



Editora **UNIJUI**

Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais

Volume 30, Número 56

Jul./Dez. 2021

ISSN 2176-6622

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA

Revista 
Direito em
Debate



Reitora

Cátia Maria Nehring

Vice-Reitora de Graduação

Fabiana Fachineto

Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão

Fernando Jaime González

Vice-Reitor de Administração

Dieter Rugard Siedenberg



Editora UNIJUI

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000

Bairro Universitário

98700-000 – Ijuí – RS – Brasil

Fone: (0__55) 3332-0217

editora@unijui.edu.br

www.editoraunijui.com.br

www.facebook.com/unijuieditora/

Editor

Fernando Jaime González

Diretor Administrativo

Anderson Konagevski

Programador Visual

Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2176-6622

Ano 30 • nº 56 • Jul./Dez. 2021

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí

Contato

anna.paula@unijui.edu.br

Editora

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijuí, Brasil

Editora de texto e de layout
e leitora de prova

Rosemeri Lazzari, Editora Unijuí, Brasil

Revisão

Editora Unijuí

Conselho Editorial

- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Claudia Rosane Roesler, Universidade de Brasília – UNB, Brasil
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Daniela Serra Castilhos, Universidade Portucalense, Portugal
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile – USACH, Chile
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza – Unifor, Brasil
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Uerj, Brasil
- José Eduardo Faria, Universidade de São Paulo – USP, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Brasil
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Nuria Belloso Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Universidade Católica de Pelotas – Ucpel; Universidade Federal do Rio Grande – Furg, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Wagner Menezes, Universidade de São Paulo – USP, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Anna Paula Bagetti Zeifert

5

O CONTROLE SOCIAL POR MEIO DA TRANSPARÊNCIA ATIVA E PASSIVA NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

Ana Paula Cordeiro Krug, Rogério Gesta Leal

6

EDUCAÇÃO DOMICILIAR: Direito Fundamental, Limites e Possibilidades Jurídicas

Aristides Cimadon, Luiz Carlos Lückmann

14

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA FÓRMULA 1, FUTEBOL E RUGBY: Desconstrução Discursiva

Carla Bertoncini, Tayana Roberta Muniz Caldonazzo

26

A EDUCAÇÃO EM BIOÉTICA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

Cristiani Pereira de Moraes Gonzalez, Maria Creusa de Araújo Borges

42

SOCIEDADE DE CONSUMO E A (IN)SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA CAPITALISTA VIGENTE

Daniel Rubens Cenci, Willian Matheus Heineck

53

A GLOBALIZAÇÃO E AS CIDADES MUNDIAIS:

A Falta de Moradias em Decorrência do Mercado Imobiliário, da Financeirização das Moradias e da Apropriação das Cidades

Diogo de Calasans Melo Andrade

63

BREVE ANÁLISE TEÓRICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA:

Aspectos Comparados no Brasil e no Chile

Edith Maria Barbosa Ramos, Pedro Trovão do Rosário, Natalie Maria de Oliveira de Almeida

76

REFLEXÕES ACERCA DO IMPACTO DO CORONAVÍRUS SOBRE O DIREITO À SAÚDE E SUA TUTELA EM UMA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

Felipe Schmidt, Elisandra Riffel Cimadon

89

COLABORAÇÃO PREMIADA:

Aportes Teóricos e Jurisprudenciais, o Caso do Brasil e Inserções no Direito Comparado

Fernando Soares Gomes, Ian Bernar Santos Barroso, Leandro Luciano da Silva

98

GOVERNANDO POR MEIO DA INSENSIBILIDADE:

A Segurança Pública e Gestão Biopolítica dos Corpos – A Administração da Morte nas Prisões

Jackson Silva Leal, Alex da Rosa

117

O FETICHE DOS DIREITOS HUMANOS NO CAPITALISMO:

A Separação entre a Ética e a Política na Modernidade

João Victor Marques da Silva

132

FRONTEIRA: Trânsitos, Sentos e Dissensos Compartilhados

José Antônio Peres Gediel, Fernando Cesar Mendes Barbosa

143

A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PENAS BRASILEIRAS EM RELAÇÃO À PSICOPATIA:

O Distanciamento entre o Psicopata e a Sociedade

Juliana Castro Torres, Jessica Cristina de Moraes, Zaira Garcia de Oliveira

157

TEORIA DA DESCONTAMINAÇÃO NA JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL E PROVA ILÍCITA

Magno Federici Gomes, Leticia Alves de Oliveira

170

REGULAÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

Natália Paulino Bonnomi

181

COVID-19 E BIOPODER: Capitalismo de Vigilância, Estratégias de E-Government e Proteção de Dados

Raissa Arantes Tobbin, Valéria Silva Galdino Cardin

194

A CONSCIENTIZAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE ATUAÇÃO COM SERIEDADE NA PROTEÇÃO COLETIVA PREVENTIVA: Um Mecanismo para a Transformação da Sociedade e do Estado Brasileiro

Rodrigo Antônio Ribeiro Storino, Eloy Pereira Lemos Júnior

208

POLÍTICAS HABITACIONAIS NACIONAIS:

Os Desafios ao Direito de Moradia nos Arranjos Institucionais do Programa Minha Casa Minha Vida

Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior

220

DESENVOLVIMENTO X RESERVA DO POSSÍVEL NO CENÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO:

O Caso dos Refugiados Venezuelanos

Antônio José de Mattos Neto, Thaise Roberta Colares Leal

236

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL:

Uma Análise Crítica da Dicotomia Substancialismo vs. Procedimentalismo

Thiago Rafael Burckhart

248

REFORMAS POMBALINAS E ADMINISTRAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA NA CURITIBA DO SÉCULO 18 (1769-1777)

Vanessa Caroline Massuchetto

264

REPENSANDO A DEMOCRACIA:

Uma Crítica Garantista à Atual Configuração do Estado de Direito

Williem da Silva Barreto Junior, Sérgio Urquhart de Cademartori

278

O LABOR NANOTECH E A NECESSÁRIA METAMORFOSE JURÍDICA:

Como as Atuais Sociedades de Risco Podem se Valer de um Ambiente Regulatório Pluralista para a Garantia do Não Retrocesso à Dignidade Humana do Trabalhador

Wilson Engelmann, Raquel von Hohendorff, Isabelle de Cássia Mendonça

288

A IDEIA DE CONTROLE SOCIAL NA SOCIOLOGIA COMPREENSIVA DE EDWARD ALSWORTH ROSS

André Copetti, Diulia Binello

297

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação e alegria que apresentamos ao público a edição 2/2021, volume 30, número 56, da Revista Direito em Debate, composta por 24 artigos. A Revista Direito em Debate já se firmou como um canal de produção científico-acadêmica plural, com contribuições de autores nacionais e estrangeiros, a fim de garantir uma publicação de qualidade. Acreditamos numa proposta que garanta a construção de um Direito comprometido com as demandas sociais e com os grupos mais vulneráveis, ampliando as discussões sobre o verdadeiro papel dos seus operadores e a relevância social das suas decisões, bem como a luta por justiça e dignidade para todos.

Para tal fim, a Revista utiliza o método *double blind peer review*, pelo qual cada artigo é avaliado ao menos por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica. Busca evitar a endogenia e garantir a exogenia, com a efetiva possibilidade de trocas de informações entre as Instituições de Ensino Superior, requisito fundamental para a inserção nas bases indexadoras.

A *Revista Direito em Debate*, uma publicação do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – classificada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) no estrato B1 do Sistema Qualis de Periódicos Científicos no Brasil, mantém seu compromisso com os interesses e necessidades da coletividade e com um debate acadêmico qualificado acerca de temas que visem à superação do dogmatismo jurídico e à promoção dos instrumentos de transformação social.

Agradecemos aos autores pela confiança depositada em nossa Revista para fins de publicação de suas pesquisas, pareceristas e equipe editorial, indispensáveis para que cada número publicado promova instigantes reflexões.

Ijuí, novembro de 2021.

Anna Paula Bagetti Zeifert

O CONTROLE SOCIAL POR MEIO DA TRANSPARÊNCIA ATIVA E PASSIVA NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.9489>

Recebido em: 10/9/2019

Aceito em: 20/1/2020

Ana Paula Cordeiro Krug

Autora correspondente. Faculdade Dom Alberto. Rua Ramiro Barcelos, 892, Centro. Santa Cruz do Sul/RS, Brasil. CEP 96810-054. <http://lattes.cnpq.br/2311823741618849>. <http://orcid.org/0000-0001-5203-6505>. anapkrug@hotmail.com

Rogério Gesta Leal

Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul/RS; Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/7185339028226710>. <https://orcid.org/0000-0003-1372-6348>. gestaleal@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a transparência ativa e passiva como ferramenta ao exercício do controle social em um Estado Democrático de Direito à luz da cidadania participativa e da Lei de Acesso à Informação. Como problema central o seguinte questionamento: Considerando-se a prerrogativa do Estado Democrático de Direito, a efetividade da Lei de Acesso à Informação tem fim em si mesma para o exercício do controle social como forma de enfrentamento à corrupção? Propõe-se como objetivos demonstrar a importância da cidadania participativa na concepção de um Estado Democrático de Direito; identificar se a Lei de Acesso à Informação é uma forma direta de exercício do controle social e analisar os desafios e efetividade da Lei de Acesso à Informação após sua entrada em vigor em relação ao cumprimento das exigências dos parâmetros da transparência e de enfrentamento à corrupção. Para isso, usou-se como parâmetro os dados dos relatórios disponibilizados pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, 2018 e 2019, em relação aos municípios do Estado. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, além de visitação no *site* do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Desse modo, conclui-se que a transparência ativa e passiva são ferramentas de meio para efetivar o controle social e, com efeito, formas de inibir a prática da corrupção na gestão pública.

Palavras-chave: Controle social; corrupção; transparência.

SOCIAL CONTROL THROUGH ACTIVE AND PASSIVE TRANSPARENCY IN COPING WITH CORRUPTION

ABSTRACT

The present work has as its theme the active and passive transparency as a tool for the exercise of social control in a democratic state of law in the light of participatory citizenship and the law of access to information. As a central problem the following question: Considering the prerogative of the democratic State of law, does the effectiveness of the law of Access to information have an end in itself for the exercise of social control as a way of coping with corruption? It aims to demonstrate that the importance of participatory citizenship in the conception of a democratic state of law; To identify whether the access to Information Act is a direct way of exercising social control; and analyze the challenges and effectiveness of the access to Information Act after its entry into force in relation to compliance with the requirements of the parameters of transparency and coping with corruption. For this, we used as a parameter the data from the last report made available by the Court of Auditors of Rio Grande do Sul in relation to the municipalities of the state. The methodology used was the bibliography, and also used the visitation process on the website of the Court of Auditors of Rio Grande do Sul. Thus, it is concluded that active and passive transparency are tools of means to effectuate social control and, in effect, to inhibit the practice of corruption in public management.

Keywords: Social control; corruption; transparency.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade principal analisar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o exercício do controle social à luz da Lei de Acesso à Informação como forma de enfrentamento à corrupção. O artigo busca uma resposta à seguinte problematização: Considerando-se a prerrogativa do Estado Democrático de Direito, a efetividade da Lei de Acesso à Informação tem fim em si mesmo para o exercício do controle social como forma de enfrentamento à corrupção?

Para tanto, usou-se como parâmetro os dados dos últimos dois relatórios disponibilizados pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul em relação aos municípios do Estado.

De início, aborda-se aspectos teóricos de democracia, bem como o histórico e efetividade da Lei de Acesso à Informação para o exercício do controle social. Após, foi realizada análise quanto às formas de controle social que estão à disposição para repressão da corrupção.

Finalmente, diante desta análise e alcançando a resposta do problema, tem-se como objetivo verificar se em uma perspectiva de Estado Democrático de Direito identifica-se a Lei de Acesso à Informação como uma forma direta de exercício do controle social e conseqüentemente forma de combate à corrupção. O método de abordagem é o bibliográfico.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEMOCRACIA

A sociedade – e não é de hoje – anseia por maior estabilidade na democracia, sempre repensando o momento atual para que se possa adquirir uma participação democrática.

O discurso da democracia surge em Atenas, Grécia Antiga, em meados dos séculos 4º e 5º (a.C), quando nasce o termo democracia direta. O entendimento era de que o cidadão poderia participar de forma direta da política, ou seja, nem todo indivíduo e sim aquele considerado cidadão.

À época, faziam parte deste seleto grupo os homens atenienses livres e adultos. De forma bem limitada, os considerados cidadãos, acompanhados dos governantes, reuniam-se em assembleia para discutir a política (PEDROSA, 2010). A democracia ateniense é a mais antiga forma de exercício da cidadania, em que pese fosse um privilégio de poucos daquela época

À medida que a sociedade foi evoluindo, as concepções de democracia foram se alterando. Modelo variado da democracia é a denominada indireta, ou representativa, caracterizando-se pelo exercício do poder por representantes do povo, eleitos pelo voto, ou seja, não existe nesse modelo a participação direta, mas intermediada por outras pessoas eleitas para atuarem de tal modo (BOBBIO, 2004).

Nessa modalidade de democracia, exercida mediante o sufrágio universal, elege-se um representante do povo para assegurar as intenções populares. Cada vez mais, contudo, parece-nos que o candidato, após eleito, rompe o elo com seu eleitor, tomando decisões que favorecem a si próprio ou aos seus interesses (BONAVIDES, 2001).

Bobbio (2004), por sua vez, defende modelo diverso de democracia, uma espécie de concepção de integração da direta e da representativa, denominada semidireta ou participativa, na qual o povo elege seus representantes, todavia detém direito à participação, considerando o entendimento de que um estilo de democracia não impede o outro, não sendo alternativos.

Doutrina Bonavides (2001) que não há que se falar em democracia que não a democracia participativa, ao passo que a Constituição Federal de 1988 alcança inarredável poder à soberania popular, que somente se potencializará com o desprendimento do modelo representativo democrático.

A democracia participativa, em um conceito generalizado, revela-se como a participação do povo nas três esferas do poder, abarcando a sociedade como um todo.

Bonavides (2001) apregoa que a hermenêutica de impossibilidade de concretização da democracia direta se sustentaria em tempos passados. Doutrina, todavia, que em tempos de tecnologias desenvolvidas e conduzidas pela Informática, a justificativa de “extensão do Estado” cai por terra, posto que o acesso à informação e a possibilidade de participação do cidadão se perfectibiliza. Bonavides não afasta, no entanto, inte-

gralmente o sistema representativo, sustentando sua utilização de forma instrumental, sujeitando à soberania da decisão popular, como forma de controle final do processo político.

Essa possibilidade de efetiva participação popular fica evidente em uma análise ao artigo 1º, parágrafo único, e artigo 14, ambos da Lei Maior, posto que expressamente enunciado o exercício da soberania popular, em especial pela possibilidade de participar por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular. A crítica é no sentido de que na prática não há efetiva participação popular ante o evidente bloqueio por parte das elites do poder (BONAVIDES, 2001).

Esta crítica resta evidente quando se analisa que a efetiva participação não é sinônimo de ação continuada e sim esporádica, como exemplos práticos dispomos do plebiscito de 1994 para votar entre monarquia, parlamentarismo ou presidencialismo, e em 2006 o referendo sobre o Estatuto do Desarmamento.

Habermas, que defende a teoria da democracia deliberativa, indica que fazer democracia seria tomar decisões racionais. Argumenta Habermas que nesta teoria os indivíduos, por deliberação, ou seja, troca de argumentos, participam de processos comunicativos, trabalhando com três argumentos: autointeresse, ética e moral universal. Nesse sentido, ser racional significa deliberar, trocar argumentos. Este autor propôs a democracia deliberativa como democracia ideal (BITENCOURT; RECK, 2017).

Bitencourt e Reck (2018, p. 136-138) lecionam sobre a aproximação entre informação e democracia deliberativa, assim destacando:

Outro fator fundamental deste estreitamento entre informação e democracia, especialmente a deliberativa, está no papel decisivo para a formação e para a análise da eficácia das políticas. O ideal de legitimidade democrática é aquele que atende aos pressupostos dessa ação comunicativa, ou seja, a autorização para exercer o poder estatal necessita emergir das decisões coletivas dos integrantes dessa sociedade que dialoguem entre si, pois serão diretamente afetados pelo exercício daquele poder; por isso, necessita haver a interlocução.

A inarredável e indispensável utilização da Internet acabou absorvida inclusive pelas necessidades democráticas, sendo amplamente utilizada no voto por meio de urnas eletrônicas, *e-governo*, campanhas políticas e especialmente a transparência da gestão pública. Nesse cenário, um novo campo de oportunidades para retomada da efetiva participação civil nas decisões emanadas da esfera política ganha força.

Ganha importante impulso, igualmente, o controle social, que conforme conceituado pela Controladoria Geral da União – CGU (CONTROLADORIA..., 2019), trata-se da efetiva participação do cidadão na gestão da máquina pública, em especial na luta contra a tão odiada corrupção, contribuindo para uma correta aplicação dos recursos públicos, visando ao efetivo atendimento às necessidades da sociedade, tornando-se um complemento àquele controle institucional, exercido pelos órgãos fiscalizadores.

3 CORRUPÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE FERRAMENTAS DE CONTROLE SOCIAL

A corrupção é uma antiga prática que existe desde os primórdios das sociedades. Relatos de abuso do poder para obtenção de vantagens indevidas sempre existiram ao longo da História, e no Brasil não foi diferente, estando intimamente atrelada tanto ao poder político quanto ao econômico, ante a relação de proximidade entre ambos (PÉREZ, 2014).

Importante salientar que o termo “corrupção” engloba uma gama de infrações que vão além das transgressões penais, alcançando as esferas civis e administrativas. Por isso, em que pese a corrupção seja uma antiga conhecida na sociedade, não deixa de ser emblemática, pois detém múltiplos significados, o que dificulta sua definição (SIMÃO NETO, 2014).

Segundo Gómes (2016), o termo corrupção, dentro da esfera pública, expressa-se por usar da função para benefício de gestores públicos. Quanto à falta de consenso na doutrina acerca da definição do que seja corrupção, Leal (2018, p. 479) aponta que:

O importante é que a definição do que seja corrupção permaneça como projeto inacabado, a uma, porque material e formalmente a criatividade para expandir os tentáculos da corrupção parece ser infundável; a duas, porque a pressão pública alimentada pelos sistemas de controles institucionais e sociais, somado ao papel das mídias, têm mostrado que a missão de combate à corrupção é permanente.

Essa nova participação civil por meio de elementos digitais, conforme argumenta Gomes (2005), inova ao instituir um caminho alternativo entre a democracia direta e a democracia representativa, apresentando nova possibilidade ao modelo deliberativo.

Acerca dessas novas perspectivas para a participação popular na esfera de decisão política, Gómes (2016) salienta que “a internet parecia a terra prometida da participação tanto pelo que impedia quanto pelo que proporcionava”. Nesse sentido, esclarece o autor que a nova ferramenta vem possibilitar a qualquer cidadão, indiferente de circunstâncias sociais, a relação direta com o Estado ou seu sistema político, sem a necessidade de depender do bom interesse de terceiros intermediários, como partidos políticos, corporações ou sindicatos. Pode o cidadão interessado, por meio da Internet, de forma livre e conforme seu interesse nas questões atinentes à política, buscar informações acerca da administração pública, formando opinião e com oportunidade de participação e engajamento no meio político.

Leal (2013) ressalta que a corrupção tem ganho notoriedade em razão da difusão da mídia, trazendo como aspectos positivos dessa transparência o fato de atingir a opinião pública em massa e resgatando valores de indignação.

Em meio a este quadro, com uma tarefa pró-democracia, com foco ainda nas desigualdades sociais e desenvolvimento econômico, o Brasil adota igualmente a questão da transparência, ante a evidente problemática da corrupção, conhecida destruidora da democracia, da legitimidade dos governos e da moral pública (PEREIRA, 2005).

A transparência está intimamente ligada ao princípio da publicidade dos atos da administração, princípio abarcado pela Constituição Cidadã, tendo como marco legal o disposto em seu artigo 37, mais pormenorizada no §1º.

Nesta mesma senda, o parágrafo único do artigo 70 da Constituição de 1988 impõe aos gestores públicos a obrigatoriedade de exercerem a prestação de contas, servindo como maior amplitude ao alcance das legislações, buscando dar ênfase à participação civil na administração pública, visando justamente à transparência é o teor expressamente previsto na Emenda Constitucional nº 19, de 4/6/1998.

O amplo exercício da transparência possibilita o acompanhamento da gestão pública por diferentes classes sociais, possibilitando as reivindicações de seus interesses e, ao passo que se efetiva esse controle social, o detalhamento e disponibilidade de informações tendem a se tornar mais claros e efetivos. A divulgação unicamente para grupos restritos ataca os próprios princípios constitucionais que lastreiam a democracia e desenvolve campo passível de condutas ilícitas. Ao efetivar a transparência de seus atos, a gestão pública possibilita o acesso dos cidadãos, com reivindicações de seus interesses (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013).

Como meio de concretizar os esforços do Estado brasileiro para o fortalecimento da democracia por meio da participação civil, foi sancionada a Lei Complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, indo ao encontro das necessidades da gestão pública brasileira em específico, bem como dos anseios da sociedade, visando justamente a atribuir maior transparência à gestão pública.

