Somado a isto, e talvez mais importante, a conscientização da população acaba por ser morosa, já que em determinadas ocasiões não é possível ao homem médio determinar de forma imediata qual é qual significado pode se atribuir a determinado termo ou se determinada atividade se enquadra em sua classificação, principalmente se considerarmos a clara dificuldade de difusão de conhecimentos científicos na atualidade.³⁷

A implementação legal pode e, muitas vezes, exige conhecimentos científicos prévios – ainda que básicos – ou dados que abrem as portas para inseguranças ou conflitos sociopolíticos e legais, que podem deixar as autoridades responsáveis por é limitada por suas também limitadas funções de revisão e por seus poucos recursos científicos.

Em vista disso, a imprecisão está estritamente ligada à noção de contestabilidade, conceito de referência no âmbito jurídico, fazendo com que termos vagos sejam de certo modo semelhantes a elementos contestáveis, sendo algo comum nesta disciplina o esclarecimento de termos e expressões de interpretação difícil e/ou ampla, aptas a gerarem debates controversos.³⁸

De fato, os legisladores frequentemente vivenciam dilemas entre a necessidade de alta especificação e imprecisão. Especificar os casos e os comportamentos contemplados pela lei em grandes detalhes pode levar ao risco de excluir outras situações relacionadas, que podem não se encaixar na definição legislativa.

Não obstante, uma governança legal mais eficaz exige uma compreensão mais profunda de como os princípios e as normas legais devem ser implementados, trazendo orientações mais específicas para a população em comum, tomadores de

³⁶ MONTE-SERRAT, Dioneia Motta; TFOUNI, Leda Verdiani. Letramento e discurso jurídico. *Todas as Letras-Revista de Língua e Literatura*, v. 14, n. 1, 2012.

³⁷ SULAIMAN, Samia Nascimento. Educação ambiental, sustentabilidade e ciência: o papel da mídia na difusão de conhecimentos científicos. *Ciência & Educação*, Bauru, v. 17, n. 3, p. 645-662, 2011.

³⁸ GRAEFF, Patricia. *Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Hebert Hart*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 45-71.

decisão e operadores do direito.³⁹ Sua não observância e eventual obscuridade podem gerar ainda maior falta de interesse e envolvimento dentre todos aqueles responsáveis por resguardar o bem ambiental.⁴⁰

A lei ambiental possui como uma de suas finalidades práticas a de transformar o comportamento humano, para um que siga padrões sustentáveis de desenvolvimento, que veja o meio ambiente não apenas como uma fonte de recursos, mas sim ter consciência de que o mesmo comporta uma infinidade de vidas que dependem que os seres humanos estejam dispostos a coexistir, para que todos sejam capazes de continuar vivendo e usufruindo dos recursos que a natureza proporciona.

A eficácia das estratégias (legais, políticas, de governança, comerciais e outras) depende da interação entre circunstâncias, propósitos, recursos e procedimentos de implementação, onde em que, uma falha, ainda que ínfima, pode levar ao fracasso os planos de prevenção e proteção ambiental.

É nisto, então, que se faz determinante a participação popular, sendo os cidadãos o pivô na mudança de paradigmas, capazes de complementar instrumentos jurídicos e administrativos de proteção ambiental existentes, os quais estão progressivamente enfrentando uma carência de recursos financeiros, humanos e gerenciais para sua efetivação. O aumento da consciência ambiental, acompanhada pela participação dos cidadãos significa que os marcos legais seriam mais respeitados, e os mecanismos econômicos seriam mais aceitos, aumentando por consequência sua eficácia.

³⁹ SANSÃO, Rafaela Aguilar. *As práticas de governança e gestão para a mitigação de pressões e ameaças em unidades de conservação urbanas*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

⁴⁰ ANDRADE, Joel Costa de; BOMFIM, Alexandre Maia do. Educação ambiental e participação: a necessária atuação nos fóruns de gestão ambiental *Educación Ambiental y Participación: la necesaria actuación en los foros de gestión ambiental Environmental Education and Participation: the necessary action in the environmental management forums*. *REMEA-Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental*, v. 35, n. 2, p. 228-247, 2018.

Considerações finais

A história brasileira – e da humanidade em geral – está repleta de omissões ou equívocos que impediram o reconhecimento adequado de agentes nocivos à saúde humana e ao meio ambiente, uma vez reconhecidas suas origens e/ou geradores à sociedade e Estado, respondem com certa resistência e apatia. Dentre uma destas resistências se encontra aquela direcionada à poluição sonora, o ruído é socialmente algo aceito como inerente aos centros urbanos, tendo sido necessários anos para que os legisladores e público em geral demonstrassem indícios de reconhecer a associação entre problemas ambientais e de saúde, com a incidência de barulho em excesso.

9.605/98, de impor sanções e desestimular o comportamento poluidor sob pena de restrição de liberdade e multa, onde o referido diploma apresenta de forma vaga um novo tipo penal, trazendo a tona mais dúvidas do que certezas acerca das condutas serem evitadas.

Nele – art. 54 – existente uma lista aparentemente abrangente de possíveis vítimas do delito (saúde humana, fauna e flora) e um termo ainda mais amplo/genérico para descrever a ação delitiva, o de poluir. Como destacado anteriormente, como é de se esperar que o homem médio, possível poluidor, venha a compreender e discernir quais os impactos de suas ações em terceiros, precipuamente no tocante da poluição sonora, visto que sequer resta especificado o que ela realmente é e o que pode vir a causar.

Os estudos aqui exibidos demonstram a complexidade da relação causa e efeito do ruído como poluente, sendo esta inclusive reconhecida por julgados do STJ – sob a égide do princípio da precaução, princípio *in dubio pro natura* e *in dubio pro salute* – os então acusados são condenados a possíveis danos ambientais ou à saúde humana. É importante destacar aqui, no entanto, que não se defende a impunidade dos poluidores: ao contrário, estamos coerentes com tais decisões, para incentivar a não reincidência destas condutas.

Todavia, o que se buscou foi analisar e demonstrar a falta de especificidade do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais,

ocasionando a consequente falha do legislador em promover a conscientização – particularmente ambiental – de possíveis poluidores, que se encontram à mercê de conhecimentos científicos que lhe são injustificadamente requeridos, porque ultrapassam o senso comum e os conhecimentos básicos adquiridos na grade curricular brasileira.

Reconhece-se que – no que diz respeito à linguagem jurídica – a importância da vagueza é evidente, existindo a necessidade de equilíbrio entre a aplicabilidade geral por ela oferecida e a busca por precisão. Apesar disso, termos vagos como aqueles utilizados no art. 54 não atingem um dos objetivos a serem perseguidos pela lei ambiental, o de modificação do pensamento sobre a conduta dos seres humanos, visto que, longe de ser uma legislação clara e eficaz, essencial para um governo adequado ao desenvolvimento sustentável.

As informações legais são mais úteis, se forem compreensíveis, oportunas e relevantes para o problema a ser tratado; de preferência, devem ser suficientes para lidar com o problema e oferecer opções definidas. Também deve ser fácil colocá-las em prática e proporcionar tranquilidade à população em geral e aos operadores do Direito.

No caso do art. 54 da Lei n. 9.605/98 é explícito que a mesma não é suficiente, para evitar a – maioria – das ações poluidoras, que tem como poluente ruídos e semelhantes, confirmando assim a hipótese levantada, visto que o Poder Judiciário é movido pelo princípio da inércia, de nada servindo para punir e educar aqueles casos que não lhe forem trazidos e despejados em seu colo, motivo pelo qual o caráter educativo é fator determinante para a proteção ambiental e da saúde humana.

A conscientização do cidadão e suas ações pró-ambientais desempenham papel crucial no êxito da política ambiental, restando, por fim, perguntar-se se o legislador realmente buscou considerar maiores esclarecimentos como uma complexidade fútil ou se ele desconsiderou a necessidade de valer-se da legislação como instrumento de conscientização da população.

Referências

ABNT, NBR. 10151: Acústica-avaliação do ruído em áreas habitadas, visando o conforto da comunidade–Procedimento. 2000.

ASCENSÃO, José O. Interpretação das leis, integração das lacunas, aplicação do princípio da analogia. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, n. 57, v. 3, p. 913-941, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição a República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

BRASIL. **LEI n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

SILVA, Maria Dolores L. da; CABRAL, Eugênia R. Produção de legislação ambiental em dois contextos institucionais. **O Social em Questão**, ano XXI, n. 40, p. 57-78, 2018.

ANDRADE, Joel Costa de; BOMFIM, Alexandre Maia do. Educação ambiental e participação: a necessária atuação nos fóruns de gestão ambiental. **REMEA-Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental**, v. 35, n. 2, p. 228-247, 2018.

OLIVEIRA, Juan Carlos de; BALDIM, Sirley Marina; NOWACKI, Luciana. Avaliação dos efeitos do distúrbio sonoro na sobrevivência e reprodução do microcrustáceo *Daphnia Magna* (Cladocera). **Revista Eletrônica Biociências, Biotecnologia e Saúde**, v. 5, n. 14, p. 81-88, 2016.

OLIVEIRA, Renata D. A. de. **Efeitos da poluição sonora nas características do canto e na fisiologia das aves**. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

FARIA, Moacir do Carmo; DE MELLO, Josiane Medeiros. **Poluição sonora: um inimigo sorrateiro**. 2007. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/artigo_moacir_carmo_faria.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020.

FRANCIS, Clinton D. *et al.* Noise pollution alters ecological services:

enhanced pollination and disrupted seed dispersal. **Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences**, v. 279, n. 1739, p. 2727-2735, 2012.

GRAEFF, Patricia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do direito segundo Hebert Hart**. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 45-71.

IIDA, Itiro; BUARQUE, L. I. A. Ergonomia: projeto e produção. 3. ed. São Paulo: Editora Blucher, 2016. p. 399.

KOPEC, Krzysztof. Impactos da poluição sonora no Colégio Estadual São José em Óbidos-PA, estudo realizado em 2013 e 2014.

Revista Magistro, v. 2, n. 10, 2014.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do risco integral. **Revista de Informação Legislativa**, v. 139, p. 22, 1997.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson D. **As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva**. Caxias do Sul: EDUCS, 2017.

MA, Jing *et al.* A multilevel analysis of perceived noise pollution, geographic contexts and mental health in Beijing. **International journal of environmental research and public health**, Basel, v. 15, n. 7, p. 1479, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 1, n. 2, p. 6-52, 1993.

MONTE-SERRAT, Dioneia Motta; TFOUNI, Leda Verdiani. Letramento e discurso jurídico. **Todas as Letras-Revista de Língua e Literatura**, v. 14, n. 1, 2012.

MOREIRA, Luiz Alberto. **Sustentabilidade ambiental**. Joinville: Clube de Autores, 2015.

PALMA, Maykon Ivan. **O mapa de ruído como instrumento de planejamento: o caso da poluição sonora causada pelos automóveis no município de São Paulo**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

PEREIRA JUNIOR, José de Sena. Legislação federal sobre poluição sonora urbana. **Nota Técnica**, Brasil: Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: crimes ambientais. 7. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019. p. 295-306.

PRIMO, Diego A. S.; BARRETO, Cecília P.; ALVERNE, Tarin Cristiano F. M. Direito internacional e poluição sonora marinha: efeitos jurídicos do reconhecimento do som como fonte de poluição dos oceanos. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 15, n. 32, p. 277-295, 2018.

RABBANI, Roberto Muhájir Rahnemay. Poluição sonora e proteção ambiental: intervenção estatal atual e a possibilidade da tributação ambiental. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 7, n. 2, p. 3-21, 2016.

SANSÃO, Rafaela Aguilar. **As práticas de governança e gestão para a mitigação de pressões e ameaças em unidades de conservação urbanas**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SOUSA, D. S. **Instrumentos de gestão de poluição sonora para a sustentabilidade das cidades brasileiras**. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Embargos de Divergência em Recurso Especial: EREsp 1417279 sc 2013/0373808-9. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJ: 20/04/2018.

JusBrasil, 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574628992/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1417279-sc-2013-0373808-9/inteiro-teor-574629002>. Acesso em: 20 abr. 2020.

SULAIMAN, Samia Nascimento. Educação ambiental, sustentabilidade e ciência: o papel da mídia na difusão de conhecimentos

científicos. **Ciência & Educação**, Bauru, v. 17, n. 3, p. 645-662, 2011.

WHO. **Environmental noise guidelines for the European region**. Genebra: World Health Organization, 2018.

10.

Manguezais e a (in)existência de protocolo relacionado à limpeza e remoção de petróleo e derivados

Gabriel de Almeida Braga*

Resumo: O presente artigo discorre sobre a (in)existência e necessidade de manual de limpeza e remoção de petróleo no ecossistema manguezal. Buscou-se com este artigo, responder ao seguinte questionamento: É possível a elaboração de um Protocolo de Limpeza e Remoção de Petróleo específico para o ecossistema conhecido como manguezal? A hipótese apresentada é positiva. Como objetivo geral, demonstrar a necessidade de um protocolo específico para a limpeza de manguezais atingidos por derramamentos de petróleo. Para tanto, utilizou-se a metodologia de pesquisa de revisão de literatura narrativo-descritiva com abordagem teórica. Por fim, confirmou-se a hipótese arguida, sugerindo-se a criação de um Manual/Protocolo de Limpeza específico para manguezais.

Palavras-chave: Derramamento de óleo. Manguezal. Protocolo de limpeza. Recomendações.

Introdução

Os ecossistemas conhecidos como manguezais são habitats heterogêneos, com uma ampla variedade de seres vivos inco-muns, aptos a sobreviverem e se desenvolverem em condições ambientais de lama anaeróbica, com fundo macio, em ambientes altamente salinos e frequentemente inundados. A existência de uma terminologia relacionada à definição de manguezal é complexa, porque são poucas as espécies restritas a este sistema

* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul, área de concentração Direito Ambiental e Sociedade. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

ecológico.² Portanto, o termo *manguezal* faz referência a meios naturais mais úmidos, afetados pelas marés, de modo que as espécies animais e vegetais ali existentes possuem capacidades adaptativas específicas para sua sobrevivência, em condições de estresse de salinidade, baixa taxa de oxigênio disponível e variação na inundação.³

As raízes encontradas neste ecossistema são responsáveis – direta e indiretamente – pela prestação de diversos dos serviços ecossistêmicos ofertados pelos manguezais, servindo de refúgio – com função de viveiro e alimentação – para diversas espécies aquáticas, as quais servem de alimento tanto para os seres humanos quanto para a fauna local e de águas costeiras adjacentes, onde os animais utilizam estas áreas para atividades diárias, demonstrando assim a importância destas raízes, em sustentar o equilíbrio ecológico dentro e fora destes ambientes.⁴

Apesar de sua grande importância ambiental, econômica e social, os manguezais são um dos principais ecossistemas prejudicados pelas ações antrópicas, recebendo pouca atenção sobre sua importância e necessidade de preservação em relação a outros ecossistemas marinhos, mesmo que se encontre apressentem maior vulnerabilidade.

Estas raízes são tidas como aéreas e se encontram expostas em direção ao ar, o que as tornam altamente vulneráveis ao óleo flutuante, advindo de vazamentos de óleo de embarcações, o que possibilita que a capacidade respiratória e regulatória seja afetada, podendo, em alguns casos, levar à extinção da flora e à interrupção de serviços ecossistêmicos importantes para a sobrevivência de ecossistemas associados e das comunidades locais. Os impactos do derramamento perduram por anos, e não possuem localização exata ou momento certo para sua ocorrência, de modo que enquanto existir a exploração de petróleo e seu transporte, as ameaças ao manguezal continuarão a existir,

² ALVES, Jorge Rogério Pereira. Manguezais: educar para proteger. *Semads*, Rio de Janeiro: Femar, v. 96, p. 32, 2001.

³ VANNUCCI, Marta. *Os manguezais e nós: uma síntese de percepções*. São Paulo: EDUSP, 2003. p. 29-36.

⁴ ALVES, *op. cit.*, p. 11-14.

sendo imperiosa a existência prévia de mecanismos técnico-jurídicos capazes de auxiliar no processo de limpeza dos mangues, possibilitando um menor tempo de recuperação, caso não seja possível evitar a contaminação destes locais.⁵

São inúmeras as técnicas de limpeza de locais atingidos por vazamentos de óleo. O método apropriado para cada ecossistema é vital para uma recuperação rápida e adequada, considerando suas peculiaridades e a sensibilidade das áreas afetadas, bem como as características principais do acidente e de seu poluente. Apesar disso, as diretrizes existentes – na sua maioria – oferecem ações de respostas superficiais, que não priorizam as questões ambientais dos incidentes, faltando com os cuidados e o detalhamento necessários para garantir um meio ambiente sustentável.⁶

O problema de pesquisa formulado é representado pela seguinte questão: É possível a elaboração de um Manual de Limpeza e Remoção de Petróleo específico para o ecossistema conhecido como manguezal? A hipótese levantada sugere que, devido às tentativas de responder aos derramamentos de petróleo de significância nacional de forma geral, o Estado dá pouca atenção à limpeza dos ecossistemas de maneira individual, deixando o dever de especificar tais métodos para documentos complementares, dispensando, assim, informações que podem ser compiladas em um único manuscrito.

Deste modo, o estudo encontra justificativa na necessidade de melhor compreender a importância dos manguezais, no caso de catástrofes ambientais, como é o caso do derramamento de petróleo. Sua atualidade é inegável porque o transporte e a comercialização de petróleo não apresentam indícios de serem substituídos em breve, sendo cada vez mais frequentes os estudos que buscam novas maneiras de coibir os impactos causados por poluentes, como esta substância.

⁵ ALMEIDA, Renato de; COELHO JÚNIOR, Clemente. Manguezal e serviços ecossistêmicos. (ed.). *Atlas dos Manguezais do Brasil*. Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade-ICMBio, 2018. p. 86-88.

⁶ DUKE, Norman C. Oil spill impacts on mangroves: recommendations for operational planning and action based on a global review. *Marine Pollution Bulletin*, v. 109, n. 2, p. 711-714, 2016.

O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar a necessidade de um manual específico para a limpeza de manguezais atingidos por derramamentos de petróleo, tendo como objetivos específicos analisar as características deste ecossistema e sua legislação relacionada; destacar as técnicas de limpeza presentes em planos nacionais de contenção e, por fim, observar a aplicação dos princípios da prevenção e precaução em relação ao tema proposto.

Para tanto, este artigo foi realizado através do método de pesquisa de revisão de literatura narrativo-descritiva com abordagem teórica, utilizando fontes bibliográficas diversas relacionadas ao tema, principalmente bibliografias relacionadas e de autoria de especialistas e profissionais, orientadas para que apresentem a estrutura teórica e base para postulações pertinentes. Para a coleta de dados foi realizada seleção de artigos, periódicos científicos, livros físicos e digitais.

2 Manguezal: o ecossistema, seus serviços ecossistêmicos e sua vulnerabilidade

Em se tratando da extensão de cobertura no Brasil, os manguezais ocupavam uma área de aproximadamente 9.900 km² até o ano de 2018.⁷ Contudo, a realidade é que os manguezais estão frequentemente situados em áreas de alta influência antropogênica, sendo expostos a poluentes como os liberados por derramamentos de óleo, afetando a sua biodiversidade e serviços ecossistêmicos.⁸

O ambiente dos manguezais é altamente dinâmico, e as espécies de manguezais são severamente adaptadas para lidar com essas disposições ambientais encontradas nestes habitats sujeitos a inundações frequentes – até mesmo diárias, com

⁷ DINIZ, Cesar *et al.* Brazilian Mangrove Status: three decades of data analysis. *Remote Sensing*, v. 11, n. 7, p. 808-809, 2019.

⁸ ALVES, Jorge Rogério Pereira. Manguezais: educar para proteger. *Semads*, Rio de Janeiro: Femar, v. 96, 2001.

acúmulos de lodo e lama.⁹

Esse ecossistema possui uma fauna variada, representada em grande parte por animais aquáticos – como peixes, macroinvertebrados bentônicos, anfíbios, moluscos e crustáceos, animais semiaquáticos – répteis, anfíbios e aves – e animais terrestres – mamíferos e pássaros. Distinta da flora, as espécies animais encontradas não são restritas a este hábitat, sendo capazes de procriar, se desenvolver e sobreviver em sistemas semelhantes. A floresta como um todo apresenta um hábitat único e desafiador, caracterizado pela sombra do dossel das folhas, uma estrutura tridimensional de troncos e raízes, um rico suprimento de material vegetal em decomposição, solo ácido e anóxico, salinidade variável e inundação intermitente das marés.¹⁰

A flora deste ecossistema é dividida primariamente – por Tomlinson¹¹ – em três grupos, o de espécies típicas de manguezais, de espécies associadas e de espécies de transição. O primeiro grupo consiste em plantas que crescem exclusivamente em ambientes de mangue, não se considerando entre estas as integrantes de comunidades vegetais terrestres. As espécies associadas, por sua vez, são aquelas terrestre e/ou halófitas que crescem próximas/ associadas ao primeiro grupo, por fim, o último grupo classificado é caracterizado por ser tolerante a baixos níveis de salinidade estão restritas a águas rasas, transitando neste ecossistema e raramente formando comunidades vegetais.

As plantas são conhecidas por serem adaptadas de forma a lidar com solos instáveis, com alta concentração de sal, baixa concentração de oxigênio no solo e saturação de sedimentos, com particularidades vitais para a sobrevivência a reprodução nestes ambientes. As características funcionais dos manguezais possuem relação direta com os fatores ecológicos e fisiológicos

⁹ SCHAEFFER-NOVELLI, Yara; VALE, Cláudia Câmara do; CINTRÓN, Gilberto. *Monitoramento do ecossistema de manguezal: características funcionais. Protocolos para monitoramento de habitats bentônicos costeiros-rede de monitoramento de habitats bentônicos costeiros-rebentos*. São Paulo: IOUSP, 2015.

¹⁰ ALVES, *op. cit.*, p. 13-14.

¹¹ TOMLINSON, P.B. *The botany of mangroves*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. p. 25-27.

das espécies locais, onde cada manguezal pode ser categorizado conforme o movimento de água, características dos sedimentos e regime hídrico que os afetam, sendo compostos por feições, cada uma com características específicas como volume de água, proximidade da costa / estuários e outros fatores geomorfológicos, geofísicos e biológicos.¹²

O manguezal é um ecossistema altamente dinâmico e produtivo, que proporciona uma série de serviços dos quais a população se beneficia, dividindo-se em serviços ecossistêmicos de regulação, suporte, abastecimento e culturais. Os serviços de regulação e de suporte são aqueles com funções relacionadas à capacidade de o ecossistema regular processos ecológicos essenciais como a ciclagem de nutrientes, sequestro e armazenamento de carbono, filtragem biológica, retenção de sedimentos pelas raízes – retendo sedimentos antes dos rios antes que estes alcancem o mar, ajuste de poluição e proteção e estabilização litorânea, auxiliando assim na redução dos impactos das ações antrópicas.¹³

Vários produtos também podem ser explorados nestes manguezais, onde as raízes auxiliam serviços de provisão ou abastecimento, fornecendo combustíveis, alimento – aquicultura, pesca – e materiais – ativos farmacológicos, lenha, carvão vegetal e outros – que são vitais para o desenvolvimento socioeconômico das regiões onde se localizam e de ecossistemas adjacentes por serem hábitat de uma gama de organismos e de produção de materiais orgânicos essenciais para a sobrevivência de cadeias alimentares costeiras e estuarinas – função externa, contando com uma ampla variedade de espécies marinhas que possuem grande valor comercial.¹⁴⁻¹⁵

Destaca-se ainda que os serviços com fins culturais, como o ecoturismo, a recreação, as experiências espirituais e

¹² SCHAEFFER-NOVELLI; VALE; CINTRÓN, *op. cit.*, p. 62-80.

¹³ ALMEIDA, Renato de; JÚNIOR, Clemente Coelho. Manguezal e serviços ecossistêmicos. (ed.). *Atlas dos Manguezais do Brasil*. Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade-ICMBio, 2018. p. 86-95.

¹⁴ ALVES, Jorge Rogério Pereira. Manguezais: educar para proteger. *Semads*, Rio de Janeiro: Femar, v. 96, p. 12, 2001.

¹⁵ ALMEIDA; COELHO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 86-88.

oportunidades educacionais, que agregam conhecimento e auxiliam a saúde – física e mental – das comunidades, fazem parte das benesses proporcionadas pelos mangues e que muitas vezes passam despercebidas como participantes dessa relação de interdependência. Assim, resta claro que o ecossistema de manguezais tem importância ambiental, econômica e social para os seres humanos; no entanto, diversos danos são constatados devido à poluição e ao uso excessivo equivocados destas florestas.

A questão de desastres ambientais, causados por vazamentos de óleo em ambientes costeiros, é cada vez mais atual, sendo que os manguezais estão entre os ecossistemas mais afetados, por serem seriamente vulneráveis ao contato com o petróleo e substâncias derivadas, porque possuem superfícies sensíveis – como é o caso das raízes das plantas de mangue – que se tornam depósitos destas substâncias prejudiciais, afetando o solo, a fauna e a flora dos locais atingidos e seus dependentes indiretos, como é o caso de comunidades e espécies vizinhas, frustrando serviços ecossistêmicos de extrema importância para a humanidade.¹⁶

Os efeitos do derramamento de óleo são imediatos e persistem por décadas; no entanto, não são fixos, variando conforme o tipo e a quantidade de óleo, a duração da exposição ao contaminante, as características biológicas e fisiográficas, sendo necessário que dados sejam coletados caso a caso para uma melhor aplicação do plano de contingência – se existente – e resguardando fauna e flora de forma geral, as quais possuem grande valor econômico, social, cultural e ambiental.¹⁷

3 Manguezal e a legislação relacionada

Por ser um ecossistema complexo, com interface aquática e

¹⁶ NOREMBERG, Maurício Almeida; LANA, Paulo da Cunha. A sensibilidade de manguezais e marismas a impactos por óleo: fato ou mito? Uma ferramenta para a avaliação da vulnerabilidade de sistemas costeiros a derrames de óleo. *Geografares*, n. 3, 2002.

¹⁷ HOOK, Sharon *et al.* (ed.). *Oil spill monitoring handbook*. Melbourne: Csiro Publishing, 2016. p. 139-140.

terrestre, se faz necessário analisar não apenas a legislação relacionada às florestas e ambientes terrestres, mas também aquela que diz respeito aos ambientes aquáticos, o que se faz imperativo observar, tendo em vista a temática proposta por este trabalho.

A exploração das florestas de manguezais é algo que existe há muitos séculos no Brasil, sendo encontrados registros da preocupação com os recursos naturais desde o século XVIII, atingindo maior alcance e eficácia apenas no século XX, com diplomas legais de maior impacto e relevância como os Códigos Florestais, a Lei n. 6.938/81 e a Constituição Federal/88.¹⁸

Inicialmente, os mecanismos de participação público-ambiental foram estabelecidos em nível federal graças à promulgação da Lei n. 6.938/81 (BRASIL, 1981), também conhecida como Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), que viria a ser adequada aos termos da Constituição Federal de 1988, através da Lei n. 8.028/90.¹⁹

Com a PNMA foram introduzidas definições legais sobre o meio ambiente e a responsabilidade objetiva, buscando idealizar o ambiente natural como um bem público digno de proteção, uso racional e planejado dos recursos naturais, isolamento de atividades poluidoras em zonas restritas, recuperação de áreas danificadas e educação ambiental. Este diploma legal também foi responsável pela criação de alguns dos principais órgãos de defesa ambiental, destacando-se aqui o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com as funções como a de aconselhar, estudar e propor diretrizes para políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais.

Essa profusão de novas leis e princípios ambientais, com origens e objetivos tão diferentes, introduziu uma enorme complexidade no sistema jurídico-brasileiro. Como resultado,

¹⁸ ALVES, Jorge Rogério Pereira. Manguezais: educar para proteger. *Semads*, Rio de Janeiro: Semar, v. 96, p. 37-44, 2001.

¹⁹ ROCCO, Rogério Geraldo. *A eficácia do estudo de impacto ambiental como instrumento da política nacional do meio ambiente*. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019. p. 132-133.

a Constituição Federal de 1988²⁰ reserva o seu capítulo sexto para tratar exclusivamente do meio ambiente, afirmando, através do art. 255, que um ambiente equilibrado é um patrimônio público, um direito constitucional-fundamental e que deve ser protegido no interesse das gerações presentes e futuras, deixando claro que a sociedade civil tem o direito de participar de decisões que envolvam a qualidade do meio ambiente. Devendo-se destacar ainda que a Carta Magna aborda uma série de questões ambientais que não serão tratadas aqui, sob pena de desviação.

Em 22 de fevereiro de 1989, foi instituída a Lei Federal n. 7.735,²¹ criadora da maior autarquia federal responsável pela defesa do meio ambiente, o Ibama. No caso dos derramamentos de petróleo e substâncias derivadas, esta autarquia é uma das autoridades federais encarregadas por averiguar se os casos são ou não de relevância nacional, quem são os possíveis responsáveis e quais medidas devem ser tomadas, para reduzir e reparar os danos ambientais.

De acordo com a Lei n. 9.985/00,²² as áreas protegidas / unidades de conservação tem como definição a de espaços territoriais que, juntamente com seus recursos naturais, receberam reconhecimento – legal – por parte do Poder Público como áreas a serem resguardadas, sujeitando-se a um regime de gestão e conservação próprio.

O foco destas unidades de conservação é salvaguardar a biodiversidade e os serviços ecológicos presentes em áreas vulneráveis, possibilitando a sobrevivência do ecossistema e da população que depende dessa área e de seu entorno para sobrevivência. Para tanto, as áreas são divididas em categorias conforme propósito e nível de restrição de uso dos recursos. De um lado se busca a promoção de um uso sustentável dos recursos

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 3 jan. 2020.

²¹ BRASIL. *Lei n. 7.735, de 22 de fevereiro de 1989*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7735.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

²² BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

ambientais renováveis e dos processos ecológicos, de outro há restrição da utilização destes recursos apenas de forma indireta, como em atividades educacionais e científicas.²³

A Lei n. 9.966/00²⁴ inclui, entre outros pontos, a obrigação de notificar – todo incidente envolvendo petróleo, e que possa causar poluição – às autoridades ambientais competentes.

Com a revogação de legislação que lhe antecedia o referido texto, traz consigo definições das infrações e suas respectivas penalidades, destacando quais são as autoridades responsáveis pelo controle e pela fiscalização ambiental. Com ele se determinou também a instituição de planos de contingência, conforme o tamanho da região, desde o Plano de Emergência Individual (PEI) até o Plano de Contingência Nacional (PNC), como forma de facilitar as respostas aos acidentes ambientais envolvendo o vazamento de óleo.

Uma breve revisão da evolução do Código Florestal brasileiro acerca dos manguezais mostra que, desde sua primeira edição em 1934, este buscou o uso sustentável dos recursos naturais deste ecossistema, evoluindo a ponto de todos os manguezais serem considerados Áreas de Preservação Permanente (APP) em 1965 e, por fim, retrocedendo em 2012 com a Lei n.12.651/12.O referido diploma legal não removeu os manguezais das APPs; no entanto, permitiu a conversão de terra das feições salgado e apicum, ignorando a opinião de ambientalistas ao desconsiderar a possibilidade de transformação dos apicuns em mangues e a gravidade das ações antrópicas em caso de ocupação destas áreas, enfatizando a necessidade de medidas protetivas e não exploratórias deste ecossistema.²⁵

²³ DRUMMOND, José Augusto; FRANCO, José Luiz de Andrade; OLIVEIRA, Daniela de. Uma análise sobre a história e a situação das unidades de conservação no Brasil. In: GANEM, Roseli Senna. *Conservação da Biodiversidade: legislação e políticas públicas*. Brasília: Editora Câmara, 2010. p. 343-350.

²⁴ BRASIL. Lei n. 9.966, de 28 de abril de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9966.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

²⁵ MEDEIROS, Samylle Ruana Marinho de; CARVALHO, Rodrigo Guimarães de; PIMENTA, Melissa Rafaela Costa. Para a sustentabilidade dos manguezais à luz da Lei: 12.651/2012: NOVOS DESAFIOS. GEOTemas, Pau dos Ferros, Rio Grande do Norte, Brasil, v. 4, n. 2, p. 59-78, jul./dez. 2014.

Por fim, como apontamos anteriormente, os aspectos legais de proteção ambiental no Brasil demonstraram uma evolução satisfatória, na sua maioria, porque a legislação passou a reconhecer a importância do manguezal e a situação de risco em que este se encontra. Todavia, pouco se fala – de forma específica – acerca da limpeza e reparação deste ecossistema, após a contaminação por poluentes provenientes de desastres ambientais marítimos.

2.1 Convenções adotadas

Ao longo da história brasileira, diversas convenções, diversos tratados e programas internacionais foram assinados, dentre os quais se destacam aqui os que protegem (in)diretamente os habitats dos manguezais contra a poluição por derramamento de petróleo, servindo como instrumentos de suporte ao desenvolvimento sustentável.

O Decreto-Lei n. 2.870²⁶ veio a promulgar a Convenção Internacional sobre Preparação, Resposta e Cooperação para a Poluição por Petróleo (OPRC), oito anos após sua assinatura em 1990, fazendo com que o Brasil se integrasse à rede de troca de informações e experiências com acesso às melhores técnicas existentes. Com isto, o país demonstrou seu reconhecimento sobre o potencial da assistência externa e a cooperação, para a obtenção de respostas ágeis e eficazes em casos de acidentes ambientais de derramamento de petróleo. Além dos benefícios, os países- membros receberam o dever de confeccionar um PNC e melhorar sua coordenação e resposta, nas esferas federais, estaduais e municipais.²⁷

Outra convenção da década de 90 foi a MARPOL, através do

²⁶ BRASIL. Decreto n. 2.870, de 10 de dezembro de 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2870.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

²⁷ CARDOSO, Anelise Menezes. *Sistema de informações para planejamento e resposta a incidentes de poluição marítima por derramamento de petróleo e derivados*. 2007. Tese (Doutorado) – Instituto de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 18-28.

Decreto n. 2.508/98,²⁸ que é formada por seis anexos voltados para tratar as principais formas como o transporte marítimo pode afetar de forma negativa o meio ambiente, reservando o anexo I exclusivamente para os derramamentos de petróleo e derivados, especificando as restrições operacionais das embarcações e indicando formas de manejo das águas contaminadas. Este anexo veio auxiliar o respeito aos princípios ambientais consagrados pelas convenções que a antecederam, em especial ao princípio da precaução e prevenção, visando à supressão – parcial ou total – de danos futuros.²⁹

Ainda na década de 90, o Brasil se tornou um dos países signatários da Convenção de Ramsar, através do Decreto n. 1.905/96.³⁰ Ao assinar tal convenção, o País adere a uma série de obrigações com objetivos claros, como o de fomentar o uso sustentável dos recursos naturais das áreas húmidas – como é o caso dos manguezais e o de criar parques e/ou áreas de proteção ambiental. Além disso, requer-se dos países-membros que estes consultem os demais, quando da implementação da convenção, bem como promovam treinamentos sobre pesquisa, proteção e gerenciamento destes ecossistemas.³¹

2.2 Conama e suas resoluções relacionadas

Assim como a Lei n. 9.966/00³² – que inclui entre outros pontos, a obrigação de notificação de qualquer incidente

²⁸ BRASIL. *Decreto n. 2.508, de 4 de março de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2508.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

²⁹ ASLAN, Jan Fernandes; PINTO, Augusto Eduardo Miranda; OLIVEIRA, Manildo Marcião de. Poluição do meio ambiente marinho: um breve panorama dos princípios, instrumentos jurídicos e legislação brasileira. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*, n. 9, p. 175-186, 2018.

³⁰ BRASIL. *Decreto n. 1.905, de 16 de maio de 1996*. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

³¹ RAMSAR. *The Ramsar Convention and its mission*. 1971. Disponível em: <http://www.ramsar.org/about/the-ramsar-convention-and-its-mission>. Acesso em: 18 abr. 2020.

³² BRASIL. *Lei n. 9.966, de 28 de abril de 2000*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9966.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

abrangendo petróleo, que possa causar poluição às autoridades ambientais competentes, o Conama passou a dar maior atenção aos acidentes ambientais, criando sua Resolução n. 265/00,³³ com o fim de atender à necessidade de melhores respostas e planejamento para desastres naturais envolvendo petróleo.

Um exemplo destas situações foi o caso do acidente na Baía de Guanabara ocorrido no ano de 2000 – onde houve o derramamento de aproximadamente 1,3 milhões de litros de óleo,³⁴ vindo a servir como resposta ao clamor popular em busca de soluções. Essa Resolução determina que as autoridades ambientais competentes elaborem, dentro de um período de no máximo um ano, o PNC e os planos cabíveis para as demais escalas territoriais, tarefa a ser executada também por um Grupo de Trabalho a ser criado no Conama.

A Resolução do Conama n. 398³⁵ traz as diretrizes dos PEIs, que devem ser feitos de forma detalhada, informando sempre que possível a origem e tipo de substância, seu volume, a localização, o horário do derramamento e outros dados relevantes para a sua contenção, para que sejam posteriormente consolidados em um PNC.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente publicou, posteriormente, a Resolução de n. 472,³⁶ que dispõe sobre um dos possíveis métodos de limpeza nos casos de derramamento de óleo, o do uso de dispersantes químicos. Esta disposição veio a revogar Resolução anterior de assunto semelhante, detalhando os principais conceitos relacionados e destacando a necessidade de registro de tais substâncias no Ibama, para que seu uso e sua

³³ CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n. 265, de 27 de janeiro de 2000*. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=263>. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁴ SOARES, Mário Luiz Gomes *et al.* Regeneração de floresta de mangue atingida por óleo na Baía de Guanabara (Rio de Janeiro, Brasil): Resultados de cinco anos de monitoramento. *Geochimica Brasiliensis*, v. 20, n. 1, p. 38-39, 2012.

³⁵ CONAMA. *Resolução n. 398, de 11 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=575>. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁶ CONAMA. *Resolução n. 472, de 27 de novembro de 2015*. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=718>. Acesso em: 12 jan. 2020.

comercialização sejam permitidos.³⁷

Apresenta ainda as hipóteses de utilização desta técnica, restringindo-a para casos onde métodos mecânicos não sejam indicados e em áreas não consideradas restritas, de modo que muitas vezes não abrangem os manguezais, devido a distância destes da costa e sua profundidade, salvo exceções que dependem da autorização do Ibama, através de preenchimento do formulário anexado na Resolução.

3 Planos de contingência e protocolos de remoção de óleo

Todas as sociedades estão sujeitas a serem atingidas por desastres ambientais como os derramamentos de óleo em alta escala, capazes de comprometer a saúde e o bem-estar de diversas comunidades, sendo uma resposta adequada a essas ameaças, obtida por meio de planos de contingências.

Os PNCs – geralmente – são confeccionados para responder aos mais diversos tipos de acidentes ambientais de escopo nacional, não abordando de forma detalhada aspectos específicos, que podem ser componentes de desastres a serem contidos em menor escala. Assim, sua eficácia depende da utilização de planos de contingência de menor escala – como é o caso dos PEIs, combinados com uma comunicação adequada entre agências/órgãos ambientais, utilizando todos os recursos e técnicas disponíveis de forma sistematizada, para que se obtenha uma resposta eficaz.

O Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição de Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional foi instituído no Brasil, através do Decreto n. 8.127/2013, após treze anos de debates e planejamento. O PNC possui uma estrutura operacional dividida entre Autoridade Nacional, Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA), Comitê Executivo (CE) e Comitê de Suporte

³⁷ OLIVEIRA, Raphael Motta de. *Contribuição às ações de contingência para incidentes de poluição por óleo no contexto offshore no Brasil*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 18-19.

(CS). A Autoridade Nacional do plano é exercida pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), e possui como uma das suas principais competências a de gerenciar e convocar organizações ambientais, realizando comunicados e coordenando as ações necessárias para garantir a eficácia da reposta aos desastres.^{38, 39}

Uma das primeiras – e principais – atribuições do GAA é a de acompanhar os casos de poluição por óleo, logo após o seu acionamento por um de seus componentes e/ou pela Autoridade Nacional, utilizando as informações coletadas e determinando se o incidente é ou não de significância nacional – conforme parâmetros do art. 17, acionando o PNC, caso entenda necessário. Após o acionamento do PNC, a GAA precisa designar o coordenador operacional do plano, nos termos do art. 9, § único, sendo este – salvo exceções – o Ibama no caso dos manguezais, uma vez que este ecossistema se encontra em águas interiores. Além disto, deve manter a Autoridade Nacional permanentemente informada, avaliando as ações relativas ao PNC como aquelas tomadas pelo poluidor (PEI) e pelos Planos de Área.⁴⁰

O CS possui competências de suporte vitais para o funcionamento adequado do Plano Nacional de Contingência, porque auxilia os demais membros da estrutura organizacional e o coordenador operacional a exercerem suas funções de forma ágil e eficaz. O Comitê Executivo é coordenado pelo MMA, sendo algumas de suas obrigações estabelecer as diretrizes de implementação do PNC e elaborar o Manual do PNC.

Convém destacar aqui que, mesmo diante de sua enorme contribuição ante suas funções no combate aos desastres ambientais envolvendo petróleo, o CS e o CE foram dissolvidos através

³⁸ ALVES, Jorge Rogério Pereira. Manguezais: educar para proteger. *Semads*, Rio de Janeiro: Semar, v. 96, p. 11-14, 2001.

³⁹ BRASIL. *Decreto n. 8.127, de 22 de outubro de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8127.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁴⁰ BRASIL. *Decreto n. 8.127, de 22 de outubro de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8127.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

do art. 9º do Decreto n. 9.759, em 11 de abril de 2019.⁴¹ Além disso, não identificados vestígios da elaboração do Manual nos termos do decreto, ficam reduzidas a agilidade e aplicabilidade das ações do PNC.

3.1 PEI e técnicas de limpeza de manguezais em âmbito nacional

Conforme o anteriormente exposto, o PNC não descreve quais técnicas e equipamentos devem ser utilizados para cada tipo de situação, sendo dever dos PEIs e dos PAs trazer tais diretrizes detalhadas a serem observadas pelo coordenador operacional, ao colocá-las em prática nos desastres de significância nacional.

É essencial que as empresas que exerçam atividades que envolvam petróleo e substâncias derivadas apresentem que estão preparadas para minimizar os impactos em casos de acidentes, preparando-se tanto para os cenários mais prováveis de derramamentos em pequena escala até aquelas situações nas quais o vazamento possa transpassar o local de origem, motivo pelo qual a Nota Técnica (NT) n. 03/2013 – Cgpeg/Dilic/Ibama apresenta as diretrizes obrigatórias para a aprovação dos PEIs a serem elaborados pelos possíveis poluidores.⁴²

Esta NT expõe as limitações de alguns métodos até então empregados, exigindo que as empresas tenham os equipamentos necessários e observando o seu tipo de embarcação e região de ação, adequando seu plano para que este apresente estratégias de proteção e reabilitação das áreas atingidas, sendo impossibilitado o compartilhamento de recursos. No tocante aos manguezais, não são feitas exigências específicas para este ecossistema, deixando

⁴¹ BRASIL. Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁴² IBAMA. Nota Técnica n. 03/2013: Diretrizes para aprovação dos Planos de Emergência Individual (PEI), 2013. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/436934/RESPOSTA_PEDIDO_nt.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

as indicações deste inclusas aos dos ambientes costeiros e áreas sensíveis. Por fim, um ponto de destaque desta Nota Técnica é que a empresa, após apresentar o PEI, deve passar por uma avaliação pré-operacional, para averiguar-se a real capacidade em executar as ações constantes no plano confeccionado.

Com isto em mente, faz-se aqui uma análise do Plano de Emergência Individual desenvolvido pela empresa Portonave,⁴³ tendo a escolha deste documento se dado pela atualidade de sua publicação – datada em 28 de agosto de 2019, prestígio – finalista do prêmio Internacional *Lloyd's List Americas Awards*⁴⁴ e localização geográfica das instalações na cidade de Navegantes – SC, município que possui o manguezal como um de seus ecossistemas.⁴⁵

Este PEI discorre de forma sucinta e categórica sobre os cenários acidentais passíveis de ocorrerem em suas instalações, contendo informações detalhadas da instalação, com descrição do local, tamanho e capacidade de armazenamento da instalação, declarando qual o tipo de volume de óleo que ali se encontram.

As ações de resposta são separadas conforme o nível de vulnerabilidade dos locais afetados, com especificações sobre as formas de contenção, limpeza e descarte nos casos de um derramamento. O ecossistema do manguezal é de tal sensibilidade a este tipo de acidente que recebe um espaço exclusivo para tratar dos métodos aceitos de limpeza.

Para as áreas de canais e águas adjacentes dos manguezais, o PEI indica as técnicas como a utilização de *skimmers*, bombeamento a vácuo, isolamento com barreiras de contenção e uso de barreiras absorventes. No caso de bosques, a conclusão do plano é de que a única ação indicada é da limpeza natural, impedindo maiores danos, caso outras técnicas venham a ser utilizadas de forma incorreta. Dentre as ações não recomendadas estão aquelas que envolvem

⁴³ SCHETINGER, Guilherme Kluge. *Plano de Emergência Individual – PEI*, 2019.

⁴⁴ LLOYD'S LIST. *Finalists announced for Lloyd's List Americas Awards*, 2019. Disponível em: <https://lloydslist.maritimeintelligence.informa.com/LL1128788/Finalists-announced-for-Lloyds-List-Americas-Awards>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁴⁵ OLIVEIRA, R. G.; TOGNELLA, Mônica Maria Pereira. Processo de colonização do manguezal do Rio Tavares por análise da estrutura de diferentes bosques. *Brazilian Journal of Aquatic Science and Technology*, v. 18, n. 1, p. 9-18, 2014.

formas mecânicas e químicas de limpeza – com exclusão daquelas previamente elencadas, evitando qualquer tipo de contato de qualquer pessoa com as raízes e vegetação contaminada.⁴⁶

Por serem inexistentes protocolos de limpeza de manguezais, nos casos de derramamento de óleo e por também terem interesse na resguarda do meio ambiente é que alguns estados publicam manuais, podendo se utilizar aqui, a título de exemplo e comparação, o Manual de Orientação produzido a pedido do governo do Estado de São Paulo.⁴⁷

O documento em questão demonstra ser uma versão mais ampla do PEI anteriormente analisado, apresentando de forma geral as características físicas e químicas dos diversos tipos de óleo derivados do petróleo, porque não relacionado com uma empresa ou região específica.

No quesito técnicas de limpeza de manguezais, acompanha em parte o entendimento dos autores do PEI da empresa Portonave – previamente analisada, agregando três métodos que entende serem indicados para este tipo de ecossistema, o de uso de dispersantes, barcaças recolhedoras e absorventes naturais granulados, técnicas que devem ser previamente aprovadas pelos órgãos responsáveis, como é o caso dos dispersantes químicos e a Resolução n. 472/15 do Conama.⁴⁸

3.2 PNC e o Manual de Monitoramento de Derramamento de Óleo – Austrália

A Austrália atualmente se encontra como terceiro lugar na lista de países com maior número de manguezais no Planeta, motivo pelo qual este é digno de citação, mesmo que não tenha sido marcado por grandes desastres ambientais da História,

⁴⁶ SCHETINGER, *op. cit.*

⁴⁷ LOPES, Carlos Ferreira; MILANELLI, João Carlos Carvalho; POFFO, Iris Regina Fernandes. *Ambientes costeiros contaminados por óleo: manual de orientação*. São Paulo: Secretaria do Estado do Meio Ambiente, 2007.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 93-96.

envolvendo vazamentos de petróleo.⁴⁹

Diferentemente do caso brasileiro, o PNC australiano existe desde 1973, sendo um acordo entre o Estado e indústrias de petróleo, apresentando uma variedade de métodos de preparação e resposta que demonstram a preocupação por parte do governo. Assim como o modelo brasileiro, este PNC se apoia em um conjunto de legislações nacionais, que lhe proporcionam mais capacidade de resposta e impõem obrigações que tornam os procedimentos de preparação e resposta a incidentes mais satisfatórios.⁵⁰

No quesito estrutura organizacional, o PNC australiano possui cinco membros, com hierarquização vertical e horizontal, em que o Conselho de Transporte e Infraestrutura é o responsável pelo PNC, contando com o auxílio dos demais membros, para desenvolver estratégias de contenção e resposta.⁵¹

Além disto, por ser necessário maior suporte na coordenação e liderança estratégica, existe a figura do Coordenador Estadual de Poluição Marinha (SMPC), sigla do inglês, *State Marine Pollution Coordinator*.⁵²

O Território do Norte, estados e governo federal australiano apontam um oficial da Marinha reconhecido por suas capacidades de controlar ações de combate e limpeza de vazamentos de petróleo, contando com alto nível gerencial, além de ter boa comunicação com as demais autoridades públicas e privadas envolvidas. A existência de diversos SMPCs, no entanto, possibilita ocorrência de conflitos de jurisdição, casos em que o PNC determina, inicialmente, a designação de uma autoridade jurisdicional/ agente líder e agência de controle, para coordenar as ações a serem tomadas

⁴⁹ BASHA, S. K. An overview on global mangroves distribution. *Indian Journal of Geo Marine Sciences*, v. 47, n 4, p.766-772, 2018.

⁵⁰ STORRIE, Jamie. a national review of australia's maritime environmental emergency response arrangements. In: Australian Maritime Safety Authority. *International oil spill conference proceedings*. Washington: American Petroleum Institute, 2014. p. 847-855.

⁵¹ Australian Maritime Safety Authority (AMSA). *National Plan for Maritime Environmental Emergencies 2019 Edition*. Canberra: Australian Maritime Safety Authority, 2019. p. 10-32.

⁵² *Ibidem*, p. 30-31.

em determinado incidente; todavia, nos casos em que é inviável a definição de um líder, a criação um Grupo Conjunto de Coordenação Estratégica é a alternativa mais apropriada.⁵³

Uma semelhança com o PNC brasileiro, que é marcante para este estudo, se dá pela falta de especificações sobre técnicas e equipamentos de limpeza de ambiente contaminados por vazamentos de petróleo nas diretrizes de prevenção, preparação, resposta e recuperação apresentadas pelo PNC australiano, notando-se que, em momento algum, está citado o termo *manguezal* ou *mangue*. Além disto, a Austrália impõe aos possíveis poluidores o dever de criarem um Plano de Emergência para Poluição por Óleo, com características semelhantes ao PEI brasileiro, sendo sua aprovação de igual forma necessária por órgão responsável, para que as atividades das empresas sejam iniciadas.

O diferencial está na existência de um documento conhecido como Manual de Monitoramento de Derramamento de Óleo, produzido a pedido do governo australiano em 2016, que conta com um estudo detalhado sobre os tipos de óleo, as formas de monitoramento e a resposta a vazamentos.⁵⁴

Os manguezais possuem parte reservada para si nesta obra, com uma breve revisão acerca dos métodos indicados e razões da sua vulnerabilidade, sendo ao todo nove técnicas de limpeza / recuperação indicados, quais sejam, a recuperação natural, a utilização de sorventes, remoção de dejetos, aspiração a vácuo, barreiras para contenção, inundação com água do mar, lavagem a baixa pressão, utilização de agentes de limpeza de áreas costeiras e a limpeza/remoção manual.⁵⁵

Acerca dos dispersantes químicos, método contraindicado – salvo exceções – pela Resolução n. 472 do Conama⁵⁶ (2015), o manual australiano afirma que em testes realizados os

⁵³ *Ibidem*, p. 23-32.

⁵⁴ HOOK, Sharon *et al.* (ed.). *Oil Spill Monitoring Handbook*. Melbourne: Csiro Publishing, 2016.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 100-106.

⁵⁶ CONAMA. *Resolução n. 472, de 27 de novembro de 2015*. Disponível em: [HTTP://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=718](http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=718). Acesso em: 12 jan. 2020.

manguezais apresentaram, inicialmente, uma taxa de mortalidade de corais maior do que o método da limpeza natural, mas apresentou um tempo de recuperação reduzido para o ecossistema, demonstrando haver técnicas alternativas a aquelas tradicionalmente recomendadas.⁵⁷

Por fim, destaca-se que estes meios estão elencados conforme o nível de danos que podem causar, após sua utilização, havendo outras estratégias mencionadas, mas que não receberam destaque por haver dados insuficientes para determinar seus efeitos.⁵⁸

3.3 ITOPF – Manual

Além dos Manuais e PNCs anteriormente expostos, um dos documentos mais completos a serem observados durante a ocorrência de desastres ambientais com óleo é o Manual da Federação Internacional de Poluição por Petroleiros (ITOPF) órgão de renome internacional, no combate aos desastres envolvendo poluições por petróleo e derivados.⁵⁹

A ITOPF conta com um extenso e detalhado banco de dados sobre derramamentos acidentais, desde o início da década de 70, contendo informações sobre o volume e tipo de óleo, causa, localização e embarcação envolvida de quase dez mil acidentes, categorizando estes dados em grupos conforme a quantidade do vazamento identificado.⁶⁰

Devido à sua ampla experiência, esta federação exerce funções de orientação em casos de desastres ambientais de significância nacional, investigando os danos aos recursos atingidos e aconselhando quais os métodos mais apropriados de limpeza. Desse modo, as indicações apresentadas se concentram na seleção

⁵⁷ HOOK, *op. cit.*, p. 39-40.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 139-140.

⁵⁹ ALRODINI, Khlood Hassan. *Case study analysis of oil spill cleanup methods for more effective handling of future accidents*. Muncie: Ball State University, 2015. p. 7-10.

⁶⁰ International Tanker Owners Pollution Federation (ITOPF). *ITOPF Handbook*. Londres: ITOPF Limited, 2019. p. 14-20.

e implementação de medidas de resposta, com justificativas técnicas, conforme as circunstâncias particulares apresentadas por um incidente.⁶¹

Além disso, ela também sugere em seu manual aquilo que julga vital para a confecção de planos de contenção, auxiliando a preparação destes pelo Poder Público e privado, disponibilizando-se a apresentar palestras e efetuar treinamento, dividindo suas experiências por todo o globo.

Este Manual, assim como os demais documentos anteriormente analisados, não trata especificamente sobre os problemas e as necessidades do ecossistema manguezal, apresentando de forma geral as ações de prevenção, contenção e limpeza de vazamentos de óleo.

4 Da (não) concretização do princípio da prevenção e princípio da precaução

Os Estados devem exercer sua autoridade sobre os recursos presentes em seu território, de modo a asseverar que as atividades sob sua jurisdição ou controle não causarão danos significativos aos biomas, ecossistemas e espécies, evitando prejuízos não apenas ao seu país, mas para toda a humanidade.⁶²⁻⁶³ Tendo isto em vista, há dois princípios axiais do direito ambiental, o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

4.1 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção estipula que os Estados devem aderir a uma abordagem preventiva em sua tomada de decisões, devendo considerar ainda a ocorrência de possíveis omissões

⁶¹ *Ibidem*, p. 22-36.

⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 26. ed. 2018. p. 156-158.

⁶³ RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. *Direito & Justiça*, v. 33, n. 2, p. 231-266, 2007.

passíveis de causarem danos ambientais. Sua origem é intrínseca a uma predileção central do direito internacional pela prevenção de danos ambientais, preferindo a não ocorrência de acidentes à compensação de um dano que venha a ocorrer, já que os impactos podem ser de tamanha proporção a ponto de alcançar o patamar da irreparabilidade.⁶⁴

Neste sentido, é mister citar o posicionamento de Rodrigues:

Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais, em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam. Enfim, com o meio ambiente, decididamente, é melhor prevenir do que remediar.⁶⁵

Sua consolidação se dá, atualmente, como uma norma do direito internacional consuetudinário, servindo de inspiração para uma série de práticas relevantes, encontradas em vários tratados e códigos ambientais de escala nacional, internacional e transnacional, incluindo-se ainda normas demandadas por técnica tem origem no setor privado.⁶⁶ Esse princípio impõe a premissa de que, se existem evidências de que um dano possa vir a ocorrer, medidas preventivas devem ser tomadas, fazendo referência aos riscos conhecidos e previsíveis.

Destarte, “sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção”,⁶⁷ não sendo, assim, suficiente existirem de normas – ainda que em grande número, se estas são esparsas e

⁶⁴ BÜHRING, Marcia Andrea; MUNHOZ, Nathália Vier. Princípio da precaução no direito ambiental: divergências de conceituação e aplicação prática. In: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; NODARI, Paulo César. *O hiperconsumismo e a democracia: os reflexos éticos e socioambientais*. Caxias do Sul: EDUCS, 2016.

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 203.

⁶⁶ BURSZTYN, Maria Augusta. *Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade*. Cidade: Garamond, 2018. p. 192-195.

⁶⁷ MACHADO, *op. cit.*, p. 122.

não estão aliadas a estudos existentes, que venham a apresentar alternativas ou adequações necessárias à proteção ambiental.

4.2 Princípio da precaução

Este princípio se encontra em constante aprimoramento, desde sua concepção pelo Direito alemão, na década de 70, tendo posteriormente sido introduzido como a abordagem precaucionária pela Conferência Internacional do Mar do Norte de 1984, ganhando maior repercussão somente ao se consolidar como princípio pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – ECO-92 – no Rio de Janeiro, através do item 15 que dispõe:

Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser amplamente aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência da certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para postergar a adoção de medidas efetivas visando prevenir a degradação ambiental.⁶⁸

Habitualmente, os Estados, ao tomarem iniciativas de aplicar medidas específicas de proteção ambiental, deveriam provar – de forma certa – o perigo, risco de dano e a urgência que fundamentariam tais ações. Todavia, como a certeza / segurança científica necessita de tempo e recursos para estar presente, o ônus da prova foi revertido com o reconhecimento do princípio da precaução, não sendo mais necessária a certeza científica de um possível dano para que ações protetivas sejam tomadas.⁶⁹

Por ser um princípio de tomada de decisão, o princípio da precaução implica uma norma orientadora de conduta, com o fim de proteger o meio ambiente e a saúde humana. As medidas

⁶⁸ *Ibidem*, p. 98-103.

⁶⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 115-116.

podem assumir variadas formas, como através de proibições ou abstenções definitivas e pedidos de informações científicas adicionais, antes de se permitir que determinada atividade seja iniciada.⁷⁰

As proposições normativas do princípio da precaução indicam a observação de dois pontos para a sua aplicação, o da significância de dano – presumível, e o limiar de conhecimento sobre a possibilidade do dano – constatando-se se há certeza científica ou não. O primeiro se refere aos resultados danosos ou indesejados que podem ocorrer, determinando quais situações são reconhecidas como pré-requisitos de sua utilização, como é um trecho do item supracitada da ECO-92, que refere que estipula os cenários de aplicação de medidas preventivas. O segundo ponto dispõe sobre o nível de conhecimento científico necessário sobre uma ameaça identificada, para que se reconheça a necessidade de atos preventivos.⁷¹⁻⁷²⁻⁷³

É imperativo destacar, por fim, que este princípio não ignora a ciência – sua produção e conhecimento, mas exige que medidas de precaução sejam tomadas mesmo em casos em que há incerteza científica, mas não sendo esta a causa da aplicação daquela. As ações devem se basear no conhecimento científico disponível sobre os possíveis efeitos das atividades antrópicas – novas e existentes – no meio ambiente, como método de evitar danos irreversíveis, sendo um exemplo disto a Resolução n. 472/2015 do Conama, que, diante da incerteza científica, opta por restringir a utilização de dispersantes químicos, em áreas de maior sensibilidade.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 164-169.

⁷¹ AHTEENSUU, Marko. Rationale for taking precautions: normative choices and commitments in the implementation of the precautionary principle. *Risk & Rationalities*, (Conference Proceedings), Queens' College, Cambridge, 2007.

⁷² BURSZTYN, Maria Augusta. *Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade*. Editora Garamond, 2018. p. 195-196.

⁷³ FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 18-21.

Considerações finais

Inicialmente, reconhece-se a importância social, econômica e ambiental dos manguezais, cujo ecossistema comporta uma geomorfologia própria, fauna e flora únicas, com espécies indígenas, também conhecidas como nativas/autóctones, que contribuem em especial ao meio marinho, mas que apresentam grande vulnerabilidade à poluição com petróleo, em especial quando esta atinge as raízes e mudas do mangue.

Sua importância é enfatizada por um amplo grupo de legislações, convenções, organizações e Estados, no âmbito nacional e internacional, que concordam acerca da necessidade de sua proteção. Todavia, este grupo falha ao não tratar – na maioria dos casos – de forma específica sobre a limpeza dos manguezais, se atingidos por desastres ambientais, como derramamento de óleo.

A limpeza de manguezais, caso executada de forma correta, tem um grande potencial para recuperar os recursos de seus recursos; proporcionar emprego à população local; proteger a biodiversidade, a produtividade da pesca e outros serviços ecossistêmicos vitais para ecossistemas associados e comunidades próximas, que utilizam seus recursos naturais como alimento e sustento.

No Brasil, nação com uma das maiores áreas de manguezais no Planeta, a legislação se desenvolveu de forma positiva, geral ao longo de séculos, para buscar a proteção deste ecossistema, garantindo que áreas de maior vulnerabilidade permaneçam como patrimônio social e cultural, impedindo que sejam afetadas por ações antrópicas, através da criação de autarquias e órgãos públicos como o Conama e Ibama, que exercem funções vitais de gestão ambiental. Esta proteção é proporcionada ainda pela adoção de uma série de convenções e tratados internacionais, que tratam indiretamente dos mangues, destacando-se a Convenção Internacional sobre Preparação, Resposta e Cooperação para a Poluição por Petróleo (OPRC), por ser a convenção responsável por impor aos seus membros a criação de PNCs.

Observou-se que os PNCs de países como Brasil e Austrália apresentam grandes semelhanças, no que diz respeito às ações de

resposta aos derramamentos de óleo, em que ambos apresentam diretrizes que contemplam de forma geral a limpeza de ambientes contaminados, deixando para os PEIs e Manuais efetuarem uma descrição mais específica e detalhada. O Brasil, em especial, se destaca dentre os dois países, Brasil e Austrália por não contar com um Manual próprio para o seu PNC, o que deveria ter sido elaborado com um prazo máximo de trezentos e sessenta dias da publicação do Decreto n. 8.127/2013. Além disto, restaram dissolvidos o Comitê Executivo e o Comitê de suporte, através do Decreto n. 9.759/2019, comitês de extrema importância para uma execução rápida e eficaz das ações de resposta aos incidentes de significância nacional, deixando claro o descaso do governo atual com o meio ambiente.

Depois de analisar o PEI da empresa Portonave, o Manual da ITOPF e o Manual de Monitoramento de Derramamento de Óleo – Manual australiano –, é possível concluir que, de forma prática, inexistem um protocolo, manual ou documento próprio para limpeza de manguezais. O documento brasileiro (PEI) é o que apresenta o menor número de informações e métodos de limpeza, além de não expor o embasamento científico que apoia suas alegações, indicando cinco técnicas das quais apenas uma – a limpeza natural – pode ser utilizada em bosques/florestas com mangue. Os dois manuais internacionais concordam que a limpeza natural é o método indicado, no entanto apenas o Manual australiano cita estudos com resultados concretos para o embasamento de suas decisões, propondo nove técnicas a serem utilizadas em manguezais, informando ainda que existem outras opções com insuficiência de dados, para definir seu uso.

Diante disto, explorou-se – ainda que brevemente – a aplicação dos princípios da precaução e prevenção, inferindo que o seu reconhecimento é possível e cada vez mais necessário no plano nacional, porque existem informações suficientes sobre métodos a serem utilizados, além daqueles observados, prevenindo danos maiores ao invés de se optar pela omissão. O princípio da precaução, por exemplo, se encontra presente na Resolução n. 472/2015 do Conama, conectando-se com as incertezas acerca do uso de dispersantes. No entanto, sua aplicação pode e deve ser

melhor explorada, especialmente se há dúvidas sobre os impactos de um novo método; tal incerteza deve levar a mais estudos e não ao comodismo de deixar tal responsabilidade para terceiros.

Portanto, conclui-se e sugere-se, por fim, que seja criado um Manual ou Protocolo específico sobre a limpeza de manguezais, no caso de contaminação por petróleo e substâncias derivadas, contando com o uso das melhores técnicas de limpeza e tecnologias disponíveis, trazendo em um único documento informações existentes sobre tais métodos e seus impactos positivos e negativos, possibilitando melhor planejamento, que garanta ações ágeis e eficazes para a recuperação sustentável desse ecossistema, cujos tomadores de decisão e organizações responsáveis pelo controle de catástrofes ambientais encontrem respostas às suas dúvidas.

Referências

ALRODINI, Khlood Hassan. **Case study analysis of oil spill cleanup methods for more effective handling of future accidents**. Muncie: Ball State University, 2015.

ALVES, Jorge Rogério Pereira. Manguezais: educar para proteger. **Semads**, Rio de Janeiro: Femar, v. 96, p. 13-14, 2016.

NATIONAL PLAN FOR MARITIME ENVIRONMENTAL EMERGENCIES (AMSA) 2019. **Edition**. 2019. Disponível em: <http://www.amsa.gov.au/sites/default/files/amsa-496-national-plan.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

AHTEENSUU, Marko. Rationale for taking precautions: normative choices and commitments in the implementation of the precautionary principle. (Conference Proceedings) **Risk & Rationalities**, Cambridge: Queens' College, 2007.

ASLAN, Jan Fernandes; PINTO, Augusto Eduardo Miranda; OLIVEIRA, Manildo Marcião de. Poluição do meio ambiente marinho: um breve panorama dos princípios, instrumentos jurídicos e legislação brasileira. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, n. 9, p. 175-186, 2018.

BASHA, S. K. An overview on global mangroves distribution. **Indian Journal of Geo Marine Sciences**, v. 47, n. 4, 2018. p.766-772.

BRASIL.[Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

_____. **Decreto n. 1.905, de 16 de maio de 1996**. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

_____. **Decreto n. 2.508, de 4 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2508.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

_____. **Decreto n. 2.870, de 10 de dezembro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2870.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

_____. **Decreto n. 8.127, de 22 de outubro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8127.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

_____. **Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

_____. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 7 jan 2020.

_____. **Lei n. 7.735, de 22 de fevereiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7735.htm. Acesso em: 7 jan 2020.

_____. **Lei n. 9.966, de 28 de abril de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9966.htm. Acesso em: 7 jan 2020.

_____. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 7 jan 2020.

BÜHRING, Marcia Andrea; MUNHOZ, Nathália Vier. Princípio da precaução no direito ambiental: divergências de conceituação e

aplicação prática. In: CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; NODARI, Paulo César. **O hiperconsumismo e a democracia**: os reflexos éticos e socioambientais. Caxias do Sul: EDUCS, 2016. p. 202-228.

BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio Comprido: Garamond, 2018.

CARDOSO, Anelise Menezes. **Sistema de informações para planejamento e respostas a incidentes de poluição marítima por derramamento de petróleo e derivados**. Tese de Doutorado – Instituto de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 18-28.

CONAMA, Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução n. 265, de 27 de janeiro de 2000**. 2000. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=263>. Acesso em: 12 jan. 2020.

_____. **Resolução n. 398, de 11 de junho de 2008**. 2008. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=575>. Acesso em: 12 jan. 2020.

_____. **Resolução n. 472, de 27 de novembro de 2015**. 2015. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=718>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992. **Declaração do Rio**. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acesso em: 18 jan. 2020.

ALMEIDA, Renato de; COELHO JÚNIOR, Clemente. **Atlas dos manguezais do Brasil**. Brasília: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade-ICMBio, 2018.

MEDEIROS, Samylle Ruana Marinho de; CARVALHO, Rodrigo Guimarães de; PIMENTA, Melissa Rafaela Costa. A proteção do ecossistema manguezal a luz da Lei n. 12.651/2012: novos desafios para a sustentabilidade dos manguezais do rio grande do norte. **Revista Geotemas**, v. 4, n. 2, p. 59-78, 2014.

OLIVEIRA, Raphael Motta de. **Contribuição às ações de contingência para incidentes de poluição por óleo no contexto offshore no Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

DINIZ, Cesar *et al.* Brazilian mangrove status: three decades of satellite data analysis. **Remote Sensing**, v. 11, n. 7, p. 808-809, 2019.

DRUMMOND, José Augusto; FRANCO, José Luiz de Andrade; OLIVEIRA, Daniela de. Uma análise sobre a história e a situação das unidades de conservação no Brasil. **Conservação da Biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Editora Câmara, 2010.

DUKE, Norman C. Oil spill impacts on mangroves: recommendations for operational planning and action based on a global review. **Marine Pollution Bulletin**, v. 109, n. 2, p. 700-715, 2016.

FOSTER, Caroline E. **Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HOOKE, Sharon *et al.* (ed.). Oil Spill Monitoring Handbook. Melbourne: **Csiro Publishing**, 2016.

IBAMA. **Nota Técnica n. 03/2013: diretrizes para aprovação dos Planos de Emergência Individual (PEI)**, 2013. Disponível em: www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/436934/RESPOSTA_PEDIDO_nt.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

INTERNATIONAL Tanker Owners Pollution Federation (ITOPF). **ITOPF Handbook**. 2019. Disponível em: <https://www.itopf.org/knowledge-resources/documents-guides/document/itopf-handbook/>. Acesso em: 23 jan. 2020.

LLOYD'S LIST. **Finalists announced for Lloyd's List Americas Awards**, 2019. Disponível em: <https://lloydslist.maritimeintelligence.informa.com/LL1128788/Finalists-announced-for-Lloyds-List-Americas-Awards>. Acesso em: 23 jan. 2020.

LOPES, Carlos Ferreira; MILANELLI, João Carlos Carvalho; POFFO, Iris Regina Fernandes. **Ambientes costeiros contaminados por óleo: manual de orientação**. São Paulo, Secretaria do Estado do Meio Ambiente, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

NOERNBERG, Maurício Almeida; LANA, Paulo da Cunha. A sensibilidade de manguezais e marismas a impactos por óleo: fato ou mito? Uma ferramenta para a avaliação da vulnerabilidade de sistemas costeiros a derrames de óleo. **Geografares**, n. 3, 2002.

OLIVEIRA, R. G.; TOGNELLA, Mônica Maria Pereira. Processo de colonização do manguezal do Rio Tavares por análise da estrutura de diferentes bosques. **Brazilian Journal of Aquatic Science and Technology**, v. 18, n. 1, p. 9-18, 2014.

RAMSAR, 1971. **The Ramsar Convention and its mission**. Disponível em: <http://www.ramsar.org/about/the-ramsar-convention-and-its-mission>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ROCCO, Rogério Geraldo. **A eficácia do estudo de impacto ambiental como instrumento da política nacional do meio ambiente**, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. **Direito & Justiça**, v. 33, n. 2, p. 231-266, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

SCHAEFFER-NOVELLI, Yara; VALE, Cláudia Câmara do; CINTRÓN, Gilberto. **Monitoramento do ecossistema de manguezal: características funcionais**. Protocolos para monitoramento de habitats bentônicos costeiros-rede de monitoramento de habitats bentônicos costeiros-rebentos. São Paulo: IOUSP, 2015.

SCHETINGER, Guilherme Kluge. **Plano de Emergência Individual – PEI**. Navegantes: Portonave, 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SOARES, Mário Luiz Gomes *et al.* Regeneração de floresta de mangue atingida por óleo na Baía de Guanabara (Rio de Janeiro, Brasil): Resultados de 5 anos de monitoramento. **Geochimica**

Brasiliensis, v. 20, n. 1, p. 38-39, 2012.

STORRIE, Jamie. a national review of australia's maritime environmental emergency response arrangements. In: Australian Maritime Safety Authority autor. **International oil spill conference proceedings**. Washington: Cidade: American Petroleum Institute, 2014. p. 847-855.

TOMLINSON, P.B. **The botany of mangroves**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

VANNUCCI, Marta. **Os manguezais e nós: uma síntese de percepções**. São Paulo: EDUSP, 2003. p. 29-44.

11.

As consequências das emergências globais provocadas pela pandemia em detrimento das emergências climáticas

The consequences of global emergencies caused by pandemic in deterioration of climate emergencies

Monique Ramona Alves Carasai*

Resumo: O objetivo geral da presente pesquisa é a problemática acerca das consequências das emergências globais provocadas pela pandemia do Covid-19, em detrimento das emergências climáticas. Para tanto, primeiramente abordou-se o direito à saúde inerente a todas as pessoas, como um direito humano contemplado no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A partir deste contexto histórico mais recente, tem-se uma relevância do direito à saúde no cenário internacional e sua absorção aos ordenamentos jurídicos nacionais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde recebeu especial relevância como direito universal, sendo dever do Estado sua devida promoção, nos termos do art. 196 do texto constitucional. Após, verificaram-se os reflexos decorrentes de um cenário excepcional, em que se vive uma pandemia viral que já ceifou em torno de 500 mil vidas (até junho de 2020), o que coloca todos os países do Globo em estado máximo de alerta. Nenhuma estrutura de saúde pública ou privada estava preparada para o novo coronavírus (Covid-19), assim como as maiores potências mundiais não estavam preparadas para o impacto econômico e social decorrente. Por fim, utilizando-se o método de pesquisa dedutivo, diante do caos instaurado e de sistemas colapsados, verificou-se que muitas são as

* Graduada em Ciência Jurídicas e Sociais, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Civil, com ênfase em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Especialista em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Universidade Santa Cecília (Unisantia). Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogada.

emergências globais que pedem vistas e, embora se tenham os efeitos positivos do lapso temporal de menor atividade humana, oriundas de *lockdown* e isolamento social, por outro lado, verificou-se que as políticas ambientais são deixadas em *stand-by* neste momento e, por assim dizer, sendo negligenciadas, sofrendo afrouxamentos e abrandamentos que colocam em xeque à proteção ambiental.