Referida transparência resta evidente já no artigo 1º, §1º, da Lei Complementar 101/2000, ao tratar especificamente acerca da necessidade de se fazer transparentes as execuções da gestão fiscal, almejando a melhor eficiência, prevenindo e corrigindo esquemas de corrupção.

Em complemento, em 27 de maio de 2009 foi sancionada a Lei Complementar nº 131, denominada Lei da Transparência na Gestão Pública, visando a um melhor entendimento e aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, trazendo importantes alterações.

Entre as alterações, destaca-se que anteriormente à Lei Complementar nº 131, a transparência era tida como um “incentivo” à participação popular. Após promulgada a Lei, no entanto, a transparência nos atos de gestão pública passa a ser obrigatória, não somente por meio de atos passíveis de participação dos cidadãos, mas também, e especialmente, por meio de publicação em plataforma na Internet.

Nessa evolução legislativa, mister, por derradeiro, frisar a promulgação da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI) – com entrada em vigor no ano de 2012, ampliando a transparência de gestão dos três poderes, da União, Estados, Distrito Federal e municípios, regulamentando o já constitucional direito à informação e, como leciona Moraes (2012, p. 298), ratificando o caráter de publi-

cidade como regra e o sigilo como exceção, promovendo a transparência e controle social da gestão pública, combatendo processos arbitrariamente sigilosos.

A Constituição Brasileira de 1988 consignou ideais além de seu tempo, uma vez que naquela época não era possível decifrar de que forma seriam garantidos os direitos ali positivados. Com ideologias totalmente contrárias à então recente ditadura vivida, garantiu direitos como acesso à informação, mas como em diversas outras garantias muito tempo se passou para criar instrumentos para efetivamente alcançar tais direitos.

Em que pesem dispositivos constitucionais que gozavam do direito de acesso à informação, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de *Habeas Data*, Portal da Transparência, faltava uma legislação específica que desse conta de regularizar os dispositivos constitucionais.

Com este intuito, mais de 20 anos após a promulgação da Carta Política atual, é sancionada a Lei nº 12.527/2011. Isso deve-se à pressão e ao debate internacional na esfera de direitos civis e políticos, aliados ao combate à corrupção. Aliás, o empenho no combate à corrupção, visível pelos inúmeros protestos da população nos últimos anos, é um dos motivos da crescente busca pela transparência.

Verifica-se que no Brasil existem *sites* governamentais e não governamentais de acesso à transparência ativa e passiva. Não podemos declinar o sentimento de falta de efetivação ou gestão dos serviços e políticas públicas à ausência de legislação. Em nosso país, ainda mais arduo a tarefa de desenvolver uma cultura de motivação social, até em razão do histórico político perturbado vivenciado no Brasil, em que a cultura do sigilo era a regra. Para contrapor este ideal de segredo, o texto constitucional contém vários dispositivos que garantem a participação cidadã nas deliberações de gestão pública.

Assim, destaca-se o posicionamento de Gruman quando destaca o caráter instrumental da LAI:

A transparência e o acesso não garantem a eficácia do funcionamento da máquina pública, mas, pelo contrário, sua ausência é garantia de mau uso dos recursos públicos porque livres de controle social. O acesso à informação é um instrumento, um meio para alcançar um fim, a eficácia das políticas públicas (GRUMAN, 2012, p. 104).

Estes *sites* são importantes ferramentas de aproximação governo-cidadãos, mas ainda estamos longe do nível ideal e de excelência, e isso vale para os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Inegável a evolução da transparência, segundo o relatório do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul divulgado em 2018 e denominado “Relatório da transparência ativa dos municípios gaúchos, avaliação realizada em 2017”. No período de 2014 a 2017, nos municípios de mais de 10 mil habitantes, apresenta crescimento das médias de atendimento aos critérios da LAI de forma geral tanto no âmbito do Executivo quanto Legislativo municipal (TCE-RS, 2018).

O mesmo não acontece com os requisitos de registro de repasse ou transferências; dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras; Instrumento Normativo local que regulamente a LAI e demonstrativos contábeis, que ficaram com índices bem baixos de atendimento, média menor que 70% (TCE-RS, 2018).

É preciso ainda considerar, porém, que diante do último relatório do Tribunal de Contas, maio 2019, sobre a mesma temática, os números foram atualizados. Isso porque os municípios, por meio das prefeituras e Câmaras de Vereadores, encaminharam pedidos de revisão dos dados, o que acarretou em 4.376 itens corrigidos. Igualmente culminou resultados com crescimento nos índices de atendimento aos pontos avaliados, tais como: 9% nos Legislativos com mais de 10 mil habitantes e 6% nos Executivos com mais de 10 mil habitantes (TCE-RS, 2019).

Cabe mencionar que o relatório do TCE-RS leva em consideração a transparência ativa, com o que o fato de determinado município “estar atendendo à totalidade dos itens verificados pelo TCE-RS não significa que esteja cumprindo, necessariamente, com a integralidade de seus deveres legais relativos ao tema transparência” (TCE-RS, 2019).

Nesse sentido, em que pese se reconheça o aumento no cumprimento dos requisitos da LAI, tem-se que em pontos importantes os portais não correspondem ao fornecimento de informações de forma mínima, não se atingindo a transparência, tampouco possibilitando o controle social.

Importa salientar que a divulgação destas informações mencionadas deve (deveria) estar disponível independentemente de requerimento, como preceitua o inciso II do § 1º do artigo 8º da LAI.

Isso impacta sobremaneira na compreensão e controle do orçamento público, não sendo possível obter a informação de verbas públicas mínimas estipuladas pela Constituição Federal, como 15% para a saúde e 25% para a educação.

Na busca pela cultura do governo aberto, com objetivo de aproximar o cidadão das diversas instituições do Estado, entende-se como anseio da população não somente ser ouvido, ou seja, não apenas em um plano conceitual. Isso significa dizer que a população deseja não só participar, mas influenciar todo o processo decisório de gestão e políticas públicas.

Na concepção de Jacobi (2005) a participação é uma limitação à democracia representativa, possibilitando assim o controle social e formulação de políticas públicas, contudo o desafio deste controle são as barreiras criadas pelos órgãos públicos.

Para tanto é necessário que na sociedade civil surjam interlocutores coletivos desarticulados, mas motivados para o engajamento em práticas participativas – que viabilizem uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija nenhum tipo de dependência administrativa e financeira. Isso cria, portanto, as condições para romper com as práticas tradicionais – populismo, autoritarismo, clientelismo, assistencialismo, mandonismo, patrimonialismo e privatização da política nas suas diversas acepções (JACOBI, 2005, p. 31).

Ainda segundo o autor, o Estado deveria possibilitar a cidadania ampliada instrumentalizando a população e, para isso, precisaria “criar espaços democráticos e plurais de articulação e participação” (JACOBI, 2005, p. 33).

O controle social, que é exercido pela população, está previsto na própria LAI, e se traduz como a maior expressão da cidadania. Ensina Leal (2018, p. 19-20) sobre a importância da cidadania participativa:

Durante muito tempo a reação da cidadania diante da corrupção – em especial no Brasil – foi de indiferença, e não só dela, eis que as forças públicas de repressão do Estado também foram atingidas por desalentos relacionados às dificuldades de apuração dos atos corruptos, não só porque eram atividades muito furtivas e protegidas por grande número de interessados poderosos, mas também por causa da inexistência até pouco tempo de ferramentas jurídicas e administrativas capazes de serem mais eficientes no trato destas questões.

O cidadão dispõe de alguns artifícios para realizar a fiscalização das contas públicas, entre eles o exercício direto do poder, os conselhos de políticas públicas, os quais possuem função deliberativa ou consultiva, com formação de representantes do poder Executivo e de instituições da sociedade civil. Os Conselhos de Políticas Públicas constituem um importante instrumento de controle social e atos praticados pelos governantes, inclusive na captação de recursos. Quanto à abrangência, pode ser municipal, estadual ou nacional (CONTROLADORIA..., 2019).

Na seara municipal, pode-se citar o Conselho Municipal da Educação e o Conselho Municipal da Saúde, com atribuições de fiscalizar valores destinados à saúde e educação, mas principalmente participar na formulação de metas. Dessa forma, a população surge como protagonista do processo decisório dessas áreas tão importantes (CONTROLADORIA..., 2019).

Os observatórios sociais são instituições não governamentais que têm por finalidade a prevenção, tendo como missão estimular a própria população a exercer a fiscalização. Não se confunde com as funções do Tribunal de Contas, haja vista que é formado por cidadãos (OBSERVATÓRIO..., 2019).

E é por meio de política pública, neste caso pela LAI, que se busca efetivar o uso das ferramentas dispostas. Significa dizer que não obstante estas e outras ferramentas, sem transparência não se pode falar em controle social. Se a população desconhece estes mecanismos, igualmente não há que se falar em controle social, constituindo-se de suma importância a transparência das contas públicas para inibir a corrupção.

Até porque é emblemático descobrir os motivos que podem levar à falta de dados ou de clareza dos portais de transparência de forma ativa ou passiva. Não se espera encontrar respostas absolutas para as perguntas a seguir propostas, mas algumas possibilidades são possíveis: Seria a resistência do poder público em

não divulgar? O gestor teme a divulgação de dados de seu órgão? A qualidade do que é divulgado? Desinteresse do cidadão em fiscalizar? A centralização dos dados facilitaria o acesso?

Gruman (2012, p. 100) orienta que “Muitos temas ‘entram’ no espaço público e se transformam em políticas públicas a partir da reivindicação da sociedade civil, através dos movimentos sociais, daí a importância da participação dos cidadãos”.

Jacobi (2005) ensina que em uma esfera municipal deve-se ter diálogo e cooperação, ressaltando que deve haver um compartilhamento das alternativas. Por isso entende-se que a LAI, por si só, não é sinônimo de controle social, mas importante ferramenta de contribuição para tal. Ainda, segundo Bitencourt e Reck:

A informação é de extrema fundamentalidade ao controle da corrupção pública. Se se compreender a corrupção como uma forma de desvio, deturpação, degradação da coisa pública em sentido amplo, a corrupção passa a ser um sentido cuja fronteira é cruzada quando há a presença do patrimônio público em sentido amplo e a desigualdade (2018, p. 14).

Nesse sentido, afirmam Bitencourt e Reck que a informação tem papel fundamental para o combate de atividade corruptiva na gestão pública, bem como uma importante ferramenta para o controle social.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo procurou responder ao seguinte problema: Considerando-se a prerrogativa do Estado Democrático de Direito, a efetividade da Lei de Acesso à Informação tem fim em si mesmo para o exercício do controle social como forma de enfrentamento à corrupção?

Para tanto, realizou-se pesquisa sobre a evolução histórica de democracia e evolução legislativa até se chegar à Lei de Acesso à Informação, no sentido de encontrar formas de repressão contra a corrupção, a qual contém múltiplos sentidos. Neste sentido, entendeu-se que o fenômeno da corrupção não se apresenta com uma conceituação facilmente delimitada.

Evidenciou-se, então, que tanto a transparência quanto o acesso à informação são ferramentas de meio e não de fim para concretizar o controle social, sendo forma de inibir a prática da corrupção na gestão pública por meio da atuação do controle social.

Admite-se que é emblemático descobrir os motivos que podem levar à falta de dados ou de clareza dos portais de transparência de forma ativa ou passiva, o que conseqüentemente abre portas para corrupção.

Como forma de enfrentamento a estas questões, o governo deve disponibilizar o exercício de participação popular, permitindo o acesso e a compreensão de como e onde está sendo aplicado o dinheiro público, para assim se efetivar a democracia e o controle social. Indo além, não basta que os dados e ações do poder público cheguem à população e sim que sejam compreendidos. Este desafio ainda é uma utopia.

O fato é que quanto mais transparente, mais eficiente a gestão do governo, mas a transformação se efetiva com a mobilização do povo, ou seja, talvez o caminho mais certo na busca pelo combate à corrupção seja por meio da cidadania participativa.

5 REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 8, p. 121-147, 2017.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do rio grande do sul. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, UniBrasil, v. 23, p. 126-153, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/control-social2012.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.
- DIAS, Clarence. Educação em direitos humanos com estratégia para o desenvolvimento. In: CLAUDE, Richard P.; ANDREPOULOS, George (org.). *Educação em Direitos Humanos para o século XXI*. São Paulo: Edusp, 2007.
- FIGUEIREDO, Vanusa da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na administração pública. *Revista Temas de Administração Pública*, v. 8, n. 1, Araraquara, 2013. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/temasadm/article/view/6327/4715>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- GRUMAN, Marcelo. Lei de Acesso à Informação: notas e um breve exemplo. In: Dossiê governabilidade, informação e fiscalização política. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, 2012. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/debates/article/view/34229>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GÓMES, Santiago Roura. *Alguns aspectos-chave do combate à corrupção na Administração Pública*. In: MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 5., Tendências da Administração Pública. Escola de Administração de Brasília – IDP. Série IDP Eventos. Brasília, 2016.
- GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Revista Fronteiras*, n. 7, 2005. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6394>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- GOMES, Wilson. *Democracia digital: Que democracia?* Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/PDF/13906.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- JACOBI, Pedro Roberto. *Ampliação da cidadania e participação – desafios na democratização da relação poder público-sociedade civil no Brasil*. Tese – Faculdade de Educação, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/48/tde-25102005-105004/pt-br.php>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- LEAL, Rogério Gesta. Efeitos predatórios da corrupção no mercado e na sociedade civil: alguns indicadores. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 116, 2018.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. Disponível em: <http://osbrasil.org.br/o-que-e-um-observatorio-social-os/>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em história*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PEREIRA, José Matias. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. *Caderno de Pesquisas em Administração*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-17, abr/jun. 2005. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/919/1/ARTIGO_ReformaEstadoControle.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- PÉREZ, Jesús Gonzáles. *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. España: Thomson Reuters, 2014.
- TCE-RS. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. 2018. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2017/relatorio_transparencia_2017.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- TCE-RS. 2019. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2018/relatorio_transparencia_2018.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- SANTOS, Antonio Raimundo dos. *Metodologia científica: a construção do conhecimento*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2001.
- SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, com a lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

EDUCAÇÃO DOMICILIAR: Direito Fundamental, Limites e Possibilidades Jurídicas

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10173>

Recebido em: 3/2/2020

Modificações solicitadas em: 18/11/2020

Aceito em: 9/2/2021

Aristides Cimadon

Autor correspondente. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Rua Getúlio Vargas, 2125 – Flor da Serra. Joaçaba/SC, Brasil. CEP 89600-000. <http://lattes.cnpq.br/2715888078959920>. aristides.cimadon@unoesc.edu.br

Luiz Carlos Lückmann

Universidade do Oeste de Santa Catarina. Joaçaba/SC, Brasil.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre as possibilidades e os limites jurídicos para legalizar a Educação Domiciliar no Brasil. Traz uma sucinta reflexão sobre o momento regulatório da educação brasileira e distingue os conceitos de educação, ensino, aprendizagem, instrução e escola. Em seguida, passa a conceituar a Educação Domiciliar como uma possibilidade de aprender, sem seguir rigidamente os programas escolares. É um tema controverso. Apesar da proibição regulatória, há inúmeras famílias, no Brasil, que optaram pela escolarização em casa. Ações judiciais, todavia, têm condenado os pais que praticam a *homeschooling* à litigância de “abandono intelectual”. O texto discute os limites legais a partir dos ditames das leis brasileiras, além de tratados e convenções internacionais. Por fim, apresenta-se a possibilidade da regulação e normatização dessa modalidade de educação. Trata-se de estudo teórico, tendo como fontes a literatura, a legislação e documentos sobre a temática em discussão.

Palavras-chave: Educação; educação domiciliar; ensino; limites legais.

HOMESCHOOLING: FUNDAMENTAL RIGHTS, LIMITS AND LEGAL POSSIBILITIES

ABSTRACT

This study aimed to discuss the legal possibilities and limits for legalizing Home Education in Brazil. It brings a brief reflection on the regulatory moment of Brazilian education and distinguishes the concepts of education, teaching, learning, instruction, and school. Then it conceptualizes Home Education as a possibility to learn without strictly following school programs. It is a controversial subject. Despite the regulatory ban, there are countless families in Brazil who have opted for homeschooling. However, lawsuits have convicted parents who practice homeschooling to “intellectual abandonment” litigation. The text discusses the legal limits based on the dictates of Brazilian laws, as well as international treaties and conventions. Finally, it presents the possibility of the regulation and normalization of this modality of education. It is a theoretical study, having as sources the literature, legislations and documents on the subject under discussion.

Keywords: Education; home education; teaching; legal limits.

1 INTRODUÇÃO

Antes de referenciar o tema central desse estudo, cujo escopo visa a discorrer sobre a escolarização em casa como um direito fundamental do cidadão e da família, é necessário definir algumas categorias, como educação, ensino, instrução e aprendizagem. Hoje, mais do que nunca, segmentos esclarecidos da sociedade estão mais conscientes da necessidade de inovação dos processos educacionais e reclamam oportunidades de educação dos filhos de modo diverso daquele da escolarização formal. Percebe-se que a instituição escolar, de modo geral, sobretudo aquela de natureza pública, tem dificuldades para realizar ensino e educação de qualidade. Sob essa constatação, muitas famílias desejam buscar alternativas para formação de seus filhos.

Entende-se, no presente estudo, que a escola é a instituição educacional construída e organizada, sob as regras do Estado, para oferecer ensino e possibilitar aprendizado do conhecimento, das habilidades intelectuais, sociais e motoras das pessoas, sejam elas crianças, adolescentes, jovens ou adultos. A escola é o espaço no qual se oferece o aprendizado por meio de trocas de conhecimento, de experiências ou por vários métodos e processos curriculares. É o local em que se realiza a instrução, a aprendizagem e a educação. Parece importante distinguir os conceitos entre ensino, aprendizagem, educação e instrução.

O ensino é um processo de transmissão de conhecimento que permite ao ser humano adquirir habilidades diversas, sejam intelectuais, sociais ou motoras. Pode-se distinguir três modalidades de ensino: formal, informal e não formal (KOWITZ; KOWITZ, 1969; FRABONI; MINERVA; TREBISACCE, 1992).

A aprendizagem, contudo, é um processo de aquisição de conhecimentos, habilidades, valores e atitudes, que passam a fazer parte do indivíduo, cuja aquisição ocorre pelo estudo, pelo ensino e pela experiência. A aprendizagem humana é definida como sendo a mudança relativamente estável do comportamento de um indivíduo como resultado da experiência (CIMADON, 2004).

A instrução, termo de origem no Latim (*instructio*), significa orientação, doutrinação pelo treinamento. A instrução tem relação com o ensino dirigido formal, cuja manipulação conduz a determinado objetivo pretendido. A educação é mais ampla, por que se relaciona ao conjunto do comportamento de um indivíduo. É a aquisição de habilidades, virtudes e vícios que definem a personalidade e o caráter de um indivíduo (GAGNÉ, 1980).

Embora a instituição escolar tenha o objetivo geral de educar, observa-se que está mais centrada no ensino, na instrução, na preocupação com o processo de aprendizagem de conhecimentos, nem sempre úteis à vida real. A escola, de fato, está estruturada para a escolarização, isto é, a instrução ou o processo de ensino e aprendizagem formal e atribui à família a responsabilidade de educar. O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, estabelece, no artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade [...]” (BRASIL, 2019). A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), por sua vez, prescreve, em seu artigo 2º, que “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996).

Considerando, portanto, a legislação vigente, assim como as perspectivas da tecnologia e da inovação e as novas formas de ensinar e de aprender, pergunta-se: Diante do direito fundamental da família de escolher a modalidade de educação de seus filhos, que limites e possibilidades jurídicas existem no Brasil para a concretização da *homeschooling*?

O presente estudo é de natureza teórica, fundamentado na legislação, em documentos oficiais, bem como em referencial de literatura especializada no assunto.

2 ABORDAGENS CONCEITUAIS SOBRE EDUCAÇÃO DOMICILIAR

Interessa, inicialmente, observar que “A educação estava longe de ser livre entre os gregos. Ao contrário, não havia nada em que o Estado fizesse mais do que ter a última palavra. Em Esparta, o pai não tinha nenhum direito sobre a educação do filho” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 23). Já em Roma era a família que conduzia a educação das crianças. O pai e a mãe tinham papéis distintos na formação dos filhos. Há, portanto,

em Roma, uma importância fundamental na Educação Domiciliar. Houve, porém, grande modificação na educação romana ao tomar contato com a civilização grega, já no início do segundo século a.C.:

Evidentemente, a família não estava mais à altura de ministrar esta nova e mais elevada instrução (literária). As famílias das mais altas classes sociais hospedavam em casa um mestre, geralmente grego – *pedagogus ou litteratus*. E, para atender às exigências culturais e pedagógicas das famílias menos abastadas, vão-se, aos poucos, constituindo escolas – *ludi* – de instituição privada sem ingerência alguma do Estado (PADOVANI; CASTAGNOLA, 1972, p. 163).

Historicamente, a partir do Estado Moderno, o poder público foi regulando a educação por suas Constituições e leis. Não parece correto, todavia, que o Estado reduza o conceito de educação àquela formal e que somente sua diretriz seja concepção única de validade. A Educação Domiciliar, do ponto de vista legal de educação compartilhada com a família, tem perspectivas viáveis e necessárias.

Vista de uma perspectiva legal, o tema da Educação Domiciliar, no Brasil, foi debatido por Vieira (2012) em uma audiência pública da Câmara dos Deputados. Na ocasião, ficou evidente que a literatura sobre o assunto ainda é muito limitada. Demonstrou-se que a pesquisa mais consistente sobre Educação Domiciliar é feita nos Estados Unidos da América e na Europa. Vieira (2012) realizou sua pesquisa com 62 pais educadores de seus filhos em casa. Considera que os resultados de seus estudos são consistentes e em vários indicadores, quando adultos, os instruídos em casa possuem desempenho melhor que os escolarizados pela educação formal escolar.

A Educação Domiciliar é uma possibilidade de aprender sem seguir rigidamente os programas escolares, mediante um percurso mais personalizado. A *Home School Legal Defense Association* (HSLDA) tem organizado várias conferências mundiais sobre *homeschooling*, cujas conclusões apontam essa modalidade de educação dos filhos como um direito da família e uma possibilidade formativa que pode ter regulação estatal (BALENA, 2016).

A Educação Domiciliar oferece aos pais a possibilidade de oferta de formação de seus filhos, sem a necessidade de matriculá-los em uma escola de ensino regular. De acordo com Dias (2014, p. 27), diretor de Relações Institucionais da Associação Nacional de Ensino Domiciliar (Aned), a “Educação Domiciliar não é um método de ensino, não é a utilização de material didático específico, não é a prática de tirar uma criança da escola, não é uma ideologia ou filosofia fechada, mas uma oportunidade de aprender com ritmo próprio e atendimento personalizado”.

Vieira (2012) destaca como a educação familiar tem crescido em diversos países, especialmente nos Estados Unidos, na África do Sul, na Rússia, no Reino Unido, no Canadá, na Austrália e na França. Também são realizados estudos na Itália, na Espanha e em outros países da Europa e da América Latina. A Rússia tinha proibição rígida da Educação Domiciliar, inclusive criminalizando seus adeptos, como é hoje no Brasil. Atualmente, porém, está regulamentada e em forte crescimento. Dados da Aned (2015) revelam que existem, no Brasil, cerca de 2.500 famílias cujos filhos estão em formação fora das instituições de ensino (SALLES; SANDOVAL, 2015).

Em razão da mobilidade social, da globalização profissional, das novas tecnologias e inovação e das modalidades de educação e novos tipos de educadores, hoje, mais do que no século passado, há necessidade de permitir diferentes formas de educar e de ensinar (CAVALI, 1992). Também, de acordo com o informativo Itália&Orient (2014), vários países europeus oficializaram a Educação Domiciliar e, sobretudo nos países anglo-saxões, já é uma prática rotineira. Assim, relata:

[...] em nosso país (Itália), na verdade, a Educação Domiciliar é pouco difundida. O Ministério da Educação menciona que há em torno de 100 famílias, porém estimativas não oficiais apontam para um pouco menos de mil, entretanto, esse fenômeno está consolidado no exterior, particularmente nos países anglo-saxões (nos EUA em torno de 2 milhões de famílias optam por educar em casa os próprios filhos, no Reino Unido são 70 mil, 60 mil no Canadá, 3 mil na França e 2 mil na Espanha) (ITALIA&ORIENTA, 2014. p. 2, tradução livre).

Na Educação Domiciliar, o Estado atribui aos membros da família as funções de professores ou tutores dos próprios filhos, denominada, também, de educação parental. Sobre o assunto, Benoit (2016) cita que, na França, em torno de 30 mil crianças e jovens são escolarizados em casa, por um professor parente. Afirma que nesse país a instrução é obrigatória dos 6 aos 16 anos, porém não necessariamente essa obrigatoriedade deve ser cumprida na escola. Assim sendo, observa que:

A escolaridade obrigatória pode ser oferecida em instituições ou escolas públicas ou privadas ou em famílias, pelos pais, ou um deles, ou por quem eles escolherem, nos termos legais. A instrução em casa é perfeitamente legal, devendo, em todos os anos, informar os resultados ao prefeito ou ao inspetor escolar (BENOIT, 2016. p. 7, tradução livre).

Nos Estados Unidos da América, tem crescido o interesse em *homeschooling*, especialmente nos meios fundamentalista e liberal, com argumentos que a escola força os alunos a suportar “autoridade irracional seis horas e meia por dia, cinco dias por semana...”. Há desconfiança na esfera pública, que discrimina, faz *bullying*, pratica violência, oprime as crianças e jovens. Os *homeschools* americanos de todos os perfis acreditam que eles devem decidir como seus filhos devem ser educados (GOLDSTEIN, 2017, p. 5).

A situação na Espanha é mais complexa, porque os impedimentos para educar os filhos em casa são numerosos. O Informativo Magnet (2015) assim relata:

Na Espanha a prática da Educação Domiciliar é considerada exótica, minoritária e não tem amparo legal. A Educação Domiciliar, em nosso país, vive na clandestinidade, lutando, em cada caso perante a justiça e sobrevivendo em condições de precariedade. Mas, pode-se educar uma criança em casa, à margem da escola? Não somente se pode, como há milhares de famílias que manifestam, diariamente, esse desejo (MAGNET, 2015, 28 out, p. 8, tradução livre).

Segundo Martino (2017), várias razões levam as famílias a optarem pela educação familiar: motivos religiosos; impossibilidade de encontrar uma escola boa e próxima; maior liberdade; respeito à individualidade e ao ritmo do indivíduo; evitar os episódios de violência; evitar as pressões de grupos que levam à exposição ao fumo, droga, sexo precoce, *bullying*; obter melhores competências sociais; progredir mais rapidamente; aprofundar conhecimentos que não são tratados na escola; permitir estudos mais complexos, sem barreiras e limitações, a personalização da instrução.

De outro modo, vários estudiosos, sobretudo aqueles ligados aos órgãos estatais, mostram que a Educação Domiciliar é deficiente como formação integral e social, por mais escolarizados que sejam os pais. As tarefas dos pais já são muitas e, portanto, essa modalidade de instrução torna-se limitada, não permitindo que os filhos tenham condições de receber ensino formal adequado, sobretudo na aquisição de habilidades de conhecimento relacionados à Matemática, Física, Química e outras consideradas mais complexas.

As críticas mais comuns à educação em casa são formuladas nos seguintes termos: “Em casa, a criança não tem como trabalhar o aprendizado social” (ERAZO, 2010, tradução livre); “A mera relação em família dificilmente estimulará o completo desenvolvimento da personalidade da criança” (WEI, 2005, tradução livre); “Somente a escola proporciona conhecer pessoas de idades diferentes, culturas diferentes, com deficiências e diferentes habilidades, bem como pessoas e culturas de outros países” (ÁLVAREZ, 2008, tradução livre). “A questão que foi levantada por três profissionais ligados à educação — em três continentes diferentes — é popularmente chamada de “a questão da socialização que a Educação Domiciliar não proporciona” (MEDLIN, 2000, tradução livre).

Vieira (2012) destaca três tipos básicos de educação em casa: a aprendizagem estruturada; a desescolarização (*unschooling*) e a aprendizagem eclética. O tipo *unschooling* é considerado aprendizagem autodirigida, aprendizagem dirigida pelo prazer (*delight directed learning*) ou método descontraído de Educação Domiciliar (*relaxed home school method*) e pesquisa independente. A estruturada é uma espécie de transposição do currículo escolar em casa e a eclética mistura os diversos tipos de metodologias. Em geral, os países regulamentam como deve ocorrer a Educação Domiciliar para os pais que a adotam.

Algumas famílias preferem seguir a programação diária, utilizando textos e currículos estruturados, outros querem confiar em uma aprendizagem mais natural e espontânea de acordo com as necessidades, interesses e habilidades das crianças como ajudantes e guias. Aqueles que escolhem educar em casa estão sujeitos à legislação do Estado, não às normas provinciais ou regionais, e um estudante pode completar todos os seus estudos (até a universidade), sem nunca pôr os pés numa sala de aula (ITALIA&ORIENTA, 2014, tradução livre).

Interessa observar que, na maior parte dos casos na Educação Domiciliar, os professores são os pais ou parentes dedicados a essa atividade. Existem, porém, outras realidades, em que as famílias contratam

um tutor ou professor para acompanhamento da escolarização dos seus filhos, fora da escola, obedecendo à regulação estatal. Algumas famílias compram sistemas de estudos, outras acompanham o currículo nacional e há ainda as que decidem com os filhos o programa a ser seguido. Algumas têm horários estipulados para as atividades, outras possuem dias e horários flexíveis (SALLES; SANDOVAL, 2015).

A legislação da educação brasileira não permite a Educação Domiciliar. Ao contrário, obriga, sob pena de punição, a educação escolar obrigatória dos 4 aos 17 anos, por determinação da Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 208, I (1988) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, artigo 4º, I (1996), redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES JURÍDICAS DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: DIREITO FUNDAMENTAL?

A Associação Nacional de Educação Domiciliar (Aned), afirma que, no Brasil, existem muitas famílias que respondem judicialmente por abandono intelectual, uma vez que não há admissão legal dessa modalidade de ensino. O Ministério da Educação não reconhece a Educação Domiciliar como um processo legal, porque interpreta que o ensino em casa fere o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse entendimento, na visão da Aned, criminaliza pais e retira da família o direito fundamental de escolher o tipo de educação para seus filhos. Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro é um cipoal complexo, controvertido e antinômico. A perversa regulação da educação nacional, em todos os seus níveis, que conduz à tecnocracia dos órgãos públicos reguladores, insiste em desconsiderar a autonomia dos sistemas de ensino estaduais e municipais. Todo o aparato normativo educacional ainda traz incrustada a concepção centralizada do Ministério da Educação. A legislação brasileira de educação e ensino conduz a um centralismo perverso e promotor da manutenção do subdesenvolvimento. Nesse sentido, Galvez (1986, p. 446) faz a seguinte observação:

O que mantém a situação de subdesenvolvimento não é só uma tradição e uma rotina. São, também, as leis, que tutelam e mantêm as relações econômicas, sociais e políticas que expressam essa situação atrasada. Por isso, o problema das relações entre sociedade e lei – sempre em tensão permanente em todos os lugares – se torna extremamente agudo no caso dos países subdesenvolvidos, quando estes se movem para romper as suas estruturas retrógradas.

A inflação normativa sobre educação, no Brasil, cada vez mais voraz, não tem melhorado os indicadores de avaliação. Nesse sentido, ecoam as palavras do saudoso professor Melo (2005, p. 2), encaminhadas em Parecer ao Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina, quando respondia uma consulta àquele órgão normativo do Sistema de Ensino Estadual:

A centralização política, econômica e administrativa que ainda ocorre no Brasil, ao arrepio da matéria constitucional, é resultado de obscuras forças centrípetas que têm raízes longínquas no autoritarismo de nossas práticas coloniais e do período imperial, e, mais recentes, mas não menos prejudiciais à construção democrática, no coronelismo da Primeira República e nas oligarquias geradoras de privilégios que marcaram todo século XX. Tudo isso somado ao despreparo de uma população desprovida de sustentação educacional para reagir ao desmedido controle governamental em suas vidas, que vem abortando suas utopias e sua liberdade, têm gerado, ainda hoje, condições psicossociais para a imposição de regras autoritárias produzidas nos laboratórios da alquimia política de Brasília, sob os olhares permissivos, quando não cúmplices, de um Parlamento cuja maioria se agarra às benesses do poder central, a este se submetendo.

Também Pasold (2004, p. 162), ao se referir a Jorge Lacerda, aponta: [...] “a norma não pode estrangular a vida, nem as iniciativas da sociedade. O Direito deve modelar-se às realidades sociais e cristalizar os anseios da inquietação popular. Os formalismos estéreos que debilitam as novas proposições não são promotores do desenvolvimento”.

Em verdade, o que se tem, no Brasil, em matéria de regulação sobre educação, sobretudo a partir de 1996, é uma inflação normativa centralizadora sem precedentes, que pode ser denominada de “entulho jurí-

dico”. Essa voraz regulamentação por Decretos, Portarias, Resoluções, Instruções Normativas e Notas Técnicas não significou instrumento de melhoria da qualidade da educação.

As atuais condições tecnológicas, as migrações dos povos, a mobilidade internacional do trabalho e a inovação estão exigindo flexibilização, abertura e múltiplas condições de aprendizado. Em muitos países, há a possibilidade de oferta de diversas modalidades de escolarização. Nesse aspecto, parece significativo citar Silvio (2000, p. 51), que destaca: “A evolução da humanidade tem criado necessidades que não podem ser satisfeitas vivendo, pensando e atuando sempre da mesma maneira e com os mesmos mecanismos físicos e cognitivos” (tradução livre). A pandemia da Covid19, com a experiência do ensino remoto e acompanhamento em casa, parece ter acelerado o desejo de muitas famílias sobre a regulação da Educação Domiciliar.

O ordenamento jurídico da educação brasileira estabelece que o Estado, por seus sistemas de ensino e instituições educacionais, tem o dever de escolarizar, isto é, oferecer educação formal. O que se quer defender aqui, contudo, é a possibilidade de que a educação formal também seja possível acontecer em casa, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 estabelece que a educação é dever do Estado e da família (artigo 205). Se é um dever, portanto, também é um direito de escolher a modalidade de educar.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, artigo 125, estabelecia a educação familiar como primeiro direito e dever natural dos pais. Assim prescrevia: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais”. [...]

Da mesma forma, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 dava fundamental importância à educação familiar. Assim prescrevia o artigo 166 daquela Carta: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata da educação em um capítulo especial e, apesar do direito de todos, aponta o dever do Estado e da família em promovê-la. Assim reza o artigo 205:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A educação, portanto, é um direito público subjetivo, um dever do Estado e da família. Ainda, em seu artigo 6º, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incluiu a educação como um direito fundamental social, que, no sentido *stricto sensu*, ampara a todos, sobretudo os menos favorecidos. A efetivação desse direito torna indispensável a existência de escola para todos. Isso significa que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional. Além disso, o artigo 208, I da Constituição Federal de 1988, estabelece a idade obrigatória dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada a oferta gratuita nos estabelecimentos oficiais. O termo “educação” empregado no artigo 205 tem o sentido de educação formal ou escolarização (BULOS, 2002, p. 1.463).

Diante desse contexto legal, indaga-se: Se a educação é um dever também da família, como fica a liberdade de escolha do tipo de educação aos filhos? Por que a lei regula a obrigatoriedade da educação somente nos estabelecimentos escolares oficiais ou autorizados? O artigo 206 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 parece indicar a condição de liberdade da família quanto ao tipo de escolarização como um direito fundamental social.

Constata-se, portanto, restrição de liberdade diante da obrigação da família na realização da matrícula de seus filhos em idade escolar somente em estabelecimentos formais de ensino. Embora a Constituição prescreva que a educação é “dever do Estado e da família”, sua legislação infraconstitucional a qualifica e regula somente como um processo formal ou escolar “garantido” pelo Estado, não cabendo outra modalidade fora dele, sequer de forma excepcional, para atender a eventuais demandas particulares. Assim sendo, a responsabilidade da família limita-se a encaminhar seus filhos em idade escolar obrigatória à escola, como prescreve a LDB, Lei 9.394/96, nos artigos 2º a 7º, impondo que é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula de crianças na Educação Básica a partir dos 4 anos de idade na escola regular, seja pública ou privada. Por sua vez o Estado, para efetivação da educação escolar pública, deverá garantir educação básica dos 4 aos 17 anos a todos os cidadãos.

O Estado obriga-se a zelar, recensear e controlar a população em idade escolar, punindo os pais que não encaminharem seus filhos em idade escolar à instrução formal (escola). Nesse sentido, o Código Penal brasileiro, artigo 246, combinado com os artigos 55, 98, 100 e 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, prevê detenção de 15 dias a um mês, ou multa, para quem deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar. É o que se considera “abandono intelectual”. Conclui-se, portanto, que na atual regulação educacional brasileira não há espaço para a Educação Domiciliar.

O artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”. Esta determinação encontra eco no artigo 1.634, I do Código Civil brasileiro, que prescreve: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação”. Então, por que não permitir às famílias a liberdade de educar? Em outros termos, por que o Estado não regula a Educação Domiciliar?

São várias as decisões de juízes das Varas Cíveis da Infância e da Juventude que, observando a atual legislação, condenaram os pais denunciados pelo Ministério Público, cujos filhos não frequentavam escola regular, sob a alegação de que, apesar de deterem o poder familiar, os pais não estão autorizados a retirar os filhos da rede regular de ensino para ensiná-los em casa. Exemplo é a decisão do juiz Marcos Flavio Lucas Padula, da Vara Cível da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, em 2013, que alegou: “Sem uma legislação específica que regulamente o ensino domiciliar e estabeleça detalhadamente os critérios de ensino e avaliação do estudo no lar, [é] inviável que o poder Judiciário permita que os pais retirem os filhos das escolas” (PADULA, 2017).

De modo geral, os juízes têm decidido no sentido de entender que, apesar de a educação ser um dever do Estado e da família, os pais não podem restringir o direito fundamental social dos filhos à educação, tendo em vista o que dispõem os artigos 6º e 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ademais, a mesma Constituição, artigos 206, 208, 210 e 214, impõe que o ensino obrigatório e a frequência à escola são indispensáveis, como prescreve a LDB de 1996. Nesse contexto, a alternativa do ensino domiciliar inexistente, legalmente, no Brasil. É dever dos pais assegurar a plenitude do acesso à educação e contribuir em máxima extensão para o desenvolvimento integral dos filhos, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 56.

Em que pese essa visão do Ministério da Educação, dos órgãos públicos em geral e da maior parte das decisões judiciais e do Ministério Público, diversos educadores brasileiros e, sobretudo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (Aned), têm divergente argumentação, no sentido de mostrar uma versão diferente daquela do Estado.

Em audiência pública realizada pela Comissão de Legislação Participativa, em 2013, para debater sobre Educação Domiciliar, Alexandre Magno Fernandes Moreira, diretor jurídico da Aned, argumenta que “a família não tem o direito de educar os filhos; a família tem o dever de educá-los”. Sustenta que a norma internacional, cujos Tratados e Convenções foram referendados pelo Brasil, de certa forma autorizam as famílias brasileiras a optarem pela escolarização em casa. Assevera que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, artigo 26, item 3, destaca que a família tem prioridade de direito de escolher o tipo de educação a ser dado aos filhos. Da mesma forma, a Convenção sobre Direitos da Criança, recepcionada pelo Brasil em 1990, artigo 18, itens 1 e 2, assim prescreve: “Os Estados Partes enviarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança” [...].

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada no Brasil em 1992, artigo 12, item 4, assim reza: “Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”. Também o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, artigo 13, 1, determina que “Os Estados Partes do presente Pacto se comprometem a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado” [...]. Ainda, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e

Políticos recepcionado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, assim estabelece em seu artigo 18, item 4: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Apesar da vigência desses pactos e da afirmação feita pelo Supremo Tribunal Federal, que os tratados internacionais sobre direitos humanos, em sua posição hierárquica, quando ratificados no Brasil, possuem valor constitucional, eles não têm eficácia sobre a regulação da educação nacional. A cultura e a prática jurídica brasileiras mostram que a eficácia da norma prospera, nunca no seu todo, apenas quando um comportamento é regulado por lei específica. Destarte, urge que, no Brasil, se regule essa possibilidade de a família optar pela Educação Domiciliar como uma modalidade de educação de seus filhos.

Diante desse entendimento, a Associação Nacional de Educação Domiciliar (Aned) tem procurado buscar regulamentação sobre o assunto. Está, portanto, tramitando, com aprovação na Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 3.179/12-1 e a ele apensado o PL 3.261/2015, ambos de iniciativa legislativa. Os Projetos de Lei (PL) acrescentam parágrafo ao artigo 23 da LDB, Lei nº 9.394, de 1996, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da Educação Básica. A proposta tramita em caráter conclusivo e ainda será analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O PL assim reza:

Art. 1º O art. 23 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

.....
§3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificando a proposição dos PLs, argumenta-se que, por diversas vezes, proposições da instrução domiciliar foram negadas na Câmara dos Deputados. Há que se pensar, contudo, no princípio da liberdade e conceder a possibilidade de escolha da família para educação de seus filhos. Diz, *ipsis literis*:

É fato que, na realidade brasileira, a oferta desse nível de ensino se faz tradicionalmente pela via da educação escolar. Não há, porém, impedimento para que a mesma formação, se assegurada a sua qualidade e o devido acompanhamento pelo poder público certificador, seja oferecida no ambiente domiciliar, caso esta seja a opção da família do estudante. Garantir na legislação ordinária essa alternativa é reconhecer o direito de opção das famílias com relação ao exercício da responsabilidade educacional para com seus filhos.

Nesse sentido, apesar da existência e tramitação dos Projetos de Lei de iniciativa legislativa, o atual poder Executivo manifestou-se favorável à necessidade de regulação da oferta da Educação Domiciliar e, ainda em 2019, encaminhou PL ao Congresso Nacional, que tramita na Câmara dos Deputados, sob análise de Comissão Especial, sob o nº 2.401/19. O PL de iniciativa do poder Executivo quer regulamentar de modo mais detalhado essa modalidade de educação no país.