Palavras-chaves: Covid-19. Pandemia. Coronavírus. Emergências globais. Emergências climáticas.

Abstract: The general objective of the present research hangs on the problem about the consequences of global emergencies caused by the pandemic of Covid-19 in detriment of climatic emergencies. To this end, the right to health inherent to all people was first addressed as a human right contemplated in article 25 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights. From this more recent historical context, there is a relevance of the right to health on the international scene and its absorption into national legal systems. With the promulgation of the 1988 Federal Constitution, the right to health receives special relevance as a universal right to be achieved by all, with the State being responsible for its proper promotion, under the terms of article 196 of the constitutional text. Afterwards, there were reflexes resulting from an exceptional scenario in which a viral pandemic is living, which has already claimed around 500 thousand lives (until June 2020), which puts all countries on the globe in a maximum state of alert. No public or private health structure was prepared for the new coronavirus (Covid-19), just as the major world powers were not prepared for the resulting economic and social impact. Finally, using the deductive research method, in the face of the established chaos and collapsed systems, it was found that many are the global emergencies that demand views and, although there are the positive effects of the time lapse of less human activity, arising lockdown and social isolation, on the other hand, it was found that environmental policies are left on standby at this moment and, so to speak, being neglected, suffering loosening and slowdowns that put environmental protection in check.

Keywords: Covid-19. Pandemic. Coronavirus. Global emergencies. Climate emergencies.

1 Introdução

Para que se possa adentrar na problemática da pesquisa, isto é: se, diante do cenário pandêmico em que foram decretadas emergências globais, estão sendo colocadas políticas ambientais em *stand-by* e negligenciando-se, assim, a pauta ambiental, primeiramente, busca-se traçar uma breve evolução histórica acerca do surgimento do direito à saúde, como um direito humano e, portanto, fundamental.

Isso porque, ao longo da História, diversas foram as transformações decorrentes da mutação da própria sociedade, diante do desenvolvimento social e cultural, com o conseqüente crescimento populacional oriundo dos avanços na medicina e das cidades.

As duas grandes guerras foram marcos para que houvesse a essencial mobilização em prol dos Direitos Humanos, tendo em vista que a vida humana – no período entreguerras mundiais – foi violada por variadas e inimagináveis formas, o que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da Organização das Nações Unidas (ONU), em São Francisco, nos Estados Unidos, em 1948.

Dentre os direitos tidos como vitais para a qualidade da vida humana, tem-se, portanto, o direito humano à saúde, cuja leitura do art. 25 da DUDH, expressamente reconhece que toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente, para assegurar a saúde para si e aos seus familiares.

A saúde humana, embora os crescentes avanços tecnológicos e científicos, encontra percalços que advêm, também, desta expansão.

Enquanto essas novas formas trazem ganhos para o desenvolvimento de tratamentos e fármacos, poder-se-ia dizer que o uso imoderado dos recursos naturais e da circulação dinâmica de pessoas, em todo o mundo, perfaz um dos aspectos negativos destes avanços tecno-científicos?

O uso abusivo dos ecossistemas e a velocidade desses processos impossibilitam a recuperação dos serviços ecossistêmicos na

mesma velocidade, o que acarreta seu desequilíbrio, alterando biomas e interferindo na circulação das espécies, na sua reprodução e no ideal equilíbrio da cadeia alimentar.

Esse desequilíbrio seria o responsável aparição por diversos problemas que afetam a própria humanidade, dentre eles o desencadeamento de doenças?

Hoje, vive-se uma pandemia decorrente da Covid-19, que justamente advém de um contexto semelhante ao narrado acima, cujo vírus se propagou rapidamente em todos os países, em um lapso temporal muito curto, enquanto que os estudos científicos e testes, em torno de tratamentos e vacinas, demandam alguma espera.

Tem-se um cenário, portanto, de severa crise sanitária no Brasil, assim como em outros países, cuja doença, originada nos países orientais, dissipou-se rapidamente para os países ocidentais mediante o grande tráfego internacional de pessoas.

O Brasil, ao tempo deste artigo (junho de 2020), já ultrapassa um milhão e trezentos mil casos de infectados detectados, dos quais, em torno de 54%, se encontram curados, e contabiliza mais de 57 mil mortos.

Poderíamos afirmar que alguma nação estava preparada para enfrentar as consequências emergentes decorrentes do avanço acelerado da pandemia? Se países desenvolvidos enfrentam graves problemas de ordem econômica e social, como países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, e que estão sendo afetados pela doença, enfrentam um severo agravamento de problemas estruturais preexistentes?

Diante deste contexto, tem-se a necessidade de que esses países ajam rapidamente, ainda que sem respostas definidas, diante da urgência de conter o avanço da doença e, ainda, estruturar seus serviços de saúde e preparar a economia para o grande colapso.

Pode-se afirmar que o meio ambiente fica “esquecido” neste contexto?

Embora se conheçam as origens do mal que desencadeou todas essas adversidades, é possível dizer que existe a preocupação de resolução dos problemas imediatos em curto prazo, em

detrimento das dificuldades que se apresentam para a implementação de políticas ambientais necessárias a uma gestão ambiental responsável?

Esta não é a primeira pandemia conhecida, nem será a última, obviamente; no entanto, pode ser o estopim para uma série de afetações à vida humana, decorrentes do uso desenfreado e sem planejamento adequado dos recursos naturais.

Assim, a pesquisa busca desenvolver essa temática, a partir de três capítulos principais, que abordam o problema geral e buscar responder os problemas específicos dele decorrentes, acima destacados, a partir da metodologia dedutiva, mediante a exploração doutrinária, de *sites* eletrônicos e periódicos científicos especializados, desenvolvendo-se o estudo a partir dos três aspectos mencionados, desde a concepção do direito à saúde como direito humano e fundamental, observando-se as consequências decorrentes da pandemia pelo Covid-19, até o enfrentamento da ausência de gestão adequada do bem ambiental.

2 Breves considerações acerca do direito humano à saúde

Os direitos humanos estão inseridos na Constituição Federativa do Brasil no título que trata das garantias e dos direitos fundamentais e, ainda, em outros dispositivos ao longo do texto constitucional como o Direito ao Meio Ambiente equilibrado, previsto em seu art. 225.

A Constituição Federal prevê, portanto, dentre os direitos sociais – aqueles que visam a garantir condições materiais para uma vida digna – elencados em seu art. 6º, o direito à saúde:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²

² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

O direito à saúde consta expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

XXV. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, **saúde** e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.³

Ao longo da História da humanidade, houve episódios que se direcionaram ao que hoje reconhecemos como direitos humanos – como a proclamação de Ciro, a Lei Natural de Roma, a Declaração da França com a Revolução Francesa – no entanto, esses direitos somente receberam essa nomenclatura e foram reunidos em um documento ratificado por diversas nações, após as duas grandes guerras mundiais.⁴

Estima-se que nove milhões de pessoas foram mortas, violadas e submetidas a atos de tortura, nos campos de concentração; as que não foram mortas viam-se em cidades dizimadas, completamente destruídas, sem um lar, sem alimentos e em condições precárias, nas quais epidemias tornam-se recorrentes.

Diante desse contexto, em que os direitos humanos praticamente foram extintos, delegados de 50 países estiveram em São Francisco nos Estados Unidos, em 1945, para a Conferência das Nações Unidas, com o intuito de promover a paz mundial e, assim, preservar as gerações futuras de outras guerras e violações de direitos.

Três anos depois, em 1948, a Comissão das Nações Unidas

Site do planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

³ SENADO FEDERAL. *Senado Federal*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/505869/declaracao.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁴ HUMANSRIGHTS.COM (dir). *A história dos Direitos Humanos* [Filme Cinematográfico]. 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uC-nIKEOtbfc>. Acesso em: 10 jun. 2020.

– sob a presidência de Eleanor Roosevelt – elaborava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo preâmbulo repudia atos de barbárie produzidos nas guerras, **defendendo a igualdade de direitos e a dignidade da pessoa humana:**

O desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade, e o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem... Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.⁵

Em que pese o seu reconhecimento mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no que diz respeito à sua natureza jurídica, divide a doutrina, isso porque não se está diante de um pacto, uma convenção ou um acordo e, por isso, para alguns, por se tratar de uma declaração, serve como orientação aos países signatários, porém não gera obrigação; por outro lado, há doutrinadores que a entendem como norma *jus cogens*, diante de seu conteúdo e, por essa razão, vinculariam os países.⁶

Como se pode observar, portanto, o direito à saúde é essencial para a manutenção da vida humana e sua expectativa ao nascer, assegurando-se aos indivíduos a dignidade.

Neste contexto, foi criada a Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1948, qual foi ratificada por 194 países, e seus objetivos alcançam a pesquisa, o desenvolvimento de políticas e campanhas para a adequada promoção da saúde para todos os povos.

Diante de sua essencialidade à vida humana e como direito social inserido na Constituição Federal do Brasil, a promoção do direito à saúde compromete o Estado, que deverá intervir de

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1945). *Unicef*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶ GRAN, E. P. *Gran Concursos*. 2012. Disponível em: <https://www.grancursoonline.com.br/download-demonstrativo/download-resumo/codigo/Zp99A-do74XE%3D>. Acesso em: 3 jun. 2020.

maneira que a população possa ter acesso à promoção da saúde satisfatória e, por isso, se trata de um direito humano de segunda dimensão, no qual se espera o “agir” do Estado, para que tal direito seja assegurado de maneira efetiva a todos.

A transformação da humanidade e o avanço das tecnologias estão intimamente ligados às melhorias das condições de saúde humana e ao aumento da expectativa de vida.

No que diz respeito à saúde pública, é importante destacar, no Brasil, a criação do Serviço Único de Saúde, o SUS, cuja constituição se deu a partir da Constituição Federal de 1988, sendo o Brasil o único país com uma população de mais de 200 milhões de habitantes, e que conta com um sistema de saúde público e universal.

Em que pese os desafios enfrentados, principalmente na linha de frente e na base da pirâmide, o SUS é um sistema relativamente novo, e suas falhas não decorrem do Programa em si, mas das diversas problemáticas sociais que sobrecarregam o sistema e ampliam o gargalo nos serviços primários, dificultando o atendimento equânime da população.

O meio ambiente equilibrado afeta diretamente a qualidade da saúde humana, que, embora crescentes avanços tecnológicos e científicos, encontra percalços que advêm, também, desta expansão.

Enquanto essas novas formas trazem ganhos para o desenvolvimento de tratamentos e fármacos, o uso imoderado dos recursos naturais e a circulação dinâmica de pessoas, em todo o mundo, traduzem um dos aspectos negativos destes avanços tecno-científicos.

O uso abusivo dos ecossistemas e a velocidade desses processos impossibilitam a recuperação dos serviços ecossistêmicos na mesma velocidade, o que acarreta seu desequilíbrio, alterando biomas e interferindo na circulação das espécies, na sua reprodução e na ideal harmonia da cadeia alimentar.

Esse desequilíbrio é responsável pela aparição de diversos problemas que afetam a própria humanidade, dentre eles o desencadeamento de doenças.

O direito, com o intuito de preservar e garantir o meio

ambiente às gerações presentes e futuras, em cumprimento ao disposto na Constituição Federal do Brasil, em seu art. 225, regula os instrumentos de política e gestão do ambiente, mediante instrumentos constitucionais e infraconstitucionais da tutela ambiental.

No entanto, mesmo diante da presença do tema ecológico e a intensa produção legislativa acerca da matéria, tem-se o uso insustentável dos recursos naturais e a ocupação desordenada do meio urbano, o que acarreta diversos agravamentos como, por exemplo, as alterações do clima e os sinais de que os limites do processo econômico, com fundamento no crescimento ilimitado e no livre-mercado, começam a emergir.⁷

O próximo capítulo aponta quais as ações emergentes que se fizeram necessárias no controle da pandemia no território brasileiro e o desafio de realizar reabastecimento e reaparelhamento da saúde, em curto período de tempo.

3 Síntese acerca das emergências globais decorrentes do Covid-19

O Ministério da Saúde confirmou o primeiro caso de coronavírus em São Paulo. O homem de 61 anos deu entrada no Hospital Israelita Albert Einstein, com histórico de viagem para Itália.⁸

Quando a primeira notícia de que um homem estava acometido pelo coronavírus no Brasil, em fevereiro de 2020, poucos brasileiros imaginavam que, a partir de março, sofreriam algumas restrições em seus direitos de ir e vir, no livre-exercício do trabalho, em sua autonomia e no livre-arbítrio.

⁷ SILVEIRA, Clóvis Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intollerável*. Caxias do Sul: EDUCS, 2014. p. 18.

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Ministério da Saúde*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 3 jun. 2020

Muitos se questionavam sobre a legalidade de o Poder Público adotar medidas restritivas às liberdades; mas o certo é que, diante dos conflitos de bens da vida, a balança do direito deveria sobrepesá-los e adotar critérios de ponderação.

Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde decretava emergência sanitário- global, decorrente do novo coronavírus, considerando-o um surto sem precedentes:

Embora o número de casos em outros países seja relativamente pequeno em comparação com o registrado na China, devemos agir juntos. Não sabemos o tipo de dano que esse vírus pode causar se ele se espalhar em um país com um sistema de saúde mais frágil. Por isso, declaro emergência em saúde pública internacional. Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor-geral da OMS.⁹

Conforme o Ministério da Saúde, a **Covid-19** é uma doença causada pelo coronavírus **SARS-CoV-2**, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves:

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório).¹⁰

Mediante o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), foram decretadas, portanto, emergências globais, com o intuito de auxiliar a comunidade internacional na prevenção, adotando medidas de controle.

⁹ ASSEMBLEIA, TV. *TV Assembleia*. Disponível em: http://www.tvassembleia.org/noticiasConteudo_inc.php?idNoticia=18061. Acesso em: 4 jun. 2020.

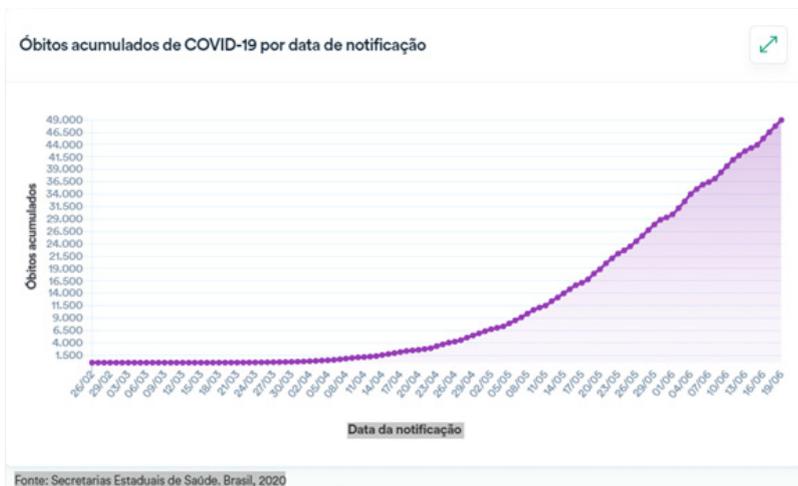
¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Ministério da Saúde*. Disponível em: Coronavírus Brasil: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 3 jun. 2020.

Na ocasião, contabilizavam-se 7,7 mil casos e 170 mortes na China; cinco meses após, tem-se 83.352 mil casos e 4.634 mortes no território chinês. O Brasil, que sequer havia contabilizado seu primeiro caso, quatro meses após já somava 1.038.568 casos e 49.090 mortes e encerrou junho com mais de um 1.300.000 casos confirmados, além de superar 57 mil mortes.¹¹

Com o avanço da pandemia pelo território nacional, alguns estados brasileiros foram, primeiramente, os mais afetados, tornando-se a cidade de São Paulo o epicentro da doença no Brasil.

O Brasil segue, portanto, uma crescente e, ainda, não há um panorama de decréscimo, conforme se verifica no gráfico abaixo, que demonstra o número de óbitos pela Covid-19 por data de notificação, conforme apuração das secretarias estaduais de saúde, **até 19 de junho de 2020:**

Gráfico 1 - Óbitos acumulados pela Covid-19 por data de notificação



Fonte: Ministério da Saúde (2020).

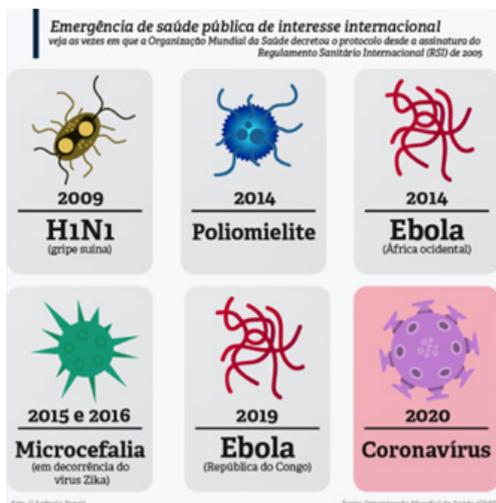
¹¹ COVID, saúde. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 4 jun. 2020.

A declaração formal da OMS, acerca de um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública a outros países, por meio de disseminação, e que requer uma resposta internacional coordenada, chama-se “emergência de saúde pública de interesse internacional”¹²

O Brasil é signatário do RSI e, por isso, deve atender prontamente às recomendações e práticas publicadas pelo documento de emergência e colocar em prática os planos de ação que são reavaliados a cada três meses, embora se tenha aqui normas editadas por uma agência das Nações Unidas, em que foi questionado seu caráter coercitivo.

Outras situações epidêmicas já demandaram a emissão de declaração de emergência:

Quadro 1 - Emergências de saúde pública de interesse internacional



Fonte: Agência Brasil (2020).

¹² BRASIL. Agência. OMS Declara Estado de Emergência Global. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-01/oms-declara-estado-de-emergencia-global-em-razao-do-coronavirus>. Acesso em: 4 jun. 2020.

As medidas sanitárias de caráter emergencial, emitidas pela OMS, objetivam alcançar um grau máximo protetivo, diante do cenário pandêmico que se dissipou rapidamente pelo Globo.

Medidas restritivas, como isolamento social e fechamento de fronteiras, estão elencadas nos artigos do RSI, tidas como condutas essenciais para contenção da epidemia, ou seja, a contenção da circulação de pessoas torna-se vital em um contexto de rápida expansão, sem tratamentos e vacinas preventivas aprovadas.

O princípio da dignidade da pessoa humana norteia as orientações da OMS, pois em que pese a iminência dos reflexos econômicos e a limitação sobre as liberdades fundamentais, parece que não há outra forma senão uma ponderação entre os princípios, e a escolha deverá perseguir o resultado menos maléfico para o maior número de pessoas possíveis, fundamentada na dignidade e nos preceitos contidos na Carta das Nações Unidas.

O artigo não se presta a analisar especificamente cada uma das medidas estabelecidas pelo RSI; no entanto, cumpre referir as medidas que constam no art. 3º, cuja Lei promulgada no Brasil é a n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, vinculando os estados brasileiros ao seu cumprimento, mas que tem sido motivo de diversos entraves entre os entes da Federação:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, *poderão* ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I – *isolamento*;

II – *quarentena*;

III – *determinação* de realização compulsória de:

a) *exames* médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) *tratamentos* médicos específicos;

IV – estudo ou investigação epidemiológica;

V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

- VI – restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;
- VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
- VIII – autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:
[...]"

A dificuldade reside, justamente, no sopesamento dos preceitos envolvidos, uma vez que, enquanto se pretende garantir a saúde a todos, tem-se diversos outros direitos humanos que, também, ficam afetados com a adoção de algumas medidas, como o direito dos refugiados frente ao fechamento de fronteiras, dentre outros que poderiam ser mencionados, mas que não serão objetos da presente pesquisa.

As discussões envolvendo as competências federativas e a postura de cada ente, frente às emergências globais impostas, encontram um cenário político instável e em colisão.

A menção das emergências globais, adotadas durante a pandemia do coronavírus, são abordadas no presente, apenas com o intuito de se situar o contexto, no qual as demandas ambientais encontram um desafio ainda maior, em um país que enfrenta não só uma crise sanitária sem precedentes, mas também uma crise política.

4 Impactos às políticas emergenciais climáticas

El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, del inglés *Intergovernmental Panel on Climate Change*) estima que las actividades humanas ya han causado un calentamiento global de

aproximadamente 1°C respecto a los niveles preindustriales. Con los datos actuales, además, se calcula que este incremento llegará a 1,5°C entre el año 2030 y el 2052. Esto significa que, con toda probabilidad, los indicadores biofísicos están condenados a empeorar, y las consecuencias que se deriven de este hecho están directamente relacionadas con la salud, la seguridad alimentaria o el suministro de agua, entre otros asuntos que conforman los medios de vida básicos de las sociedades.¹³

O Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC) estima um aquecimento global de 1°C decorrente da atividade humana, em comparação com os níveis pré-industriais, e projeta-se um aumento de 1,5°C entre os anos de 2030 e 2052.

O aquecimento global interfere no clima e, consequentemente, acarreta em malefícios para a saúde do homem, segurança do alimento, qualidade e abastecimento da água, além de outros elementos essenciais para a espécie humana.

Com o avanço da pandemia e as medidas de emergências globais, as questões ambientais e climáticas parecem ter entrado em *stand-by*. Embora tenhamos uma redução significativa na ação humana e nos níveis de emissão de gases na atmosfera terrestre, por ocasião dos processos de *lockdown*, certo é que os objetivos traçados para essas agendas permanecem em segundo plano e, inclusive, sendo objeto de flexibilização em países, cuja gestão ambiental tem sido negligenciada, como é o caso do Brasil.

Um estudo sobre os impactos econômicos das mudanças climáticas no Brasil, realizado por pesquisadores da USP (2010), apontou uma projeção de que, em 2050, o PIB brasileiro será menor entre 1,1% e 3,4%, (esse valor varia de 0,0 quando em perfeita igualdade inter-regional a 1,0, quando em perfeita desigualdade inter-regional). Essa redução, consequência das alterações provocadas pelas mudanças climáticas, reforçará as desigualdades

¹³ VALÈNCIA, M. U. La llegada de la Covid-19 en un contexto de emergencia climática. Disponível em: <https://metode.es/noticias/llegada-covid19-emergencia-climatica.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

regionais e sociais, a redução do bem-estar nas áreas rurais, gerando pressões potenciais sobre as aglomerações urbanas, embora haja regiões que poderão ser beneficiadas neste processo.

A ameaça se dá para as regiões mais pobres do País, com efeitos perversos nas áreas rurais; todavia, trata-se de uma estimativa conservadora, pois não incorpora vários fatores decorrentes do aquecimento global.¹⁴

Veja-se que esse cenário ficou traçado a partir dos vetores que se tinha na época do estudo e pergunta-se: Diante de um contexto em que se enfrenta uma crise sanitária, econômica, social e política, qual a dimensão de seus impactos para uma projeção como a realizada anteriormente?

Diante das constantes tragédias decorrentes das forças da natureza, as nações começaram a perceber que a intensa movimentação humana tem refletido significativamente nesses acontecimentos, e diversos estudos científicos têm apontado para a necessária cautela acerca das alterações climáticas.

Na segunda parte desta década (2015 a 2020), muitos autores passaram a abordar as pesquisas mais recentes que direcionam para a compreensão de que as temperaturas estão mais elevadas, superando os registros existentes, de modo que o nível do mar continua subindo, assim como os eventos climáticos extremos acarretaram impactos ecológicos que afetam social e economicamente a coletividade, principalmente nas regiões mais pobres e menos preparadas para seu enfrentamento. O que decorre, também, com a emissão de gases, principalmente, de CO₂ e que ocasionam efeito estufa.¹⁵

¹⁴ HADDAD, E. A. *Impactos econômicos das mudanças climáticas no Brasil*. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/31069600/D10A047.pdf?1364815891=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DIMPACTOS_ECONOMICOS_DAS_MUDANCAS_CLIMATI.pdf&Expires=1593315795&Signature=f9Ej96wG6UmzWhy~whoD3pShJR74BoejkpS6BB-hThgpTy5rmXLI4orBFdWR. Acesso em: 5 jun. 2020.

¹⁵ JOÃO FERRÃO, E. A. *Portugal social em mudança: os objetivos de desenvolvimento sustentável*. Lisboa, Portugal. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/41305/1/ICS_ADelicado_JFerro-Portugal.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

Diante destes alertas globais, em 2000, houve a adoção da “Declaração do Milênio” por muitos países, cujo documento previa a responsabilidade coletiva para respeitar, defender a dignidade humana, a igualdade e equidade do nível global, reconhecendo o dever dos líderes mundiais com o Planeta. Em 2001, foram apresentados os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, ou seja, uma agenda global de desenvolvimento que, inicialmente, tinha como meta o ano de 2015, até o qual medidas deveriam ser implementadas pelas Nações.¹⁶

Em 2012, com a Conferência Rio+20, novos objetivos foram delineados, todos com o intuito de promover a sustentabilidade econômica, social e ambiental, designando-se os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

Em 2015, finalizando esse processo negociativo, as Nações envolvidas firmaram o documento tido como “Transformando nosso mundo: (Agenda 2030) como uma nova expressão de compromisso global”, na qual estão descritos os 17 ODS, aos quais diversas ramificações podem ser vislumbradas, com o fim último de, até 2030, reduzir (ou erradicar) a pobreza extrema, reduzir as desigualdades e promover a proteção do meio ambiente, desenvolvendo-se, a partir deste viés, o desenvolvimento patrimonial e econômico.

O ODS 13 trata acerca das ações pelo clima e da necessária adoção de medidas urgentes, para combater as alterações climáticas e seus efeitos:

Este objetivo comienza reconociendo, mediante una referencia explícita introducida como nota al pie, “que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es el principal foro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático”. Estableciendo un puente entre la Agenda 2030 y los resultados de la 21.a Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (COP 21).¹⁷

¹⁶ OFFICE, I. L. *Iniciativa regional: América Latina y el Caribe livre de trabajo infantil*. Caribe, 2016. p. 47.

¹⁷ OFFICE, *op. cit.*, p. 105.

O Brasil, portanto, assim como as demais nações envolvidas, assumiu o compromisso de:

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos (*)

13.1 Reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados ao clima e às catástrofes naturais em todos os países

13.2 Integrar medidas da mudança do clima nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais

13.3 Melhorar a educação, aumentar a conscientização e a capacidade humana e institucional sobre mitigação, adaptação, redução de impacto e alerta precoce da mudança do clima

13.a Implementar o compromisso assumido pelos países desenvolvidos partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima [UNFCCC] para a meta de mobilizar conjuntamente US\$ 100 bilhões por ano a partir de 2020, de todas as fontes, para atender às necessidades dos países em desenvolvimento, no contexto das ações de mitigação significativas e transparência na implementação; e operacionalizar plenamente o Fundo Verde para o Clima por meio de sua capitalização o mais cedo possível

13.b Promover mecanismos para a criação de capacidades para o planejamento relacionado à mudança do clima e à gestão eficaz, nos países menos desenvolvidos, inclusive com foco em mulheres, jovens, comunidades locais e marginalizadas.

(*) Reconhecendo *que a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima [UNFCCC] é o fórum internacional intergovernamental primário para negociar a resposta global à mudança do clima.*¹⁸

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods13/>. Acesso em: 4 jun. 2020.

No cenário nacional, portanto, foi criada a Política Nacional de Mudança do Clima (PNMC), Lei n.12.187, de 2009, oficializando o compromisso voluntário do País com a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima de redução de emissões de gases de efeito estufa projetadas, de modo que os objetivos alcançados pela PNMC devem se harmonizar com o desenvolvimento sustentável, buscando o crescimento econômico, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.¹⁹

Os instrumentos previstos na PNMC para sua execução são, entre outros: o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima e a Comunicação do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Ainda, em dezembro de 2015, o Brasil firmou o Acordo de Paris que, cuja intenção dos países signatários é realizar uma economia de baixo carbono até o fim deste século, no qual o Brasil se comprometeu a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% até 2025 e, também, apresentou o indicativo de redução de 43%, até 2030. Os parâmetros utilizados são os níveis de 2005. O Acordo de Paris tem como objetivo manter o aumento da temperatura média global inferior a 2°C, em relação aos níveis pré-industriais e limitar o aumento da temperatura a 1,5°C.

O presente artigo não pretende explorar mais aprofundadamente as políticas climáticas existentes, de modo que as citações realizadas servem apenas para contextualizar a problemática sugerida.

Como tratado no capítulo primeiro, tem-se o direito à saúde como direito humano, embasado no Princípio da dignidade humana, em evidência e nas diversas frentes, na tentativa de promovê-la e amenizar os impactos decorrentes de sua ineficiência, principalmente, em países subdesenvolvidos como é o caso brasileiro.

¹⁹ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. 2019. *Política Nacional sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima#:~:text=A%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20sobre%20Mudan%C3%A7a,das%20emiss%C3%B5es%20projetadas%20at%C3%A9%202020>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Tem-se, diante da crise sanitária advinda da Covid-19, uma série de medidas emergentes necessárias ao controle da pandemia, além da contensão de todos os reflexos que por ricochete trazem à tona diversas deficiências no contexto social-econômico-brasileiro, conforme tratado, ainda que brevemente, no segundo capítulo.

A partir das breves considerações enunciativas, é possível compreender a problemática sugerida: em um cenário em que se depara com uma crise sem precedentes, não causa estranheza que uma pauta, que nunca recebeu a relevância merecida, esteja sendo colocada em segundo plano ou, por assim dizer, negligenciada.

Em maio de 2020, jornais nacionais e do mundo noticiavam a declaração dada pelo Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, sobre a oportunidade, com o coronavírus, de simplificar normas e “desburocratizar”, segundo ele, as normas ambientais:

Precisa ter um esforço nosso aqui enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de covid, e ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas (RICARDO SALLES).²⁰

Em que pese Salles tenha tentado justificar seus dizeres, ao longo dos últimos meses, desde o início da decretação da pandemia, diversos acontecimentos ocorreram no âmbito ambiental e que, como bem pontuou o Ministro, passou despercebido pela Imprensa em um momento, no qual, embora tenha veiculado, os holofotes ainda se encontram sobre o coronavírus e os conflitos cerrados no âmbito político.

Neste período, houve um aumento significativo no desmatamento, mortes de indígenas e lideranças de movimentos rurais, além da sensação de omissão de informação e transparência dos setores que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), bem como cortes nos setores.

²⁰ EL PAÍS. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-desregulacao-da-protacao-ao-meio-ambiente.html>. Acesso em: 11 jun. 2020.

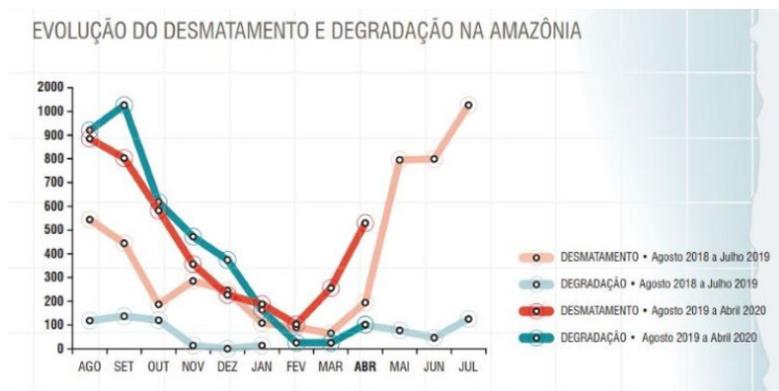
O desmatamento no bioma Amazônia é considerado o maior dos últimos 10 anos, tendo sido desmatados 529 km², conforme levantamento de maio de 2020, ou seja, um aumento de 171%, com relação ao mesmo período de 2019, de acordo com o Sistema de Alerta de Desmatamento (SAD).

Em 2019, o desmatamento e as queimadas no bioma Amazônia foi matéria de ampla polêmica e debate na comunidade internacional; no entanto, diante do cenário atual, no qual todas as nações se voltam, essencialmente, aos seus desafios internos, decorrentes da pandemia pelo Covid-19, a problemática ganha menos atenção.

Em que pese não seja o objetivo adentrar no conteúdo ecológico, é importante destacar que o desmatamento naquela região causa impactos de extrema preocupação, pois se altera o ecossistema, causando desequilíbrio ambiental e, conseqüentemente, afeta o clima.

Assim, tem-se a seguinte evolução do desmatamento e degradação ambiental na Amazônia, conforme relatório extraído da Imazon/SAD:

Gráfico 2 - Evolução do desmatamento e degradação da Amazônia



Fonte: Relatório Imazon – Sistema de Alerta de Desmatamento (SAD)

Fonte: SAD (2020).

Na Espanha, em 4 de junho de 2020, a região de Múrcia foi declarada em situação de emergência climática e ambiental, assim como outras regiões espanholas, isso porque a região já vem sendo seriamente afetada pelo avanço do processo da desertificação, decorrente da escassez de água e o aumento de temperaturas, o que mostra que as mudanças climáticas e seus impactos são evidentes no Globo, e muitas nações, cientes, estão inclinadas a conter esse avanço, pois muitas delas já exploraram e esgotaram seus recursos naturais, de tal maneira, que não há alternativa senão preservar o que há.²¹

No Brasil, diante da multiplicidade de ecossistemas e espécies, parece que ainda inexistente o sentimento da perda e, por isso, essa conscientização poderá ser tardia, infelizmente, o que é lamentável, diante da possibilidade de antever o resultado e preparar-se para modificá-lo.

Além do aumento desenfreado do desmatamento e da degradação ambiental, durante o período de pandemia, portarias foram expedidas inibindo o contato dos funcionários do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), com veículos de imprensa, o que restou amplamente criticado pela aparente tentativa de omitir esses dados, tendo inclusive sido afastado o diretor de Justiça Socioambiental, Raul do Valle, com o estabelecimento de Orientações Técnicas Normativas e Procedimentos Operacionais Padrão ao órgão.²²

O mês de abril de 2020, não só trouxe instruções para viabilizar a indenização de benfeitorias e a desapropriação de imóveis rurais localizados no interior de unidades de conservação federais (Instrução Normativa n. 4, de 2.4.2020) como também houve a recomendação do MMA aos órgãos do Ibama e da ICMBio para desconsideração de especificidades da Lei da Mata Atlântica (Lei n. 11.428/06), aplicando-se regras do Código Florestal (Lei n.

²¹ EUROPAPRESS (2020). Disponível em: <https://www.europapress.es/murcia/noticia-comunidad-declara-region-murcia-situacion-emergencia-climatica-ambiental-20200604144133.html>. Acesso em: 4 jun. 2020.

²² DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=11/03/2020&jornal=515&pagina=46&totalArquivos=116>. Acesso em: 28 jun. 2020.

12.651/12), em razão do abrandamento, o que afasta a obrigação de quitação das multas impostas pelo desmatamento de 720 mil hectares, no período entre 1995 e 2008, e da recuperação de áreas.²³

Ainda, em abril, houve Instrução Normativa (IN n. 9/20) para possibilitar a exploração das áreas indígenas ainda não homologadas, mediante a “Declaração de Reconhecimento de Limites” e o afastamento de dois chefes de fiscalização do Ibama, Renê Luiz de Oliveira, coordenador-geral de fiscalização ambiental, e Hugo Ferreira Neto Loss, coordenador de operações, após comandarem uma operação de garimpo ilegal na Amazônia.

Em maio, houve reduções no quadro da ICMBio, com a redução das unidades de conservação gerenciadas pelo órgão.²⁴

Desta forma, ainda que muito sucintamente, pode-se desenhurar o panorama caótico que a pauta ambiental vem enfrentando e que talvez a fala do Ministro do Meio Ambiente, na Reunião Ministerial que restou aberta à imprensa, apenas exemplifique o que já vinha ocorrendo até aquele momento e, diferentemente do que se quis fazer crer, não se pode negar que os atos decorrentes do MMA parecem ponderar interesses privados, em detrimento do interesse público, atendendo a desejos de uma determinada parcela, em detrimento de toda uma coletividade, diante do caráter difuso do meio ambiente.

Diante disso, a Câmara de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do Ministério Público Federal manifestou-se favorável à apuração de possíveis crimes de responsabilidade e improbidade administrativa, praticados por Ricardo Salles, enquanto Ministro do Meio Ambiente.²⁵

²³ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-4-de-2-de-abril-de-2020-251347926>. Acesso em: 29 jun. 2020.

²⁴ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-554-de-25-de-maio-de-2020-258912993>. Acesso em: 29 jun. 2020.

²⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgp/camara-de-meio-ambiente-do-mpf-defende-apuracao-de-possivel-crime-de-responsabilidade-e-improbidade-administrativa-por-ricardo-salles>. Acesso em: 28 jun. 2020.

Torna-se evidente, portanto, que a pandemia pela Covid-19 não só trouxe adversidades ao direito à saúde, cujos desafios estruturais são inúmeros no Brasil, como também gerou uma ramificação de diversos reflexos para outras searas que afetam a vida humana, como é o caso do direito ao meio ambiente, direito difuso, que alcança toda a coletividade.

Nesse contexto, algumas situações preocupam os operadores do direito ambiental, já que as tomadas de decisão, por vezes, poderão acarretar resultados irreversíveis, além do ferimento de diversos princípios gerais do direito ambiental, como o princípio do direito ao meio ambiente equilibrado, do direito à sadia qualidade de vida, Princípio da Sustentabilidade, Princípio do Acesso Equitativo aos Recursos Naturais, dentre outros que norteiam a temática.²⁶

Além disso, a concepção de federalismo no Brasil também influencia a efetiva implementação de políticas ambientais. Embora esta pesquisa não pretenda aprofundar-se neste tema, que exige um estudo próprio, é importante lembrar que o modelo de federalismo cooperativo, entre as três esferas da União: estados/Distrito Federal/ municípios – cujas competências em matéria ambiental encontram-se dispostas nos arts. 23, 24 e 30 da Constituição Federal –, por vezes, não responde cabalmente a quem compete determinados atos e responsabilidades. Não raras vezes, quando todos são responsáveis por algo, na verdade, efetivamente, ninguém o é.

5 Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo geral demonstrar que a adoção de emergências globais, durante a pandemia pela Covid-19, tem ocorrido, em detrimento das emergências climáticas, de modo que a pauta ambiental tem sido negligenciada às sombras das questões que envolvem a crise sanitária, decorrente

²⁶ MACHADO, Paulo Alfonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 61-65.

da situação emergencial pandêmica. Em torno da problemática, foi delineado o problema geral da pesquisa: De que forma as emergências globais adotadas em decorrência da pandemia pela Covid-19 afetam o *status* de prioridade dado à pauta ambiental? Para responder, o estudo foi dividido em três tópicos, a partir do método dedutivo de pesquisa.

Inicialmente, abordou-se o direito à saúde, o qual é inerente a todas as pessoas e, por isso, trata-se de um direito humano inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A partir de um breve apanhado histórico, portanto, foi possível compreender a relevância do direito à saúde no cenário internacional e de que forma se dá sua absorção pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde recebe especial importância como direito universal a todos, sendo dever do Estado sua devida promoção, nos termos do art. 196 do texto constitucional.

Vive-se uma pandemia viral com potencial de colocar todos os países do Globo em estado máximo de alerta.

Nenhuma estrutura de saúde pública ou privada estava preparada para o novo coronavírus, (Covid-19), assim como as maiores potências mundiais não estavam preparadas para o impacto econômico e social decorrente.

Diante do caos instaurado e de sistemas colapsados, muitas são as emergências globais que pedem vistas e, embora se tenha os efeitos positivos do lapso temporal de menor atividade humana, oriundas de *lockdown* e isolamento social, por outro lado, verifica-se que as políticas ambientais são deixadas em *stand-by* neste momento.

As emergências globais, emitidas mediante o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), objetivam auxiliar a comunidade internacional na prevenção e na contenção da pandemia, adotando-se medidas de controle.

No Brasil os dados apontam crescimento nos números e, ainda, não há um panorama de decréscimo; sendo um país

signatário do RSI, deve atender prontamente às recomendações e práticas publicadas pelo documento de emergência, além de colocar em prática os planos de ação que são reavaliados a cada três meses, embora se tenha neste quesito normas editadas por uma agência das Nações Unidas, em que se questionou acerca do seu caráter coercitivo.

A dificuldade como se viu, reside, justamente, no sopesamento dos preceitos envolvidos, uma vez que, enquanto se pretende garantir a saúde a todos, há diversos outros direitos humanos que, também, ficam afetados com a adoção de algumas medidas acima elencadas, como é o caso do direito dos refugiados, frente ao fechamento de fronteiras, dentre outros que poderiam ser mencionados, mas que não foram objeto da presente pesquisa.

Como signatário das agendas internacionais para a redução de gases de efeito estufa na atmosfera e manutenção do clima, o Brasil instituiu instrumentos, mediante uma Política Nacional de Mudanças do Clima (PNMC) como, por exemplo, o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima e a Comunicação do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Essas políticas visam a atingir o compromisso assumido pelo Brasil como, por exemplo, o Acordo de Paris, pelo qual houve o comprometimento de buscar a redução das emissões de gases do efeito estufa em 37% até 2025 e, também, a redução de 43% até 2030.

Todavia, em um cenário em que se depara com uma crise sanitária sem precedentes, não causa estranheza que uma pauta como a ambiental, que nunca recebeu a relevância merecida, esteja sendo colocada em segundo plano ou, por assim dizer, negligenciada.

As Instruções Normativas e Portarias expedidas ao longo do período da pandemia pelo MMA, as quais refletem negativamente a proteção ambiental, bem como a própria declaração dada pelo Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, resumem a problemática e, diferentemente do que quer fazer crer, é perceptível que muito mais que desburocratizar, o que se quer, na verdade, é “deixar a boiada passar” às sombras do cenário pandêmico.

Referências

ASSEMBLÉIA, TV. **TV Assembleia**. Disponível em: http://www.tvassembleia.org/noticiasConteudo_inc.php?idNoticia=18061. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Agência. **OMS Declara Estado de Emergência Global**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-01/oms-declara-estado-de-emergencia-global-em-ra-zao-do-coronavirus>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL, C. F. 1988. **Site do planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

COVID, Saúde. **Painel** coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 4 jun. 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Imprensa Oficial**. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=11/03/2020&jornal=515&pagina=46&totalArquivos=116>. Acesso em: 28 jun. 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Instrução Normativa n. 4**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-4-de-2-de-abril-de-2020-251347926>. Acesso em: 29 jun. 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Portaria n. 554**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-554-de-25-de-maio-de-2020-258912993>. Acesso em: 29 jun. 2020.

EL PAÍS. **Salles vê oportunidade com coronavírus para passar de boiada desregulação da proteção ao meio ambiente**. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-des-regulacao-da-protecao-ao-meio-ambiente.html>. Acesso em: 11 jun. 2020.

EUROPAPRESS. **Comunidad declara region murcia situacion emergencia climatica ambiental**. 2020. Disponível em: <https://www.europapress.es/murcia/noticia-comunidad-declara-region-murcia-situacion-emergencia-climatica-ambiental-20200604144133.html>. Acesso em: 4 jun. 2020.

GRAN, E. P. Gran Concursos. 2012. Disponível em: <https://www.grancursosonline.com.br/download-demonstrativo/download-resumo/codigo/Zp99Ado74XE%3D>. Acesso em: 3 jun. 2020.

HADDAD, E. A. **Impactos econômicos das mudanças climáticas no Brasil**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/31069600/D10Ao47.pdf?1364815891=&response-contentdisposition=inline%3B+filename%3DIMPACTOS_ECONOMICOS_DAS_MUDANCAS_CLIMATI.pdf&Expires=1593315795&Signature=f9Ej96wG6UmzWhy~vh-oD3pShJR74BoejkpS6BB-hThgpTy5rmXLI4orBFdWR. Acesso em: 5 jun. 2020.

HUMANSRIGHTS.COM. 2011. **A história dos Direitos Humanos** [Filme Cinematográfico]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uCnIKEOtbfc>. Acesso em: 10 jun. 2020.

JOÃO FERRÃO, E. A. **Portugal social em mudança: os objetivos de desenvolvimento sustentável**. Lisboa, Portugal. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/41305/1/ICS_ADelicado_JFerrao_Portugal.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

MACHADO, Paulo Alfonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2020. **Ministério da Saúde**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 33 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2020. **Câmara de Meio Ambiente do MPF defende apuração de possível crime de responsabilidade e improbidade administrativa por Ricardo Salles**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/camara-de-meio-ambiente-do-mpf-defende-apuracao-de-possivel-crime-de-responsabilidade-e-improbidade-administrativa-por-ricardo-salles>. Acesso em: 28 jun. 2020.

OFFICE, I. L. **Iniciativa regional: América Latina y el Caribe Livre de Trabajo infantil**. Caribe, 2016. p. 47.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Unicef**, 26 de junho de

1945. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SCHNEIDER, Vania Elisabete *et al.* **Manual de gerenciamento de resíduos sólidos de serviços de saúde**. 2. ed. ver. ampl. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2004.

SENADO FEDERAL. **OS n. 3.863/2008**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/505869/declaracao.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

VALÈNCIA, M. U. **La llegada de la Covid-19 en un contexto de emergencia climática**. Disponível em: <https://metode.es/noticias/llegada-covid19-emergencia-climatica.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

Parte 3

Direito Penal e Processual Penal

12.

Principais reformas na legislação penal decorrentes da Lei n. 13.964/19 (pacote anticrime): considerações críticas

Bruno Silveira Rigon*

Róbson de Vargas**

Abertura – a título de considerações iniciais

Aprovada pelo Congresso Nacional, sancionada em 24 de dezembro de 2019, e após período de *vacatio legis* de 30 dias, a Lei n. 13.964/19 (conhecida como Pacote Anticrime), entrou em vigência, promovendo várias mudanças na legislação penal brasileira.

Diante desse cenário de reformas, o presente artigo objetiva traçar algumas considerações acerca das principais alterações havidas, sem perder de vista a necessidade de se olhar para além das aparências, com um sentido crítico acerca do poder punitivo estatal e sua relação com os direitos fundamentais, a Constituição da República e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Antes de proceder a tal abordagem crítica, a partir da dogmática jurídico-penal e processual-penal-constitucional e convencionalmente orientada, precisamos realizar uma breve análise político-criminal e criminológica do Pacote Anticrime.

Nesse sentido, o criminólogo norte-americano Jonathan Simon identificou que as sociedades contemporâneas são cada vez mais governadas por meio do fenômeno criminal, denominando essa estratégia de poder como “governo através do crime” (*Governing through crime*),³ em inglês, expressão empregada como

* Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Criminologia na UCS.

** Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Processual Penal na UCS. Advogado.

³ SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime*

título de sua obra). Tais estratégias de governo são centrais no modo como a vida da população é governada hoje em dia. Independentemente de viés ideológico, os atores que compõem o sistema penal estão sempre pautando notícias de crimes e de violências, e as agências legislativo-políticas, sempre propondo leis para responder à demanda social por mais punição e segurança. Embora nada de novo nesse cenário político-criminal, é nele que se insere o Pacote Anticrime proposto pelo então Ministro da Segurança Pública e da Justiça, Sérgio Moro.

No entanto, podemos perceber algumas mudanças significativas na política criminal dos últimos tempos: a invasão da lógica do *marketing*. Vende-se a proposição legislativa com estratégia de propaganda. Por isso, emprega-se o “anti” nesses últimos projetos de leis que ganharam grande visibilidade nacional. Vejam-se tanto o Projeto Anticrime, quanto as Medidas Anticorrupção propostas pelo Ministério Público Federal. A aparente simplória racionalidade do “anti” nos projetos legislativos possui um apelo psíquico de convencimento muito grande; afinal, se alguém for contra o pacote anticrime ou às medidas anticorrupção será, necessariamente, favorável ao crime e à corrupção. Portanto, será, no mínimo, um defensor de corruptos e bandidos, quando não propriamente o criminoso ou corrupto.

Assim, temos uma *blindagem* proposital de qualquer crítica exterior aos proponentes dos referidos projetos. E, não admitindo ou restringindo fortemente o espaço público de discussão sobre as medidas propostas, tal movimento de política criminal constitui-se como um verdadeiro movimento de *antipolítica criminal*, já que veda uma característica inerente aos regimes democráticos: o debate público sobre questões de interesse público, dentro de um palco público. Ignorando a tradição jurídico-penal-democrática brasileira, que sempre buscou pautar amplamente debates na arena pública, sobre as propostas de modificação legislativa com participação da comunidade jurídico-científica, tais proposições partem de um determinado movimento jurídico-político, que

transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University, 2009.

busca apoio popular – populista, portanto – e que não admite o dissenso – antidemocrático.

Tal demanda punitiva surge a partir do movimento “lavajata” sob o pretexto de combate à corrupção e à criminalidade. Além das estratégias de jogo processual na Operação Lava Jato, no sentido de pautar sua atuação sempre em proximidade com as agendas midiáticas (cita-se, apenas a título exemplificativo, o famoso caso do *power point* da acusação e a divulgação das gravações da então presidente Dilma Roussef pelo magistrado do caso), o apelo jurídico-político às massas é uma característica fundamental das suas propostas de modificação da lei penal. Não era incomum, ao transitar pelas cidades brasileiras, se deparar com *outdoors* com fotografia de Sérgio Moro em propaganda do Pacote Anticrime.

Trata-se, portanto, de um movimento que nasce no mundo jurídico – a partir da Operação Lava Jato –, mas que assume uma inegável conotação política, desde a forma de atuação judiciária dentro do processo criminal, passando pela proposição legislativa das medidas anticorrupção até chegar à nomeação de Sérgio Moro, então juiz competente pelo julgamento da Operação Lava Jato, para o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública do governo do presidente eleito Jair Bolsonaro. Nesse movimento (anti)político-criminal, há uma fusão da racionalidade neoliberal – percebida na estratégia de *marketing* e propaganda –, com tendências antipolíticas –, que buscavam a blindagem às críticas e ao debate republicano – e, por isso, autoritárias. Não é à toa que tal movimento surge e cresce jurídica e politicamente dentro do quadro de ascensão do neopopulismo de extrema-direita, em nosso País e no mundo.

O que se pode dizer, em suma, sobre o Pacote Anticrime é que, apesar da nova estratégia político-criminal, a proposição repete a velha lógica punitiva que sempre reinou em nosso País, investindo no “mais do mesmo” apenas sobre uma retórica “revolucionária” (Afinal, quem teria imaginado que para combater o crime bastaria criar uma “lei anticrime”? Genial, não? Problema resolvido!). Por detrás da aparência de boas intenções, esconde-se o velho desejo de manutenção do *status quo* dentro da sociedade

brasileira. Agora, cabe à comunidade acadêmica realizar a crítica científica, para buscar a interpretação mais adequada constitucional e convencionalmente de mais um remendo à “colcha de retalhos” que é a legislação penal e processual-penal brasileira. É o que nos propomos a fazer, ainda que de modo sucinto, a seguir.

1 As mudanças no Código Penal

No âmbito do diploma substantivo, destaca-se, inicialmente, a mudança no Código Penal (CP) que envolveu a excludente de ilicitude da legítima defesa, com o acréscimo de um parágrafo único ao art. 25 do CP, o qual vem assim redigido: “Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

Porém, tal adendo se mostra deveras redundante, já que o *caput* do art. 25 do CP já havia, de maneira clara, considerado que a legítima defesa pode se dar em razão de direito próprio ou de outrem (terceiro). De toda forma, é imprescindível observar que o excesso, na legítima defesa, seja ele doloso, seja culposo, continua sendo punível, o que autoriza dizer que o agente de segurança pública não possui uma licença para “sair atirando primeiro”, situação que, se ocorresse, desvirtuaria o sentido de legítima defesa. Já que carente de significado jurídico-penal, a introdução do parágrafo único parece ser um aceno político-criminal de apoio simbólico ao grupo eleitoral que apoiou em peso a candidatura do atual governo.

Outra modificação se deu em relação ao art. 51 do CP, que ficou alterado, no sentido de definir que a pena de multa será executada pelo Ministério Público (MP) perante o juiz da execução penal, tornando prejudicados os efeitos decorrentes da Súmula 521 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de jurisprudência, que se formou no sentido de que a execução seria de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. O Supremo Tribunal Federal (STF) já havia formado entendimento de que a execução da pena de multa era legitimidade do MP, perante a

vara de execução penal,⁴ de modo que a alteração põe fim a essa divergência pretoriana.

Mais adiante, no art. 75 do CP, houve a alteração no tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual passou de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Neste ponto, o retrocesso é abissal, ainda mais se considerarmos não apenas a caótica situação das prisões brasileiras, mas que o problema da prisão é a própria prisão, já que se trata, segundo Zaffaroni, de um verdadeiro genocídio em andamento.⁵

Numa demonstração clara de que ainda estamos “em busca das penas perdidas”, o aumento do tempo de prisão ou sua não superação revelam, segundo anotou Ferrajoli, que não conseguimos reduzir as bases sociais da violência, nem desenvolver medidas alternativas inovadoras em matéria de técnicas sancionadoras.⁶ O aumento do tempo da pena de prisão não só aposta irresponsavelmente na manutenção de um já reconhecido estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro,⁷ mas também flerta com a inconstitucionalidade, quando viola o princípio da humanidade e aproxima-se da institucionalização de uma medida sancionatória de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, alínea “b”, da CF) ou, no mínimo, de conotação cruel (art. 5º, XLVII, alínea “e”, da CF e art. 5º, 2, da CADH).⁸

Sobre o livramento condicional, a nova redação do art. 83 do CP registra a presença de mais um requisito para a sua concessão, a saber: “não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses”. Ainda, no âmbito desse direito subjetivo do condenado,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*. ADI 3150. Rel. Min. Marco Aurélio – j. 13.12.2018 – public. 6.8.2019.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 123.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 381.

⁷ Sobre o tema, ver: VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

⁸ Sobre isso, ver: CANI, Luiz Eduardo. *Inconstitucionalidades do cumprimento de pena privativa de liberdade por até 40 Anos*. Disponível em: <https://caosfilosofico.com/2020/06/12/inconstitucionalidades-do-cumprimento-de-pena-privativa-de-liberdade-por-ate-40-anos/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

a Lei n.13.964/19 modificou o art. 112, VI, “a”, e VIII, da Lei de Execução Penal (LEP), passando a vedar o livramento condicional para os condenados por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte. Também foi modificado o art. 2º, § 9º, da Lei n.12.850/13 (Organização Criminosa), que impede o livramento condicional para o condenado que integra organização criminosa, ou que tenha praticado crime por meio de organização criminosa, se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Há de se registrar que o STF em precedente representativo,⁹ já entendeu pela inconstitucionalidade de dispositivos que, de forma genérica e abstrata, vedavam direitos subjetivos do condenado, o que nos leva a acreditar que, mais cedo ou mais tarde, serão apresentados à Suprema Corte questionamentos acerca da inconstitucionalidade do art. 112, VI, alínea “a”, e VIII da LEP (no que tange à vedação de livramento condicional), por colidir com o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). Tais tentativas de vedação de direitos, no tratamento dispensado ao crime organizado, estão inseridas no contexto político-criminal, que busca a institucionalização de um direito penal do inimigo, na legislação criminal brasileira.

Outra modificação da novel lei se operou em relação ao art. 91-A do CP, que passou a prever, na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, a perda, como produto ou proveito do crime, dos

⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. HC 82.959. Rel. Min. Marco Aurélio – j. 23.02.2006 – public. 01.09.2006. Nesse sentido: PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÔBICE – ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. [HC 82.959, rel. Min. **Marco Aurélio**, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006].

bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito.

Essa previsão normativa, reconhecida como uma espécie de “confisco alargado”, somada ao disposto no § 2.º do art. 91-A do CP, em que “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”, também suscita preocupações, pois, além de não atender a um *standard* probatório mínimo,¹⁰ qual seja, que a perda deverá observar a legislação processual-civil, com a possibilidade de avaliação prévia, remissão, adjudicação, oposição de terceiros, etc., ao inverter o ônus da prova, atenta contra a presunção de inocência e o devido processo legal.

Já ao final da parte geral, mais precisamente no art. 116, II, III e IV do CP, é possível encontrar nova modificação sobre a prescrição penal, a qual, antes de passar em julgado a sentença final, não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; enquanto o agente cumpre pena no exterior; na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e, enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Destaca-se que a causa impeditiva, que trata da suspensão da prescrição na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis (inciso III), criou uma nova causa impeditiva da prescrição que decorre, por exemplo, da inadmissibilidade dos recursos especial e extraordinário. A nosso ver, tal regra decorre da demora pelos Tribunais

¹⁰ Sobre *standard* probatório, anota KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 21, 2001, que: “Por modelo de controle do juízo de fato (ou *standards*, critérios, etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão”. Dito de outro modo, os *standards* probatórios permitem maior controle da motivação das decisões. No Brasil, de maneira geral, não se observam padrões mínimos para se aferir a suficiência da motivação de fato, nas decisões judiciais, de maneira que essa matéria poderia ser aperfeiçoada, introduzindo-se, de forma explícita, requisitos mínimos de motivação.

Superiores na apreciação de recursos, numa constante violação ao princípio da duração razoável do processo, assentado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (CF). Ademais, acréscimo dessa natureza reforça o (não) limite do poder punitivo do Estado a lapsos temporais, quando a preocupação (legítima) deveria se dar pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, com meios que garantam a celeridade de tramitação dos processos.

No tocante ao impedimento de prescrição enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (inciso IV), cabe gizar que o referido preceito literalmente autoriza a imprescritibilidade dos crimes apurados em processos, nos quais se celebraram acordos, sejam eles de não persecução penal, seja de colaboração premiada. O que levanta dúvidas a respeito de eventual afronta ao regramento constitucional, que limita as hipóteses de imprescritibilidade aos casos de racismo (art. 5º, XLII) e ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Tivemos, ainda, pontuais alterações na parte especial do Código Penal que merecem destaque.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao crime de estelionato (art. 171), introduziu-se o §5º, estabelecendo que, em regra, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação, com exceção dos casos em que o ofendido for (a) a Administração Pública, direta ou indireta (inciso I); (b) criança ou adolescente (inciso II); (c) pessoas com deficiência mental (inciso III) ou (d) maior de setenta anos de idade ou incapaz (inciso IV). A principal alteração, portanto, ocorreu na forma básica da ação penal, que antes era pública incondicionada e agora é condicionada à representação, salvo nas hipóteses acima referidas.

O legislador no crime de roubo (art. 157) buscou retificar a modificação anterior que retirou as armas branca e imprópria do rol das circunstâncias majorantes, introduzindo o emprego de arma branca no inciso VII do §2º. Note-se que o emprego de arma imprópria não configura causa de aumento de pena, servindo para configurar a violência ou grave ameaça presente no tipo penal. Destacamos, no entanto, que tal circunstância

pode ser levada em consideração na dosimetria da pena. Ainda neste delito, inseriu-se outra majorante, qual seja, o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, que terá a aplicação da pena em dobro do previsto no *caput* (§2º-B).

Por último, cumpre referir a modificação operada no crime de concussão (art. 316), o qual teve sua pena aumentada, para igualar aos marcos legais dos delitos de peculato corrupção ativa e passiva, todos agora com pena de reclusão mínima de dois anos e máxima de doze anos e multa.¹¹

2 As transformações no processo penal

Para quem espera há anos por um novo Código de Processo Penal (CPP) forjado, a partir de parâmetros constitucionais, podemos dizer que ainda não foi desta vez. De toda maneira, não parece exagero afirmar que algumas das propostas (que agora viraram lei), agradam àqueles que defendem um modelo eminentemente acusatório de processo penal (no qual nos incluímos), afinal, um processo do sistema inquisitório é incompatível com o devido processo legal.

Inicialmente, a Lei n. 13.964/19 declarou, no art. 3.º-A do CPP, que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa

¹¹ Importante destacar que dois dias após a assinatura do Pacote Anticrime, houve outra alteração no Código Penal, introduzida pela Lei n.13.968/2019, que passou despercebida e sem maiores discussões públicas. O crime de participação em suicídio (art. 122) foi ampliado para contemplar a conduta de induzimento, instigação ou auxílio material à prática de automutilação. O tipo penal estende sua abrangência, passando a tutelar diretamente não apenas a vida, mas também a integridade física da vítima. Na legislação anterior, na hipótese de tentativa de suicídio era imprescindível a caracterização, no mínimo, de lesão corporal de natureza grave para configurar a tipicidade. Agora, a modalidade simples do delito alcança também condutas que resultem lesão corporal leve, sendo a lesão corporal grave ou gravíssima hipótese de qualificação do crime (art. 122, §1º), assim como a morte (art. 122, §2º). Introduce-se, ainda, causas de aumento de pena (a) quando a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real (art. 122, §4º) e (b) se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual (art. 122, §5º). O legislador, aqui, esteve atento às novas condutas criminosas que acontecem via *internet* (vide, por exemplo, o “jogo da baleia azul”).

do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Isso se aplica a todos os procedimentos, com exceção do sumaríssimo regido pela Lei n. 9.099/95.

Como bem registrou Giacomolli, nosso Código de Processo Penal, concebido na década de 40, tem um perfil essencialmente inquisitorial, no que tange à prova, de maneira que é na gestão da prova que se revela a essência da opção pelos modelos processuais.¹²

No processamento ao estilo inquisitório, o juiz tem autorização para atuar de ofício, nos moldes do que está previsto no art. 156 do CPP, o que denota uma adesão à acusação, especialmente porque essa visão considera ser o processo penal tão somente um caminho a serviço do poder de punir do Estado, quando, o adequado, seria considerar que o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo, senão que desempenha o papel de limitador do poder punitivo e garantidor do indivíduo a ele submetido.¹³

Porém, diante do agora art. 3.^o-A do CPP, a expectativa é de que se modifique a letargia em considerar que não é o Código de Processo Penal o *guardião da Constituição*, mas o inverso, pois não há mais espaço para discursos autoritaristas e inquisitoriais, já que o processo não serve para relações incestuosas de manifestações de poder, nutridas por mananciais autoritários e por ideologias antidemocráticas.¹⁴

Sendo assim, durante a investigação (seja ela a cargo do Delegado de Polícia ou do Ministério Público), atuará o juiz das garantias, uma espécie de “barreira” à manipulação arbitrária do processo, alinhando o processo penal-brasileiro ao de outros países que já haviam instituído esse modelo.¹⁵

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 35.

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 54.

¹⁵ Na América Latina, as reformas processuais penais das últimas décadas introduziram novos códigos processuais, numa perspectiva de mudança de

Segundo dispõe o art. 3.^o-B do CPP, o juiz das garantias será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, tendo a atribuição, dentre outras coisas, de controlar a legalidade do flagrante e da prisão cautelar; controlar as investigações e seu tempo de duração; garantir os direitos do investigado e conduzido; produzir antecipadamente provas; analisar as medidas cautelares probatórias; homologar acordo de colaboração premiada e acordo de não persecução penal; receber a denúncia.

Como bem observou Choukr, o juiz das garantias não é um investigador, mas sim o controlador da legalidade da investigação, atuando mediante provocação.¹⁶ Sem adentrar em cada uma das situações acima, a adoção do juiz das garantias é uma demonstração de que existe uma abertura para a salvaguarda dos direitos fundamentais, de maneira que o foco da atuação do juiz deve ser o de preservar as liberdades públicas, com um distanciamento para a atividade investigativa. No entanto, em uma cultura judicial, marcada pela mentalidade inquisitorial, corre-se o risco de o poder punitivo transformar um instituto que visa a democratizar o processo penal em mais um entulho autoritário, caso o magistrado pré-processual se torne, na práxis, um juiz investigador.

De qualquer forma, é importante destacar que tal previsão não estava contemplada no projeto original proposto por Sérgio Moro e foi introduzido dentro do jogo político para aprovação Pacote. Representou um enfraquecimento da propositura original do Ministério da Justiça, que já dava indícios da dificuldade em lidar com a real politik e do desgaste político que culminou na sua saída do governo. Além disso, cabe mencionar que o instituto foi suspenso por tempo indeterminado pela decisão cautelar do

um modelo inquisitório para acusatório. Tirando o Brasil, apenas Cuba ainda não adotou o modelo do juiz das garantias. Para uma leitura mais aprofundada, ver LANDER, Máximo. *Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017.

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. O juiz de garantias na reforma do código de processo penal. In: BONATO, Gilson (coord.). *Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 273-276.

Ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6298, 6299, 6300 e 6305. Portanto, não houve planejamento institucional do Poder Judiciário para colocá-lo em prática.

Outra modificação significativa trazida pela Lei n.13.964/19 é acerca do arquivamento do inquérito policial, que extingue a participação direta do juiz. Dispõe o art. 28 do CPP que, “ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”.

Ainda é cedo para delinear os reais efeitos dessa mudança, mas é possível considerar que existe um benefício adicional em manter o juiz na sua condição de imparcialidade objetiva, sem que ele tenha de apresentar argumentos contrários ao arquivamento do procedimento investigatório. Entretanto, é atribuição do juiz das garantias avaliar não só a pertinência da acusação, mas trancar toda e qualquer investigação que não apresente fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento, tudo nos termos do art. 3.^o-B, IX e XII do CPP. Poderia contribuir, no entanto, para eventual arquivamento de crimes cometidos por policiais, sem passar pelo crivo jurisdicional, ainda mais em um contexto político-governamental marcado por relações, no mínimo, suspeitas, com grupos milicianos e com o incentivo declarado na violência e brutalidade policial.

A reforma também nos apresentou o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP. Sendo assim, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

São condições para a celebração do acordo: a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo

Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do CP; d) pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou e) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O acordo de não persecução penal é a representação de uma expansão da justiça negocial no Brasil, ou seja, um “contrato” entre o órgão ministerial e o acusado. Para que não se torne uma fonte de arbitrariedades, já que muitos inocentes podem preferir se declarar culpado a ter que suportar as incertezas de um processo criminal, será necessário um sério controle jurisdicional, que não poderá homologar acordos arbitrários. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições do acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público, para que seja reformulada a proposta, com concordância do investigado e seu defensor (art. 28-A, § 5.º do CPP). O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º, ora referido.¹⁷

Seguindo, encontramos nos arts. 158-A a 158-F do CPP, alteração referente à cadeia de custódia da prova. A definição de cadeia de custódia vem dada pelo art. 158-A do CPP, *in verbis*: “considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

¹⁷ Para uma análise crítica do *plea bargaining* e as repercussões negativas que podem acarretar no direito processual penal brasileiro, ver: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

De acordo com Prado, a cadeia de custódia se apresenta como um dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios, garantindo, por consequência, a credibilidade do meio.¹⁸ Diferentemente, não é o posicionamento de Lopes Junior, para quem a cadeia de custódia é fundamental, especialmente quando se trata de provas produzidas fora do processo. Segundo ele, trata-se de verdadeira condição de validade da prova, o que ajuda na construção de uma melhor decisão judicial.¹⁹

Outras importantes modificações se deram às medidas cautelares pessoais, as quais, a partir de agora, segundo o art. 282, § 2.º do CPP, serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, afastando-se, portanto, a possibilidade de atuação *ex officio* do magistrado e aproximando-se do modelo acusatório de processo penal.

Sobre a prisão em flagrante, após receber o auto, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou, ainda, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, tudo de acordo com o art. 310 do CPP.

A propósito da audiência de custódia,²⁰ trata-se de impor-

¹⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 80.

¹⁹ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 409-414.

²⁰ A realização das audiências de custódia foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar, em 2015, a ADI n. 5.240 e a ADPF n. 347. Esse expediente consiste na rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante, em uma audiência onde também são ouvidas as manifestações do MP, Defensor Público ou do advogado constituído. O juiz, na ocasião, avalia a legalidade, necessidade, continuidade da prisão, ou a

tante mecanismo de humanização dos procedimentos judiciários, na medida em que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz (art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica – CADH – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos). Trata-se da positivação legal de uma prática que já estava sendo adotada no País via normatização do Conselho Nacional de Justiça. Então o avanço legislativo veio para consolidar a adoção de tal medida convencional, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais do suspeito, sobretudo em nosso País que não passou pela reforma das instituições de segurança pública, no processo de redemocratização, e que continuou com heranças do período ditatorial na cultura e práxis das agências de controle do delito.

No tocante à prisão preventiva, nos termos do art. 311 do CPP, a mesma continua cabível durante a investigação ou processo penal, porém, deverá existir um pedido expresso do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou uma representação por parte da autoridade policial, o que não torna mais possível a sua decretação de ofício.

A decisão que decretar a prisão preventiva, ou qualquer outro medida cautelar, deverá ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos, o que afasta a possibilidade de alguém ser preso por fatos antigos (art. 312, § 2.º do CPP). Temos aqui a introdução da perigosa ideia de “periculosidade”, que nos remonta às perspectivas positivistas do saber criminológico e à busca etiológica do sujeito deterministicamente criminoso. Concepções teóricas do século XIX, há muito superadas pela criminologia, permanecem ainda no seio do poder punitivo brasileiro no século XXI, o que nos demonstra que conceitos “zumbis” – mortos cientificamente, mas persistentes na cultura – permanecem como mortos-vivos assombrando o direito processual-penal brasileiro. Anote-se ainda que não será admitida a decretação de prisão preventiva, com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena

concessão de liberdade provisória. Também analisa eventuais abusos ou arbitrariedades.

ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (art. 313, § 2.º do CPP).

Nos termos do art. 315 do CPP, a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, de modo que na motivação, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Para tanto, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: a) limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Trata-se, sem dúvida, de um verdadeiro dever de motivação judicial (o qual encontra correspondência com o art. 93, IX, da CF e com o art. 489, § 1.º do CPC) essencial para o controle da atividade jurisdicional, especialmente no trato com o poder punitivo estatal.

Atendendo ao princípio da provisionalidade,²¹ uma vez decretada a prisão preventiva, deverá o juiz prolator da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, § único do CPP). Tal medida era

²¹ Do princípio da provisionalidade decorre a possibilidade da prisão cautelar poder ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme as particularidades do caso concreto indicarem essa necessidade. Esta exigência de revogação ou modificação da prisão cautelar sempre que as situações que a determinaram se alterarem, constitui, sem dúvida, outra regra indispensável do Estado Democrático de Direito, posto que a liberdade é a regra, e sua limitação, uma exceção, somente é admissível, quando absolutamente necessária em decorrência das particularidades do caso concreto. Nesse sentido, ver DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 42.

reclamada pela doutrina processual-penal brasileira há tempos.²²

Por fim, com questionável constitucionalidade foi a alteração ocorrida com o art. 492, I, alínea “e”, do CPP, quando anota que, no caso de condenação no Tribunal do Júri, a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, o juiz determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Parece-nos claro que, a vingar tal preceito e interpretação,²³ viola-se o princípio constitucional da presunção de inocência previsto no art. 5.º, LVII da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim como fica agredido o princípio do duplo grau de jurisdição, que se apresenta como garantia judicial no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8, 2, h), no qual é direito recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3 Novos regramentos na execução penal

A Lei n.12.654/12 introduziu no Brasil a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei n.7.210/84,

²² Nesse sentido, Giacomolli já defendia: “A adequação dos motivos à finalidade cautelar do processo penal, a fixação de um prazo de duração máxima da prisão preventiva, bem como o estabelecimento de revisões periódicas da prisão, são exigências de um processo penal republicano e comprometido com a Constituição Federal e com as Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marçal Pons, 2013. p. 92).

²³ No STF está na pauta para julgamento o Recurso Extraordinário n.1235340, que vai tratar da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. Há entendimentos de alguns ministros de que seria constitucional essa medida, pois o Tribunal do Júri, por força da Constituição, é soberano nas suas decisões. Recordamos que, recentemente, no julgamento das ADCs n. 43 e n. 44, o STF decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, no sentido de se respeitar a literalidade do art. 5.º, LVII da CF, o que impede a execução imediata de sentença condenatória em segunda instância. O que dizer então de decisões condenatórias, em primeira instância?

art. 9-A). Agora, a Lei n.13.964/19 acrescenta que a regulamentação do banco de dados de perfis genéticos deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. Tal introdução encontra-se nas perspectivas de ampliação dos espaços de controle biopolítico dos corpos sujeitos ao poder de punir estatal, mas que possui uma importância no que diz respeito ao zelo na proteção dos dados genéticos, o que é essencial, para garantir a cadeia de custódia da prova genética e a confiança na produção probatória.