Certamente, essa normatização futura poderá garantir as condições e requisitos para a oferta da escolarização em casa, obviamente com acompanhamento do Estado, cuja operacionalização deverá ocorrer pelos sistemas de ensino federal, estadual e municipal. Na Itália, por exemplo, as famílias que adotam a Educação Domiciliar devem demonstrar capacidade econômica e técnica para esse fim.

Por “capacidade técnica” compreende-se que aquele ou aquela que se encarrega da educação das crianças deve ter um nível maior de instrução do estudante (por isso, se a criança estuda para realizar os exames de quinta série, por exemplo, o pai ou tutor deve ter pelo menos o ensino médio) (CORRIEREUNIV.IT.Luglio 11th, 2014, tradução livre).

Com o desejo de encontrar amparo legal, há no Brasil inúmeros casos de famílias buscando na Justiça uma solução para a possibilidade da escola em casa, no entanto apenas um caso de Educação Domiciliar foi aprovado pela Justiça. Em Maringá (PR), o pedagogo Luiz Carlos Faria da Silva e a esposa Dayane podem educar em casa os filhos Lucas, 16 anos, e Julia, 15. Assim que não renovou a matrícula das crianças, em 2007,

o casal foi denunciado. Após algumas audiências, o juiz liberou que os filhos estudassem em casa, mas com avaliações anuais e acompanhamento pedagógico e psicológico (RIBEIRO, 2015, p. 2).

Recente decisão do Recurso Extraordinário 888.815 (RE), entretanto, de repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal (STF), que discutiu se a Educação Domiciliar pode ser considerada meio lícito de cumprimento do dever de prover a formação aos filhos, o relator do caso, ministro Luís Roberto Barroso, determinou a suspensão nacional de todos os processos em curso no poder Judiciário, tanto individuais como coletivos, que tratam sobre esse assunto.

A posição do STF no RE citado, contra a decisão monocrática do Juízo da Comarca de Canela e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerou válida a decisão da Secretaria Municipal de Educação de obrigar a matrícula escolar, reconhece repercussão geral e diz que “constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no Art. 205 da CRFN/88”.

A recorrente fundamentou seu recurso no artigo 102, III, *a* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e alega violação aos artigos 205, 206, 208, 210, 214 e 229, todos da Constituição. Sustenta, em síntese, que,

restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de ensino – agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia – como afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição (BRASIL. STF. Re nº 888.815 RG/RGS. 2015. p. 2)

Discute-se, no caso, os limites relativos à liberdade dos pais na escolha dos meios para atender às determinações constitucionais (artigo 205) e da LDB (artigo 2º), cuja efetivação é o dever conjunto do Estado e da família para cumprimento do direito fundamental à educação. Segundo a Aned, após o reconhecimento do Ministério da Educação da possibilidade de utilização da nota do Exame Nacional de Ensino Médio (Enem) como certificação da conclusão do Ensino Médio, em 2012, o número de adeptos da Educação Domiciliar tem aumentado significativamente no Brasil. Atualmente, esse exame foi remodelado para Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja).

O ministro Barroso (BRASIL, 2015), em sua argumentação, utiliza-se dos estudos do Sociólogo Vieira (2012), que considera que o caso representa repercussão geral, sobretudo do ponto de vista social, jurídico e econômico:

(i) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado, tanto que previsto no art. 6º, *caput*, *c/c* art. 205, da Constituição, como direito de todos e meio essencial ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho; (ii) jurídico porque que relacionado à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, I e II da CFRB/1988), e bem como à definição dos limites da relação entre Estado e família na promoção do direito fundamental à educação e (iii) econômico, tendo em conta que, segundo os estudos acima citados, o reconhecimento do *homeschooling* poderia reduzir os gastos públicos com a educação (BRASIL – STF. Min. Barroso, 2015. p. 4).

Mais recentemente, em 12 de setembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou, definitivamente, o Recurso Extraordinário 888.815 (RE), decretando, por 9 votos contra 1, que a Educação Domiciliar no Brasil não deve ser admitida. O STF, todavia, não a declarou inconstitucional, isto é, a Constituição não proíbe, mas a legislação infraconstitucional não a admite, necessitando, portanto, ser regulamentada. O STF decidiu que não há direito líquido e certo para a Educação Domiciliar no Brasil. Alguns dos argumentos usados pelos ministros durante julgamento chegam a surpreender alguns analistas. Observa-se que, em muitas decisões recentes, há insistência do STF em legislar. Surpreendentemente, não foi o caso desse julgamento sobre *homeschooling*.

Em seus votos, a maioria dos ministros declarou-se em prol da constitucionalidade atrelada a uma necessidade de regulamentação. Em síntese, o STF posicionou-se, por maioria, que o ensino é obrigatório de 4 a 17 anos. Reforça que, nos termos do artigo 227 da Constituição, família, sociedade e Estado devem assegurar a crianças e adolescentes convivência familiar e comunitária. Assim sendo, não podem ser admitidas as moda-

lidades de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderada (desescolarização moderada) e modalidade de *homeschooling* puro. Essas modalidades de Educação Domiciliar negam a participação solidária do Estado que deve fixar os currículos básicos do processo de aprendizagem, bem como a supervisão decorrente. Para o STF, pode-se admitir, desde que regulada, a “*homeschooling* por conveniência circunstancial”, isto é, quando esta modalidade de ensino privado individual se revelar “alternativa útil para prover os fins educacionais de modo tão ou mais eficiente que a escola” (ensino domiciliar “utilitarista”).

O entendimento do STF, portanto, é de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais sobre Educação Domiciliar. Há necessidade de prévia regulamentação nacional, em bases gerais, dessa modalidade de ensino pela legislação de diretrizes e bases da educação nacional. Certamente a *homeschooling* será uma realidade futura no Brasil, cuja qualidade, avaliação e planejamento dependerá muito de orientação dos sistemas de ensino federal, estadual e municipal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico sobre educação, no Brasil, apresenta-se como uma pletora de regras multifacetadas, contraditórias, antinômicas e promulgadas com certa resistência à autonomia dos sistemas de ensino federal, estadual e municipal. A União procura regular centralizando as decisões e possibilitando aos demais entes federados a legislação concorrente. Disso resulta uma inflação normativa de tamanho zelo que impressiona até quem pouco conhece do Direito Educacional.

A educação, no Brasil, é dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade, entendida, essa categoria, como “instrução formal” oferecida de acordo com os regramentos da escolarização. Não há, a princípio, espaço para a Educação Domiciliar, de acordo com a atual legislação educacional específica brasileira. Essa restrição vem sendo questionada por vários estudiosos e famílias, sobretudo pela Aned que, a exemplo do que ocorre em inúmeros países, defendem a possibilidade de outorgar às famílias a opção de educar seus filhos em casa. Tomando como exemplo o êxito dessa modalidade educacional em vários países, a Aned alerta que as normas brasileiras referentes à educação contradizem as disposições dos Tratados e Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil e tolhem o princípio constitucional da liberdade e o poder familiar de decidir sobre a educação de seus filhos como direito fundamental.

Para dar garantia ao poder de liberdade e estabelecer o limite entre a autonomia da família e as imposições do Estado, seguem, na Câmara dos Deputados, os Projetos de Lei 3.179/12-1 e 3.261/215, de iniciativa legislativa, que propõem o acréscimo de um parágrafo ao artigo 23 de Lei 9.394/96 (LDB), facultando aos sistemas de ensino regular a Educação Básica Domiciliar. Apesar de esses projetos estarem tramitando desde 2019, por iniciativa do poder Executivo está tramitando o PL nº 2.401/19, que tem por objetivo detalhar a regulação sobre o assunto.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou, decidindo pela constitucionalidade da modalidade de Educação Domiciliar, todavia atrelada a uma regulamentação geral nacional. Decidiu que a legislação brasileira obriga a educação escolar dos 4 a 17 anos e, nos termos do artigo 227 da Constituição, família, sociedade e Estado devem assegurar a crianças e adolescentes convivência familiar e comunitária. No entendimento do STF, pode-se admitir a Educação Domiciliar, desde que regulada e “por conveniência circunstancial”, isto é, quando esta modalidade de ensino se revelar “alternativa útil para prover os fins educacionais de modo tão ou mais eficiente que a escola”.

As motivações que levam as famílias a buscar a escolarização em casa são múltiplas. Em geral são de natureza religiosa, linguística, de saúde ou de pais que desejam dar a seus filhos uma educação diferenciada, insatisfeitos com a qualidade do ensino e com a metodologia da escola, para evitar a violência, a ideologização, o *bullying*, entre outras razões. Por outro lado, há muitas críticas à Educação Domiciliar, sobretudo com fundamento na privação das crianças e adolescentes da convivência social, da inaptidão dos pais ou tutores para ensinar com a qualidade necessária a uma formação adequada à competitividade.

Conclui-se, portanto, que a Educação Domiciliar no Brasil, sob a atual legislação, não é possível. É, todavia, um direito fundamental dos pais e das famílias escolherem a modalidade de educação que desejam para seus filhos e, portanto, a promulgação de legislação e de regulação específica sobre o assunto é medida necessária e urgente.

5 REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, P. La casa no es una escuela. *El País*, 22 out. 2008. Disponível em: http://elpais.com/diario/2008/10/22/sociedad/1224626401_850215.html. Acesso em: 16 abr. 2018.
- ANED. Associação Brasileira de Ensino Domiciliar. In: SALLES, Carol e SANDOVAL, Amanda. *Fora da escola: conheça famílias que ensinam os filhos em casa*. 2015. Disponível em: <https://estilo.uol.com.br/.../fora-da-escola-conheca-familias-que-ensinam-os-filhos-em...> Acesso em: 28 de março de 2017.
- BALENA, Carlota. *Ischool – Il Futuro della Scuola*. 2016. Disponível em: <http://ischool.startupitalia.eu/education/56938-20160907-homesch...> Acesso em: 3 abr. 2017.
- BENOIT, Julie. *Faire L'école à la Maison: bonne ou mauvaise idée?* Disponível em: <http://www.magicmaman.com/,faire-l-ecole-a-l-maison-bonne-o...> Acesso em: 30 mar. 2016.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 21 abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 21 abr. 2017.
- BRASIL. *Constituição 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: SARAIVA. *Vademecum*. Colaboração Luiz Roberto Curia, Livia Céspide e Juliana Nicoletti. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: SARAIVA. *Vademecum*. Colaboração Luiz Roberto Curia, Livia Céspide e Juliana Nicoletti. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2013b.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. *Educação domiciliar*. Brasília: Câmara dos Deputados; Edições Câmara, 2014. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17101>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996* – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 5 abr. 2017.
- BRASIL. Planalto. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 888.815 RG/RGS*. Min. Roberto Barroso. Brasília. Decisão do Acórdão em 28 de maio de 2015. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/8/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 8601165.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal* – Anotada. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- CAVALI, Alessandro. *Insegnare Oggi*. Bologna: Il Molino, 1992.
- CIMADON, Aristides. *Ensino e aprendizagem na universidade: um roteiro de estudos*. 2. ed. Joaçaba: Unoesc, 2004.
- CORRIEREUNIV.IT. *Mandare i figli a scuola? No grazie. Ecco cos'è l'educazione domiciliare*. Luglio 11th, 2014. Disponível em: www.controscuola.it/faq/. Acesso em: 12 abr. 2017.
- DIAS, Ricardo Iene. *Educação domiciliar*. Brasília: Câmara dos Deputados; Centro de Documentação e Informação; Edições Câmara, 2014.
- ERAZO, P. M. *Ecuador: primeros casos de escuela en casa*. BBC, Londres, 6 jun. 2010. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/mundo/cultura_sociedad/2010/06/100604_0224_ecuador_educacion_casa_l_av.shtml. Acesso em: 16 abr. 2018.
- FERNANDES, Marcela. *Fora da escola*. Disponível em: www.correiobraziliense.com.br/.../ensino/...ensino/stf-decide-sobre-ensino-domicilia... 10 dez. 2016. Acesso em: 5 abr. 2017.
- FERREIRA DE MELO, Osvaldo. *Parecer*. In: CIMADON, Aristides. *Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional*. Florianópolis: Conceito, 1997.
- FRABONI, Franco; MINERVA, Franca Pinto; TREBISACCE, Giuseppe. *Scuola 91*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1992.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. 1830-1889. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Título original: *La Cité Antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*).
- GAGNÉ, Robert. *Como se realiza a aprendizagem*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1980.

- GALVEZ, Carlos. *Manual de economia política atual*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.
- GOLDSTEIN, Dana. *Liberals, Don't Homeschool Your Kids – Why teaching children at home violates progressive values*. Disponível em: http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2012/02/homesch... Acesso em: 31 mar. 2017.
- ITALIA. *Costituzione Della Repubblica Italiana*. Disponível em: www.regione.taa.it/normativa/costituzione.pdf. Acesso em: 4 abr. 2017.
- ITALIA&ORIENTA. *Mandare i figli a scuola? No grazie. Ecco cos'è l'educazione domiciliare*. Luglio 11th, 2014. Disponível em: www.italiaorienta.it/.../mandare-i-figli-scuola-grazie-cose-leducaz. Acesso em: 29 mar. 2017.
- KOWITZ, Geraldo T.; KOWITZ, Norma Giess. *La Orientación Escolar em la Enseñanza Moderna*. Buenos Aires: Editorial Troquel, 1969. 319 p. (Título original: Operating Guidance Services for the Modern School).
- MAGNET. Blog informativo. *Se puede educar a los niños en casa en España?* 28 octubre, 2015 – MOHORTE. Disponível em: <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/se-puede-educar-a-los-ninos-en-casa-en-espana>.
- MARTINO, Erika Di. *Mandere i Figli a scuola? No Grazie. Ecco cos'è l'educazione domiciliare*. Blog, luglio 1th, 2014. Disponível em: <http://correreuniv.it/cms/2014/07mandare-i-figli-scuola-gra...> Acesso em: 31 mar. 2017.
- MARTINO, Erika Di. *Home schooling: l'educazione parentale in Italia*. San Bernardino, CA: Create Space, 2017.
- MEDLIN, R. Home schooling and the question of socialization. *Peabody Journal of Education*, 75, p. 107-123. 2000. Disponível em: https://peabody.vanderbilt.edu/journal/pje_volume_88_issue_3_2013/medlin.php. Acesso em: 16 abr. 2018.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. O Princípio Federativo e a Autonomia dos Sistemas de Ensino. *Boletim Jurídico*, ano 3, n. 132. Disponível em: HYPERLINK “<http://www.boletimjuridico.com.br>” www.boletimjuridico.com.br. Inserido em 2005; Acesso em: 16 de jun. 2017.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 5 abr. 2017.
- PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. *História da filosofia*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1972.
- PADULA, Marcos Flávio Lucas. *Processo n. 0024.16.093.949-2 – 06/04/2017 do TJMG*. Vara Cível da Infância e da Juventude – Comarca de Belo Horizonte. Publicado no Diário Judicial Eletrônico-DJE, 6.4.2017.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Jorge Lacerda: uma vida muito especial*. 2. ed. Florianópolis: OAB Editora; CLC Distribuidora de Livros, 2004.
- RIBEIRO, Alice. *Fugindo da escola*. Disponível em: <http://www.super.abril.com.br/comportamento/fugindo-da-escola>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.
- SALLES, Carol; SANDOVAL, Amanda. *Fora da escola: conheça famílias que ensinam os filhos em casa*. 2015. Disponível em: <https://estilo.uol.com.br/.../fora-da-escola-conheca-familias-que-ensinam-os-filhos-em...> Acesso em: 28 mar. 2017.
- SEDLMAYR, Agnes. *O que é o unschooling?* Livre para Crescer. Disponível em: www.livreparacrescer.com/2016/04/28/o-que-e-o-unschooling-2. Acesso em: 28 mar. 2017.
- SILVIO, José. *La virtualización de la Universidad*. Caracas: lesalc/Unesco, 2000. 414 p.
- VIEIRA, André de Holanda Padilha. *“Escola? Não, obrigado”*: um retrato da homeschooling no Brasil. 2012. Monografia (Graduação do curso de Ciências Sociais, habilitação Sociologia) – Universidade de Brasília, UNB, Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, 2012.
- WEI, L. Children in home schooling face more problems. *China Daily*, 11 ago. 2005. Disponível em: http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-08/11/content_467993.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA FÓRMULA 1, FUTEBOL E RUGBY: Desconstrução Discursiva

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10098>

Recebido em: 15/1/2020

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 4/1/2021

Carla Bertoncini

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp. Jacarezinho/PR, Brasil; Unifio – Ourinhos/SP, Brasil.

Tayana Roberta Muniz Caldonazzo

Autora correspondente. Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp. Av. Getúlio Vargas, 850. Jacarezinho/PR, Brasil. CEP 86400-000. <http://lattes.cnpq.br/9759779920993502>. <https://orcid.org/0000-0001-8507-0689>. tayana.rmc@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho trata da desigualdade de gênero nos esportes, possuindo um viés interdisciplinar entre Direito Constitucional e seu diálogo com questões de gênero. Objetiva-se demonstrar que há um discurso – criado em um contexto de manutenção de poder masculino – que contribui para as desigualdades existentes no campo esportivo. Utilizou-se o método dedutivo, além de pesquisas bibliográficas e eletrônicas em teses, livros, dissertações, periódicos e notícias. Sobre estas, recorreu-se à Análise de Discurso (AD) baseada em Foucault (2008). Como resultados, identificou-se a ilegitimidade de se recorrer à Biologia para justificar a exclusão feminina em modalidades e barreiras à integração igualitária entre mulheres e homens, concluindo-se que os discursos, no campo esportivo, podem ser influenciados por relações de poder que perpetuam a hegemonia masculina, razão pela qual devem ser desconstruídos e contextualizados.

Palavras-chave: Igualdade substancial; relação de poder; futebol; fórmula 1, *Rugby*.

GENDER INEQUALITY IN FORMULA 1, FOOTBALL AND RUGBY: DISCURSIVE DECONSTRUCTION

ABSTRACT

This is a study about gender inequality in sports, with an interdisciplinary bias between Constitutional Law and its dialogue with Gender issues. The objective is to demonstrate that there is a discourse - created in a context of maintaining male power - that contributes to the existing inequalities in the sports field. The deductive method was used, in addition to bibliographic and electronic research in theses, books, dissertations, periodicals and news. About news, the Discourse Analysis (AD) based on Foucault (2008) was used. As results, have been identified the illegitimacy of using biology to justify the feminine exclusion in modalities and barriers to the equalitarian integration between women and men, concluding that the speeches, in the sports field, can be influenced by power relations that perpetuate the masculine hegemony, reason why they must be deconstructed and contextualized.

Keywords: Substantial equality. Femininity. Football. Formula 1. Rugby.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte de uma análise interdisciplinar, envolvendo o diálogo entre Direito Constitucional e gênero, com o objetivo de demonstrar os discursos que contribuem para as desigualdades injustificadas entre os sexos no mundo do esporte e a importância de desconstruí-los. Justificou-se o trabalho na medida em que referidas crenças tendem a manter barreiras à integração feminina no esporte.

De fato, considerando o trabalho de Monteiro e Formentin (2019) e reportagem de Nina (2019), nota-se que ainda há dúvidas sobre a capacidade física de mulheres para competir na Fórmula 1. Além disso, Camargo e Kessler (2017) defendem que o futebol feminino ainda não possui o mesmo prestígio da modalidade masculina. Beleza e feminilidade são objetos de preocupação, conforme expõe Goellner (2005). Bettine, Gutierrez e Oliveira (2017) constataram que o *rugby* feminino possui menor quantidade de recursos, e que jogadoras sofrem críticas em razão das mudanças em seus corpos, aproximando-se do que é tido como masculino, ou seja, fugindo ao padrão de feminilidade esperado (GOELLNER, 2005).

Alguns autores (GOELLNER, 2005, 2007a, 2007b, 2013; SILVEIRA, 2013), defendem que não se deve utilizar argumentos biológicos para sustentar um afastamento das mulheres em determinadas modalidades esportivas. Ademais, propõem que não se fiscalize o corpo das atletas, objetivando evitar que sofram críticas por não se encaixarem no padrão construído de uma feminilidade padronizada.

Diante disso, a problemática pode ser resumida na seguinte questão: As desigualdades de gênero nos esportes têm bases biológicas ou são construídas? A hipótese é de que há um discurso – criado em um contexto de desejo de manutenção de poder masculino – que contribui para as desigualdades existentes no campo esportivo. Ressalte-se que para o desenvolvimento dessa temática foram essenciais alguns pesquisadores e pesquisadoras (BUTLER, 2017; BEAUVOIR, 1970; GOELLNER, 2005, 2007a, 2007b, 2013; CAMARGO; KESSLER, 2017; LIMA, 2018; COSTA; SANTOS, 2018; SILVEIRA, 2013; FOUCAULT, 1999, 1979, 2008).

De maneira específica, foi necessário compreender especificidades sobre o princípio da igualdade, revelando-se este um marco teórico, aliado às questões de gênero no contexto esportivo, além de se observar que há diversos conceitos construídos a partir de interesses na manutenção de um *status* de dominação e que ainda se refletem na atualidade (LAQUEUR, 1994; LIMA, 2018; GOELLNER, 2007a; MADERS; ANGELIN, 2010; MORENO, 2009 *apud* MONTEIRO; FORMENTIN, 2019).

Para atingir a proposta, na primeira seção investigou-se o princípio da igualdade, seus conceitos e possibilidades de um tratamento desigual que seja considerado justo, tendo como base, especialmente, as lições de Bobbio (1993). Apesar de serem possíveis abordagens desiguais, mas justas, a situação é bastante complexa nos esportes, compreendendo-se este como um mundo que, em alguns casos, se apoia em argumentos biológicos para fundamentar desigualdades injustas.

Posteriormente, analisaram-se a desigualdade de gênero e sexo biológico. Desse modo, Maders e Angelin (2010), Goellner (2007a; 2007b) e Silveira (2013) apontam estereótipos atrelados ao corpo e comportamento das mulheres que, constituídos com base em discursos marcados pela desigualdade de gênero e imbricados à Biologia, servem para recomendar condutas às mulheres. Esses discursos estereotipados são responsáveis por disseminar, manter e institucionalizar preconceitos quanto aos seus corpos e orientações quando “fogem” do “padrão” esperado da feminilidade (GOELLNER, 2005; BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017).

Essa realidade foi apontada, especificamente, quanto ao futebol, *rugby*, inclusive por meio de estudos de caso (SOUSA JÚNIOR, 2013; WRIGHT; CLARKE, 1999). Quanto à Fórmula 1, consideraram-se as lições de Foucault (1999, 1979, 2008) e de autores que dissertam sobre ele ou acerca da Análise de Discurso (IÑIGUEZ, 2004a, 2004b; ORLANDINI, 2003a, 2003b; JAEGER; GOELLNER, 2011; WRIGHT; CLARKE, 1999; MACHADO, 2007; MORAES E SILVA, 2012; DUARTE, 2008; GIACOMONI; VARGAS, 2010). Percebeu-se o contexto de machismo que moldava discursos excludentes, e que por meio do poder disciplinar, verificável nos discursos, há delimitação de espaços para a manutenção da hegemonia masculina. A partir de Butler (2017), abordou-se sobre a reprodução de poder nos discursos.

Utilizou-se o método dedutivo, partindo-se da premissa de que a participação feminina nos esportes é desigual, encontrando diversas barreiras em razão do gênero, concluindo-se ser necessária a compreensão

das construções que moldam essa realidade para que se possa alterá-la. Além disso, realizaram-se pesquisas bibliográficas e eletrônicas em teses, livros, dissertações, periódicos e notícias. Sobre estas, recorreu-se à Análise de Discurso (AD) baseada em Foucault (2008), para compreender as condições de produção e relações de poder de discursos que tentavam justificar a incapacidade física das mulheres para a prática de Fórmula 1.

2 UM TRATAMENTO DESIGUAL É SEMPRE BEM-VINDO?

O presente trabalho aborda discriminações decorrentes do gênero, que implica, entre outras consequências negativas, à falta de ocupação de espaços por indivíduos – pertencentes a uma minoria política¹ – e excluídos em razão de marcadores² de gênero. Um reflexo dessa situação é a desigualdade na participação feminina nos esportes que, conforme se verifica em alguns autores (GOELLNER, 2005; 2007a, 2007b, SILVEIRA, 2013), associa-se a um contexto marcado por atribuições de lugares específicos às mulheres.

Segundo Mello (2002, p. 17), para que uma discriminação seja compatível com a igualdade deve existir “um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. Já Rios³ (2010, p. 696) define a discriminação como “a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico, atentando para os prejuízos experimentados pelos destinatários de tratamentos desiguais”.

Bobbio (1993) defende que há uma dificuldade em se definir o princípio da igualdade, haja vista sua indeterminação. Assim, não haveria sentido afirmar que dois entes são iguais se não for determinada a igualdade entre quem, e em que. Comparando igualdade à liberdade, afirma que enquanto esta se relaciona a uma qualidade pessoal, aquela seria uma espécie de relação. Desse modo, traça uma correlação entre esses princípios. Aduz que “a liberdade é uma qualidade de um ente, e a liberdade um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, apesar de que a única característica comum desses entes é o direito de ser igualmente livres” (p. 56).⁴

Avaliando a relação entre igualdade e justiça, Bobbio (1993) levanta o que seria uma igualdade justa e injusta, ou seja, a que seria, ou não, almejada. Nesse sentido, remete o leitor aos critérios de justiça. Por meio deles é possível “estabelecer situação por situação em que duas coisas ou duas pessoas devam ser iguais com o objetivo de que a igualdade entre elas possa ser considerada justa” (p. 62).⁵ Explica também que a igualdade diante da lei, tida como um princípio comum e genérico, normalmente é interpretada como a vedação a uma discriminação arbitrária, ou seja, que não possui justificativas, e em razão disso, injusta (BOBBIO, 1993).

Bobbio (1993) menciona também um conceito sobre igualdade de oportunidades, ou de pontos de partida, que se verifica em uma competição por determinado objetivo que só poderá ser alcançado por uma pessoa. Exemplifica mediante um jogo de xadrez, em que haveria esse tipo de igualdade se todos possuíssem a mesma quantidade e espécie de peças. A noção, contudo, vai além: a fim de igualar indivíduos que são desiguais desde que nasceram, podem ser necessárias transformações, como desfavorecer os mais acomodados e beneficiar os despossuídos. Isso ocorreria por meio da inclusão de discriminações, como acontece em determinadas competições vinculadas ao esporte. Dessa maneira, uma desigualdade

¹ Expressão defendida por Tiburi (2018). Segundo Costa e Zaidan Filho (2019, p. 38), “gênero, sexualidade, raça e etnia compõem o conjunto das chamadas minorias, valores estes que foram construídos ao longo da história, como antagônicos a valores expressos como superiores e desejáveis. Assim, a construção hegemônica do masculino é feita em oposição à constituição inferior do feminino [...]”.

² Termo mencionado na obra de Schwarcz (2019), quando remete aos Marcadores Sociais da Diferença definidos pelo Núcleo de Estudos sobre Marcadores Sociais da Diferença da Universidade de São Paulo (USP).

³ Este autor aponta que “a discriminação aqui é visualizada através de uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a desigualdade nociva, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos revela-se maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, até em virtude da dimensão material do princípio da igualdade” (RIOS, 2010, p. 696).

⁴ Tradução de Tayana Roberta Muniz Caldonazzo.

⁵ Tradução de Tayana Roberta Muniz Caldonazzo.

se transmuta em meio de se obter igualdade, pois corrige a diferença anterior. Há, assim, a colocação dos desiguais no mesmo nível.

Conclui-se que o ponto comum entre as doutrinas igualitárias é a busca por igualdade substancial. A doutrina do igualitarismo, especificamente, busca a igualdade de todos no que se refere a todos os aspectos. Tendo ciência, porém, de ser este um objetivo utópico, busca-se a igualdade para a maioria das pessoas entre a quantidade máxima de aspectos (BOBBIO, 1993).

Analisar os direitos fundamentais da população feminina envolve o debate sobre igualdade, a fim de que se torne clara a possibilidade de um tratamento desigual como justo. Há desigualdades viciadas, mal fundamentadas e conseqüentemente injustas, pois baseadas em atribuições de gênero. Assim, argumentar que a mulher não deveria competir em uma modalidade esportiva, pois feriria sua feminilidade (GOELLNER, 2005; 2007a, SANTANA; SILVA, 2015; NINA, 2019), é um exemplo de tratamento desigual viciado, fundamentado em preconceitos reflexos da desigualdade de gênero, que deve ser questionado e visto com cautela, na medida em que fere o princípio da igualdade substancial (BOBBIO, 1993).

3 LIMITAÇÕES ESTEREOTIPADAS: OS PROBLEMAS DE UM DISCURSO DESIGUAL EM GÊNERO NO ESPORTE

Em que pesem, conforme apontam alguns autores (BOBBIO, 1993; SILVEIRA, 2013; GOELLNER, 2007a, MONTEIRO; FORMENTIN, 2019; NINA, 2019), tratamentos desiguais sejam válidos e necessários para enfrentar injustiças, nos esportes é comum encontrar discursos que defendem ser a mulher inapta a participar de determinada modalidade com base em argumentos que não se sustentam, ou ainda, encontrar recomendações em relação às suas vidas e seus corpos.⁶

Segundo Flores (2010), adotar uma perspectiva de gênero permite compreender as relações de poder existentes, bem como aferir que as dominações não possuem qualquer origem biológica ou natural. Também nesse sentido, Maders e Angelin ressaltam: “As relações de gênero foram se firmando ao longo da história, configurando-se como construções culturais de identidades masculinas e femininas, envolvendo relações de poder e impondo comportamentos aos homens e às mulheres” (2010, p. 93).

De acordo com Goellner (2007a), a obra de Joan Scott (1989) intitulada “*Gender: a useful category of historical analysis*”, além de ser uma referência para os estudos de gênero, contribui para o campo da historiografia contemporânea, na medida em que realçou “a necessidade de se analisar o caráter relacional existente entre os sexos” (GOELLNER, 2007a, p. 176). Torráo Filho (2005, p. 129) explica que na visão de Scott, a conceitualização de gênero foi gerada “para opor-se a um determinismo biológico nas relações entre os sexos, dando-lhes um caráter fundamentalmente social”. A nova perspectiva de gênero, adotada a partir de Scott, “rompe significativamente com a noção de que exista um único jeito masculino ou feminino de ser” (GOELLNER, 2005, p. 148). De fato, gênero, para Joan Scott (1989), divide-se em partes e subpartes. Compreende-o como “um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder” (p. 21).

A própria noção de sexo foi construída historicamente (LAQUEUR, 1994). Foi na segunda metade do século 20 que se teve uma necessidade “de se instituir uma diferenciação sexual biológica, dualista e estanque entre corpos que são percebidos de maneira radicalmente oposta” (BENTO, 2006 *apud* LIMA, 2018, p. 63). Pensava-se que homens e mulheres teriam a mesma genitália, no entanto nelas os órgãos estariam dentro de seus corpos. Assim, seriam homens com uma configuração imperfeita de suas genitálias (LAQUEUR, 1994 *apud* LIMA, 2018).

No final do século 18 defendia-se que distinções físicas serviam para qualificar alguns indivíduos (SCOTT, 2005). Laqueur (1994 *apud* LIMA, 2018), tendo em vista a Revolução Francesa e os objetivos democrático-bur-

⁶ Cumpre fazer uma ressalva: as questões atreladas a gênero e sua violência refletem-se na vida de diversos indivíduos, não se restringindo às mulheres. Tendo em vista, no entanto, a necessidade de um recorte, a pesquisa restringe-se à situação das mulheres e discriminação que sofrem em razão de seu gênero no mundo esportivo. Outros enfoques, porém, são imprescindíveis e carecem de novos aprofundamentos. Devide et al. (2011, p. 99) destacam que “o foco dos estudos de gênero na EF [educação física] ainda mantém associação com os estudos das mulheres”.

gueses, considera que o cenário influenciou a criação de um discurso que diferenciava e hierarquizava homens e mulheres, a fim de manter a dominação masculina na esfera pública.

Assim, a diferenciação entre homens e mulheres a partir de características físicas, como algo relevante, é uma situação construída e voltada à manutenção de poder masculino: para Goellner (2013), as diferenças significativas não são determinadas pela Biologia, e sim decorrentes de construções sociais e culturais.⁷ Segundo Rios (2010), a lógica binária da atualidade traz consequências negativas para o direito das mulheres, na medida em que esse binarismo “reforça dinâmicas históricas de subordinação feminina, reproduzindo situações e ideologias onde às mulheres são reservados o domínio do lar e um papel secundário na vida pública, social e econômica” (p. 708). O binarismo de gênero, na visão do autor, “tende a compactuar com diferenciaismos sexuais que diminuem o espaço de construção de novas relações entre homens e mulheres, capazes de romper com privilégios e dominação masculinos” (p. 708).

Goellner (2007a) aponta que determinadas marcas culturais determinam o que é típico do feminino e do masculino,⁸ e nos esportes ocorre situação similar: musculatura, roupas, acessórios, trazem sentidos que, nesta sociedade e tempo, relacionam-se ao masculino e ao feminino, de modo a ensejar, muitas vezes, a colocação de homens e mulheres em distintas práticas esportivas.

Essas marcas culturais geram a crença de que há características vinculadas, automaticamente, ao sexo biológico (GOELLNER, 2007a), acarretando em “traços de caráter, o comportamento, as funções sociais, os espaços de pertencimento e as possibilidades de movimentação para eles e para elas” (p. 184).

Segundo a lógica de que o critério para definir indivíduos é seu corpo, “nada mais ‘natural’ que recomendar aos homens e mulheres diferentes possibilidades de movimentação” (GOELLNER, 2007a, p. 184). Assim, para indivíduos do sexo masculino são aceitáveis a força, desafio, aventura, etc. Já para o sexo feminino tudo deve ser comedido. Até poderiam participar do campo esportivo, desde que não deixassem seus atributos femininos de lado, como beleza, delicadeza, entre outros (GOELLNER, 2007a). Essas alegações funcionam “como mecanismos de exclusão e inclusão em diferentes modalidades esportivas, posicionam as mulheres, demarcam seus espaços de sociabilidade, pois insistem em afirmar que determinadas atividades não são apropriadas aos seus corpos” (p. 185), vistos como mais frágeis se comparados aos dos homens (GOELLNER, 2007a).

A percepção de que os discursos são perpassados por poder foi importante para deixar de legitimar argumentos biológicos que justificavam desigualdades entre os indivíduos (GOELLNER, 2007a). Esse poder relaciona-se, de forma exemplificativa, à possibilidade de apontar em quais modalidades esportivas os homens e mulheres seriam aceitos, ou ainda “de classificar níveis de performance possíveis de serem desenvolvidos, de inferir as habilidades e capacidades físicas de cada um, de nomear aquelas/aqueles que correspondem a essas expectativas ou, ao contrário, quem delas escapa” (GOELLNER, 2007a, p. 188).

Até que ponto a separação de implementos, de tempos, de pesos, de provas ou quaisquer outros fatores que se apresentam no universo esportivo não são estratégias edificadas para justificar o domínio e a proeminência do masculino, via força, virilidade, eficácia, combatividade, poder, todos valores instituídos e legitimados? Se viabilizarmos a implosão do modelo binário “bio”, modelos de gênero naturalizados, daremos possibilidade às desreferencializações e desgenerificações a corpos outros que habitam os esportes, desestabilizando prerrogativas instituídas (CAMARGO; KESSLER, 2017, p. 218).

Assim, não é o corpo do indivíduo que determinará a modalidade esportiva ideal para uma mulher, ou se ela tem capacidade de treinar uma equipe; “é a discursividade construída sobre a funcionalidade do corpo e sua correlata associação aos processos de socialização que provoca e constrói tais demarcações” (GOELLNER, 2007a, p. 189). Costa e Santos (2018) entendem ser importante ressignificar e reposicionar “as distinções

⁷ Utilizar a Biologia como justificativa para uma suposta inferioridade feminina não é um movimento inédito: Beauvoir (1970) aponta que os antifeministas, objetivando demonstrar a inferioridade das mulheres, já recorreram “não somente para a religião, a filosofia e a teologia, como no passado, mas ainda para a ciência: biologia, psicologia experimental, etc”.

⁸ Desse modo, a partir de uma perspectiva de gênero pode-se compreender que gestualidades, performances e sexualidade, por exemplo, foram construídos na História. Ou seja, em diferentes períodos e contextos determinados atributos são vistos como típicos de homens e/ou de mulheres, havendo indicações sobre o que é masculino e feminino (GOELLNER, 2007a).

entre os sexos, remodelando conceitos biologicamente postos (macho e fêmea) em homens e mulheres como seres sociais, que têm suas desigualdades marcadas por fatores sociais e não por conta de sua origem biológica” (p. 142).

Há diferenças físicas entre os atletas que poderiam gerar vantagens injustas caso competissem em conjunto. O que se critica, no entanto, é um discurso que delimita espaços às mulheres, justificado por uma suposta inaptidão feminina para determinadas práticas. Tendo por base especialmente Goellner (2007a, 2007b) e Camargo e Kessler (2017), observou-se que são discursos influenciados por estereótipos destinados a manter uma ordem de dominação masculina.

4 BARREIRAS NA PARTICIPAÇÃO FEMININA NO ESPORTE

Diversos fatores influenciam para uma participação desigual das mulheres nos esportes: há interferência de um sistema heteronormativo que dita regras sobre como deve ser o corpo feminino, estereótipos sobre a fragilidade das mulheres, noção de que certos atributos atrapalham a feminilidade, além de o patrocínio ser diferenciado às mulheres (GOELLNER, 2005, 2007a, 2007b, SILVEIRA, 2013; SILVA; NAZÁRIO, 2018; SANTANA; SILVA, 2015; BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017; NUNES; SILVA, 2019).

Ressalte-se que a desigualdade é histórica: o surgimento do esporte moderno tem seu berço na Inglaterra, século 19, sofrendo influências da sociedade industrial (SILVEIRA, 2013), e possui “uma dinâmica quase que exclusivamente determinada pelos membros do sexo masculino” (p. 5). As mulheres conseguiram maiores oportunidades nesse espaço a partir do início do século 20 (GOELLNER, 2005). Nesse período ocupavam um papel secundário, como torcedoras, localizadas à margem (CAMARGO; KESSLER, 2017). No atletismo criou-se uma categoria feminina somente em 1984, observando-se que foi no início dos anos 70 que se permitiu às mulheres a participação nessa modalidade. Outras provas, como lançamento de martelo, salto com vara, corrida com obstáculos, eram praticadas exclusivamente por homens por diversos anos (SILVEIRA, 2013). De fato, nem todos os esportes eram indicados às mulheres, a exemplo do futebol, visto como excessivamente violento (GOELLNER, 2005).

Ainda que as mulheres pudessem competir em alguns eventos vinculados ao esporte, receava-se a desmoralização feminina, na medida em que mostravam seus corpos, situação que perturbava as famílias, em especial as pertencentes à elite. Certos elementos, como a prática do esporte, atenção à aparência, visibilidade de corpos e uso de estética (GOELLNER, 2005) “eram identificados como impulsionadores da modernização da mulher e da sua auto-afirmação na sociedade e, pelo seu contrário, como de natureza vulgar que a aproximava do universo da desonra e da prostituição” (p. 145).

Uma situação marcante no caminho da inclusão feminina nos esportes foi sua participação nos Jogos Olímpicos Modernos, na medida em que trouxe visibilidade às atletas. Alguns indivíduos, no entanto, ainda se posicionaram de forma contrária à integração, preferindo que as mulheres somente assistissem aos jogos. Entre outros argumentos, alegava-se que o esforço, as emoções fortes, a leveza de roupas, os músculos desenvolvidos, a seminudez, acabariam por perturbar a imagem ideal feminina (GOELLNER, 2005), notando-se um argumento influenciado por atribuições de gênero. Ademais, eventuais participações “poderiam desestabilizar a estruturação de um espaço de sociabilidade criado e mantido sob domínio masculino, cuja justificativa para sua consolidação, assentada na biologia do corpo e do sexo, deveria atestar a superioridade deles em relação a elas” (p. 144).

Em outras palavras, a possibilidade de vitórias alcançadas por mulheres atletas existe há pouco tempo. Os esportes masculinos receberam, durante a História, maiores incentivos que os femininos, haja vista os preconceitos enfrentados pelas mulheres quanto a sua participação nas modalidades de alto rendimento ou em momentos de lazer, impedindo-se uma prática igualitária (SANTANA; SILVA, 2015). Diante disso, constata-se a desigualdade de oportunidades, tratada na primeira seção a partir dos ensinamentos de Bobbio (1993).

Entre as barreiras a serem quebradas por meio de uma perspectiva de gênero, insere-se a desnaturalização da fiscalização do corpo feminino. Ou seja, aquelas mulheres que não se encaixam em padrões corporais são alvo de preconceito e questionamentos, observando-se os reflexos de um sistema desigual e heteronormativo (GOELLNER, 2005; SILVA; NAZÁRIO, 2018; BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017).

É comum observar estranhamentos quanto ao corpo feminino que passa por transformações em razão da prática de atividades físicas (GOELLNER, 2005), casos em que “são atribuídas características viris que não apenas questionam sua feminilidade, mas também colocam em dúvida a autenticidade de seu sexo” (p. 148). As atletas são indagadas sobre suas identidades de gênero e orientações sexuais (SILVA; NAZÁRIO, 2018), pois “um corpo feminino robusto, forjado no e pelo esporte, manifesta atributos como força, agressividade e habilidade técnica – elementos culturalmente entendidos como tipicamente masculinos” (p. 2). Em razão desse cenário, a sexualidade de jogadoras de futebol, muitas vezes, é investigada, como se fosse aceitável essa espécie de fiscalização (GOELLNER, 2005).

Há um padrão de performance nos esportes, acreditando-se que o marco de um bom desempenho é aquele alcançado por homens, e as mulheres que tentam atingi-lo são vistas como distantes do parâmetro esperado, podendo ser alvos de preconceitos e questionadas quanto aos seus corpos e em relação a sua sexualidade (CAMARGO; KESSLER, 2017).