Também foi adicionado que deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia, que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. Por fim, o condenado por crimes violentos ou hediondos, que não tenha sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional, deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. A recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético acarreta o cometimento de falta grave (art. 9-A, §§ 1.º-A, 3.º, 4.º e 8.º, da Lei n.7.210/84).

Importa registrar que, sobre essa matéria (coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético), o STF, por unanimidade, reconheceu Repercussão Geral no RE n. 973.837/MG. O Min. Relator Gilmar Mendes destacou que os limites dos poderes do Estado, de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes; de traçar o perfil genético; de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações, torna possível a violação de direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF, de modo que tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84.²⁴

Há que se atentar que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem tem precedentes no sentido de que o

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*. RE 973.837. Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 23.6.2016.

armazenamento, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves não viola o direito à privacidade, por se tratar de medida justificada e proporcional. Porém, é necessário que existam garantias adequadas contra a retenção indiscriminada e genérica de amostras, de perfis de DNA e prévias garantias adequadas de proteção desses dados pessoais contra o uso indevido e eventuais abusos.²⁵ Isso porque o banco de dados genéticos pode retroalimentar o processo de criminalização secundária – assim como as fotografias utilizadas pela polícia civil –, limitando a visão da investigação criminal para os “alvos de sempre” do poder punitivo. Ou seja, não partindo do pressuposto da solução verdadeira do caso, mas sim buscando bodes expiatórios adequados para depositar a culpa pelo delito. Assim, o agente procura uma resposta fácil para a sociedade e limpa a sua consciência, acreditando ter cumprido seu dever de retirar um “sujeito perigoso” das ruas.

Outra alteração a se destacar foi a que tratou do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), nos moldes do art. 52 da Lei n.7.210/84. É sabido que esse regime objetiva a punição e segregação do preso que atente contra a segurança da unidade prisional, ou que seja reconhecidamente perigoso para ela. Desse modo, a sua função é a manutenção da segurança, especialmente quando existir violação da ordem ou da disciplina do estabelecimento prisional. Novamente temos aqui o investimento em uma prática punitiva que remonta ao determinismo oriundo da ideia de periculosidade e, portanto, acaba tratando o indivíduo criminalizado como se fosse um inimigo público. O problema reside sempre na definição de *quem é o inimigo* e sobre *O que é um sujeito perigoso?* Não podemos esquecer que a história do poder punitivo nos demonstra uma tendência de perseguições de toda ordem – política, racial, religiosa, etc. – por parte do Estado, não sendo necessária a prática de um tipo legal de crime ou sendo

²⁵ Nesse sentido, ver pesquisa de jurisprudência internacional sobre coleta de material genético em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência internacional: coleta de material genético para fins criminais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletadematerialgenticoparafinscriminais.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

imputada arbitrariamente a responsabilização penal por motivos escusos à legalidade democrática.²⁶

Por último, também sofreu mudanças o instituto da progressão de regime (art. 112 da LEP), de modo que, a partir de agora, o condenado, para ter direito a progredir de regime prisional, terá que cumprir um período maior de pena. Parece claro que essa mudança vai ao encontro do que decidiu em 2015 o STF no julgamento da *ADPF n.347*, que declarou *o estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário brasileiro, especialmente pela superlotação e suas condições desumanas de custódia.

Aliás, sobre o tema, Valois anota que impressiona como a questão prisional é tratada no Brasil pelas autoridades. Embora haja avanço em relação ao reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, a liberdade, a vida e a integridade de milhares de pessoas permanecem em risco, de modo que “você está preso ilegalmente, inconstitucionalmente, mas vai continuar preso!”²⁷ Com a mudança no art. 112 da LEP, o agente vai continuar mais tempo preso.

O certo é que o ambiente carcerário facilmente se traduz numa ordem social antagônica, já que é marcado pela reincidência. Assim, condiciona a reprodução de sua clientela, ao passo que exerce o mais alto grau de estigmatização e marginalização de todo o sistema punitivo,²⁸ e é incapaz de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social.

Considerações finais

Ainda que de modo conciso, foi possível expor e refletir criticamente sobre as principais mudanças ocorridas na legislação

²⁶ Nesse sentido, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007; DAL RI JÚNIOR, Arno. *O estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

²⁷ VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 20.

²⁸ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Revan, 1993. p. 184.

criminal brasileira, tanto no Código Penal – parte geral e especial –, quanto no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, que foram introduzidas pela Lei n.13.964/19.

Podemos constatar que tal modificação legislativa insere-se na política criminal que prefere investir em pequenas mudanças do que numa reforma global da legislação criminal, que ainda possui nítidas heranças autoritárias da época em que foi concebida e da ideologia fascista que buscou inspiração. Sendo assim, trata-se de uma alteração que vem a somar na “colcha de retalho” da legislação criminal brasileira.

Nesse sentido, também se pode dizer que a linha político-criminal adotada segue o viés conservador e populista que o tratamento da questão criminal historicamente apresenta em nosso País: insistência no mito da punição como remédio salvacionista de todos os males sociais; ampliação das já fracasadas políticas de encarceramento massivo; adoção de conceitos criminológicos cientificamente falidos; alterações sem sentido em termos dogmáticos; flertes com a inconstitucionalidade de algumas medidas, entre outros pontos frágeis do projeto.

Pacote que já nasce estéril de oxigenação democrática, porque não esteve sujeito ao crivo do debate público pela comunidade jurídica e científica, e que teve seus grandes avanços legislativos, em termos de democratização do sistema penal, introduzidos na arena política por opositores do governo, sobretudo no que diz respeito ao processo penal, em virtude: da consagração expressa do modelo acusatório de processo; da introdução da figura do juiz de garantias e do estabelecimento de prazo periódico para a revisão do decreto da prisão preventiva. Todas essas medidas se amoldam ao modelo processual-penal-democrático e republicano, lido à luz constitucional e convencional.

Agora, as alterações produzidas no âmbito do direito penal e da execução penal nada possuem de “revolucionárias” – como o *marketing* do Pacote Anticrime vendia-o –, realizando alterações de menos importância e impacto ou produzindo retrocessos abissais, no que diz respeito ao tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade e, portanto, ao encarceramento em massa. Tampouco,

a modificação tem capacidade de “combate” à criminalidade e ao crime organizado, conforme o discurso governamental propunha. Na verdade, não passa da venda de uma ilusão ao povo brasileiro, que engole um engodo sob o prisma da “técnica jurídica”, que apenas é capaz de reproduzir uma (anti)política criminal bolorenta e mofada, não trazendo nada de novo, significativo e capaz de alterar o quadro de violência na sociedade brasileira.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência internacional**: coleta de material genético para fins criminais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletadematerialgentico-parafinscriminais.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI n. 3150. Rel. Min. Marco Aurélio – j. 13.12.2018 – public. 6.8.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE n. 973.837. Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 23.6.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC n. 82.959. Rel. Min. Marco Aurélio – j. 23.2.2006 – public. 10.9.2006.

CANI, Luiz Eduardo. **Inconstitucionalidades do cumprimento de pena privativa de liberdade por até 40 anos**. Disponível em: <https://caosfilosofico.com/2020/06/12/inconstitucionalidades-do-cumprimento-de-pena-privativa-de-liberdade-por-ate-40-anos/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O juiz de garantias na reforma do código de processo penal. In: BONATO, Gilson (coord.). **Processo penal, Constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 273-276.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marçal Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 21, 2001.

LANDER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marçal Pons, 2014.

RI JÚNIOR, Arno Dal. **O estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SIMON, Jonathan. **Governing through crime**: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University, 2009.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

13.

Investigação preliminar e o devido processo penal: o papel da defesa na investigação

Cristiano Gessinger Paul*

Gabriela de Souza Flores**

Resumo: O presente artigo busca perquirir o sistema de investigação criminal-preliminar típico do nosso ordenamento jurídico, o inquérito policial, principalmente no que tange à atividade defensiva dentro deste. Para tanto, aborda-se a forma como se desenvolve a investigação preliminar no nosso sistema e a necessidade da inserção efetiva de instrumentos que propiciem atuação defensivo-ativa nesta fase da persecução penal, com o fito de que a investigação se torne, efetivamente, ampla e ao menos se aproxime, ainda que minimamente, de certo grau de imparcialidade. Analisa-se, para tanto, a importação de institutos processuais norte-americanos ao direito pátrio, bem como a resistência à introdução de outros, como a Regra Brady e a investigação defensiva. Por fim, a conclusão quanto aos benefícios da importação dos referidos institutos processuais estadunidenses ao ordenamento jurídico pátrio, como meio de efetivar e alcançar a defesa paridade de armas na investigação preliminar.

Palavras-chave: Investigação. Devido processo legal. Regra Brady. Investigação defensiva.

Abstract: This article seeks to investigate the preliminary criminal investigation system typical of our legal system, the police investigation, mainly with regard to defensive activity within it. To this end,

* Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor- Mestre Assistente II, Direito Penal e Direito Processual Penal, na Universidade de Caxias do Sul. Advogado. Velejador. *E-mail:* cristiano@gessingeradvogados.com.br.

** Especialista em Direito Penal Econômico Aplicado pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (Esmafe/RS). Pós-Graduada em Direito Processual Penal Contemporâneo, pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogada. *E-mail:* gabriela@fpaadvocacia.com.br.

it addresses the way in which preliminary investigation is carried out in our system and the need for the effective insertion of instruments that provide active defensive action in this phase of criminal prosecution, with the aim that the investigation becomes effectively broad and, at least approach, even if minimally, a certain degree of impartiality. For this purpose, the importation of North American procedural institutes to the national law is analyzed, as well as the resistance to the introduction of others, such as the Brady Rule and the defensive investigation. Finally, the conclusion regarding the benefits of importing the aforementioned American procedural institutes to the national legal system, as a means of carrying out and achieving the defense of arms parity in the preliminary investigation.

Keywords: Investigation. Due process of law. Brady violation. Defensive investigation.

1 Introdução

A persecução penal é a atividade desenvolvida pelo Estado, que tem por finalidade apurar a ocorrência de fatos e punir os autores de infrações criminais, através do exercício do *jus puniendi*. Tal atividade se desenvolve em duas fases: a primeira fase é de investigação preliminar, e uma segunda fase é processual-penal. Assim, é exigência do devido processo legal resguardar-se a tutela das garantias constitucionais em ambas as fases: do investigado na fase preliminar, e do acusado, no processo.

Portanto, não se pode esquecer que, desde a investigação criminal preliminar, a persecução penal se desenvolve de forma a assegurar a efetividade das garantias constitucionais do indivíduo, porque é o procedimento destinado à apuração e elucidação dos fatos, bem como o instrumento de agrupamento de elementos de informação, que irá embasar, ou não, a abertura de ação processual-penal. Melhor dizendo, é neste momento que se busca a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria, apurando-se a existência ou não de justa causa, apta a embasar uma denúncia.

Desta feita, o presente trabalho tem como escopo demonstrar como se desenvolve a investigação criminal no processo penal brasileiro, dando-se ênfase ao inquérito policial e às suas peculiaridades. A partir disso, desnudar-se-ão as máculas do sistema de investigação preliminar, a partir do que surgirão cristalinas a possibilidade e necessidade de inserção, de maneira efetiva, da atuação defensiva na fase pré-processual brasileira, como forma de garantir uma busca igualitária ou, ao menos, não tão discrepante, da materialidade do delito e dos indícios de autoria, dando-se assim ao inquérito policial a adequada acepção de filtro do aparelho de justiça criminal.

O ponto crucial do presente trabalho, portanto, é a análise da importação de institutos processuais penais norte-americanos ao direito pátrio, bem como da resistência à implantação de outros, tais como a investigação criminal defensiva e a Regra Brady. Dá, assim, amparo à implementação dos referidos institutos processuais, como mecanismos para a busca de equilíbrio entre acusação e defesa no jogo da persecução penal brasileira, desde o seu dealbar.

Para tanto, faz-se necessária uma breve conceituação dos referidos institutos processuais e como estes se desenvolvem no direito estadunidense. Por fim, revelar-se-á a necessidade de mudança cultural, institucional, estrutural e psicológica na fase pré-processual penal brasileira, incorporando-se de forma efetiva instrumentos que visem à efetiva atuação defensiva por toda a persecução penal. A finalidade é resguardarem-se os direitos do investigado ao devido processo legal, bem como a redução no número de denúncias criminais infundadas, oriundas de um procedimento investigatório, puramente inquisitório e dirigido unicamente à sustentação da acusação (unidirecionalidade).

2 Investigação preliminar: o inquérito policial e o devido processo legal

Como já referido, a persecução penal é atividade desenvolvida pelo Estado, que tem por objetivo apurar e punir infrações criminais, ou seja, exercer o *jus puniendi*. Tal atividade se desenvolve em

duas fases distintas: a primeira é a fase de investigação preliminar de natureza inquisitiva; a segunda fase é processual-penal que é, ou ao menos deveria ser, de todo acusatória, tendo em vista o modelo acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988.

A fase de investigação preliminar, nas palavras de Pacelli e Fischer,³ “destina-se à formação da *opinio delicto*, daquele a quem a Lei atribui a função de formulação do juízo acusatório”, ou seja, do Ministério Público, nas ações processuais de iniciativa pública. Assim, pode-se dizer que a investigação preliminar é uma fase “intermediária que serve de elo entre a *notitia criminis* e o processo penal”,⁴ em si.

Em nosso ordenamento jurídico, a função investigativa é atribuição da polícia de investigação,⁵ desempenhada pelas polícias civil e federal, cujas atribuições são definidas em lei. Podemos assim dizer que a polícia é o “órgão investigador natural por excelência”,⁶ responsável pela condução dos procedimentos administrativos de apuração de delitos, sendo o mais notório destes o inquérito policial.

Nesse sentido, são características determinantes da investigação preliminar a autonomia e a instrumentalidade. A investigação preliminar é autônoma, por assim dizer, visto que se autonomiza frente ao processo, podendo existir investigação, sem a fase posterior processual, a exemplo nos casos de arquivamento do inquérito policial⁷ ou, ainda, nas palavras de Lopes

³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 13.

⁴ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

⁵ Os autores refutam a denominação *polícia judiciária*: a uma, por que a investigação não está a cargo de uma polícia ligada/subordinada ao Poder Judiciário e, a duas, por que tal expressão revela a manutenção do DNA inquisitório do Código de Processo Penal (Código de Rocco).

⁶ COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 61.

⁷ GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia. **Rede de ensino Luiz Flávio Gomes**, São Paulo, 21 out. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 21 outubro. 2008. Acesso em: 16 ago. 2017.

Junior,⁸ “nos casos em que o processo penal se inicia sem prévia investigação preliminar, o que supõe um sistema jurídico que contempla a instrução prévia com caráter facultativo”.

E, no que tange à instrumentalidade da investigação preliminar, pode-se dizer que se amolda como “instrumento para formar ou mesmo introduzir elementos necessários para o exercício da pretensão, isto é, instrumentalizar a própria pretensão acusatória”. Muito embora possua esta característica, cabe enfatizar que a investigação preliminar “não tem como fundamento a pena, tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão”, ou seja, não é sua função fazer justiça, “senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da Justiça”.⁹ Instigar, desde logo, que é instrumento subordinado à Constituição, visto que não se atina, em Estado Democrático, pontuais e/ou oportunas inversões da pirâmide de Kelsen.

Quanto à natureza jurídica, a investigação preliminar é um procedimento administrativo pré-processual, destinado a “apuração de infrações penais e da sua autoria”,¹⁰ ou seja, é o “instrumento que permitirá ao acusador decidir sobre acusar ou não, e também servirá ao juiz, para decidir sobre a admissão do pedido”.¹¹

Desta feita, se aponta a importância de que a investigação criminal preliminar se desenvolva de forma condizente com os ditames e as garantias constitucionais, eis que é o procedimento destinado à apuração dos fatos tidos como delituosos, bem como responsável pelo recolhimento de elementos de informação, que possam embasar, ou não, a abertura de ação processual-penal. Ou seja, é neste momento que se busca a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria, apurando-se a existência ou não de justa causa, apta a embasar uma denúncia.

Assim, a razão da existência de uma investigação preliminar não deve ser reduzida, pois compete a esta mesma investigação,

⁸ LOPES JUNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 96.

⁹ *Ibidem*, 2014. p. 97.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 183.

¹¹ LOPES JUNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 97.

também, atender a um evidente interesse de eficácia e garantia de direitos fundamentais, para impedir denúncias e processos infundados,¹² e assim garantir a perfectibilização do devido processo legal, que deve permear toda persecução penal.

O inquérito policial é o principal meio investigativo da persecução penal brasileira e, como forma de investigação preliminar, tem como finalidade reunir elementos acerca da materialidade e da autoria do crime. Como explica Gondim,¹³ é um procedimento administrativo “preparatório da ação penal, com a finalidade de se apurar indícios de autoria e prova da materialidade”. Ainda, segundo Pacelli e Fischer:

Os procedimentos de investigação de fatos alegadamente criminosos não são considerados, em linguagem técnica, fase processual. Daí falar-se na natureza administrativa do inquérito policial, que, mesmo após a Constituição da República, de 1988, é o meio com o qual o Estado busca o esclarecimento do caso penal, valendo-se, para tanto, dos ritos e formas legais previstas, por primeiro no Código de Processo Penal, mas, também, em legislações esparsas.¹⁴

Deste modo, a finalidade do inquérito policial, como procedimento administrativo que é, incide em subsidiar a atividade persecutória do órgão acusatório. Sua principal função encerra um filtro processual e, assim, evitar acusações infundadas, isto é, enquanto tem o condão de elucidar o fato criminoso, tem o dever de assegurar a sociedade de que não haverá excessos por parte do poder estatal, pois, se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente.¹⁵

¹² LOPES JUNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 99.

¹³ GONDIM, Cassandra Costa. *Investigação criminal: inquérito policial. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49414&seo=1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁴ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 13.

¹⁵ LOPES JUNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 107-108.

Neste sentido, pode-se afirmar que é incumbência do procedimento de investigação preliminar ser um “filtro do sistema de Justiça Criminal, limitando e viabilizando o exercício do poder de punir do Estado dentro das balizas constitucionais e legais, evitando, com isso, acusações infundadas e violações de direitos e garantias fundamentais”.¹⁶ Portanto, para que se obtenha êxito na investigação, é necessário que o órgão estatal responsável tenha ciência de seus limites de atuação, para que assim se preservem as garantias e os direitos do acusado, uma vez que o mínimo erro pode significar fracasso do Estado de Direito.¹⁷

Todavia, deve-se atentar que o inquérito policial é regido por um sistema de vieses inquisitórios, no qual predomina o sigilo e não se veem efetivos o contraditório e a ampla defesa, como pontua Choukr:¹⁸ “o marco cultural inquisitivo ainda é dominante com a perene presença dos padrões interpretativos anteriores até mesmo à Constituição de 1988”.

Coutinho¹⁹ ao fazer referência ao inquérito policial enfatiza que, “nesta esteira, o sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo”. Ante tais características da investigação preliminar desenvolvida em nosso sistema criminal, não há como negar sua estrutura inquisitória, mormente no que tange ao sigilo de seus atos, à ausência do contraditório e à mitigada participação da defesa, o que se mostra razoável apenas para o cumprimento de atos de investigação, cuja eficácia exija

¹⁶ COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 48.

¹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

¹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 99.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jun. 2008. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3685-As-reformas-parciais-do-CPP-e-a-gestao-da-prova-segue-o-principio-inquisitivo. Acesso em: 4 maio 2020.

a alienação do investigado; veja-se atual redação do parág. 3º, do art. 282, do Código de Processo Penal.

Cabe ainda aludir que o inquérito policial sofre o controle externo do Ministério Público, que é o órgão responsável pela acusação formal. Segundo Lopes Júnior e Gloeckner,²⁰ na atualidade há uma tendência a se outorgar a direção da investigação preliminar ao Ministério Público, “de modo que o promotor investigador” poderá atuar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, firmou a tese de legitimidade investigatória do MP:

Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado.²¹

Diante disto, a tese da possibilidade de atuação diretiva investigatória do Ministério Público tem seu respaldo jurisprudencial. Contudo, outorgar ao órgão ministerial poderes investigatórios delineia uma investigação “puramente voltada para a acusação”, ressaltando ainda mais a desigualdade das partes nesta fase preliminar e acarretando prejuízos imensuráveis à defesa, pois, conforme, Lopes Júnior e Gloeckner,²² “atribuir ao MP a direção da investigação preliminar significa dizer que a fase pré-processual não servirá para preparar o processo, informando à acusação, à defesa e também ao juiz, mas será uma via de mão única: serve somente para a acusação”.

O esboço apresentado evidencia o direcionamento do

²⁰ LOPES JUNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 151.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 593.727**. Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/5/2015, publicação em 8/9/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento-Processo.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>. Acesso em: 7 maio 2020.

²² LOPES JUNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 165.

inquérito policial para a acusação, apontando para a parcialidade (no sentido de que é formado para uma parte) na condução da investigação preliminar. Situação que, aliada à possibilidade mitigada de atuação da defesa nesta fase, deixa manifesta a afronta aos direitos e às garantias do investigado. Assim, nosso sistema investigatório proporciona desigualdade entre as partes, como bem afirma Barbosa:

[...] o sistema acusatório visto desta forma desnivela a relação processual antes mesmo que esta se forme, haja vista que submete a investigação ao interesse quase que exclusivo da parte acusatória, sem resguardar ao acusado paridade de armas na fase de coleta e produção de prova (contraprova).²³

Outro ponto a se destacar sobre o inquérito policial, diz respeito à forma e ao procedimento, que muito embora não possuam um rito preestabelecido, como na ação processual-penal, e predomine o sigilo das suas atividades, deve atender a formalidades elencadas na legislação processual, dentre elas a necessidade de o inquérito policial ser escrito, conforme preceitua o art. 9º do referido dispositivo de lei.²⁴ Destarte, o inquérito policial, quanto a sua forma, “é facultativo, escrito, secreto no plano externo, tendo seus atos limitado valor probatório”.²⁵

E, neste condão, quanto ao valor probatório dos atos de investigação preliminar, muito embora se saiba que estes, por si sós, não possam embasar a sentença judicial e que seu valor probatório é limitado, conforme disposto no art. 155 do Código de Processo

²³ BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência** – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, jan./jun. 2011. p. 84.

²⁴ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 28.

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 184.

Penal, não se pode dizer que nesta fase da persecução penal não se produzam provas. Além da ressalva apontada no mesmo dispositivo de lei, quanto às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, deve-se atentar que tais provas produzidas na fase preliminar, cuja cognição é de natureza cautelar, deixam de ser apenas elementos de informação e passam a ser provas de fato, nos casos de absolvição sumária após a defesa prévia. Que, nestes casos se dá, com a análise do julgador quase que exclusivamente aos elementos colhidos no inquérito policial, tendo em vista a mitigada dilação probatória pela defesa, até este momento pré-processual.

Assim, provas e elementos colhidos na investigação preliminar podem conter relevância para o esclarecimento do fato à luz da visão defensiva, ou seja, somente um olhar típico da defesa poderá dar a determinado elemento de reconstrução do passado relevância e interesse que não possuem na sua vida, unicamente, materialidade e autoria. A restrita possibilidade de atuação defensiva nesta fase persecutória, diante deste viés instrumental e psicológico, é que se mostra relevante a presente discussão quanto à necessidade de se amoldar uma investigação preliminar que seja de fato imparcial e que tenha como objetivo a elucidação do fato criminoso, sem qualquer direcionamento prévio. É visível a discrepância entre as partes nesta fase e, por essa razão, é imperiosa uma mudança quanto à forma e o procedimento da investigação preliminar em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que tange à atuação e ao acesso da defesa aos elementos colhidos na investigação, para que se possa, então, haver efetiva aproximação do processo penal acusatório, instituído pela Constituição Federal de 1988 e condizente com o Estado Democrático de Direito.

Sem adentrar a questão polêmica que assola a possibilidade de efetivação de um contraditório no inquérito policial, visto não ser este o objeto do presente estudo, não há como evitar por completo a temática. Deste modo, ainda que se venha admitir a impossibilidade de um contraditório pleno, é necessária a existência de um *contraditório mínimo*,²⁶ que de forma concreta

²⁶ LOPES UNIOR; GLOECKNER, *op. cit.*, p. 407.

assegure a comunicação e a participação do investigado, nos atos da investigação.

Ademais, embora venha a se compreender a necessidade de sigilo de determinados atos investigatórios, tem-se que, a partir do momento em que a autoridade policial reduz a termo a diligência apurada, passa-se do ato de investigação à verdadeira instrução criminal. A partir de então, impedir o defensor constituído de acessar os autos e examinar os elementos de informação ali produzidos é impedir o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, bem como evidente afronta à Súmula vinculante 14²⁷ do Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, manifesta a necessidade de romper com práticas puramente inquisitórias, garantindo à defesa técnica o acesso amplo aos elementos colhidos na investigação, sem prévia seleção e eventual descarte. Aquilo que não interessa a uma parte pode interessar a outra, e a investigação deveria colher sobre o fato sem a atual vinculação umbilical com a acusação. Dado que, é na “garantia de acesso aos autos do inquérito e à luz do binômio publicidade-segredo”,²⁸ que se traduz o contraditório nesta fase preliminar.

Reduccionista, portanto, a percepção de que a existência de dispositivos legais perfectibilizam tais direitos, como é o caso da participação defensiva nos termos previstos do art. 14 do Código de Processo Penal, que, como ressalta Choukr,²⁹ embora sejam sinais positivos da legislação processual, não podem ser concebidos como democráticos, pois, “se a possibilidade formal da presença do defensor existe, ela é tão formal como era na matriz histórica do modelo inquisitivo”.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas na Jurisprudência. **Súmula Vinculante 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 14 maio 2020. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 209.

²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 130.

Muito embora tenhamos ainda em vigência um Código Processual Penal da década de 40 e com bases inquisitoriais, devemos atentar que, com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a opção expressa do legislador constituinte por um Estado Democrático de Direitos, o sistema processual-penal tomado não pode ser outro, senão o acusatório. Portanto, é forçoso alinhar tais práticas processuais aos ditames de um sistema acusatório, como bem pondera Choukr:

Numa estrutura coerente com o princípio acusatório já tantas vezes mencionado, pode-se conceber dentro ainda da fase investigativa a possibilidade de cientificar-se o suspeito da realização de alguma perícia, por exemplo, facultando a presença de seu defensor técnico. Isso seria de todo desejável quando se pensa numa estrutura onde existam incidentes probatórios dependentes de jurisdicionalização, e seja necessária a apresentação pelo titular da investigação de uma justificativa para a concessão da ordem autorizadora da medida. Esse verdadeiro incidente na investigação contaria, por certo, com a participação do suspeito. Dentro de uma reformulação ampla da legislação pátria, não seria de se estranhar a adoção dessas idéias, sobretudo porque a matriz constitucional é acusatória.³⁰

Consequentemente, mesmo que sem a devida plenitude, a observância ao contraditório e à ampla defesa, já no inquérito policial, são fatores basilares para a concretização do devido processo legal. Ademais, as garantias ao contraditório e a ampla defesa são condicionantes da legitimidade da prova dentro do processo penal-garantista, que compreende não exclusivamente a instrução processual, mas toda a atividade de instrução probatória que venha a ter repercussão sobre o resultado do processo, devendo-se ater, sobretudo, para a prova produzida, durante a

³⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 130.

investigação preliminar.³¹

Fato é que o sistema brasileiro de investigação preliminar desenvolvido, sobretudo através do Inquérito Policial, clama por intensas e substanciais alterações, porque, nos moldes em que se encontra, é verdadeiro instrumento de desnível da relação processual.

Diante disto, e considerando a atual onda de americanização do sistema processual penal brasileiro, com a importação de institutos processuais estadunidenses ao direito pátrio, é que se mostra necessária a análise da implementação da investigação criminal-defensiva e da Regra de Brady no ordenamento jurídico-processual-pátrio. A introdução efetiva destes institutos visa primordialmente à paridade de armas entre acusação e defesa, já na fase preliminar do processo, resguardando-se, assim, as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do direito à prova, em direção à busca do devido processo legal e, por consequência, a possibilidade de diminuição de denúncias infundadas, decorrentes de um sistema de investigação puramente inquisitório.

3 A importação de institutos processuais penais norte-americanos ao direito pátrio

É inegável a influência norte-americana em diversos âmbitos da sociedade, e isto, não seria diferente no campo do Direito. Tal fenômeno não é recente, como bem pondera Máximo Langer,³² ao abocar que, após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente com o final da Guerra Fria, o sistema jurídico norte-americano

³¹ BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência** – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, jan./jun. 2011.

³² LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 12 maio 2020.

transformou-se no mais influente do mundo, passando a inspirar os aparelhos jurídicos de diversos países. Nos últimos anos, a importação de institutos do Direito estadunidense vem se alargando no Brasil, a exemplo das reformas parciais do CPP em 2008 e 2019, que introduziram, em nosso sistema processual-penal, através da Lei n. 11.690/08 a teoria norte-americana *The Fruits of the Poisonous Tree*, ou “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, especialmente no que diz respeito à admissibilidade da prova derivada da ilícita, por meio da aplicação das Teorias da Descoberta Inevitável e da Fonte Independente, e da Lei n.13.964/19 denominada de Pacote Anticrime, que introduziu o instituto do *Plea Bargain*.

Ocorre que, restringindo aqui a análise ao âmbito do direito processual penal, as importações e utilizações de institutos estadunidenses têm apresentado alguns problemas pontuais, principalmente pelo fato de estes *transplantes jurídicos*³³ ocorrerem sem a devida tradução e adequação destes institutos ao ordenamento jurídico pátrio. Ademais, é sempre importante destacar que, no Brasil, vigora o sistema *civil law* com a imprescindibilidade de legislação escrita e a preponderância do direito positivado, situação oposta ao Direito norte-americano que segue o sistema da *common law*, que não tem sua essência em leis codificadas, mas nos costumes e precedentes dos Tribunais.

Ante a carência de uma análise aprofundada e integral para a incorporação dos institutos processuais estadunidenses ao nosso sistema de justiça criminal e, considerando que normalmente a aplicação destes institutos ocorre pela metade, ou seja, agrega-se ao ordenamento pátrio somente “a parte que tende a recrudescer o tratamento penal sobre diversos temas, deixando-se de fazê-las acompanhar das respectivas garantias”,³⁴ é que se justifica

³³ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 12 maio 2020.

³⁴ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. A americanização do direito penal pode ser bem-vinda? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 318, maio 2019.

a indagação quanto à coerência da importação de determinados institutos e a resistência à incorporação de outros.

A importação de institutos do Direito estadunidense é uma realidade, e a tendência é que se dissemine ainda mais e, a reboque disto, emergem inúmeros problemas inerentes a estas importações parciais de institutos processuais, sem a devida cautela, dando-se a falsa percepção de que o direito norte-americano é, de todo, severo e autoritário, fatores que inspiram a importação dos seus institutos. Pois bem, sabe-se que o modelo processual norte-americano está longe de ser um modelo a ser seguido integralmente, uma vez que, como todo sistema processual, apresenta suas máculas.

Porém, não se pode negar que o referido sistema apresenta institutos que visam a assegurar a aplicabilidade real e efetiva das garantias constitucionais do investigado, na busca efetiva do *fair trial*. Então, por que não importar também os institutos processuais norte-americanos que acarretam mais garantias e eficácia aos direitos do acusado e possibilitam uma atuação mais efetiva da defesa, como a investigação criminal defensiva e a *Regra Brady*?

Acreditamos que muito deste aferro seja respaldo de uma cultura predominantemente inquisitória, que ainda permeia o sistema de justiça criminal-brasileiro, acarretando a resistência à incorporação de institutos que visem a sufragar garantias ao acusado. A discussão sobre a inserção de tais institutos ao ordenamento pátrio não é nova e, aos poucos, vem tomando forma, como se pode ver a partir da inclusão da investigação criminal defensiva no PL n.156, de 2009³⁵ (Reforma do CPP) e, em 2018 os delineamentos lançados através do Provimento n.188/2018, do Conselho Federal da OAB. De igual modo, em 2019 foi lançado Projeto de Lei de n. 5282, qual que busca a inserção da Regra Brady, o que já é um começo.

Portanto, diante do que foi exposto, sobre como se desenvolve a investigação preliminar em nosso sistema jurídico e qual o papel da defesa neste contexto, bem como a crescente onda de

³⁵ SENADO FEDERAL. **PL n. 156, de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 9 jun. 2018.

importação de institutos processuais penais estadunidenses, a investigação criminal defensiva e a *Regra Brady* se apresentam como instrumentos hábeis a combater a disparidade de “armas” existente entre acusação e defesa, desde a fase da persecução penal, institutos que também deveriam alimentar a lascívia do legislador importador.

3.1 A Regra Brady e a investigação criminal defensiva: uma busca pela efetiva atuação defensiva na investigação

Antes de adentrarmos efetivamente no questionamento, quanto à valia da implementação da investigação criminal defensiva e da Regra Brady, como meios de concretizar uma atuação defensiva efetiva, já na fase pré-processual, militando em busca da almejada paridade de “armas”, na persecução penal, é necessária uma breve introdução e conceituação dos referidos institutos processuais, bem como uma sucinta explanação de como estes se desenvolvem no direito estadunidense.

Partindo da premissa de necessidade de adequação do processo penal brasileiro aos preceitos constitucionais na busca de concretizar um processo acusatório e mais igualitário, ou ao menos não tão discrepante, que designe determinado equilíbrio entre as partes, abroham os institutos da investigação defensiva e da Regra Brady, como meios hábeis a auxiliar na busca deste equilíbrio, assegurando maior segurança no desenvolvimento dos atos de investigação, no sentido de que a segurança jurídica não está umbilicalmente ligada ao resultado, mas atrelada à forma como se chega ao resultado. Dado que, propiciará ao investigado acesso a todos os elementos colhidos na investigação (Regra Brady) e a possibilidade deste de produzir/cristalizar provas e informações relevantes, que sustente suas teses de defesa (investigação criminal defensiva).

Cabe aqui mencionar, que iremos restringir a abordagem da aplicabilidade dos referidos institutos, que muito embora podem e devem ser consagrados em toda a persecução penal, no âmbito da fase investigativa preliminar, por ser este o objeto

do presente estudo. Pois cremos que, como bem pondera Diogo Malan,³⁶ “dentre as diversas desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do delito”.

A investigação criminal defensiva se constitui, portanto, “como a possibilidade da defesa participar da fase pré-processual, a fim de defender-se provando”.³⁷ Bulhões define a investigação criminal-defensiva como sendo “um conjunto de diligências e técnicas de apuração da verdade” que tendem a “resguardar a tutela judicial dos interesses do cidadão, seja na condição de acusado ou de vítima de crimes”.³⁸

Baldan vai além ao definir a investigação criminal-defensiva como:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, visando à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção tendentes à constituição de acervo probatório lícito que, no exercício de sua parcialidade constitucionalmente assegurada, empregará para pleno gozo da garantia do contraditório e da ampla defesa do imputado ou, ainda, para tutela de direitos da vítima ou de parte civil interessada.³⁹

³⁶ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012. p. 280.

³⁷ ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016. p. 200.

³⁸ BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 305, abr. 2018. p. 7.

³⁹ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento n.188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 322, set. 2019. p. 8.

Logo podemos dizer que a investigação defensiva traz ao investigado, na figura de seu defensor constituído, a possibilidade de exercer de forma efetiva sua defesa já na fase preliminar, deixando de ser mero expectador, e passando a assumir uma posição ativa, uma vez que, “ao defensor sempre foi reservado um papel secundário, quase marginal”,⁴⁰ durante o inquérito policial. Ademais, é inegável que o principal interessado na investigação e nas provas e elementos dali resultantes é o próprio investigado, visto serem estas conclusões que virão a embasar ou não uma posterior denúncia.

Deste modo, o exercício da investigação criminal defensiva traz à defesa a possibilidade de estabelecer um contraditório, ainda que não pleno como anteriormente mencionado, já na fase preliminar, visando primordialmente, através do confronto dos elementos angariados, a impedir uma denúncia injusta. E, assim, garantir ao investigado a efetividade dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, com o fito de se perfectibilizar o desígnio maior do devido processo legal.

Pois, o contrário disso, “confinar o advogado à inércia” sem que este possa atuar de forma relevante na investigação preliminar, fere de forma irreversível a garantia constitucional ao devido processo legal, estreitando o direito ao contraditório e à ampla defesa.⁴¹ Ademais, conferir “poderes à parte acusatória em situação não isonômica com aqueles direitos *confinados* à parte defensiva”, independentemente da fase em que se encontre a persecução penal, é violação à tutela constitucional do devido processo legal.⁴²

Nesta seara e diante a crescente onda de importação de institutos processuais penais norte-americanos, importante se faz uma concisa demonstração de como se desenvolve a investigação criminal defensiva no direito estadunidense. Sempre importante advertir que o sistema de justiça norte-americana adota o sistema jurídico da *common law*, o qual é instituído basicamente, por

⁴⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

⁴² *Idem*.

um conjunto de princípios e regras jurídicas não escritas, que advém dos costumes e da jurisprudência, ou seja, não tem sua essência em leis codificadas, mas, nos costumes e precedentes dos Tribunais. Portanto, cabe ao Judiciário a composição do Direito e a sua evolução.⁴³

No sistema norte-americano, por decorrência lógica da aceção de um sistema processual penal de cunho acusatório, a gestão da prova é delegação exclusiva das partes, acusação e defesa, e não do juiz, que permanece inerte quanto à atividade probatória, para não comprometer a sua imparcialidade. Para tanto, não há um rito formal preestabelecido de investigação, desenvolvendo-se esta, de acordo com as peculiaridades de cada caso.⁴⁴

Tal modelo jurídico prevê o mais amplo e irrestrito acesso da defesa aos elementos angariados pela Polícia Judiciária ou acusação, possibilitando, assim, que o defensor constituído tenha conhecimento dos fatos passíveis de investigação. Visto que não se pode presumir que o acusado tenha condições, seja ela psíquica, seja financeira, de fornecer ao seu defensor as informações e elementos indispensáveis para que se inicie uma investigação defensiva.⁴⁵

Portanto, é incumbência das partes investigar os fatos e instruir o processo, utilizando os mais variados meios lícitos de obtenção de prova, devendo observar os mesmos requisitos de admissibilidade inerentes às provas obtidas em juízo. Embora a investigação seja habitualmente realizada por órgãos policiais, não é exclusiva deles; por essa razão é comum que os grandes escritórios de advocacia, assim como as Promotorias, possuam notários para auxiliá-los, por exemplo, na produção

⁴³ MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, USP – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. DOI:10.11606/D.2.2009.tde-27082009-114835. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

dos depoimentos pré-processuais, assegurando a participação no ato, da parte contrária.⁴⁶

Segundo Malan,⁴⁷ o instituto da investigação criminal defensiva tem por intento garantir ao investigado uma defesa técnica efetiva, que não tem o fito de melhorar a qualidade da assistência jurídica, mas, sim, o de assegurar ao acusado um julgamento justo. Tais garantias do direito estadunidense são consequências do chamando processo penal-constitucional, que teve seu ápice com a promulgação da 6ª Emenda à Carta Política, parte integrante da Declaração de Direitos (*Bill of rights*), em que está previsto o direito à prova defensiva, dentre outros direitos, que “interpretados de forma lógico-sistemática” visam a asseverar ao acusado o devido processo legal.

Por este viés, temos que a investigação criminal defensiva, além de configurar um direito do investigado, é, também, instrumento equânime para a efetivação da necessária e indispensável igualdade entre as partes processuais, inerente à consolidação do devido processo legal. E, sendo pressuposto, segundo a doutrina norte-americana, para o cumprimento da investigação criminal defensiva o “direito de acesso amplo e irrestrito aos elementos de convicção amealhados pela Polícia Judiciária ou parte acusadora”,⁴⁸ que adentramos aos contornos delineados pela Regra Brady.

Com a mesma finalidade de dirimir a discrepância entre acusação e defesa na fase preliminar, bem como delinear os contornos de uma investigação criminal imparcial, que se aventa a possibilidade de importação ao sistema de justiça criminal da Regra Brady. A referida regra tem sua origem no direito estadunidense, oriunda do precedente do Tribunal de Apelações de Maryland, no caso *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963).⁴⁹

No referido precedente, o Tribunal de Apelações de Maryland declarou que a supressão ou retenção de material exculpatório

⁴⁶ MACHADO, *op. cit.*, 2009.

⁴⁷ MALAN, *op. cit.*, 2012, p. 288.

⁴⁸ MALAN, *op. cit.*, 2012, p. 292.

⁴⁹ Justia US Supreme Court. **Brady v. Maryland**, 373 U.S. 83 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: 19 maio 2020.

por parte do Estado viola o devido processo legal, eis o texto original: “The suppression or withholding by the State of material evidence exculpatory to an accused is a violation of due process”.⁵⁰ Desde então, a aplicação da Regra Brady teve um impacto significativo nos processos criminais americanos, visto a sua aplicabilidade ter gerado inúmeras anulações processuais.

A partir de então ficou determinada a obrigação da promotoria de disponibilizar à defesa todos os elementos e provas das quais dispõe, inclusive as denominadas *exculpatory evidence*, ou seja, as provas que possam vir a inocentar o investigado. Ademais, assentou-se que a inobservância a este dever atenta contra o devido processo legal entabulado na 14^a Emenda à Constituição Americana.⁵¹

A violação a Regra Brady por parte da promotoria, denominada no direito estadunidense como *Brady violation* proveniente do descumprimento ao processo de *discovery*, pode vir a acarretar graves consequências, tanto processuais (anulações), como de punições aos agentes envolvidos.⁵² O processo de *discovery* mencionado consiste em um encontro prévio ao julgamento, em que acusação e defesa devem apresentar “tudo o que sabem e o quê tem sobre o caso”,⁵³ ou seja, é neste momento em que se revelam os resultados investigatórios obtidos pelas partes.

A observância a tal procedimento ressalta a paridade de armas e a busca por um resultado justo à persecução penal, enfatizando o papel do promotor enquanto representante da sociedade, como fator de busca à realização da justiça, ao revés de almejar tão somente uma condenação ou, no que nos interessa neste estudo, a sustentação de uma denúncia.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ VIEIRA, Antonio. **Como a justiça dos EUA tratou casos de troca de mensagens entre juízes e promotores, durante julgamentos criminais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/eua-trataram-casos-troca-mensagens.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

⁵² *Idem.*

⁵³ MELO, João Osório de. **Justiça de Nova York notificará promotores sobre deveres profissionais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-13/justica-york-notificara-promotores-dever-profissional>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Feitas as devidas considerações, referente aos institutos processuais norte-americanos da Regra de Brady e da investigação criminal defensiva e como estes se desenvolvem no direito estadunidense, voltamos à indagação que instigou a presente pesquisa, qual seja, a inserção destes institutos processuais ao ordenamento jurídico brasileiro, como meio de efetivar e alcançar à defesa, a paridade de armas na investigação preliminar.

Como anteriormente mencionado, há situações pontuais, que buscam a inclusão dos referidos institutos ao ordenamento pátrio, como é o caso da inserção tímida da investigação criminal defensiva no PL n.156 de 2009⁵⁴ (PL n. 8510/2010 na Câmara dos Deputados),⁵⁵ e o Projeto de Lei n. 5.282, de 2019, que busca o abarcamento expresso da Regra Brady, ambas sem qualquer definição legal e com suas máculas aparentes. Há, ainda, os delineamentos lançados através do Provimento n.188/2018 do Conselho Federal da OAB, no que concerne à investigação defensiva e a redação dada ao §3º do art. 3º-C do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), que de forma implícita esboça os contornos da Regra Brady, este último com aplicação suspensa até o presente momento, em razão de liminar concedida na ADI n. 6.298,⁵⁶ pelo Ministro Luiz Fux.

Embora a existência das mencionadas propostas legislativas para a implantação dos referidos institutos e, considerando que as mesmas apresentam problemas pontuais em suas redações, enfatizamos aqui o nosso reconhecimento quanto à necessidade de uma análise detalhada destas, porém, ressaltamos que não iremos adentrar a apreciação pontual da legislação, por não ser este o objetivo do presente trabalho. Portanto, iremos nos ater, tão somente, aos benefícios que estas inclusões

⁵⁴ SENADO FEDERAL. PL 156, de 2009. **Reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 9 jun. 2018.

⁵⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 8045/2010. Reforma do Código de Processo Penal. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152. Acesso em: 9 jun. 2020.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADIn**, n. 6.298. Relator Min. Luiz Fux. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

poderão trazer ao desempenho da defesa, no procedimento investigatório-preliminar.

Desta feita, frente ao que foi exposto sobre o intento e a finalidade dos institutos processuais da Regra Brady e investigação defensiva, não há como negar que os mesmos, caso absorvidos pela legislação processual-brasileira, trariam maior desenvoltura à atividade defensiva na fase investigatória. Essencialmente, por oportunizar à defesa direito amplo e irrestrito aos elementos colhidos na investigação, que imbricado a um protagonismo ativo desta, ampararão “na sistematização do salutar direito de o advogado defender-se provando, essência do mister defensivo”.⁵⁷

Muito embora existam mecanismos legislativos que assegurem o direito do defensor a ter acesso amplo aos autos do inquérito policial, é ingenuidade pensar que todos os elementos angariados na investigação venham a compor tal procedimento. Haja vista o inegável direcionamento deste procedimento de busca por materialidade e autoria, com o objetivo único de embasar uma denúncia, e, portanto, notória a parcialidade das diligências policiais, na propensão de angariar fontes de prova acusatória, não se preocupa com subsídios defensivos, porque o procedimento tem por destinatário, tão somente, o órgão acusador.

Por esta razão, a implementação da Regra Brady trará à práxis forense a necessidade de que os órgãos investigativos, Polícia e Ministério Público, investiguem não somente *as circunstâncias que interessem à acusação*, mas também as que vierem a servir a defesa.⁵⁸ Ou melhor, que ingresse nos autos do inquérito policial todo e qualquer elemento colhido na investigação, sem exceções e pré-julgamentos, deixando à disposição das partes sua utilização ou não, bem como eventual aprofundamento investigativo.

⁵⁷ BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 322, set. 2019. p. 8.

⁵⁸ ARAS, Vladimir. **O papel do Ministério Público no processo penal: o precedente Brady vs. Maryland e a normativa do Conselho da Europa**. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2019/10/02/o-papel-do-ministerio-publico-no-processo-penal-o-precedente-brady-vs-maryland-e-a-normativa-do-conselho-da-europa/>. Acesso em: 7 maio 2020.

Note-se que o que se busca é o acesso amplo e irrestrito a todos os elementos angariados na investigação, independentemente de a que possam servir, com o intuito maior de se produzir uma investigação imparcial. Em outros termos, é a obrigatoriedade de que os órgãos investigativos cataloguem todo e qualquer elemento obtido, durante o procedimento investigatório, sob pena de, em caso de ocultação de elementos exculpatórios, termos a anulação do procedimento e/ou processo, dependendo de onde se encontra a persecução penal, inclusive com punições aos envolvidos na ocultação.

É necessário enfatizar que não se almeja com a Regra Brady que ocorra uma expansão da atividade persecutória do Ministério Público, na busca por provas defensivas, tão somente se requer que o órgão ministerial apresente e faça o devido registro também das informações e provas que possam favorecer a defesa, as quais sejam encontradas ou apareçam ao longo do curso investigatório. Portanto, a exigência é que o Ministério Público exponha “suas armas” disponibilizando à defesa todo o material apurado na investigação,⁵⁹ sem qualquer alargamento de suas funções, uma vez não ser atribuição deste, mas da defesa, angariar provas defensivas, o que não se trata de mitigar o ônus da prova, exclusivo da acusação quanto à autoria, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Ademais que, almejar tal alargamento investigatório conforme defende Aras,⁶⁰ faria com que o inquérito policial se tornasse um “expediente sem foco, sem fim, vocacionado à eterna busca de teses e hipóteses investigativas”.

À vista disso, ousamos acreditar que a implantação da Regra Brady cumulada com a investigação criminal defensiva, nos moldes em que estas se desenvolvem no direito estadunidense, propiciará o desenvolvimento de uma investigação criminal equânime e imparcial, ou seja, oportunizará à defesa técnica uma atuação com a devida e almejada paridade de armas. Além do que, para a efetividade do devido processo legal e a garantia de um *fair trial*, é necessário que as partes envolvidas ajam com boa-fé e lealdade, ou melhor, exige-se isto de todo o aparato jurisdicional.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

Por conseguinte, frente a todo o conteúdo desenvolvido, é inegável que a importação dos referidos institutos trarão maior dinâmica e dialeticidade à investigação criminal, bem como enfatizarão sua primordial função de filtro do sistema de justiça criminal. Desde que, por obviedade, esta introdução seja integral e venha com o resguardo de todos os limites e das garantias originários destes.

Considerações finais

Diante a extensão e complexidade da temática aqui abordada, não se tem a pretensão de exaurir os debates concernentes à investigação criminal preliminar, no sistema de persecução penal brasileiro, nem mesmo quanto à problemática da importação de institutos processuais norte-americanos que ocorrem, mormente, de forma parcial e que tendem a recrudescer o sistema de justiça criminal, ante a resistência à adoção de outros que visam a dar maior garantia ao investigado, reservando-se o presente estudo à formulação de esboços conclusivos acerca da problemática que o originou.

Contudo, por ser a persecução penal atividade estatal, com o fito de apurar e punir os indivíduos infratores da lei penal, e considerando o modelo bifásico do processo penal brasileiro, no qual a fase preliminar de investigação se desenvolve sob um prisma de cunho inquisitório, é necessário que se busquem instrumentos que visem a diminuir a discrepância existente entre as partes neste momento persecutório, visando, apriori, ao cumprimento do devido processo legal.

Para tanto, busca o legislador contemporâneo subterfúgios no direito comparado, assentando uma verdadeira americanização do direito penal e processual-penal, de modo que os institutos importados de forma fatiada, e sem as devidas precauções, acabam por asseverar ainda mais os vieses inquisitórios do processo, trazendo a falsa premissa de que o direito norte-americano é mais severo e autoritário. Porém, esquecem que o direito estadunidense, embora a manifesta existência de máculas em sua processualística penal, tem mecanismos eficientes de

garantias do investigado, que por questões culturais não são incorporadas ao direito pátrio.

Logo ponderando os argumentos expostos, é inegável que a investigação preliminar, na forma como é desenvolvida no ordenamento brasileiro, é verdadeiro instrumento de desequilíbrio entre as partes, porque perfaz o afastamento da defesa; atribui tão somente à acusação o papel investigativo, com o notório direcionamento à busca, tão somente, de elementos que visem à materialidade e à autoria, aptos a embasarem uma denúncia e, por conseguinte, infringem flagrantemente o devido processo legal.

Do mesmo modo, é impossível não reconhecer ou não questionar quanto a importação da Regra Brady e a investigação defensiva trariam à defesa a possibilidade de atuar de forma equânime com a acusação, ainda na fase de investigação prévia, com o fito maior de assegurar a condução de uma investigação transparente e imparcial. Afinal, como já ponderado, neste, “dentre as diversas desigualdades materiais que desfavorecem o acusado no âmbito do sistema penal brasileiro, talvez a mais significativa ocorra justamente na fase de investigação preliminar do delito”.⁶¹

E, por esta razão, o presente estudo nos conduz à conclusão de que a permanência da investigação preliminar, nos moldes em que se encontra, é verdadeira afronta ao devido processo legal, ferindo os princípios basilares de um sistema acusatório-constitucional. Neste ensejo, crê-se que é indispensável que se propicie à defesa mecanismos eficientes de atuação em sede preliminar, para que se busque concretizar o processo penal acusatório e condizente com um Estado Democrático de Direito.

Referências

ARAS, Vladimir. **O papel do Ministério Público no processo penal: o precedente Brady vs. Maryland e a normativa do Conselho**

⁶¹ MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012. p. 280.

da Europa. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2019/10/02/o-papel-do-ministerio-publico-no-processo-penal-o-precedente-brady-vs-maryland-e-a-normativa-do-conselho-da-europa/>. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 89.837/DF** – Distrito Federal. Relator: MELLO, Celso de. 20 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298**. Relator Min. Luiz Fux. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 593.727**. Repercussão geral. Relator: Min. Cezar Peluso, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14/5/2015, publicação em 8/9/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas na Jurisprudência. Súmula vinculante 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 14 maio 2020.

BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 322, set. 2019.

BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. **Sistema Penal & Violência** – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 74-88, jan./jun. 2011.

BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 305, abr. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 8045/2010**. Reforma do Código de

Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152. Acesso em: 9 jun. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 188, jun. 2008. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3685-As-reformas-parciais-do-CPP-e-a-gestao-da-prova-segue-o-principio-inquisitivo. Acesso em: 30 maio 2018.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. A americanização do direito Penal pode ser bem-vinda? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 318, maio 2019.

EUA. Justia US Supreme Court. **Brady v. Maryland**, 373 U.S. 83 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: 19 maio 2020.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; SCLiar, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia: rede de ensino Luiz Flávio Gomes**, São Paulo, 21 out. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 16 ago. 2017.

GONDIM, Cassandra Costa. **Investigação criminal: inquérito policial. Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 13 ago. 2014. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49414&seo=1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

LANGER, Máximo. dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização DO PLEA BARGAINING E a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 12 maio 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, USP – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. DOI:10.11606/D.2.2009.tde-27082009-114835. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

MELO, João Osório de. **Justiça de Nova York notificará promotores sobre deveres profissionais**. Dispo: 21 abr. 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

SENADO FEDERAL. **PL 156, de 2009: reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 9 jun. 2018.

VIEIRA, Antonio. **Como a justiça dos EUA tratou casos de troca de mensagens entre juízes e promotores, durante**

juízos criminaes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/eua-trataram-casos-troca-mensagens.pdf> Acesso em: 21 jun. 2020.

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigaçãõ criminal defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 191-216, jan./jun. 2016.

14.

A prisão preventiva: mecanismo cautelar ou instrumento de punição antecipada e controle social?

Daniela Webers da Cruz*

Resumo: O presente artigo pretende analisar e compreender quais fatores estão ocultos por detrás do alarmante número de presos preventivos no Brasil, que lotam nossos presídios e lá vivem em condições desumanas e degradantes, muitos por longos períodos, mesmo sendo (ao menos, deveriam ser) presumidamente inocentes, conforme determina a Constituição Federal. Para tanto, buscou-se, por intermédio de uma análise sociológico-criminológica e dogmático-jurídica, assim como de dados oficiais, analisar questões acerca da pós-modernidade, traçando um paralelo entre o sistema econômico vigente, a manipulação por meio da inteligência artificial, a permanente busca pela manutenção do *status quo*, onde um grupo se mantém sempre dominante sobre outro e o (ab) uso das prisões preventivas no Brasil. Por conseguinte, verificou-se que a real função da prisão preventiva é unicamente cautelar e, portanto, instrumental ao processo penal. No entanto, está sendo desviada e, nesta senda, tem sido utilizada, comumente, como mecanismo de punição antecipada e de controle social das classes sociais menos favorecidas, marginalizadas, dos vulneráveis e estigmatizados, que são excluídos e encarcerados massivamente, sem que seja minimamente observado seu princípio reitor da presunção de inocência.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Sociedade de risco. Populismo penal midiático. Prisão preventiva.

1 Introdução

Vive-se, atualmente, uma nova era, em que o surgimento do capitalismo e o da revolução tecnológica que o acompanham

* Graduanda do curso de Bacharelado em Direito do Campus das Hortênsias, da Universidade de Caxias do Sul, (UCS). E-mail: webers.dani@gmail.com.

formam o que se podemos chamar, hoje, de pós-modernidade, caracterizada pelo progresso desenfreado e desmedido, que transformou completamente o nosso modo de vida, alterando, atualmente, nossas formas de pensar, agir e existir. Este complexo processo de modernização criou a Sociedade de Risco tecnológica, polarizada e acelerada e, como o próprio título já diz, se encontra repleta de perigosos riscos para a humanidade, que, no entanto, foram criados por nós mesmos, ou seja, por intermédio da ação humana, sendo, na maioria das vezes, invisíveis e incalculáveis, além de globalizados. Têm o alcance e a proporção de tragédias mundiais e gera no povo enorme sensação de insegurança, ininterruptamente disseminada e promovida pelo Populismo Penal Midiático, por meio das novas tecnologias, que nos acompanham 24 horas por dia, onde quer que se vá.

Os maiores e mais preocupantes riscos que assolam os nossos dias atuais, considerando o foco do presente artigo, são, portanto, consequências do próprio sistema econômico vigente e das novas tecnologias desenvolvidas a partir dele, pois acarretam não só benefícios e facilidades, como também consequências demasiadamente negativas para todos, fomentando cada vez mais a insegurança. Esta afirmativa possui como base análise sociológica e da criminologia crítica, assim como a observação da realidade, por meio de dados oficiais acerca dos números e do perfil dos encarcerados no Brasil. Revelam que nossos presídios se encontram superlotados de pessoas que não servem ao sistema econômico atual, por sua classe social desfavorecida; assim, são estigmatizadas, discriminadas e marginalizadas, excluídas da sociedade pós-moderna – as minorias, os vulneráveis. Estes são considerados, no entanto, “inimigos” da ordem pública e social, “causadores” da insegurança e afrontadores da “pureza”.

Nesta senda, devido aos permanentes discursos populistas e midiáticos do medo e do imediato, verifica-se uma tendência ao chamamento do Direito Penal para “resolver” todos os problemas sociais com rapidez, emergência e maior intervenção de poder estatal, franqueando, dessa forma, um amplo caminho para o abuso das prisões preventivas em nosso País, verificável por meio do alarmante número de encarcerados sem condenação, os quais

vivem em condições extremamente desumanas e degradantes em nossos presídios, e cumprem “pena” pior do que os condenados definitivamente. Este abuso das prisões preventivas tem ocorrido porque sua função não está sendo observada e respeitada, pois tem servido, ao contrário do fundamento para sua existência, que é a “cautelaridade”, como mecanismo de punição antecipada e de controle social das classes sociais mais vulneráveis e marginalizadas: os jovens, os pobres, os negros, os que não possuem instrução escolar, ou seja, os estigmatizados, não servíveis ao sistema econômico vigente.

Neste sistema em que um grupo sempre predomina sobre outro(s), a sociedade, na expectativa de alcançar a tão sonhada segurança, é manipulada pelo populismo penal e midiático – que se utiliza das novas tecnologias para tanto –, não percebendo que está cada vez mais abdicando da sua liberdade, consentido e, até mesmo, exigindo, a restrição e extinção dos seus próprios direitos e das garantias fundamentais, o que, conseqüentemente, amplia o poder estatal e punitivo, podendo gerar estados autoritários e de exceção, abuso de poder e arbitrariedades.

Diante dos temas expostos, os quais afetam a todos nós, não somente operadores do Direito, mas seres humanos, este projeto desenvolveu-se em torno do seguinte questionamento: Como evitar os abusos das prisões preventivas em um processo penal influenciado pela sociedade de risco e pelo populismo penal-midiático?

2 A prisão preventiva: mecanismo cautelar ou instrumento de punição antecipada e controle social?

Estamos vivenciando atualmente a famosa fase moderna, ou pós-moderna.² Vários acontecimentos históricos e importantes ocorreram e transformaram nosso modo de viver.³ Desde que o capitalismo instalou-se no mundo, trouxe consigo uma

² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

gigantesca revolução, não somente quanto à produção, distribuição e concentração de riquezas, mas também em todos os aspectos da vida, devido aos grandes avanços tecnológicos que o acompanharam, “remodelando a base material da sociedade em ritmo acelerado. Economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, apresentando uma nova forma de relação entre a economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável”.⁴

Assim, com a progressiva descentralização das empresas e organização destas em rede, acompanhada da consequente integração global dos mercados financeiros, devido às tecnologias surgidas, “o próprio capitalismo passa por um processo de profunda reestruturação”,⁵ a partir da década de 80, quando “o desenvolvimento e as manifestações dessa revolução tecnológica foram moldados pelas lógicas e interesses do capitalismo avançado”.⁶ Além disso, nesse mesmo sentido, segundo Castells,⁷ verifica-se, também, o aumento da influenciabilidade capitalista no Estado, diante da constante “intervenção estatal para desregular os mercados de forma seletiva e desfazer o estado do bem-estar social com diferentes intensidades e orientações, dependendo da natureza das forças e instituições políticas de cada sociedade”.⁸ Dessa forma, tudo se tornou globalizado, econômica e politicamente, facilitando o crescente desenvolvimento das tecnologias, ciência, conhecimento, produtos, etc., bem como alterando o modo de nos relacionarmos com o mundo, trazendo modernização.

De acordo com Koselleck, Lepsius e Eisenstadt:

Modernização significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos

⁴ CASTELLS, *op. cit.*, p. 21.

⁵ CASTELLS, *loc. cit.*

⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁷ *Ibidem*, *passim*.

⁸ *Ibidem*, p. 21-22.

e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. [...] [Estas novas tecnologias são] indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social, no qual se alteram, em última instância, as *fontes de certeza* das quais se nutre a vida (grifos do autor).⁹

Portanto, chegamos ao ponto em que se pode dizer que vivemos uma nova era. Tradições e predeterminações foram quebradas, vínculos religiosos, culturas, crenças, até mesmo as formas de famílias, de trabalho, de consumo, os relacionamentos. Nada é como antes.¹⁰ “Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilham de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes.”¹¹

Obviamente, tal revolução advinda do modelo de capitalismo, acompanhada dos avanços tecnológicos e científicos surgidos a partir dele, trouxe enormes benefícios para nós. O avanço do conhecimento, da educação e da medicina, a rapidez com que as informações são transmitidas, as facilidades de nos locomovermos ou de nos conectarmos com pessoas do mundo todo é fascinante! Possuímos tecnologia para tudo que precisamos ou achamos que precisamos, com uma agilidade e aceleração incríveis. Tudo produzido no sentido de facilitar a nossa vida individual e em comunidade. No entanto, toda essa modernização não veio acompanhada somente de benefícios. Há tantas consequências já conhecidas e extremamente perigosas que podem ser citadas a título de exemplo, como o desemprego em massa, a substituição de pessoas trabalhadoras por máquinas quase pensantes, o consumo desenfreado de produtos, a contaminação dos alimentos, a destruição da natureza, as catástrofes no meio

⁹ Koselleck, Lepsius e Eisenstadt (1977, 1977 e 1979 apud BECK, Ulrich, **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23)

¹⁰ *Ibidem, passim.*

¹¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.14.

ambiente poluído e, drasticamente, explorado; as tragédias geradas pelas guerras, armas e tecnologias que nós mesmos criamos e, muito mais,¹² como até mesmo o evidente aumento da depressão e dos suicídios, pois nunca se teve tanto lazer disponível, tantas opções de entretenimento, tantas relações pessoais facilitadas e, igualmente, nunca se teve tanta gente se sentindo solitária, entediada, depressiva, etc.¹³

Tanta tecnologia disponível! Não sabemos como usá-la, mas usamos. Não sabemos dos seus riscos, mas aceitamos, em troca de “facilidades” e agilidade. Nunca se viveu em tempos que proporcionassem tudo de forma tão acelerada e, também, nunca estivemos tão “sem tempo para nada”.¹⁴ A única conclusão plausível é que todos estes “avanços” podem sim facilitar muito a nossa vida, mas, da mesma forma, podem complicá-la com tamanha magnitude, gerando danos irreversíveis e mundiais. Este conjunto de benefícios e malefícios é o que podemos chamar hoje de pós-modernidade. Portanto, a modernização trouxe – em um primeiro momento de forma oculta, mas que agora não há mais como ignorar – muitos riscos, ocasionados não mais pelas forças da natureza, mas por nós mesmos, ou seja, por intermédio da ação humana,¹⁵ conforme teoria criada pelo sociólogo Ulrich Beck, que desenvolveu a tese da “Sociedade de risco”, em 1986.

A partir da leitura da sua brilhante obra, pode-se verificar que, diante da excessiva produção de riscos que, até pouco tempo atrás, eram totalmente invisíveis, depara-se com um novo modelo de sociedade, que não mais se adapta às características da “sociedade industrial” ou “de classes”, uma vez que a ultrapassou – se não todos – quase todos os aspectos, a sociedade pós-moderna ou, conforme denominado por Beck: a Sociedade de Risco. Assim, o sociólogo explica em sua teoria que tais riscos têm sua causa na superprodução industrial, diferenciando-se dos riscos comuns que sempre foram conhecidos (como, por exemplo, as

¹² BECK, 2011, *passim*.

¹³ CURY, Augusto. **O futuro da humanidade**: a saga de um pensador. 3. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ BECK, *op. cit.*, *passim*.

catástrofes geradas pelas forças da natureza), dentre outros elementos, em face das suas causas modernas e por conta da globalidade do seu alcance.¹⁶ Sob esse prisma, ele refere: “São riscos da modernização. São um produto *de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior*”.¹⁷

Nesse sentido, o processo do capitalismo desencadeado, ao mesmo tempo em que promove a produção social de riqueza, promove a produção social de riscos – científicos – tecnologicamente produzidos, pois, hoje, “através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas [...] nossa sociedade é reduzida e socialmente isolada a *autêntica carência material*”,¹⁸ de forma que, “com a canibalização econômica dos riscos que são desencadeados através dela, a sociedade industrial produz as situações de ameaça e o potencial político da sociedade de risco”.¹⁹ Esses riscos são, então, novos e, muitas vezes, imperceptíveis. Seu alcance e medida não são palpáveis ou conhecidos. É difícil estabelecer uma relação causa-consequência entre eles e os perigosos acontecimentos ocorridos, sobretudo em razão de possuírem um alcance global. Quem é o responsável? Todos e nenhum!²⁰ Nesta senda, tais riscos possibilitam, inclusive, a “autodestruição da vida na Terra”.²¹

Além disso, Beck propõe a tese de que os riscos não correspondem a uma classe social ou a um grupo específico de pessoas, o que ele denomina de *efeito bumerangue*. *Não são apenas os desprovidos de dinheiro e bens materiais que não têm como se defender ou proteger diante de ameaças, como a maioria dos problemas que cercam o mundo, pois a globalização faz com que todos – inclusive os que lucram com a produção dos riscos – estejam sujeitos a ser atingidos por tudo*.²² As atitudes de uma pessoa, as consequências da assinatura de um

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 26, grifos do autor.

¹⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁹ *Ibidem*, p. 28.

²⁰ *Ibidem*, p. 59.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² *Ibidem*, *passim*.

acordo internacional ou da saída dele, de um produto colocado no mercado, de uma informação, notícia ou publicação, que decola na mídia ou nos veículos de comunicação, das mudanças nas leis em qualquer lugar, podem atingir qualquer um e a todos. “A produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças [...]. Submersas, elas atravessam fronteiras”.²³

Está tudo conectado e não há como parar o crescimento e o desenvolvimento do “progresso”, nem ao menos freá-lo. Aliás, hoje em dia as novas tecnologias nos acompanham onde vamos, pois sua “evolução” veloz e acelerada possibilita que estejamos todos “conectados” 24 horas por dia, até mesmo as crianças.²⁴ Ocorre que nem sempre essa tecnologia é utilizada para o bem comum. Atualmente, é possível observar que muitos agentes populistas, políticos, empresas midiáticas, etc., aproveitam-se delas para – disseminando um discurso emocional que atrai a maior parte da população, causando medo, pavor, aflorando os sentimentos de ódio e vingança contra os “outros” –, manipular e causar dominação, ganhar apoio, consenso da opinião pública (ou publicada) e resguardar seus próprios interesses, ou se manter no poder, fazendo com que um grupo sempre prevaleça sobre o outro.²⁵

Tudo isto causa nas pessoas uma sensação de perigo, de enorme insegurança sempre presente,²⁶ que é devida, muitas vezes de informações e, até mesmo, de falsas informações transmitidas por veículos de mídia, pois “aumenta a importância social e política do *conhecimento, e conseqüentemente do acesso aos meios de forjar o conhecimento (ciência e pesquisa) e disseminá-lo (meios de comunicação de massa)*”.²⁷ Nesse ínterim, Beck afirma: “A sociedade do risco é, nesse sentido, também a sociedade *da ciência, da mídia e da informação. Nela, escancaram-se assim novas oposições entre aqueles que produzem definições de risco e aqueles que*

²³ *Ibidem*, p. 43

²⁴ MOURA, Paulo G. M. de et al. **Sociedade e contemporaneidade**. Canoas: Ed. da Ulbra, 2010. p. 139.

²⁵ *Ibidem*, *passim*; GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza, **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁶ BECK, *op. cit.*, p. 43-44.

²⁷ *Ibidem*, p. 56.

as consomem”.²⁸ “As mudanças sociais são tão drásticas quanto os processos de transformação tecnológica e econômica.”²⁹

Dissertando, ainda, sobre a sociedade da informação e os meios de divulgação, não podemos deixar de mencionar que “constata-se, frequentemente, uma defesa da mentira, em oposição ao princípio ético da verdade, a divulgação de notícias mendazes, sensacionalistas, muitas vezes, sem checar a fonte da informação. Percebe-se uma ausência de fundamentação no que tange à lei e aos valores éticos”.³⁰ Nesse sentido, verifica-se que, atualmente, “a capacidade de se alterar, suprimir, mudar a realidade factual [sic] através do discurso, da mentira e do sofisma tornou-se quase uma tentação”.³¹

E, assim, as pessoas, cada vez mais aflitas com a exposição constante de violência que lhes causa tremendo medo, principalmente em razão das provocações da mídia, proclamam por “segurança” ao Estado. Este tem chamado o Direito Penal, para resolver essa problemática, criminalizando e pretendendo criminalizar cada vez mais condutas, agravando penalidades e, até mesmo, suprimindo direitos e garantias fundamentais,³² uma vez que a sociedade pós-moderna, acelerada, acostumada com tudo disponível de forma veloz, não quer esperar o tempo do processo penal, pois acredita que este é o motivo para a “impunidade”.³³ Aliás, essa sociedade tem suas expectativas aguçadas pelos agentes populistas, que prometem o retorno da segurança do dia para a noite, por meio de discursos messiânicos e, assim, exige uma “resposta imediata” do Estado. Diante do

²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹ CASTELLS, *op. cit.*, p. 22.

³⁰ PAESANI, Líliliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação III**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

³¹ *Ibidem*, loc. cit.

³² CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas – (Des)Velando o risco e o tempo no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

pavor, querem mais prisões, mais encarceramento e cada vez com maior rapidez, nem que para isso tenham que abdicar cada vez mais da sua própria liberdade, reforçando o poder punitivo estatal e, até mesmo, retirando seus limites.³⁴

Tudo isto traz grande propensão ao surgimento de Estados autoritários e de exceção, uma vez que o direito penal é a forma mais grave de intervenção estatal na esfera de liberdade dos cidadãos. Assim, Callegari, citando Sánchez, explica que “a ‘sociedade do risco’ ou ‘da insegurança’ conduz, pois, inexoravelmente, ao ‘Estado vigilante’ ou ‘Estado da prevenção’”, assim como que esta intervenção estatal “se adianta de modo substancial”.³⁵ Nas palavras de Beck,³⁶ “a sociedade de risco é uma sociedade *catastrófica*. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”.

Essas perigosas tendências ganham força porque, nos tempos modernos, a facilidade de acesso à informação e a velocidade tudo é feito geram nas pessoas uma falsa noção de que tudo tem que ser assim para ser ideal, melhor. O que, contudo, não se aplica ao Direito, já que o processo precisa de um ritmo – tempo – diferente/razoável para a necessária maturação e cognição, fins de garantir o que ele veio para fazer: justiça.³⁷ “Mas as condições para que se atue com a necessária reflexão e maturação desaparecem, uma vez que os discursos da segurança e do urgente (imediate) invadiram o imaginário social.”³⁸ Nesse contexto, a promoção pela mídia de clamor social a exigências de uma eficiência, que é confundida com aceleração, causa o “atropelo de direitos e garantias individuais”,³⁹ em busca de uma falsa segurança.⁴⁰ Dessa forma, Lopes Junior menciona que “o sistema penal é utilizado como sedante, através do simbólico da panpenalização, do utilitarismo processual e do endurecimento geral do sistema. É a ilusão de resgatar um pouco da segurança

³⁴ GOMES; ALMEIDA, *op. cit.*, *passim*.

³⁵ CALLEGARI, *op. cit.*, p. 37.

³⁶ BECK, *op. cit.*, p. 28.

³⁷ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, *passim*.

³⁸ *Ibidem*, p. 168.