Ocorre que a mulher que apresenta um corpo considerado viril perpassa suas experiências a partir de um enfoque diverso do considerado “padrão”, ou seja, o da heterossexualidade (GOELLNER, 2005). De fato, Moreira (2017) aduz que a heterossexualidade expressa o que é considerado normal. “É sobre a natureza biológica das mulheres que se constrói o mito da fragilidade feminina e é nesse processo de proibições e recomendações para os sexos que o território do esporte se constitui” (SILVEIRA, 2013, p. 14). Algumas atletas desorganizam atribuições destinadas aos sexos na medida em que transpõem barreiras criadas socialmente, a partir de músculos desenvolvidos e força, permitindo-se que expressem novas formas de feminilidades, razão pela qual os esportes também podem ser meios de subverter normas de gênero (SILVEIRA, 2013).

Jaeger e Goellner (2011) exemplificam essa situação em estudo publicado sobre fisiculturismo. Após determinação do *Body Building* (IFBB),⁹ em 2005, para que as atletas mulheres não desenvolvessem músculos volumosos, pode-se concluir que um corpo que ultrapasse esse limite perturbaria a feminilidade. Além disso, a declaração “sugere que as atletas [...] colocavam em dúvida uma ‘imagem ideal de ser mulher’, ao mesmo tempo em que desestabilizavam um terreno criado e mantido sob o domínio masculino, cuja existência justifica-se pela anatomia do corpo e do sexo” (p. 961). Em consequência, as atletas tomaram diversas medidas relacionadas à aparência para mostrarem sua feminilidade que, criada por meio de um discurso, normatiza o que define uma mulher. Assim, se os músculos geram alguma dúvida, utilizam-se outras maneiras de evidenciar a feminilidade (JAEGER; GOELLNER, 2011).

Interessa observar os reflexos desse sistema excludente em modalidades específicas – Fórmula 1, futebol e *rugby*, escolhidas a título exemplificativo a fim de ilustrar as desigualdades de gênero neles presentes.

4.1 Fórmula 1

Não é comum encontrar mulheres pilotas de Fórmula 1,¹⁰ e para Monteiro e Formentin (2019), isso ocorre justamente por ser uma modalidade a motor, relacionada, de maneira cultural, ao universo masculino. Estes autores estudaram a representação da mulher na editoria de Fórmula 1 do Globoesporte.com, estabelecendo enfoque nas representações midiáticas das pilotas que praticam a modalidade.

Na conclusão da pesquisa, notaram a presença de estereótipos em imagens e textos. Os jornalistas “utilizam palavras associadas ao caos, polêmicas e fenômenos, sugeriram a falta de capacidade das mulheres [...]. Há ainda um longo caminho para percorrer para que a mulher seja apresentada sem marcas culturais que a caracterizem como indefesa” (MONTEIRO; FORMENTIN, 2019, p. 232).

Chamou atenção a fala de Carmen Jordá, representante da Comissão de Mulheres da Federação Internacional de Automobilismo (FIA), que já ocupou a posição de piloto de testes da categoria (MONTEIRO; FORMENTIN, 2019). Jordá declarou que haveria uma barreira por motivos físicos para a participação de mulheres nas modalidades Fórmula 1 e Fórmula 2, e esta seria a razão pela qual não são comumente vistas atuando nesses campeonatos (JORDÁ *apud* ESFORÇO FÍSICO..., 2018). Os autores buscaram demonstrar que o repórter,

⁹ Trata-se de uma instituição relacionada ao fisiculturismo, atuante em âmbito mundial (JAEGER; GOELLNER, 2011).

¹⁰ Segundo Nina (2019), há poucas mulheres no automobilismo.

ao tratar dessa afirmação, julgou o desenvolvimento de Jordá, além de ter depreciado sua opinião. Quanto à afirmação da atleta, apresentaram um contraponto: em notícia referente à contratação de Tatiana Calderón como piloto de testes da Sauber,¹¹ Fred Vasseur – chefe da equipe responsável por sua admissão (MONTEIRO; FORMENTIN, 2019) – enfatizou que certas características podem ser desenvolvidas durante o treino (VASSEUR *apud* COLOMBIANA TATIANA..., 2018).

A dúvida sobre a capacidade feminina para competir na Fórmula 1 por razões biológicas também aparece em outro momento. Em matéria intitulada “Por que não há mulheres na Fórmula 1: capacidade ou oportunidade?”, Roberta Nina destaca que Helmut Marko, consultor da equipe RBR, afirmou: “A fórmula 1 é muito física para as mulheres” (MARKO *apud* NINA, 2019), de modo que não conseguiriam competir nesta modalidade porque são necessárias exigências físicas não características da natureza feminina. Segundo o consultor, em entrevista concedida ao jornal *Kleine Zeitung* (NINA, 2019), “se você está pilotando a 300 km/h e tem uma luta roda a roda, então a brutalidade é parte disso, não sei se isso é da natureza feminina. Você tem de estar em forma na Fórmula 1 e precisa de uma força insana desde o ombro” (MARKO *apud* NINA, 2019).

A fim de extrair os sentidos desses discursos, utiliza-se a Análise de Discurso^{12, 13} com base em Foucault (2008). Segundo Orlandini (2003a), os sentidos dependem não somente do que foi escrito ou dito, mas também do contexto, da ligação com o exterior. Assim, os dizeres [...] São efeitos de sentidos que são produzidos em condições determinadas e que estão de alguma forma presentes no modo como se diz” (p. 30). Nesse contexto, regras para formação discursiva, segundo Foucault (2008, p. 43), “são condições de existência (mas também de coexistência, de manutenção, de modificação e de desaparecimento) em uma dada repartição discursiva”. Já o discurso é definível como

um conjunto de enunciados,¹⁴ na medida em que se apoiam na mesma formação discursiva; ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinalar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um número limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência. O discurso, assim entendido, não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais, uma história; o problema não consiste em saber como e por que ele pôde emergir e tomar corpo num determinado ponto do tempo; é, de parte a parte, histórico – fragmento de história, unidade e descontinuidade na própria história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações, dos modos específicos de sua temporalidade, e não de seu surgimento abrupto em meio às complicitades do tempo (FOUCAULT, 2008, p. 132-133).

¹¹ Trata-se de uma “categoria máxima do automobilismo mundial” (MONTEIRO; FORMENTIN, 2019, p. 222).

¹² Não há somente uma definição para a Análise de Discurso (IÑIGUEZ, 2004b). O autor a explica “como uma perspectiva a partir da qual podemos analisar os processos sociais” (IÑIGUEZ, 2004a, p. 53). Além disso, “visa compreender como os objetos simbólicos produzem sentidos [...]. não estaciona na interpretação, trabalha seus limites, seus mecanismos, como parte dos processos de significação. Também não procura um sentido verdadeiro através de uma ‘chave’ de interpretação. [...] Não há uma verdade oculta atrás do texto. Há gestos e interpretação que o constituem e que o analisa, com seu dispositivo, deve ser capaz de compreender” (ORLANDINI, 2003a, p. 26). Segundo Orlandini (2003b, p. 6), “a análise de discurso reúne, deslocando, língua-sujeito-história, construindo um objeto próprio, o discurso, e um campo teórico específico”.

¹³ Para tanto, observaram-se as regras propostas por Iñiguez (2004b). O primeiro passo é escolher o processo a ser objeto de estudo. Para tanto, “o estabelecimento do foco de análise implica perguntar que relações sociais mantidas e divulgadas através da linguagem estamos querendo explicar” (p. 132). Este trabalho estabelece como foco as relações desiguais de gênero estabelecidas por meio da linguagem. Para Iñiguez (2004b), a relação social estudada é controlada e interferida pela linguagem. Após esse passo metodológico, seria necessário definir um material importante para o estudo. Escolheram-se discursos perpassados por machismo na Fórmula 1, considerados representativos por participarem de um contexto maior, ou seja, da desigualdade de gênero e de suas implicações. Além disso, possuem os efeitos discursivos porque trazem “certos significados, certos sentidos, certos olhares, certas ordens do mundo ou de uma parcela do mundo” (p. 138). Por fim, realizou-se a análise, observando-se os atos de fala – que trazem efeitos relevantes, na medida em que as afirmações ensejam uma sanção, consistente na impossibilidade de participação feminina na categoria, – bem como a retórica – (IÑIGUEZ, 2004b), que para Biling (1987), citado por Iñiguez (2004b, p. 143), “é [...] útil para analisar a credibilidade e a legitimidade que um texto transmite” (p. 143), haja vista que se considerou a importância de não disseminar discursos marcados pelo machismo para que não se crie um cenário de verdade (IÑIGUEZ, 2004b).

¹⁴ Trata-se de “uma função que possibilita que um conjunto de signos, formando unidade lógica ou gramatical, se relacione com um domínio de objetos, receba um sujeito possível, coordene-se com outros enunciados e apareça como um objeto, isto é, como materialidade repetível. É pelo enunciado que se tem o modo como existem essas unidades de signos. Ele lhes dá as modalidades particulares de existência, estipula as condições de existência dos discursos. Descrever um enunciado é descrever uma função enunciativa que é uma condição de existência” (MACHADO, 2007, p. 109).

Foucault entende que o discurso é uma prática social,¹⁵ o que permite que se compreendam as condições de produção, ou seja, a formação discursiva (IÑIGUEZ, 2004a). Por sua vez, práticas discursivas são “regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa” (FOUCAULT, 2008, p. 133). Desse modo, pode-se afirmar que “a AD é uma prática [...] que não só desmascara ou identifica outras práticas discursivas, como também – e sobretudo – abre todo um caminho para sua transformação” (IÑIGUEZ, 2004b, p. 147).

Dito de outro modo, há relações de poder e de saber que, juntos, influenciarão sobre o que os indivíduos podem dizer, a forma como o fazem e em quais condições poderão dizer, bem como quem dirá e em quais circunstâncias (FOUCAULT, 2005, 1974 *apud* JAEGER; GOELLNER, 2011; WRIGHT; CLARKE, 1999),¹⁶ havendo reflexos de relações de poder expressas, por exemplo, em falas (JAEGER; GOELLNER, 2011).¹⁷

Os discursos de Jordá, Marko e Vasseur foram produzidos em um contexto desigual de gênero: um ambiente constituído pelo masculino e com tentativas evidentes de manutenção dessa dominação. Para tanto, entre outros movimentos, fazem uso de diferenças biológicas para justificar o impedimento da participação feminina em determinadas modalidades, demonstrando-se um caráter excludente e decorrente de uma construção discursiva (CAMARGO; KESSLER, 2017; SILVEIRA, 2013; GOELLNER, 2005, 2007a), o que viola a igualdade substancial (BOBBIO, 1993).

Em razão desse contexto, ressalta-se o problema¹⁸ de declarações que contestam a capacidade física de mulheres, na medida em que podem contribuir para a disseminação de atribuições que procurem ditar qual o lugar a ser por elas ocupado. A falta de capacidade física de mulheres para atuarem na Fórmula 1 é uma crença a ser vista com desconfiança,¹⁹ haja vista toda a construção que cerca essa espécie de raciocínio.

Como contraponto, além das discussões já expostas neste trabalho, menciona-se Vasseur (*apud* COLOMBIANA TATIANA..., 2018), que acredita na possibilidade do desenvolvimento de certas características por meio do treino.

Nesse sentido, a cultura influencia quais padrões são masculinos e femininos que, por sua vez, dialogam com as estruturas de poder – especialmente os decorrentes da desigualdade de gênero – auxiliando na manutenção de espaços a serem ocupados por homens e mulheres, deixando-as, muitas vezes, à margem, ou restringidas ao ambiente doméstico (GOELLNER, 2007a; MADERS; ANGELIN, 2010; RIOS, 2010). Assim, deve-se olhar com cautela para restrições e desigualdades injustificadas, que não observam a noção de igualdade substancial (BOBBIO, 1993), na medida em que trazem injustiças.

Moraes e Silva (2012) ensina que Foucault, em *Arqueologia do Saber*,²⁰ estudava essencialmente o discurso. Posteriormente, em sua *genealogia*²¹ também pensou nas formas de funcionamento das relações de poder. Duarte (2008) ensina que na fase inicial da genealogia, Foucault trabalhou com micropoderes disciplinares relacionados ao controle do corpo individual, e suas emergências, no século 17, se deram ao mesmo

¹⁵ Também nesse sentido, Giacomomi e Vargas (2010). Por ser uma prática social, “incorpora elementos constitutivos que não são puramente linguísticos já que esses são os elementos que, condicionados por um contexto histórico particular e um inventário de regras socialmente elaboradas, constituem os objetos sobre os quais falamos” (IÑIGUEZ, 2004a, p. 98-99).

¹⁶ Jaeger e Goellner (2011), Wright e Clarke (1999) referem-se à *Arqueologia do Saber*.

¹⁷ Orlandini (2003a), tratando das condições de produção para a criação de discursos, remete, entre outros fatores, à relação de forças. De modo que, “o lugar a partir do qual o sujeito é constitutivo do que diz [...]”. Como nossa sociedade é constituída por relações hierarquizadas, são relações de força, sustentadas no poder desses diferentes lugares, que se fazem valer na ‘comunicação’” (p. 39-40). Para Jaeger e Goellner (2011), há relações de poder imbricadas nos discursos.

¹⁸ Monteiro e Formentin (2019, p. 222) argumentam que “a conservação de concepções semelhantes à de Carmen Jordá, de que a mulher não é capaz ou não tem físico para disputar lado a lado com homens, é o que contribui para a representação de estereótipos nos meios de comunicação”. Buitoni (2009, p. 212) e Moreno (2009), citados por Monteiro e Formentin (2019), argumentam, respectivamente, que a mídia brasileira tem papel importante sobre a permanência de padrões, e que os estereótipos podem contribuir para a criação de dúvidas sobre a capacidade dos indivíduos.

¹⁹ “As justificações biológicas que fundamentam as recomendações diferenciadas para mulheres e homens no campo do esporte merecem, no mínimo, serem observadas com desconfiança” (GOELLNER, 2007b, p. 5).

²⁰ “A arqueologia é o método próprio à análise da discursividade local” (FOUCAULT, 1979, p. 172).

²¹ “A genealogia é a tática que, a partir da discursividade local assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem desta discursividade” (FOUCAULT, 1979, p. 172).

tempo que nasciam instituições como escolas, hospitais, entre outros. Já no final de sua genealogia os micropoderes se relacionavam ao biopoder e biopolítica.

Interessa a esta pesquisa o início de sua genealogia, pensando-se nos conceitos de disciplina e poder disciplinar, e especificamente, na lógica excludente para obter dominação.²² As problemáticas da “Sociedade Disciplinar” são investigadas em Foucault (2005).²³ Tratou-se de um contexto dos séculos 17 e 18, em que se buscava gerenciar a sociedade por meio de técnicas. Para tanto, o regime do poder disciplinar criou conhecimentos que contribuiriam para adequar o comportamento dos indivíduos, repercutindo em espaços para vigia, controle e disciplina, consistentes na escola, hospital, sociedade (SOUSA; MENESES, 2010). Desse modo, observa-se que havia meios de controlar os corpos.

O poder disciplinar não pertencia mais à figura de um soberano, na medida em que se espalhou pela sociedade, e seu exercício dava-se por meio de micropoderes ou micropolítica. Direcionava-se aos indivíduos de maneira estratégica para obtenção de maior intensidade, almejando o adestramento e docilização.²⁴ Havia, ainda, instituições disciplinares, direcionadas aos excluídos socialmente (SOUSA; MENESES, 2010). Já as disciplinas são “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação docilidade-utilidade” (FOUCAULT, 1999, p. 118), constituindo-se em estratégias para dominar (FOUCAULT, 1999). Para Sousa e Meneses (2010, p. 25), “a disciplina passou a controlar os indivíduos estabelecendo relações de poder reguladas pelas normas”.

A disciplina organizava pessoas em diferentes espaços, utilizando-se da cerca, como o que ocorria em colégios e quartéis, ou o encarceramento dos excluídos da sociedade; dos aparelhos disciplinares, agindo por meio do quadriculamento, que estabelecia lugares específicos aos indivíduos, entre outros (FOUCAULT, 1999).

O poder disciplinar é [...] um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. Em vez de dobrar uniformemente e por massa tudo o que lhe está submetido, separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até às singularidades necessárias e suficientes. “Adestra” as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais. [...] A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício (FOUCAULT, 1999, p. 143).

Em outras palavras, o poder disciplinar usava da técnica de organização de corpos, a fim de realizar controle e vigilância, com o objetivo de alcançar determinados fins: que os indivíduos permanecessem dóceis, adestrados e que o cenário contribuísse para que o poder possuísse maior intensidade. A organização fez uso de técnicas, como instituições disciplinares, com viés excludente. Utilizando-se dessa lógica para as desigualdades apontadas no presente trabalho, compreende-se que ao fazer uso do discurso para determinar que atletas participem, ou não, de determinados espaços esportivos, incide uma vigilância e controle para que o esporte continue sob o domínio masculino.

Butler (2017) defende existir um poder externo aos indivíduos que, se lido a partir de Foucault, influencia para a formação do sujeito. Desse modo, haverá interiorização.²⁵ Ainda afirma que “para que as condições do poder persistam, elas devem ser reiteradas; o sujeito é justamente o local de tal reiteração, uma repetição que

²² Biopoder e biopolítica, por sua vez, relacionam-se a um poder disciplinador proveniente do Estado, no sentido de controlar a população de diversas maneiras (DUARTE, 2008). As desigualdades e injustiças aqui investigadas relacionam-se ao machismo presente na sociedade, chegando também nos esportes. Não se trata, porém, de algo criado pelo Estado para controle da vida dos indivíduos; apenas gera reflexos na máquina estatal – assim como em outras esferas sociais.

²³ O autor refere-se à obra *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão.

²⁴ “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, 1999, p. 118). “A disciplina fabrica [...] corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’” (FOUCAULT, 1999, p. 119).

²⁵ Para Butler (2017), a interiorização ocorre em razão da força do poder sobre os indivíduos. “O que essa descrição não diz, no entanto, é que ‘nós’ que aceitamos tais termos somos fundamentalmente dependentes deles para ‘nossa’ existência. [...] A sujeição consiste precisamente nessa dependência fundamental de um discurso que nunca escolhemos, mas que, paradoxalmente, inicia e sustenta nossa ação. ‘Sujeição’ significa tanto o processo de se tornar subordinado pelo poder quanto o processo de se tornar um sujeito” (p.10).

nunca é meramente mecânica” (p. 24). A partir disso, observa-se como o poder advindo da hierarquia de gênero é interiorizado nos sujeitos, sobrevivendo a partir de sua repetição que se faz, inclusive, por meio do discurso.

Jaeger e Goellner (2011) ensinam que o esporte é um espaço que recebe reflexos de relações de poder, incluindo as problemáticas de gênero. Moraes e Silva (2012), trabalhando as problemáticas do sexismo e heterossexualidade no campo esportivo, considera que a hegemonia masculina tem função importante “na economia de controle de corpos, porque contribui para o estabelecimento de espaços e práticas sociais diferenciados, tanto para aqueles e aquelas capturados pela biopolítica e pela matriz heterossexual, quanto para os demais que [...] desviam-se da norma” (p. 352).

Desse modo, a hegemonia masculina no esporte influencia para a diferenciação de práticas entre os atletas, gerando exclusão, e, assim sendo, observa-se o funcionamento do poder disciplinar, pois se exerce um controle sobre as práticas dos indivíduos, delimitando os espaços que podem ocupar. É importante, nesse sentido, considerar os reflexos do poder disciplinar nos discursos.

4.2 Futebol de Mulheres²⁶

No início do século 20 as mulheres participavam de alguns esportes, no entanto havia restrições. No futebol, apesar de as mulheres o praticarem, consistia em uma participação mínima se comparada à dos homens, inclusive em razão de proibições, decorrentes de decretos oficiais de interdição, que impediam o investimento de políticas de inclusão para as mulheres por parte dos clubes. Essa realidade alterou-se nos anos 70, haja vista que, em 1979, revogou-se o entendimento do Conselho Nacional de Desportos que proibia a participação feminina no futebol e no futebol de salão (GOELLNER, 2005). A primeira Copa do Mundo de Futebol Feminino foi realizada em 1991, na China, cuja organização foi realizada pela Fifa. Tendo em vista o sucesso, a modalidade foi incluída, em 1996, na Olimpíada de Atlanta (CAMARGO; KESSLER, 2017).

Diferentemente da associação realizada no início do século 20 entre mulheres e prática de exercícios físicos, no sentido de que este seria útil para sua saúde e maternidade, nos anos 70 o discurso se alterou, pensando-se na erotização de seus corpos. Um dos argumentos justificadores desse raciocínio era de que geraria maiores públicos aos estádios, e conseqüentemente, conseguiriam recursos, inclusive mediante a exploração da imagem dessas mulheres, por meio de propagandas, produtos, etc. Uma demonstração desses fatos foi a reedição, em 2001, de um campeonato feminino de futebol conhecido como “Paulistana”, no qual havia requisitos para a participação das mulheres (GOELLNER, 2005).

Considerando ser o futebol um esporte que participa da identidade nacional do Brasil, é interessante compreender que ainda carece de maior ocupação pelas mulheres, além de ser necessário (GOELLNER, 2005) “ressignificar alguns dos sentidos que a ele estão incorporados de forma a afirmar que esse espaço também é seu. Um espaço de sociabilidade e de exercício de liberdades” (p. 150). O futebol praticado por mulheres as faz transgressoras, e paralelamente, também as coloca em certo grau de submissão às normas estéticas e outras provenientes das instâncias que organizam a modalidade (CAMARGO; KESSLER, 2017).

Para Camargo e Kessler (2017, p. 197), em que pese a possibilidade de jogarem futebol, “ainda permanecem sem um circuito de competição profissional que seja largamente reconhecido ou que carregue a mesma distinção em termos de prestígio”. Em estudo de caso sobre o tema, Souza Júnior (2013) fez pesquisa junto a três equipes que participavam do Campeonato Paulista de Futebol Feminino, realizado em 2011. Entre as conclusões, observou-se a falta de incentivo para que as atletas continuassem fazendo do futebol um projeto de vida, na medida em que, por vezes, não possuem registro em carteira de trabalho, somada à falta de apoio familiar, de estrutura, salários inexistentes ou de pequeno valor.

Em relação à falta de apoio institucional, para que as metas propostas pela *Fédération Internationale de Football Association* (Fifa) sobre o futebol praticado por mulheres sejam seguidas, é importante a ação das Confederações e Federações afiliadas à Fifa, além da atuação do Estado, da mídia e do âmbito privado. As

²⁶ Kessler (2012) prefere a expressão “futebol de mulheres”, ao invés de “futebol feminino”, pois esta expressão conecta-se a uma sexualidade ou feminilidade pré-definidas. Ainda, esconde a exigência de performance “masculina” na prática esportiva pelas atletas. Nesse sentido, a expressão defendida pela autora remete à consideração sobre as feminilidades que deveriam ser mostradas pelas jogadoras.

afiliadas da Fifa no Brasil são a *Confederación Sudamericana de Fútbol* (Conmebol) e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF). A CBF, no entanto, não possui uma estrutura adequada para a prática do futebol por mulheres, tanto em âmbito nacional quanto estadual. Além disso, a Fifa não criou estratégias para que a política sobre o futebol para as atletas fosse executada pelas Confederações e Federações afiliadas (SOUSA JÚNIOR, 2013).

Considerando esse contexto, as consequências da falta de atenção às mulheres se refletiram nos clubes estudados, em razão da “ausência de uma configuração político-organizacional da modalidade que estabelecesse condições para um desenvolvimento autossustentável” (p. 299-300). Nesse sentido, o Clube C não possuía meios de dar suporte ao futebol feminino. O Clube A, que apresentava maior potencial, pois usufruía da infraestrutura de um clube profissional, precisou descontinuar as atividades com as atletas, na medida em que faltavam patrocinadores. O Clube B, de infraestrutura média, apesar de ainda não fornecer estabilidade às mulheres, teve resultados positivos, garantindo auxílio médico e estrutura para treino (SOUSA JÚNIOR, 2013).

Segundo o autor, esses clubes não seguiam a legislação. Obrigavam o cumprimento de deveres constantes da Lei Pelé, mas não havia remuneração às atletas, que deveria constar de contrato. Diante disso, para se obter igualdade de direitos entre homens e mulheres é preciso que as atletas usufruam das garantias que os homens possuem. Defende-se, desse modo, o reconhecimento de vínculo das atletas com os clubes, políticas afirmativas que deem espaços de decisão às mulheres em entidades como a Fifa e a Conmebol, política pública que preze pela igualdade nesse campo, além de estudos que desmascarem conceitos errôneos, a exemplo da crença de que futebol não deve ser praticado por mulheres (SOUSA JÚNIOR, 2013).

4.3 Rugby

Bettine, Gutierrez e Oliveira (2017) entrevistaram²⁷ atletas que praticam *rugby* no Brasil, a fim de compreender como visualizavam a prática do esporte, a feminilidade e “[...] sua luta como mulher em um local dominado por homens”. O objetivo foi “entender como elas interpretavam a sua participação em uma modalidade pouco conhecida e atrelada a valores heteronormativos” (2017, p. 149).

As entrevistadas responderam já terem sido alvo de preconceito e que enfrentam resistência para a prática do esporte (BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017). Cumpre ressaltar que “a falta de incentivo para as modalidades femininas é um grande problema presente em todas as modalidades, com as atletas recebendo menos atenção da mídia e menos recursos das suas confederações” (p. 147). A maior parte dos recursos destina-se à modalidade masculina, no entanto as atletas argumentam que justamente por ser o *rugby* feminino uma área de grande competição internacional, requereria maiores recursos. Perguntadas a respeito das transformações que o esporte trouxe para seus corpos, destacaram que já foram criticadas, especialmente por familiares, em razão de terem um corpo similar ao tido como masculino (BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017).

Em estudo de caso que correlaciona gênero e *rugby*, Wright e Clarke (1999) destacam que as escolhas discursivas da mídia sobre as atletas desse esporte acabam por reforçar uma heterossexualidade obrigatória. Para compensar o fato de mulheres jogarem *rugby*, os discursos dão a certeza para os leitores – na maioria homens – de que as atletas são femininas de outras formas, além de que seus jogos não constituem uma intimidação aos atletas masculinos. Os dados foram coletados a partir de jornais australianos e do Reino Unido e criaram-se categorias. Quanto à primeira – descritiva ou explanatória – utilizaram-se como base *The Guardian* (Jupp, 1996) e jornal universitário (*Woolage*, 1996). Entre outras conclusões, com base em Jupp (1996), os autores concluem que quando os esportes femininos e masculinos eram comparados, as diferenças normalmente eram descritas de modo a reproduzir desigualdades de gênero por meio do discurso.

A segunda categoria, relacionada à misoginia e antagonismo à prática feminina pelo esporte, estudou Martin Johnson (1997) em *The Sunday Telegraph*. O discurso ridicularizava e inferiorizava as atletas, bem como abordava de maneira sexista as aparências. Quanto à terceira categoria – simpatizante pela prática, mas heterossexista – averiguaram-se os artigos de Howell no jornal *The Sunday Times*, de Junee, 1996, em *Australian*

²⁷ As entrevistas foram realizadas “durante a terceira etapa do campeonato feminino, o Super Sevens, competição mais importante da temporada de *rugby* feminino reunindo as melhores equipes e atletas” (BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017, p. 144).

Rugby Review e *Sheehan*, em *The Sydney Morning Herald*, todos de 1996. O primeiro, embora discorde sobre as atletas com admiração, ainda faz menção à aparência. Além disso, reforça uma heterossexualidade obrigatória. Já o artigo de *June* separava as jogadoras das demais mulheres, e as infantilizava. Observaram-se em *Sheehan* (1996) e *June* (1996) referências a estereótipos femininos. Os autores ainda mencionam uma quarta categoria, relacionada à sexualidade (WRIGHT; CLARKE, 1999).

Quanto às similaridades entre os artigos, compreendem que a maioria indicava a seriedade das mulheres ao praticarem o esporte, bem como que essa prática não se constitui em uma ameaça à heterossexualidade. Além disso, desconsideravam a existência de mulheres lésbicas (WRIGHT; CLARKE, 1999). Embora esse estudo possua alguns anos, observa-se que a prática de *rugby* ainda é avaliada de forma negativa, haja vista atribuições de gênero e padrões heteronormativos, conforme Bettine, Gutierrez e Oliveira (2017).

Em suma, há um padrão de problemáticas nas modalidades esportivas estudadas, relacionado a uma estética corporal, normas sobre feminilidade, recursos desiguais, dúvidas sobre capacidade feminina e indagações quanto ao lugar que deveriam ocupar. As desigualdades de gênero estão presentes nos esportes, de modo que a participação de mulheres em um mundo criado e mantido pelo masculino ainda gera recomendações dos homens destinadas às mulheres, além de preconceitos e argumentos atrelados à Biologia para justificar desigualdades injustas (FLORES, 2010; BEAUVOIR, 1970; SILVEIRA, 2013; GOELLNER, 2005, 2007a, 2007b, 2013; BETTINE, GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017), sendo imprescindível ressignificar e alterar esse discurso, para que de fato as mulheres se integrem nesse campo, aproximando-se cada vez mais da igualdade substancial defendida por Bobbio (1993).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se das lições de Maders e Angelin (2010), Goellner (2005, 2007a, 2007b, 2013), Camargo e Kessler (2017), Silveira (2013), Flores (2010), Beauvoir (1970), ser comum encontrar recomendações de que as mulheres não deveriam participar de determinada modalidade esportiva por contrariarem sua natureza ou a feminilidade, no entanto as desigualdades de gênero nos esportes têm bases biológicas ou são historicamente construídas? Há um discurso marcado por atribuições que, perpassando a fronteira temporal, atribui funções para homens e mulheres, delimitando suas possibilidades de movimentos, de modo que tende a contribuir para as desigualdades de gênero no campo esportivo.

A história mostra que modalidades esportivas eram proibidas às mulheres; seus corpos sofreram erotizações; a visibilidade midiática para esportes praticados por mulheres é menor, assim como são os patrocínios; seus corpos podem ser julgados como excessivamente viris se ultrapassarem uma determinada “barreira da feminilidade” (GOELLNER, 2005, 2007a; BETTINE; GUTIERREZ; OLIVEIRA, 2017; SANTANA; SILVA, 2015). Esses fatores podem ser entendidos como barreiras à igualdade substancial de gênero nos esportes, indicando a importância de desconstrução discursiva e ressignificação.

Desse modo, se enaltecem os estudos de gênero no mundo dos esportes, por permitirem concluir que não é a anatomia de um corpo, visto como algo naturalmente dado e imutável, que irá delimitar o espaço de poder da mulher na Fórmula 1, futebol e *rugby*. Há poderes escondidos em discursos que culpam a natureza e a Biologia por desigualdades injustificadas, inaptas a fundamentar a dominação masculina na Fórmula 1, futebol e *rugby*. Em Análise de Discurso baseada em Foucault (2008), além das considerações de Butler (2017), verificou-se como se constituiu e se reproduz o cenário de dominação por meio de discursos na Fórmula 1, por exemplo.

Apesar de existirem situações em que um tratamento desigual é bem-vindo, há casos, nos esportes, em que uma abordagem desigual esconde um viés de problemáticas de gênero, mostrando-se injusto, a exemplo de restrições sobre a participação das mulheres. Desse modo, a compreensão das relações de poder envolvidas em discursos – que podem parecer verdades replicáveis – é importante para que se possa transformar o cenário desigual.

6 REFERÊNCIAS

- BETTINE, Marco; GUTIERREZ, Diego Monteiro; OLIVEIRA, Alua. Corpo e feminilidade a partir das experiências das jogadoras de rugby brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos do Lazer*, Belo Horizonte, v. 4, n. 3, p. 139-153, set./dez. 2017. ISSN: 2358-1239. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbel/article/view/578/395>. Acesso em: 8 maio 2020.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 4. ed. Paris: Librairie Gallimard. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Tradução Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.
- BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Tradução Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- CAMARGO, Wagner Xavier; KESSLER, Cláudia Samuel. Além do masculino/feminino: gênero, sexualidade, tecnologia e performance no esporte sob perspectiva crítica. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 23, n. 47, p. 191-225, jan-abr. 2017. ISSN: 0104-7183. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-71832017000100007>
- COLOMBIANA TATIANA... Globoesporte.com, Barcelona, Espanha, 6 mar. 2018. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/motor/formula-1/noticia/venezuelana-tatiana-calderon-e-anunciada-como-piloto-de-testes-da-sauber.ghml>. Acesso em: 8 maio 2020.
- COSTA, Fábio Soares da; SANTOS, Andreia Mendes dos. Diferença e igualdade nas relações de gênero no esporte. *Holos*, a. 34, v. 5, p. 140-150, nov. 2018. ISSN: 1807-1600. DOI: <https://doi.org/10.15628/holos.2018.7607>
- COSTA, Ariston Flavio; ZAIDAN FILHO, Michel. A busca pela fertilidade das utopias na discriminação por identidade de gênero: análise do panorama jurídico no Brasil e as questões irrespondidas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XXIV, v. 28, n. 1, p. 34-36, jan./abr. 2019. ISSN: 2318-8650. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1132>. Acesso em: 8 maio 2020.
- DEVIDE, Fabiano Pries; OSBORNE, Renata; SILVA, Elza Rosa; FERREIRA, Renato Callado; CLAIR, Emerson Saint; NERY, Luiz Carlos Pessoa. Estudos de gênero na Educação Física Brasileira. *Revista Motriz*, Rio Claro, v. 17, n. 1, p. 93-103, jan/mar. 2011. ISSN: 1980-6574. DOI: <http://dx.doi.org/10.5016/1980-6574.2011v17n1p93>
- DUARTE, André. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. *Revista Cinética*, p. 1-15, 2008. Disponível em: http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.pdf. Acesso em: 8 maio 2020.
- ESFORÇO FÍSICO... GloboEsporte.com, México, 5 mar. 2018. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/motor/formula-1/noticia/esforco-fisico-impede-sucesso-de-mulheres-diz-espanhola-que-ja-testou-na-f1.ghml>. Acesso em: 8 maio 2020.
- FLORES, Joaquín Herrera. Construcción de las garantías. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universtiária, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 20 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GIACOMONI, Marcello Paniz; VARGAS, Anderson Zalewski. Foucault, a arqueologia do saber e a formação discursiva. *Veredas On-line – Análise de Discurso*, Juiz de Fora, v. 14, n. 2, p. 119-129. 2010.
- GOELLNER, Silvana Vilodre. Feminismos, mulheres e esportes: questões epistemológicas sobre o fazer historiográfico. *Movimento. Revista de Educação Física da UFRGS*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 171-196, maio/ago. 2007a. DOI: <https://doi.org/10.22456/1982-8918.3554>
- GOELLNER, Silvana Vilodre. Gênero e esporte na historiografia brasileira: balanços e potencialidades. *Revista Tempo*, v. 19, n. 34, p. 45-52, jun. 2013. ISSN: 1413-7704. DOI: <http://dx.doi.org/10.5533/TEM-1980-542X-2013173405>
- GOELLNER, Silvana Vilodre. História das mulheres no esporte: o gênero como categoria analítica, 2007, Recife. CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DO ESPORTE, 15., CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS DO ESPORTE, 2., 2007. Recife. *Anais eletrônicos [...]*. Recife: CBCE, 2007b. p. 1-10. ISBN: 978-85-88968-12-7. Disponível em: <http://www.cbce.org.br/docs/cd/lista-resumos.htm>. Acesso em: 8 maio 2020.
- GOELLNER, Silvana Vilodre. Mulheres e futebol no Brasil: entre sombras e visibilidades. *Revista Brasileira de Educação Física e Esporte*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 143-151, abr./jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1807-55092005000200005>
- IÑIGUEZ, Lupicinio. A linguagem nas ciências sociais: fundamentos, conceitos e modelos. In: IÑIGUEZ, Lupicinio (coord.). *Manual de análise do discurso em ciências sociais*. Tradução Vera Lúcia Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004a.
- IÑIGUEZ, Lupicinio. A análise do discurso nas ciências sociais: variedades, tradições e práticas. In: IÑIGUEZ, Lupicinio (coord.). *Manual de análise do discurso em ciências sociais*. Tradução Vera Lúcia Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004b.

- JAEGER, Angelita Alice; GOELLNER, Silvana Vilodre. O músculo estraga a mulher? A produção de feminilidades no fisiculturismo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 19, n. 3, p. 955-975, dez. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2011000300016>
- KESSLER, Cláudia Samuel. Se é futebol, é masculino? *Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Paraná*, número especial 1, 2012. Seminário Nacional de Sociologia e Política, 4. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/sclplr.v0i1.64807>
- LAQUEUR, Thomas. *La construcción del sexo: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Tradução Eugenio Portela. Madrid: Cátedra, 1994.
- LIMA, Francielle Elisabet Nogueira. *Perspectivas críticas sobre a tutela jurídica de pessoas trans: diálogos entre estudos (trans) feministas e direito*. 2018. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba: UFPR, 2018.
- MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 10, n. 19, p. 91-115, jul./dez. 2010. ISSN: 2238-1228. DOI: <http://dx.doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v10n19p91-115>
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MONTEIRO, Caroline Barbosa; FORMENTIN, Claudia Nandi. Mulher no volante: a presença feminina na F1 em publicações do globoesporte.com. *Ces Revista*, Juiz de Fora, v. 33, n. 1, p. 209-204, jan./jul. 2019. ISSN: 1983-1625. Disponível em: <https://seer.cesjf.br/index.php/cesRevista/article/view/2020>. Acesso: 8 maio 2020.
- MORAES E SILVA, Marcelo Moraes. Escola e educação física: maquinaria disciplinar, biopolítica e generificante. *Rev. Bras. Ciênc. Esporte*, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 343-357, jun. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-32892012000200007>
- MOREIRA, Adilson José. *Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- NINA, Roberta. Por que não há mulheres na Fórmula 1: capacidade ou oportunidade? *Uol*, 25 abr. 2019, blog Dibradoras. Disponível em: <https://dibradoras.blogosfera.uol.com.br/2019/04/25/por-que-nao-ha-mulheres-na-formula-1-capacidade-ou-oportunidade/>. Acesso em: 8 maio 2020.
- NUNES, Danilo Henrique; SILVA, Juvêncio Borges. O direito fundamental ao trabalho e à equidade racial e de gênero: condição da efetivação da igualdade no âmbito das relações de trabalho. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 3, p. 85-126, set./dez. 2019. ISSN: 2177-1758. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1996. Acesso em: 8 maio 2020.
- ORLANDINI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 5. ed. Campinas, SP: Pontes, 2003a.
- ORLANDINI, Eni P. A Análise de discurso em suas diferentes tradições intelectuais: o Brasil. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS EM ANÁLISE DE DISCURSO, 1., 2003. Porto Alegre, *Anais [...]*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2003b. p. 1-18. Disponível em: <http://analisedodiscurso.ufrgs.br/anaisdosead/1SEAD/Conferencias/EniOrlandi.pdf>. Acesso em: 8 maio 2020.
- RIOS, Roger Raupp. Direito a antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, D.; IKAWA D.; PIOVESAN, F. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SANTANA, Daiane de Oliveira; SILVA, Grasiela Oliveira de Santana. O papel da mulher dentro do contexto esportivo: uma análise a partir do futebol. ENCONTRO INTERNACIONAL DE FORMAÇÃO DE PROFESSORES E FÓRUM PERMANENTE DE INOVAÇÃO EDUCACIONAL, 8., *Anais [...]*, v. 1, n. 8, 2015. ISSN: 2179-0663. Disponível em: <https://eventos.set.edu.br/index.php/enfope/article/view/1562>. Acesso em: 8 maio 2020.
- SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 11-30, jan./abr. 2005. ISSN: 1806-9504. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2005000100002>
- SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Tradução Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Texto original: Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York: Columbia University Press, 1989. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 8 maio 2020.
- SILVA, André dos Santos; NAZÁRIO, Patrícia Andrioli. Mulheres atletas de futsal: estratégias de resistência e permanência no esporte. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 26, n. 1, e40862, p. 1-15, 2018. ISSN: 0104-026X. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n140862>
- SILVEIRA, Viviane Teixeira. *Tecnologias e a mulher atleta: novas possibilidades de corpos e sexualidades no esporte contemporâneo*. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas (PPGICH), Florianópolis, 2013.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUSA, Noelma Cavalcante de; MENESES, Antonio B. N. Thomas de. O poder disciplinar: uma leitura em vigiar e punir. *Revista Saberes*, Natal, RN, v. 1, n. 4, p. 18-35, jun. 2010.

SOUSA JÚNIOR, Osmar Moreira de Souza. Futebol como projeto profissional de mulheres: interpretações da busca pela legitimidade. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Pós-Graduação da Faculdade de Educação Física, Campinas, 2013.

TIBURI, Marcia. *Feminismo em comum: para todas, todes e todos*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. Recurso Digital, formato Epub.

TORRÃO FILHO, Amílcar. Uma questão de gênero: onde o masculino e o feminino se cruzam. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 24, p. 127-152, jan./jun. 2005. ISSN: 1809-4449. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332005000100007>

WRIGHT, Jan; CLARKE, Gill. Sport, the media and the construction of compulsory heterosexuality. *International Review for the Sociology of Sport*, London, 34, p. 227-243, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1177/101269099034003001>

A EDUCAÇÃO EM BIOÉTICA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.9888>

Recebido em: 1º/12/2019

Modificações solicitadas em: 26/1/2021

Aceito em: 2/2/2021

Cristiani Pereira de Moraes Gonzalez

Autora correspondente. Universidade Federal da Paraíba – UFPB. João Pessoa/PB, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4744410010610734>. <https://orcid.org/0000-0002-6075-2939>. cristianipmorais@gmail.com

Maria Creusa de Araújo Borges

Universidade Federal da Paraíba – UFPB. João Pessoa/PB, Brasil.