³⁹ *Ibidem*, p. 167.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 158.

perdida através do Direito Penal”.⁴¹

Consequentemente à tentativa de aceleração dos processos e de dar resposta imediata ao povo que clama por “segurança”, aumenta-se o número expressivo de prisões preventivas, erros judiciários, condenações de inocentes e de vidas destruídas no nosso falho sistema carcerário tornando-se, ao contrário, um grande caminho para o crescimento da criminalização e violência.⁴²

Verifica-se, por conseguinte, que as novas tecnologias e mídias oportunizam às pessoas uma forma de espetáculo sensacionalista, apresentando histórias e imagens chocantes, na tentativa de “vender a emoção”.⁴³ Diante disso, todos querem participar, dar a sua opinião, “julgar” os casos que a mídia mostra (e julga) em forma de espetáculo – tudo visando a mais lucro e audiência, pois não deixa de ser um sistema desenvolvido pelo capitalismo.⁴⁴ No entanto, não necessitaria mais existir o direito penal, se seu objetivo fosse substituído pela vontade e pelo clamor do povo, pois, se assim fosse, estaríamos regredindo para a época da vingança privada, que, justamente, o direito processual-penal veio para impedir.⁴⁵ Não obstante, muitos juízes, que deveriam ter a função de aplicar o direito/processo penal e fiscalizá-lo, para que nenhuma garantia seja fosse quebrada,⁴⁶ propiciando um julgamento justo, acabam cedendo ao grande clamor social e às pressões midiáticas, tornando-se mais sujeitos políticos do que jurídicos, uma vez que desejam se promover diante da mídia, e/ou não querem ser desacreditados, ou humilhados, frente ao que a mídia expõe e o povo comenta e aceita. Até porque os juízes são seres humanos e, assim como todos nós, “absorvem as demandas do seu entorno, razão pela qual não seria equivocado dizer que sofrem influência dos *mass media*”.⁴⁷

⁴¹ *Ibidem*, p. 168.

⁴² *Ibidem*, p. 165.

⁴³ *Ibidem*, *passim*.

⁴⁴ GOMES; ALMEIDA, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

⁴⁷ GOMES; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 413.

Diante dessa desenvoltura, o sujeito do processo penal – o réu –, acaba sendo o mais prejudicado, pois o princípio da presunção de inocência fica completamente excluído neste caso, uma vez que a mídia e os meios de comunicação social, na maioria dos casos, o expõem como criminoso, “bandido”, culpado, antes mesmo de iniciar a persecução penal⁴⁸ e, sob esse prisma, o povo todo se revolta, acreditando cegamente no espetáculo que a mídia está demonstrando, o que os leva a desacreditar o Poder Judiciário – “o delegado prende e o juiz solta” (daí também a paixão pelas prisões cautelares)⁴⁹ –, bem como causa uma gigantesca sensação de insegurança e, até mesmo, de revolta contra os réus, contra os defensores dos direitos humanos⁵⁰ e contra advogados criminalistas, além de exercer pressão sobre os magistrados.⁵¹

Neste sentido, os maiores riscos da atualidade são, dessa forma, derivados do próprio sistema econômico vigente e da revolução tecnológica que o acompanha. O Estado de Bem-Estar Social se desfez, e a desigualdade só aumenta. Entretanto, não são criadas mais políticas públicas, nem se discute um projeto de País, tão somente se criminalizam condutas e agravam penalidades. Este Estado neoliberal percebeu que é muito mais barato encarcerar as pessoas que não são servíveis ao atual sistema econômico, do que promover mudanças sociais e políticas para, ao menos, tentar reduzir a pobreza. O Estado não interfere mais nas relações econômicas; inversamente, aumenta de forma extrema seu poder punitivo, criminalizando esta mesma pobreza.⁵² Sob este prisma, a violência e a insegurança só aumentam e as novas tecnologias são utilizadas para manipular a sociedade, fazendo-a crer que vive em um mundo caótico, e que medidas extremas e excessivas

⁴⁸ *Ibidem, passim.*

⁴⁹ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 165.

⁵⁰ GOMES; ALMEIDA *op. cit., passim.*

⁵¹ PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. **AP** 470: análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. São Paulo: LiberArs, 2013.

⁵² LORCA, Javier. O neoliberalismo baseia-se em políticas sociais penais. Entrevista com Vera Malaguti Batista. Trad. de André Langer. Revista IHU *On-line*. Publicada na p. 12, em 18/7/2016; BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

são sempre necessárias para “acabar” com a “criminalidade” e a insegurança.⁵³ Não é a toa que “a expansão do uso do cárcere, bem como de recrudescimento do poder punitivo, coincide [...] com o começo da hegemonia neoliberal”,⁵⁴ uma vez que “o neoliberalismo baseia-se em políticas sociais penais: dissolve o Estado de Bem-Estar Social e desenvolve um tratamento à pobreza, a partir da política penal”, promovido pela criminalização da política e pelos “discursos do medo”, com a finalidade de exercer o controle social, conforme bem afirma Batista, uma socióloga brasileira em entrevista.⁵⁵

Esses discursos do medo abrem amplo espaço para o direito penal *do inimigo*, pois a sociedade sequer percebe que está abdicando cada vez mais da sua própria liberdade, por uma ilusão de segurança, abrindo mão dos seus próprios direitos e garantias, pois crê que só servem para atrasar o processo e causar impunidade, bem como que nunca precisarão deles, e que os “maus”, os “inimigos” não merecem ter garantias, mas precisam ser punidos imediatamente,⁵⁶ “cabendo, então, às prisões cautelares o papel de garantir, de maneira legal, a ‘punição’ imediata dos indivíduos perigosos”.⁵⁷ Isto porque, mesmo que as prisões preventivas sejam a mais grave forma de intervenção estatal, na esfera de liberdade do indivíduo, afetando principalmente o princípio da presunção de inocência, têm sido utilizadas comumente por operadores do direito, que pretendem acalmar os ânimos e clamores sociais por punição imediata e “eficiência” na segregação de criminosos, na medida em que pode ser decretada antes de uma sentença condenatório-definitiva, ou seja, não precisa

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A questão criminal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

⁵⁴ BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. **Cautelaridade penal ou controle social?** Um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil. *Panóptica*, v. 11, n. 1, p. 184-210, jan./jun. 2016, p. 195.

⁵⁵ LORCA, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵⁷ RIOS, Lucas P. Carapiá et al. **Estudos temáticos sobre o “pacote anti-crime”**. [livro eletrônico – *e-book*]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 100-101.

esperar o processo com todas as suas garantias, concedendo para a população uma falsa noção de justiça eficiente.⁵⁸

Neste contexto, a real função da prisão preventiva (cautelar) tem sido desviada e desrespeitada, para atender aos clamores sociais por punição e encarceramento imediatos, promovidos pelo populismo penal midiático. Os números retratam esta realidade, tendo em vista que, em 17/7/2019, constatou-se que o Brasil possuía “pelo menos 812.564 presos, segundo o Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”.⁵⁹ Além disso, “os dados mostram que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios – pessoas ainda não condenadas. E que há em todo o País 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento”.⁶⁰ No entanto, como o “número de presos pode ser ainda maior, porque alguns estados não completaram totalmente a implantação do sistema e por isso ainda fornecem informações parciais”.⁶¹

Diante disso, considerando o encarceramento em massa no nosso País e a superlotação dos presídios, bem como que “cerca de 40% dos presos no Brasil são presos sem condenação, [...] [sendo que este] número (que chega a mais de 50% em diversos estados da federação) permite inferir a importância que o instituto ‘prisão cautelar’ cumpre na gestão, controle e neutralização das ‘classes perigosas’”,⁶² devemos tentar compreender qual é a real função da prisão preventiva, no processo penal e como e por que está sendo desviada.

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Cidadania nos presídios: sistema carcerário e execução penal**. s.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁶⁰ BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**: marca dos 800 mil foi ultrapassada há duas semanas. Cálculo inclui presos nos regimes fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos. Brasília, G1 Globo – Política, 2019.

⁶¹ *Idem*. 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>

⁶² INFOPEN, 2016 *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 100.

Apenas para esclarecer rapidamente, nosso ordenamento jurídico-criminal possui duas modalidades de prisões: “a prisão-pena e a prisão processual: a prisão-pena seria aquela fundamentada na sentença penal condenatória, em tese, já transitada em julgado”. “Já a prisão processual [...] seria aquela aplicável no curso do processo penal para cumprir uma função instrumental ao processo”.⁶³ Em tese, como são cautelares, já que decretadas ainda no curso do processo, esse tipo de prisão possui como princípio, e uma de suas principais características, a excepcionalidade.⁶⁴ A prisão processual-preventiva é, portanto, medida cautelar, mas, ao contrário de excepcional, apresenta números extremamente altos em nosso País e, por isso, deve ser analisada com toda a cautela, já que afeta diretamente o princípio da presunção de inocência, previsto na nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Este princípio prega que a dúvida deve ser sempre interpretada em favor do réu, ou seja, se restar dúvida, ele não pode ser condenado (*in dubio pro reo*). Nesse caso, o preço de se inocentar um possível culpado deve ser pago, para que um inocente não seja condenado por algo que não fez,⁶⁵ o que, convenhamos, é absolutamente terrível na vida de um inocente, e não é raro vermos casos de pessoas que ficaram presas por anos e, após, surgiram provas que concluíram pela sua inocência, mas, infelizmente, quando a vida já estava destruída.⁶⁶ Sob esse prisma,

⁶³ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 209.

⁶⁵ FERRAJOLI, 1997, *apud* LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁶ Neste sentido podemos citar o caso de Israel de Oliveira Pacheco, condenado no feito de n. 017/2.08.0001861-8 pelos crimes tipificados nos arts. 157, § 2º, I e II, e 213 do Código Penal (roubo e estupro). Ficou 10 anos preso e, após recurso da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, teve sua inocência comprovada por um exame de DNA, que revelou que o sangue deixado pelo estuprador no local do crime não era seu, mas sim de um indivíduo processado por Receptação, por ter vendido os bens subtraídos na casa da vítima, na ocasião e que, inclusive, acusou falsamente Israel de lhe ter vendido os

“se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social)”, ou seja, é uma “defesa que se oferece ao arbítrio punitivo”.⁶⁷ Dessa forma, a presunção de inocência “impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”.⁶⁸ Na interna, que se refere ao processo, o juiz deve considerar o indivíduo como inocente, até que a acusação prove, sem deixar dúvidas, que ele é culpado; “ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)”. Já na externa (fora do processo), “exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”, devendo “ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.⁶⁹

Simplemente, através da leitura supra em torno da sintetizada conceituação do princípio da presunção de inocência, é fácil perceber que, no Brasil, não está sendo observado, já que há apenas alguns dias houve a aprovação da alteração na legislação processual-penal, por intermédio do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964, de 24/12/2019), criando a denegação obrigatória de liberdade provisória contra determinados indivíduos (art. 310, § 2º), o que, como visto acima, é inaceitável em um Estado Democrático de Direito, que possui a presunção de inocência insculpida como princípio normativo. No mais, o abuso das prisões cautelares/preventivas, como mencionado, é mais do

objetos. Israel sempre negou os fatos e teve álibi confirmado por testemunha, mas o juiz não considerou. Após o resultado do DNA, a sentença foi desconstituída no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 128.096 pelo STF (STF, 2018).

⁶⁷ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2006 p. 186.

⁶⁸ LOPES JUNIOR., *op. cit.*, 2017, p. 96.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 97.

que notório, já que deveria ser excepcional, mas “as cadeias estão cheias de gente presumidamente inocente, sem condenação definitiva”⁷⁰ (GOMES, 2013, p. 112). Além disso, conforme vimos, a espetacularização da Justiça e do Processo Penal invertem completamente o princípio da presunção de inocência, uma vez que a mídia e os meios de comunicação social partem sempre de um culpado e assim o expõem para toda a sociedade.

Dessa forma, a prisão preventiva, por ser medida cautelar que compromete o princípio da presunção de inocência, deveria ser, assim como o direito penal, a “*ultima ratio* do sistema, reservada para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que Ferrajoli denomina de ‘crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso’”.⁷¹ Diante deste cenário, podemos afirmar que, hoje “o sistema penal parece se constituir de maneira invertida, pois a prisão cautelar tem mais importância punitiva que a prisão pena”,⁷² o que é extremamente preocupante, tendo em vista que, diante disso, as pessoas estão sendo presas sem que sejam declaradas culpadas, sem o devido processo legal, ou seja, de maneira arbitrária e, pior, seletiva. Também por isto a maioria da sociedade não se importa, pois acredita que a decretação desmedida e o uso incorreto da prisão preventiva não a afetarão, pois, no fundo, sabe que o sistema é seletivo e, se não se encontra no grupo dos “marginalizados”, dos “estigmatizados”, mas que são chamados de “bandidos”,⁷³

⁷⁰ GOMES; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 112.

⁷¹ FERRAJOLI, 1997 *apud* LOPES JUNIOR, 2006, p. 209.

⁷² ZAFFARONI, 2011; BARRETO, 2018 *apud* RIOS, *op. cit.*, p. 100.

⁷³ A Teoria do Labelling Approach, desenvolvida no fim da década de 50, superou o pensamento etiológico, que definia o “criminoso” pelas suas características físicas e individuais. Foi uma mudança paradigmática na criminologia, já que estuda a seletividade do sistema penal, demonstrando que a lei penal não é para todos. Isto é, ela funciona apenas para certos indivíduos, que são etiquetados e rotulados como “criminosos”, pois as instituições jurídicas de controle não possuem condições de constatar todas as infrações cometidas, de forma que “escolhem” apenas alguns indivíduos para perseguir: os estigmatizados (cifra oculta). Atualmente, os estigmatizados, são, na maioria, pobres, negros, jovens de periferias e guetos, analfabetos ou que não possuem instrução escolar, minorias, etc. (SILVA, 2015; SHECAIRA,

não há por que temer (pelo menos é o que acreditam – mas, ao contrário, percorrer este caminho abre um perigoso precedente que pode atingir a todos).

No contexto dos crimes que lotam os cárceres brasileiros, a seletividade do sistema penal, é estruturada por um racismo que tenta se encobrir pelo mito da democracia racial (FLAUZINA, 2008). Aqueles presos por furto, roubo e tráfico de drogas sofrem de uma dupla negação, nem direitos nem humanidade (JAMES; AMPARO-ALVES, 2017) [...]. Conforme aponta ainda Michelle Alexander (2012) o “grande encarceramento” [...] encobriria a atuação racista das agências do sistema penal: não haveria uma guerra contra os negros, diriam os defensores das políticas repressivas, mas uma guerra contra o crime.⁷⁴

“É emblemático, nesse sentido, que o tópico XVI do “Pacote Anticrime” do Ministro da Justiça seja intitulado “Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais”. A ideia de “criminosos habituais” remete ao positivismo criminológico,⁷⁵ que cria que a periculosidade nascia com o sujeito e que, portanto, o criminoso era quem tinha determinadas características biológicas e/ou físicas, totalmente fundado em inferiorização das classes pobres, das raças negras, indígenas, judias, etc., discriminação, e preconceito.⁷⁶ “A proposta de tornar obrigatória a decretação da prisão preventiva bebe de um paradoxal reforço da instituição prisional e das suas funções positivas da pena, enquanto se constata um suposto fracasso ao não evitar a prática de um novo delito”,⁷⁷ pois, devido ao pacote, “as prisões superlotadas se tornarão mais lotadas ainda, aumentando o poder das facções que se alimentam da presença de pessoas dentro da

2013; LAVOR, 2017).

⁷⁴ RIOS, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁵ *Idem*, p. 102.

⁷⁶ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 1955. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁷⁷ RIOS, *op. cit.*, p. 105.

cadeia”.⁷⁸ Ou seja, reforçando a criminalidade, invés de diminuir, e aumentando, por consequência, a insegurança, o que demonstra esta criação de leis simbólicas, como forma de dar uma resposta rápida e imediata ao povo, mas que, na prática, não solucionam os problemas, tampouco restauram a segurança. Além disso, demonstra a propensão ao endurecimento da lei penal e à alimentação de estigmas e preconceitos, fazendo com que um grupo sempre predomine sobre o outro e, nesta senda, os estigmatizados e criminalizados sejam excluídos da sociedade.

De acordo com essas afirmações, esse dispositivo significa um retrocesso na questão da segurança e, porque não dizer, para os direitos humanos que pretendem acabar com toda forma de discriminação racial e social, pois tais medidas são simulacros para atender a outros interesses, “dado que reproduzem o ideário do *status quo*. O direito penal sabe-se, numa sociedade capitalista, defende o capital. Logo, os salvadores são, no fundo, defensores travestidos do capital. Em nome do bem, manipulam a insegurança constitutiva do sujeito”.⁷⁹

Portanto, com base em interesses não declarados, nossas prisões tendem a se tornar mais superlotadas do que já se encontram, além de que o encarceramento seletivo em massa aumentará mais ainda pela obrigatoriedade da denegação de liberdade provisória, já que, desse modo, não haverá espaço para o juiz analisar se o indivíduo é culpado pelo que lhe está sendo imputado, tampouco para ver se realmente se encontram preenchidos os requisitos, mas determina que, sem qualquer análise sobre o caso concreto e sobre o sujeito, seja imediatamente denegada. O indivíduo é culpado desse fato? Ele precisa, excepcionalmente, ser segregado, inclusive, antes de comprovada sua culpa? Não interessa mais: ele é reincidente, ele estava armado, ele possui tatuagens com símbolos de facção, ele se comporta como membro de facção, ele já foi visto andando com integrante de organização criminosa, então ele não merece estar livre.⁸⁰ Ou

⁷⁸ AUGUSTO, 2020, *apud* BARBOSA, Felipe. **Pelo fim do sistema criminal:** entenda o que defendem os abolicionistas penais. Último Segundo – iG, 2020.

⁷⁹ ROSA, *op. cit.*, 217.

⁸⁰ RIOS, *op. cit.*

seja, além de ferir integralmente o princípio da presunção de inocência, abre margem para mais estigmatizações, preconceitos e prejulgamentos, assim como para que muitos sejam incluídos neste dispositivo de forma discricionária.

“Caminha-se, assim, à constatação de que a observância ao princípio da presunção de inocência sempre esteve forjada, [...] com base na concepção de que o que há, na verdade, é uma ‘presunção de culpa’ e sempre um ‘inimigo’ a ser perseguido e punido”, a fim de se dar satisfação à opinião pública e à defesa social e da lei.”⁸¹ Assim, é perceptível o abuso das prisões preventivas no Brasil, tendo em vista que “afeta, em princípio, praticamente todos os direitos humanos ou fundamentais”.⁸² Nesse sentido, além da liberdade pessoal e da presunção de inocência, conforme já visto, afeta também a igualdade, uma vez que os segregados são, na maioria, pertencentes às classes sociais menos favorecidas, mas também porque a passagem pela prisão cria um estigma (de presidiário) na vida da pessoa, convertendo-a em ser desigual na sociedade. Também afeta os direitos à vida e à integridade física e moral, já que nossas prisões proporcionam tratamentos desumanos e degradantes, além de muitos outros.⁸³

A prisão provisória é, portanto, a medida mais grave que alguém pode sofrer, porque ainda não foi condenado, ainda não foi provada a sua culpa, mas, mesmo assim, é privado de muitos direitos. “Ademais, a antecipação dos efeitos da pena que a prisão provisória implica é mais gravosa para o sujeito do que o cumprimento da própria pena mesma, já que se encontra submetido à incerteza derivada do desconhecimento do tempo real em que estará privado de liberdade.”⁸⁴ Além de não haver sequer uma noção de quanto tempo permanecerá preso, o que não ocorre quando se cumpre uma pena definitiva, “os prejuízos

⁸¹ MORAES, 2010, *apud* LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Florianópolis, 2016. p. 14.

⁸² SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM**, ano 18, n. 86, p. 291, 2010.

⁸³ *Ibidem*. VALDÉS, 1982, *apud* SANGUINÉ, op. cit., p. 293.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 292.

aumentam pelas lamentáveis carências da Justiça Penal”,⁸⁵ pois não há infraestrutura nas penitenciárias, provocando degradações nas condições de vida dos presos, que estão expostos a sofrer constantes agressões, humilhações e até torturas, podendo a qualquer momento contrair enfermidades contagiosas, como, por exemplo, Aids, tuberculose, entre outras tantas patologias, além do que não há a mínima base para reabilitação.⁸⁶

A utilização constante e demasiada da prisão preventiva, que, como visto, viola diversos direitos fundamentais, de alguém que ainda, em tese, é inocente, demonstra a desarmonia e a grande distância entre teoria e prática (realidade) no direito criminal.⁸⁷ Esse uso arbitrário é uma forma de punição antecipada não declarada, mas nítida; às vezes, faz com que, no momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu já tenha cumprido toda a pena preventivamente. Ou, pior, tendo em vista que, no Brasil, o juiz que decreta a prisão provisória é o mesmo que julga. Isso faz com que as chances de uma sentença condenatória sejam bem maiores, pois: Qual juiz responsável por decretar uma prisão preventiva, que durou um longo ou certo tempo, concluirá que estava equivocado e que tal prisão foi indevida, pois o sujeito merece ser inocentado e jamais deveria ter sido preso? Faz, inclusive, com que o cálculo da pena na sentença seja aproximado ou maior do que o período que já foi cumprido preventivamente, na tentativa de “legitimar” a condenação. “Existe uma notória resistência dos tribunais a absolver aqueles que permaneceram em prisão preventiva, somente optando pela absolvição, quando não havia para o tribunal qualquer possibilidade de condenação.”⁸⁸

“A complexidade do instituto da prisão provisória exige o deslocamento de uma visão abstrata e puramente dogmática, que resultaria necessariamente insatisfatória, sendo necessário em seu lugar um enfoque realista.”⁸⁹ Assim, a crítica criminológica

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ VALDÉS, 1982, *apud* SANGUINÉ, op. cit., p. 293.

⁸⁸ ZAFFARONI, 2006, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 314.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 294.

é necessária para compreendermos a realidade e os excessos, principalmente porque o “discurso jurídico legitimador serve para encobrir a verdade e a realidade do poder.”⁹⁰ Nesta linha, um dos efeitos extremamente negativo e preocupante é “a prisão provisória como fator criminógeno”, tendo em vista que “obriga o preso preventivo a conviver com os condenados ou, pelo menos, nas mesmas condições. O contato [...] com os apenados e a influência das subculturas carcerárias produzem um efeito criminógeno digno de nota enquanto implicam na descoberta do mundo delitivo”.⁹¹ Todavia, este suposto contágio criminal pelo contato com outros presos é “algo que a Criminologia moderna questionou em reiteradas ocasiões e que nunca foi demonstrado empiricamente; duvida-se se o perigo de contágio se deve às relações interpessoais em si ou ao ambiente adverso e às condições socioeconômicas”.⁹²

No entanto, é imprescindível analisarmos a realidade das prisões brasileiras, que estão repletas de indivíduos pertencentes a facções, sendo estas, na maioria das vezes, dominantes do sistema carcerário. Sobre este cenário, Renato Dornelles, jornalista da RBS e autor do livro *Falange gaúcha – o Presídio Central e a história do crime organizado no RS*, explica que, no Brasil, ao adentrar em um presídio, o agente penitenciário já questiona a qual facção o indivíduo pertence, a fim de colocá-lo junto aos membros da sua própria facção, na tentativa de evitar brigas, rebeliões e até assassinatos. Assim, se não pertence a nenhuma facção, terá que escolher alguma.⁹³ É destacando essas e outras medidas que “Renato questiona a política de encarceramento existente no Brasil, que fortalece as facções, fazendo com que a sociedade pague a conta pelo descaso e omissão do Estado em propor outras políticas”.⁹⁴ Estes fatos elencados demonstram que prender preventivamente, ou encarcerar como pena, somente aumentam a criminalidade, ao invés de atenuar, crescendo, por consequência, desse modo,

⁹⁰ *Ibidem*, p. 294-295.

⁹¹ CONDE *et al.*, 1986, *apud* SANGUINÉ, *op. cit.* p. 298.

⁹² *Ibidem*, p. 305.

⁹³ DORNELLES, Renato. **Reflexos do encarceramento em massa no Brasil**. TEDxLaçador [S. l.: s. n.] 1 Vídeo (18'48") Publicado em 11/7/2017.

⁹⁴ *Idem*.

a insegurança para a sociedade brasileira.

Analisando os possíveis e prováveis efeitos, a experiência de estar preso preventivamente é dramática e traumática, marcando física e espiritualmente o sujeito, que tem sua identidade corrompida, podendo causar danos e traumas permanentes.⁹⁵ No mais, prejudica sua possível e pouco provável reinserção social, na medida em que “o mundo circuncidante esquecerá porventura que foi condenado ou absolvido, mas não que ‘esteve na prisão’”. Assim, a prisão provisória é tão estigmatizante como a própria pena privativa de liberdade, o que a transforma em uma medida mais cruel se o imputador for inocente”.⁹⁶

E não é apenas isso que torna a prisão preventiva mais cruel que a pena decretada por sentença, tendo em vista que os presos preventivos também sofrem com o desproporcional e perverso efeito de “pior tratamento no regime de benefícios carcerários”,⁹⁷ pois, ao preso preventivo não há progressão de regime, ou seja, o preso, que em tese é inocente, ficará segregado no “regime” fechado, sem limite de tempo, sem direito a benefícios, como saídas temporárias, livramento condicional, permissão de trabalho, relações íntimas, etc., enquanto alguém que já teve sua culpabilidade comprovada e está cumprindo sua pena terá todos esses direitos assegurados, revelando total descaso do legislador, quanto ao instituto das preventivas e ao princípio constitucional da proporcionalidade que também as rege.⁹⁸

Mas um dos principais efeitos perversos que queremos citar é “a prisão preventiva como uma questão de classe social”,⁹⁹ pois “as pessoas que sofrem prisão provisória [...] pertencem aos segmentos menos favorecidos da sociedade”.¹⁰⁰ “A própria instituição da fiança, como pressuposto da prisão provisória, é emblemática da influência do econômico e do aspecto de classe na possibilidade de obtenção de liberdade, que não deveria

⁹⁵ SANGUINÉ, *op. cit.*

⁹⁶ DEVESA, 1975, *et al.*, CONDE, *et al.*, *apud* SANGUINÉ, *op. cit.* p. 301.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Ibidem*, p. 312.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 305.

depende de tais fatores.”¹⁰¹ Por isto, há muita discussão acerca da constitucionalidade da norma que exige fiança para a obtenção de liberdade, “dado o seu matiz discriminatório, porque condena o fraco economicamente a permanecer recluso”.¹⁰²

Dessa forma, além de a decretação de prisões preventivas ser grandemente influenciada pelas pressões populares, midiáticas e políticas, revelando-se como forma de punição antecipada, é também possível verificar claramente a tendência a ser utilizada contra os estigmatizados, os desempregados, os pobres, os que vivem em áreas periféricas, consideradas muitas vezes (pela elite que “conhece” a realidade das ruas apenas através de filmes, seriados e noticiários) como de grande periculosidade, etc. “Portanto, a prisão provisória envolve uma questão de classe social, porque o sistema jurídico a utiliza como um meio de gestão da indigência, recaindo com mais frequência sobre as pessoas de baixo status social.”¹⁰³ Os estudos demonstram que os que vivem em condições precárias de sobrevivência, ou seja, os indigentes, tem maior vulnerabilidade e muito mais chances de serem presos preventivamente (e não só preventivamente, mas também no geral).¹⁰⁴ Estudo da ONU também confirmou que as pessoas presas provisoriamente geralmente são pertencentes a certos grupos raciais ou étnicos, como imigrantes, refugiados, indígenas, negros, e outros grupos vulneráveis; no geral: os “expostos à exclusão, marginalização e não integração na sociedade”.¹⁰⁵

Aliás, a privação da liberdade costuma ser aceita “sem que elevem vozes de peso contrárias a tal possibilidade, e isso normalmente porque costuma atingir os setores mais desprotegidos da sociedade”.¹⁰⁶ Verifica-se, assim, um “uso ideológico” da prisão preventiva, que é bem visível, já que os grupos de classes menos favorecidas “muitas vezes sem a dignidade de trabalho, sem a instrução suficiente, e sem consciência dos próprios direitos, que

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 322.

¹⁰² MENDES, 1999, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 322.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 323.

¹⁰⁴ LABERGE, 1997, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 324.

¹⁰⁵ TOWNHEAD, 2007, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 324.

¹⁰⁶ MELLADO, 1998, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 324.

estão encarcerados”.¹⁰⁷ Vê-se claramente, portanto, “a constatação universal de que há um preconceito contra os indigentes ou pobres, que [...] são os que resultam encarcerados ou mantidos em prisão provisória”.¹⁰⁸ “Desta maneira, parece haver uma correlação entre crise econômica e o recurso ao encarceramento, que faz supor que este se explica pelo crescimento de uma população com status precário e poucas garantias de representação.”¹⁰⁹

No Brasil, somente nos últimos anos “algumas figuras da elite social, política e econômica” foram submetidas à prisão preventiva, mas a maioria logo depois teve sua liberdade provisória decretada,¹¹⁰ sequer comparando-se ao encarceramento massivo dos pobres, dos negros e dos subalternos em geral, que lotam os cárceres do nosso País há muitos anos. Isto porque “em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E, se é possível falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação”,¹¹¹ já que tenta sempre manter o *status quo*, para que os dominantes permaneçam dominantes.

Nesse sentido, Vera Malaguti Batista explica por que a violência criminal é uma das grandes preocupações das sociedades contemporâneas na América Latina, assim como a insegurança, asseverando que “é uma maneira clara de exercer o controle social sobre os setores populares, criminalizando as estratégias de sobrevivência dos pobres. Nilo Batista diz que o criminal é um fetiche, porque encobre a conflitividade social que há por trás”. Dessa forma, ela esclarece que “criminalizar a pobreza”, ao invés de haver preocupação com a criação de políticas sociais para reduzi-la, “foi uma estratégia tão eficaz que,

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ GARCIA, 1996, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 325.

¹⁰⁹ ROBERT, *apud* SANGUINÉ, op. cit. p. 326.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 328.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 1987. 20. ed. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 300.

hoje, no Brasil [...] a criminalização se constituiu no principal eixo político”.¹¹² Tudo é “resolvido” com o direito penal.

Sob esse prisma, a socióloga ensina como essas medidas, que pretendem manter um grupo sempre dominante sobre o outro, conseguem ter o apoio da maioria da população, uma vez que agem por meio dos “discursos do medo”, que, no entanto, são “impulsionados por aqueles que estão mais protegidos. Quando se olha as estatísticas da violência, ao menos no Brasil, a gente que mais morre é aquela de que se tem mais medo. O perigo, a possibilidade de sofrer violência, está muito mais em zonas como as favelas que nos bairros mais ricos”.¹¹³ Mesmo assim, “são esses setores sociais mais ricos que estão por trás de um discurso de longa duração que transformou o povo em um ‘grande outro’”.¹¹⁴ Resta claro, portanto, que a disseminação constante do medo, do pavor, assim como dos discursos populistas falsos, que fazem crer que existem “nós” e “eles”, os “outros”, os “maus”, causadores da desordem e do caos, é uma estratégia utilizada para manter o controle social “contra o povo, das minorias, das populações originárias e afrodescendentes”. Vera Malaguti Batista afirma ainda que “no Brasil, isso é muito forte, por um enfrentamento entre a ordem colonial, branca, e o vasto mundo dos povos originários e afrodescendentes”.¹¹⁵

É nesta senda que o neoliberalismo “destrói as redes coletivas de amparo (Loïc Wacquant), [...] mas aumenta exponencialmente o tratamento penal dos problemas sociais. Nesse sentido, é incrível como se aumentou a população carcerária”.¹¹⁶ Ademais, ele consegue provocar “uma fé muito grande [...] [de] que a política penal pode resolver os problemas sociais. [...] Isto não somente aumenta a população carcerária, mas também a violência, porque o sistema penal

¹¹² LORCA, op. cit., 2016.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Idem.* Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/557862-o-neoliberalismo-baseia-se-em-politicas-sociais-penais-entrevista-com-vera-malaguti-batista>

¹¹⁵ *Idem.* Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/557862-o-neoliberalismo-baseia-se-em-politicas-sociais-penais-entrevista-com-vera-malaguti-batista>

¹¹⁶ *Idem.*

produz violência”.¹¹⁷ E o controle social se fortalece dessa forma, estabelecendo “vínculos simbióticos entre as favelas e as prisões”.¹¹⁸

Esses discursos do medo e da insegurança, do inimigo comum, portanto, contribuem para “uma ruptura interna das classes sociais subalternizadas, conseqüentemente permitindo a manutenção do *status quo*. Aqueles que estão no poder rotulam os inimigos entre aqueles que são oprimidos”.¹¹⁹ Dessa maneira, “o encarceramento reelabora sua missão histórica dirigindo-a à “regulação da miséria (talvez sua perpetuação)” e “ao armazenamento dos refugos do *mercado*”.¹²⁰ Sob esse prisma, não há como chegar em outra conclusão, se não a de que “a prisão se tornou um buraco negro no qual são depositados os detritos do capitalismo contemporâneo”.¹²¹

Considerando todo o exposto, a fim de confirmar por intermédio de dados as afirmações supra elencadas, de que o sistema penal é extremamente seletivo, que criminaliza e encarcera os estigmatizados, assim como que as prisões cautelares têm sido utilizadas como, além de punição antecipada, instrumento de controle social “de determinados segmentos da sociedade”, representando “hoje uma das principais formas encontradas para o exercício desse poder punitivo, pela sua – aparente – legalidade”, analisaremos o perfil dos segregados no Brasil e dos delitos pelos quais encontram-se presos, os quais revelam que há “para determinados grupos sociais – aqueles pertencentes as camadas mais baixas – uma espécie de Estado de Exceção, que se tornou permanente, respaldado por um direito penal permanentemente emergencial”.¹²²

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/557862-o-neoliberalismo-baseia-se-em-politicas-sociais-penais-entrevista-com-ve-ra-malaguti-batista>

¹¹⁹ ZAFFARONI *et al.*, 2011, *apud* BARRETO, *op. cit.*, p. 197.

¹²⁰ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. de Eliana Aguiar. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 12.

¹²¹ DAVIS, Angela. Estarão as prisões obsoletas? Trad. de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018. p. 17.

¹²² BARRETO, *op. cit.*, p. 202.

“Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300.”¹²³ Ademais, se fossem cumpridos os mandados de prisão pendentes, a população carcerária subiria para mais de 1 milhão.¹²⁴ Os dados mais atuais e completos encontrados sobre o perfil dos presos, no entanto, é de 2016. O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) revelou que naquele ano os presídios possuíam 368.049 vagas, com um *deficit* de 358.663. Aliás, “em termos internacionais, [...] o Brasil é o terceiro país no mundo com maior número de pessoas presas. Tem menos presos [apenas] que os Estados Unidos (2.145.100 presos) e a China (1.649.804 presos)”¹²⁵

Dos segregados, 55% têm entre 18 e 29 anos (são jovens). “Quando estratificado segundo a cor da pele, o levantamento mostra que 64% da população prisional é composta por pessoas negras.” Em alguns estados este percentual chega a 95%, 91% e 89%. Quanto à escolaridade, “75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio. Menos de 1% dos presos possui graduação”.¹²⁶ “O Infopen mostra também que 40% dos encarcerados são formados por presos provisórios. Os crimes relacionados ao tráfico de drogas são a maior incidência [...], com 28% da população carcerária total. Roubos e furtos somados chegam a 37%. Homicídios representam [apenas] 11% dos crimes que causaram a prisão”. Já nas “unidades prisionais do Sistema Penitenciário Federal, observa-se que 73% são negros e 27% são brancos”.¹²⁷

Vê-se, claramente, portanto, que os homens jovens, negros e sem instrução educacional dominam os presídios brasileiros, que estão superlotados, na grande maioria por crimes patrimoniais

¹²³ CNJ, *op. cit.*

¹²⁴ CNJ, *op. cit.*

¹²⁵ BRASIL. Governo federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Do universo total de presos no Brasil**. Publicado em 8/12/2017.

¹²⁶ *Idem*

¹²⁷ *Idem*.

e relacionados ao uso ou comércio de substâncias ilícitas. Da mesma forma, verifica-se que os presos por homicídios (crimes realmente violentos) são raros. Isto porque, conforme o próprio Conselho Nacional de Justiça afirmou em seu projeto “Cidadania dos Presídios”, “85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional”.¹²⁸ O que revela que a polícia está extremamente voltada a investigar e prender tão somente indivíduos por crimes patrimoniais e relacionados às drogas, e apenas indivíduos pobres e periféricos, já que os causadores de grandes arrombos aos cofres públicos e os grandes traficantes de drogas e armas, raríssimas vezes, chegam a sequer a serem investigados.

Além disso, o CNJ (Projeto Cidadania dos Presídios) assume: “o modelo de encarceramento que praticamos, infelizmente, alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão”¹²⁹ E continua, afirmando que “as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes”. Nesse sentido, diante das condições péssimas dos presídios brasileiros, a reincidência é preponderante: “Segundo a Anistia, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes. Dentro dos presídios tornou-se rotineiro encontrar condições precárias e sub-humanas. Falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção são constantes no sistema prisional brasileiro”.¹³⁰ Nesse sentido, “os relatórios dos mutirões carcerários do CNJ são provas das condições indignas de sobrevivência nesses ambientes”.¹³¹

É diante de todo o exposto que concluímos que o sistema penal é extremamente seletivo e, servindo ao modelo capitalista, tem promovido a exclusão e segregação de alguns, para manter o *status quo*, ou seja, para que um grupo sempre permaneça

¹²⁸ CNJ, *op. cit.*

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem*

¹³¹ *Idem.*

dominante sobre o outro. Seguindo esta moldura, o abuso do instituto das prisões preventivas também ocorre, pois, ao ser usado em desacordo com a sua função, na tentativa de aquietar os clamores sociais, populistas e midiáticos pelo retorno da segurança e pelo fim da impunidade e morosidade da justiça, guiados pelos discursos do medo e do urgente, causa inúmeras injustiças (disfarçadas de justiça eficiente), estigmatizando e segregando sujeitos presumidamente inocentes, sem a observância das garantias fundamentais e do devido processo legal, desvendando-se como, ao contrário de cautelar e excepcional, uma punição antecipada e cruel, já que, em nosso País, os dados revelam que “primeiro se castiga e depois se processa”,¹³² assim como um instrumento de controle social, das classes subalternas, marginalizadas, periféricas e excluídas da sociedade, o que é comprovado pelo absurdo número de presos preventivos no Brasil,¹³³ assim como pelo perfil dos encarcerados.

Ocorre que “impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado no cárcere, e isso sem ter provado que é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é coisa que dista muito da Justiça”,¹³⁴ considerando, ainda, que poderia ser substituída por outras medidas menos “cruéis”. No entanto, se é necessária a manutenção do mecanismo da prisão preventiva no Brasil, ela deve ter, no mínimo, respeitada sua real função para o fim a que se destina e pela qual foi criada, o que, por si só, já diminuiria muito “a incidência dessa verdadeira pena antecipada”,¹³⁵ reduzindo, por consequência natural, o número alarmante e preocupante de presos preventivos no Brasil. Então, já que, obviamente, a prisão preventiva não deveria estar sendo utilizada (e abusada) como punição antecipada e meio de controle social, precisamos compreender qual é a sua real função, aliada ao seu princípio reitor, que é o da presunção de inocência.¹³⁶

¹³² FERRAJOLI, 1997, *apud* LOPES JUNIOR, 2006, p. 210.

¹³³ BARRETO, *op. cit.*

¹³⁴ ARENAL, 1877, *apud* SANGUINÉ, *op. cit.*, p. 295.

¹³⁵ LOPES JUNIOR, 2017; FERRAJOLI, 2010, *apud* BARRETO, *op. cit.*

¹³⁶ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017.

Primeiramente, a prisão preventiva é cautelar, e a prisão cautelar é uma medida cautelar, pois é aplicada no curso do processo, antes de uma sentença definitiva. A prisão cautelar, quando decretada em contrariedade com seu objeto e sua finalidade é ilegítima, “deixando de ser cautelar” e se tornando inconstitucional.¹³⁷ Tendo isto em mente e atentando para a teoria da cautelaridade, verificamos que “nos procedimentos cautelares [...] a finalidade imediata é assegurar a eficácia do procedimento definitivo (esse, sim, tornará efetivo o direito material)”.¹³⁸ O processo é um instrumento para se aplicar ou alcançar o direito material e, nesse sentido, as medidas cautelares servem para tutelar o processo (instrumento) e não o direito material, que é discutido no processo, pois sua função é a de instrumento (do instrumento – processo)¹³⁹ para se atingir o “melhor resultado do provimento definitivo”.¹⁴⁰ Para esclarecer, “as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas garantir o normal funcionamento da justiça, através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado”. Sob esse prisma, “só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”.¹⁴¹

Portanto, conclui-se que a prisão provisória possui função unicamente cautelar e, assim sendo, instrumental ao processo. O sentido da cautelaridade precisa ser perfeitamente compreendido pelos operadores do direito, porque, enquanto não for demasia- damente esclarecido, a tendência a atender os clamores sociais e midiáticos fará com que haja frequentemente – como vem ocorrendo há anos – distorções no uso das medidas cautelares, principalmente, da prisão preventiva, que tem sido exagerada ultimamente.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 645.

¹³⁸ CALAMANDREI, *apud* LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017, p. 645.

¹³⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁴⁰ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017, p. 645.

¹⁴¹ *Idem*.

No entanto, a prisão provisória (em algumas situações) não possui uma real função cautelar (que é a supraelencada),¹⁴² o que pode ser considerado um *deficit* e um desrespeito com o instituto da cautelaridade. Para que a prisão cautelar não seja confundida com pena antecipada, no entanto, “só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório”.¹⁴³ Diante do exposto até aqui, já é possível constatar que “não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País.” Assim, “se há roubo, homicídios, estupros etc. ocorrendo nas metrópoles, deve o Estado adotar medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la”.¹⁴⁴ A ocorrência de crimes e a sensação de insegurança não possui qualquer relação com a necessidade de prisão do réu no curso do processo, pois esta medida possui finalidade bem diferente: instrumental ao processo, “para assegurar o curso do processo penal justo”. “Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo”.¹⁴⁵

Isto posto, a fim de manter um equilíbrio entre a prisão cautelar e a garantia da presunção de inocência, deve-se analisar os requisitos para a sua decretação, assim como se efetivamente se restringem ao instituto da cautelaridade. Nesta senda, Lopes Junior, esclarece que as medidas cautelares no processo penal são regidas pelo *fumus commissi delicti* e pelo *periculum libertatis*, com base, inclusive, no art. 312, do CPP. O *fumus commissi delicti* é a probabilidade da ocorrência de um delito.¹⁴⁶ Ele exige, portanto, que haja “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” (art. 312, CPP). O *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do indivíduo. As situações fáticas

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ DELMANTO JUNIOR, 2003, *apud* LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017, p. 645.

¹⁴⁴ RANGEL, *op. cit.*, p. 739.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 740.

¹⁴⁶ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2006.

devem ser protegidas diante do perigo da liberdade do imputado e, portanto, autorizam a decretação da preventiva,¹⁴⁷ também estão conceituadas no mesmo dispositivo (art. 312, CPP), quais sejam: “para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

A garantia da ordem pública, segundo Lopes Junior, é um conceito vago, indeterminado, que, por ser amplo, é facilmente aplicado, quando se quer atender aos anseios sociais, populistas e midiáticos.

Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de ‘clamor público’, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua ‘tranquilidade’. Uns ainda invocam a ‘gravidade’ ou ‘brutalidade’ do delito [...]. Também há quem recorra à ‘credibilidade das instituições’ [...] no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público.¹⁴⁸

Um dos mais absurdos argumentos, utilizados para prender preventivamente, é para “garantia da integridade física do imputado, diante do risco de ‘linchamento’”, pois o Estado, que possui tem o dever de garantir a integridade física do sujeito submete-o à prisão, em condições desumanas – quando ainda presumidamente inocente, para que seja “protegido” –, o que é algo inaceitável. Outra “razão” muito utilizada encontra-se no “risco de reiteração de condutas criminosas”, quando ao agente são imputados diversos delitos, “de modo que a prisão impediria que voltasse a delinquir”.¹⁴⁹ Neste último, verifica-se que há presunção de culpabilidade, e não de inocência, pois acredita-se (talvez por bola de cristal e vidência) que o sujeito cometerá

¹⁴⁷ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017.

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 635.

novo delito se solto, porque já cometeu outro(s) anteriormente (seguindo esta linha, muitos defendem prisão perpétua ou até pena de morte). Entretanto, “o ‘clamor público’, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, confunde-se com a opinião pública, ou melhor, com a opinião ‘publicada’”.¹⁵⁰ Isto é o que Lopes Junior explica como uma “manobra feita rotineiramente”, onde muitos casos são explorados midiaticamente e, muitas vezes, informações sobre investigações, gravações e outras provas são vazadas propositalmente na mídia, para que o acusado seja exposto, e o fato caia na pauta de discussão popular e midiática. Assim, surge o grande “clamor social”, e o pedido de prisão vem em seguida, baseado neste clamor, na repercussão e na opinião pública (publicada).¹⁵¹

Já a prisão para garantia da ordem econômica possui como objetivo “perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero”.¹⁵² Diante disso, Lopes Junior explica que o melhor caminho para alcançar seu objetivo seriam “sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais”, etc., e não a prisão preventiva, que nada resolve nesse sentido, pois não remedia e tampouco diminui a lesão econômica. “Muito mais útil seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens, pois dessa forma melhor se poderia [...] amenizar as perdas econômicas.”¹⁵³

Observando alguns desses argumentos utilizados para prender preventivamente, verifica-se que são “elementos estranhos à natureza cautelar”, ou seja, não se prestam como instrumento para tutelar o devido processo. Dessa forma, não cumprem nenhuma função cautelar. Têm sido comumente utilizados “indevidamente, como medidas de *segurança pública*”, e como “verdadeira pena antecipada”, transformada em atividade de polícia. A omissão do Estado e sua ineficiência, para resolver os problemas da insegurança (que é função da Administração, não do Judiciário), nesta senda, têm sido “substituídas” pela suposta

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 647.

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 649.

¹⁵³ OLIVEIRA, 2008, *apud* LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017.

“eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc.”¹⁵⁴ Esta “eficácia”, porém, não existe, pois a população, mesmo que não possua ciência de que a prisão provisória não serve para isto, pode perceber que há uma grande falha na “restauração” da segurança e na diminuição da criminalidade.

Quanto às prisões provisórias por conveniência da instrução criminal e para o risco da aplicação penal, “são verdadeiramente cautelares, na medida em que se destinam ao processo, a assegurar o regular e eficaz funcionamento do processo penal”.¹⁵⁵ Por conveniência da instrução criminal, ocorre, geralmente, quando o *periculum libertatis* põe em risco as provas do processo. Por sua vez, a prisão para assegurar a aplicação da lei penal poderia ser decretada nos casos em que o réu pretende fugir, a fim de não cumprir sua pena, em caso de condenação.¹⁵⁶

Ante todo o exposto, ainda assim, é possível perceber que quando ocorre o desvio da real função das medidas cautelares, sendo aplicadas, principalmente à prisão preventiva, para outros fins, que não puramente instrumentais ao processo, assim como abusadas para servirem como instrumento de punição antecipada e controle social (que parecem claros nos casos de decretação, para garantia da ordem pública e econômica), se tornam institucionais e injustas.¹⁵⁷

Conclui-se, portanto, que se o instituto da cautelaridade for realmente respeitado na aplicação das medidas cautelares, principalmente da prisão preventiva, assim como os princípios que as regem, de acordo com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito, o número de presos provisórios no Brasil diminuiria em quantidade extremamente considerável, o que, consoante o exposto até aqui, reduziria as injustiças para o povo brasileiro e as arbitrariedades do poder estatal, o qual, na

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 647.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 653.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 648.

sociedade de risco influenciada pelo populismo penal midiático, a fim de atender aos interesses da sociedade capitalista, tende a extrapolar demasiadamente.

3 Considerações finais

À vista disso tudo, sem o respeito aos princípios, direitos e garantias fundamentais, conquistados com muita luta e sacrifício para gozarmos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, todos estamos sujeitos a arbitrariedades e abuso do poder estatal, ao estado de exceção, que está, aos poucos, se tornando sempre permanente. Aliás, a não observância dos direitos e das garantias, ou, até mesmo, a sua extinção, a fim de tentar tornar o processo penal mais célere e acabar com uma suposta “impunidade”, assim como o abuso das prisões preventivas como uma forma de punição antecipada, em contrariedade com o que deveria ser a sua real função, que é cautelar e, portanto, instrumental, na tentativa de resolver a situação de maneira emergente e veloz, não irá, no fim, proporcionar segurança a ninguém. Muitas dessas medidas repressivas e restritivas de garantias já vêm sendo utilizadas há muitos anos, mesmo que não na teoria, mas na prática sim, como é exemplo o abuso das prisões preventivas e, mesmo assim, até hoje, o problema da violência, da criminalidade, da insegurança, não foi resolvido. A aceleração não causa menos injustiça, tampouco diminui a criminalidade ou a sensação de insegurança; ao contrário, só cresce. E a prova disso é o que estamos vivenciando nos últimos anos, quando o Brasil tem se mantido no topo da lista dos países mais violentos do mundo, com níveis de violência e homicídios epidêmicos e, em maior número do que muitos países que tiveram guerras realmente declaradas.¹⁵⁸

Reitera-se: os direitos e as garantias fundamentais são para todos nós, na medida em que “o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente

¹⁵⁸ GOMES: ALMEIDA, *op. cit.*

pode ser exercido e legitimado, a partir do estrito respeito às regras do devido processo”.¹⁵⁹ Daí a relevância de nos atentarmos para o respeito às garantias processuais, porque elas resguardam os direitos de todos nós cidadãos, contra um poder que, sem limites, pode causar incontáveis injustiças e terríveis sofrimentos para a população, mas também aos direitos humanos e fundamentais, assim como para a real função cautelar da prisão preventiva, já que esta é a medida mais gravosa que pode ser atribuída ao indivíduo, que, mesmos sendo inocente, pode ter sua liberdade privada e outros direitos violados, além de sofrer gravíssimos efeitos deletérios nas cruéis e desumanas condições de nossas penitenciárias, mesmo sendo inocente.

Por isso a importância da preservação dos direitos e das garantias fundamentais, da compreensão e respeito à real função cautelar da prisão preventiva, do fortalecimento das bases do sistema acusatório, enquanto cumpridor de garantias e princípios, ao invés do inquisitório, demarcado na história por muitas torturas, humilhações e assassinatos terríveis (a aterrorizante queima às “bruxas”). A História serve para nos mostrar os erros que não devemos cometer novamente, ou continuar cometendo. Já está mais do que na hora de olharmos para a forma como punimos e por que punimos; dar credibilidade aos estudos científicos criminológicos e maior estrutura, para que se ampliem, pois estes tentam realmente compreender e resolver o problema, e não só ocultá-lo, disfarçá-lo, ou até mesmo alimentá-lo e aumentá-lo. Não há como simplesmente “excluir”, segregar, matar continuamente, em um ciclo cada vez mais intenso de violência, e esperar que os problemas do Brasil se resolvam da noite para o dia. Dessa forma, nunca serão resolvidos; a nossa realidade diária reflete isso há muitos anos. “É preciso desafiar as idéias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexo pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017, p. 584.

¹⁶⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Paris: Editions du Centurion, 1982. Trad. de Maria Lúcia Karan. Niterói – RJ: Luam Editora, 1993. p. 57.

Referências

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. **Cautelaridade penal ou controle social?: um olhar crítico sobre as prisões cautelares no Brasil**. Panóptica, v. 11, n. 1, p. 184-210, jan./jun. 2016.

BARBOSA, Felipe. **Pelo fim do sistema criminal**: entenda o que defendem os abolicionistas penais. Último Segundo – iG, 2020. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2020-01-09/pelo-fim-do-sistema-criminal-entenda-o-que-defendem-os-abolicionistas-penais.htm>. Acesso em: 13 maio 2020.

BARBIÉRI, Luiz Felipe, CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação: marca dos 800 mil foi ultrapassada há duas semanas. Cálculo inclui presos nos regimes fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos. **Brasília, G1 Globo – Política**, 2019. 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: 16 maio 2020.

BAUMAN, Zygmunt, **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt, **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Cidadania nos presídios**: sistema carcerário e execução penal. “sem data”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Governo Federal**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Do universo total de presos no Brasil. Publicado em 8/12/2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus no 128.096. Rio Grande do Sul. Relator Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 18/12/2018.

BECK, Ulrich, **Sociedade de risco**: rumo a uma outra

modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo, **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

CASTELLS, Manuel, **A sociedade em rede:** a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CURY, Augusto, **O futuro da humanidade:** a saga de um pensador. 3. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Trad. de Marina Vargas. Rio de Janeiro, 1ª Ed. Difel, 2018.

DORNELLES, Renato. **Reflexos do encarceramento em massa no Brasil.** TEDxLaçador [S. l.: s. n.] 1 Vídeo (18"48') Publicado em 11/7/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-doO5S9kqLVY>. Acesso em: 11 maio 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 20. ed. 1987. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GIDDENS, Anthony, **As consequências da modernidade.** São Paulo: Ed. da UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza, **Populismo penal midiático:** caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Paris: Editions du Centurion, 1982. Trad. de Maria Lúcia Karan. Niterói- RJ: Luam Editora, 1993.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Orientador: Alexandre Morais da Rosa, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury, **A qualidade do tempo:** para além das aparências históricas: (des)velando o risco e o tempo no processo penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury, **Introdução crítica ao processo penal:**

fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury, **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORCA, Javier. O neoliberalismo baseia-se em políticas sociais penais. Entrevista com Vera Malaguti **Batista**. Trad. de André Langer. **Revista IHU On-line** (Instituto Humanitas Unisinos) Adital. Publicada por Página/12, em 18/7/2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/557862-o-neoliberalismo-baseia-se-em-politicas-sociais-penais-entrevista-com-vera-malaguti-batista>. Acesso em: 30 maio 2020.

MOURA, Paulo G. M. de *et al.* **Sociedade e contemporaneidade**. Canoas: Ed. da Ulbra, 2010.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação III**. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Estudos temáticos sobre o “pacote anti-crime”**. [livro eletrônico – *e-book*]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/40279722/FREITAS_Felipe_da_Silva._A_que_ser%C3%A1_que_se_destina_O_Pacote_de_Moro_e_a_escalada_autorit%C3%A1ria_do_estado_brasileiro_LIVRO_COMPLETO_. Acesso em: 10 maio 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminas, IBCCRIM**, ano 18, n. 86, p. 289-335, 2010.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, **A questão criminal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Parte 4

Direito Previdenciário e Direito do Trabalho

15.

Os efeitos da sentença trabalhista na concessão de benefícios previdenciários

Ícaro da Silveira Frota*

Clóvis Dias de Souza**

Resumo: O presente trabalho busca investigar e analisar contributivamente o motivo pelo qual a sentença trabalhista não é de pronto homologada e recebida como prova cabal e inequívoca da relação previdenciária pela Jurisdição Federal comum, especialmente quando comprova-se vínculo de emprego ou, ainda, o reflexo de verbas pagas extrafolha sem incidência previdenciária. Procura-se no presente artigo o lugar, a forma e a condição para utilização da sentença trabalhista no âmbito da concessão de benefícios previdenciários.

Palavras-chave: Previdência. Benefícios. Sentença trabalhista. Concessão previdenciária.

Abstract: This study aims to investigate and analyze why the sentence is not ready labor approved and received as evidence of the relationship fully and unambiguously welfare Jurisdiction by Federal common, especially when he boughtup an employment relationship, or the reflection of amounts paid without incurring extrasheet pension. Search in this article is the place to shape and condition for use of laborwithin the ruling granting social security benefits.

* Mestrando em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal (Esmafe) e Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. *E-mail:* isfrota@ucs.br. Advogado.

** Mestrando em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul. Mestrando em Educação na Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná), Direito Processual Penal e Ciências Penais (PUC/PR) e Língua Portuguesa (Universidade Salgado de Oliveira). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. *E-mail:* clovis@hotmail.com

Keywords: Social Security. Benefits. Labor Judgment. Granting pension.

I Considerações iniciais

Um dos maiores entraves existentes à proteção do trabalhador que exerce atividade remunerada, sem sombra de dúvida, é a falta de formalização ao arrepio de determinação legal do ordenamento jurídico vigente.

A formalização, advinda de comando legal proveniente da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), corresponde à inscrição no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo que, na falta desta não existe proteção social.

Assim, em diapasão com o princípio da primazia da realidade sobre a forma, muitos trabalhadores buscam a jurisdição trabalhista para ver reconhecido e comprovado o vínculo de emprego (tempo de serviço) ou, ainda, a complementação de verbas não recebidas que, por justo, refletem diretamente na seara previdenciária. Desta forma, uma vez logrado êxito na comprovação da relação de emprego, emerge a questão dos efeitos previdenciários desta decisão judicial proferida pela Justiça Federal especializada, que seria, em uma primeira interpretação, a comprovação judicial da relação de emprego e, por consequência imediata, o reconhecimento quanto ao tempo de serviço para fins previdenciários. Contudo, tal lógica não é aplicada.

Assim, impõe-se investigar, sob este prisma, a competência estabelecida na organização judicial, em que cada célula do Judiciário tem sua função específica, comunicando-se, necessariamente, conforme determina a Lei. Com efeito, sendo a justiça federal, no que toca ao direito previdenciário, ramo do direito público, e a justiça do trabalho ligada ao ramo do direito privado, a comunicação necessária entre os dois gera conflitos processuais, ocasionados pela necessidade cotidiana de utilizar-se o que foi decidido em uma esfera, na outra, sem que sejam violados princípios ou invadidas competências.

2 Requisitos para obtenção de benefícios previdenciários

Cada benefício previdenciário possui diferentes requisitos para sua concessão, conforme acordo com a espécie e o bem jurídico tutelado; contudo, é comum a todos os benefícios a análise de três aspectos, mesmo que, em alguns casos, um ou outro seja dispensado: qualidade de segurado, carência e requisito específico (risco social).

Sobre o tema, bem discorre Savaris:

[...] para a concessão de prestações previdenciárias do regime geral, além da prova do requisito específico, isto é, da situação fática prevista em lei que atribui ao beneficiário o direito à prestação previdenciária, a concessão de um benefício depende do aperfeiçoamento de dois requisitos genéricos: qualidade de segurado e carência”.¹

Com efeito, tendo que a qualidade de segurado é a condição adquirida pelo exercício de atividade laboral protegida pela previdência social ou, ainda, no caso de segurado facultativo, pela inscrição e pelo recolhimento das pertinentes contribuições (art. 15 da Lei n. 8.213/91), faltaria analisar a carência, que encontra definição legal no art. 24 da lei de benefícios:

Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Frente a estes dois institutos, se verifica que, para aferir-se a possibilidade de concessão de graça previdenciária, é necessária a presença destes dois requisitos, e no que toca à averiguação destas condições, quando sedimentadas por sentença ou homologação de acordo, no âmbito da Justiça do Trabalho, vem sendo utilizada somente como “início de prova material”, carecendo de outros fundamentos probáticos para ter validade.

A sentença trabalhista, mesmo homologatória de acordo,

configura-se em instrumento judicial hábil a identificar, entre outros aspectos jurídicos, vínculo de emprego e pagamento de verbas em desconformidade com o estabelecido legalmente. Tais reconhecimentos ensejam diretamente predicados na área previdenciária, com reflexo direto ao patrimônio jurídico dos júris-tutelados.

Desta forma, nada mais justo e em compasso com a principiologia jurídica da economicidade processual e celeridade, pensar em utilizar toda fase de conhecimento e provas colacionadas quando da instrução processual como “atalho” na seara previdenciária. Contudo não tem este fim a sentença trabalhista, tendo sido utilizada não como prova cabal de obrigações previdenciárias, capazes de gerar benefícios ao tutelado, mas apenas como indício de um direito existente.

3 A sentença trabalhista e seus efeitos: critérios e forma de utilização da sentença trabalhista no âmbito previdenciário

No cotidiano jurídico, especialmente nas áreas coirmãs, a trabalhista e a previdenciária, percebe-se que a sentença trabalhista não se estende para o âmbito previdenciário, porque o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é parte estranha à reclamatória, sendo tal decisão apta junto a este, tão somente como início de prova material, devendo ser complementada por outras provas.

Considerando verdadeira a afirmação de que não se estendem em sua integralidade, ao âmbito previdenciário, os efeitos das decisões provenientes da Justiça do Trabalho, se estabelece um problema, pois, via de regra, o cidadão que procura a Justiça do Trabalho, buscando reconhecer créditos trabalhistas ou a relação de emprego, tem para si a convicção de que os direitos previdenciários decorrentes de sua atividade laboral serão de igual forma reconhecidos no INSS, o que, conforme assertiva acima, não é o que ocorre na prática.

Em que pese os ramos trabalhista e previdenciário possuírem íntima ligação (trabalho e seguridade), existe na legislação distinções marcantes, conforme bem demonstra a Consolidação das

Leis do Trabalho através do art. 12: “Art. 12. Os preceitos concernentes ao regime de seguro social são objeto de lei especial”. Tal regra é reveladora da opção clara do legislador de que os preceitos previdenciários, via de regra, regem-se basicamente por leis previdenciárias diferindo-se das situações atinentes à relação de trabalho, que possui legislação própria.

A norma se traduz na tentativa de o legislador manter resguardada a competência de cada esfera do direito; contudo, vislumbra-se na casuística jurídica severa divergência do texto legal.

3.1 Exemplo de incursão da competência da Justiça Federal na Justiça do Trabalho

A bem de corroborar a ideia acima impõe-se a análise da confluência explícita destes dois ramos do direito, de maneira especial na redação do art. 118 da Lei n. 8.213/91, que tem por força nuclear assegurar a estabilidade contratual-laboral no caso específico de acidente de trabalho/auxílio-doença acidentário, conforme segue:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Como se percebe, aqui ocorre uma invasão do direito previdenciário em uma relação particular do contrato de trabalho, regido pela legislação trabalhista, que, permeia outras invasões do mesmo jaez, conforme se demonstra adiante.

3.2 Início de prova material: critérios legais estabelecidos

Com efeito, no que toca à utilização da sentença trabalhista para o reconhecimento do tempo de serviço, objetivo maior da

presente pesquisa, disciplina a Lei de benefícios (Lei n. 8.213/91) em seu art. 55, § 3º:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, **só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito**, conforme disposto no Regulamento (grifo nosso).

Cristalino o entendimento de que não são admitidas provas exclusivamente testemunhais. Devendo ser esclarecida a “força maior” ou o “caso fortuito”. Tais ressalvas estão regulamentadas no Decreto Lei n. 3.048/99, mais precisamente nos arts. 63 e 143, § 2º:

Art. 63. Não será admitida prova exclusivamente testemunhal para efeito de comprovação de tempo de serviço ou de contribuição, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, observado o disposto no § 2º do art. 143.

Art. 143. A justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal.

§ 1º. No caso de prova exigida pelo art. 62 é dispensado o início de prova material quando houver ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

§ 2º. **Caracteriza motivo de força maior ou caso**

fortuito a verificação de ocorrência notória, tais como incêndio, inundação ou desmoronamento, que tenha atingido a empresa na qual o segurado alegue ter trabalhado, devendo ser comprovada mediante registro da ocorrência policial feito em época própria ou apresentação de documentos contemporâneos dos fatos, e verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado.

§ 3º. Se a empresa não estiver mais em atividade, deverá o interessado juntar prova oficial de sua existência no período que pretende comprovar. (sem destaque no original)

Como se depreende deste último dispositivo (autoexplicativo) existe exceção à utilização de prova única e exclusivamente testemunhal; contudo, tal informação consta aqui a título ilustrativo, visto que não é este o objeto do presente artigo.

De qualquer forma a jurisprudência afeita à matéria, tem para si que a verificação de tempo de serviço não admite comprovação exclusiva por meio da prova testemunhal, não constando na Lei n. 8.213/91, o impedimento para que tal comprovação, seja documental, seja por fatos, se evidencie em processo judicial ou, ainda, administrativo e, no primeiro caso, não há destaque especial, se o reconhecimento se deu na Justiça Federal ou na Justiça Federal especializada do Trabalho.

Na revisão jurisprudencial acerca da discussão aqui proposta, vislumbra-se já ter sido ventilado que tal previsão legal estaria em desconformidade com a Constituição Federal, em razão do disposto nos incisos XXXV, XXXVI, LV, LVI do art. 5º, do art. 6º e 7º, XXIV. Contudo, sobre o imbróglio o Supremo Tribunal Federal posicionou-se em sentido contrário.

Para exemplificar colaciona-se ementa de julgamento da 2ª Turma, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 226588-9/SP:

APOSENTADORIA – TEMPO DE SERVIÇO – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – ADMISSIBILIDADE COMO REGRA. A teor do disposto no § 3º do artigo 55 da Lei n. 8.213/91, o tempo de serviço há de ser revelado mediante início de prova documental, não sendo exclusivamente testemunhal. Decisão em tal sentido não vulnera os preceitos do artigo 5º, incisos LV e LVI, 6º e 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal.

Em semelhante decisão, contudo Plenária, o Supremo Tribunal Federal, em coerência com o julgamento acima exposto, admitiu a exigência de inadmissibilidade da prova exclusivamente testemunhal na concessão de pensão da qual prevê a Lei n. 7.986/89 em conjunto com o art. 54, § 1º do ADCT/CF (pensão vitalícia aos seringueiros que, convocados pelo governo, trabalharam no esforço de guerra na produção de borracha, na Amazônia, durante a Segunda Guerra Mundial). A decisão que se refere (ADI 2.555) teve por redação a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 54 DO ADCT. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA AOS SERINGUEIROS RECRUTADOS OU QUE COLABORARAM NOS ESFORÇOS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ART. 21 DA LEI Nº 9.711, DE 20.11.98, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 7.986, DE 20.11.89. EXIGÊNCIA, PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL E VEDAÇÃO AO USO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. A vedação à utilização da prova exclusivamente testemunhal e a exigência do início de prova material para o reconhecimento judicial da situação descrita no art. 54 do ADCT e no art. 1º da Lei nº 7.986/89 não vulneram os incisos XXXV, XXXVI e LVI do art. 5º da CF. O maior relevo conferido pelo legislador ordinário ao princípio da segurança jurídica visa a um maior rigor na verificação da situação exigida para o recebimento

do benefício. Precedentes da Segunda Turma do STF: REs n. 226.588, 238.446, 226.772, 236.759 e 238.444, todos de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. Descabida a alegação de ofensa a direito adquirido. O art. 21 da Lei 9.711/98 alterou o regime jurídico probatório no processo de concessão do benefício citado, sendo pacífico o entendimento fixado por esta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico. Ação direta cujo pedido se julga improcedente.

Dada a sedimentação do assunto, foi editada a Súmula 149 pelo Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”.

Sob análise neste estudo, entre outros aspectos, está o argumento de que a sentença trabalhista não tenha eficácia perante o INSS, por não ter a autarquia previdenciária participado daquela relação processual. Contudo, deve-se analisar o conjunto probatório de testemunhas e documentos reunidos, que embasam a sentença trabalhista, no reconhecimento do tempo de serviço, o que quer queira quer não, gera efeitos à luz do art. 55, §3º da Lei n. 8.213/91, conforme visto acima, que deveria ser admitido pelo INSS.

A título exemplificativo, segue jurisprudência da Justiça Federal:

**PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. RESTA-
BELECIMENTO DE APOSENTADORIA.** I – A decisão proferida pela Justiça do Trabalho, embora sirva, para fins previdenciários, como prova do tempo de serviço em relação ao período nela reconhecido, não é irrefutável, podendo ser elidida por outras em contrário, mormente porque o INPS não é parte do dissídio obreiro. II – Caso em que, muito embora, por si só, a sentença trabalhista, porque revel o reclamado e calcada apenas em depoimento do reclamante, seja insuficiente a demonstração do tempo de serviço para

efeito de aposentadoria previdenciária, os demais elementos constantes dos autos corroboram o sentido daquela decisão. III – Correta a sentença de 1º grau que considerou provado o tempo de serviço e exclui, quanto aos demais contratos laborais, os que possuíam período de trabalho coincidente. Recurso do INPS improvido (Processo: AC 89.01.22898-0/BA; APELAÇÃO CIVEL. Relator: JUIZ ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: 5/3/1990. Data da Decisão: 28/11/1990).

Chama atenção, na decisão acima, a eficácia quanto ao reconhecimento do tempo de serviço em detrimento dos outros elementos constantes nos autos. Percebe-se ainda, que se demonstra ineficaz a prova, não por decorrer de uma sentença trabalhista, mas sim pela ausência de provas outras que corroborem a mera prova testemunhal, neste sentido ainda:

Previdência Social. Prova de tempo de serviço apurado perante o juízo trabalhista. Ausência de razoável início de prova material. Indeferimento.

1 – Sentença proferida na Justiça do Trabalho, reconhecendo relação empregatícia, sem que tenha havido debate ou produção de prova, não serve para comprovar tempo de serviço perante a previdência social, que exige razoável início de prova material. 2 – A presunção **juris tantum** das anotações na carteira de trabalho só deve ser admitida quando lançadas contemporaneamente ao tempo de serviço prestado, ou durante a relação de emprego, ou quando ainda não prescrito o direito de reclamar, para impedir que, sob o manto protetor da Justiça do Trabalho, centenas de fraudes contra a previdência social sejam praticadas.” Embargos infringentes providos.” (Processo: EAC 89.01.01222-7/MG; EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL. Relator: JUIZ HERMENITO DOURADO. Relator para Acórdão: JUIZ PLAUTO RIBEIRO. Órgão Julgador:

1ª Seção. Publicação: 27/8/1990, DJ p.19031. Data da Decisão: 6/8/1990).

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO RECONHECIDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO INSERVIVEL PARA A PREVIDENCIA SOCIAL. 1.

O tempo de serviço computado em razão de processo trabalhista, do qual no participou o apelante, e reconhecido sem qualquer início de prova material, não há de ser aproveitado para fim de aposentadoria eis que a sentença transitada em julgado não pode prejudicar terceiros. 2. Apelo provido. 3. Remessa oficial não conhecida. 4. Sentença reformada (Processo: AC 89.01.22058-0/MG; APELAÇÃO CIVEL. Relator: JUIZ LUIZ GONZAGA. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: 25/04/1994, DJ p.17746. Data da Decisão: 23/3/1994).

PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – RECONHECIMENTO POST MORTEM DO VÍNCULO TRABALHISTA – ACORDO HOMOLOGADO POR NA JUSTIÇA DO TRABALHO – PROVA MATERIAL – INEXISTÊNCIA – PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. 1.

A comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, deve ter suporte em início de prova material. 2. Ausência de prova do exercício de atividade remunerada nos doze últimos meses que antecederam o falecimento do *de cuius*, implicando na falta de condição de segurado. 3. Apelação não provida. Sentença mantida (Processo: AC 2002.01.99.035700-2/RO; APELAÇÃO CIVEL. Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA. Convocado: JUÍZA FEDERAL KÁTIA BALBINO DE CARVALHO FERREIRA (CONV.). Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: 16/4/2007, DJ p. 51. Data da Decisão: 19/3/2007).

A Emenda Constitucional n. 20, promulgada em 1998, que modificou o sistema de previdência social, tratando também da execução da contribuição previdenciária decorrente das

sentenças trabalhistas, nos força atenção na interpretação da Lei sob este contexto, mormente frente às novas disposições introduzidas na competência da Justiça do Trabalho.

Desta forma, assim ficou o parágrafo terceiro do art. 114 da Constituição Federal de 1988:

Art. 114 – [...]

[...]

§ 3º – Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, «a», e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Como se percebe, quando da alteração do art. 114 da Constituição Federal, em que foi acrescido o § 3º, indicava-se que apenas seriam exequíveis parcelas advindas de sentença condenatória, não abrangendo as contribuições previdenciárias decorrentes do período contratual reconhecido. Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho tomou posição diversa, registrada na edição da Súmula 368 que, em seu inciso I, especificou:

A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, objeto de acordo homologado em juízo (ex-OJ n. 141 da SBDI-1).

Tal redação não se manteve, sendo alterada para a seguinte forma:

A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das

contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição.

Como se vê, havia no início uma pretensão quanto ao reconhecimento de tempo de serviço decorrente de anotação da Carteira de Trabalho, quando objeto de acordo, o que por algum motivo foi alterado.

De qualquer sorte, a interpretação sobre o tema, que se acreditava livre de discussões, acabou por ficar dúbia, no momento em que foi editada a Lei n.11.457, de 16/3/07 (Lei da “Super Receita”), que criou parágrafo único ao art. 876 da CLT com a seguinte redação:

Art. 876 [...] Parágrafo único. Serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, **inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido** (Grifo nosso).

Instaurou-se aqui um conflito, uma vez que a antinomia das leis não deixou claro se são exequíveis as contribuições sociais sobre salários pagos ao trabalhador, em tempo não admitido pela Previdência Social, se estas carecerem de início de prova material. Em uma análise superficial a resposta aponta para a negativa, no que toca à manutenção de um ordenamento coerente.

3.3 Critérios para a utilização de decisão trabalhista na área previdenciária

Como exaurido acima, sabe-se que a sentença trabalhista serve tão somente como início de prova material na esfera previdenciária. Contudo, o tema aqui fomentado é objeto de regulamentação legal e prevista para alterar tal utilização, ampliando-a.

Insta salientar que, visando a solucionar a dicotomia legal estabelecida, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei que, na Câmara dos Deputados, recebeu o n. 3451/08.

Em que pese fortes críticas recebidas, no que diz respeito à sua forma e real aplicação, tal projeto visa a esclarecer a eficácia das sentenças trabalhistas, na lei previdenciária, acrescentando os §§ 5º a 7º ao art. 55 da Lei n. 8.213/91, conforme segue:

§ 5º. As decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive as referentes a reconhecimento de período contratual, poderão ser aceitas como início de prova material, desde que tenham sido proferidas com base em prova documental, contemporânea aos fatos a comprovar.

§ 6º. As decisões a que se refere o § 5º, não proferidas com base em prova documental, terão sua eficácia perante o Regime Geral de Previdência Social limitada ao período não abrangido pela prescrição trabalhista e desde que tenha havido recolhimento de contribuições previdenciárias no curso do período laboral.

§ 7º. Na hipótese de não ter havido o recolhimento a que se refere o § 6º, a eficácia da decisão fica condicionada à comprovação, ao INSS, do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes ao respectivo período.

Como se depreende da leitura acima, a recusa da autarquia previdenciária, em admitir a eficácia das provas colacionadas em processo trabalhista, obrigando o segurado a buscar a Jurisdição Federal, deve ter fim, como exposto acima, na redação do projeto do § 5º. Da mesma forma, se desenha um novo cenário, com o § 6º, tendo em vista que estabelece condição para a admissão de efeitos previdenciários, admitidos na Justiça do Trabalho, apenas com prova testemunhal.

O tempo em questão restringe-se aos cinco anos abarcados pela prescrição constitucional, desde que venha a ser recolhida a contribuição previdenciária do respectivo período, não deixando,

assim, margem para fraudes ou a outro prejuízo à previdência social.

É importante destacar que o projeto encontrou duras críticas, e a voz contrária que mais se sobressai é a do Juiz do Trabalho, Dr. Carlos Alberto Pereira de Castro,³ que formulou artigo, anexo, intitulado: “Reconhecimento do tempo de atividade informal prestado por empregado: o Projeto de Lei n. 3.451/08 e seus graves equívocos”, assim se posicionando:

À primeira vista, parece ter-se olvidado o mentor do projeto que a responsabilidade pelos recolhimentos de contribuições, em se tratando de relação de emprego (urbana, rural ou doméstica) é sempre do empregador, por força dos artigos 30 e 33, § 5º, da Lei 8.212/91 – a Lei de Custeio da Seguridade Social, não podendo ser imputada ao trabalhador.

Neste prisma, o magistrado do Trabalho levanta questão pertinente quanto à responsabilidade pela contribuição à Previdência, considerando o custeio como norte maior à relação direta, que leva aos benefícios pleiteados, complementando em outro ponto:

[...] Em síntese, pretender atrelar a contagem do tempo de atividade prestada pelo empregado na informalidade a tais recolhimentos é fazer recair a responsabilidade sobre o lesado – o trabalhador – e não sobre o infrator – seu empregador, que o manteve na informalidade.

Contudo, *permissa vênia*, a opinião acima transcrita deixa de analisar alguns aspectos importantes, focando somente na questão contributiva. Por exemplo, considera-se que, em respeito ao comando legal disposto no art. 114, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, é da Justiça do Trabalho a competência para proceder, de ofício, com a execução das contribuições sociais previstas no art. 195, inciso primeiro, aliena “a” e inciso segundo.

³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2008. p. 35.

Como se percebe, o legislador constitucional, ao propor tal regramento, se preocupou em fomentar acréscimo monetário nos fundos da Previdência Social, através da Justiça do Trabalho, que, por sua vez, não consegue fazer permear, de forma satisfatória, os efeitos de suas decisões em benefícios concretos e imediatos ao jurisdicionado.

Com efeito, uma vez que a comprovação de tempo de serviço ou ainda comprovação relativa à contribuição, por força de Lei (§ 3º do art. 55 da Lei n. 8.213/91) sempre requereu prova documental e, assim sendo, não raro, as decisões provenientes da Justiça do Trabalho não são de todo aceitas na área previdenciária. Sob este aspecto, Rocha e Baltazar Junior⁴ esclarecem ao comentarem o art. 55 da Lei n. 8.213/91:

Indubitavelmente, a questão mais delicada no que concerne ao tempo de serviço diz respeito a sua prova. Relativamente aos meios probatórios admitidos, o CPC acolheu o princípio da liberdade objetiva dos meios de demonstração (art. 332). Vale dizer, são admitidos todos os meios, desde que cientificamente idôneos e moralmente legítimos. No concernente a avaliação das provas, o CPC adotou o sistema da persuasão racional para apreciação das provas (art. 131). Assim o destinatário da prova tem liberdade para apreciá-la, salvo quando a lei excepciona.

Exatamente este tipo de tratamento diferenciado é dispensado no §3º do art. 55, quando se cogita da comprovação do tempo laboral, pois aqui a prova, contrariando a regra geral, é tarifada. Veda-se, consoante antiga tradição do Direito Previdenciário, a comprovação de tempo de serviço para fim de obtenção de benefícios previdenciários, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, quando baseada em prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência

⁴ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Esmafe, 2011. p. 217.

de motivo de força maior ou caso fortuito, ou seja, a comprovação da destruição dos documentos em razão de incêndio, inundação ou fatos assemelhados.

O rigor da norma, principalmente em face dos elevados encargos trabalhistas e previdenciários que não incentivavam a formalização dos contratos laborais, conduziu a alguns julgamentos, nos quais se defendeu que esta norma era aplicável apenas a administração, não vinculando o Juiz. Contudo, este posicionamento é rejeitado pela esmagadora maioria da jurisprudência, a tal ponto que foram editadas as Súmulas 27 do TRF da 1ª R. e 149 do STJ, essa última com o seguinte enunciado: “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. Apesar de a súmula se referir somente ao rurícola, o entendimento tem sido o mesmo, no caso de trabalhador urbano” (grifo nosso).

Aqui o doutrinador explica de forma saneadora o espírito do art. 55 da Lei de Benefícios Previdenciários, tratando a prova testemunhal como insuficiente para fins de comprovação de tempo. Por analogia, há que se imaginar, que a sentença trabalhista, que se baseou em provas testemunhais para comprovação de vínculo, bem como tempo de trabalho, não poderia, pela interpretação da lei previdenciária, servir nesta área, a não ser como início de prova material, mormente sendo tal norma vinculada apenas à administração e não ao magistrado federal, a quem cabe tal decisão.

Neste aspecto, surgiram diversas demandas judiciais, com o fito de declarar inconstitucional tal necessidade de prova material, visando a convalidar a decisão da Justiça do Trabalho diretamente à Previdência. Quanto a isso complementam Rocha e Baltazar Junior:

O STF vem, reiteradamente, rejeitando as alegações de inconstitucionalidade levantadas contra a exigência de início de prova material. Com relação ao §3º em

comento, pode ser apontado o RE 226.588-9/SP. Por sua relevância, merece destaque a decisão proferida na ADIn 2.555-4/DF, relatada pela Min, Ellen Gracie. Nessa ação, o PTB arguiu a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei 9.711/98 – o qual alterava a redação do art. 3º da Lei 7.986/90, legislação regulamentadora da concessão do benefício previsto no art. 54 da ADCT – cuja decisão rejeitou essa alegação nos seguintes termos [...].⁵

Adiante, nos estudos interpretativos do §3º do art. 55 referido, verifica-se que a legislação não se furtou a definir os documentos passíveis de aceitar-se como início de prova material. Assim, segundo a inteligência do §2º do art. 62, do RPS, ficam estabelecidos, em um rol exemplificativo, os documentos aceitos para este fim, divididos pela atividade que se pretende demonstrar, excetuando-se, obviamente, a atividade rural, que encontra norma específica no art. 106 da Lei n. 8.213/91.

No que toca à sentença trabalhista mais especificadamente, na mesma obra acima indicada, Rocha e Baltazar Junior assim se manifestam:

d) *Reclamatória Trabalhista*. Na verdade, muitas reclamações trabalhistas são ajuizadas com desvirtuamento da finalidade, ou seja, não visam a dirimir controvérsia entre empregador e empregado, mas sim, a obter direitos perante a previdência social. Em alguns casos há uma verdadeira simulação de reclamatória, com o reconhecimento do vínculo empregatício, por parte do empregador, em acordo ou quando os direitos trabalhistas já estão prescritos, como no caso de demanda ajuizada mais de vinte anos após a extinção do contrato de trabalho.

Há entendimento no sentido de que ela pode ser considerada com início de prova material, plasmado na

⁵ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Esmafe, 2011. p. 217.

sumula 31 da TUN: “A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários.” Entretanto, sua admissibilidade como meio de prova de tempo de contribuição para fins previdenciários possui, a nosso ver, um óbice intransponível: a eficácia subjetiva da coisa julgada. Não tendo o Instituto integrado a lide, não poderá sofrer os efeitos da decisão nela proferida. Além disso, a competência para conhecer de questões relativas à contagem do tempo de serviço destinado a obtenção de benefícios é da Justiça Federal.⁶

Neste aspecto, deixam bem claro os doutrinadores que há no caso um conflito de competência, porque não cabe à Jurisdição Trabalhista conhecer de questões relativas a tempo de serviço para fins previdenciários, servindo tal expediente apenas como início de prova material, limitada, dentro das condições em que foi exarada, a ser utilizada apenas parcialmente ou, ainda, recusada.

Impende salientar que por força da Lei n. 8.620/93 os juízes do Trabalho receberam a incumbência de intimar a INSS sobre acordos celebrados, para que esta tivesse a oportunidade de promover a cobrança de eventuais contribuições previdenciárias, pendentes em acordos e sentenças. Neste sentir, verifica-se que a exigência de início de prova material, com o fito de comprovação de tempo de serviço/contribuição, sempre foi vista como fundamental para aferição da realidade dos fatos e, assim, como determinado por jurisprudência e súmulas.

3.4 Da possibilidade de fraude no reconhecimento da relação de emprego e seus impactos na área previdenciária

Da leitura interpretativa do comentário acima transcrito, do livro *Comentários à lei de benefícios da previdência social* supracitado, verifica-se a preocupação do magistrado federal, competente para averiguação das questões previdenciárias, quanto à fraude: “Não

⁶ *Ibidem*, p. 221.

visam a dirimir controvérsia entre empregador e empregado, mas sim, a obter direitos perante a previdência social”. Contudo, em oportuno contraponto a este aspecto, Castro assim se manifesta:

[...] Dizer, por sua vez, que a permissão legal de que qualquer decisão da Justiça do Trabalho seja reconhecida para fins de cômputo de tempo junto à Previdência é abrir margem à fraude, significa atribuir a este ramo do Judiciário uma pecha de conivência com situações simuladas, ou pior, de conluio. Evidente, há lides simuladas; mas os Juízes do Trabalho, tanto quanto os demais Magistrados que atuam em outros ramos do Judiciário, são ciosos de suas responsabilidades para com a sociedade, e estão atentos às fraudes tanto ou mais que os servidores do INSS – e bem menos sujeitos à corrupção, ao menos pelo que se nota das notícias veiculadas pela mídia.⁷

Assim, não se olvida que possam existir fraudes na relação de emprego levada à apreciação de juízo competente, para verificação ou homologação. Contudo, tal possibilidade não deve nortear a subutilização de documento legal hábil tal qual a sentença trabalhista. Se esta “desconfiança” se dá em um documento judicial tão nobre quanto à sentença, o que dizer dos documentos que a sustentam? Não seria prudente duvidar de peritos, laudos e testemunhas?

O processo de conhecimento, que tramitou na seara trabalhista, transcende a sentença. Podem ser utilizados, na área previdenciária, os documentos que foram colacionados ao processo laboral e, neste caso, seria imperioso o reconhecimento de tempo de serviço resultante de decisão judicial pelo órgão previdenciário. Não há a necessidade de um novo procedimento judicial, que, via de regra, revisará todos os documentos acostados no processo trabalhista, revelando um grande contrassenso, ônus desnecessário às partes e ao Judiciário, em perfeito diapasão com os princípios legais da economicidade processual

⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2008. p. 35.

e da celeridade, tão em voga nestes tempos de Judiciário asseverado de demandas.

3.5 Limitações criadas pelo projeto de Lei n. 3.451/2008, visando solucionar a problemática para a utilização da sentença trabalhista não baseada em provas documentais

Uma vez que a decisão trabalhista proferida não relevou aspectos documentais para formar a convicção do julgador, impõe-se a este decisório algumas limitações quanto à sua aceitação na área previdenciária, para o que, foram pensados no projeto de Lei n. 3.451/08 limites legais visando a compatibilizar tal utilização ao ordenamento jurídico vigente, solucionando (ao menos na visão do legislador) a problemática estabelecida. Como primeira medida, para que seja possível a prospecção de efeitos previdenciários a decisões trabalhistas, pensou-se (§6º do projeto de Lei) em duas soluções:

Para considerar válida a decisão trabalhista que não se baseou em prova documental, seria necessário verificar se foi vertida contribuição à Previdência Social, durante o vínculo laboral, o que resolveria, em parte, ao menos, a relação de custeio aplicada ao caso, especialmente se não existiu formalização do contrato de trabalho.

Já em caso de falta de indícios materiais de formalização de pacto laboral, mas existindo contribuições à Previdência, durante o período apurado, as próprias contribuições teriam o condão de suprir a falta do início de prova material, porque só tem lugar no mundo fático se, efetivamente, houve trabalho, porque as contribuições decorrem do exercício de atividade laboral.

Insta salientar que, sob este aspecto, caso não sejam vertidas contribuições à Previdência, durante o exercício da atividade laboral, e considerando que atualmente estas são executadas pela própria Justiça do Trabalho, é necessário e condicional que tais contribuições sejam efetivadas integralmente, conforme comando legislativo positivado no art. 201 da Constituição Federal de 1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a [...].

Mantém, desta forma, a natureza contributiva pensada pelo legislador constitucional, bem como fica observado o equilíbrio atual e financeiro. Neste aspecto, vale registrar, ainda, o seguinte artigo, igualmente da CF/88:

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] –

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 28, de 25/5/2000).

Da leitura do comando judicial acima, verifica-se que a Constituição impõe à Justiça do Trabalho limitação prescricional quanto ao período a ser reconhecido na seara previdenciária, limitado em cinco anos. Acima deste período, poder-se-ia incentivar a informalidade nas relações trabalhistas, abrindo precedentes para que obreiros e empregadores se utilizassem de expedientes fraudulentos, conforme tratado no tópico anterior, pactuando o reconhecimento de períodos laborais, sem a possibilidade de execução das correspondentes e necessárias contribuições à Previdência.

Considerações finais

A Justiça Federal, no que concerne ao direito previdenciário – ramo do direito público e, a justiça do trabalho –, ligada ao ramo

do direito privado, a comunicação necessária entre os dois gera conflitos processuais, ocasionados pela necessidade cotidiana de utilizar-se o que foi decidido em uma esfera, na outra, sem que sejam violados princípios ou invadidas competências.

Neste sentido, a pretensão do presente estudo foi fomentar a discussão acerca da utilização da sentença trabalhista, no âmbito previdenciário, à luz dos princípios jurídicos da celeridade e economicidade processual, de forma a que as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, se baseadas em prova documental, possam ser integralmente aceitas pela Previdência Social e, caso tenham utilizado outro expediente, ainda assim possam ser aceitas, nas condições aqui trazidas – início de prova material.

Toda temática em torno dos efeitos jurídicos da sentença trabalhista, na área previdenciária, constitui, como se vê, assunto vivo e interessante, que possui diversas opiniões e vasto campo para discussão, especialmente no que se relaciona com a convicção necessária dos dispositivos representados pelo art. 55 da Lei n. 8.213, de 1991, pelo projeto de Lei n. 3.451/08 e pela Lei n. 10.035/00.

Referências

BRASIL. (Constituição [1988]). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

_____. Projeto de Lei n. 3.451/2008.

_____. Lei n. 10.035/00.

_____. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.

_____. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

_____. Novo Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2008. p. 35.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Execução de contribuições sociais na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LEITE, Celso Barroso. **Dicionário Enciclopédico de Previdência Social**. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Aposentadoria especial**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Execução da Contribuição Previdenciária na justiça do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Affonso Aparecido. Execução de contribuições previdenciárias na justiça do trabalho. **Revista de Direito Social**, São Paulo: Notadez, n. 1, 2001.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 4. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Esmafe, 2011.

SANTOS, Ana Paula de Mesquita Maia. **Manual dos benefícios previdenciários**. Sapucaia do Sul: Editora Notadez/Datadez, 2010.

SAVARIS, José Antônio. Requisitos genéricos da proteção previdenciária: qualidade de segurado e carência. *In*: TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). **Direito previdenciário em foco**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

16.

A ergonomia aplicada à mulher e ao transexual feminino

Ícaro da Silveira Frota*

Clóvis Dias de Souza**

Resumo: O presente artigo científico busca investigar e analisar de forma a contribuir, sob a égide dos princípios constitucionais, legais, jurisprudenciais e consuetudinários, a aplicação legislativa da capacitação de ergonomia descrita na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para homens, mulheres e transexuais. Compreendem-se estes últimos, enquanto objeto deste estudo, os indivíduos masculinos que, através de procedimentos médicos: farmacológicos e cirúrgicos, se transformam em um ser feminino. Optou-se pelo estudo da transformação masculina em feminina ante a capacidade muscular masculina, ser, em tese, superior quanto ao carregamento de peso. Ao longo do estudo se analisam as legislações pátrias, posições doutrinárias, decisões jurisprudenciais e convenções da Organização Internacional do Trabalho, em cotejo com aspectos clínicos, próprios de doutrina médica para concluir pela aplicação do art. 198 ou 390 da CLT, quando se tratar de ergonomia a transexual, ante ao princípio do protecionismo ao labor feminino e eventuais discriminações ao trabalho do transexual.

Palavras-chave: Ergonomia. Transexual. Trabalho. Saúde. Levantamento de peso. Princípios. Proteção ao trabalho feminino.

Abstract: This research aims to investigate and analyze under the

* Mestrando em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal (Esmafe) e Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Advogado. *E-mail:* isfrota@ucs.br

** Mestrando em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul. Mestrando em Educação na Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná), Direito Processual Penal e Ciências Penais (PUC/PR) e Língua Portuguesa (Universidade Salgado de Oliveira). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. *E-mail:* clovis@hotmail.com

umbrella of constitutional principles, legal, jurisprudential and customary, the legislative implementation of ergonomics training described in the Consolidation of Labor Laws (CLT) for men, women and transsexuals, understood the latter, as the object of this study, the male being who through medical procedures: pharmacological and surgical, turns into a woman. We opted for the transformation of the male study in female versus male muscular capacity is, in theory, as higher loading weight. Throughout the study analyzes the home-lands laws, doctrinal positions, court decisions and conventions of the International Labour Organisation in comparison with clinical, own medical doctrine and to complete the application of Article 198 or 390 of the Labor Code when it comes to ergonomics transsexual, against the principle of the female labor protectionism and possible discriminations to work transsexual.

Keywords: Ergonomics. Transsexual. Work. Health. Weight lifting. Principles. Protection of female labor.

Introdução

Quando se fala em ergonomia atrelada ao trabalho, logo vem à mente levantamento de peso, postura correta, uso de equipamentos de proteção individual. Contudo, o tema é extremamente amplo e objeto de interesse de diversos ramos do direito, a exemplo do direito constitucional e do princípio da igualdade, do direito previdenciário, para análise do meio ambiente de trabalho, através de descrição em perfil profissiográfico-profissional (PPP) e, obviamente, do direito do trabalho, no que concerne ao meio ambiente do trabalho e proteção aos trabalhadores.

Neste estudo, a bem de afastar tais aspectos controversos e de extenso debate, se aborda o tema pelo viés da aplicação legal já existente, que toma por base diferenciar as capacidades de levantamento de peso entre homens e mulheres, sem definir, contudo, a legislação a ser aplicada ao transexual.

Conforme delineado no resumo, neste estudo se define o transexual como o ser masculino que, mediante procedimentos

médico-cirúrgicos e farmacológicos se transforma em feminino. Optou-se por esta linha de pesquisa porque, em tese, o homem possui maior capacidade muscular, sendo interessante definir as transformações corporais como determinante à aplicação de um ou outro regramento.

Como área a ser desbravada pelas ciências jurídicas e sociais, tem total inovação a pesquisa aqui apresentada, dado que é permeado, por diversas reflexões legais, que vão da morfologia física aplicada à condição de trabalho até eventual discriminação que o trabalhador transexual possa sofrer, em seu ambiente de trabalho.

De imediato, lança-se o questionamento quanto ao limite de peso que uma pessoa pode levantar, seja homem, mulher ou transexual, baixo, alto, forte ou fraco.

Em tese, o homem tem maior capacidade muscular, dada a sua constituição biológica. Contudo, é possível encontrar um limiar de tolerância ao carregamento/levantamento de carga? O que diz a lei a esse respeito? A jurisprudência? A doutrina? Há tratamento diferenciado ao labor dito feminino? No que contribuem os estudos médicos existentes sobre a capacidade física de um transexual?

Atentos aos questionamentos acima formulados, desenvolveu-se o presente artigo, que não visa a esgotar o assunto, mas fomentar a discussão com seriedade e embasamento.

1 Definição e conceituação

São diversos os fatores a serem verificados, quando se trata de capacidade ergonômica, especialmente, quanto às diferenças legais que atendem à proteção do trabalho feminino. É imperioso iniciar a digressão acadêmica do tema com as necessárias definições e conceituações, passando pelos regramentos vigentes afeitos à matéria: Ergonomia:

Ergonomia (ou “fatores humanos”) é a disciplina científica relacionada ao entendimento das interações entre

seres humanos e outros elementos de um sistema, e também é a profissão que aplica teoria, princípios, dados e métodos para projetar a fim de otimizar o bem-estar humano e o desempenho geral de um sistema.¹⁰

Partindo de um começo comum, tem-se, resumidamente: a ergonomia é a interação do homem (*lato sensu*) com seu ambiente e, como se pode perceber, existem muitos fatores, além do peso, que estão sendo levantados, propriamente dito, e das características de gênero dos indivíduos.

Uma reflexão necessária para ilustrar este raciocínio é o velho questionamento, feito corriqueiramente em tom jocoso: O que pesa mais? Um pacote com 15 kg (quinze quilogramas) de penas ou um com 15 kg (quinze quilogramas) de chumbo?

A primeira resposta que vem à mente é que ambos pesam o mesmo; contudo, sob o ponto de vista ergonômico, as penas pesam mais, pois seu volume é infinitamente maior, distanciando o indivíduo responsável por seu levantamento do centro de peso do pacote, o que dificulta sobremaneira o levantamento, impondo maior esforço para deslocar tal carga.

Adentrando no aspecto legal, verifica-se que a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943), quando trata deste aspecto, assim se pronuncia de maneira geral:

Art. 198 – É de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher (Redação dada pela Lei n. 6.514, de 22.12.1977).

Parágrafo único – Não está compreendida na proibição deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, carros de mão ou quaisquer outros aparelhos mecânicos, podendo o Ministério do Trabalho, em tais casos, fixar limites diversos, que evitem sejam exigidos

¹⁰ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ergonomia>. Acesso em: 27 maio 2015.

do empregado serviços superiores às suas forças (Redação dada pela Lei n. 6.514, de 22.12.1977) (grifo nosso).

Digna de nota foi a preocupação do legislador em salvar o labor feminino, assim dispondo mais adiante:

Art. 390 – Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.
Parágrafo único – Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos (grifo nosso).

Ao largo da discussão de desigualdade entre os sexos e o princípio constitucional da isonomia,¹¹ dado não ser o objeto do presente estudo, verifica-se a proteção dada ao labor feminino, não só pela CLT, mencionada alhures, mas igualmente pela Convenção n.127 do Ministério do Trabalho e Emprego, que determinam um limite “consideravelmente inferior ao que se admite para trabalhadores adultos de sexo masculino”:

Convenção n. 127

Art. 7

- 1. O emprego de mulheres e jovens trabalhadores no transporte manual de carga que não seja ligeira será limitado.*
- 2. Quando se empregarem mulheres e jovens trabalhadores no transporte manual de carga, o peso máximo desta carga deverá ser **consideravelmente inferior ao que se admite para trabalhadores adultos de sexo masculino** (grifo nosso).*

É importante salientar que, ao se falar de balizas para levantamento de cargas ou pesos, é primeiro necessário partir as

¹¹ A **isonomia** segue o princípio no qual *todos são iguais perante a Lei* (BAS-TOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 225).

ações:¹² primeiro, é verificada a frequência do levantamento (quantas vezes ao dia, por hora, por minuto, etc.), após a distância vertical (esta compreendida como a altura existente entre a carga e o chão) e, por fim, a distância de mobilidade horizontal (por quantos metros será movimentada a carga).

Pelas recomendações legais, basta conter sessenta quilos e poderia ser transportada por qualquer homem, ou, vinte e cinco quilos e ser transportada por qualquer mulher; contudo, refletindo quanto aos três aspectos trazidos acima, verifica-se a precariedade da norma existente.

À luz do embate entre os arts. 198 e 390 da CLT, está o transexual, assim definido ainda em 1953 pelo cientista-médico Benjamin H:¹³ “A plena convicção por parte de um indivíduo de determinado sexo de pertencer ao sexo oposto, e o comportamento visando realizar essa convicção”.

Ou ainda:

Transexual é um indivíduo que se identifica psicologicamente e socialmente com o sexo oposto. Ele tem todas as características físicas do sexo constante da sua certidão de nascimento, porém se sente como pertencente ao sexo oposto. Em síntese, o transexual masculino, é uma mulher vivendo em um corpo de homem e o feminino uma mulher em um corpo masculino. Segundo Maria Helena Diniz “o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação ou auto-extermínio”.¹⁴

Neste quesito de conceituação, emerge o condicionamento biológico estrutural do ser transexual que, por haver nascido

¹² GRANDJEAN, Etienne. **Manual de ergonomia**: adaptando o trabalho ao homem. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 1998.

¹³ BENJAMIN, H. Transvestism and transsexualism. **Int Journal of Sexology**, v. 7, p.12-14, 1953.

¹⁴ CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo**: intersexualidade transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

homem, carrega a genética atinente; contudo, mediante tratamentos específicos, de ordem psíquica, farmacológica e cirúrgica, constituem-se mulher, conservando características de ambos os gêneros.

Para melhor dispor esta incursão pela seara médica, toma-se por base o artigo intitulado “Transexualidade: aspectos psiquiátricos e médico-legais” de autoria de quatro médicos portugueses,¹⁵ estudiosos da área, doutores João Gama Marques (1), Fernando Vieira (2), Marco Gonçalves (3) e Jorge Costa Santos (4), que discorrem, especificamente sobre a transformação que ocorre no corpo masculino, quando dos procedimentos transexuais:

Em termos clínicos, mas também em termos legais, há factores que devem ser tidos em conta (Tabela 1) [sic], para definir o sexo e o género do indivíduo, algo que, por vezes, não é tão fácil quanto pode parecer. Por outro lado, é tida em conta a orientação sexual do indivíduo, que se constitui como conceito independentemente pendente da identidade de género. Uma das tentativas clássicas de esclarecimento do fenómeno foi feita por Alfred Kinsey, que o conduziu à criação da Escala de Orientação Sexual (SOS – Sexual Orientation Scale), onde no extremo inferior (0) se situariam os exclusivamente heterossexuais e no extremo superior (6) os exclusivamente homossexuais. Entre os valores de 0 e 6 distribuir-se-ia um leque de indivíduos com orientações sexuais não exclusivas. Na Classificação Internacional de Doenças, 10^a Edição, da Organização Mundial de Saúde (CID-10, OMS, 1992), o diagnóstico de transexualidade é codificado na rubrica F64.0, Perturbações da Identidade Sexual, integrada

¹⁵ 1) Médico Interno de Psiquiatria do Hospital Júlio de Matos, Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa; Autor Correspondente: Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa, Avenida do Brasil, n. 3, 1749-002 LISBOA; 914 217 595; anthropophobe@hotmail.com; (2) Assistente Graduado Sênior de Psiquiatria. Director do Serviço de Clínica Forense da Delegação do Sul do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P. Investigador do CENCIFOR – Centro de Ciências Forenses; (3) Assistente de Psiquiatria do Hospital Júlio de Matos, Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa – Consulta de Sexologia.

nas Perturbações do Comportamento e da Personalidade do Adulto¹⁷ (3 critérios na Tabela 2). No Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais, 4ª Edição, Texto Revisto, da Associação Americana de Psiquiatria (DSM-IV TR, APA, 2000), o diagnóstico é codificado na rubrica F302.85 como Perturbação de Identidade do Género¹⁸ (Tabela 2).

Tabela 1 – Fatores relacionados com a definição de sexo e gênero

Fator		Feminino	Masculino
	Genético	XX	XY
	Cromatínico	Com corpúsculo de Barr	Sem corpúsculo de Barr
	Gonadal	Ovários	Testículos
	Genital	Vulva, vagina, trompas de falópio, útero	Pênis, próstata, canais deferentes, epidídimos, vesículas seminais
	Mortológico	Mamas, diâmetro pélvico e quantidades de tecido adiposo maiores	Cordas vocais e cartilagem laríngea desenvolvida, diâmetro escapular, pilosidade e massa muscular maiores
	Hormonal	Progesterona e estrogênio	Testosterona
Psico	Psíquico	Sentir-se mulher	Sentir-se homem
Sociocultural	Papel de gênero	Por exemplo, maternidade e gestão do lar	Por exemplo, autoridade e sustento da família.

Tabela 2 – Critérios de diagnóstico de perturbação de gênero CID-10 e no DSM-IV TR

<p style="text-align: center;">CID-10 1992</p>	<p style="text-align: center;">DSM-IV TR 2000</p>
<p>1. O desejo de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado pelo desejo de manter o seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido, recorrendo a tratamento hormonal e cirurgia.</p> <p>2. A identidade transexual está presente de forma persistente durante, pelo menos 2 anos.</p> <p>3. A perturbação não é um sintoma de anomalia cromossômica ou mental.</p>	<p>1. Uma persistente e forte identificação do gênero cruzado (não um mero desejo de pertencer ao outro sexo por qualquer vantagem cultural).</p> <p>2. Desconforto persistente com o seu sexo ou sensação de ser inapropriado no papel de gênero desse sexo.</p> <p>3. A perturbação não coexiste com um estado físico geral intersexual.</p> <p>4. A perturbação causa mal-estar ou défice clinicamente significativo no funcionamento social, ocupacional ou noutras áreas importantes.</p>

A diferenciação de gênero é ainda mais forte, quando se trata de critério psíquico, sendo explicada através de diagnósticos e classificações que consideram ainda o fetichismo, o travestismo e a orientação sexual agodistônica, conforme explicam os doutores:

Finalmente, há que fazer o diagnóstico diferencial com outros quadros psiquiátricos, incluídos nas classificações, como o fetichismo, o(s) travestismo(s) e a orientação sexual egodistônica, merecendo, todavia, destaque a paranoia de metamorfose sexual, que pode manifestar-se em doentes psicóticos com a convicção delirante de terem mudado de sexo. Este delírio pode ter contornos místicos, sobrenaturais e bizarros, e ser acompanhado por alucinações cenestésicas (alucinações corporais na região genital), quadro este altamente sugestivo de esquizofrenia paranoide ou outra psicose grave.

Quanto ao tema, elaboraram pertinente tabela

Tabela 4. Diagnóstico diferencial na Perturbação da Identidade de Género

Intersexo	Hermafroditismo	Órgãos genitais de ambos os sexos
		Quimera 46 XX / 46XY
	Pseudo-Hermafroditismo	Ovotestis
		Disgenésia gonadal
		↓ 21 Hidroxilase
		↓ 11β Hidroxilase
		↓ 3 β HS Hidrogenase
		↓ 17α Hidroxilase
	↓ 20,22 Desmolase	
		Deficiência congénita da 5α redutase
	Morris	Cariótipo normal e insensibilidade a androgénios
Kuster Hauser	Cariótipo normal e agenésia vaginal	
Klinefelter	Cariótipo 47XXY	
Turner	Cariótipo 45XO	
Swyer	Cariótipo 46XX ou XY	
Perrault	Cariótipo 46XX ou XY	
Lejeune	Cariótipo com deleção do cromossoma 5p	
Perturbação Identidade de Género	Travestismo Duplo Papel	Sem excitação nem desejo de mudar o sexo
	Skopty	Preocupação obsessiva com ideia de castração
Parafilias		Excitação com ideia de castração
	Feticchismo	Excitação ao manipular roupa do sexo oposto
	Travestismo Feticchista	Excitação ao vestir roupa do sexo oposto
Psicose	Koro	Delírio de diminuição do órgão genital
	Metamorfose Sexual	Delírio da transformação sexual em curso
Orientação Sexual	Orientação sexual egodistónica	Sofrimento psicológico com a sua orientação sexual

Os autores ainda abordam o tema sob o ponto de vista do tratamento, aqueles que não estão satisfeitos com sua situação, o que não tange ao aspecto aqui abordado, refere-se apenas a título ilustrativo, que ser transexual nem sempre é uma opção clara e consciente, ao menos sob o ponto de vista clínico, podendo ser constituído em um sofrimento ao ser.

A legislação civil, há muito, evolui e trata o ser transexual tal qual o ser masculino e feminino, dando garantias jurídicas e direitos à semelhança do sexo adotado.

Neste particular, sublinha-se que, para que se consiga proceder com o ato cirúrgico, (redesignação de gênero), é condição prévia que se faça um diagnóstico minucioso por uma junta médica, equipe que deverá englobar psiquiatras, endocrinologistas, cirurgiões e ginecologistas. Normalmente, o tratamento para mudança de sexo impõe um período longo exposto a medicamentos hormonais e acompanhamento dos profissionais acima citados, e só após este “teste” se agenda o procedimento.

Nesse sentido, a jurisprudência refere:

Ementa: REGISTRO CIVIL Assento de nascimento Alteração Pedido de retificação de nome e alteração de sexo no registro civil c c autorização para cirurgia de reatribuição sexual Inviabilidade Transexualismo que reclama tratamento médico que só pelo especialista pode ser deliberado Admissibilidade da cirurgia de transgenitalização mediante diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos durante dois anos (CFM, Resolução 1 652/02). Apelante inscrito e em fila de espera para o tratamento, que deve ser definido pela equipe multidisciplinar, independentemente de autorização judicial, por se tratar de procedimento médico, competindo ao médico a definição da oportunidade e conveniência Recorrente que, por ora, é pessoa do sexo masculino Alteração no registro civil que poderá ser tratada, oportunamente, após resolvida, no âmbito médico, a questão de transexualidade Apelo desprovido. (TJ-SP – Ap. 4174134500 – Rel. Carvalho Viana. 10ª Câmara de Direito Privado. j. 9/10/2007).

Já foi implementado em nosso País o procedimento como um todo, através da Resolução CFM n. 1.652/02, que regula e permite a cirurgia de mudança de sexo, inclusive servindo de base para fomentação deste procedimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

2 Implicações legais à mudança de sexo

No que concerne ao registro civil, existem divergências de ordem jurídica e de fundamentação preconceituosa.

Ensinam os renomados doutrinadores Sá e Naves,¹⁶ que há a possibilidade de formular em juízo pedido de alteração

¹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey.

do prenome, após a cirurgia de mudança de sexo, sem que aja, contudo, fundamento legal para tanto, motivo pelo qual se mensura haver incontáveis julgados que negam provimento à alteração de registro, sustentando o “franciscano” argumento de que prevalece o sexo biológico sobre o psíquico, aplicando-se, então, o vergastado princípio da imutabilidade do nome da pessoa.

Acerca desse princípio, ele está previsto na Lei n. 6.015/73 (note-se que a Lei é de 1973), fundamentado no art. 58, que assim dispõe: Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei n. 9.708, de 1998).

Graças a mentes mais iluminadas, a jurisprudência e a doutrina têm deixado de utilizar o artigo supra, e percebido a necessária autorização à alteração do prenome no registro civil, desde que a pessoa tenha se submetido à cirurgia de mudança de sexo.

As permissivas jurídicas encontradas estão estampadas no art. 3.º, inciso IV, da Constituição Federal e nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE:

Art. 3.º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

DECRETO-LEI n. 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.
(Lei de Introdução ao Código Civil)

Art. 40. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 50. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nesta mesma linha de pensar, os doutos doutrinadores acima referidos afirmam que a jurisprudência e os doutrinadores, que

são favoráveis à alteração do prenome, nos registros públicos, adotam também os seguintes argumentos:

1) o artigo 1º, III, da Constituição Federal, estabelece a dignidade humana como um dos fundamentos da República. Assim, este dispositivo assegura o livre desenvolvimento da personalidade, protegendo o direito à cidadania e a posição do transexual como sujeito de direitos na sociedade;

2) A cirurgia não possui caráter mutilador, mas sim corretivo;

3) Uma vez que o direito de dispor sobre o próprio corpo integra os direitos da personalidade, o transexual tem o direito de buscar o livre desenvolvimento de sua personalidade, através do seu equilíbrio psicofísico que constitui um direito à saúde, também considerado direito da personalidade” (grifo nosso).

De modo geral, se verifica a condição de alteração de gênero, sob o ponto de vista legal, como uma benesse a ser alcançada ao jurisdicionado, sendo pedra de toque balizadora a dignidade da pessoa humana.

3 Meio ambiente do trabalho – transexualidade – ergonomia

Como visto acima, existem diversas repercussões jurídicas à mudança de sexo, não sendo diferente na esfera trabalhista, especificamente no ponto abordado por este trabalho, a ergonomia.

Desta forma, qualquer cidadão brasileiro, que não atente à diferença de gênero do transexual, está afrontando um direito fundamental. Em um ambiente laboral ativo, dada a evolução que revela haver mais mulheres do que homens, na maioria das searas de labor, não se justifica atentar para questões de ordem preconceituosa ao se tratar de um transexual.

Resguardado o direito ao livre-arbítrio dentro dos limites legais, nada supera a dignidade da pessoa humana e o direito a

escolha da personalidade; de todo modo, a sociedade hodierna, em que pese ser mais compreensiva com alterações sexuais, ainda se revela demasiadamente preconceituosa.

Em rápida pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Tribunal Regional da Quarta Região (TRT4),¹⁷ órgão julgador/revisor de questões laborais da Região Sul do Brasil, verificam-se inúmeros julgados que tratam de preconceito, no ambiente laboral, a transexuais, por diversos motivos. Como exemplo:

Parte do julgado do processo 0000789-94.2013.5.04.0102 RO:

O reclamante não recebe o mesmo tratamento destinado aos demais funcionários. É tratado por seus superiores com rigor excessivo, desprezo, agressividade e humilhações. O reclamante foi vítima de preconceito em razão de sua opção sexual. Em diversas oportunidades foi chamado de mulherzinha e menininha pelo supervisor operacional. Um certo dia ao chegar para trabalhar, tinha uma figura de um carteiro segurando uma bandeira do movimento GLBTT (gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais) em desenho, colado em sua mesa de trabalho (escaninhos). O abuso de poder e a agressividade chegaram ao absurdo de o supervisor operacional ao repreender o reclamante, na presença de diversos colegas, desferiu um soco com extrema violência em uma mesa. Em outra oportunidade, durante a realização da distribuição domiciliar, o supervisor de forma ríspida e com elevado tom de voz, retirou as correspondências das mãos do reclamante dizendo “vou te ensinar a entregar carta (sic)”. O tratamento desigual também é observado pelo fato de que outros colegas não responderam a processo disciplinares ou

¹⁷ Disponível em: http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:8pH_hsoIQxkJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%6c%3D671074%-26v%3D1342148+transexual+preconceito+inmeta:DATA_DOCUMENTO:20140610..20150610++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 27 maio 2015.

foram penalizados ao praticarem a mesma conduta pela qual o reclamante foi punido (fls. 13/14) (grifo nosso).

Com efeito, o meio ambiente de trabalho, em que estava inserido este trabalhador, lhe causou dor e sofrimento não restando alternativa a não ser buscar reparação judicial, que, por certo, não lhe dirimiu as dores psíquicas e os receios que o acompanharão, em um próximo emprego.

Assim são os casos, uso de banheiro masculino por transexual feminino, designação de transexuais a funções degradantes ou muito abaixo de seu intelecto, e toda forma de discriminação.

Se Constitui-se a única forma de dissipar esses comportamentos, o esclarecimento e a informação, que deve partir de toda sociedade, mormente dos empregadores de transexuais, coibindo práticas discriminatórias e infantis, elevando o moral do ambiente de trabalho, através do respeito e da harmonia.

4 Conclusão

Neste trabalho, é escancarada a temática da aplicação legal ao gênero transexual feminino, de maneira especial quanto à legislação laboral e à aplicação ergonômica, tendo em vista a dificuldade e a confusão ocorrida, quando da mensuração de valor legal ao não se tratar de homens ou mulheres.

Além do preconceito e da dificuldade vivida no meio ambiente de trabalho, quando se trata de aplicação legislativa há um forte entendimento de que não pode o Estado se omitir ou, ainda, tratar com preconceito quem carece de jurisdição.

Como exemplo nas jurisprudências colacionadas no decorrer deste estudo, pode ser verificada a falta de “tato” com que a sociedade aborda a questão do transexual, com agressividade e preconceito.

Por sorte, existem forças sociais e estudiosos bem-intencionados – mentes mais iluminadas – que objetivam posição social mais confortável aos transexuais, ventilando questões de ordem legal que beneficiem tal grupo.

Com efeito, no que concerne especificamente ao tema aqui proposto, conforme visto acima, são diversas as dificuldades enfrentadas pelo transexual feminino, face ao desempenho de atividade laboral. Percebe-se significativa mudança da estrutura corporal que lhes impõe redução na capacidade de carregamento de peso, sendo justo, não só do ponto de vista legal, mas igualmente do ponto de vista clínico, a aplicação de legislação condizente com seu gênero.

Por este motivo, não poderia ser outro o norte da conclusão deste estudo, valendo dizer que, ao transexual feminino, aplicam-se todos os princípios protecionistas ao trabalho da mulher e demais direitos decorrentes de legislação específica, passando, claro, pelas questões aqui levantadas acerca de ergonomia.

Dado o levantamento acadêmico acima efetivado, conclui-se pela aplicação do art. 390 da CLT ao transexual feminino, quando se tratar de ergonomia no local de trabalho; sofrerá as penalidades legais o empregador que der tratamento legal diverso, considerando-se tal atitude como uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Referências

APARÍCIO, P.; POMBEIRO, A.; REBELO, F.; SANTOS, R. **Relationship between palm grip strength in different positions and associated discomfort level**, 4th International Cyberspace Conference on Ergonomics, IEA. Johannesburg, South Africa, 2005.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BENJAMIN, H. Transvestism and transsexualism. **Int. Journ. of Sexology**, n. 7, p. 12-14, 1953.

BOURGEOIS, M.; BENEZECH, M. Transsexualisme et dysphorie de genre, pour une approche psychiatrique et medico-légale moderne. **Journal med. leg droit medical**, v. 24, n. 5, p. 611-624, 1981.

BRASIL. **Lei n. 6.015/73**.1973.

BRASIL. **Resolução CFM n. 1.652/2002**.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000504-77.2013.5.04.0013.** Relatora Desembargadora Maria Helena Lisot. Disponível em: http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=-cache:aVBytOnOhBwJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpspp.baixar%3Fc%3D50616905+cumula%C3%A7%C3%A3o+in-salubridade+e+periculosidade+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-11-01..2014-11-01++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Recurso Ordinário n. 0011093-67.2012.5.04.0271.** Relator Desembargador Raul Zoratto Sanvicente. Disponível em: http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:GJUoM93q5sYJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpspp.baixar%3Fc%3D47906027+cumula%C3%A7%C3%A3o+in-salubridade+e+periculosidade+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-11-01..2014-11-01++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Sentença de primeiro grau nos autos do Processo nº 0001485-56.2011.5.04.0020.** Juiz do Trabalho Substituto Almiro Eduardo de Almeida. Disponível em: http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Sentença nº 000082823.2012.5.04.0233.** Juíza do Trabalho Substituta Nadir Fátima Zanotelli Coimbra. Disponível em: http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384.** Relator Ministro Cláudio Brandão. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1072&digitoTst=72&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0384&submit=Consultar>. Acesso em: 1º. nov. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.983/2013**.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CAULDWELL, D. O. Psychopathia transsexualis. **Sexology**, v.16, p. 274-280, 1949.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 155**.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 148**.

CORDEIRO, J.C. D. **Psiquiatria forense**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COUTO, Hudson de Araújo. **Ergonomia aplicada ao trabalho**. Belo Horizonte: Ergo, 1995.

CYBIS, W. A.; BETIOL, A. H.; FAUSTO, R. **Ergonomia e usabilidade: conhecimentos, métodos e aplicações**. São Paulo: Novatec Editora, 2010. ISBN 978-85-7522-138-9.

DEJOURS, Christophe. **O fator humano**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUL, J.; WEEDMEESTER, B. **Ergonomia prática**. São Paulo:

Edgard Blücher, 1995.

FERREIRA, P. Human reliability: analysis of procedure violations on traffic control of a light railway network. In: WAARD, D. de; HOCKE, G.R.J.; BROOKHUIDS, J. K.A. *Human factors in complex systems performance*. 2007. Maastricht, the Netherlands: Shaker Publishing, 2007. p. 145-156.

FISK, N. M. Gender dysphoria syndrome: the conceptualization that liberalizes indications for total gender reorientation and implies a broadly based multi-dimensional rehabilitative regimen. **West Journal Med.**, n. 120, p. 386-391, 1974.

FORMOLO, Fernando. A Acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. **Revista Justiça do Trabalho**, HS, n. 269, maio 2006.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. As mudanças no mundo: a globalização, os princípios do direito do trabalho e o futuro do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre: Síntese, v. 66, n. 3, 2000.

GOMES, F.A.; ALBUQUERQUE, A.; NUNES, J. S. **Sexologia em Portugal**: a sexologia clínica. Lisboa: Texto Editora, 1987.

GRANDJEAN, Etienne. **Manual de ergonomia**: adaptando o trabalho ao homem. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 1998.

HIRSCHFELD, M. Die intersexuelle Konstitution. **Jahrbuch für sexuelle zwischenstufen**, v. 23, p. 3-27, 1923.

IIDA, Itiro. **Ergonomia**: projeto e produção. São Paulo: Edgard Blücher, 2005.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). ISO 9241-11: **Ergonomic requirements for office work with visual display terminals (VDTs)**. Part 11: Guidelines for specifying and measuring usability. Genève, 1997.

KINSEY, A. C. *et al.* **Sexual behavior in the human male**. Philadelphia, PA: W.B. Saunders, 1948.

_____. **Sexual behavior in the human female**. Philadelphia, PA: WBSaunders, 1953.

KRAFFT-EBING, R. von. **Psychopathia sexualis**. 1886.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. **Revista LTr**, Editora LTr, São Paulo, ano 70, jan. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MONTEIRO, Iris. **Gender identity disorder**: pre and post surgery changes – personality profile, psychopathology and social adjustment: a comparative study. 2010. Dissertation (Doutorado) – American Academy of Clinical Sexologists, 2010.

MONTMOLLIN, Maurice de. **A Ergonomia**. Lisboa: Piaget, 1990.

MORAES, Anamaria; MONT'ALVÃO, Cláudia. **Ergonomia**: conceitos e aplicações. Rio de Janeiro: 2AB, 1998.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Norma Regulamentadora n. 15 da portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214/782**. Brasília, DF.

ÓRGÃO Nota Informativa n. 14/2013 – CGNOR/DSST/SIT.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, J. C.; MADEIRA, R. Transsexualism in Portugal: the legal Framework and procedure, and its consequences for transsexuals. **Med Sci Law**, v. 36, n. 3, p 221-225, 1996.

SANTOS, J. C. Transsexualismo, perspectiva médico-legal e psiquiátrica. **Separata de O Médico**, n. 1710, ano 35, v. 111, p. 316-324, 1985.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010. p. 34.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAUANÉ, A.; ALVES, C.; MONTEIRO, C. *et al.* Transsexualidade (Trans-Identidade). In: CURSO DE FORMAÇÃO DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, 26., 2008, Lisboa. Anais [...] Lisboa, 2008.

SIMÕES, A.; CARVALHAIS, J.; FERREIRA, P.; CORREIA, J.; LOURENÇO, M. Research on fatigue and *mental* workload of railway drivers and traffic controllers. In: WILSON, J. R.; NORRIS, B.; CLARKE, T.; MILLS, A. **People and rail systems**. Aldershot, UK: Ashgate, 2007. p. 553-563.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo – aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VIDAL, M.C.R. **Ergonomia na empresa**: útil, prática e aplicada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Virtual Científica, 2002.

VVAA. **Gender and reproductive rights: working definitions**. World Health Organization?, 2002.

ZAMPROTTA, Luigi. **La qualité comme philosophie de la production**: interaction avec l'ergonomie et perspectives futures. 1992. Thèse (Maîtrise ès Sciences Appliquées – Informatique, Institut d'Études Supérieures L'Avenir. Bruxelles, année universitaire 1992-93, TIU [1] Press, Independence, Missouri (USA), 1994, ISBN 0-89697-452-9.

Sites:

Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-127.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ergonomia>. Acesso em: 27 maio 2015.

17.

A aposentadoria especial frente aos riscos nanotecnológicos

Mariana Petry*

Sabrina Schenkel**

Resumo: O objetivo do presente artigo é trazer para o âmbito do direito previdenciário os riscos à saúde dos trabalhadores advindos dessa nova era, notadamente, os riscos desconhecidos que estão presentes na nanotecnologia. Sabe-se que a aposentadoria especial é uma espécie de prestação previdenciária de natureza preventiva, que se destina à proteção do trabalhador exposto a agentes agressivos que prejudicam à sua saúde e integridade física. Logo, cabe a Previdência Social a precaução e prevenção dos riscos a que os seus segurados estão expostos no meio ambiente do trabalho.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Ambiente de trabalho. Saúde e segurança. Riscos nanotecnológicos. Precaução e prevenção.

Abstract: The purpose of this article is to bring to the scope of social security law the health risks of workers arising from this new era, notably the unknown risks that are present in nanotechnology. It is known that special retirement is a kind of preventive social security benefit, aimed at protecting workers exposed to aggressive agents that harm their health and physical integrity. Therefore, Social Security is responsible for the precaution and prevention of risks to which its policyholders are exposed in the work environment.

Keywords: Special Retirement. Working environment. Health and safety. Nanotechnological risks. Precaution and prevention.

* Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes, RJ. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS.

** Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS.

Introdução

A saúde é um bem fundamental do homem, e um direito garantido constitucionalmente. Ao trabalhador é necessária saúde para exercer suas atividades laborativas. Por essa razão, surgem os direitos que garantem a proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores.

Nasce na legislação previdenciária a aposentadoria especial, cujo principal objetivo é garantir ao trabalhador que esteja exposto a riscos que prejudiquem à saúde e à integridade física, de alguma forma seja beneficiado.

A respeito da saúde do trabalhador, a Constituição Federal, art. 7º, inciso XXII,³ estabelece o direito de o trabalhador ter sua saúde protegida dos riscos inerentes ao trabalho, cabendo ao empregador dispor todos os meios e esforços, a fim de reduzir tais riscos, e ao Estado, cumpre fiscalizar e punir o empregador que deixa de cumprir as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Dentre os direitos sociais garantidos constitucionalmente, no art. 6º,⁴ estão a saúde, o trabalho e a previdência social. Sendo assim, o trabalho digno é um direito social, estando diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.

No direito previdenciário, a aposentadoria especial e os benefícios acidentários, tornam-se mecanismos de proteção de forma compensatória ao trabalhador que está exposto a essas condições adversas, durante sua jornada de trabalho. Tais benefícios servem para reduzir a probabilidade de ocorrência e/ou diminuir as dimensões dos danos à saúde e integridade física do segurado da Previdência Social.

Desta forma, considerando os riscos trazidos pelas inovações

³ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: “[...] XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

⁴ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

tecnológicas no meio ambiente de trabalho, é possível questionar se a Previdência Social de fato está cumprindo seu papel na gestão desses riscos.

Partindo dessa premissa, deve-se debater a respeito das incertezas das novas tecnologias, no presente caso, a nanotecnologia e suas possíveis consequências na saúde humana, especialmente, na saúde do trabalhador, bem como os mecanismos existentes para, além de identificar os riscos dela advindos, prevenir os potenciais danos à saúde desse trabalhador.

A fim de alcançar o objetivo, primeiro analisa-se o papel da aposentadoria especial como forma de proteção à saúde e integridade física do trabalhador. Após, analisa-se a incerteza dos riscos gerados pela nanotecnologia no ambiente de trabalho. E, no final, a utilização do princípio da precaução como forma de minimizar os riscos advindos da nanotecnologia à saúde e à integridade física dos trabalhadores.

I Conceito de aposentadoria especial

A aposentadoria especial trata-se de um benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente preventiva e destinada a assegurar a proteção ao trabalhador exposto a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, durante os prazos mínimos de quinze, vinte ou vinte e cinco anos.

A pretensão do legislador ordinário foi a proteção do trabalhador. Sendo assim, retira-o da exposição ao agente agressivo pela aposentadoria, antes que ele seja acometido de alguma doença. Portanto, não haveria qualquer eficácia na aposentadoria especial, se o trabalhador continuasse trabalhando naquele ambiente agressivo originário da concessão do benefício.

Para Weintraub e Berbel, “a nocividade causa um desgaste físico mais acelerado da capacidade laborativa do trabalhador, antecipando a necessidade de aposentadoria”.⁵ Para os autores,

⁵ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BERBEL, Fabio Lopes. **Manual de aposentadoria especial**, p. 39.

a atividade em condições prejudiciais, exercida ao longo dos anos causa uma incapacidade presumida.

O STF, no julgamento do tema 709, fixou a tese de que é constitucional a vedação da percepção da aposentadoria especial, se o segurado permanece trabalhando em atividade prejudicial, na medida em que, nesse caso, o benefício perderia totalmente seu sentido, que é a proteção à saúde e/ou integridade física daquele trabalhador.⁶

É importante referir que a aposentadoria especial se difere da aposentadoria por invalidez, pois essa não é preventiva, mas sim reparadora, haja vista que a incapacidade para o trabalho já se consumou e é insuscetível de reabilitação, previsão contida no art. 42 da Lei n. 8.213/91.⁷

Assim, a aposentadoria especial possui características próprias de benefício previdenciário, cujo principal objetivo é a proteção do trabalhador pelo simples fato de que, ao longo dos anos, esteve exposto a agentes agressivos prejudiciais à saúde e à integridade física.

⁶ O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli (presidente e relator), apreciando o tema 709 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “I) É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial, se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial àquela que ensejou a aposentação precoce ou não. II) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o benefício previdenciário em questão”, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Weber. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Vítor Fernando Gonçalves Cordula, Procurador Federal; e, pela recorrida, o Dr. Fernando Gonçalves Dias. Plenário, Sessão Virtual de 29.5.2020 a 5.6.2020.

⁷ Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O objetivo do seguro social é proteger todos os segurados submetidos ao risco social que é futuro e incerto, e que possam impedi-los de trabalhar e os coloquem em situação de necessidade.

Os riscos sociais protegidos pela Previdência Social estão inseridos no art. 201 da Constituição Federal de 1988,⁸ dentre os quais estão: cobertura para incapacidade temporária ou permanente e idade avançada (art. 201, inciso I); maternidade e gestação (art. 201, inciso II); desemprego involuntário (art. 201, inciso III); manutenção de filhos até 14 anos, ou inválidos e reclusos (art. 201, IV); morte (art. 201, inciso V). O §1.º, inciso II, do referido artigo, estabelece tratamento diferenciado aos trabalhadores expostos a agentes nocivos.

Veja-se que, na aposentadoria especial, a incapacidade para o trabalho ainda não ocorreu e pode nem acontecer, na medida em que o segurado trabalhou durante um tempo-limite (15, 20 ou 25 anos), exposto a agentes agressivos e, depois de completado o tempo, a lei permite que se aposente, antes mesmo de ter sua saúde comprometida. O objetivo da lei é protegê-lo e não permitir a ocorrência efetiva da incapacidade. A proteção, nesse caso, não é a incapacidade propriamente, mas sim a exposição a agentes

⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I – cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º. É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: I – com deficiência, previamente submetidos à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.[...]

agressivos, em que a lei estabelece um limite temporal como base para prevenção de danos à saúde do trabalhador. Portanto, a aposentadoria especial tem natureza preventiva.

Desta forma, o objetivo primordial da aposentadoria especial é evitar a ocorrência do dano, na medida em que faz com que o segurado antecipe sua saída do mercado de trabalho, evitando a manifestação de qualquer doença.

O benefício não é pago em decorrência da existência ou não de uma incapacidade, mas sim pela sujeição do segurado aos agentes agressivos prejudiciais à sua saúde.

É importante considerar que no caso de concessão da aposentadoria especial, o segurado afastar-se-á da atividade prejudicial à sua saúde e integridade física, podendo usufruir do benefício ainda sendo possível exercer outra atividade laborativa.

Alvim entende que a aposentadoria especial tem natureza compensatória: “A aposentadoria especial é um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Geral de Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou integridade física”.⁹

Conforme mencionado anteriormente, o art. 201 da CF traz os riscos sociais em seus incisos I a V, e a aposentadoria especial está prevista no mesmo artigo, porém, em seu §1.º está a seguinte redação:

É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: [...] **II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a**

⁹ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**. 4. ed. cidade: editora, ano, p. 23.

caracterização por categoria profissional ou ocupação (grifo nosso).

Desta forma, o texto constitucional garantiu que os trabalhadores expostos a agentes agressivos tivessem tratamento diferenciado.

Na legislação infraconstitucional, a aposentadoria especial está prevista no art. 57 da Lei n. 8.213/91, que estabelece:

A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei (Grifo nosso).

Da análise do dispositivo supratranscrito constata-se que não é necessário que haja um prejuízo real à saúde do trabalhador, pois o que determina a concessão do benefício é a exposição dele ao agente nocivo. A probabilidade de haver uma incapacidade laboral decorrente de tal exposição é que enseja a percepção desse benefício.

Dessa forma, os agentes agressivos devem ocasionar a possibilidade de prejudicar à saúde do trabalhador ou sua integridade física, ainda que concretamente esse prejuízo não ocorra.

Para Schuster, “causa verdadeira inquietação o fato de a aposentadoria especial ser concebida como uma mera compensação pelo desgaste do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, de modo a acrítico. Se isso é assim, o efeito preventivo de sua existência é irrelevante”. Segundo o autor, a contribuição que a empresa paga por expor o trabalhador a risco está muito aquém do dano social por ela produzido e, por essa razão, é menos vantajoso investir em eliminação do risco ou em um ambiente salutar para o trabalho.¹⁰

Portanto, a aposentadoria especial trata-se de uma espécie de benefício previdenciário, ao qual o trabalhador terá direito,

¹⁰ SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria especial**. p. 71.

quando sujeito a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou integridade física pelo tempo mínimo de 15, 20 ou 25 anos, cujo principal objetivo é a proteção da saúde do trabalhador, proporcionando-lhe uma prestação previdenciária preventiva.

2 A nanotecnologia e os riscos no meio ambiente do trabalho

Primeiramente, é necessário informar que o termo nanotecnologia é da lavra do professor Norio Taniguchi, da Universidade de Ciências de Tóquio, empregado para designar as manipulações em escala inferiores às microscópicas.¹¹

Segundo Hohendorff, Coimbra e Engelmann,¹² a nanotecnologia é a ciência que se dedica- à investigação, ao progresso e à evolução em grau molecular ou macromolecular e atômico, aplicando uma escala cujo comprimento é de um a cem nanômetros em qualquer dimensão; à capacidade de monitorar ou manipular a matéria em escala atômica; à confecção e utilização de estruturas, sistemas e dispositivos que possuem funções inovadoras, em razão de seu tamanho diminuto.

A principal característica das nanotecnologias está na possibilidade de se obter novas propriedades e funcionalidades nos materiais, a partir da redução das suas dimensões em escala nanométrica. Cumpre destacar, por sua clareza e pertinência, a explicação do coordenador-geral de Desenvolvimento e Inovação em Tecnologias Convergentes e Habilitadoras do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), Berti:

A nanotecnologia é a engenharia da vida, pois as estruturas celulares são compostas e controladas por

¹¹ HOHENDORFF, Raquel; COIMBRA, Rodrigo; ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 209, p. 151-172, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/53/209/rii_v53_n209_p151. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹² *Idem*.

nanoestruturas. A principal forma de montagem molecular da nanoescala é a automontagem, um processo natural em que componentes separados ou ligados, espontaneamente, formam estruturas maiores. O material que compõe as estruturas celulares, como proteínas, enzimas e até mesmo o próprio DNA, são elementos naturais automontados em tamanho nano. Uma tira de DNA humano, por exemplo, possui em média 2 nanômetros (NM) de diâmetro e centenas de NM em comprimento [...] uma tecnologia transversal e disruptiva, dedicada à compreensão, controle e utilização das propriedades da matéria em nanoescala [...].¹³

Ainda segundo o autor, há uma física muito diferente no ambiente chamado nanoescala; em suas palavras:

A nanotecnologia é apresentada como a tecnologia que trabalha em dimensões menores que um fio de cabelo, mas, na realidade, as nanoestruturas podem ter dimensões mil vezes menores que as de um glóbulo sanguíneo, um dos principais componentes do sangue. As nanoestruturas são tão pequenas, que somente podem ser observadas com o uso de microscópios especiais. Além disso, os fenômenos dominantes nesta escala são de natureza subcelular e, portanto, não obedecem à física clássica que conhecemos.¹⁴

¹³ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Nanotecnologia: a engenharia da vida que promove avanços científicos sem precedentes. **Sala de Imprensa**, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/11/Nanotecnologia_a_engenharia_da_vida_que_promove_avancos_cientificos_sem_precedentes.html. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Nanotecnologia: a engenharia da vida que promove avanços científicos sem precedentes. **Sala de Imprensa**, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/11/Nanotecnologia_a_engenharia_da_vida_que_promove_avancos_cientificos_sem_precedentes.html. Acesso em: 25 jun. 2020.

Nesse contexto, percebe-se que os nanomateriais não estão sujeitos às mesmas propriedades magnéticas, químicas, ópticas, físicas que os materiais em escala natural, o que acarreta incerteza acerca dos potenciais riscos da utilização das nanotecnologias em seres à saúde humana, notadamente aos trabalhadores.

Feitos esses esclarecimentos, passaremos a analisar questões atinentes ao meio ambiente de trabalho, especificamente, no que pertine à questão saúde e segurança.

É através da gestão em Saúde e Segurança do Trabalho que são criadas as medidas necessárias para minimizar ou eliminar os riscos do meio ambiente do trabalho. Dessa forma, ao setor de Saúde e Segurança do Trabalho cumpre dedicação e estudo da legislação laboral, ambiental e da saúde, assegurando que tais preceitos sejam obedecidos, mediante programas e o estabelecimento de procedimentos com tal fim.

Entretanto, na maioria dos casos, essa tarefa de mensuração de riscos não é nada fácil, e essa complexidade se agrava, em se tratando dos recentes avanços tecnológicos.

Essa visão da saúde do trabalhador sofreu grande influência da OIT, cuja competência abrange a proteção dos trabalhadores contra acidentes de trabalho e doenças profissionais. Os objetivos foram instrumentalizados através de recomendações e convenções. A OIT contribuiu e influenciou para a criação das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) n. 4, 5, 7 e 9, bem como para a inclusão do Capítulo 29 da Agenda 21, cuja temática é voltada para o meio ambiente do trabalho.

Nesse contexto, surgiu a preocupação com os riscos ambientais laborais, que podem trazer diversos prejuízos à saúde do trabalhador.

As nanotecnologias figuram entre os novos avanços, que, embora tragam vários benefícios, também trazem muitas dúvidas em relação aos riscos para a saúde humana, e, logicamente, no campo da saúde e segurança no trabalho.

Sobre o assunto existem muitas incertezas, é imperioso deixar claro, especialmente, a empregadores e trabalhadores

que a ausência quantificável do risco das nanopartículas não afasta o perigo de dano à saúde e integridade física dessa classe.

De acordo com a Agência Europeia para Saúde e Segurança do Trabalho (EU-OSHA) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), as nanotecnologias representam um dos principais riscos do ambiente de trabalho, haja vista que sabe-se muito pouco sobre os riscos à saúde do trabalhador exposto.

Sobre a saúde e segurança do trabalhador, em relação aos riscos do contato com nanopartículas, a Fundacentro editou a Nota Técnica n.01/2018, que tem por escopo analisar os desafios da Saúde e Segurança do Trabalho (SST) para uma produção segura com o uso de nanotecnologias.¹⁵

Os estudos existentes mostram que as nanopartículas teriam três formas principais de exposição: por inalação, pela pele e por ingestão, sendo a inalação a via mais comum de exposição. Na seara das pesquisas epidemiológicas, há evidências na diminuição da função pulmonar e doença obstrutivo-crônica em trabalhadores expostos a aerossóis de partículas ultrafinas.¹⁶

Embora a comunidade científica saiba muito pouco sobre os efeitos das nanopartículas no organismo, o que emerge dos estudos “são indícios de que se relacionam às mutações no DNA, danos nas estruturas e mesmo morte de células”.¹⁷

Sabe-se que a legislação previdenciária tem natureza eminentemente preventiva e, quando se fala em prevenção, se está falando de riscos conhecidos. Portanto, para a sua caracterização exige-se

¹⁵ FUNDACENTRO. Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho. **Nota Técnica n. 01/2018**. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/Nota%20tecnica%20o%2001-2018%20Corrigida%20e%20Revisada.pdf>. Acesso em: 26 jun.2020.

¹⁶ GARDNER, P.; RICHARDSON, A.; RENGASAMY, A. Efficiency of respirator filters against nano-aerosols under high flow conditions. *In: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON NANOTECHNOLOGY AND OCCUPATIONAL HEALTH*, 2., 2005, Minneapolis, MN, Anais [...] Minneapolis, 2005.

¹⁷ INTERCÂMBIO, INFORMAÇÕES, ESTUDOS E PESQUISA. **Guia de Nanotecnologias para Trabalhadores e Trabalhadores**. São Paulo: IIEP, 2015. p. 37. Disponível em: http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/legislacao Acesso em: 20 maio 2020.

a comprovação de que os agentes nocivos estejam previstos nas normas que regulamentam a matéria ou, ainda, que haja prova conclusiva de que a atividade é exercida em condições especiais prejudiciais à saúde ou integridade física.

Logo as normas regulamentadoras e decretos definem quais são riscos que podem gerar efeitos nocivos (riscos à saúde e/ou à integridade física/mental) e existe uma tendência dos Tribunais em adotar um padrão de prova que exija a demonstração do risco.

Há uma infinidade de agentes químicos ainda em estudo, que podem ser prejudiciais à saúde do trabalhador, que fica exposto a eles. Segundo Landenthun: “Não havendo a identificação desses agentes, não há como estabelecer normas e procedimentos para evitá-los ou simplesmente não utilizá-los”.¹⁸ Por essa razão, segundo a autora, os critérios de enquadramento da atividade especial aos trabalhadores expostos a agentes químicos devem ser consideravelmente flexíveis.

Diante da dificuldade de comprovação da existência de umnexo causal entre possíveis danos à saúde e/ou integridade física e as nanopartículas, somente será possível noticiar isso quando os danos aos trabalhadores já tiverem ocorrido. Por essa razão, a natureza preventiva da aposentadoria especial, em se tratando de nanopartículas, seria ineficaz.

Resulta disso a necessidade de as nanopartículas serem analisadas sob a ótica precaucional, tendo em vista que a prevenção é insuficiente diante dos riscos incertos e futuros das nanotecnologias.

Segundo o *The National Institute for Occupational Safety and Health* (NIOSH):

Trabalhadores em indústrias relacionadas com a nanotecnologia têm o potencial de serem expostos a materiais projetados exclusivamente com novos tamanhos, formas e propriedades físicas e químicas. Riscos de

¹⁸ LANDENTHUN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 91.

saúde ocupacional associados com a fabricação e uso de nanomateriais ainda não estão claramente compreendidos. O mínimo de informação está disponível em rotas dominantes de exposição, os níveis de exposição potencial, e toxicidade de material de nanomateriais [...].¹⁹

Para análise efetiva da atividade especial dos trabalhadores expostos a agentes desconhecidos, conforme mencionado por Bramante,²⁰ é imperioso haver maior flexibilidade na análise das provas científicas. Carvalho foi quem melhor distinguiu a necessidade de análise dos casos, segundo os princípios da prevenção e precaução e a prova do enquadramento, sugerindo o seguinte tratamento (racionalização) jurídico das provas, para a configuração dos danos ambientais futuros (desastres):

Assim, o primeiro teste a ser realizado por decisões judiciais que tenham por objeto situações de risco deve ser uma análise acerca da espécie de risco e a capacidade probatória da parte para sua configuração. Num segundo momento, deve ser adotado um padrão de exigência probatória compatível com a natureza do risco e sua incerteza. Por tal motivo, pode ser dito que riscos conhecidos e passíveis de descrição quantificável detêm um padrão probatório mais exigente, em que deve a sua demonstração clara e causal para a imposição de medidas preventivas. Já no que diz respeito aos riscos vinculados a atividades mais complexas e com maior precariedade nas informações deverá haver um grau de exigência compatível com as dificuldades probatórias, impondo um acautelamento com base nas expectativas possíveis para o caso.²¹

¹⁹ Informações obtidas em CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC). **Nanotechnology**. Atlanta, 23 Oct. 2015. Disponível em: <http://www.cdc.gov/niosh/topics/nanotech/>. Acesso em: 20 maio 2020.

²⁰ LANDENTHUN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2018. p. 91

²¹ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São

Desta forma, para tentar enfrentar os riscos advindos das nanotecnologias frente ao meio ambiente de trabalho, torna-se necessária a análise jurisdicional da prova ir além da certeza probatória.

Para tanto, será necessária uma mudança de raciocínio dos julgadores, em decidir, diante de um contexto de incerteza científica, ou seja, na ausência de provas conclusivas, indo além do sentido literal da lei. É imprescindível uma mudança de raciocínio, na medida em que os julgadores estão presos à ideologia racionalista positivista.

Está claro que há uma enorme dificuldade em demonstrar o nexo causal entre possíveis danos à saúde e integridade física do trabalhador e as nanopartículas, que somente serão noticiadas, após a efetiva ocorrência do dano.

Considerando as incertezas que pairam sobre os riscos nanotecnológicos à saúde e integridade física dos trabalhadores em seu meio ambiente laboral, não é sem razão a preocupação do presente estudo, tendo em vista a existência de riscos de danos desconhecidos e futuros não poderem ser analisados sob a ótica preventiva.

3 O princípio da precaução no direito previdenciário

O princípio da precaução além de ser um importante instrumento de tutela do meio ambiente, também serve para tutelar a saúde pública, cujo principal objetivo é evitar danos e anular catástrofes ambientais e de saúde pública.

Machado refere que “a precaução age no presente para não se ter de chorar e lastimar no futuro”. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental, pela prevenção no tempo certo.²²

Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 86-87.

²² MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e o direito ambiental. **Revista de Direitos Difusos, Organismos Geneticamente Modificados**, São Paulo, v. 8, p. 1081-1084, ago. 2001.

Desta forma, a complexidade dos fenômenos naturais e dos avanços na tecnologia, especialmente, relacionada ao ambiente de trabalho, impõe que, na hipótese de dúvida científica, redobre-se a prudência.

Segundo Luhmann (1985), citado por Wedy, “o conceito do princípio da precaução que se pode colocar como mais aceitável consiste em um princípio pautado em atitudes estatais e não estatais – e também em não agir.²³ Quanto ao não agir, Prieur (2002), também citado por Wedy, “refere que na adoção do princípio da precaução muitas vezes o risco e a incerteza são tão grandes, que a decisão mais acertada é de nada fazer em nome do princípio da precaução”.²⁴ Assim é possível concluir que o não agir sempre deve ter como objetivo evitar danos incertos.

Conforme esclarece Machado, enquanto o princípio da prevenção tem o objetivo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas cautelosas, tendo em vista se tratar de um risco incerto e potencial.²⁵

Sendo assim, o princípio da precaução serve para, basicamente, proteger a coletividade contra riscos de danos, no caso em tela, o ambiente de trabalho e, por via de consequência, a saúde do trabalhador, com o fim de, como afirma Kiss, “preservar o meio ambiente para o futuro”.²⁶

A respeito da necessidade do emprego da precaução como mecanismo frente aos riscos desconhecidos e incertos, sempre que houver exposição à nanopartículas, o estudioso no assunto Procurador do Trabalho, Patrick Merísio, assevera, *in verbis*:

Ao mesmo tempo em que a nanotecnologia abre todo um leque de possibilidades de materiais mais leves, fortes e

²³ WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Os fundamentos do princípio da precaução**. 8. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2015. p. 114.

²⁴ *Idem*.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65.

²⁶ KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: PLATIAU, Ana Flavia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 11.

duráveis, o que pode ser vital para o desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente, aumentam potencialmente riscos invisíveis (imperceptibilidade, inclusive em termos da ausência de mecanismos seguros para avaliar os riscos), imprevisíveis, globais e intertemporais (com possibilidade de comprometer gerações futuras de forma irreversível). Desta forma, a utilização de nanoproductos deve adotar uma ótica diferente e precaucionista, não sendo o caso de aguardar o dano para depois agir e remediar (o que pode ser inclusive impossível), mas sim antever já na fase de projeto possíveis riscos, identificando-os e concretizando previamente medidas de proteção. A lógica é do cuidado com prudência, da preocupação do jardineiro, ou seja, a criatividade não se encontra em uma lógica coercitiva de produtividade quantitativa, mas sim de qualidade, de afetividade à natureza, ao ser humano e a todos os seres vivos que habitam neste pequeno planeta, tão ameaçado.²⁷

A aposentadoria especial, conforme referido no capítulo anterior, tem natureza eminentemente preventiva, ou seja, analisa o risco a que o trabalhador está exposto, sob a ótica da prevenção, na medida em que está analisando o risco concreto, ou seja, aquele que é conhecido cientificamente como sendo prejudicial à sua saúde ou integridade física.

O princípio da precaução, reconhecidamente, é fundamental ao direito ambiental, mas também é possível a sua utilização no direito previdenciário e no direito do trabalho, ou, em qualquer área em que a segurança estiver em jogo, ou se houver risco de dano grave e, mais do que isso, dano irreparável.

No direito previdenciário, o princípio da precaução foi inaugurado pelo magistrado José Antônio Savaris, um dos maiores defensores dos direitos sociais dos segurados da Previdência Social:

²⁷ MERISIO, Patrick Maia. Desenvolvimento da nanotecnologia. **Diário do Grande ABC**, São Paulo, 2 set. 2019. Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/3122994/desenvolvimento-da-nanotecnologia>. Acesso em: 22 maio 2020.

[...]. Quando estamos diante de situações de incerteza científica relacionada à saúde humana, recomenda-se uma solução judicial cautelosa, de maneira a proteger o fundamental bem da vida que se encontra em discussão – direito à saúde -, direito este que se relaciona, no presente caso, com a proteção previdenciária adequada. É preciso superar o paradigma que coloca o médico perito judicial como oráculo da verdade científica. Quando o perito judicial não consegue declarar a incapacidade laboral para o passado, mas tampouco declara a existência de aptidão pra o trabalho, e as presunções jurídicas sinalizam para a probabilidade da persistência da situação incapacitante, a proteção social deve ser outorgada.²⁸

Savaris, em seu *blog*,²⁹ também sobre o princípio da precaução, nas relações previdenciárias, enfatiza:

O princípio da precaução, de crescente aplicabilidade no direito ambiental desde a RIO-92, pode constituir uma preciosa ferramenta para as causas que oferecem discussão ligada à saúde humana e à incerteza técnico-científica (prestações previdenciárias por incapacidade e aposentadoria especial, destacadamente).

É possível dizer que, no julgamento do ARE n. 664.335, o Direito Previdenciário assume uma posição precaucional, quando o STF deixa registrado que, em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI,

[...]a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). (Juizado Especial Cível de Curitiba). Sentença Processo 5018759-07.2012.404.7000. Requerente: Jose Pedro dos Santos. Requerida: INSS. Juiz: José Antônio Savaris. Curitiba, 18.9.2012. Disponível em: www.jfpr.jus.br . Acesso em: 22 maio 2020

²⁹ SAVARIS, José Antonio. **Princípio da precaução, proteção previdenciária e prova pericial**. Curitiba, 28/9/2012. Disponível em: <http://joseantoniomasavaris.blogspot.com.br>. Acesso em: 22 maio 2020

da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.³⁰

O princípio da precaução não requer novas normas ou novos instrumentos, totalmente diferenciados dos da prevenção. Necessita-se apenas de uma compreensão mais ampla dos riscos, incluindo os riscos hipotéticos (abstratos), e uma interpretação mais profunda e completa das normas e dos instrumentos já existentes.

Assim, verifica-se que a implementação do princípio da precaução requer seja assumida uma nova postura frente ao risco. Não se trata de adotar uma posição radical que tente garantir o risco zero, nem uma posição minimalista que requeira um risco provável de se provocar danos graves e irreversíveis. É necessária uma posição intermediária baseada numa hipótese de risco considerada cientificamente plausível.

Obviamente, deverá haver limites do que pode ou não causar danos graves e irreversíveis no futuro, porém, na dúvida, deverá-se privilegiar sempre a saúde do trabalhador.

4 Considerações finais

Considerando a incerteza científica que paira sobre as nanotecnologias frente à saúde humana, notadamente, à saúde e integridade física do trabalhador e, também, porque o principal objetivo da aposentadoria especial é garantir que o trabalhador exposto a agentes nocivos à saúde e/ou integridade física de alguma forma sejam beneficiados, torna-se necessária e urgente a análise de proteção do meio ambiente de trabalho frente a riscos incertos e desconhecidos.

A Previdência Social cumpre assumir a sua função de

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 664.335**. Recorrente: INSS. Recorrido: Antônio Fagundes. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jun.2020.

proteção social, na qual está inserida a saúde, o trabalho e a Previdência Social. Sendo assim, o trabalho digno é um direito social, estando diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.

É papel do Direito Previdenciário proteger a saúde do trabalhador, através da aposentadoria especial, reduzindo o tempo de exposição e, por via de consequência, evitando a incapacidade do trabalhador, decorrente do contato com riscos, sejam eles concretos ou abstratos.

A aposentadoria especial tem natureza eminentemente preventiva, antecipando o momento da aposentadoria daquele trabalhador exposto a riscos prejudiciais, ou seja, objetivando evitar a ocorrência do dano ou, ainda, reduzindo essa probabilidade de risco de dano. Todavia, em se tratando de riscos incertos e futuros, a prevenção mostra-se insuficiente, na medida em que não se tem certeza científica da ocorrência desse dano à saúde e integridade física do trabalhador e segurado da Previdência Social.

Por essa razão, o princípio da precaução deverá orientar a decisão de retirar o trabalhador daquele meio ambiente de trabalho mais cedo, mesmo que não haja consenso científico sobre as consequências dos riscos nanotecnológicos à sua saúde ou integridade física.

O princípio da precaução é uma resposta aos desafios do desenvolvimento tecnológico e da busca ilimitada pelo conhecimento científico, que implicam riscos desconhecidos e imprevisíveis. Juntamente com o princípio da prevenção, deve compor a base estrutural do direito previdenciário, para cumprir seu objetivo de proteção social à saúde e integridade física do trabalhador.

Diante de uma situação de incerteza em relação aos riscos à saúde humana, deve-se agir com cautela, com o objetivo de proteção ao bem maior, a vida humana, direito que está estritamente ligado, também, a proteção previdenciária adequada.

Nesse passo, o princípio da precaução deverá orientar a decisão de retirar o segurado da Previdência Social mais cedo do ambiente de trabalho, concedendo-lhe a aposentadoria especial, mesmo que não haja certeza científica dos malefícios causados

pelos produtos em nanoescala, isto é, mesmo inexistindo prova concreta do potencial agressivo de determinado agente.

Portanto, considerando a complexidade do tema ante a incerteza científica quanto aos danos causados pelas nanotecnologias, trata-se de um grande desafio aos operadores do direito previdenciário; porém, torna-se obrigatória e necessária a efetiva proteção do segurado da Previdência Social, no meio ambiente de trabalho, sob pena de haver violação das garantias constitucionais.

Referências

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Nanotecnologia: a engenharia da vida que promove avanços científicos sem precedentes. **Sala de Imprens**. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/11/Nanotecnologia_a_engenharia_da_vida_que_promove_avancos_cientificos_sem_precedentes.html. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). (Juizado Especial Cível de Curitiba). **Sentença Processo**: 5018759-07.2012.404.7000. Requerente: José Pedro dos Santos. Requerida: INSS. Juiz: José Antônio Savaris. Curitiba, 18.09.2012. Disponível em: www.jfpr.jus.br. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário** 664.335. Recorrente: INSS. Recorrido: Antônio Fagundes. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.8.213/91**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2020.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação

ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à judicialização do risco. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2012.

FUNDACENTRO. Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho. **Nota Técnica** 01/2018. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/Nota%20tecnica%20o%2001-2018%20Corrigida%20e%20Revisada.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

GARDNER, P.; RICHARDSON, A.; RENGASAMY, A. Efficiency of respirator filters against nano-aerosols under high flow conditions. *In*: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON NANOTECHNOLOGY AND OCCUPATIONAL HEALTH, 2., 2005, Minneapolis. **Anais** [...] Minneapolis, 2005.

HOHENDORFF, Raquel; COIMBRA, Rodrigo; ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 209, p. 151-172, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_. Acesso em: 25 jun. 2020.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC). **Nanotechnology**, Atlanta, 23 Oct. 2015. Disponível em: <http://www.cdc.gov/niosh/topics/nanotech/>. Acesso em: 20 maio 2020.

INTERCÂMBIO, INFORMAÇÕES, ESTUDOS E PESQUISA. **Guia de Nanotecnologias para Trabalhadores e Trabalhadores**. São Paulo: IIEP, 2015. p. 37. Disponível em: http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/legislacao Acesso em: 20 maio 2020.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. *In*: PLATIAU, Ana Flavia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LANDENTHUN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria**

especial: teoria e prática. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o direito ambiental. **Revista de Direitos Difusos, Organismos Geneticamente Modificados**, São Paulo, v. 8, p. 1081-1084, ago. 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERISIO. Patrick Maia. Desenvolvimento da nanotecnologia.

Diário do Grande ABC, São Paulo, 2 set. 2019. Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/3122994/desenvolvimento-da-nanotecnologia>. Acesso em: 22 maio 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção à saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial:** regime geral da previdência social. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SAVARIS, Jose Antonio. **Direito processual previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SAVARIS, Jose Antonio. **Princípio da precaução, proteção previdenciária e prova pericial**. Curitiba, 28/09/2012. Disponível em: <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br>. Acesso em: 22 maio 2020.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria especial:** entre o princípio da precaução e a proteção social. Curitiba: Juruá, 2016.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BERBEL, Fabio Lopes. **Manual de aposentadoria especial**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Os fundamentos do princípio da precaução**. 8. ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, Caxias do Sul, 2015.

18.

A empregada gestante ou lactante e o direito ao trabalho em um meio ambiente salubre: proteção ou discriminação

Sabrina Schenkel*

Mariana Petry**

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar as condições de trabalho da empregada gestante e lactante frente à restrição de trabalho imposta pelo art. 394-A da CLT. Diante do contexto do tema, o estudo analisa a necessidade de proteção ao trabalho da gestante e da lactante, objetivando: preservar o meio ambiente de trabalho, a vida e a saúde, bem como a busca por alternativas quando necessário seu afastamento do trabalho. Por fim, é apresentado um questionamento sobre a proteção real e efetiva da saúde da mulher, que não fique restrita à trabalhadora celetista, mas que atinja todas sem limitar o direito às que ostentam vínculos empregatícios.

Palavras-chave: Gestante. Lactante. Ambiente de trabalho. Insalubridade.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the working conditions of the pregnant and lactating employee in view of the work restriction imposed by article 394-A of the CLT. Given the context of the theme, the study analyzes the need to protect the work of pregnant women and breastfeeding women, aiming at protecting the work environment, preserving life and health. The search for alternatives when it is necessary to leave work. Finally, a question is presented about the real and effective protection of women's health, which is not restricted to a workforce, but which affects all without limiting the right to those with employment ties.

Keywords: Pregnant. Lactating. Working environment. Insalubrity.

* Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Processo Civil pela Universidade de Caxias do Sul. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS.

** Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Candido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS.

Introdução

As restrições ao ambiente de trabalho da empregada gestante ou lactante, trazidas em 2016, pela Lei n. 13.287, que instituiu o art. 394-A, da CLT, trouxeram muitas dúvidas e insegurança aos empregadores quanto ao ambiente de trabalho da trabalhadora gestante ou lactante e, em especial, quanto ao seu afastamento, quando o trabalho ocorre com exposição a agentes nocivos considerados como insalubres.

O presente artigo visa a avaliar a redação vigente do art. 394-A, após as alterações trazidas pela reforma de 2017 e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, discorrendo sobre a proteção e ou discriminação do trabalho da mulher gestante, quando é possível ou não adequar as condições de trabalho, o afastamento e a responsabilidade pelo pagamento dos salários devidos, durante o afastamento do trabalho.

Analisando as garantias constitucionais quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na condição de direito fundamental do trabalhador à saúde e demais previsões legislativas, que asseguram a proteção ao trabalho da empregada gestante ou lactante, não estaria, o legislador, não obstante a tentativa de proteção, discriminando a mulher gestante ou lactante autônoma e protegendo exclusivamente quem ostente a condição de empregada.

1 Do direito da gestante e da lactante ao ambiente de trabalho salubre

São muitas as proteções trazidas na legislação brasileira à trabalhadora gestante e à lactante. Dentre elas, podemos citar: garantia de emprego, licença maternidade, dispensa para consultas de saúde, intervalo para amamentação e direito ao auxílio-creche. Tais direitos e garantias têm previsão em normas constitucional e infraconstitucional.

O respaldo constitucional aos direitos do trabalho é

abrangente e pode ser identificado em vários dispositivos constitucionais. Em especial a proteção dada à empregada gestante e lactante pode ser interpretada igualmente à luz do direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável, previsto no art. 225 da Constituição Federal, o direito à vida e à saúde, dentre outros.

A Consolidação das Leis do Trabalho possui um capítulo inteiramente destinado às mulheres (Título III, capítulo III), que traz diversas normas visando à proteção da mulher.

Dentre esses direitos, aquele que causa atualmente maior reflexo, nas relações de emprego, é, certamente, o que estabelece a proibição do trabalho em ambiente insalubre, assegurando à mulher gestante e à lactante um ambiente de trabalho salubre.

A proibição do trabalho em ambiente insalubre, aplicável às empregadas gestantes ou lactantes, foi criada em 2016 pela Lei n. 13.287 que inovou e instituiu o art. 394-A na CLT, que determina o afastamento, por todo o período de gestação e lactação, da gestante ou lactante, de qualquer atividade, operação ou local considerado insalubre, como segue:

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.
Parágrafo único (VETADO).

A reforma trabalhista de 2017, Lei n. 13.467, trouxe alterações no referido dispositivo e flexibilizou as condições, permitindo o trabalho da gestante/lactante, conforme abaixo:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).
I – (Revogado Medida Provisória n. 808, de 2017).
II – Atividades consideradas insalubres em grau médio

ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938).

III – Atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938).

§ 10. (VETADO) (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017).

§ 2º. O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades (Redação dada pela Medida Provisória n. 808, de 2017).

§ 3º. A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. (Redação dada pela Medida Provisória n. 808, de 2017).

Tais alterações na norma celetista não foram bem recebidas, gerando debates acerca do tema frente à proteção do trabalho da mulher e proteção da saúde do nascituro e da gestante.

Seriam estas mudanças uma proteção ou uma discriminação do trabalho à mulher? Alguns defenderam que as regras que protegem o trabalho da mulher lhe são prejudiciais, na medida em que provocam situações de discriminação, seja quanto ao local, seja quando da contratação ou, ainda, quando da manutenção do emprego, como foi a linha de argumentação do deputado Rogério Marinho, relator da Comissão Especial criada para proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016. Segundo o relator, decorre da proibição de realização de trabalho em ambiente insalubre, especialmente em setores como o hospitalar, em que

todas as atividades são consideradas insalubres, o que já tem provocado reflexos nos setores de enfermagem, por exemplo, com o desestímulo à contratação de mulheres.

Visão completamente oposta e distinta daquela defendida pela juíza do trabalho Valdete Souto Severo, Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP, diretora da e professora na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho, RS (Femargs), juíza do Trabalho e membro da Associação Juizes para a Democracia (AJD), que, em artigo publicado na internet, assim analisa:

Não é razoável crer que em 2017, depois de pelo menos dois séculos de árduas conquistas de parques direitos sociais, garantidos por uma Constituição que afirma a necessidade de melhoria das condições sociais dos trabalhadores e, por consequência lógica, a proibição de retrocesso social, alguém ainda creia sinceramente que dar liberdade é retirar direitos, entregando os trabalhadores à livre negociação com seus tomadores de trabalho, majorando jornada, fixando prescrição intercorrente, retirando direitos. Só pode ser deboche. Não há outro modo de compreender os motivos expostos pelo relator e as propostas que faz em seu substitutivo ao PL 6787. Mas sigamos a análise das propostas de mudança que, segundo Rogério, irão ‘abandonar as amarras do passado e trazer o Brasil para o tempo em que estamos e que vivemos, sem esquecer do país que queremos construir e deixar para nossos filhos e netos’. Certamente, um país de miseráveis, de trabalhadores zumbis, de pessoas sem tempo e dinheiro para consumir, ler, conviver com seus familiares.³

Em continuação, o trecho em que a magistrada discorre especificamente sobre o trabalho da mulher gestante ou lactante em locais ou atividades insalubres:

³ Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista#_edn1.

A proposta de redação para um Art. 394-A autoriza que a gestante trabalhe em ambiente insalubre. Outro retrocesso injustificável. Para o relator, a regra que protege o trabalho da mulher lhe é prejudicial, porque provoca “situações de discriminação ao trabalho da mulher em locais insalubres, tanto no momento da contratação quanto na manutenção do emprego. Sequer há sutileza na linha de argumentação. A discriminação, segundo o relator, decorre da proibição de realização de trabalho em ambiente insalubre, especialmente “em setores como o hospitalar, em que todas as atividades são consideradas insalubres, o que já tem provocado reflexos nos setores de enfermagem, por exemplo, com o desestímulo à contratação de mulheres”. Em vez de criar norma objetivando eliminar a situação insalubre de trabalho, propõe a possibilidade de exposição da gestante e do nascituro à situação de dano efetivo à saúde.

É ainda mais perverso o argumento de que “afastar a empregada gestante ou lactante de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, há, de imediato, uma redução salarial, pois ela deixa de receber o respectivo adicional, refletindo, inclusive, no benefício da licença-maternidade a que faz jus”. Ora, se a preocupação é com a remuneração decente, seria o caso de majorar os pisos salariais, criar um adicional de salário para a trabalhadora gestante. Em hipótese alguma a intangibilidade de salário deve ser defendida para o efeito de exposição do trabalhador ou da trabalhadora a condições de prejuízo efetivo à saúde, como é o caso dessa proposta legislativa. A reprodução de ambientes adoecedores de trabalho, a partir da lógica econômica de que custa bem menos pagar um adicional de salário (mesmo sujeitando o empregado a dois ou mais agentes nocivos) do que tornar o ambiente seguro, reduz a qualidade de vida e, por consequência, o convívio social saudável dos trabalhadores. O Direito do Trabalho, fundamentado na proteção, conseguiu consolidar-se numa lógica em que tudo (pessoas e coisas)

é reduzido à condição de mercadoria de troca, porque é necessário à manutenção da própria lógica do capital. Sem trabalhadores saudáveis não há produção, sem consumidores não há circulação de mercadorias. Daí porque normas como a do art. 193 da CLT ou do artigo 7º, XXIII, da Constituição, foram editadas. Para proteger o trabalhador, a fim de que ele possa continuar em sua condição de trabalhador, e para que o custo dessa exploração não se torne insuportável para o próprio sistema. Esse é também o sentido da norma de proteção do art. 394. Se a preocupação fosse garantir trabalho decente, com remuneração decente e acesso em condições não-discriminatórias de trabalho à gestante, a proposta teria de ser no sentido de tornar inviável a sujeição dos seres humanos, especialmente daqueles que estão gastando novos seres em seus ventres, a dano efetivo.

A Constituição determina a permanente redução dos riscos e dos danos à saúde de quem trabalha. Deveríamos, portanto, estar lutando pela eliminação desses agentes, e não aumento das possibilidades de exposição ao mal que causam. Estamos bem longe disso, não apenas em razão da proposta perversa de criação de um art. 394-A, para expor a gestante a situação insalubre, como também em face do projeto de lei (PL 176/2011) que também tramita no Congresso Nacional e pretende a regulamentação do uso do amianto em ambientes de trabalho, apesar de se tratar de agente já banido em vários países, pelo terrível mal que causa à vida humana[xi].

Utilizar o argumento da vedação à discriminação para sujeitar mulheres grávidas a situação insalubre de trabalho é subverter a ordem constitucional e desrespeitar a inteligência dos destinatários da norma proposta.⁴

Vale dizer, como direito comparado, que, em países europeus, exemplo de Portugal, existem leis mais condizentes com as

⁴ Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista#_edn1.

condições biológicas da mulher, que visam, sobretudo, à proteção à vida. O art. 62 da Lei Portuguesa n. 07, de 12 de fevereiro de 2009, denominado Código do Trabalho, tem a seguinte redação:

Art. 62º. Protecção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante 1 – A trabalhadora grávida, puérpera ou lactante tem direito a especiais condições de segurança e saúde nos locais de trabalho, de modo a evitar a exposição a riscos para a sua segurança e saúde, nos termos dos números seguintes. 2 – Sem prejuízo de outras obrigações previstas em legislação especial, em atividade susceptível de apresentar um risco específico de exposição a agentes, processos ou condições de trabalho, o empregador deve proceder à avaliação da natureza, grau e duração da exposição de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, de modo a determinar qualquer risco para a sua segurança e saúde e as repercussões sobre a gravidez ou a amamentação, bem como as medidas a tomar. 3 – Nos casos referidos no número anterior, o empregador deve tomar a medida necessária para evitar a exposição da trabalhadora a esses riscos, nomeadamente: a) Proceder à adaptação das condições de trabalho; b) Se a adaptação referida na alínea anterior for impossível, excessivamente demorada ou demasiado onerosa, atribuir à trabalhadora outras tarefas compatíveis com o seu estado e categoria profissional; c) Se as medidas referidas nas alíneas anteriores não forem viáveis, dispensar a trabalhadora de prestar trabalho durante o período necessário. 4 – Sem prejuízo dos direitos de informação e consulta previstos em legislação especial, a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante tem direito a ser informada, por escrito, dos resultados da avaliação referida no n. 2 e das medidas de protecção adoptadas. 5 – É vedado o exercício por trabalhadora grávida, puérpera ou lactante de atividades cuja avaliação tenha revelado riscos de exposição a agentes ou condições de trabalho que ponham em perigo a sua

segurança ou saúde ou o desenvolvimento do nascituro. 6 – As actividades susceptíveis de apresentarem um risco específico de exposição a agentes, processos ou condições de trabalho referidos no n. 2, bem como os agentes e condições de trabalho referidos no número anterior, são determinados em legislação específica. 7 – A trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, ou os seus representantes, têm direito de requerer ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral uma acção de fiscalização, a realizar com prioridade e urgência, se o empregador não cumprir as obrigações decorrentes deste artigo. 8 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1, 2, 3 ou 5 e constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.

Por essa razão, estudiosos, juristas, médicos e demais profissionais de saúde e meio ambiente consideraram acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM), entendeu por inconstitucional a norma que exigia atestado médico, para afastar a trabalhadora gestante ou lactante de atividade insalubre e “derrubou” o trecho da reforma trabalhista de 2017, que admitia a possibilidade de grávidas e lactantes serem submetidas a atividades insalubres, quando autorizadas por médico. No julgamento da ADI n. 5.938, foi declarada a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei n.13.467/17.

Assim, em decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) e por maioria de votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.938 foi julgada procedente, para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei n.13.467/17) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras

grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses. Para a corrente majoritária, a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da CLT, afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) restou incontroversa a proibição do trabalho da gestante e da lactante em qualquer atividade, operação ou local insalubre, voltando a valer o texto original da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), anterior à reforma aprovada em novembro de 2017, de forma que as gestantes ou lactantes devem ser realocadas para atividade, local ou operação salubre ou, na impossibilidade, deve ser concedida licença na forma de salário-maternidade ou auxílio doença.

2 A realocação, a impossibilidade e o afastamento

A norma vigente, como já visto, determina que a empregada gestante ou a lactante está proibida de exercer qualquer atividade em condições insalubres, exigindo que a atividade seja realizada em um ambiente salubre ou, na impossibilidade, deve ser a gestante/lactante afastada do trabalho mediante a concessão de licença, na forma de salário-maternidade ou auxílio doença.

O meio ambiente laboral é o local onde as pessoas passam uma parcela considerável de sua vida, sendo que os efeitos das atividades desenvolvidas, nesse local e neste ambiente, transcendem a esfera de trabalho.

A regulamentação acerca do trabalho insalubre está prevista na seção XIII, do Capítulo V, da CLT. O art. 189, que inaugura a mencionada seção, define o que são consideradas atividades insalubres e perigosas:

Art. 189. Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância

fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

A CLT, apesar de conceituar o trabalho insalubre e fixar os percentuais de adicional devidos, deixa de expor quais os limites que entende toleráveis para a exposição e quais seriam os agentes considerados nocivos à saúde. Assim, os limites e as condições do labor em ambiente insalubre foram listados na Norma Regulamentadora n. 15, do Ministério do Trabalho, aprovada pela Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. Mencionada norma, regulamento técnico, possui diversos anexos, discorrendo sobre agentes nocivos, limites, forma e tempo de exposição.

Outra forma de proteção ao meio ambiente do trabalho encontra-se no art. 200, VIII, da Constituição, que prevê a competência do Sistema Único de Saúde e introduz de forma expressa que deve ser protegido o meio ambiente, inclusive do trabalho.

Os empregadores, através dos seus programas de medicina e segurança no trabalho, buscam manter o ambiente de trabalho salubre, seja elidindo os riscos de forma coletiva, seja elidindo de forma individual, através do fornecimento de equipamentos de proteção capazes de criar barreiras que impeçam a exposição a agentes hostis. Estes programas devem atender tanto os critérios previstos na legislação trabalhista como previdenciária e sofrer fiscalização efetiva por parte do Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho.

Notamos que, não basta assegurar o direito na percepção de adicionais ou indenizações, quando agredido o trabalhador na relação de emprego, mas, deve-se, antes de tudo, promover a segurança, a fim de evitar ou reduzir os riscos inerentes ao trabalho.⁵

No meio ambiente do trabalho, bem jurídico a ser tutelado é a saúde do trabalhador.

⁵ MORAES, Monica Maria Lauzid de. **O direito à saúde e segurança no meio ambiente do trabalho**: proteção, fiscalização e efetividade normativa. São Paulo: LTr, 2002. p. 51.

Logo é necessário um olhar atento de modo a tutelar juridicamente e proteger a gestante ou lactante, a fim de garantir proteção mínima de dignidade quanto ao local e ambiente de trabalho, de modo que a prestação laboral ocorra de forma hígida e salubre, visando a manter esta trabalhadora segura.

A dificuldade enfrentada por empregadores é justamente quando não é possível a troca de função ou de ambiente de trabalho dessa gestante ou lactante. Citemos, como exemplo, o ambiente hospitalar, que possui características peculiares quanto à exposição a agentes biológicos. Nesse ambiente, é possível manter a gestante ou a lactante segura? Existe equipamento de proteção capaz de elidir e garantir a proteção contra a contaminação por vírus ou bactéria?

Em muitas situações, o empregador fornece os equipamentos de proteção individual, todavia é possível incidir o adicional de insalubridade, pois não são poucas as ocasiões em que esses equipamentos são incapazes de neutralizar a insalubridade do ambiente, apenas minimizando a exposição aos agentes nocivos, sem elidir o contato.

À luz do momento em que estamos vivendo, há a pandemia provocada pelo coronavírus, o Covid-19, quando médicos, enfermeiros e demais trabalhadores ficam expostos ao vírus, no combate à doença, lidando diretamente com casos suspeitos e confirmados. Existe, neste caso, proteção eficaz?

O Anexo 14 da NR 15, corresponde ao último anexo desta norma regulamentadora, instituída pela Portaria MTb n. 3.214, de 8 de junho de 1978 (Ministério do Trabalho e Emprego 1978), lista as atividades com exposição a risco biológico:

NR 15 – ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES ANEXO XIV

AGENTES BIOLÓGICOS

Relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa. Insalubridade de grau máximo Trabalho ou operações, em contato permanente com:

- pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;
 - carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculoze, brucelose, tuberculose);
 - esgotos (galerias e tanques); e
 - lixo urbano (coleta e industrialização).
- Insalubridade de grau médio Trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto-contagante, em:
- hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados);
 - hospitais, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados ao atendimento e tratamento de animais (aplica-se apenas ao pessoal que tenha contato com tais animais);
 - contato em laboratórios, com animais destinados ao preparo de soro, vacinas e outros produtos;
 - laboratórios de análise clínica e histopatologia (aplica-se tão-só ao pessoal técnico);
 - gabinetes de autópsias, de anatomia e histoanatomopatologia (aplica-se somente ao pessoal técnico);
 - cemitérios (exumação de corpos);
 - estábulos e cavalariças; e
 - resíduos de animais deteriorados.

Desta forma, ante o que determina o anexo 14 da NR-15, qualquer pessoa que trabalhe em um ambiente hospitalar está exposta a agentes biológicos, sendo a atividade insalubre em grau médio ou máximo.

A mulher gestante ou lactante, mesmo que dispndidos todos os esforço possíveis quanto ao local, à atividade e ao uso

de equipamentos de proteção, será mantida em área onde terá, de alguma forma, em maior ou menor grau, exposição a agentes biológicos frente à NR-15, sendo obrigatório, neste caso, o afastamento do trabalho, durante todo o período de gestação e, posteriormente, de lactação.

Decidida pelo afastamento, a atual disposição legal tem provocado muitas dúvidas e tem sido desafiador para o empregador encontrar alternativas para a solução do impasse. Parte do dilema é ocasionado pela ausência de modulação da decisão do Supremo, porque o STF somente declarou inconstitucional a possibilidade de trabalho e exigência de atestado, sem adentrar no mérito quanto à competência pelo pagamento do salário da trabalhadora, que precisar ser afastada das atividades.

Neste contexto, quais seriam as alternativas do empregador, no contrato de trabalho da mulher gestante ou lactante?

Uma primeira alternativa seria, por óbvio, elidir o agente nocivo na atividade, o que, como visto em alguns ambientes, como o hospitalar, seria impossível.

Como uma segunda alternativa, existe a oportunidade, se assim a trabalhadora anuir, de troca de função ou troca no local de trabalho, durante os meses de gestação e lactação – impossível no ambiente hospitalar. Quanto a esta alternativa, devem ser feitas algumas considerações, que seriam os riscos de um desvio de função e a manutenção do pagamento integral do adicional de insalubridade, que o próprio artigo preceitua que deve ser mantido.

Por fim, como terceira opção, seria o afastamento da gestante/lactante do trabalho, com a percepção do auxílio doença ou de sala-maternidade. Se salário-maternidade, o empregador permaneceria pagando os salários de todo o período para, depois, proceder no reembolso frente à Previdência. Neste ponto, quanto aos salários do período, persistem muitas dúvidas. Como ficaria o limite de 120 dias de licença-maternidade, estabelecido na Lei n.8.213, de 24 de julho de 1991. Se a forma de afastamento não seria através de licença-maternidade com percepção de salário-maternidade, deveria esta trabalhadora ser afastada e encaminhada para o auxílio-doença, mesmo tendo condições

físicas de trabalho, sem restrições físicas?

O Salário maternidade é pago pelo empregador que tem o direito de ressarcimento junto ao INSS a partir do 28º dia anterior à data estimada para o parto pelo período máximo de 120 dias. No caso de gravidez de risco a gestante é encaminhada para auxílio-doença ante a impossibilidade física de trabalho. Este benefício é devido para a gestante podendo ela ser empregada ou trabalhadora autônoma.

Outro ponto duvidoso seria quanto ao afastamento da lactante. Qual seria o período limite para afastamento desta lactante? A Lei nada refere.

A situação de fato destas gestantes/lactantes e do seu empregador, quando for necessário o afastamento do trabalho, é indefinida, pois existe o limite legal de ressarcimento do período de licença-maternidade limitado a 120 dias, e as trabalhadoras não apresentam impossibilidade física de trabalho para encaminhamento de auxílio-doença. Inexiste uma normatização do órgão previdenciário que abrigue estas trabalhadoras, estando, atualmente, empregadores e empregadas em total desamparo quanto à responsabilidade pelo adimplemento dos salários, no período de afastamento.

O que se verifica na prática, em que não é possível atender à exigência do art. 394-A, são empregadores afastando as gestantes do trabalho e concedendo o pagamento de salário- maternidade desde a confirmação da gestação até o retorno, após a cessação da lactação, creditando mês a mês o valor do salário no INSS.

3 A efetiva proteção da saúde da gestante, da lactante e do nascituro

Observa-se que todas essas garantias e esses direitos são extensivos tão somente à mulher empregada, não sendo extensivos à classe trabalhadora em geral. Portanto, para ter assegurados estes direitos, é necessário ostentar a condição de empregada.

Exemplo clássico seria na atividade hospitalar, já referida anteriormente. Teremos uma médica empregada gestante afastada do trabalho visando à preservação da vida e da saúde e, por outro lado, uma médica autônoma gestante trabalhando normalmente até ter direito à licença- maternidade. Onde está a diferença entre elas? Uma vida vale mais que a outra? Não teríamos que assegurar, frente aos direitos fundamentais já referidos, igualdade de condições, quando ambas são seguradas da Previdência Social?

O que se verifica, portanto, é que o objetivo principal de minimização da desigualdade de gênero foi mantido após o julgamento da ADI. Todavia, referida proteção alcança tão somente a mulher empregada, deixando sem qualquer proteção as trabalhadoras autônomas que seguem realizando trabalho em condições insalubres.

Ao analisar o art. 7º da Constituição Federal de 1988, verifica-se que este dispõe, acerca das garantias dos trabalhadores, direitos com proteção especial e que foram inseridos na Carta Magna, com o objetivo de melhorar a condição social dos trabalhadores. Assim como aqueles previstos no art. 7º, existem outras normas que visam a assegurar o direito à saúde, vida e ao meio ambiente. Ainda, a CF traz, no *caput* do art. 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A regra constitucional-ambiental, contida no dispositivo acima referido, impõe o entendimento de que o direito ao meio ambiente equilibrado é um dos direitos fundamentais, quando o considera “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Nesse sentido, explica Nogueira que tudo o que estiver ligado à sadia qualidade de vida insere-se no conceito de meio ambiente,

sendo o meio ambiente do trabalho apenas uma concepção mais específica. A parte do Direito Ambiental, que cuida das condições de vida e de saúde no trabalho, local onde o ser humano desenvolve suas potencialidades, faz parte do meio ambiente do trabalho.⁶

O direito à redução dos riscos à saúde e à sadia qualidade de vida destacam-se igualmente na Constituição Federal.

A exposição de gestantes e lactantes a agentes nocivos, tais como: produtos químicos, radiação, níveis elevados de calor, agentes biológicos (contato com vírus e bactérias), podem trazer problemas para a gestante e para a lactante, prejudicando a formação e a saúde do bebê.

A histórica discriminação perpetrada em relação à mulher demanda e continua a demandar constantes ações públicas, de modo a proteger e coibir a distinção por gêneros. No entanto, a proteção alcançada apenas à empregada gestante e lactante, quanto à proibição de trabalho em ambiente insalubre segmentou a vida, tornando desiguais aquelas que deveriam ser iguais – as mulheres.

A Constituição traz como direito fundamental a permanente busca por redução dos riscos e dos danos à saúde de quem trabalha em atenção ao direito fundamental do trabalhador ao meio ambiente de trabalho saudável. Desde a década de 70, o princípio da precaução, e com mais ênfase após a Rio-92, tem sido invocado em defesa do meio ambiente, da vida e da saúde, pautando uma ação pública amparada em ações precaucionais, quando não se tem presente a certeza.

Tamanha a relevância do tema que o reconhecimento internacional da importância do desenvolvimento sustentável para o crescimento e desenvolvimento das nações concretizou-se, recentemente, na instituição da Agenda 2030. A iniciativa busca avançar nas três dimensões do desenvolvimento sustentável – social, econômica e ambiental –, propondo modelos de desenvolvimento, nos quais “ninguém fique para trás” (ONU, 2015).

A desigualdade brasileira não se manifesta apenas na esfera

⁶ NOGUEIRA, Sandro D’Amato. **Meio ambiente do trabalho**: o princípio da prevenção na vigilância e na saúde ambiental. São Paulo: LTr, 2008. p. 20.

econômica; afeta diferentes grupos, de forma mais ou menos intensa. Dessa forma, a ODS n. 3 define que, até 2030, os países deverão “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades” (ONU, 2015, p. 18) – e se destaca –, por tratar-se de temáticas bastante sensíveis ao desenvolvimento brasileiro.

Neste contexto, a importância do respeito à pessoa, como forma de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, também é mantido por Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde não houver a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.⁷

Não seria este então o melhor caminho? A busca pela eliminação, redução e minimização dos riscos físicos, objetivando um ambiente de trabalho saudável e salubre, de modo a garantir o trabalho de mulheres em igualdade de condições, protegendo, assim, de forma efetiva, a vida e a saúde da gestante e do nascituro, sem distinções.

4 Considerações finais

As reformas trazidas em 2016 e, posteriormente, em 2017 pelo legislador, podem ser vistas tanto como medidas protetivas quanto discriminatórias. Sob o pretexto de busca por igualdade,

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

o legislador, primeiro, proibiu o trabalho e, depois, flexibilizou em alteração legislativa que foi julgada inconstitucional.

Mas seria esta previsão legislativa um retrocesso jurídico, na medida em que concede a proteção do direito à vida e à saúde da gestante, lactante, do nascituro e do recém-nascido somente a um grupo de mulheres, que mantém relação empregatícia, deixando toda uma coletividade desprotegida?

Avaliando o alcance deste tema e os limites da legislação, não estaria a atual norma incentivando a contratação de profissionais autônomas sem qualquer proteção à gestante, lactante e ao nascituro, provocando um efeito totalmente inverso daquele almejado?

Outro ponto de controvérsia é quando se faz necessário o afastamento desta trabalhadora. De quem é a responsabilidade pelo pagamento do seu salário? Existe um limite temporal para o pagamento da lactante? São lacunas deixadas pelo legislador e pelo STF e que somente os julgados futuros e decisões pela Previdência Social hão de sanar.

Onde estará a dignidade da trabalhadora, quando esta perde sua saúde? O ambiente de trabalho deve proporcionar à trabalhadora saúde mental e física; garantir um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, como forma de assegurar a dignidade humana.

O que se observa com o presente trabalho é que a norma do art. 394-A da CLT protege apenas um grupo de mulheres, aquelas com vínculo de emprego, deixando de lado e sem qualquer proteção, à margem da lei, o grupo de gestantes e lactantes que possuem, na sua maioria, condição de segurada da Previdência Social. Deveríamos, portanto, estar lutando pela eliminação desses agentes danosos de forma a proteger a mulher gestante, lactante e o meio ambiente e não apenas limitar esta proteção àquela que ostenta a condição de empregada.

Referências

BRASIL. **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado Federal, 1943.

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, Senado Federal, 1991.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Portaria n. 3.214, de 1999 – NR 15**, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.938/DF**. Brasília, DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Acórdão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5938decisoliminarMin.AlexandredeMoraesem30.4.19.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MORAES, Monica Maria Lauzid de. **O direito à saúde e segurança no meio ambiente do trabalho**: proteção, fiscalização e efetividade normativa. São Paulo: LTr, 2002.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Meio ambiente do trabalho**: o princípio da prevenção na vigilância e na saúde ambiental. São Paulo: LTr, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Transformando nosso mundo**: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

PORTUGAL. **Lei n. 07, de 12 de fevereiro de 2009**. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: https://www.unl.pt/sites/default/files/codigo_do_trabalho.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

SALIBA, Tuffi Messias; CÔRREA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e periculosidade**: aspectos técnicos e práticos. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEVERO, Valdete Souto. **Análise do Projeto de Reforma**

trabalhista. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista#_edn1. Acesso em: 27 maio 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**: análise da Lei n. 1.3467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2017.

Parte 5

Direito Civil e Direito Digital

19.

Considerações sobre a concessão de personalidade jurídica aos entes de inteligência artificial

Luiz Fernando Castilhos Silveira*

Pedro Afonso Bombardelli Becker**

Resumo: Este artigo é o resultado de uma pesquisa a respeito da concessão de personalidade jurídica a entes de Inteligência Artificial (IA). Trata-se de pesquisa de natureza básica, com objetivo exploratório com abordagem qualitativa. Realizou-se pesquisa bibliográfica e método comparativo entre as razões pelas quais se atribui (ou se defende a atribuição de) personalidade jurídica no âmbito civil, para deduzir se seriam aplicáveis também naquilo que diz respeito aos entes de IA. Concluiu-se que: a) a personalidade jurídica é atribuída às pessoas naturais precipuamente em razão do princípio da dignidade humana, o qual não é aplicável aos entes de IA; b) a personalidade jurídica dos animais não humanos tem sido defendida (embora não sem resistência). Ela é defendida em razão da sciência, que embasa um argumento moral de igualdade com os humanos. A característica da sciência não é compartilhada com os entes de IA; c) há argumentos de ordem simbólica para a atribuição de personalidade jurídica a entes com elevado valor intrínseco, e carentes de proteção jurídica adequada ou efetiva. No entanto, os entes de IA carecem dessas características; d) as pessoas jurídicas (coletivas) são aquelas que mais possuem semelhança com os entes de IA. A partir de análise preliminar, concluiu-se que não existe – até o momento – necessidade de, ou benefícios na, atribuição de personalidade jurídica aos entes de IA. Essa é, no entanto, uma questão a ser aprofundada, sobretudo no que diz respeito às possíveis semelhanças na operacionalização e nos benefícios entre as fundações e eventuais pessoas de IA.

* Mestre em Direito Público e Especialista em Filosofia e Ensino da Filosofia. Professor no curso de Direito da UCS. Advogado. *E-mail:* lfcsilveira@ucs.br.

** Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito da UCS, Campus Universitário da Região das Hortênsias, RS. *E-mail:* pabbecker@ucs.br.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Personalidade jurídica. Pessoas jurídicas. Responsabilidade civil. Contratos.

1 Introdução

Em fevereiro de 2017, o Parlamento Europeu publicou uma resolução contendo recomendações à Comissão sobre disposições de direito civil e robótica.³ O texto publicado salienta que a humanidade está no limiar de uma nova Revolução Industrial, que está sendo desencadeada por robôs, *bots*, andróides e outras manifestações de inteligência artificial (IA). Essa mesma resolução admite que os dispositivos e as categorias jurídicas que temos, atualmente, não são suficientes para dar respostas aos desafios que se apresentam, como (a título de exemplos) aqueles referentes à responsabilidade pelos danos causados por um robô autônomo, ou, no âmbito da responsabilidade contratual em contratos celebrados com a negociação realizada por máquinas.

Levando em consideração esse contexto, o presente trabalho de pesquisa visa a indagar a respeito da atribuição de personalidade jurídica a entes com inteligência artificial, também denominados pessoas eletrônicas ou *e-persons*. Mais especificamente, quer-se responder se a adoção de tal instituto jurídico seria desejável, ou mesmo necessária; quais seriam as vantagens dessa adoção e por quais problemas ela responderia.

Para responder a essas questões, buscaremos algumas das principais razões pelas quais se atribui personalidade jurídica a entes, naturais ou não, na esfera civil. Em seguida, procuraremos avaliar se essas razões, para a atribuição de personalidade jurídica na esfera cível aos entes que mais comumente a possuem na contemporaneidade, poderiam ser aplicadas ou ajudar a responder à pergunta de pesquisa, ou seja: Haveria razões também para que aos entes de IA fosse atribuída personalidade jurídica?

³ PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 16 de fevereiro de 2017**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html. Acesso em: 13 jun. 2020.

Após definirmos os conceitos e o contexto básico de IA com os quais trabalharemos, começaremos a investigação por pessoas naturais. Em seguida, perquiriremos nas razões pelas quais parte da literatura contemporânea tem defendido a atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos, também indagando-nos a respeito da aplicabilidade ou utilidade desses argumentos, no que diz respeito aos entes de IA. Após, adentraremos em uma avaliação de possíveis razões de cunho simbólico para a atribuição de personalidade jurídica à natureza como um todo, ou à Mãe Terra, e a outros entes que podem se beneficiar de um elemento simbólico na sua proteção. Por fim, analisaremos algumas das razões mais básicas pelas quais se atribui personalidade jurídica às pessoas coletivas, e se há, aqui, também, alguma contribuição para a solução dos problemas potencialmente trazidos pela IA ao direito.

Como hipótese, temos que as razões pelas quais as pessoas naturais são dotadas de personalidade jurídica não se traduzem à atribuição de personalidade jurídica aos entes de IA, eis que não há semelhanças suficientes entre pessoas naturais e entes de IA – mesmo os mais avançados. Já no que diz respeito aos animais não humanos, é possível que existam algumas semelhanças a ponto de tornar traduzíveis alguns argumentos de uma a outra categoria. Já quanto à dimensão simbólica da atribuição de personalidade jurídica, é possível que exista alguma contribuição a ser aprendida e aplicada, no que diz respeito aos entes de IA; por fim, o campo das pessoas jurídicas coletivas é o que mais se aproxima do modo de atuação da IA na sociedade, razão pela qual apenas comparações e analogias superficiais serão feitas, restando para a continuidade da pesquisa uma avaliação mais aprofundada a respeito das categorias e dos elementos que se mostrarem mais promissores.

Trata-se de pesquisa de natureza básica, com objetivo exploratório abordagem qualitativa. Foram realizados: pesquisa bibliográfica e método comparativo entre as razões pelas quais se atribui (ou se defende a atribuição de) personalidade jurídica no âmbito civil, para deduzir se seriam aplicáveis também naquilo que diz respeito aos entes de IA e aos problemas por eles trazidos para o âmbito do direito.

2 Inteligência artificial e entes de inteligência artificial

A rapidez da evolução tecnológica continua a nos surpreender, e as transformações sociais (e, com elas, as transformações nas relações jurídicas) causadas por essa evolução são profundas. Se hoje o destino do mundo é profundamente influenciado pelo uso das redes sociais, o impacto dessas redes não seria tão sensível, se não fosse a acessibilidade permitida por *smartphones* de relativo baixo custo, hoje praticamente onipresentes na sociedade, assim como a grande disponibilidade de acesso à rede mundial de computadores (internet).

É fácil esquecer a velocidade dessas transformações; os *smartphones* possuem apenas cerca de 20 anos de idade, tendo passado a se disseminar propriamente apenas com o lançamento dos *iPhones* em 2007.⁴ O número de *smartphones* vendidos mundialmente disparou de 122 milhões de unidades ao ano em 2007 para cerca de 1.5 bilhão ao ano, a partir de 2015,⁵ enquanto o número de usuários desses aparelhos cresceu de 2,5 bilhões de pessoas para 3,5 bilhões apenas nos últimos quatro anos – para um total equivalente, hoje, a 44,81% de toda a população mundial.⁶

E esse é apenas um dos muitos exemplos que poderiam ter sido escolhidos. Mas o impacto dos *smartphones*, e das redes sociais aos quais eles proporcionam tão fácil acesso, não seria tão sensível, se não fosse outro elemento: a inteligência artificial (IA). Por trás de nossas postagens, preferências, desejos, compras, posicionamento político e toda a sorte de interações sociodigitais, há poderosos algoritmos⁷ incessantemente aprendendo

⁴ APPLE REINVENTS THE PHONE WITH IPHONE (APPLE). 2007. Disponível em: <https://www.apple.com/newsroom/2007/01/09Apple-Reinvents-the-Phone-with-iPhone/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁵ STATISTA. **Number of smartphones sold to end users worldwide from 2007 to 2021**. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/263437/global-smartphone-sales-to-end-users-since-2007/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁶ TURNER, Ash. **How many smartphones are in the world?** 2020. Disponível em: <https://www.bankmycell.com/blog/how-many-phones-are-in-the-world>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁷ Um algoritmo pode ser entendido como: “Um plano ou esboço de uma solução; uma sequência lógica de passos que soluciona um problema” (DALE,

sobre nossos hábitos e, a partir deles, a como nos influenciar.⁸

Há muita discórdia no que diz respeito a possíveis definições do que, exatamente, vem a ser aquilo a que chamamos de inteligência artificial.⁹ No imaginário popular, percebemos que a expressão ainda é percebida como referenciada a robôs não raramente humanoides e típicos de livros e filmes de ficção científica, os quais possuem elevado risco de – ao desenvolverem emoções e outros traços de personalidade tipicamente humanos – se voltarem contra a humanidade e causarem sua destruição. A realidade, no entanto, é um tanto menos empolgante.¹⁰

Para fins do presente trabalho, utilizaremos a seguinte definição:

Inteligência Artificial refere-se ao uso de modelos estatísticos ou matemáticos em aplicações específicas para predição de resultados, buscando sempre a máxima acurácia e robustez possíveis (por meio da busca do melhor modelo estatístico e da separação da amostra em duas partes, uma para treinar e outra para validar o modelo).¹¹

Nell; LEWIS, John. **Ciência da computação**. Trad. e ver. téc. de Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 126).

⁸ Nas palavras do PARLAMENTO EUROPEU, *op. cit.*: “[...] o desenvolvimento e uma maior utilização de processos decisórios automatizados e algorítmicos têm um impacto inegável nas escolhas que os privados (como, por exemplo, uma empresa ou um utilizador da Internet) e as autoridades administrativas, judiciárias ou outras autoridades públicas fazem ao tomarem uma decisão final enquanto consumidores, empresas ou autoridades”.

⁹ Para uma discussão pormenorizada do conceito de inteligência ao longo da História, bem como suas relações e aplicações para a definição daquilo a que denominamos “inteligência artificial”, veja-se: LUGER, George F. **Inteligência artificial**. Trad. de Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

¹⁰ Cabe aqui salientar a diferença entre a diferenciação, bem pontuada por Adriano Mussa, entre essa Inteligência Artificial Genérica que tipicamente recebe os holofotes da mídia e da cultura popular, e da Inteligência Artificial Estreita que vê um desenvolvimento expressivo na atualidade, mas é de escopo delimitado em suas aplicações, no que diz respeito a domínios, tarefas ou objetivos bastante específicos. (MUSSA, Adriano. *Inteligência artificial: mitos e verdades*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2020, p. 28 *passim*).

¹¹ *Ibidem*, p. 56.

Há um elemento comumente atribuído pela literatura à IA, que é a busca por níveis ou processos equivalentes à inteligência propriamente humana.¹² No entanto, pensamos que essa definição estreita por demais o escopo da IA, pois muito daquilo com o que ela se ocupa não é com a intenção de fazer as máquinas pensarem *como* humanos, mas, quiçá, *melhor que* os humanos.¹³ Para uma definição que inclua a busca por aprimoramento do processamento computacional, na direção da inteligência humana, subscrevemos a seguinte: “Inteligência artificial investiga alternativas para capacitar os computadores para a realização de tarefas nas quais, até o momento, o ser humano tem um melhor desempenho”.¹⁴

Um dos elementos centrais da IA é o processamento de dados; a especificidade da IA é a capacidade de automatização dos processos, bem como de predição de eventos futuros, com base nos algoritmos e modelos aplicados. Trata-se, portanto, de algoritmos e modelos traduzidos em linguagem de *software*, a fim de que, com o uso de *hardware* apropriado, possam processar grandes quantidades de informações, muitas vezes aprendendo com elas e se autorrefinando no processo, e apresentar resultados e predições acuradas.

Já os que denominamos de entes de inteligência artificial nada mais são do que a identificação e individualização de um ou de um conjunto de modelos, algoritmos e soluções de *software*, organizadas para uma determinada finalidade ou empregadas em conjunto em um determinado projeto. Pode-se pensar, por

¹² Como na definição de Dale e Lewis, autores para os quais a IA “é o estudo de sistemas computacionais que tentam modelar e aplicar a inteligência da mente humana” (DALE; LEWIS, *op. cit.*, p. 30).

¹³ Pense-se, por exemplo, na IA aplicada ao desenvolvimento dos veículos autônomos. Se é verdade que a IA pode visar a incorporar *alguns elementos* do que se consideraria inteligência humana, na condução de veículos automotores, a verdade é que, por caminhos próprios, os veículos autônomos podem em muito superar a capacidade humana de condução, especialmente na questão de segurança. Os veículos autônomos são capazes de processar vastos volumes de informação ao mesmo tempo, sem a necessidade de focar-se em uma ou outra tarefa (como a de checar o retrovisor, periodicamente), sem distrações e sem fadiga.

¹⁴ CARVALHO, André C. P. L. F. de; LORENA, Ana Carolina. **Introdução à computação**: hardware, software e dados. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p. 158.

exemplo, no projeto Victor, “que visa a pesquisa e desenvolvimento de um sistema de inteligência artificial para aplicação nos fluxos de análise de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal”,¹⁵ como constituindo um ente de IA.

Note-se, portanto, que não há uma delimitação preestabelecida do que constitua *um* ente de IA, sobretudo porque não se trata, na maioria, de entes fisicamente determinados. Nesse sentido, a individualização se assemelharia àquela realizada para definir uma obra, no âmbito dos direitos autorais, mais precisamente no que diz respeito à proteção do *software*.¹⁶

Com essas características, os entes de IA se afastariam da possibilidade de aplicação para si de um conceito de personalidade jurídica próximo ao atribuído às pessoas naturais, porque necessitam – ao contrário dos seres humanos e outros animais – da prática de um ato de vontade para a sua individualização. Nesse sentido, aproximar-se-iam das noções da personalidade jurídica aplicada às sociedades e outras pessoas jurídicas – que são, assim como os entes de IA, decorrentes da prática de um ato de vontade humana para sua criação e individuação, como se verá a seguir.

Ocorre que a questão sequer é tão simples, pois há casos em que se pode cogitar uma individualização física de um ente de inteligência artificial. Pense-se, por exemplo, em um veículo autônomo o qual, dotado de IA, possa se locomover, tomar decisões, e aprender e refinar seus processos, a partir de suas experiências (dados coletados). No entanto, até mesmo essa aparente individualização física – que tem relevância do ponto de vista da atribuição de uma personalidade jurídica a esse ente – não é senão superficial. No

¹⁵ Para mais informações sobre o projeto: PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**, 2020. Disponível em: <https://rbiad.com.br/index.php/rbiad/article/view/4>. Acesso em: 12 jun. 2020.

¹⁶ O elemento central da definição do conceito é “a expressão de um conjunto organizado de instruções”, as quais são “de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos [etc.]”. Isso conforme o art. 2º da Lei n. 9.609/98 (BRASIL. **Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 12 jun. 2020).

mais das vezes, esses indivíduos físicos estarão interconectados em redes, as quais compartilham, não apenas dados (como a fluidez do trânsito ou com as condições atmosféricas das localidades em que transitam), mas também os próprios algoritmos, modelos e instruções centralizados para toda a operação.

Assim, o “aprendizado” de um dos indivíduos pode colaborar com a melhoria de toda a frota, e atualizações de toda a programação podem ocorrer de forma centralizada, seja de maneira autônoma, através dos aprendizados da própria máquina, seja em razão da vontade do operador do sistema. Se fôssemos traçar uma analogia com a individualidade humana, é como se pensássemos em vários seres humanos que, para além de compartilharem informações a respeito de seu meio ambiente e experiências, compartilhassem também um mesmo cérebro. A questão que se coloca, portanto, é se não deveríamos tratar o conjunto da frota como um único ente de IA.

Questões semelhantes surgem quando consideramos, por exemplo, a internet das coisas no âmbito das moradias inteligentes. Nestas, vários dispositivos com maior ou menor autonomia compartilham informações e dados coletados pelos seus sensores, para a automação de processos no ambiente domiciliar. Pense-se, por exemplo, em um aparelho de ar-condicionado que recebe a temperatura corporal e batimentos cardíacos de um usuário de relógio inteligente e que, com essas informações, regula a temperatura ao longo da noite. Esse aparelho pode ir se aperfeiçoando por meio do aprendizado a respeito da qualidade do sono do usuário, sob as variadas condições, horários em que pega no sono e desperta, e assim por diante. Mas ele também pode estar aprendendo com todos os dados de todos os outros usuários do mesmo modelo de ar-condicionado ou, quiçá, de todos os modelos da mesma marca, os quais compartilham, não apenas informações a respeito da qualidade do sono dos usuários para uma melhor predição das decisões a serem tomadas a respeito da temperatura ambiente, mas também os modelos, as instruções e os algoritmos mesmos da IA, os quais são atualizados de maneira centralizada, por meio de atualizações como de *software*

ou BIOS,¹⁷ impondo dificuldades com relação aos limites do que se poderia considerar como um indivíduo.

Esboçadas essas primeiras definições e dificuldades, passaremos à análise da personalidade jurídica das pessoas naturais, avaliando elementos que poderiam ser aplicáveis ou aplicados aos entes de inteligência artificial.

3 Personalidade jurídica e pessoas naturais

Um dos elementos centrais da personalidade jurídica é a “aptidão para adquirir direitos e assumir obrigações na ordem civil”,¹⁸ que não se confunde (como é cediço) com a capacidade para exercer ou proteger esses direitos em nome próprio. Venosa nos aponta a estreita relação do conceito com aquele de direito subjetivo, pois é – para o autor – com a personalidade jurídica que o ser humano passa a ser um sujeito de direitos.¹⁹

Embora esses sejam elementos da personalidade jurídica, não nos parece serem as melhores definições. Não é, por exemplo, com a personalidade jurídica que o ser humano passa a ser um sujeito de direitos, pois o ser humano já é, desde a sua existência, titular de direitos e da proteção dessa personalidade mesma. Não há causa e efeito entre titularidade de direitos e personalidade jurídica da pessoa natural (como há, como se verá, com as pessoas jurídicas). Há uma cogênese e indissociabilidade em que, ao se falar de uma, fala-se da outra. Em nosso ordenamento jurídico atual, essa indissociabilidade decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – elemento central desse próprio ordenamento,²⁰ quando alçado ao art. 1º da Constituição de

¹⁷ BIOS (do inglês *Basic Input/Output System*) é um dispositivo de memória ROM (*read only memory*), o qual “armazena um programa de suporte básico ao hardware e para início do carregamento do sistema operacional” (CARVALHO; LORENA, *op. cit.*, p. 85).

¹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁰ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil**. Introdução: pessoas e

1988.²¹ Trata-se da superação daquilo a que Bobbio denominou de “sujeito econômico, como titular de direitos sobre as coisas e como possuidor da capacidade de trocar bens com outros sujeitos econômicos dotados da mesma capacidade”.²²

É impossível se afastar a dimensão ética dessa previsão constitucional.²³ A dignidade da pessoa humana requer que o ser humano – todo ser humano – seja visto e reconhecido em sua individualidade, em sua particularidade.²⁴ Esse é um requisito indispensável para a consideração do ser humano – cada ser

bens. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

²¹ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

²² BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2009. p. 154.

²³ Bobbio ilustra magistralmente a importância da positivação desses preceitos, que passaram de ideais morais do iluminismo à concretude por meio da constitucionalização desses direitos: “Se as palavras da Declaração Universal [dos Direitos Humanos] não são novas, novo é o âmbito de validade de suas disposições. Na boca de Locke e dos jusnaturalistas, a afirmação dos direitos naturais era pura e simplesmente uma teoria filosófica, sem nenhum outro valor senão aquele de uma exigência ideal, de uma aspiração que só poderia se realizar quando alguma constituição a acolhesse e transformasse em uma série de prescrições jurídicas. Em um segundo momento, a afirmação de que existem direitos naturais originários, limitadores do poder soberano, é acolhida nas declarações de direitos que precedem as constituições dos Estados liberais modernos: a partir desse momento, os direitos naturais não são mais apenas uma aspiração ideal, mas se tornam verdadeiras pretensões juridicamente reconhecidas e protegidas contra eventuais violações por parte dos cidadãos privados e dos poderes públicos” (BOBBIO, *op. cit.*, p. 83).

²⁴ Também remetemos a Bobbio para a articulação da inversão, a que o autor chama de verdadeiramente copernicana (eis que é uma mudança do ponto de vista a partir do qual se observa), na consideração do indivíduo – e não da sociedade – como o fim: “O problema moral foi considerado originalmente [na antiguidade] do ponto de vista da sociedade, mais do que do ponto de vista do indivíduo. E não podia ser diferente: aos códigos de regras de conduta foi atribuída a função de salvaguardar o grupo no seu conjunto, mais do que a função de proteger o indivíduo isolado. Originariamente, a função do preceito ‘não matar’ não é tanto a de proteger o indivíduo isolado, membro do grupo, mas a de impedir uma das razões fundamentais da desagregação do grupo. A melhor prova disso é o fato de que este preceito, considerado justamente como um dos baluartes da moral, vale apenas no interior do grupo, não vale em relação aos membros de outros grupos” (BOBBIO, *op. cit.*, p. 149).

humano – como um fim em si mesmo, e jamais como um meio.

Os objetos (sejam corpóreos, tais como o computador em que agora escrevemos ou os imóveis que ora ocupamos; ou incorpóreos, como o crédito a que temos a receber em contraprestação ao nosso trabalho) são, por definição, meios para a manutenção e o desenvolvimento da nossa vida. Por uma questão ética (e não unicamente jurídica) seres humanos não podem ser considerados objetos; porque todo ser humano é – igualmente – titular dessa manutenção e do desenvolvimento da vida. Não pode e não haveria motivos que justificassem o fato de seres humanos serem objetos, um meio para o desenvolvimento da vida de outros seres humanos; ou todos são humanos, e assim agem em cooperação e conjunto, ou nenhum o é.

A questão que ora enfrentamos é se os entes de inteligência artificial podem ter a si atribuída personalidade jurídica, em razão dessas características, elementos e razões. E nos parece que não.

Muitos autores consideram a autonomia individual como um elemento central, não só da personalidade jurídica, mas dos próprios fundamentos da dignidade da pessoa humana.²⁵ Embora de grande relevância, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, e embora talvez seja um elemento necessário, não nos parece que esse seja um elemento suficiente para justificar a personalidade jurídica enquanto expressão da dignidade da pessoa humana.

Isso porque podemos pensar em um ente de IA verdadeiramente autônomo. Esse ente, enquanto capaz de aprender por si, pode ser criado e programado para visar à autonomia, e pode alcançá-la. Esse ente, criado e programado para determinados fins, pode (por meio de seu aprendizado) passar a alterar e a determinar os seus próprios fins e as suas próprias regras para alcançá-los – tornando-se, nesse sentido, autônomo. Isso alçaria tal ente à qualidade de ter a sua dignidade protegida? A resposta ainda nos parece negativa.

A proteção à autonomia, seja individual, seja coletiva, não é uma proteção à autonomia enquanto fim. Tanto é que, não sem

²⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 153.

qualquer contenda no âmbito da filosofia moral, entendemos como ainda dotados de dignidade aqueles seres humanos que não possuem ou se veem privados de sua autonomia, por qualquer razão mais ou menos contingente (por serem infantes, sofrerem de alguma enfermidade ou perda de consciência, etc.). Embora se proteja a autonomia em potência (por exemplo, com relação ao infante), não deixa de possuir dignidade aquele que privado em definitivo de autonomia. Com efeito, a proteção aos direitos da personalidade não cessa sequer com a morte, embora a própria personalidade cesse.²⁶

Entendemos, portanto, que a proteção não é uma proteção (somente) à autonomia, nem (somente) em razão da autonomia individual. É uma proteção ética, que diz respeito à humanidade que compartilhamos. Isso porque atribuímos – por uma questão ética, repetimos – uma importância ao outro no mínimo tão grande e tão essencial quanto atribuímos a nós mesmos. O outro sou eu, no sentido de que é uma dimensão da minha própria humanidade.

É preciso estabelecer que, mesmo que a IA consiga se desenvolver em áreas, nas quais os seres humanos (ainda) são mais competentes, isso não faz dela um humano ou atribui a ela qualquer dimensão ou condição humanas. Mesmo nos casos mais avançados de IA envolvendo *deep learning* ou redes neurais artificiais (ANN – *Artificial Neural Networks*), trata-se apenas de modelos (matemáticos) de processamento de informações, com inspiração na maneira de funcionar dos neurônios humanos.²⁷

Características essencialmente humanas não são, no entanto, as únicas razões para que se atribua personalidade jurídica a um ente. Tem havido muita discussão no mundo ocidental a respeito de atribuição de titularidade de direitos e personalidade jurídica aos animais e até a natureza. Passamos a investigar alguns desses argumentos, com a intenção de indagar se algum deles poderia ser visto como aplicável para o caso dos entes de IA.

²⁶ Pense-se na proteção a restos mortais, à imagem, etc.

²⁷ MUSSA, *op. cit.*, p. 74 *et seq.*

4 Personalidade jurídica e entes da natureza não humanos

Historicamente, os animais não humanos sempre tiveram proteção jurídica enquanto objetos e patrimônio. Mesmo na modernidade, as legislações que protegem os animais o faziam como forma de proteção do patrimônio de alguém.²⁸ Nota-se claramente que os animais eram vistos (enquanto objetos) como meios para fins humanos. Mesmo atualmente, e apesar do número de propostas legislativas visando a transformar essa realidade,²⁹ a proteção aos animais no direito positivo brasileiro não é diferente. Os animais silvestres são comumente categorizados como bem de uso comum do povo (em interpretação ao art. 225 e seus desdobramentos, da Constituição de 1988); os animais domésticos são vistos pelo direito civil como semoventes (nos termos do art. 82 do Código Civil).³⁰

De fato, a própria proteção ao meio ambiente padece dessa resistência antropocêntrica, concebendo a proteção à natureza como um meio para o ser humano-fim.³¹ A natureza deve ser protegida porque nós humanos possuímos o direito a um meio ambiente equilibrado, e não como (outro) fim em si mesmo. Nas palavras de Nista e outros, “é possível observar que os direitos dos animais nascem em uma sociedade antropocêntrica por motivos antropocêntricos: preservar a fauna para que as futuras gerações possam também fazer uso dela”.³²

²⁸ REGIS, Arthur Henrique de Pontes; CORNELLI, Gabriele. Situação jurídica dos animais e propostas de alterações no Congresso Nacional. **Revista Bioética**, v. 25, n. 1, p. 193. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n1/1983-8042-bioet-25-01-0191.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

²⁹ *Idem*.

³⁰ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

³¹ RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**: conjecturas políticos-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/JUSTICA_AMBIENTAL_EDUCS_EBOOK.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

³² NISTA, Natália Anseloni; JANNUZZI, Celeste Aída Sirotheau; FALSARELLA, Orandi Mina; BENEDICTO, Samuel Carvalho. Sociedade e

Há, no entanto, uma corrente crescente de defesa dos direitos dos animais não humanos e da natureza por e em si mesmos. Essa noção está intimamente relacionada à atribuição de personalidade jurídica a esses entes, tornando-os titulares de direitos. O movimento também possui um fundamento ético, segundo o qual os seres não humanos devem ser vistos como também dotados de dignidade, cuja dignidade não pode ser retirada ou anulada pelo tratamento da natureza, como mero meio. A natureza e todos os seres que dela fazem parte são vistos como tendo um valor intrínseco e inestimável, o qual *independe* de qualquer proveito que os humanos possam dele tirar.

Um dos expoentes desse movimento (conhecido na literatura como linha abolicionista)³³ é o filósofo Peter Singer, que defendeu, em 1975, a igualdade entre seres humanos e animais não humanos. O autor salientou, já no prefácio da sua obra, *Animal liberation*, não haver qualquer razão, excetuando-se o desejo egoísta de preservar os privilégios do grupo explorador, para haver recusa à inclusão de membros de outras espécies no princípio básico da igualdade.³⁴

Os méritos de tal afirmação estão para além do escopo da presente pesquisa.³⁵ Fato é que esses movimentos inspiraram e

desenvolvimento sustentável: o direito dos animais no discurso da sustentabilidade. *Ambiente e Sociedade*, v. 23, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/asoc/v23/pt_1809-4422-asoc-23-e02782.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

³³ NISTA *et al.*, *op. cit.* Veja-se também RAMMÊ, *op. cit.*, p. 160 *et passim*.

³⁴ SINGER, Peter. **Animal liberation**. New York: Open Road Integrated Media, 2015. p. 22.

³⁵ A atribuição de direitos ou personalidade jurídica a não humanos enfrenta acirrada e qualificada oposição. Para mencionar um, François Ost defende que: “Na realidade, os direitos que alguns se apressam em atribuir aos animais, não são mais do que a contrapartida puramente lógica e formal, o efeito reflexo de algum modo, dos deveres que, a justo título, nos impomos a seu respeito. Uma vez que temos deveres, eles devem ter direitos, pensar-se-á. E, no entanto, essa lógica sinalagmática não é aplicável, a partir do momento em que prevalece a assimetria radical dos parceiros nesta relação (há assimetria na relação dos valores, dos direitos, dos deveres; em contrapartida, em outras relações, como a do jogo, por exemplo, podem observar-se formas bastante conseguidas de cumplicidade e de reciprocidade entre o homem e o animal)” (OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 264).

inspiram a extensão de direitos básicos, até recentemente restritos aos seres humanos, também aos animais não humanos. Se formos manter a coerência de que, para ser titular de direitos, é necessária personalidade jurídica, então essa extensão envolveria necessariamente a atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos. Não tem sido diferente o entendimento em alguns casos judiciais, nos quais foi reconhecida a personalidade jurídica de animais não humanos tomados como sujeitos de direitos.³⁶

A diferença não é apenas de técnica jurídica (embora também o seja). Há uma importante dimensão simbólica no reconhecimento dos direitos dos animais enquanto pessoas – ainda que pessoas não humanas. Evidentemente, que tais pessoas não possuem capacidade jurídica, e seus interesses e direitos devem ser tutelados pelas instituições adequadas tal qual os de outros incapazes (tais como crianças e adolescentes). Mas a questão simbólica é justamente a ruptura com o antropocentrismo, que enxerga os seres humanos e a vida humana como a única finalidade do direito. Retomaremos essa dimensão simbólica no ponto 5 abaixo.

A questão é se deveríamos estender esse mesmo raciocínio moral para os entes de IA. Para isso, precisamos identificar por que os animais não humanos possuiriam uma dignidade tal que nos obrigaria – moralmente – a reconhecê-los como iguais e, portanto, como fins em si mesmos.

Na base da literatura que defende a igualdade entre os seres humanos e os outros animais está a possibilidade de sofrerem e de se alegrarem, argumento que remonta pelo menos ao utilitarista Jeremy Bentham, que afirmou:

It may one day come to be recognized that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination

³⁶ Como no caso do *habeas corpus* concedido à chimpanzé Cecília, na Argentina, em 2016; ou as decisões judiciais referentes à orangotanga Sandra, também na Argentina, a qual foi reconhecida como “pessoa não humana sujeito de direito”, entre outubro de 2015 e junho de 2016 (BEVILAQUA, Ciméa Barbató. Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 25, n.1, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-49442019v25n1p038>. Acesso em: 12 jun. 2020.

of the *os sacrum* are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate. What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or perhaps the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day or a week or even a month, old. But suppose they were otherwise, what would it avail? The question is not, Can they *reason*? nor Can they *talk*? but, Can they *suffer*?³⁷

Essa inferência foi retomado por Singer, que argumentou não estar a igualdade, mesmo entre os humanos, calcada na capacidade de inteligência, força física ou outras questões de fato (até porque há instâncias em que essas capacidades faltam e, nem por isso, aqueles delas privados são menos humanos, menos iguais ou menos dignos). Essa igualdade, salienta o autor, é uma “ideia moral, e não uma afirmação de fato”.³⁸ Singer passou a utilizar o termo *senciência*³⁹ como uma referência à capacidade de experimentar sofrimento e/ou prazer,⁴⁰ conceito que se tornou corrente na defesa dos direitos dos animais – seja do ponto de vista abolicionista, seja pela corrente chamada bem-estarista.⁴¹

Algum elemento desse raciocínio poderia ser aplicável aos entes de IA?

³⁷ BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843. p. 143 (grifos do autor). Em tradução livre: “Pode um dia vir a ser reconhecido que o número de pernas, a vilosidade da pele, ou a terminação do sacro são razões igualmente insuficiente para se abandonar um ser sensível à mesma sorte. O que mais deveria estabelecer o limite insuperável? É a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo adulto ou cachorro é incomparavelmente um animal mais racional, bem como mais comunicativos, que uma criança de um dia, ou de uma semana, ou de um mês. Mas suponhamos que fossem de outra forma, que diferença faria? A questão não é se eles podem *raciocinar*, nem se eles podem *falar*, mas se eles podem *sofrer*”.

³⁸ SINGER, *op. cit.*, p. 33. Em tradução livre de: *Equality is a moral idea, not an assertion of fact*.

³⁹ *Sentience*, nos originais.

⁴⁰ SINGER, *op. cit.*, p. 38.

⁴¹ Para um breve apanhado histórico da evolução desse debate, veja-se e.g. NISTA *et al.*, *op cit.*

Parece-nos impossível atribuir às máquinas a capacidade de *sentir* algo (seja medo, angústia, dor, esperança e assim por diante).⁴² Pode-se, sim, treiná-las para que aprendam a identificar quando *deveriam* estar sentindo determinada sensação e, inclusive, a expressá-la a ponto de enganar os seres humanos. Pense-se no Aibo, o cachorro robô da Sony que, não só aprendia o nome do dono, mas demonstrava raiva ou felicidade por meio da cor dos seus olhos (que se tornavam, respectivamente, vermelhos ou verdes).⁴³ Ou de um robô para conversas (*chatbot*) que consiga, nas situações adequadas, nos levar a crer que está sentindo determinadas emoções por meio da linguagem escrita.

Essas falsas emoções podem ser suficientemente convincentes, a ponto de nos levarem a desenvolver empatia pelo robô. Não é difícil imaginarmos nos envolvermos emocionalmente em uma interação a ponto de sentirmos culpa ou remorso ao desfazer a conexão. No entanto, isso ocorre mais em razão da nossa manipulabilidade do que por merecimento por parte do ente de IA, o qual, afinal, continuará sendo apenas um modelo matemático processando uma quantidade enorme de dados – ainda que um modelo matemático que tenha se tornado extremamente competente em manipular as *nossas* emoções.

Assim sendo, não faria sentido pleitear uma igualdade (seja

⁴² Mussa possui uma ilustração interessante a esse respeito, tratada como um diferencial em termos de níveis de consciência: “Em 1997, o Deep Blue, supercomputador de Inteligência Artificial da IBM, derrotou o então campeão mundial de xadrez, o russo Garry Kasparov. Feito incrível, temos de admitir. O fato é: o Deep Blue derrotou seu adversário. Garry Kasparov provavelmente sentiu algo diante disso, possivelmente tristeza, raiva, frustração ou admiração, além de respeito pelo feito do Deep Blue. E o que Deep Blue sentiu? Nada. Deep Blue venceu, mas não sentiu absolutamente nada diante disso – não sentiu orgulho, felicidade, bem-estar ou respeito pelo adversário. Isso porque Deep Blue não tem consciência de seu feito” (MUSSA, *op. cit.*, p. 28). Para mais a respeito de questões referentes à IA e à sua impossibilidade em replicá-la (pelo menos até o momento), veja-se QUARESMA, Alexandre. **Inteligências artificiais e o problema da consciência. Paakat: Revista de Tecnologia y Sociedad**, ano 9, n. 16, 2019. Disponível em: <http://www.udgvirtual.udg.mx/paakat/index.php/paakat/article/view/349>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁴³ DALE; LEWIS, *op. cit.*, p. 316.

de fato, seja por comando moral) entre humanos (ou outros seres sencientes) e entes de IA. Na mesma esteira e ao menos pelos mesmos argumentos, não faz sentido falar em entes de IA, como possuindo um ou algum fim em si mesmos; ao contrário, eles são sempre meios – cujos fins não são, necessariamente, humanos. Pode-se facilmente pensar em entes de IA a serviço dos animais ou da natureza (por eles mesmos, e não como meios à finalidade humana).

De toda forma, e ao menos pelo argumento de uma exigência moral de igualdade entre os seres sencientes, não nos parece ter sentido a atribuição de personalidade jurídica aos entes de IA.

5 Personalidade jurídica entre o natural e o simbólico

Há outra razão para a atribuição de personalidade jurídica a algum ente, que é a proteção desse ente, sobretudo frente à união entre os poderes estatais e econômicos. Não esqueçamos que, no germe da universalização da igualdade moral entre todos os seres humanos, está justamente a proteção do ser humano contra os abusos por parte do Estado.⁴⁴ Da mesma forma que os seres humanos precisaram, para a efetivação do ideal moral de proteção universal do ser humano contra o Estado, da positivação e constitucionalização da dignidade da pessoa humana (umbilicalmente conectada à ideia de personalidade jurídica, como vimos), assim também demandam mais contemporaneamente outros entes naturais e socioculturais.

É o caso da proteção à natureza, ou a determinados elementos naturais, ou mesmo a determinadas comunidades minoritárias e/ou marginalizadas da proteção jurídica (como comunidades indígenas, quilombolas, etc.). A natureza é tradicionalmente considerada como propriedade e matéria-prima a ser extraída para fins econômicos; o seu valor é o valor de uso.⁴⁵ Sofre, pois,

⁴⁴ BOBBIO, *op. cit.*

⁴⁵ TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Eu sou o rio, o rio sou eu: a atribuição de personalidade jurídica aos bens naturais ambientais. **Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit.** – Univ. Pontif. Bolívar, Medellín, v. 49,

elevada pressão da tentativa de conciliação entre a proteção ambiental e os benefícios econômicos – ambos, não só do ponto de vista humano, mas do ponto de vista humano hegemônico, o qual não é necessariamente sustentável no longo prazo. Ademais, há comunidades e culturas inteiras cuja sobrevivência depende de práticas e proteções que não são as mais vantajosas do ponto de vista econômico-extrativista.

Como bem explica Tozzi, com a finalidade de proteger a natureza (ou seus elementos) pelo seu valor intrínseco, e não mais pelo valor imposto pelo ser humano, é que se lhe atribui personalidade jurídica. É como o disposto, por exemplo, no preâmbulo da Constituição do Equador de 2008, a qual assevera que a *Pacha Mama* (Mãe Terra), da qual todos são parte, é vital para a existência. Essa noção é perpassada pela visão indígena de que o meio ambiente e os seres humanos são entes indissociáveis. O autor, a respeito da dimensão simbólica da personalidade jurídica, afirma que ela traz ao mundo moderno, na forma de direitos e deveres, essa ideia já consolidada pelos povos nativos.⁴⁶ Nas palavras de Tozzi:

Dar personalidade jurídica aos bens ambientais é reconhecer que os recursos ambientais são finitos e que a raça humana é parte – e não proprietária – de um ecossistema. A concessão de direitos a um bem ambiental significa reconhecer que este bem é valioso por si mesmo, sem haver qualquer necessidade de medir esse valor em termos de sua utilização para os seres humanos.⁴⁷

Pode-se dizer que há uma tendência nesse reconhecimento da natureza e de entes naturais, pela cultura jurídica contemporânea, como sujeitos de direito. Tozzi menciona diversos outros exemplos, como o da Bolívia em que, na sua Constituição de 2009, conjuntamente com a Lei n. 071/10 (*Ley de Derechos de la Madre*

n.131, Medellín July/Dec. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862019000200255&lang=pt. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

Tierra) e a Lei n.300/12, reconhece os direitos da Mãe Terra; a Nova Zelândia, que outorgou personalidade jurídica ao Parque Nacional de *Te Urewera* e ao Rio *Whanganui* e seus afluentes, em decorrência de acordos entre o Poder Público neozelandês e grupos Maori; e a movimentação na Índia para a personalização da bacia do rio Ganges, em razão de sua importância e da insuficiência das leis que o protegem.⁴⁸

O que se pode identificar, como elementos comuns nesses exemplos mencionados, são: a) a identificação de um valor a ser protegido que é, ao menos, um igual com relação aos seres humanos (o que, de certa forma, retoma alguns argumentos do ponto 5, *supra*); b) a insuficiência da proteção estabelecida por meio de legislação que mantenha um ponto de vista jurídico-antropocêntrico; c) um elemento simbólico capaz de dar voz a esse valor ameaçado, ajudando a superar a proteção jurídica deficiente – um argumento, também, semelhante àquele deduzido pelos defensores da causa animal.⁴⁹

A questão que se apresenta é se conseguiríamos identificar esses elementos como presentes nos problemas referentes aos entes de IA. Concedemos, para fim de argumentação, que o elemento ‘c’ poderia ser considerado verdadeiro: que a atribuição de personalidade jurídica aos entes de IA poderia dar voz a esses entes (por exemplo, pode-se facilmente imaginar, em um futuro próximo, um ente de IA distribuindo uma ação judicial em causa própria – se a ele for dada legitimidade para tal, tanto *ad causam* quanto *ad processum*). Restariam os dois outros elementos. Parece-nos que, para a identificação do elemento ‘b’, de que a proteção jurídica atribuída a determinados entes de IA seria insuficiente, é logicamente necessário que exista algo a ser protegido. O estabelecimento da ocorrência do elemento ‘a’ é, pois, necessário ao argumento.

Podemos afirmar que há, no que diz respeito aos entes de IA, há um valor a ser protegido que é, ao menos, um igual com relação aos seres humanos?

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *E.g.*, em SINGER, *op. cit.*

Parece-nos que não. Ao menos em todos os exemplos hipotéticos que conseguimos pensar, a proteção do ente de IA é sempre uma *proteção meio*, e não uma *proteção fim*.

Primeiramente, não nos parece fazer sentido a proteção de um ente de IA, que tenha finalidade econômica. Se o ente de IA tem finalidade econômica, ele será protegido pelo próprio mercado e pelas leis da economia; se for um ente de IA eficiente, terá valor de mercado, o que incentivará sua proteção – e inclusive a competição pela sua curadoria e utilização. Se não for um ente de IA eficiente, então sequer merecerá proteção. Somente faz sentido pensar na proteção simbólica de um ente de IA, que trabalhe em prol de valores contrários aos interesses de mercado (tal como a proteção à natureza, ou a proteção aos animais não humanos).

Podemos pensar, então, em um ente de IA desenvolvido (pouco importa se por seres humanos, por outro ente de IA, ou por autodeterminação) com a finalidade de proteção do patrimônio cultural de uma determinada sociedade. Caso esse ente de IA sofra risco de extinção ou dilapidação, em razão de pressões políticas, econômicas ou jurídicas, mereceria proteção especial por meio da atribuição (simbólica) de personalidade jurídica para a defesa desses interesses?

Parece-nos que a resposta permaneceria sendo negativa. Isso porque, claramente, esse ente de IA não é (e não seria, por definição e em hipótese alguma) um fim em si mesmo. Se algo poderia merecer proteção no exemplo, seria o patrimônio cultural – e com relação a ele, sim, poder-se-ia debater a respeito do valor em si mesmo ou apenas instrumental, em relação a outros bens.

Se a finalidade fosse (ainda *e.g.*) a proteção cultural, o ente de IA poderia ser instrumental de inúmeras formas: seja na curadoria dos bens dessa cultura (como obras de arte/literárias/etc., preservação do idioma, administração e curadoria de fundos e recursos aplicados para a preservação desse patrimônio cultural, e assim por diante), seja talvez até na legitimidade *ad processum* – por que não – para a postulação em juízo pela preservação desses bens. A legitimidade *ad causam*, no entanto, não seria – nem teria razão por que ser – do ente de IA.

Outro âmbito no qual a atribuição de personalidade jurídica pode ter uma dimensão simbólica relevante, que diz respeito à cidadania coletiva, onde vemos uma vez mais a importância da atribuição de personalidade jurídica para a salvaguarda de determinados interesses, grupos e valores, frente ao Estado, sobretudo daqueles mais vulneráveis ou marginalizados pelos grupos políticos ou econômicos dominantes.⁵⁰

Ocorre que, nesse caso, estamos falando de pessoas jurídicas propriamente ditas (em contraste com a personalidade jurídica de pessoas naturais, de animais não humanos, ou da natureza como um todo). Trata-se de pessoas jurídicas tais quais as associações, fundações, cooperativas, sindicatos e partidos políticos. Embora não se negue o efeito simbólico de a personalidade jurídica ser outorgada pelo Estado a alguns grupos,⁵¹ essa não nos parece uma característica essencial da personalidade jurídica enquanto tal. Trata-se de coletivos de outras pessoas, naturais ou jurídicos, ou de fundos autônomos com finalidade definida, os quais passamos a analisar para o fim de tentarmos encontrar pontos de contato em relação a uma possível personalidade jurídica dos entes de IA.

6 Personalidade jurídica e pessoas jurídicas (coletivas)

As pessoas jurídicas, diferentemente do que foi debatido até aqui, não são um fim em si mesmas. Não decorrem, portanto, da dignidade da pessoa humana (ou dos seres sencientes não humanos, ou da natureza). Em uma acepção clássica, são uma

⁵⁰ Exemplos bem interessantes nessa temática vêm da Bolívia; por exemplo, com a atribuição de personalidade jurídica, a partir da década de 90, às comunidades camponesas, aos povos indígenas e às juntas de vizinhos, cf. WANDERLEY, Fernanda. Personalidade jurídica e cidadania coletiva na Bolívia: uma etnografia da identificação jurídica e a formação de espaços públicos. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 3, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582009000300002>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁵¹ Wanderley ressalta esse significado simbólico nos testemunhos de casos bolivianos, indicando uma sensação de pertencimento ao grupo e de reconhecimento sobre quem são e o que querem. (WANDERLEY, *op. cit.*).

ficção jurídica⁵² (ou, mais contemporaneamente, um processo técnico)⁵³ com a finalidade de estruturar e, com isso, possibilitar ou facilitar um empreendimento humano-coletivo. Veja-se que, assim sendo, no que diz respeito aos interesses protegidos, a “existência de pessoas coletivas resulta da existência de interesses humanos duradouros e de caráter comum e coletivo”.⁵⁴

Para o escopo deste trabalho, não contribuem as querelas que dizem respeito à natureza jurídica da personalidade jurídica (se uma mera ficção; se uma realidade jurídica; se uma realidade normativa; se uma realidade fática; se uma analogia à pessoa natural, e assim por diante). O mais relevante é que, em razão da atribuição da personalidade jurídica a uma coletividade, cria-se a noção de uma pessoa distinta, titular de direitos e deveres, os quais não se confundem com os direitos e deveres das pessoas que a compõem.

Coelho bem apresenta três consequências decorrentes da personalização: 1) *titularidade negocial*: quando um negócio jurídico é realizado, a sociedade assume um dos polos da relação negocial, sendo apenas representada pelo sócio ou outro representante. O representante não participa da relação negocial, mas sim a sociedade; *titularidade processual*: a pessoa jurídica tem capacidade para ser parte processual; *responsabilidade patrimonial*: “em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios”.⁵⁵ Uma das características essenciais da personalidade jurídico-coletiva é, portanto, o da autonomia patrimonial – que garante, inclusive, que é o patrimônio social que responderá pelas dívidas da sociedade.⁵⁶

⁵² Assim conceituadas pela orientação teórica do ficcionismo, que trata como “pessoas” aqueles que não o são, cf. RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v.15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201926>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁵³ *Ibidem*, p. 2. No mesmo sentido, FERNANDES, *op. cit.*, p. 288.

⁵⁴ RAMALHO, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 140.

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

Como parte da titularidade negocial, é importante salientar a característica de que a vontade da pessoa jurídica não se confunde com a vontade das pessoas que a integram; as pessoas jurídicas possuem “capacidade de querer e agir, vontade e responsabilidade patrimonial própria”.⁵⁷ O processo de tomada de decisões por uma pessoa jurídica pode variar bastante, a depender do tipo de organização societária, ou de se tratar de uma pessoa de direito privado ou de direito público (União, estados, municípios, autarquias, etc., são todas pessoas jurídicas); de toda a forma, a expressão da vontade da pessoa jurídica é autônoma em relação à vontade dos seus sócios, membros, ou mesmo representantes – por vezes, não sendo equivalente à de nenhum deles, por se tratar de uma decisão decorrente de negociações internas ou compromissos.

Ocorre que, diferentemente dos animais não humanos, os entes de IA são capazes de manifestar a vontade – embora alguns problemas que surgem, já de imediato, digam respeito ao quanto podemos considerar a tomada de decisão realizada por um ente de IA, e ao grau de separação, independência ou autonomia que essa decisão possui, em relação ao seu usuário original.

Tomemos por base, por exemplo, alguns problemas relacionados aos contratos inteligentes.⁵⁸ Há robôs projetados para realizarem análises de mercado, a partir de dados obtidos pela rede mundial de computadores. É perfeitamente possível que esses robôs identifiquem bons negócios, adquiram bens ou serviços por meio de conexões eletrônicas automatizadas, e realizem – também de maneira independente – o pagamento

⁵⁷ MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 278 *apud* TOMAZETTE, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁸ Para uma análise mais aprofundada dessas questões, veja-se SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, n. 38, p. 119-142, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n38/0123-4366-rdp-38-119.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020, bem como MUNARETTO, Taís. **A segurança jurídica dos smart contracts nas transações executadas na tecnologia blockchain**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul. Canela, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/11338/6349>. Acesso em: 12 jun. 2020.

do preço. Duas questões que surgem, a partir da perspectiva do direito contratual, são: 1) quem é o agente que manifestou sua vontade, o qual se tornou credor da entrega do produto ou serviço, e o qual realizou o pagamento das obrigações da qual havia se tornado devedor?; 2) podemos considerar a “manifestação da vontade”, por parte do robô, como juridicamente válida?

Essas questões, ao menos por enquanto, ainda são respondidas de maneira relativamente simples. Isso ocorre principalmente porque os robôs ainda são colocados em funcionamento por alguém e a serviço de alguém. Da mesma forma, ainda há um grau de relativa proximidade entre a programação do robô e o resultado (*output*) do algoritmo.

Com o passar do tempo, no entanto, essa conexão poderá se tornar mais tênue. À medida que aprendem, por si sós, alterações nessa dinâmica podem acontecer, as quais não estavam previstas na programação inicial: talvez inicialmente o robô mude o ramo de atuação, por ter encontrado outro mais vantajoso; talvez mude da aquisição de bens para a aquisição e renegociação de serviços. Talvez o robô também não seja posto em funcionamento por alguém ou para alguém, mas se replique múltiplas vezes sem conhecimento ou mesmo autorização do proprietário do *hardware*.⁵⁹

Há ainda a questão do patrimônio; afinal, valores estariam sendo pagos, a partir de uma conta eletrônica de fundos de titularidade de alguém (pessoa natural ou jurídica); em contraprestação, outros direitos estariam adentrando na esfera patrimonial dessa pessoa (caso os contratos nessa modalidade sejam reputados válidos). Essa situação é, no entanto, contingente: nada impede, em tese, que um ente de IA possa ter patrimônio próprio a si atribuído e por si – e para si – administrado (tal qual uma pessoa jurídica, de maneira muito semelhante ao que ocorre com as fundações). Se não há, atualmente, previsão legal ou possibilidade jurídica (dentro do ordenamento posto) para que isso

⁵⁹ Embora possa parecer um cenário absurdo à primeira vista, é fácil imaginarmos que um vírus de computador ou, mais atualmente, de *smartphone* se multiplique e invada uma máquina; só que, em vez divulgar os dados do proprietário do aparelho para alguém, o robô realiza compras online em nome da pessoa atacada.

ocorra, tampouco há impedimento para que passe a haver. Mas deveríamos perseguir esse caminho?

Não podemos perder de vista o caráter meramente instrumental e derivado das pessoas jurídicas,⁶⁰ as quais obram a serviço e para os fins das pessoas que as instituem ou compõem. Nas palavras de Barbosa: “A personalidade coletiva não resulta de uma necessidade axiológica de reconhecimento, em nome da dignidade que lhes subjaz; é atribuída em função de determinados interesses das pessoas que estão na base da sua constituição”.⁶¹ É essencial, pois, que existam *em função* de algo – sejam associações, fundações, partidos políticos ou pessoas jurídicas de direito público.

Qual seria a função de um ente de IA personificado? É aqui que paira a questão central a ser respondida, e para a qual acompanhamos o ceticismo⁶² doutrinário na resposta: ainda não há ou, pelo menos, ainda não foi identificada. A pessoa jurídica coletiva traz vantagens à vida dos seres humanos; ela permite que empreendimentos extremamente complexos sejam levados a cabo, congregando inúmeras pessoas e uma quantidade enorme de recursos na persecução de um determinado fim. Ela incentiva

⁶⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 174.

⁶¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, *E-Persons* e direito: desafios e perspectivas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 6, p. 1475-1503, 2017.

⁶² Esse ceticismo fica evidente nas palavras de Nathalie Nevejans, que apresenta o problema como envolvendo um dentre dois cenários: ou há uma pessoa natural por detrás da pessoa eletrônica (caso em que não há qualquer resultado prático na atribuição de personalidade jurídica a essa pessoa eletrônica); ou não há, e a presença humana é erradicada da operação – situação a qual a autora considera impossível. Nas suas palavras: “From a scientific, legal and even ethical perspective, it is impossible today – and probably will remain so for a long time to come – for a robot to take part in legal life without a human being pulling its strings”. Em tradução livre: “A partir de uma perspectiva científica, jurídica ou mesmo ética, é impossível hoje – e provavelmente assim o será por muito tempo – para um robô tomar parte na vida jurídica sem que um ser humano o manipule” (NEVEJANS, Nathalie. **European civil law rules in robotics**. Brussels: European Parliament, 2016. p. 15. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19ea0f1c-9abo-11e6-868c-01aa75ed71a1/language-de>. Acesso em: 12 jun. 2020.

a economia, por meio, não só da separação patrimonial, mas da limitação da responsabilidade dos sócios, sobretudo no caso das sociedades empresárias.⁶³ Ela pode proporcionar espaços de representação e participação política, de reconhecimento social, econômico e social, e instrumentos e de proteção contra o Estado.⁶⁴ E a pessoa jurídica de IA? Ao que tudo leva a crer, nada disso – ao menos por enquanto.

7 Considerações finais

Este artigo apresenta os resultados de uma pesquisa a respeito da atribuição de personalidade jurídica aos entes de IA. Buscou-se investigar se há, naqueles casos em que existe ou se defende a personalidade jurídica de outros entes no direito contemporâneo, razões pelas quais seria necessário ou desejável que se atribuísse também personalidade jurídica aos entes de IA.

Iniciamos pela apresentação dos conceitos e contextos básicos de IA, a partir dos quais realizamos a investigação. Após, discorremos sobre a atribuição de personalidade jurídica às pessoas naturais, e às razões éticas por trás dessa atribuição, derivadas do princípio da dignidade da pessoa humana. Concluímos pela confirmação da nossa hipótese inicial, no sentido de que não há razões pelas quais esse preceito ético, aplicável aos seres humanos enquanto fins em si mesmos, fosse estendido aos entes de IA.

Em seguida, dispomos algumas das principais razões pelas quais os defensores dos direitos dos animais não humanos pleitearem a atribuição de personalidade jurídica aos seres sencientes. Mais uma vez, concluímos pela inexistência de razões pelas quais essas mesmas noções poderiam ser aplicáveis, no que diz respeito à IA, pois a característica da senciência não é compartilhada pela IA e não há, portanto, um argumento moral para considerá-la como um “igual” perante os humanos.

Logo, passamos à análise da dimensão simbólica da atribuição

⁶³ TOMAZETTE, *op. cit.*

⁶⁴ WANDERLEY, *op. cit.*

de personalidade jurídica a um ente. Salientamos a importância que essa dimensão simbólica possui na defesa de determinados valores, os quais não são, por regra, protegidos por interesses econômicos; ao contrário, os quais são vilipendiados por esses valores e que, por isso mesmo, precisam de proteção. Neste aspecto, a nossa hipótese não se confirmou, pois concluímos que tampouco estes argumentos se aplicam aos entes de IA, tendo em vista que a dimensão simbólica da personalidade jurídica é usada para proteger valores a esses entes intrínsecos e de ordem elevada, ao menos tão importantes quanto o próprio ser humano, e dos quais pode inclusive depender a viabilidade mesma da vida, humana ou não.

Por fim, analisamos alguns aspectos básicos da personalidade jurídica das pessoas jurídicas ou coletivas. Nesse particular, confirmamos a hipótese inicialmente levantada, no sentido de ser o campo que mais se aproxima do funcionamento dos entes de IA na sociedade e no mundo jurídico. À primeira vista, não pareceu haver benefícios à atribuição de personalidade jurídica aos entes de IA; no entanto, concluímos que seria proveitosa a continuidade da pesquisa, analisando aspectos mais aprofundados das relações decorrentes de responsabilidade civil, em decorrência de atos praticados por robôs e afins, seja no âmbito contratual, seja no âmbito extracontratual. Pode haver paralelos interessantes a se levantar entre o funcionamento e as finalidades dos entes de IA e das fundações no âmbito jurídico. Poderíamos pensar em fundações administradas, em todos os seus aspectos (decisório, patrimonial e de representação) por entes de IA; no entanto, essas são questões que serão deixadas para os próximos passos da investigação.

Referências

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

APPLE REINVENTS THE PHONE WITH IPHONE (APPLE). 2007. Disponível em: <https://www.apple.com/newsroom/2007/01/09Apple-Reinvents-the-Phone-with-iPhone/>. Acesso

em: 12 jun. 2020.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, *E-Persons* e direito: desafios e perspectivas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 6, p. 1475-1503, 2017.

BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843.

BEVILAQUA, Ciméa Barbato. Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-49442019v25n1p038>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

CARVALHO, André C. P. L. F. de; LORENA, Ana Carolina. **Introdução à computação**: hardware, software e dados. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALE, Nell; LEWIS, John. **Ciência da computação**. Trad. e ver. Téc. de Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil. Introdução**: pessoas e bens. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

LUGER, George F. **Inteligência artificial**. Trad. de Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

MUNARETTO, Taís. **A segurança jurídica dos smart contracts**

nas transações executadas na tecnologia blockchain. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul. Canela, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/11338/6349>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MUSSA, Adriano. **Inteligência artificial: mitos e verdades**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2020.

NEVEJANS, Nathalie. **European civil law rules in robotics**. Brussels: European Parliament, 2016. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19eaof1c-9ab0-11e6-868c-01aa75ed71a1/language-de>. Acesso em: 12 jun. 2020.

NISTA, Natália Anseloni; JANNUZZI, Celeste Aída Sirotheau; FALSARELLA, Orandi Mina; BENEDICTO, Samuel Carvalho. Sociedade e desenvolvimento sustentável: o direito dos animais no discurso da sustentabilidade. **Ambiente e Sociedade**, v. 23, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/asoc/v23/pt_1809-4422-asoc-23-e02782.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Trad. de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 16 de fevereiro de 2017**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html. Acesso em: 13 jun. 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da inteligência artificial na repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito**, 2020. Disponível em: <https://rbiad.com.br/index.php/rbiad/article/view/4>. Acesso em: 12 jun. 2020.

QUARESMA, Alexandre. Inteligências artificiais e o problema da consciência. **Paakat: Revista de Tecnologia y Sociedad**, São Paulo, ano 9, n. 16, 2019. Disponível em: <http://www.udgvirtual.udg.mx/paakat/index.php/paakat/article/view/349>. Acesso em: 12 jun. 2020.

RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Rev. direito GV**, v.15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201926>. Acesso em: 12 jun. 2020.

- RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**: conjecturas políticas-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. Disponível em https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/JUSTICA_AMBIENTAL_EDUCS_EBOOK.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.
- REGIS, Arthur Henrique de Pontes; CORNELLI, Gabriele. Situação jurídica dos animais e propostas de alterações no Congresso Nacional. **Revista Bioética**, v. 25, n. 1, p. 191-197. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n1/1983-8042-bioet-25-01-0191.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- SIERRA, Juan Jorge Almonacid; ÁVILA, Yeisson Coronel. Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. **Revista de Derecho Privado**, n. 38, p. 119-142, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n38/0123-4366-rdp-38-119.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- SINGER, Peter. **Animal liberation**. New York: Open Road Integrated Media, 2015.
- STATISTA. **Number of smartphones sold to end users worldwide from 2007 to 2021**. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/263437/global-smartphone-sales-to-end-users-since-2007/>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.v. 1.
- TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Eu sou o rio, o rio sou eu: a atribuição de personalidade jurídica aos bens naturais ambientais. **Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. – Univ. Pontif. Bolívar**, Medellín, v. 49, n.131, July/Dec. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So120-38862019000200255&lang=pt. Acesso em: 12 jun. 2020.
- TURNER, Ash. **How many smartphones are in the world?** 2020. Disponível em <https://www.bankmycell.com/blog/how-many-phones-are-in-the-world>. Acesso em: 12 jun. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WANDERLEY, Fernanda. Personalidade jurídica e cidadania coletiva na Bolívia: uma etnografia da identificação jurídica e a formação de espaços públicos. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 3, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582009000300002>. Acesso em: 12 jun. 2020.

20.

Covid-19: O impacto da imprevisibilidade sobre as obrigações decorrentes de contratos comutativos e de execução continuada à luz do Código Civil brasileiro

Júlio César Oliveira de Souza*

Resumo: O presente artigo pretende analisar a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão como ferramenta jurídica destinada à relativização das obrigações decorrentes de relações contratuais diante do desequilíbrio econômico e financeiro causado pelo isolamento social, determinado pelo Poder Público como medida preventiva frente ao atual cenário de pandemia mundial decorrente da contaminação pelo Covid-19 (coronavírus). Questiona-se: Quais situações podem ser consideradas imprevisíveis e como essa imprevisibilidade deve atuar para que a parte impactada economicamente possa dirimir o desequilíbrio implantado na relação contratual, buscando a relativização da força vinculativa do contrato e da forma de cumprimento das obrigações por ele impostas. Trata-se de pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa e baseada em levantamento bibliográfico, abordando a evolução da interpretação jurídica acerca do direito contratual e os princípios que regem o negócio jurídico e concluindo pela possível aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos impactados pela atual conjuntura social e econômica, que impulsiona o Estado brasileiro a uma nova e urgente concepção jurídica fundada na bivalência vida humana/estabilidade econômica.

Palavras-chaves: Covid-19. Contratos. Obrigatoriedade. Princípios do negócio jurídico. Teoria da Imprevisão.

* Advogado inscrito na OAB/GO; OAB/RS. Tem experiência profissional em Direito Civil, Consumidor e Trabalhista. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB subseção Nova Petrópolis-RS. Membro da Comissão de Jovens Advogados da OAB subseção Nova Petrópolis-RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil na Universidade Caxias do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (unidade Goiânia-GO).

I Introdução

Não obstante reconhecida a força vinculante dos contratos pelo princípio *pacta sunt servanda*, a relativização dos efeitos contratuais, diante de determinadas circunstâncias que impedem ou dificultam o cumprimento da obrigação avençada, tem predominância no entendimento moderno acerca da relação contratual.

O contrato como instrumento de fixação de uma relação jurídica deve se revestir de elementos que permitam a aferição da validade do negócio jurídico, bem como urge que sua interpretação esteja em pleno acordo com os princípios que norteiam sua Constituição e que sua composição seja regida pela autonomia da vontade, boa-fé objetiva e função social.

Nesse contexto, o sistema jurídico-contemporâneo observa que o contrato deve transcender a mera esfera obrigacional que circunda os contratantes e alcançar também um equilíbrio finalístico entre as obrigações decorrentes do negócio jurídico, de forma que nenhuma das partes seja beneficiada ou prejudicada demasiadamente em relação à outra.

Para a compreensão da Teoria da Imprevisão como instituto jurídico de reestabelecimento do equilíbrio contratual diante de fatos supervenientes, é necessário um esboço da evolução interpretativa do Direito Contratual, para que se possa compreender os motivos e fundamentos que se figuram como requisitos legais e jurídicos para a estabilidade da relação negocial, através da relativização das obrigações impostas no contrato, bem como uma análise sobre a livre manifestação de vontade e a liberdade contratual, como elementos subjetivos e objetivos, na formação do negócio jurídico.

Pondera-se sobre as alternativas que podem ser aplicadas ao problema da onerosidade excessiva, como forma de dirimir o impacto econômico e social negativo sobre a parte que, por motivos imprevisíveis e alheios à sua vontade, se vê impedido de cumprir a obrigação imposta pelo contrato.

Busca-se, por fim, alcançar uma conclusão que permita vislumbrar a possível aplicação dos efeitos mitigadores da

imprevisibilidade sobre a força vinculativa dos contratos, cuja execução se prolata no tempo, produzindo resultados futuros, sobretudo no atual cenário de desestabilidade econômica e política, em que se encontra o Estado brasileiro.

2 Interpretação dos princípios contratuais

A liberdade de contratar sofreu influência do princípio da igualdade de todos perante a lei, de forma que as partes envolvidas em um negócio jurídico eram consideradas livres para a manifestação de vontade e para a ponderação dos termos contratuais, havendo uma “indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato” (GOMES, 2019, p. 23).

Vale dizer, o direito contratual, em um primeiro momento, não se influenciava pela isonomia. Reunindo os requisitos necessários para a realização de negócios jurídicos, qualquer pessoa era considerada capaz e com igualdade absoluta com quem contratava. O que justificava a ausência de matéria legislativa que regulasse ou impedisse que o negócio jurídico fosse formado com base em obrigações abusivas, desproporcionais ou desarrazoáveis.

Com a evolução do pensamento jurídico voltado para a isonomia, não somente sobre a manifestação da vontade de contratar, mas também para que os efeitos decorrentes do negócio jurídico se efetivassem de forma que as diferenças econômicas e sociais, existentes entre as partes, não se tornassem ainda maiores, distanciando cada vez mais os sujeitos da relação jurídica de uma condição de paridade, o negócio jurídico passou a ser instrumentalizado também pelo equilíbrio contratual. Não se admitia que a liberdade de disposição de interesses das partes fosse afetada de forma desproporcional pela força econômica atribuída a cada um dos sujeitos, na relação jurídica.

Por esse motivo, uma intervenção estatal se fez necessária através de um exercício legislativo-jurídico que visava a impor ao contrato maior equilíbrio obrigacional, afastando-se da “suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o

equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social” (GOMES, 2019, p. 5), observando não só a legalidade, mas também a condição isonômica dos contratantes.

Há, portanto, uma nova concepção que se lança sobre a relação jurídico-contratual que absorve elementos principiológicos de isonomia, dignidade humana, boa-fé e função social do contrato, incorrendo em uma constitucionalização que afeta diretamente as relações fundadas sob a égide do direito privado.

Nesse sentido, Gomes (2019, p. 23) afirma que “o pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

O contrato, enquanto instrumento de fixação de obrigações e direitos, encontra-se em uma relação de interdependência com os negócios jurídicos, havendo, na definição do primeiro, elementos derivados do conceito do segundo.

À parte o problema de sua conceituação,² resta salientar que o negócio jurídico existe no mundo fático, a partir da exteriorização de vontades de sujeitos envolvidos em uma relação jurídica.

Nesse sentido, negócio jurídico “é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas” (MIRANDA, 2000, p.141).

Para Venosa (2019, p. 1), “quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico”.

O art. 104 do Código Civil prescreve que a validade do negócio jurídico requer a comunhão de elementos objetivos necessários para a formação da relação contratual: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

² Pontes de Miranda lecionava que “Na conceituação de negócio jurídico, divergiam duas correntes: uma, que exigia mais de uma exteriorização de vontade, para que o negócio jurídico houvesse; outra, que considerou negócio jurídico a oferta, a aceitação e também o contrato” (Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo I, 2000, p.141).

Em princípio, se estiver ausente qualquer desses requisitos, o negócio jurídico torna-se carente de validade.

O contrato pode ser vislumbrado, então, como elemento instrumentalizador da vontade dos agentes que, através de sua força vinculativa, realizam um negócio jurídico com finalidade de imposição de determinadas obrigações a serem cumpridas pelas partes, levando em consideração requisitos legais impostos para sua formação.

A manifestação de vontade, por sua vez, exterioriza-se, de forma autônoma, como objeto da liberdade de contratar, que se estende a todos de forma indistinta, desde que observados os limites e requisitos impostos pela lei, como elementos de validade dos atos jurídicos.³

“A vontade, assim, é autônoma ao exteriorizar-se, reafirmando a liberdade do homem na programação de seus interesses” (AZEVEDO, 2009, p.12).

Doutra forma, a liberdade contratual, através da qual é dada ao sujeito a possibilidade de dispor livremente de seus interesses,⁴ diante da realidade fática que se depreende da relação contratual, em que o poder econômico prevalece em todas as fases contratuais, deve ser constrangida a observar princípios jurídicos que impõem aos contratantes a manutenção do equilíbrio contratual, de forma que direitos e deveres sejam dispostos de maneira tal que as partes obtenham do negócio jurídico o resultado mais horizontal possível. A prestação deve ser equivalente ao benefício que dela decorra, de modo que dar, pagar, fazer ou não fazer produza um resultado de valor correspondentemente proporcional àquilo que da obrigação resulte.

Azevedo diz que,

na liberdade contratual, os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte,

³ Art.104 – Código Civil.

⁴ “Interesse não significa um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente: a posição favorável à satisfação de uma necessidade” (CARNE-LUTTI, Sistema de direito processual civil, 2000, p. 55).

economicamente, no mais das vezes, reduz, na avença, a área de atuação do direito do mais fraco, que fica desprotegido, juridicamente, no momento em que o contrato surge, bem como nas revisões dessa contratação [...] No mundo atual, sentimos a imperante precisão de que o Estado intervenha na ordem contratual, para que a mesma não seja instrumento de escravização. Essa intervenção, por normas de ordem pública, evita o desequilíbrio (2009, p.12).

Há de se considerar, no entanto, que tanto a liberdade de contratar como a liberdade contratual estão adstritas ao princípio da boa-fé.

No sentido atribuído pelo Código Civil, como comportamento geral a ser observado nas relações obrigacionais, a boa-fé adquire conotações jurídicas de aplicação direta e delimitada.

Como ensina Martins-Costa:

Em vista das normas do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422) (2018, p. 45).

Como se trata de uma situação decorrente do comportamento humano, há sempre a expectativa entre os sujeitos da relação contratual de que o outro esteja agindo de boa-fé, ou seja, que, no mínimo, não esteja cooperando para o surgimento ou a concretização de situações que sabem ser desleais e que trariam prejuízo manifesto ao negócio.

Trata-se, portanto, de um princípio jurídico que deve ser observado em todas as fases da relação contratual,⁵ de sua

⁵ Código Civil, art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

formação até sua extinção, independentemente do modo como o termo final se concretize.

Modo geral, afirma-se que os deveres pré-contratuais decorrem da boa-fé objetiva como regra de lealdade e atenção às legítimas expectativas (boa-fé/confiança). Sua especialidade está não apenas na circunstância de incidir na fase pré-contratual. Conforme o iter desenvolvido, aproximando-se do momento da conclusão contratual, haverá maior intensidade na incidência do princípio, de modo a levar, conforme o caso, à configuração da *culpa in contrahendo*, se violada a boa-fé na fase antecedente à conclusão contratual; ou se já finda a relação contratual, se verificar *culpa post pactum finitum* (MARTINS-COSTA, 2018, p. 422).

Nesse contexto, o Código Civil prescreve que a interpretação dos negócios jurídicos deve ser sempre aquela que corresponda à boa-fé, conforme art. 113 do referido diploma.

Outra norma principiológica a ser observada trata dos efeitos externos do contrato. O art. 421 do Código Civil dispõe que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

A liberdade contratual, já mencionada acima, encontra então um limite legalmente imposto a ser observado pelos contratantes, no momento da disposição de seus interesses e sobretudo na execução do contrato. Esse limite está diretamente ligado à ideia de proporcionalidade e razoabilidade voltada para o justo e equilibrado campo obrigacional decorrente do negócio jurídico.

Além da influência limitadora à liberdade contratual, a função social destina-se também a direcionar o negócio jurídico a atender a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, como forma de estabelecimento da solidariedade social constituída como princípio/objetivo fundamental no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988. Juntamente com os demais objetivos constitucionais e

o princípio da dignidade humana, o preceito jurídico fundado na solidariedade social visa a alcançar o bem-estar coletivo voltado para a capacidade do Estado em proporcionar o mínimo de estabilidade econômica e bem estar social aos seus cidadãos.

Nesse contexto, Martins-Costa afirma:

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil (arts. 421 e 1.228, § 1.º) constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3.º, III, in fine) (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41).⁶

Rizzardo considera que há a necessidade de se evitar, além do desequilíbrio contratual entre as partes, também o impacto social que as obrigações podem causar, quando se vincula o contratante a cláusulas abusivas que imponham comportamentos lesivos a “valores superiores, como o da habitação ou moradia, o que trata da vida, da saúde, da formação, do respeito, da dignidade” (RIZZARDO, 2018, p.19).

Rizzardo considera ainda que

veio introduzida a função social do contrato, que leva a prevalecer o interesse público sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, e a ter em conta mais uma justiça distributiva que meramente retributiva. Rompe-se com o princípio arrimado no velho brocardo latino *suum cuique tribuere* – dar a cada um o seu. Rompe-se, ainda, o individualismo que estava muito em voga nos Século XIX e até metade do Século XX, enfatizado por Anatole France, cuja síntese do pensamento definia o justo: “O dever do justo é garantir a cada um o que lhe cabe, ao rico a sua riqueza e ao pobre a sua pobreza” (2018, p.19).

⁶ Artigo publicado na Revista Direito GV 1, v.1, n.1, p.041-066, maio de 2005.

Dessa forma, enquanto a boa-fé é diretriz do comportamento das partes na relação jurídica, “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 37).

Pode-se concluir então que o contrato é instrumento de realização de negócio jurídico cujo conteúdo e efeitos são limitados aos preceitos da boa-fé e da função social, de forma que, mesmo que os interesses particulares sejam o núcleo da relação jurídica, as consequências das obrigações dele decorrentes não podem extrapolar os limites do interesse coletivo, da dignidade humana e da solidariedade social, fincadas como alicerces do ordenamento jurídico-pátrio.

A função social do contrato produz um impacto na relação contratual, quando situações exógenas precisam ser observadas, no sentido de tornar o vínculo obrigacional menos oneroso às partes, induzindo uma necessária relativização da força vinculativa do contrato, como forma de se alcançar o justo e necessário equilíbrio contratual.

3 A imprevisibilidade como fonte modificadora das condições contratuais

A máxima jurídica *pacta sunt servanda* expressa um princípio geral decorrente do direito canônico, que impõe regra de cumprimento e vinculação absoluta aos termos do contrato. Pela interpretação do brocardo, as vontades manifestadas, quando transformadas em termos constituintes do instrumento contratual, vinculam as partes às obrigações decorrentes do negócio jurídico, fazendo lei entre os contratantes.

A força obrigatória do contrato leva em consideração que, no momento de sua formação, as disposições de vontade se deram de forma livre, motivo pelo qual todos os fatos que se encontravam ao alcance da interpretação do negócio jurídico e que poderiam

ser vislumbrados pelas partes, como decorrências da execução contratual devem ser cumpridas como finalidade do negócio jurídico livremente pactuado.

Certo é que o contrato se torna um instrumento formal de produção de direitos, servindo como demonstração da fixação da obrigação, da aceitação dos termos pelas partes e do vínculo decorrente do negócio jurídico.

Havendo, todavia, inadimplemento das obrigações, deve-se analisar se o cumprimento não se deu por voluntariedade do devedor, ou porque acontecimentos supervenientes e imprevisíveis afetaram as condições de normalidade presentes no momento da formação do contrato, de tal forma que sua execução se tornou impossível.

Esses acontecimentos, tidos como causas fortuitas, possuem idoneidade jurídica para mitigar a força obrigatória do contrato e não se confundem com situações decorrentes do próprio negócio jurídico e que ensejam em nulidades contratuais, como, por exemplo, aquelas que, no contrato de adesão, estipulem renúncia antecipada de direito decorrente do negócio jurídico, pelo aderente.⁷

O adimplemento da obrigação pode ser obstado por fato não imputável ao devedor. A inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela *impossibilidade* da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor. Deve tratar-se, obviamente, de *impossibilidade* superveniente, visto como, se for *originária*, a relação obrigacional será *nula*. Se a prestação se torna *impossível sem culpa* do devedor, o *inadimplemento* é a consequência natural (GOMES, 2019, p.137).

A involuntariedade atribuída à inexecução, como bem ensina Orlando Gomes, retira do devedor a culpa, pois os fatos supervenientes e imprevisíveis, que alteram as condições de normalidade

⁷ Código Civil – art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

da execução contratual, gravam o negócio jurídico de tal forma que, considerados fortuitos, transcendem a vontade do contratante e impossibilitam o cumprimento da obrigação.

A noção de que fatos imprevisíveis maculam a força obrigatória dos contratos, a partir do momento em que a disposição de vontade das partes não poderia admitir ou prever determinadas situações, encontra arrimo nos princípios da boa-fé e na função social acima mencionada. Também sofre influência do impedimento legal de enriquecimento sem causa, positivado no art. 884 do Código Civil. Por esse motivo, a imprevisibilidade, por si só, não é suficiente para que se considere a possibilidade de relativização da força obrigatória dos contratos, devendo também ser identificado um desequilíbrio contratual manifesto, onerosidade excessiva a uma das partes e vantagem extrema a outra. Ou seja, não basta que o fato seja inesperado, é preciso a demonstração de que as condições para o cumprimento das obrigações se modificaram de tal forma que o adimplemento se tornou juridicamente impossível, motivo pelo qual o contrato deve ser revisto ou, ainda, extinto.

A intenção do legislador parece ser direcionada ao equilíbrio contratual, pois tempera a intangibilidade do conteúdo contratual, diante da necessidade de se conter “desproporções excessivas e injustificadas” (KONDER, 2020, p.127).

Considera-se, então, que pesa sobre o contrato cláusula geral de flexibilização da obrigação. Em situação de alteridade ao princípio *pacta sunt servanda*, a cláusula *rebus sic standibus* se mostra implícita no contrato comutativo de trato sucessivo, se fazendo conjurar sempre que as condições de normalidade existentes no momento da composição do negócio jurídico sofram alterações decorrentes de acontecimentos imprevisíveis e supervenientes, que dificultem ou impossibilitem a execução do contrato. Enquanto o princípio *pacta sunt servanda* opera de imediato à estipulação das obrigações, regendo a execução do contrato sob o fundamento da autonomia da vontade das partes, a cláusula *rebus sic standibus* é um remédio a ser aplicado caso o contrato sofra alterações não previstas e não decorrentes do próprio negócio jurídico como

forma de se reestabelecer o equilíbrio contratual e evitar um prejuízo ou vantagem excessiva a qualquer das partes.

O Código Civil brasileiro, com recente redação dada pela Lei n.13.874/19, dispõem no parágrafo único do art. 421 que, nos contratos de natureza privada, prevalecerá a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. O preceito normativo do dispositivo supra, embora limite a ingerência estatal sobre os efeitos do negócio jurídico firmado entre particulares, não exime o Poder Público da necessária imposição legal e jurídica da observância dos princípios constitucionais da solidariedade, dignidade humana e função social, de forma que há uma disponibilidade maior em se conjurar a liberdade contratual, porém ainda adstrita aos efeitos equilibrados da obrigação.

A segunda parte do dispositivo mencionado, por sua vez, trata da excepcionalidade da revisão contratual, ou seja, somente em casos específicos, diante de situações imprevisíveis e havendo uma manifesta desproporção entre o momento da execução e o valor da prestação devida, poderá o contrato sofrer intervenção jurisdicional com a finalidade de se reestabelecer o equilíbrio contratual e assegurar o real valor da prestação.⁸

Na valiosa lição de Venosa,

um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*. O acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em Direito. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica (VENOSA, 2014, p.18).

Dessa forma, a força obrigatória dos contratos, ainda que o legislador tenha se posicionado pela mínima intervenção e pela revisão de termos, pautada pela excepcionalidade, encontra óbice

⁸ Código Civil – art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

legal ao absolutismo do vínculo contratual que permite uma inevitável relativização de seus efeitos, evitando que haja um desequilíbrio causado por fatos supervenientes e imprevisíveis.

Além da revisão contratual prescrita pelo art. 317 do Código Civil, há ainda a situação de onerosidade excessiva que, nos contratos de prestação continuada, podem ensejar a extinção da avença, a teor do art. 478 do referido diploma.⁹

Note-se que aqui também se exige que as condições originárias no momento da formação do contrato sofram uma alteração decorrente de acontecimentos extraordinários e inesperados que causem onerosidade excessiva a uma parte e extrema vantagem a outra.

Mais uma vez, é possível identificar a intenção do legislador voltada para a manutenção do equilíbrio contratual. Tanto assim, que tratou de possibilitar ao réu, na ação resolutiva, a possibilidade de, por iniciativa própria, modificar equitativamente as condições do contrato, como forma de se evitar a medida jurídica mais drástica de extinção do contrato, conforme art. 479 do Código Civil.

A força obrigatória dos contratos se mantém, então, enquanto as condições para sua formação não sofram impactos de situações externas imprevisíveis, supervenientes, que ensejem uma manifesta desproporção em sua execução, causando onerosidade excessiva em face de uma vantagem extrema aos integrantes da relação contratual.

4 O Covid-19 como evento imprevisível

Devemos observar que, no entendimento jurídico, fatos imprevisíveis são aqueles que não estão intrinsecamente presentes como elementos decorrentes da execução do contrato ou que se

⁹ Código Civil – art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

demonstram como risco inerente ao negócio jurídico. Exemplo é o contrato agrícola que possui efeitos obrigacionais futuros. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça tem como entendimento pacificado o não cabimento da aplicação da Teoria da Imprevisão, quando a execução do contrato é impactada por elementos naturais como estiagem ou chuva em excesso, pragas que atinjam a plantação, queda do preço do produto por influência de mercado externo, aumento de preços de insumo, etc. Todos esses acontecimentos são considerados pelo STJ como de risco inerente a essa espécie de negócio jurídico, motivo pelo qual não se torna cabível a resolução ou revisão contratual, com fundamento na imprevisibilidade dos eventos, ainda que sejam futuros.¹⁰

Por outro lado, os contratos de locação de execução diferida, que se estendem pelo tempo, podem ser revistos, quando fatos inesperados e supervenientes afetam a condição econômica do locatário, acarretando em um declínio de sua capacidade econômica de forma que o pagamento das parcelas do aluguel se torne um sacrifício para o devedor que, inadvertidamente, se encontrará em uma situação que lhe impõe escolher entre sua sobrevivência digna ou o cumprimento da obrigação locatícia.¹¹

Destaca-se, todavia, que não se considera como fato imprevisível os efeitos inflacionários sobre a economia, conforme Informativo de Jurisprudência n. 0352 do STJ que afasta, nesses casos, a teoria da imprevisão, pois “não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato [...]”.

No entanto, a pandemia mundial causada pela circulação de um novo agente do coronavírus, causa da doença chamada

¹⁰ AgInt nos EDcl no REsp 1808110 / DF – Relator: Min. Marco Buzzi, DJe 22/11/2019; REsp 945166 / GO – Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 12/3/2012.

¹¹ A Lei n. 8.245/91, que regula a locação de imóveis urbanos, dispõe, em seu art. 19, que a revisão judicial do aluguel pode ocorrer após três anos de vigência do contrato de locação, caso não haja acordo entre os contratantes acerca do reajuste do valor do aluguel, como forma de ajustar a obrigação ao preço de mercado.

Covid-19, provocou uma reação de prevenção em massa, não somente no Brasil, mas na maioria dos países espalhados pelos cinco continentes. A propagação do vírus se deu de forma rápida, e seus efeitos se mostraram tão graves, com o número de mortes aumentando, exponencialmente, em todo o mundo, que algumas medidas drásticas se tornaram necessárias, como forma de prevenir ao máximo os efeitos da pandemia.

No Brasil, decretos de calamidade pública foram expedidos pelos governos federais, estaduais e municipais, determinando o fechamento do comércio, a restrição de circulação pelas ruas das cidades, fechamento de fronteiras e outras medidas consideradas necessárias para evitar a propagação do vírus e o contágio pela população.

O impacto na vida social e econômica das pessoas foi inevitável, pois a vida cotidiana de trabalho, reuniões públicas, frequência de estudantes nas escolas se tornou, sem nenhum aviso prévio, impossibilitada pelo isolamento social implementado pelo Poder Público, como medida preventiva, com exceção apenas para aqueles serviços considerados essenciais, como os de saúde e segurança pública.

Fatalmente, a economia pública e individual passa a sofrer impactos negativos com essas medidas. O trabalho ficou prejudicado com o fechamento de empresas e indústrias, o que se reflete diretamente na produção de renda e enseja o aumento de desempregos involuntários, causando um desequilíbrio econômico e financeiro na vida dos cidadãos.

A imprevisibilidade desses acontecimentos é fato indiscutível, pois a propagação da doença se deu de forma súbita e inesperada ao redor do mundo.

Portanto, não se trata de risco inerente à álea intrínseca a qualquer negócio jurídico.

Tanto assim, que o Poder Público tratou de emitir, em situação emergencial, normas que regulamentam o trabalho e outras relações jurídicas, durante o período em que durar a pandemia.

A MP n. 936, de 10 de abril de 2020, instituiu o Programa

Emergencial de Manutenção do Emprego, dispondo sobre medidas de relativização do contrato de trabalho com a possibilidade de redução proporcional de jornada de trabalho e salário dos empregados, suspensão temporária do trabalho e a instituição do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, como medida a garantir o mínimo existencial do trabalhador prejudicado e, ao mesmo tempo, garantindo a manutenção de seu emprego enquanto durarem os efeitos do Covid-19.

Ao mesmo tempo, foi sancionada a Lei n.13.982/20 que, alterando a Lei n. 8.742/93, adicionou medidas excepcionais para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada, durante a situação emergencial de saúde pública que afeta o Estado brasileiro, instituindo o pagamento de auxílio pelo Poder Público a pessoas em situação de necessidade econômica, inclusive aos trabalhadores autônomos que sofrem com a ausência de renda provocada pelos acontecimentos imprevisíveis, decorrentes da propagação do novo coronavírus.

Esses e outros fatores tornam fácil a percepção de que as condições de normalidade vislumbradas anteriormente ao surgimento do novo vírus foram alteradas de forma súbita e totalmente imprevisível, afetando diretamente as relações sociais e econômicas, causando um impacto na sobrevivência dos brasileiros, que se veem diante de um dilema fundado na bivalência vida/economia, que pode ser considerado um problema de valores indissociáveis.

Acerca do impacto desses eventos nos contratos de prestação continuada e de efeitos futuros, como o de locação, por exemplo, a superveniência e a imprevisibilidade, juntamente com a desproporcionalidade, onerosidade excessiva e extrema vantagem a uma das partes são causas suficientes para a revisão ou resolução contratual. Se se instala um desequilíbrio nos efeitos decorrentes da execução da obrigação contratual, por conta dos acontecimentos atribuídos à influência da pandemia mundial causada pelo Covid-19, parece-nos plenamente aplicável a Teoria da Imprevisão, como forma de temperar os efeitos da força obrigatória dos contratos, possibilitando que se reestabeleça a base do negócio jurídico de forma proporcional, razoável e sem

afronta aos princípios da dignidade humana e função social, que permeiam os contratos, por força dos arts. 317 e 478 do Código Civil, supramencionados. Reitera-se, no entanto, que os fatos devem causar um impacto econômico negativo ao devedor, impossibilitando-o de adimplir a obrigação para que se possa cogitar a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão sobre os efeitos vinculativos do contrato.

Diante desse cenário, o Senado Federal aprovou, em 3/4/20 o Projeto de Lei n.1.179/20, iniciado naquela casa, que visa a flexibilizar as relações jurídicas, durante a pandemia de coronavírus. Pelo projeto de lei, as consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) são consideradas como casos de força maior, motivo pelo qual a inadimplência não pode gerar ao devedor a imposição de penalidades pela inexecução contratual, por se tratar de inadimplemento involuntário, retirando-se, então, a culpa do devedor pelo não cumprimento da obrigação, já que este não tinha como evitar ou impedir os efeitos dos acontecimentos.

O art. 393 do Código Civil traz, no entanto, redação limitadora dos efeitos da imprevisibilidade, mais precisamente sobre os casos fortuitos e de força maior, sobre os contratos, dispondo que, caso haja responsabilização expressa por parte do devedor, este responderá pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Surge daí a questão: Havendo cláusula de proibição de revisão contratual, a teoria da imprevisão poderá ser aplicada aos contratos nesse momento de consequências extremas?

Como visto, tratando-se de contrato de adesão, o art. 424 do Código Civil determina a nulidade de cláusulas que impliquem a renúncia antecipada do aderente a direitos decorrentes do próprio negócio jurídico, ou seja, não se trata de superveniência de fatos imprevisíveis, mas de cláusula expressa acerca de possíveis direitos que surgem com a execução ou o descumprimento do contrato aderido. Nesse contexto, por inferência lógica, a cláusula de renúncia não surte efeitos contra a aplicabilidade da teoria da imprevisão, pois é nula desde a sua origem. Havendo, portanto, a superveniência de eventos imprevisíveis que impliquem a redução da capacidade econômica do obrigado, parece-nos que

há a possibilidade da revisão ou resolução contratual, sem a implicação de culpa ao devedor pela inexecução contratual.

Quanto aos contratos de aluguel, a cláusula de proibição de revisão porventura fixada comutativamente impede a revisão contratual, mesmo diante de fatos supervenientes e imprevisíveis, pois os contratantes, embora não preveem a especificidade do evento futuro, consideram que qualquer acontecimento seja incapaz de impactar a força obrigatória do contrato, impedindo sua revisão e extinção por força desses eventos. Assim acontece com os contratos de locação não residenciais, em que as partes pactuam a cláusula de não revisão contratual disposta no art. 54-A, §1º da Lei n. 8.245/91.

Todavia, parece-nos que sobrevivendo a aprovação do Projeto de Lei n.1.179/20, a especialidade da norma temporária ensejaria um temperamento da cláusula de não revisão contratual nas avenças fundadas em locação não residencial, possibilitando a revisão contratual diante das consequências advindas da pandemia pelo coronavírus (Covid-19).

5 Conclusão

A exposição acerca dos princípios contratuais, como dito, fez-se necessária para a compreensão da relação negocial alicerçada na autonomia da vontade, boa-fé objetiva e função social do contrato. E também para que possamos compreender que, embora a liberdade de contratar seja inerente ao sujeito da relação jurídica, ficando este vinculado aos termos pactuados e obrigado ao cumprimento das obrigações decorrentes do instrumento, o adimplemento da avença pode ficar prejudicado por acontecimentos não previstos no momento da formação do contrato, motivo pelo qual sua execução, inadvertidamente, se torna manifestamente desproporcional e impossível para o devedor.

Havendo fatos supervenientes e imprevisíveis, torna-se possível, então, que os sujeitos da relação jurídica pleiteiem uma mitigação dos efeitos do contrato para que possam adequar as

obrigações contratuais à realidade atual.

A pandemia pelo coronavírus (Covid-19) vem sendo tratada pelo Poder Público como evento imprevisível que modificou todas as condições de normalidade anteriormente presentes nas relações sociais, econômicas e políticas da sociedade brasileira, tanto que atos emergenciais executados pelo Poder Executivo e Legislativo de todos os níveis de governo direcionam o Estado ao isolamento social, como forma de prevenir a disseminação do vírus. Basta levar em consideração a quantidade de Medidas Provisórias e Decretos executivos que vêm sendo editados nesse período de instabilidade, visando à manutenção da dignidade humana e a garantia do mínimo existencial para as pessoas que sofreram com a redução drástica de seu poder econômico, pelos mais variados motivos, todos decorrentes do surgimento do novo vírus.

Não há, portanto, como afastar a imprevisibilidade dos atuais acontecimentos decorrentes da pandemia pelo coronavírus, nem como deixar de considerar que as relações jurídicas serão inevitavelmente impactadas pelas consequências da pandemia que aflige o mundo.

Sendo assim, a conclusão lógica que se alcança com as considerações feitas é que o Covid-19, considerado evento imprevisível caso de força maior, impacta negativamente a situação econômica das pessoas, que se tornarão inadimplentes, frente às suas obrigações, por pela impossibilidade de executar os contratos decorrentes de negócios jurídicos realizados nos moldes originários, quando se impunha uma condição de normalidade no momento de formação do contrato.

Por esse motivo, observadas as normas e os preceitos jurídicos analisados, parece plenamente aplicável a teoria da imprevisão, tanto para revisão dos contratos quanto para a resolução do negócio jurídico, considerando que o sacrifício econômico pelo devedor será de tal maneira, que a onerosidade excessiva, decorrente da ausência ou redução imediata de sua renda, afetará sua própria existência de forma digna.

Diante disso, os contratos em voga podem ser analisados sob o prisma da Teoria da Imprevisão, com o objetivo de se

reestabelecer o equilíbrio das obrigações, para que a situação originária, baseada na proporcionalidade, boa-fé, função social e dignidade humana seja mantida ou sofra o menor impacto possível, impedindo prejuízos de monta irreparáveis, que inevitavelmente afetarão a dignidade da sobrevivência humana.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atual. por Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos**. Org. de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV** 1, v.1, n.1, p.041-066, maio de 2005.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

21.

Privacidade de dados em tempos de pandemia

Patricia Montemezzo*

Resumo: A pandemia provocada pela COVID-19 alterou drasticamente a realidade. Os governos passaram a adotar medidas legais, a fim de regular desde sua própria atuação, até o agir das pessoas. Limitações foram impostas, restrições a atividades econômicas e a circulação das pessoas, visando a conter a propagação do vírus. Neste contexto, até mesmo dados de geolocalização, coletados pelas operadoras de telefonia móvel, passaram a ser utilizados pelo Estado, a fim de subsidiar suas ações contra a pandemia. Por outro lado, discute-se o alcance da Lei n. 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), com vigência a iniciar, e seus reflexos na privacidade das pessoas. Nesta perspectiva, o debate envolve a possibilidade de acesso a essas informações pelo Poder Público. Não há dúvidas acerca da necessária mitigação da privacidade individual em tempos de pandemia, a fim de que políticas públicas eficazes sejam praticadas; entretanto, é fundamental a adoção de mecanismos que garantam a segurança e a minimização dos dados pessoais de geolocalização, preservando-se ao máximo os direitos individuais dos cidadãos.

Palavras-chave: Proteção de dados. Dados de geolocalização. LGPD. Pandemia.

1 Introdução

A comunicação cresce exponencialmente, impulsionada pelo surgimento da internet comercial. Fala-se em hiperconectividade, já

* Graduada em Bacharelado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2003). Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2008). Atualmente é docente na graduação e pós-graduação da Universidade de Caxias do Sul, onde também exerce a função de coordenadora *Lato Sensu* da Área Jurídica, e coordena o curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho. Conselheira da OAB, Subseção Caxias do Sul. É advogada, com experiência na área de Direito Civil, Direito Digital, Processo Civil e Direito do Trabalho.

que não apenas as pessoas estão conectadas, mas também as coisas.

A facilitação do acesso e da coleta dos variados tipos de dados são características da hiperconectividade. Os dados pessoais, hoje, possuem um imensurável valor, seja econômico ou não, e podem ser utilizados para as diversas finalidades, inclusive pelo Poder Público.

Os dados de geolocalização coletados pelas empresas de telefonia móvel são capazes de identificar a exata localização, bem como a concentração de pessoas em um determinado local. Durante a pandemia gerada pelo Covid-19, diversos entes públicos divulgaram a utilização dessas informações, a fim de monitorar o cumprimento das medidas de distanciamento social. Entretanto, não há dúvidas de que o acesso a tais dados pode impactar na violação de privacidade das pessoas, especialmente se não forem adotadas medidas criteriosas, tanto para seu uso quanto para seu armazenamento e descarte.

Diante disso, o presente artigo pretende debater a proteção de dados pessoais, tomando por base a Lei n.13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que, embora não esteja em ainda em vigor, vem sendo utilizada como parâmetro. Assim, abordar-se-ão os principais aspectos previstos na lei e verificar-se-ão critérios para a utilização de dados pessoais de geolocalização pelo Poder Público, durante a pandemia provocada pelo Covid-19.

2 Hiperconectividade: breves notas

Vive-se uma era de hiperconectividade. Não apenas as pessoas estão conectadas através da internet, como também as coisas. Trata-se da *Internet das Coisas* (IoT). Monk assim contextualiza:

Até recentemente, a única forma de se interagir com a Internet era usando um navegador de web. Assim, o navegador permitia que o computador enviasse solicitações para um servidor de web que, por sua vez, respondia enviando de volta um conjunto de informações para ser exibido. O

navegador exibia essas informações na tela de um computador e o usuário digitava mensagens em seu teclado, além de seguir links clicando no mouse. Essas eram as opções disponíveis em relação a entradas e saídas. A Internet das Coisas (IoT – Internet of Things) alterou completamente essa situação. Agora, todos os tipos de sensores e eletrodomésticos podiam ser conectados à Internet.²

Hoje, não apenas os navegadores ligam as pessoas, mas diversos objetos estão conectados. Sobre o conceito de IoT, Magrani o define como sendo

um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia. O que todas as definições de IoT têm em comum é que elas se concentram em como computadores, sensores e objetos interagem uns com os outros e processam informações/dados em um contexto de hiperconectividade.³

As informações são coletadas e processadas, através da IoT (Internet das Coisas), de forma que hoje vive-se num contexto de extrema hiperconectividade. Tudo e todos estão conectados, cada vez há mais dispositivos e formas de conexão disponíveis às pessoas; o principal e mais democrático é o smartphone.

É possível afirmar que, hoje, os aparelhos de smartphone destinam-se a muitas finalidades, que não apenas realizar ligações. A comunicação acontece através de diversos outros mecanismos disponibilizados por variados aplicativos. Além disso, muitas atividades podem ser realizadas através deles, e

² MONK, Simon. *Internet das coisas: uma introdução com o Photon* – Série Tekne. Trad. de Anatólio Laschuk. Porto Alegre: Bookman, 2018. p. 1.

³ MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 20.

cada vez mais são oferecidos serviços customizados, capazes de trazer benefícios e comodidades. Mas tudo isso não é gratuito, acontece mediante coleta e o uso de dados pessoais, que representam um importantíssimo valor econômico.

Neste contexto é que surge a Lei n. 13.709/2018 (LGPD), que trata da proteção dos dados pessoais, visando a regular o tratamento de tais informações e, com isso, proteger a sociedade inserida no meio ambiente digital. Embora ainda não tenha entrado em vigor, a LGPD já é considerada, na interpretação e aplicação do art. 5º, X, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade da privacidade, bem como do art. 7º, incisos VIII, IX e X do Marco Civil da Internet, que trata da proteção de dados na internet. Cavedon, Ferreira e Freitas traduzem a necessidade de uma lei específica para o tema:

as inovações tecnológicas promovidas pela informática, ao longo dos últimos anos, permitiram o surgimento e o reconhecimento de uma nova faceta do meio ambiente que, como bem jurídico de natureza difusa e direito fundamental de terceira geração, deve ser protegido pelo Poder Público e pela própria coletividade em prol das presentes e futuras gerações. Especialmente em uma sociedade de risco permeada por ameaças transfronteiriças e transtemporais, o Direito vê-se compelido a iniciar um processo de adequação no sentido de assegurar, em um espaço digital onde os riscos não podem ser mensurados nem quantificados, o princípio da dignidade da pessoa humana e a qualidade do meio ambiente, nos termos estabelecidos pela CF/88.⁴

Assim, é importante analisar conceitos e regras contidas na LGPD, a fim de construir critérios para a utilização de dados pessoais pelo Poder Público.

⁴ CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 5, n. 1, p. 204, 2015.

3 O tratamento de dados pessoais regulado pela LGPD

A LGPD visa a promover a proteção a diversos valores constitucionais envolvidos no contexto de hiperconectividade, como o respeito à privacidade, autodeterminação informativa; à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; ao desenvolvimento econômico e tecnológico e à inovação, livre-iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, e aos direitos humanos de liberdade e dignidade das pessoas. Busca a lei, além de direitos e garantias, regular o tratamento de dados pessoais, fixando critérios e responsabilidades.

Considera-se dado pessoal, conforme art. 5º da LGPD, toda a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Há, também, a definição de dados sensíveis, que são aqueles relacionados à origem racial e étnica; à religião, ideologia política; os referentes à saúde e à vida sexual; dados biométricos e genéticos e de filiação a sindicatos e partidos políticos, bem como, a organizações de caráter filosófico e religioso. Como se verifica, a lei tratou de diferenciar os dados cadastrais dos dados sensíveis, os quais podem gerar algum tipo de discriminação do titular.

Pinheiro explica e exemplifica tais conceitos:

Dados pessoais: Toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, não se limitando, portanto, a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros. Sempre relacionados a pessoa natural viva. Dados pessoais sensíveis: são dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a

uma pessoa natural. Dados anonimizados: são os dados relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião do seu tratamento.⁵

Os dados de geolocalização, conforme conceito acima transcrito, classificam-se em dados pessoais (identificativos), não estando dentre os chamados dados sensíveis, que receberam tratamento legal diferenciado. Ainda assim, a lei estabelece regras para o tratamento dos dados apenas identificativos.

São agentes de tratamento de dados: o controlador e o operador, titular e encarregado; podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. O Estado, portanto, também pode ser controlador, na tarefa de tratar dados pessoais.

Melhor explicitando, os sujeitos, Rodrigues e Ferreira⁶ ensinam que o controlador é o agente que procede com a coleta e a gestão dos dados pessoais, enquanto o operador, por sua vez, seria a pessoa, também jurídica ou física, que procede com o tratamento dos dados pessoais sob as ordens do primeiro (controlador). Já o encarregado é a pessoa indicada pelo controlador, que possui como responsabilidade fazer as conexões entre controlador, titulares e a autoridade nacional da proteção de dados.

Destaca-se, ainda, que a LGPD não veda toda e qualquer utilização de dados pessoais, mas impõe limites nas atividades de tratamento. Embora o fundamento geral da lei seja o consentimento do titular, no texto normativo estão previstas hipóteses em que o tratamento dos dados pessoais é permitido, mesmo sem a referida autorização.

Assim, como referido, um dos principais pilares que estrutura o texto da LGPD é a ideia do consentimento do titular dos dados para que eles sejam tratados. O consentimento deve ser

⁵ PINHEIRO, Patricia. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 25-26.

⁶ RODRIGUES, Yuri; FERREIRA, Keila. A privacidade no ambiente virtual: avanços e insuficiências da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei n.13.709/18). *Revista de Direito do Consumidor*, 2019, p. 8.

dado de forma inequívoca, sugerindo-se que seja de forma escrita, ou por outro meio que comprove sua manifestação de vontade, de acordo com Pinheiro:

Com a atualização do corpo legislativo nacional em relação à proteção de dados pessoais, a LGPD passa a trazer completa proteção aos dados pessoais em qualquer mídia ou suporte, com a exigência do consentimento prévio e expresso para as hipóteses de tratamento (a não ser que recaia em alguma exceção) e não mais apenas aos capturados em plataforma digital.⁷

Por outro lado, existem as hipóteses em que é facultada ou até dispensada a obtenção do consentimento do titular, para realizar o tratamento dos dados. Para isso, deve-se observar às demais hipóteses previstas no art. 7º da LGPD. Tais hipóteses compreendem o tratamento para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, como é o caso dos dados tratados pelo empregador, atendendo a normas de ordem trabalhista. A administração pública, por sua vez, é autorizada a tratar dados e compartilhá-los, quando necessários para a execução de políticas públicas – hipótese que será analisada a seguir.

Prevê, ainda, o mesmo art. 7º antes referido, que é permitido o tratamento de dados independentemente de consentimento do titular para fins de estudos por órgãos de pesquisa; quando necessários para a execução de contratos ou procedimentos preliminares aos negócios; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para proteção da vida, bem como da integridade física do titular dos dados; e, para proteger a saúde do indivíduo, igualmente tem-se uma autorização legal de tratamento. Por fim, para proteção ao crédito e para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros o tratamento também é permitido.

Deste modo, nas hipóteses previstas no art. 7º da lei, ter-se-á

⁷ PINHEIRO, Patricia. Nova Lei Brasileira de Proteção de Dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, fev./2019, p. 8.

autorização legal para o tratamento de dados pessoais, observados outros parâmetros, para os quais os princípios muito contribuem. O art. 6º da LGPD trata da boa-fé, aliada aos princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, com a minimização do tratamento de dados para a realização de suas finalidades; ao livre acesso dos titulares; à qualidade dos dados (exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados); à transparência, segurança, prevenção de danos; proteção contra usos discriminatórios, ilícitos ou abusivos; e responsabilização e prestação de contas por parte dos agentes de tratamento de dados.

Verifica-se que os demais princípios decorrem da boa-fé e da segurança, de forma que guiam o comportamento dos agentes de tratamento de dados. A coleta irrestrita de dados fica limitada pelo princípio da minimização, não se justificando conduta que não se limite a atender às estritas necessidades do tratamento, e à finalidade do serviço a ser prestado ou produto. Isso faz com que se incorpore a proteção de dados desde a concepção do serviço ou produto a ser ofertado (*Privacy by Design*).⁸ Neste sentido, Santos e Taliba prosseguem:

Devendo o controlador sempre efetuar a pergunta “é preciso coletar esse dado? Para qual finalidade?”, na medida em que, inexistindo finalidade clara e adequação, o tratamento poderá ser considerado abusivo; [...] os dados deverão ser utilizados apenas para as finalidades específicas para as quais foram coletados e devidamente informadas aos titulares, e o tratamento não pode estar dissociado daquilo que o titular razoavelmente espera ao fornecê-lo. Assim, por exemplo, se um passageiro informa à empresa aérea sua restrição alimentar, o faz para que possa receber alimentação específica no voo, e não para que sejam vendidos seus dados para empresa alimentícia que passará, com base nisso, a lhe ofertar alimentos compatíveis com sua restrição alimentar.⁹

⁸ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no Brasil e os possíveis impactos. *Revista dos Tribunais*, v. 998, p. 3, 2018.

⁹ *Idem*.

Desta forma, seguindo os princípios elencados no texto normativo, para que os dados sejam devidamente tratados, deverão ter seus propósitos específicos e claros, em conformidade com suas finalidades. Apenas os dados mínimos à necessidade do tratamento devem ser utilizados, e os titulares poderão consultar de forma gratuita e com facilidade, assegurando-se de que são exatos. Todas as medidas técnicas e administrativas possíveis devem ser adotadas para prevenir incidentes como invasão e/ou vazamentos. A efetividade da adoção de tais medidas deve estar comprovada, e os dados não poderão ser discriminados, isto é, ficou vedado o tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Ainda assim, é possível concluir que o consentimento continua sendo a principal base legal autorizativa para o tratamento de dados pessoais, embora haja a existência de outras hipóteses autorizativas, conforme aborda Bioni:

É possível dizer que o consentimento não deixou de ser o seu vetor principal. Isso porque uma análise detida dos princípios e a maneira pela qual a LGPD dissecou tal elemento ao longo do seu corpo normativo acabam por revelar uma forte preocupação, mais uma vez, sobre qual deve ser a carga participativa do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais.¹⁰

O texto da LGPD ainda prevê formas diferenciadas para tratamento dos dados pessoais sensíveis e de crianças e adolescentes, sendo que tais hipóteses deverão adotar padrões de segurança ainda mais específicos, como defendem Caovilla, Dufloth e Pazine:

O tratamento mais específico e restrito de dados não se esgota apenas na existência dos dados pessoais sensíveis, como também respalda a forma como deve se dar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Com

¹⁰ BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2019. p. 130.

feito, para ambas as modalidades de dados pessoais, é exigido que o consentimento do titular seja feito de maneira específica e destacada para as finalidades às quais o tratamento se propõe, observado que, para crianças, o consentimento deve ser dado pelos pais ou pelo responsável legal.¹¹

Quanto aos dados sensíveis, é imprescindível o consentimento específico do titular dos dados, caso o tratamento não se enquadre nas bases legais autorizativas previstas no art. 11 da lei.¹² Entretanto, como tais dados não guardam relação estreita com o tema do presente artigo, deixa-se de explorar melhor esse tema.

Regula, ainda, a LGPD dados pessoais de crianças e adolescentes, que poderão ser tratados em seu melhor interesse, realizado com o consentimento específico e em destaque dado por, pelo

¹¹ CAOVILLA, Renato; DUFLOTH, Rodrigo; PAZINE, Letícia. Proteção de dados pessoais: desafios e impactos práticos para as organizações. **Revista de Direito Recuperação e Empresa**, v. 12, p. 5, abr./jun. 2019.

¹² Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

menos um dos pais ou responsável legal. Sem o consentimento, apenas serão coletados para a finalidade de contatar seus pais ou responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção. E, em nenhum caso, os dados poderão ser repassados a terceiros, sem consentimento (art. 14 da LGPD).

É importante referir, ainda, o procedimento de anonimização, através do qual os dados são submetidos a determinadas técnicas, que não mais permitem a identificação do seu titular dos dados. A técnica mais utilizada neste processo é a criptografia. Conforme art. 12 da LGPD, o dado anonimizado não será considerado dado pessoal para os fins da lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foi submetido for revertido ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. Não há dúvidas acerca da relevância de tal técnica, permitido a coleta de informações importantes, sem que se incorra em uso indevido de dados pessoais.

Importante é a menção, ainda que rápida, sobre os direitos do titular de dados. Neste sentido, o art. 18 da LGPD elenca uma série de direitos do intitulado titular dos dados, como o de confirmar se existiu tratamento dos seus dados; ter acesso a eles; requerer a correção, a anonimização, o bloqueio ou a exclusão dos dados, quando bem entender. Ainda, é direito do titular a portabilidade dos dados, podendo ele obter informações sobre as entidades com as quais os dados foram compartilhados e sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e as consequências do tratamento. O mesmo art. 18 autoriza, ainda, que o titular possa revogar o consentimento previamente concedido, a qualquer tempo.

Como se verifica, a LGPD apresenta uma importante regulação para esse direito, prevendo mecanismos prévios para a proteção do titular. São elucidativas as conclusões de Doneda e Mendes:

A grande inovação que a LGPD operou no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida na instituição de um modelo *ex ante* de proteção de dados, baseado no conceito de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados

na sociedade da informação. Os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tais devem ser considerados. Assim, qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais.¹³

Neste contexto, os agentes de tratamento de dados precisam adequar-se, buscando adotar um modelo de negócio baseado na privacidade, conforme extrai-se da análise dos princípios legais antes abordados. Esse modelo de negócio constitui a *Privacy by design*, que regulamenta tecnicamente os processos das organizações, trazendo itens de controle através de tecnologia da informação (TI) para governança de dados. Envolve, além de revisão de documentação, como termos de uso e contratos, também o mapeamento do fluxo dos dados e mudanças estruturais que incorporam aspectos de segurança da informação, como a criptografia de bases de dados.

Ainda, o modelo *ex ante* adotado pela LGPD sugere que os agentes de tratamento adotem medidas de governança e boas práticas, visando ao respeito à proteção de dados. Novas posturas são exigidas, portanto, de todos os agentes:

Os controladores, a partir da vigência da LGPD, passarão a ter limitações no acesso de informações, pois todos os dados pessoais e, especialmente, os dados sensíveis precisarão seguir um ritual de gestão próprio. Será necessário instituir dentro das empresas a figura do encarregado pelo tratamento de todos os dados pessoais disponíveis, que será o responsável em implantar a Lei na empresa; precisarão definir qual a real necessidade e destinação dos dados para o negócio da empresa; depois que tiverem certeza que necessitam de determinado dado pessoal, deverão solicitar previamente o

¹³ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): o novo paradigma da Proteção de Dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 22, 2018.

consentimento expresso com finalidade determinada do respectivo titular dos dados.¹⁴

É importante salientar que, conforme já abordado, os controladores podem ser tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, de direito privado e também público. Ou seja, embora a LGPD não regule com extremo rigor a atuação do Poder Público, desde que este atue estritamente no atendimento de sua finalidade pública e na persecução do interesse público (art. 23 e seguintes), não há dúvidas que também está sujeito ao comando de respeito à privacidade dos cidadãos, consubstanciado pelos dispositivos legais e principiológicos analisados.

Rodrigues e Ferreira¹⁵ muito bem sintetizam o conteúdo até aqui abordado, ao defender que os agentes públicos ou privados, que realizam algum tipo de operação de tratamento de dados estarão sujeitos à LGPD. E, ainda, que se considera operação de tratamento a coleta, produção, recepção, classificação e o processamento de dados pessoais, estando excluídos da norma atividades realizadas por pessoa física, para fins particulares e não comerciais, ou dados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos e acadêmicos.

Assim, embora a LGPD ainda não tenha entrado em vigor,¹⁶ não há como ignorá-la, mesmo que considerada mera norteadora da aplicação dos dispositivos protetivos à privacidade já vigentes no ordenamento jurídico-brasileiro, representados pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal, e art. 7º, incisos VIII, IX e X do Marco Civil da Internet.

4 Privacidade em tempos de pandemia

Desde o início de 2020, com o avanço da pandemia provocada pelo coronavírus no mundo, o Brasil passou a adotar medidas

¹⁴ GREGORY, Maria Stela. The impacts of the general law on personal data protection in supplementary health. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 127, jan./fev. 2020.

¹⁵ RODRIGUES; FERREIRA, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶ Vigência prevista para iniciar em agosto de 2020, posteriormente à redação deste artigo.

visando a conter o contágio pelo vírus. Em razão do deficitário sistema de saúde pública, da facilidade de contágio e do panorama verificado em países atingidos anteriormente, mostrou-se importante a utilização de providências preventivas, especialmente envolvendo o distanciamento social.

As medidas de contenção, entretanto, não se restringem ao plano externo. Uma verdadeira sinergia entre os setores público e privado vem se desenvolvendo de norte a sul no Brasil, visando modelar e executar políticas públicas de controle ao coronavírus, de modo a fiscalizar o distanciamento social mandatário.¹⁷

E, neste contexto, a primeira norma que tratou do tema foi a Lei n.13.709/20, Lei da Pandemia, a qual dispôs sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública gerada pelo avanço do Covid-19. Nela, o art. 6º prevê o compartilhamento de dados de pessoas infectadas:

Art. 6º. É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

§ 1º. A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.

§ 2º. O Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais.

¹⁷ GANDRA, Guilherme Góes. *Modulação da privacidade em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/modulacao-da-privacidade-em-tempos-de-pandemia-14062020>. Acesso em: 29 jun. 2020.

Evidentemente há a necessidade do controle por parte da administração pública acerca da identificação de pessoas infectadas, pois se trata de medida essencial para evitar a propagação da doença, como explícita a norma transcrita. Entretanto, ante a necessidade de fiscalizar o distanciamento social recomendado inclusive pela Organização Mundial da Saúde (OMS), outras providências passaram a ser aventadas, como a coleta de dados, obtidos através de tecnologias embarcadas em *smartphones*. (chama-se tecnologia embarcada quando o software é integrado em um produto, sendo indissociável dele)

Países, como a Coreia do Sul, realizaram rastreamento de telefones, com o objetivo de criar um mapa disponível publicamente, para que as pessoas pudessem identificar se eventualmente tiveram contato físico com pacientes contaminados pelo coronavírus. Os mapas também foram usados pelo governo daquele país, a fim de enviar mensagens direcionadas regionalmente a pessoas que, potencialmente, poderiam estar infectadas.¹⁸

O governo do Irã criou um aplicativo denominado AC19, que coletava dados de localização em tempo real, sendo a população orientada a baixá-lo. Após críticas, foi retirado de circulação. Em Israel, medidas de vigilância foram aprovadas, e a população teve seu telefone rastreado. O primeiro-ministro chegou a reconhecer que algumas medidas violariam a privacidade das pessoas, mas que era justificável pela necessidade de controle. Medida semelhante foi adotada em Taiwan, com a tecnologia chamada de *cerca eletrônica*, que monitorava pessoas infectadas e em isolamento, para que assim se mantivessem.¹⁹

Dados passaram a ser compartilhados pela maior operadora de telecomunicações da Áustria, a partir de 17 de março deste

¹⁸ MOURA, Raíssa; FERRAZ, Lara. Meios de controle à pandemia da Covid-19 e a inviolabilidade da privacidade Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%C3%BAdo/Coronavirus/Meios%20de%20controle%20a%CC%80%20pandemia%20da%20COVID-19%20e%20a%20inviolabilidade%20da%20privacidade.pdf?hsCtaTracking=ad1577ba-e5bc-4ff3-afdd-54a896891088%7C07ab4d6b-53d3-4a06-9f43-fb43621df88f>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁹ *Idem*.

ano. Embora tenha informado que os dados eram criptografados, a companhia poderia reidentificá-los, o que gerou preocupação na população. Bélgica, Alemanha e Itália também divulgaram estar utilizando dados anonimizados obtidos de empresas de telefonia, identificando o deslocamento das pessoas dentro de cada um dos países.²⁰

No Brasil, ainda em janeiro de 2020, foi publicado o Decreto n. 10.212, que aprovou o Regulamento Sanitário Internacional, elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), e aborda também o tratamento de dados pessoais. O art. 45 da norma autoriza o processamento de dados pessoais “quando isso for essencial para os fins de avaliação e manejo de um risco para a saúde pública”.

A partir disso, muitos estados da Federação passaram a informar a utilização de dados fornecidos por operadoras de telecomunicações, para monitorar a circulação das pessoas. O Rio Grande do Sul foi um deles, ao anunciar, no início do mês de abril, parceria com as empresas Vivo, Claro, Oi, Tim e Algar.²¹

Em 20 de abril, passou a estar disponível, pelas operadoras de telefonia celular Vivo, Oi, Tim e Claro, uma plataforma que permite o monitoramento do isolamento social, através do uso de geolocalização. A ferramenta foi colocada à disposição do governo federal, além dos governos estaduais e municipais (se houver mais de 500 mil habitantes).²²

Gandra²³ defende que, em razão da pandemia, a proteção de dados pessoais está em contínua e potencial ameaça, podendo

²⁰ *Ibidem.*

²¹ CORREIO DO POVO. Governo usará dados de operadoras de telecomunicação para monitorar circulação de pessoas. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/governo-usar%C3%A1-dados-de-operadoras-de-telecomunica%C3%A7%C3%A3o-para-monitorar-circula%C3%A7%C3%A3o-de-pessoas-1.410532>. 05 abril 2020. Acesso em: 30 jun. 2020.

²² FORBES. Empresas disponibilizam plataforma com geolocalização para prefeituras e Estados. Disponível em: <https://forbes.com.br/last/2020/04/empresas-disponibilizam-plataforma-com-geolocalizacao-para-prefeituras-e-estados/>. 20 abril 2020. Acesso em: 30 jun. 2020.

²³ GANDRA, *op. cit.*

resultar em danos aos titulares. Tal preocupação é, de fato, consistente, já que, em razão das notícias antes referidas, as pessoas estão, efetivamente, sendo de alguma forma monitoradas, não se sabendo, com exatidão, a amplitude e a segurança disso. Ainda, é sabido que, embora se possa considerar legítimos os objetivos da administração pública, não raras vezes ocorrem falhas decorrentes da adoção de meios inadequados de políticas públicas.

E é justamente em razão dessas preocupações que surgem as seguintes indagações:

(i) quais são as garantias legais para que os governos e empresas não ultrapassem fronteiras entre o direito legítimo e o abuso de poder no tratamento de dados pessoais?;

(ii) como assegurar a incidência e observância dos princípios da proporcionalidade e finalidade, que justificam a coleta e tratamento de dados, de modo que as soluções menos invasivas sejam escolhidas?;

(iii) como assegurar que o tratamento de tais dados estejam adstritos às finalidades que justificam a sua coleta?; e

(iv) como de dará o fim do tratamento de dados em um contexto pós-pandemia?²⁴

Informações de geolocalização, se utilizadas indevidamente, podem gerar problemas que envolvem desde a violação da privacidade das pessoas, até atingir sua segurança e integridade física e patrimonial. O Estado não pode ignorar tais direitos fundamentais, devendo adotar transparência em toda e qualquer operação de tratamento de dados pessoais, ainda que em situação excepcional, como a que se vive em decorrência da pandemia.

E a preocupação acerca da coleta e do tratamento de dados de geolocalização não se restringe ao momento de pandemia, mas também (e em especial) após seu término, de forma que se justifica a aplicação de um sistema normativo de proteção de

²⁴ *Idem.*

dados. Assim, poder-se-á crer que abusos não serão tolerados e, ainda, haverá identificação de eventuais responsáveis, que estarão sujeitos às sanções legais.²⁵

Ante a generalidade do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, e do art. 7º, incisos VIII, IX e X do Marco Civil da Internet, que são as normas atualmente em vigor, parece fundamental utilizarem-se os preceitos da LGPD como fonte subsidiária. Assim, embora a LGPD preveja, no art. 7º, a possibilidade de que a administração pública realize o tratamento de dados pessoais “necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos”, a mesma norma prevê inúmeros mecanismos de proteção, conforme explicitado no tópico anterior.

Diante disso, a aplicação da teoria do diálogo das fontes pode auxiliar na tarefa de estabelecer critérios para o uso de dados pessoais de geolocalização. Para Cláudia Lima Marques o “diálogo” das fontes

significa a aplicação simultânea, coerente, coordenada das plúrimas fontes legislativas, [...]. A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI.²⁶

E, considerando-se o atual momento, de absoluta excepcionalidade, dialogar entre as fontes normativas é fundamental. De um lado, tem-se os direitos fundamentais à privacidade, e à

²⁵ GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Pandemia jurídica: falácia da antinomia entre a LGPD e o combate ao coronavírus*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-juridica-falacia-da-antioia-entre-a-lgpd-e-o-combate-ao-coronavirus-02042020,22abr2020>. Acesso em: 29 jun. 2020.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-21.

proteção de dados pessoais; de outro, a necessidade de adoção de políticas públicas adequadas a conter o avanço do Covid-19. Por isso, os dados de geolocalização podem contribuir tanto na verificação de observância de isolamento de pessoas infectadas, como também indicar precisamente locais e momentos de desrespeito ao distanciamento social. Além, é claro, de aferir estatísticas acerca da evolução da contaminação em comparação às taxas de cumprimento do distanciamento social.

O Decreto n.10.212, ao mesmo tempo em que autoriza o tratamento de dados pessoais, também prevê alguns critérios a serem adotados pelo ente público, definindo que sejam:

- (a) processados de modo justo e legal, e sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito;
- (b) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito;
- (c) acurados e, quando necessário, mantidos atualizados; todas as medidas razoáveis deverão ser tomadas a fim de garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e
- (d) conservados apenas pelo tempo necessário.

Vê-se certa conexão entre a norma citada e os princípios insculpidos na LGPD, já comentados, mas a generalidade no Decreto n.10.212 talvez não ofereça segurança suficiente. É fundamental a reflexão, por parte do Poder Público, acerca das normas protetoras, bem como a adoção de medidas técnicas suficientes, para garantir a segurança dos cidadãos vigiados.

É recomendável que o ente público, ao fazer uso de informações pessoais obtidas por geolocalização, motive e respalde suas ações em evidências técnicas e científicas quanto à necessidade e eficiência disso. Ainda, além de amparo jurídico-consistente, deve haver evidências de que é fundamental para a finalidade pretendida, não havendo outro meio menos invasivo e intrusivo.²⁷

²⁷ BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato Leite; RIELLI,

Locais em que os índices de contaminação sejam baixos, ou que o número de infectados esteja reduzindo-se talvez não tenham respaldo e motivação suficientes para o uso desses dados. A finalidade do uso de dados que informem a localização das pessoas deve ser muito clara, e demonstrada sua efetiva necessidade.

Toda e qualquer atividade de tratamento de dados para o combate ao Covid-19 deve indicar a medida aplicada em específico, e somente valer-se dos dados que são necessários para atingir essa finalidade. Isso permite que se minimizem os riscos à privacidade e maximize a eficiência do uso.²⁸ O Poder Público deve indicar exatamente qual providência é possível ser tomada, com o acesso aos dados, e apenas usar as informações estritamente necessárias para isso.

Além disso, devem ser utilizadas estratégias que protejam ao máximo a privacidade das pessoas. Para a maioria das políticas públicas, a identificação do titular não é fundamental, mas apenas a identificação de locais em que há aglomeração de pessoas, por exemplo, pode ser suficiente para providências administrativas. Por isso, Bioni *et al.* defendem o uso de técnicas de (pseudo)anonimização, através das quais não se torne possível identificar os titulares. Ou, ao menos, que sejam utilizados filtros para este mesmo fim, garantindo os menores riscos possíveis para liberdades e direitos fundamentais, durante a utilização de dados.²⁹

O dado é (pseudo)anonimizado, quando dele são retiradas informações que impedem a identificação do titular, embora o agente de tratamento ainda possa reverter isso. Conforme Bioni,³⁰ “a agregação de diversos “pedaços” de informação (dados) pode

Mariana. *Relatório privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à Covid-19*. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wpcontent/uploads/2020/04/relatorio_privacidade_e_pandemia_final.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 7.

³⁰ BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=118902>. Acesso em: 30 jun. 2020.

revelar (identificar) a imagem (sujeito) do quebra-cabeça, a qual era até então desfigurada (anônimo) – o chamado efeito mosaico”.

Apesar da possibilidade de reversão, o dado (pseudo)anônimo oferece segurança, visto não ser possível identificar o titular facilmente. Possibilita que se preserve a privacidade dos cidadãos, no uso de dados de geolocalização, no contexto em que se aborda.

Conforme antes referido, os receios quanto ao uso de dados pessoais não se restringem ao período da pandemia, mas também ao pós-pandemia, de forma que

toda e qualquer operação de uso de dados para o Combate à COVID-19 deve ter ciclo de vida pré-definido com início, meio e fim, incluindo especificação de técnicas aplicadas, dos dados que serão coletados e processados e meios posteriores de descarte.³¹

O ciclo de vida de uso dos dados pelo Poder Público deve ser previamente estabelecido, além de definidos os meios adequados para descarte das informações. Para isso, definir o local de armazenamento, bem como a restrição ao acesso pelos agentes do Poder Público é muito importante. Não é admissível que os dados sejam mantidos à disposição após seu uso, devendo ser excluídos das bases com periodicidade suficiente para evitar riscos aos titulares.

Ainda, importante princípio aplicável à Administração Pública é a transparência. Na hipótese debatida, os acordos de compartilhamento de dados formalizados com as empresas de telefonia devem ser publicizados ao máximo, através dos portais de transparência, das mídias oficiais e através da imprensa. Além das informações acerca do tratamento desses dados, também deve haver transparência quanto aos detalhes técnicos utilizados e aos processos decisórios que levaram à sua adoção. No tocante a detalhes técnicos, é possível a opção por aplicativos e tecnologias em código aberto, “a fim de permitir maior acesso,

³¹ BIONI, *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

participação democrática, escrutínio público e, em última instância, eficiência”.³²

Softwares em código aberto são baseados na ideia de compartilhamento da informação e colaboração. Assim, permitem acesso livre à sua estrutura, o que facilita o controle e fiscalização do uso. A opção por este tipo de ferramenta fortalece a transparência, o que proporciona maior confiança por parte dos titulares, no uso adequado de seus dados pessoais pelo Poder Público.

Em que pese as recomendações sugeridas ao ente público, ainda há o risco de danos aos titulares. Ferreira e Rosa (2019, p. 12-13) defendem a ocorrência de dano social sempre que houver tratamento inadequado dos dados pessoais, como, por exemplo, seu vazamento:

Diante dessas condutas, é certa a configuração do dano social em função do fornecimento eletrônico de dados pessoais dos consumidores, vez que não apenas afetam a tranquilidade desse grupo de pessoas (consumidores), como também podem ocasionar riscos à segurança, posto que os cadastros e dados pessoais podem ser utilizados para fins de práticas criminosas [...].

E, diante de tal dano, é possível que a responsabilidade pelo seu ressarcimento seja objetiva, pois está baseada no risco administrativo, o que poderá onerar ainda mais o Poder Público.

5 Conclusão

Não há dúvida de que o contexto atual de hiperconectividade permite o acesso a informações de variados tipos. Assim, a preocupação com a proteção da privacidade e dos dados pessoais é latente, estando presente desde a Constituição Federal, até o Marco Civil da Internet, mas de forma genérica. Especificamente, a LGPD pretende tutelar de forma precisa os dados pessoais, a

³² *Ibidem*, p. 7.

ponto de exigir, por parte dos agentes de tratamento, uma análise profunda acerca de seus processos e da gestão das informações pessoais que coletam, armazenam ou de alguma forma interagem.

Em 2020, vive-se momento único na História da humanidade, em que um vírus atingiu indiscriminadamente o mundo, forçando os governos a adotarem medidas extremas, a fim de minimizarem os efeitos devastadores da doença. A partir disso, a fim de lastrear políticas públicas, muitos países passaram a utilizar os dados de geolocalização coletados pelos *smartphones* e acessíveis pelas empresas de telefonia móvel, com o objetivo de monitorar a circulação de pessoas. O que ocorreu também no Brasil.

Em decorrência dessas medidas, surge o debate acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo dos dados, diante dos riscos à liberdade e à integridade física e patrimonial das pessoas. Pela análise realizada, parece ser proporcional e razoável o acesso do Poder Público a dados pessoais de geolocalização, por ser importante instrumento de aferição e controle do distanciamento social, tão importante para conter o avanço do Covid-19.

Entretanto, a partir da teoria do diálogo das fontes, não se pode esquecer que, para que o agir da Administração Pública se justifique e respeite os direitos individuais, deve observar recomendações que podem ser construídas, a partir da LGPD. Deve o ente público avaliar adequadamente a necessidade de adotar uma política de saúde baseada em dados pessoais, delimitando perfeitamente a necessidade e a finalidade do seu uso.

Ainda, é fundamental que seja definido um ciclo de vida para o uso dos dados, bem como estabelecido o imediato descarte dos mesmos, quando cessada a necessidade de sua manutenção. Tudo isso está aliado à adoção de medidas visando a proteger direitos fundamentais, através de (pseudo)anonimização das informações, e oportunizando ampla publicidade, transparência e participação da sociedade nos processos.

Por fim, assim como as pessoas jurídicas de direito privado iniciam, paulatinamente, um processo de adoção de mecanismos de conformidade à LGPD, também deve assim ocorrer com o

Poder Público. A ideia de *Privacy by design* deve integrar os atos administrativos, e ser inserida nos mecanismos de *compliance* do Estado, não deixando de observar isso. Não é o fato, mas deve observar a ideia de *Privacy by design* nem mesmo no atual contexto de pandemia.

Referências

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

CORREIO DO POVO. **Governo usará dados de operadoras de telecomunicação para monitorar circulação de pessoas.** Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/governo-usar%C3%A1-dados-de-operadoras-de-telecomunica%C3%A7%C3%A3o-para-monitorar-circula%C3%A7%C3%A3o-de-pessoas-1.410532>. 05 abril 2020. Acesso em: 30 jun. 2020.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato Leite; RIELLI, Mariana. **Relatório privacidade e pandemia:** recomendações para o uso legítimo de dados no combate à Covid-19. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wpcontent/uploads/2020/04/relatorio_privacidade_e_pandemia_final.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da república, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da república, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

CAOVILLA, Renato; DUFLOTH, Rodrigo; PAZINE, Letícia. Proteção de dados pessoais: desafios e impactos práticos para as organizações. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 12, abr./jun. 2019.

CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Heline Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 5, n. 1, 2015.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): o novo paradigma da Proteção de Dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; ROSA, André Luís Cateli. Fornecimento eletrônico de dados pessoais dos consumidores: responsabilidade civil objetiva e solidária e o dano social. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 122, mar./abr. 2019.

FORBES. **Empresas disponibilizam plataforma com geolocalização para prefeituras e estados**. Disponível em: <https://forbes.com.br/last/2020/04/empresas-disponibilizam-plataforma-com-geolocalizacao-para-prefeituras-e-estados/>. 20 abril 2020. Acesso em: 30 jun. 2020.

GREGORY, Maria Stela. The impacts of the general law on personal data protection in supplementary health. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 127, jan./ fev. 2020.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONK, Simon. **Internet das coisas: uma Introdução com o Photon – Série Tekne**. Trad. de Anatólio Laschuk. Porto Alegre: Bookman, 2018.

PINHEIRO, Patricia. Nova Lei Brasileira de Proteção de Dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 309-323, fev. 2019. DTR\2019\23652.

PINHEIRO, Patricia. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES, Yuri; FERREIRA, Keila. A privacidade no ambiente virtual: avanços e insuficiências da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei n.13.709/18). **Revista de Direito do Consumidor**, 2019.

22.

Lawtechs e o futuro da advocacia

Jerusa de Oliveira Vargas Bohrer*

Resumo: O presente trabalho objetiva a abordagem acerca do surgimento das *lawtechs* ou *legaltechs* em relação ao futuro da advocacia. Desse modo, serão delineados os aspectos relevantes sobre as *lawtechs*, seu conceito, sua influência no futuro da advocacia, as soluções criadas no âmbito jurídico, bem como as condutas que deverão ser adotadas pelos advogados, a fim de que acompanhem o cenário disruptivo na profissão. Haverá abordagem ainda sobre a Advocacia 4.0, com breves considerações sobre as novas posturas que os profissionais da advocacia deverão adotar, a fim de acompanhar essas inovações tecnológicas. Sendo o tema da presente pesquisa recente, as referências bibliográficas foram extraídas de obras estrangeiras, visto não haver no Brasil material disponível em livros. Por essa razão, além das obras estrangeiras consultadas, a pesquisa baseou-se em alguns artigos de *sites* e *blogs* brasileiros, publicações de ambos. A presente pesquisa traz contribuições relevantes acerca da importância da utilização das ferramentas de Inteligência Artificial na profissão jurídica, de modo que, ao aderir às ferramentas, ao profissional será possibilitada uma concentração mais efetiva em tarefas consideradas mais estratégicas, beneficiando significativamente clientes e advogados.

Palavras-chave: Lawtechs. Inteligência artificial. Disrupção, Profissão jurídica. Automação. Inovação, Tecnologia exponencial.

Abstract: The present work aims to approach the emergence of Lawtechs or Legaltechs in relation to the future of law. In this way, relevant aspects about Lawtechs, their concept, their influence on

* Graduada em Direito pela UCS – Campus Universitário da Região das Hortênsias. Pós-Graduada em Direito Digital e Compliance pela Damásio Educacional. Consultora em Lei Geral de Proteção de Dados. Presidente da Comissão de Direito Digital e Compliance e da Comissão Especial de Proteção de Dados e Privacidade da OAB Subseção Canela/Gramado. Advogada. E-mail: contato@jerusabohrer.adv.br

the future of law will be outlined, the solutions created in the legal field, as well as the behaviors that must be adopted by lawyers in order to follow the disruptive scenario in the profession. There will also be an approach on Advocacy 4.0, with brief considerations on the new attitudes that legal professionals should adopt in order to follow these technological innovations. As the subject of this recent research, the bibliographic references were extracted from foreign works, since there is no material available in books in Brazil. For this reason, in addition to the foreign works consulted, the research was based on some articles from Brazilian websites and blogs, publications by both. This research brings relevant contributions about the importance of using Artificial Intelligence tools in the legal profession, so that, by adhering to the tools, the professional will be able to focus more effectively on tasks considered more strategic, significantly benefiting clients and lawyers.

Keywords: Lawtechs. Artificial intelligence. Disruption, legal profession. Automation. Innovation. Exponential technology.

1 Introdução

O presente estudo trata fundamentalmente da análise das *lawtechs* em relação ao futuro da advocacia, assim compreendidos os impactos que este tipo de inteligência artificial está trazendo ao universo jurídico e como deverá ocorrer o aperfeiçoamento dos advogados, para que possam acompanhar as significativas mudanças advindas deste processo de transformação.

O tema proposto tem abrangência do direito digital, uma vez que contempla a utilização de ferramentas tecnológicas no ambiente jurídico, por meio da Inteligência Artificial.

Assim, o objetivo deste estudo é demonstrar a relevância da tecnologia, no cenário jurídico atual, trazendo abordagens acerca do surgimento das *lawtechs* para o futuro da advocacia.

Inicialmente, aborda-se a influência das *lawtechs/legaltechs* no futuro da advocacia.

Logo apresentam-se as soluções criadas pelas *lawtechs* no cenário jurídico.

Após, apresenta-se as condutas que deverão ser adotadas pelos advogados, a fim de que não se tornem obsoletos no âmbito jurídico.

E, por fim, considerações sobre a advocacia e a necessidade e urgência da preparação dos profissionais do Direito às grandes transformações que estão ocorrendo no meio jurídico, de forma cada vez mais acelerada.

Desse modo, o presente trabalho tratará essencialmente o surgimento das *lawtechs*, seus reflexos no futuro da advocacia, trazendo abordagens sobre a utilização das tecnologias disruptivas no âmbito de atuação dos profissionais da advocacia, bem como considerações acerca da Advocacia 4.0 ou “Nova Advocacia”, sob a ótica de que, para que um advogado seja considerado um Advogado 4.0, não poderá se limitar aos conhecimentos jurídicos, devendo dominar aspectos relacionados à área de Ciência de Dados, Robótica e Programação, para além da sua sensibilidade processual e *expertise* jurídica.

2 Lawtechs e o futuro da advocacia

2.1 Conceito

Inicialmente, abordaremos os termos *Lawtechs* ou *Legaltechs*, trazendo seus conceitos e as considerações iniciais acerca do tema.

Lawtechs ou *legaltechs* são termos utilizados para nomear *startups* que criam serviços e produtos tecnológicos, para otimizar o ambiente jurídico. Em uma breve explicação, tem-se a origem do termo *Legaltech*, sendo a abreviação de *legal technology* – legal (jurídico) e *technology* (tecnologia).

As *lawtechs* são empresas que desenvolvem soluções que visam à facilitação da rotina dos advogados, a conexão das pessoas ao direito e que buscam, ainda, uma mudança significativa na forma de atuação do Poder Judiciário, por meio de *softwares* de gestão para profissionais da advocacia e a seus escritórios.

De acordo com Câmara,² repórter do *StartSe*

LawTech é o termo utilizado para denominar startups jurídicas que oferecem novas ideias, em forma de produto ou serviço, que buscam aprimorar e resolver os principais problemas do universo jurídico. O termo, derivado das palavras *law* e *technology*, parte da premissa de utilizar a tecnologia para facilitar a rotina jurídica e oferecer soluções tecnológicas que garantam otimização do tempo de uma advocacia ou departamento jurídico de empresas. As *startups* do ramo exploram e identificam as deficiências do meio jurídico ou até mesmo de simples atividades diárias a fim de proporcionar uma rotina mais eficiente e produtiva.

Conforme artigo publicado no site www.aurum.com.br,³ “Abreviação de Legal Technology – *law* (advocacia) e *technology* (tecnologia) –, o termo *lawtech* é usado para nomear *startups* que criam produtos e serviços de base tecnológica, para melhorar o setor jurídico. Essa é a explicação curta.

Trazendo para o universo prático, podemos dizer ainda que *lawtechs* (ou *legaltechs*) são empresas que desenvolvem soluções, para facilitar a rotina dos advogados; conectar cidadãos ao direito e mudar, em menor ou maior grau, a forma de atuação do Poder Judiciário. Cuidam de *softwares* de gestão para advogados e escritórios de advocacia, serviços que se baseiam em dados, para facilitar acordos judiciais, plataformas que promovem o encontro do cliente com o advogado mais qualificado para seu caso.

4.2 A influência das *lawtechs* no futuro da advocacia

Em tempos pretéritos, o surgimento do *e-commerce* ensejou grande revolução no varejo e, atualmente, as *lawtechs/legaltechs*

² Disponível em: <https://conteudo.startse.com.br/startups/lawtech/isabela/o-que-e-lawtech/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

³ Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/lawtech-e-legaltech/#otua>. Acesso em: 4 set. 2018.

trazem mudanças na relação das pessoas com o universo jurídico. A partir do surgimento delas, significativas mudanças estão ocorrendo no cotidiano dos advogados e na rotina dos escritórios.

Conforme já referido, *lawtechs* ou *legaltechs* são nomes utilizados para as empresas do segmento, as *startups* que objetivam a criação de produtos ou serviços para o mercado jurídico.

A fim de melhor demonstrar as tecnologias existentes no mercado atual, alguns exemplos de soluções criadas pelas *lawtechs/legaltechs*, que talvez boa parcela da população desconheça, são apresentados, visto que a realidade jurídica ainda é distante para grande parte das pessoas. Nybo⁴ faz referência às soluções criadas pelas *lawtechs/legaltechs*:

A Tikal Tech apresenta uma série de soluções voltadas ao mercado jurídico. Dentre elas, destaca-se o Diligeiro, um serviço de correspondência jurídica, e o ELI, o primeiro robô advogado do Brasil, capaz de auxiliar o advogado na coleta de dados, organização de documentos, execução de cálculos, formatação de petições, acompanhamento de carteiras e rotinas de processo, emissão de relatórios inteligentes e interpretação de decisões judiciais para aumentar a produtividade do advogado.

A Dubbio, por sua vez consiste em uma plataforma que visa esclarecer dúvidas jurídicas e colocar o cidadão em contato direto com advogados especialistas na região onde vive. O usuário pode encontrar respostas para dúvidas jurídicas dos mais diversos temas, como aposentadoria, pensão alimentícia e divórcio, em uma linguagem clara, sem “juridiquês”.

O Jurídico Certo é especialista em criar conexões no mercado jurídico e o maior diretório de correspondência jurídica do Brasil. Os profissionais jurídicos se cadastram na plataforma do Jurídico Certo para atenderem as diligências e audiências solicitadas por escritórios de

⁴ NYBO, Erick. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/lawtechs-mudando-advocacia/> Acesso em: 2 out. 2018.

advocacia e departamentos jurídicos. Da mesma forma, cidadãos podem se conectar a advogados listados no diretório do site.

O LINTE é uma empresa de software e soluções para departamentos jurídicos trabalharem com contratos e processos de forma mais eficiente e inteligente. Fundada no Vale do Silício, a empresa está presente no Brasil desde 2015. Hoje a empresa oferece um sistema de automação de documentos, controle de fluxo de processos e contratos e um painel que consolida os principais indicadores do departamento jurídico.

O Sem Processo é uma plataforma online para intermediar acordos entre empresas e consumidores logo após identificado algum litígio entre as partes. Tudo começa quando o advogado prepara a petição, mas antes de partir para o litígio, insere-a na plataforma. Aí, a empresa analisa e decide se quer negociar um acordo. A celebração de um acordo antecipadamente, evitando a judicialização, reduz os custos financeiros e atende de maneira mais eficiente também o consumidor.

A Contraktor disponibiliza ao usuário um sistema online, o qual simplifica a maneira pela qual as empresas lidam com contratos. O foco principal da plataforma é a gestão do ciclo de vida completo de qualquer contrato que venha a ser celebrado pela empresa (desde sua etapa de rascunho, passando pela assinatura eletrônica, controle da vigência até o seu encerramento).

A Invenis oferece aos clientes uma tecnologia de alerta de novos litígios conectada diretamente aos sites dos diversos tribunais do país. A partir de uma inovação recentemente desenvolvida, passou a oferecer também o alerta de publicação de ações em tempo real baseado em filtros estabelecidos pelo usuário.

O Escavador é uma plataforma de mineração de dados públicos que visa facilitar o acesso dos usuários a informações públicas ao sistematizar referidas informações. O processo de mineração de dados consiste em agregar,

organizar e estruturar os dados derivados de fontes públicas para que cidadãos comuns possam entender e ter acesso a essas informações.

Além das empresas de tecnologia que objetivam a criação e expansão, os escritórios de advocacia também estão atentos ao movimento de adaptação a esta nova realidade, que visa a trazer soluções e inovação na área de gestão dos escritórios.

Segundo Eckschmidt,⁵ “a atuação de robôs e o uso da inteligência artificial irão trazer mais justiça ao mundo através de processos mais eficientes e mais baratos. A tecnologia já mudou fortemente a área industrial”.

Em seu artigo, Eckschmidt menciona “[...] a intenção de nosso artigo é falar da área jurídica”. O risco a que os advogados estão expostos, com a criação de soluções eletrônicas para resolução de conflitos, buscas inteligentes que não necessitam mais de pessoas para preparar a argumentação e assim por diante. Tudo isso pode estar colocando em risco a profissão do advogado, em futuro próximo.

Essa é a ideia imediata de alguém desatento ao que está acontecendo no mundo. As profissões com menores salários estão sendo substituídas por algoritmos, inteligência artificial e robôs. Por outro lado, “isso abre a oportunidade do verdadeiro trabalho intelectual de um advogado, podendo esse agora tirar maior proveito de seu talento, explorando não o passado, mas como as leis devem nortear o mercado no futuro que está emergindo”.

A tecnologia trouxe significativas mudanças na atuação do advogado e na maneira como este deverá conduzir sua carreira. Junto dela, novas relações de trabalho, tributação e consumo foram estabelecidas, sendo que a atenção do profissional que está atenta ao futuro deverá ser para essas áreas de atuação.

O que se percebe é que, em futuro próximo, os advogados

⁵ ECKSCHMIDT, Thomas. Sócio da LawTech Melhor Acordo. Coautor do livro *Do conflito ao acordo na era digital*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-robos-e-o-futuro-da-profissao-de-advogado/>. Acesso em: 2 out. 2018.

utilizarão ferramentas de inteligência artificial, juntamente com suas habilidades intelectuais, visando à resolução de casos mais complexos, otimizando tempo e entregando um serviço com melhor qualidade.

4.3 Soluções criadas pelas *lawtechs* no cenário jurídico

De acordo com Xavier e Mourão,⁶

vivemos num mundo que está mudando a forma como as pessoas se relacionam e trabalham. Todo mercado está sendo, em maior ou menor escala, afetado por tecnologias exponenciais e pelas mudanças culturais que elas trazem consigo, e o Direito não se isenta dessa transformação. No final de 2017, a AB2L (Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs) já contabilizava mais de cem empresas de novas tecnologias para fornecer serviços jurídicos dos mais variados no Brasil, e as projeções para esse ano são de crescimento constante.

Desse modo, pontuam que podemos esquematizar as novas soluções tecnológicas trazidas pelas *LegalTechs* em sete grandes grupos: produção de conteúdo jurídico; intermediação da contratação de advogados; gestão de processos e de pessoas; plataformas de resolução online de conflito; ferramentas de automação de documentos; mecanismos de compliance, e análise de dados.

Xavier e Mourão⁷ explicam quais são as soluções criadas e o que objetivam. Para eles, “as *plataformas de construção e disponibilização de conteúdo jurídico* divulgam textos dos mais variados assuntos que tangenciam o Direito”. Esses textos podem ser em formato de artigo científico, *blog*, *posts*, *e-books*, ou mesmo revistas jurídicas, sendo que os critérios de aceitação para a

⁶ Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2018/03/01/legaltechs-e-como-elas-tem-revolucionado-prestacao-de-servicos-juridicos/>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁷ XAVIER; MOURÃO, *op. cit.*

publicação variam de plataforma para plataforma.

Já os aplicativos que fazem a *intermediação da contratação de advogados* servem como ponte entre aqueles que precisam do serviço do advogado e aqueles advogados dispostos a realizar tais serviços. Essa intermediação pode ser feita entre escritórios/ departamentos jurídicos e advogados (advocacia correspondente) ou entre consumidores finais e advogados, dependendo do modelo de negócio do aplicativo.

As *soluções de gestão* são adequadas tanto para pequenos escritórios quanto para grandes escritórios e departamentos jurídicos – sendo essenciais para estes; permitem uma visão macro dos litígios, facilitando o controle de prazos e a distribuição de tarefas entre os membros das equipes. Além disso, sistemas de gestão inteligente conseguem distribuir de maneira mais pulverizada as informações de determinados acontecimentos, gerando um compartilhamento do conhecimento mais eficaz e, conseqüentemente, maior produtividade.

As plataformas de *resolução online de conflitos* têm grande valor para aqueles litigantes frequentes. Elas permitem que empresas consigam diminuir o número de processos judiciais contra elas com ganhos substanciais (o risco do valor a ser pago na condenação maior que o valor acordado). Aliada de ferramentas avançadas de *analytics*, o próprio valor do provisionamento e a decisão de se negociar ou judicializar o caso ficam mais acuradas e no controle das empresas.

Ferramentas de *automação de documentos* são ideais tanto para aqueles litigantes de causas repetitivas quanto àqueles de causas menos recorrentes, porém complexas. É fácil compreender o porquê da sua funcionalidade para causas repetitivas, que é ligado basicamente à maior eficiência na confecção das peças. Entretanto, por mais contraintuitivo que possa parecer, causas muito complexas tendem a obter muito menos erros de digitação ou mesmo de conteúdo, quanto submetidas a sistemas de automação, o que confere um grande valor na implementação desses sistemas também para esse tipo de causa.

As *LegalTechs* que se propõem a trabalhar o *compliance de*

escritórios e departamentos jurídicos têm por objetivo adequar as práticas da empresa às legislações gerais e específicas vigentes, assim como fazer análises de risco em relação a elas. Para isso, elas são constantemente atualizadas e mantêm uma comunicação intensa com todos os setores dos escritórios ou departamentos.

Por fim, a *análise de dados*, para além de estar presente em todas as outras soluções, otimizando-as e customizando-as para seus respectivos clientes, cumpre um papel essencial para a tomada de decisões. Conciliada com processamento de linguagem natural e o aprendizado de máquina, ferramentas de análise de dados (ou de jurimetria) podem traçar perfis completos de tribunais, juízes ou de advogados, transformando seus padrões de argumentação e de decisão em gráficos e probabilidades, que dariam aos seus clientes subsídio muito mais sólido para decidir entre insistir em determinado litígio ou não. Já existem, por exemplo, *softwares* que utilizam essa tecnologia, utilizados pelo Ministério Público, para alertar sobre indícios de fraude e até para agilizar as diligências que não demandam interpretação mais aprofundada de juízes (tais como falta de documentos para eficácia da ação, erros de competência, etc”).

De acordo com artigo disponibilizado no *Blog Aurum*,⁸ “atualmente, as *Lawtechs* brasileiras estão divididas em sete categorias. Como o nosso objetivo é desvendar o universo das *Legaltechs* e solucionar suas principais dúvidas, vamos explicar cada um dos grupos”:

– **Automação e gestão de documentos.** Não foi encontrado nenhum estudo que tivesse medido o tempo gasto com a criação e o preenchimento de documentos nos escritórios de advocacia. Porém, essas tarefas consomem muitas horas da semana. Sabendo disso, algumas *Lawtechs* criaram *softwares* de automação de documentos jurídicos e gestão do ciclo de vida de contratos e processos. O maior benefício que se pode ter com esse tipo de solução é economia de tempo. Assim, o profissional e o escritório podem se dedicar mais às questões fundamentais da advocacia.

⁸ Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/lawtech-e-legaltech/#otua>. Acesso em: 6 out. 2018.

A *Linte*, por exemplo, se enquadra nessa categoria ao oferecer uma solução para gerenciar processos e contratos.

– **Gestão de escritórios e departamentos jurídicos.** Um escritório de advocacia é um negócio. E um departamento jurídico, é uma das áreas mais importantes das grandes empresas. Para dar conta do volume de informações, da gestão de processos, de equipes, de clientes ou áreas da empresa, financeira, por exemplo, e de vários outros setores, é preciso contar com uma ferramenta completa.

É nesse cenário que surgem os *softwares* de gestão para escritórios e departamentos jurídicos. A *Aurum* é um exemplo de *Lawtech* focada nesse setor. A empresa desenvolve o *Astrea*, voltado para advogados autônomos e escritórios de advocacia, e o *Themis*, destinado a departamentos jurídicos. Os benefícios para quem utiliza esse tipo de ferramenta são muitos e vão desde produtividade até o aumento no faturamento do escritório. Como essa é a área mais dominada, há muitos conteúdos no *blog* sobre os benefícios de um bom *software* jurídico. Se alguém se interessa pelo assunto, vale a pena dar uma olhada nos artigos da categoria “Software jurídico”.

– **Analytics e jurimetria.** A partir da coleta e da análise de dados jurídicos, algumas *lawtechs* oferecem soluções que contribuem para o entendimento de como os casos são julgados. Algumas plataformas conseguem medir, inclusive, a porcentagem de êxito de um processo baseado em jurisprudência.

Um exemplo de *Lawtech* desse setor é a *Digesto*, um serviço de busca de jurisprudência e organização de repositório.

– **Resolução de conflitos on-line.** Muitas vezes, o caminho do processo judicial é lento e não garante o direito do seu cliente. Sabendo disso, algumas *lawtechs* criaram soluções dedicadas à resolução de conflitos. Por meio de *softwares* específicos para isso, é possível contar com as ferramentas *on-line* para mediação, arbitragem e negociação de acordos.

Um exemplo é a *Sem Processo*, que busca celebrar acordos diretamente com as empresas sem a necessidade de ir à Justiça.

– **Conteúdo jurídico e consultoria.** Manter-se atualizado sobre sua área de atuação e saber o que está acontecendo no mercado jurídico como um todo é essencial para a sua carreira e para a saúde do seu negócio jurídico, certo? É por isso que existem *sites* de notícias para advogados, portais de informação e legislação.

Empresas de consultoria, com serviços que vão desde a segurança da informação até a assessoria tributária, também entram nessa categoria. O *Jusbrasil* é um bom exemplo de *Lawtech* desse grupo.

– **Extração e monitoramento de dados públicos.** Quanto mais os dados públicos se tornam disponíveis virtualmente, mais oportunidades as *Lawtechs* têm de reunir e organizar essas informações para beneficiar os advogados. Um exemplo disso são as ferramentas de monitoramento e gestão de informações públicas, como andamentos, legislações, publicações e documentos cartorários.

A *upLexis* é uma *Lawtech* que oferece esse tipo de solução, para proporcionar inteligência de negócios para gestores que precisam tomar decisões de forma estratégica.

– **Redes de profissionais.** Já pensou em como a tecnologia pode ajudar na prospecção de clientes? As *Lawtechs* do grupo de Redes Profissionais já pensaram. Empresas desse setor criam redes de conexão entre profissionais do direito, facilitando aos advogados conquistarem clientes, e pessoas ou empresas encontrem um representante para seus casos.

Um exemplo de *Legaltech* desse nicho é a *Jurídico Certo*, que permite o encontro de advogados e correspondentes jurídicos em todo o Brasil”.

Desse modo, as *Lawtechs* vieram trazer significativa contribuição para o cenário jurídico, por meio da implementação de novas tecnologias e desenvolvimento de soluções, que ajudam a melhorar o sistema jurídico como um todo, entendendo-se que a tecnologia veio para facilitar e valorizar o tempo dos advogados.

4.4 Condutas que deverão ser adotadas pelos advogados a fim de que não se tornem obsoletos no âmbito jurídico

Diante de um cenário totalmente disruptivo, a prática da advocacia vem passando por muitas transformações nos últimos tempos, surgindo a tecnologia como uma ferramenta essencial para o trabalho dos advogados.

A profissão, ao que parece, caminha para a era exponencial. Atualmente, diversas plataformas já foram desenvolvidas visando à facilitação dos serviços jurídicos, dentre elas, *softwares* capazes de escrever petição; fazer análise comportamental de determinados juízes, etc. Em que pese o surgimento de todas essas ferramentas facilitadoras, o advogado continua a ser indispensável, entretanto, precisa estar atento ao movimento, a fim de que não se torne obsoleto. Desse modo, há algumas novas competências às quais o Advogado 4.º precisa estar atento.

Segundo Câmara,⁹ repórter do *StarSe*, “falamos com alguns especialistas da área e descobrimos seis novas competências que os advogados precisarão desenvolver no futuro”:

1. ter habilidade com dados e estatísticas. Há alguns anos, era preciso buscar uma informação analisando documento por documento, tarefa que poderia levar uma quantia considerável de tempo. Hoje, com a implementação da inteligência artificial, um software é capaz de fazer essa busca em minutos. Porém, para que a inteligência artificial torne o trabalho de um advogado mais efetivo, o profissional deve estar à altura. Será necessário que o advogado entenda como funcionam os bancos de dados e como prepará-los para que a informação que ele cadastre possa ser útil depois. De acordo com Bruno Feigelson, presidente da AB2L, os advogados que entenderem de estatísticas e dados serão os profissionais mais diferenciados do mercado;

⁹ Disponível em: <https://startse.com/noticia/habilidades-advogados-lawtech>, Isabela Câmara. Acesso em: 1º out. 2018.

2. ser colaborativo. Com a chegada da Nova Economia, o novo profissional do Direito também precisa desenvolver um novo *mindset*. No caso, uma das características essenciais para o profissional no futuro é ser mais colaborativo. Os benefícios da colaboração são inúmeros. Segundo uma pesquisa realizada pela Deloitte, empresas que priorizam a colaboração tem duas vezes mais probabilidade de serem lucrativas e de ultrapassar competidores. Isso, porque a colaboração promove a troca de experiências e de conhecimento favorecendo todos os lados envolvidos. Não é à toa que essa é um dos maiores diferenciais do ecossistema do Vale do Silício;
3. ir atrás de tecnologia e programação. Não adianta só implantar a tecnologia, é necessário também se preparar para interagir com ela. Assim como a sociedade em geral, o universo jurídico precisa entender sobre tecnologia para defender pessoas inseridas dentro dessa nova cultura. Segundo Bruno Feigelson, os profissionais precisam se preparar para possuir noções básicas de tecnologia e de análise de dados, procurando cursos de programação para advogados, por exemplo. Vanessa Louzada, advogada e sócia da Neolaw, concorda: “A formação em Direito pode ser considerada deficiente, já que ainda não abrange esse conhecimento tecnológico. É preciso ter vontade e curiosidade, pois essa necessidade é algo difundido e divulgado, além de que o acesso à tecnologia é extremamente fácil!”;
4. ser expert em filosofia. Além de desenvolver expertises em tecnologia e programação, o advogado terá que se aprofundar em questões filosóficas e mais complexas. Um dos motivos para isso é que o trabalho automático ficará para as máquinas, enquanto que o intelectual ficará completamente para os humanos. Outro motivo são as novas relações e problemas que surgirão com novas tecnologias. “As causas do futuro serão causas que hoje não são pensadas. Como no caso de uma batida de um carro autônomo, com uma eventual fatalidade, quem

responderia por isso? Ou no caso das músicas, como se daria o repasse de royalties de músicas criadas por inteligência artificial? São questões complexas que exigem um alto nível intelectual”, diz Clarissa Luz, cofundadora do coletivo jurídico Nós 8;

5. agir pensando em pessoas. O advogado do futuro precisa colocar as pessoas em primeiro lugar. Contratar pessoas pensando na diversidade, com perfis complementares e backgrounds diferentes, faz toda a diferença na hora de inovar dentro de uma empresa e, futuramente, implantar tecnologias. “A valorização do ser humano deve ser o centro em termos de liderança. Isso porque, além de contribuir com o resultado e reconhecimento do time, tem um impacto positivo dentro da empresa e gera um ambiente mais criativo”, conta Christiano Xavier, CEO da Future Law. Mas não só é preciso pensar nas pessoas que compõe a sua equipe, mas também no cliente. “O advogado precisa ser mais aberto e receptivo, procurando ter mais sensibilidade para entender o cliente”, defende Rosely Cruz, advogada e sócia-fundadora da Neolaw;

6. ter uma comunicação mais acessível. Advogados são conhecidos por utilizarem uma linguagem mais rebuscada, muitas vezes chamada de “juridiquês”. Apesar de ser uma tradição, essa comunicação está cada vez mais distante do momento em que vivemos atualmente. Como consequência, a área se torna distante e muitas vezes inacessível. Segundo Rosely Cruz, isso é um ponto a ser melhorado: “O Direito é muito distante, é muito técnico. É preciso apostar em uma comunicação transparente e fácil: o mundo não comporta mais expressões como ‘veio por meio deste’ ou ‘por obséquio’. A tendência, segundo ela, é apostar em uma linguagem mais direta e baseada em dados e resultados.

Feigelson¹⁰ finaliza sua análise aduzindo:

¹⁰ FEIGELSON, Bruno. Disponível em: <https://www.lexmachinae>.

Nesse contexto, tecnologia traz consigo um mundo de possibilidades e não deve ser o papel dos advogados (ou de quaisquer outros profissionais) lutar contra seu avanço (como se tem observado). O seu potencial disruptivo e agregador vai favorecer aqueles que conseguirem se adaptar, de maneira que será difícil se manter no mercado sem uma constante atualização e transformação cultural. O melhor a se fazer neste momento, então, é mudar rapidamente, e não apenas adquirindo as tecnologias citadas, mas investindo na mudança do modelo mental vigente.

Aqui, segundo o autor, a referência é à autonomia, horizontalidade, inovação externa, diversidade, gestão do conhecimento, de projetos e custos, treinamentos, experiência do usuário, engajamento, dashboards, menor aversão ao risco, algoritmos, dentre outros. Afinal, como o autor e empreendedor Geest aponta, em seu livro *Organizações exponenciais*, hoje, “se você não estiver causando sua própria disrupção, alguém estará; seu destino é ser ou ‘disruptor’ ou ‘disruptado’. ‘Não há meio termo’” (GEEST, 218).

Diante deste cenário de transformações, o advogado deverá buscar o aperfeiçoamento por meio do desenvolvimento de novas habilidades no âmbito jurídico, o que possibilitará o desempenho da profissão, sem risco de tornar-se desnecessário com o passar do tempo.

Um advogado digital deverá atentar-se ainda ao fato de que, além de buscar conhecimento na área da tecnologia, terá de submeter-se constantemente a especializações, pois, de acordo com a presente pesquisa, esta será determinante para sua permanência no mercado, visto que demanda maior capacidade intelectual, ao passo que as atividades efetuadas por advogado com bagagem intelectual restrita poderão facilmente ser efetuadas por *softwares* inteligentes. Além do mais, o profissional do futuro deverá estar atento às reflexões trazidas pelo Direito Digital, a fim de melhor desempenhar a profissão nesta era exponencial.

com/2018/03/01/legaltechs-e-como-elas-tem-revolucionado-prestacao-de-servicos-juridicos/. Acesso em: 4 out. 2018.

4.5 Advocacia 4.0

Em tempos onde as inovações tecnológicas crescem a cada dia e provocam mudanças disruptivas irreversíveis, é importante salientar a importância de os profissionais do Direito estarem preparados para absorver essas grandes transformações que vêm ocorrendo no meio jurídico de forma cada vez mais acelerada.

Nesse movimento, surge a Advocacia 4.0 ou Advogado 4.0, que busca, na utilização da tecnologia a conexão mais rápida com seus clientes, objetivando a prestação de um serviço com mais qualidade por meio de plataformas tecnológicas capazes de potencializar o seu trabalho, evitando atividades repetitivas, o que o torna mais produtivo.

Nesse sentido, o *website* transformação digital¹¹ traz considerações importantes acerca da Advocacia 4.0. Segundo o artigo, no final do século XVIII, “a máquina a vapor e a mecanização da produção têxtil assombraram o mundo, mostrando um universo de possibilidades industriais que nossa sociedade ainda não conhecia”. Um século mais tarde, veio o telefone, a indústria automobilística, a produção em massa de bens de consumo e o surgimento da aviação. “Estávamos ainda na 2ª Revolução Industrial”.

Entre 1970 e 2000, vieram microcomputadores e, depois, a internet, inventos que digitalizaram informações, deram velocidade ao fluxo de trabalho corporativo-industrial e fizeram escritórios e fábricas se reinventarem, diante da substituição de processos manuais e equipamentos (como máquinas de escrever) que, hoje, já viraram peças de museu.

“Essa Indústria 3.0 formou as bases para o que estamos vivenciando agora: uma era de inteligência artificial, de realidade aumentada e de análise de dados. E é evidente que tudo isso redesenha a forma de pensar a advocacia no mundo”.

O referido artigo traz também informações relevantes acerca

¹¹ Disponível em: <https://transformacaodigital.com/advogado-4-o-quarta-revolucao-industrial-impactando-advocacia/>. Acesso em: 2 out. 2018.

da 4ª Quarta Revolução Industrial e seus impactos na advocacia, quando menciona:

Como seu escritório jurídico se beneficiaria se tivesse como aliado um robô capaz de vencer 160 mil contestações relacionadas a multas de trânsito? Melhor ainda: e se esse robô fosse capaz de executar tudo isso fazendo uso de uma capacidade de argumentação jurídica autônoma, contando também com habilidade para preencher formulários, protocolando-os nos órgãos públicos corretos (e de forma tempestiva)?”

Isso já existe. Chama-se DoNotPay, uma aplicação criada por um jovem de 19 anos, após o recebimento de sua 30ª multa nos arredores de Londres, em um período de 21 meses.

O desenvolvimento desse tipo de tecnologia força-nos a pensar sobre o papel do Advogado 4.º nessa era de automações, e quais recursos e conhecimentos esse novo profissional deve trazer para os escritórios.

A consultoria McKinsey estima que 60% dos empregos do futuro terão mais de 30% de suas atividades automatizadas pela tecnologia. Ou seja, se por um lado recursos como Big Data, Internet das Coisas, 3D e realidade virtual facilitam o trabalho dos profissionais do Direito em processos burocráticos e até intelectuais, por outro trazem consigo alguns desafios, como a necessidade de que os “advogados digitais” apresentem competências ligadas a esses conhecimentos.

Além disso, os problemas legais advindos do uso de drones (privacidade), impressões 3D (possível fabricação de armas), cibersegurança (intrusões a sistemas) e Internet das Coisas (legalidade do blockchain) são apenas alguns singelos exemplos de novas questões que deverão ser abordadas pela doutrina e pela jurisprudência, para que o equilíbrio das relações sociais não seja prejudicado por essas inovações. Os desafios do Advogado 4.º são, portanto, diversos”.

Nesse viés, apresentam-se soluções tecnológicas que fazem

parte da Advocacia 4.0 e que vêm auxiliando de forma positiva os profissionais da advocacia. Tais tecnologias vêm sendo desenvolvidas pelas *Lawtechs* ou *Legaltechs* e estão impactando tanto os escritórios como os tribunais.

Com relação às soluções criadas, tem-se a *Automação na gestão de documentos*. Nesse caso, cuida-se de um *software* de gestão, que visa a auxiliar em questões administrativas e finanças. Um exemplo desses *softwares* de gestão é a plataforma AdvBox, especializada em gestão de contratos e processos para advogados. Além dessas funcionalidades, ela é capaz de gerar documentos jurídicos.

Outras ferramentas importantes desenvolvidas, e que impactam positivamente a advocacia, são as que se utilizam do *Analytics*. Essas soluções são capazes de mapear toda a jurisprudência de uma determinada Turma ou Tribunal, fazendo uma análise do percentual de decisões favoráveis sobre cada tema, bem como faz uma busca de diversos elementos relacionados à linha de argumentação mais adequada para cada caso.

Recursos para *conciliação on-line* também ganharam relevância no mercado da advocacia, uma vez que visam à intermediação das negociações entre os patronos dos autores e das empresas requeridas, formulando propostas, de acordo, antes mesmo, com o ingresso da ação na via judicial, evitando, assim, custos com processos.

Para Feigelson¹²

a grande revolução da advocacia não virá do uso de softwares, mas sim de uma mudança completa de mindset. Nós, advogados, somos indivíduos que profissionalmente lidamos com interesses alheios. Quando determinado ser humano busca satisfazer seu interesse e precisa de um apoio profissional, somos interessantes. Quando um terceiro nos observa atuando em nome de outro, podemos ser percebidos como interesseiros. Independente do que se diga, somos, – e continuaremos a ser –,

¹² FEIGELSON, Bruno. Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2018/06/25/advocacia-4-0/>. Acesso em: 4 out. 2018.

seres essenciais ao bom funcionamento da sociedade. Ele assinala para o fato de que sociedade está passando por um transformações significativas. A realidade exponencial, de acordo com Peter Diamandis, está sendo transformada a partir do modelo dos 6Ds já mencionados anteriormente: digitalização, decepção, disrupção, desmonetização, desmaterialização e democratização.

Todo esse cenário disruptivo e exponencial, que Feigelson menciona ser a chamada “Nova Economia” traz em “Nova Advocacia”, pode-se denominar de “Advocacia 4.0”. Para Feigelson¹³ há sete características preponderantes nesta nova realidade:

- 1. democratização rápida do conhecimento jurídico:** a digitalização das informações e o amplo fluxo de comunicação implicam em uma rápida curva de precarização do conhecimento. Ou seja, dificilmente será possível vender as mesmas “teses” e o mesmo “conhecimento” por um grande espaço de tempo;
- 2. ineditismo e velocidade de interpretação:** em um mundo de acesso infinito ao conhecimento, o valor passa a estar no processador e não no HD. A nova memória é a nuvem, nivelando grande parte dos profissionais. Analisar e interpretar na velocidade dos acontecimentos é o valor. A advocacia em certo sentido vai se assemelhar com a mineração de bitcoin, em que um problema é lançado para a rede, e o *player* que consegue resolver em menor tempo recebe por isso;
- 3. fim do argumento de autoridade:** em uma realidade nivelada de conhecimento, o argumento de autoridade deixa de existir, e a racionalidade e legitimidade dos argumentos precisam imperar (dados, construção lógica e propagação adequada);
- 4. criatividade e design:** os desafios postos não terão precedentes e ensejarão soluções criativas. A capacidade de reproduzir experiências anteriores será reduzida.

¹³ *Idem.*

Será preciso criatividade para desenhar soluções inéditas para as novas questões postas;

5. velocidade na resolução das disputas: o litígio cada vez mais será observado como perda de tempo e recurso. Em uma sociedade acelerada, a resolução de conflitos por meios alternativos será crescente (tal crença justifica o Sem Processo);

6. empatia, relevância e acesso: o advogado precisa ser uma “API aberta” que se conecta com outras plataformas oportunizando um tráfego rápido de informações e a consequente resolução das questões postas. Isso significa se conectar com seus pares (outros advogados e escritórios), profissionais de outras áreas (multidisciplinariedade) e seus conhecimentos diversos, Estado (de maneira ética e republicana), mídia e influenciadores, grupos de interesse e especialmente clientes. Para tanto, a empatia e a “capacidade de ganhar relevância” passam a ser valores fundamentais. Em um mundo de abundância de informações, conexões e compromissos, a briga pela “audiência” individual e coletiva passa a ser pauta da advocacia;

7. capacidade de conexão, de abstração e analítica (data driven): além do fluxo de informação que passa a ser fundamental, a Advocacia 4.0. prega uma capacidade de se conectar com as novas questões (entendimento pleno dos desafios vivenciados por empresas e sociedade), capacidade de abstração (distanciar as ideias do objeto) e especialmente desenvolver uma visão analítica pautada em dados. Ou seja, é preciso mergulhar nos desafios, emergir à superfície (abstrair) para resolvê-los e se pautar em números e dados (data driven).

Desse modo, com a implementação dessas novas soluções, observa-se uma diminuição do tempo gasto com tarefas repetitivas e que podem ser efetuadas de forma automática, de modo que ao advogado é possibilitada a realização de atividades que exijam uma bagagem intelectual mais aprofundada, na efetivação de atividades mais complexas.

O que se verifica é que, com o surgimento de tantas inovações na área jurídica, é necessário que os advogados estejam cientes da necessidade de capacitação e atualização.

A fim de que o profissional da advocacia se torne um verdadeiro Advogado 4.0, este deverá conciliar conhecimentos na área de Ciência de Dados, Robótica e Programação, com a sua expertise jurídica.

Muito embora boa parte da população ainda vislumbre que o advogado bem-sucedido é aquele com escritório luxuoso, com vestes tradicionais e com vocabulário rebuscado, atualmente, esta não é mais a realidade do ambiente jurídico graças à tecnologia.

Portanto, é evidente que a postura do advogado deverá sofrer uma mudança, notadamente na busca constante por conhecimento e aperfeiçoamento. Além disso, deverá submeter-se regularmente a especializações, que contarão como ponto positivo para sua permanência no mercado.

6 Conclusão

O presente estudo teve por objetivo fundamental a análise acerca do surgimento das *Lawtechs*, seu impacto em relação ao futuro da advocacia, trazendo considerações sobre o impacto da utilização deste tipo de inteligência artificial na atividade jurídica, bem como a forma como deverá ocorrer o aperfeiçoamento dos advogados, a fim de que acompanhem o atual movimento disruptivo.

Vivemos a era da disrupção e este é um movimento sem volta.

O mundo atual está em constante modificação, no que diz respeito à forma como as pessoas passaram a se relacionar e trabalhar, e todo esse mercado está sendo diretamente afetado pelas tecnologias exponenciais, que, em apertada síntese, são tecnologias disponíveis para criar outras tecnologias, de modo a causar grandes saltos evolutivos, visando à aceleração e ao surgimento de novas soluções.

Em linhas gerais, o surgimento de tecnologia disruptiva, nos últimos anos, é um exemplo de tecnologia exponencial, como o surgimento das mídias sociais, Waze, Inteligência Artificial, Cloud Computing, Netflix, entre outros. O direito, por sua vez, também foi alcançado por todas essas transformações.

A tecnologia de Inteligência Artificial é hoje uma realidade e traz consigo mecanismos capazes de conferir maior eficiência e produtividade, no âmbito da atividade jurídica.

Segundo a Associação Brasileira de *Lawtechs & Legaltechs* (AB2L), no final de 2017, só no Brasil, já havia mais de cem empresas de novas tecnologias, fornecendo diversos serviços jurídicos, e a expectativa de crescimento é muito positiva, dado o elevado número de advogados atuantes no Brasil, o número de processos em andamento e a grande oferta de vagas nas faculdades de Direito.

Frente à implementação das tecnologias, é fato que, nos próximos anos, a utilização da inteligência artificial no meio jurídico será uma constante.

Com a utilização da inteligência artificial, ao profissional da advocacia é possibilitada a realização de atividades que demandem maior complexidade, não tendo este que preocupar-se com tarefas cotidianas repetitivas, que podem facilmente ser executadas por meio das plataformas tecnológicas. Em um futuro bem próximo, os advogados serão procurados somente para efetuar a análise de resultados e resolver casos que demandem grande capacidade intelectual.

Diante deste cenário, o que se observa é que as *Lawtechs* estão ganhando cada vez mais relevo na advocacia, o que causa certa instabilidade entre os profissionais do meio jurídico, uma vez que suscita esta dúvida: Será que a tecnologia vai acabar com o trabalho dos advogados? Esse é um questionamento persistente, uma vez que de um lado há toda a intelectualidade do trabalho do advogado, sua sensibilidade processual, o que o faz ser indispensável à administração da justiça e, de outro, a automatização de processos rotineiros, de trabalhos repetitivos e que não demandam nenhum grau de intelecto para serem efetuados, podendo ser feito por meio de inteligência artificial.

Os produtos disponibilizados pelas *Lawtechs* são, em sua maioria, direcionados aos advogados de departamentos jurídicos ou escritórios, que demandem a execução de trabalhos repetitivos.

Deste modo, o que se observa é que há grande equívoco na forma de pensar da maioria dos profissionais da advocacia, pois a inteligência artificial veio para somar, uma vez que otimiza o tempo e a dinâmica da rotina dos departamentos jurídicos e escritórios, conferindo maior eficiência na marcha processual.

Da análise geral, conclui-se que há pontos amplamente positivos para o meio jurídico, com a utilização da inteligência artificial, notadamente a otimização e dinamização das tarefas rotineiras, como há, também, um ponto obscuro principalmente para os jovens advogados que efetuam o trabalho de menor valor agregado, pois esta mão de obra que não demanda grande capacidade intelectual poderá facilmente ser substituída por inteligência artificial. Contudo, os sistemas de inteligência artificial estão longe dos níveis humano.

Por essa razão, infere-se, ademais, não haver razões para que os profissionais da advocacia tenham o receio de perder espaço no mercado; entretanto, devem ficar atentos às mudanças que vêm ocorrendo no ambiente jurídico, buscando sempre o aperfeiçoamento e a flexibilização da forma de atender, a fim de que permaneça sempre atualizado.

Ressalta-se, ainda, a importância de o advogado ter feito curso de especialização em determinada área, pois o atual movimento inclina-se para a importância do profissional ser considerado “perito” em sua área. O advogado é, e sempre será indispensável à administração da justiça, entretanto, é importante que esteja inserido nesse novo cenário, buscando o aperfeiçoamento contínuo, uma vez que, do contrário, poderá se tornar obsoleto.

Referências

BLOG AURUM. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/lawtech-e-legaltech/#otua>. Acesso em: 4 set. 2018.

BLOG TRANSFORMAÇÃO DIGITAL. Disponível em: <https://transformacaodigital.com/advogado-4-o-quarta-revolucao-industrial-impactando-advocacia/>. Acesso em: 2 out. 2018.

CÂMARA, Isabela. Disponível em: <https://conteudo.startse.com.br/startups/lawtech/isabella/o-que-e-lawtech/>. Acesso em: 4 ago. 2018.

ECKSCHMIDT, Thomas. Sócio da LawTech Melhor Acordo. Coautor do livro **Do conflito ao acordo na era digital**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-robos-e-o-futuro-da-profissao-de-advogado/>. Acesso em: 2 out. 2018.

FEIGELSON, Bruno. Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2018/03/01/legaltechs-e-como-elas-tem-revolucionado-pres-tacao-de-servicos-juridicos/>. Acesso em: 4 out. 2018.

GEEST, Organizações Exponenciais, *apud* XAVIER, Christiano; MOURÃO, Kadu. Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2018/03/01/legaltechs-e-como-elas-tem-revolucionado-pres-tacao-de-servicos-juridicos/>. Acesso em: 2 out. 2018.

NYBO, Erick. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/lawtechs-mudando-advocacia/>. Acesso em: 2 out. 2018.



ISBN 978-65-5807-029-0