RESUMO

No contexto de rápidos avanços tecnológicos e na ciência, a reflexão e a orientação sobre questões éticas alcançam centralidade e interessam à comunidade internacional. A necessidade dessa reflexão e/ou orientação coloca demandas e desafios para o campo da Bioética no quadro das normas internacionais e domésticas, com destaque para a Educação em Direitos Humanos. Nesse âmbito, é aprovada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos pela Unesco, em 2005, considerando a educação como uma questão-chave para a promoção da reflexão ética e para a orientação de escolhas e decisões dos governos, cidadãos e empresas, tendo como paradigma interpretativo a normativa internacional de proteção de direitos humanos. A partir de uma pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, busca-se, então, examinar como a educação em Bioética está prevista nessa Declaração, explicitando o seu papel relativo à promoção universal dos princípios éticos em conformidade com os direitos humanos. Com vistas a alcançar esse objetivo, utilizando-se do método dedutivo de abordagem, são apresentadas desde as concepções de direitos humanos às reflexões sobre o direito à educação e à educação em Bioética. A análise indicou que, embora a educação constitua uma questão-chave para a Bioética, estando prevista no artigo 23 da citada Declaração como uma das medidas para a promoção desta, o processo de educar em Bioética não está detalhado, demandando posição doutrinária sobre a matéria. Ainda assim, o reconhecimento dessa educação é expressivo para a promoção do respeito à dignidade da pessoa no contexto das questões suscitadas pelo progresso científico e suas tecnologias.

Palavras-chave: Bioética; direitos humanos; declaração universal sobre bioética e direitos humanos; educação em bioética.

EDUCATION ON BIOETHICS IN THE UNIVERSAL DECLARATION ON BIOETHICS AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

In the context of rapid technological advances and in science, reflection and guidance on ethical issues are central to and of interest to the international community. The need for such reflection and/or guidance poses demands and challenges to the field of Bioethics within the framework of international and domestic standards, with emphasis on Human Rights Education. In this context, the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights was approved by UNESCO in 2005, constituting education as a key issue to promote ethical reflection and to guide the choices and decisions of governments, citizens and companies, having as interpretative paradigm the international standard for human rights protection. Based on a descriptive, bibliographic and documentary research, it then seeks to examine how education in Bioethics is provided for in this Declaration, explaining its role in the universal promotion of ethical principles in accordance with human rights. In order to achieve this objective, using the deductive method of approach, they are presented from conceptions of human rights to reflections on the right to education and education in Bioethics. The analysis indicated that, although education is a key issue for Bioethics, and is provided for in Article 23 of the aforementioned Declaration as one of the measures to promote it, the process of educating in Bioethics is not detailed, demanding a doctrinal position on the matter. Nevertheless, the recognition of this education is expressive for the promotion of respect for the dignity of the person in the context of issues raised by scientific progress and its technologies.

Keywords: Bioethics; human rights; universal declaration on bioethics and human rights; education in bioethics.

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, vislumbra-se a premente necessidade de formar a humanidade para (re)conhecer e lutar pelos direitos humanos, bem como para agir eticamente diante dos desafios diários.

Tal constatação decorre da percepção de que o ser humano está imerso em um contexto paradoxal, no qual, ao lado da exigência cada vez maior de reconhecimento dos direitos humanos, tem-se a não efetividade de muitos deles; e também complexo, em que se repensam algumas relações, tal qual entre os conhecimentos, e se passa a requerer uma educação que promova uma inteligência apta a se referir ao complexo (MORIN, 2000).

Fato é que, diferentemente de algum tempo atrás, hoje faz-se necessário formar generalistas, quer dizer, pessoas com conhecimentos abrangentes e diversificados, que dialoguem, até para se evitar a corrente fragmentação do que é complexo pelas especializações. Isso significa que todo e qualquer profissional, inclusive o da área jurídica, precisa estar apto para lidar com as complexas situações que surgem diariamente, e que, muitas vezes, dizem respeito à ética da vida (por exemplo, eutanásia e aborto), para cuja resolução não basta o conhecimento de uma área.

Vislumbra-se que a ética da vida é indispensável nas sociedades contemporâneas e que os assuntos de Bioética são importantes para todos, razão pela qual torna-se central o processo de educar os cidadãos nessa matéria. Com efeito, no contexto de rápidos avanços tecnológicos e na ciência, a reflexão e a orientação sobre questões éticas na contemporaneidade alcançam centralidade e os assuntos atinentes a elas interessam à comunidade internacional. Tem-se que a necessidade dessa reflexão e/ou orientação coloca demandas e desafios para o campo da Bioética no quadro das normativas internacionais e domésticas, com destaque para a Educação em Direitos Humanos. E é nesse âmbito, justamente, que é aprovada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos pela Unesco, em 2005, constituindo a educação uma questão-chave para a promoção da reflexão ética e, sobretudo, para a orientação de escolhas e decisões dos governos, cidadãos e empresas, tendo como paradigma interpretativo a normativa internacional de proteção de direitos humanos. Não obstante a educação se constituir como uma questão-chave para a Bioética, estando prevista explicitamente no artigo 23 da citada Declaração como uma das medidas para a sua promoção, o processo de educar em Bioética não está detalhado, demandando posição doutrinária sobre a matéria e exigindo respostas a serem trabalhadas na pesquisa sociojurídica.

Nesse âmbito, a questão norteadora da pesquisa consiste em: Como a educação em Bioética está prevista na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos; quais os princípios e procedimentos a orientar os Estados na formulação de políticas legislativas e a orientar as ações dos cidadãos e as empresas com fundamento no diálogo interdisciplinar, pluralista e em conformidade com a normativa internacional de direitos humanos?

Com base nessa problemática, pretende-se examinar como a educação em Bioética está prevista na citada Declaração. Mais especificamente, almeja-se conceituar os direitos humanos e a Bioética; relacionar a Bioética com os direitos humanos; pensar o direito à educação e a educação em Bioética e analisar e descrever a educação em Bioética estabelecida na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Visando a alcançar esses fins, procede-se a uma pesquisa descritiva, viabilizada a partir do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa da documentação indireta em suas duas modalidades – pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

Por fim, convém explicitar que o presente artigo está organizado em quatro tópicos, com o primeiro sendo destinado à exposição de concepções de direitos humanos; o segundo, de noções de Bioética; o terceiro, de relações entre Bioética e direitos humanos e o quarto e último, de reflexões sobre o direito à educação e a educação em Bioética, dando-se ênfase à descrição desta a partir da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

2 DIREITOS HUMANOS: O QUE SÃO?

Antes de tudo, para que se possa compreender o que são direitos humanos, cabe fazer uma sucinta exposição acerca de sua afirmação histórica. O processo de afirmação histórica dos direitos humanos, habitual-

mente é dividido em “gerações”,¹ com fundamento no percurso histórico que inspirou sua criação (MAZZUOLI, 2017). Na verdade, normalmente, em três gerações de direitos humanos, com relação às quais há certo consenso, todavia, há teóricos que adicionam uma quarta e até mesmo uma quinta e sexta gerações. A partir de Mazzuoli (2017), no entanto, tratar-se-á de quatro.

A primeira geração corresponde aos direitos de liberdade, ou seja, aos direitos civis e políticos, a exemplo do direito à liberdade, e é fruto das revoluções liberais ocorridas no século 18. De acordo com Mazzuoli (2017), cuida-se de direitos que, tendo por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado. Esclarecendo melhor, está-se a falar de direitos que exigem “um não fazer” por parte do Estado.

A segunda geração equivale aos direitos de igualdade, isto é, aos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à educação, e nasceu no início do século 20, como resultado da transição do Estado Liberal para o Estado Social. Não obstante esses direitos se reportem também à pessoa individual (SARLET, 2015), a nota distintiva deles é sua dimensão positiva, uma vez que se pretende, com seu reconhecimento, a garantia da participação do indivíduo no bem-estar social (GONÇALVES, 2013). Trata-se, em suma, de direitos que requerem “um fazer” por parte do Estado.

A terceira geração, por sua vez, diz respeito aos direitos de fraternidade, tal como o direito ao desenvolvimento, e emana do contexto posterior à Segunda Guerra Mundial. Para Sarlet (2015), a distinção desses direitos reside na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável.

No que concerne à quarta geração, vale sublinhar que, para Bonavides (2011), ela resulta da globalização dos direitos fundamentais e abarca os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Já para Bobbio (2004), tais direitos são relativos aos efeitos da pesquisa biológica, que admitirá manipulação do patrimônio genético das pessoas. Há, ainda, estudiosos como Baruffi (2006), que incluem a Bioética como direito de quarta geração.

Seja qual for o número de gerações apontadas para organizar os direitos humanos de acordo com determinado grupo de direitos surgidos em uma época histórica específica, importa perceber que tais direitos constituem tema global da atualidade (ALVES, 2015).

Ultrapassadas essas considerações preliminares, pode-se retomar a questão central deste tópico: O que são direitos humanos?

A análise da problemática dos direitos humanos requer considerações preliminares sobre a matéria (BORGES, 2009). Uma primeira questão consiste na discussão relativa à existência de um aparente pleonasma nas expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” (COMPARATO, 2005; BOBBIO, 2004). A utilização das expressões, aparentemente repetitiva, justifica-se pelo fato de os direitos humanos se constituírem como “[...] algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos” (COMPARATO, 2005, p. 57).

Na condição de direitos que têm como referência o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o seu conteúdo – este, sim, dotado de historicidade – é determinado pelas necessidades sociais de cada época, com vistas ao favorecimento do princípio maior da dignidade. Dessa forma, justifica-se a pertinência da expressão “direitos humanos”, pois é necessário enfatizar que esses direitos têm como referência primordial a dignidade da pessoa humana, procurando promovê-la.

Os direitos humanos referem-se a direitos cujo conteúdo é variável, não podendo ser estabelecidos *in totum* (BOBBIO, 2004). Assim, o seu processo de reconhecimento sociojurídico caracteriza-se por uma constante abertura. Por isso, afirma-se que o rol dos direitos humanos traz a característica da inexauribilidade, expressando uma dogmática aberta (RAMOS, 2002). Na verdade, nesta seara, protege-se um direito pelo seu conteúdo, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, com referência às necessidades estabelecidas historicamente.

¹ É válido esclarecer que “A proposta de triangulação dos direitos humanos em ‘gerações’ é atribuída a Karel Vasak [...]” (MAZZUOLI, 2017, p. 51) e que há quem critique esse pensamento sob o argumento de que as gerações de direitos conduzem a uma ideia de sucessão e conseqüente substituição, o que não seria apropriado. Nesse sentido, Sarlet (2015) defende o uso da nomenclatura “dimensões”. Não obstante isso, considerando os ensinamentos de Mazzuoli (2017) e, sobretudo, seu uso habitual, emprega-se o termo “geração” neste trabalho.

Assim sendo, o rol dos direitos humanos traz a marca da mutabilidade. Direitos não mencionados em instrumentos internacionais de direitos humanos passam a ser reconhecidos em recentes tratados, como é o caso dos direitos ao desenvolvimento, à qualidade de vida, das pessoas com necessidades especiais, ao patrimônio genético, à proteção de dados, de não proliferação de armas nucleares, entre outros. Como afirma Bobbio (2004), a consideração de um direito como fundamental depende das circunstâncias históricas e culturais, pois essas circunstâncias detêm a característica da mutabilidade. Não há, portanto, a possibilidade de atribuição de um fundamento absoluto a direitos atrelados a condições históricas.

Podem, também, ser destacadas concepções de direitos humanos: uma tida como tradicional (em que se apresentam os elementos centrais que estabelecem a base da doutrina dominante), e outra como crítica (que se contrapõe justamente ao conceito tradicional).

Conforme Peterke (2013), o conceito tradicional dos direitos humanos pode ser sintetizado na afirmação de que eles são direitos pré-estatais que pertencem a todo o ser humano como pessoa. A alegação de que são direitos “pré-estatais” significa que essas garantias existem independentemente do seu reconhecimento pelo Estado. O elemento “todo ser humano” sinaliza que o único pressuposto é pertencer ao gênero humano. E a afirmação de que os direitos humanos pertencem a todo o ser humano “como pessoa” refere-se à pessoa como conceito normativo baseado na ideia de dignidade humana.

Como representante de uma teoria crítica dos direitos humanos, Flores (2009) critica a teoria tradicional afirmando que ela começa falando dos direitos e termina falando dos direitos, quer dizer, sustenta uma concepção *a priori* dos direitos humanos, que faz com que se pense ter direitos antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Propondo uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizadora em práticas sociais emancipadoras, o mencionado autor defende movimento diverso da teoria tradicional, sublinhando que os direitos vêm depois das lutas pelo acesso aos bens.

Para esse autor, os direitos humanos constituem um tema de alta complexidade,² que deve ser pensado por meio de três níveis: “o quê?”, “por quê?” e “para quê?”

Como conceituar os direitos humanos constitui um dos objetivos deste estudo, focaliza-se o primeiro nível. Sendo assim, a partir de Flores (2009), pode-se afirmar que os direitos humanos são resultado de lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários à vida, ou seja, para viver com dignidade, esta sendo entendida como um fim material.

Na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, mais especificamente em seu artigo 3º, há, inclusive, um princípio relacionando dignidade humana e direitos humanos, cujo conteúdo reside não apenas no respeito pleno da dignidade humana e dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, como também na decisão de dar prioridade aos interesses e ao bem-estar da pessoa em detrimento do interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

3 A QUE SE REFERE A BIOÉTICA?

A Bioética, como campo do saber, surge na década de 70 do século 20, nos Estados Unidos da América do Norte. Efetivamente, esse termo se popularizou a partir de janeiro de 1971, quando Van Rensselaer Potter publicou a obra “Bioethics: a bridge to the future”³. Nela, ele justificou ter escolhido “bio” para representar o conhecimento biológico dos sistemas vivos, e “ética” para retratar o conhecimento dos sistemas de valores humanos (OLIVEIRA, 1997). A contribuição desse estudioso para o surgimento dessa disciplina/área de pesquisa foi tamanha que ele é considerado seu criador, como mencionam Garrafa e Costa (2000).

Importa consignar que o campo da Bioética passa por transformações diante da condição de historicidade do fazer humano e dos rápidos avanços científicos e tecnológicos. De fato, conforme explica Neves (2014), quando de seu surgimento, a Bioética, na qualidade de ética aplicada, manifestava-se como afirmação de uma

² Flores (2009) discorre sobre as complexidades cultural, empírica, jurídica, científica, filosófica, política e econômica.

³ Vale esclarecer que, a despeito de esse vocábulo ter se popularizado com Van Rensselaer Potter, fato que se enfatiza aqui, para Freire (2018) ele teria apenas definido e revivido, de forma aparentemente independente, a palavra bioética, posto que esta teria sido cunhada primeiramente por Fritz Jahr em 1927 e referida ainda por Albert Schweitzer em 1936.

nova expressão do dever; mas, hoje, se assume cada vez mais como ética cívica nas sociedades democráticas, enfrentando o desafio de não só se manter fiel ao sentido do dever como exprimir os interesses da maioria dos cidadãos afetados pelos progressos biotecnológicos.

O advento da Bioética foi desencadeado pelo progresso das biotecnologias e sua aplicação ao ser humano, o que veio a criar realidades em relação às quais as pessoas não sabiam como deveriam agir (NEVES, 2014). Constata-se que ela surgiu como expressão da necessária subordinação da ciência ao humano, com vistas a resguardar a dignidade da pessoa, em especial daquela que estava em situação de vulnerabilidade, por exemplo, em decorrência de pandemias.

Nas suas décadas de história, a Bioética foi se desenvolvendo de uma forma avassaladora, não apenas intensificando o que constituiu parte essencial do seu sucesso desde sua origem, notadamente a autonomia no plano pessoal e a institucionalização no plano social (NEVES, 2014), como se revestindo de poder, o que a afastou da sua lógica de dever.

Ao longo do tempo, a Bioética foi mudando seu enfoque do indivíduo e da sua autonomia para incidir na comunidade e na justiça social, e se fixar em diversas comunidades em distintos países e ainda na solidariedade internacional (NEVES, 2014).

Percebe-se que houve um alargamento do domínio da Bioética, de tal modo que ela deixou de se situar, exclusivamente, no plano biomédico para abarcar outras esferas, como a ambiental e a social. Além disso, não obstante haja críticas a esta postura,⁴ deve-se ponderar que há princípios orientadores do que se considera uma conduta ética em relação à vida (OLIVEIRA, 1997).

Versando sobre a bioética laica, Oliveira (1997) declara que são adotados como princípios a autonomia ou o respeito à pessoa (o que acarreta que o ser humano tem direito de responder por seus atos, de exercer o direito de escolha, devendo os profissionais respeitarem sua vontade); a beneficência ou não-maleficência (que suscita a ideia de que toda ação na área de saúde deve objetivar o bem da pessoa, evitando-se danos) e a justiça (que corresponde à justa distribuição dos bens e serviços).⁵ Ao tratar dos princípios fundamentais da bioética, Bellino (1997) também os menciona. De igual modo procede Anjos (2000), apontando-os, embora para explicitar percepções num contexto específico – o latino-americano.

Além do mais, é preciso destacar que há uma pluralidade de perspectivas teóricas atinentes à Bioética, inclusive em âmbito internacional, bem como uma variedade de concepções acerca da mesma, sendo válido evidenciar algumas destas.

Etimologicamente, tal como esclarece Oliveira (1997), bioética significa ética da vida, posto que a palavra é constituída pelos vocábulos de origem grega “bios” (vida) e “ética” (costumes, valores relativos a determinado agrupamento social em algum momento de sua história).

Ainda segundo essa autora, a Bioética tem como objetivo geral buscar benefícios e garantir a integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio da defesa da dignidade humana; e possui uma dupla faceta (é um movimento e uma disciplina) a qual lhe confere a peculiaridade de ser, ao mesmo tempo, reflexão e ação.

A Bioética, também, teria como objetivo contribuir para que as pessoas estabeleçam uma conexão entre a cultura científica e a cultura humanística, de maneira que seja possível discutir e avaliar os impactos que a tecnologia possa vir a causar sobre a vida (DORA; TEIXEIRA PRIMO; ARAÚJO, 2019).

Sendo assim, a Bioética apresenta-se hoje como uma das disciplinas de maior relevo no controle da biotecnologia e no enfrentamento dos dilemas morais que advêm das fricções entre o desenvolvimento técnico-científico e a proteção da vida humana (MOURA; MEDEIROS, 2015).

Com fundamento em Bellino (1997), pode-se observar que ela é mais que uma disciplina, é um território, um terreno de confronto de saberes acerca de problemas surgidos em decorrência do progresso das ciências biomédicas, das ciências da vida e mesmo das ciências humanas, dentro do qual a complexidade cultural e

⁴ Como afirma Campbell (2000), dentro da bioética há uma reação contra o domínio da abordagem pautada em princípios.

⁵ Embora Oliveira (1997) faça referência a outros princípios, como os princípios da qualidade de vida e da alteridade, e constata que não se chegará a um entendimento no que concerne aos princípios da bioética, seja quantitativa ou qualitativamente, ela sustenta que esses três princípios constituem a chamada “trindade da bioética”.

científica confere ao estatuto epistemológico da bioética uma conotação multidisciplinar. Faz-se necessário, então, adotar uma visão de Bioética interdisciplinar, flexível e aberta, nunca dogmática e sempre em revisão (CASADO, 2009a). Por fim, convém citar alguns temas da Bioética, são eles: os direitos reprodutivos, o acesso aos meios de manutenção da saúde e da vida e as manipulações genéticas.

4 INTERSEÇÕES ENTRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

Primeiramente faz-se imprescindível sublinhar que a Bioética está incumbida de pensar um mínimo moral retomando justamente a discussão acerca dos direitos individuais e sociais, isto é, dos direitos humanos na ordem democrática. Trata-se, com efeito, de disciplina preocupada com a humanização, que é condição necessária para que os direitos humanos e a cidadania possam, efetivamente, acontecer nas esferas privada e pública (ZANCANARO, 2007).

Assim, observa-se que a Bioética tem como parâmetro a proteção dos direitos humanos em suas reflexões desde o início da vida e ao fim dela, no que respeita, por exemplo, às questões de reprodução assistida, de pesquisa com seres humanos e de eutanásia, e contribui para que tais direitos sejam concretizados.

Por outro lado, ao assumir como paradigma interpretativo e de ação a perspectiva de proteção dos direitos humanos, as ações voltadas à Bioética são humanizadas, razão pela qual necessitam levar em consideração alguns princípios, como dignidade humana, qualidade de vida, felicidade e justiça.

Humanizar as relações em sociedade, cada vez mais mediadas pelas tecnologias e pelo avanço científico veloz, seria, portanto, um ponto de interseção entre a Bioética e os direitos humanos, com base no compartilhamento de estruturas principiológicas com aporte no respeito à dignidade humana (ZANCANARO, 2007).

Relacionando essas matérias, Oliveira (1997) realça a importância do movimento bioético na luta pelos direitos humanos, afirmando que esta encontrará naquele um paradigma de reflexão e ação, com disposição para orientar o desenvolvimento científico rumo à priorização da função social das biociências e à promoção da cidadania.

Nesse cenário, também, merece ser mencionado o Biodireito, o qual, como interface entre Bioética e Direito, ou fronteira da biotecnologia e dos direitos humanos, consiste na compreensão do fenômeno jurídico enquanto conhecimento prático empenhado na promoção da vida humana (SILVA, 2003).

Tal concepção implica reconhecer que o Biodireito, para além das prerrogativas humanitárias já asseguradas, deve incorporar, em seu campo de reivindicação, prerrogativas negadas, quer dizer, envolver-se com os direitos humanos relacionados ao subdesenvolvimento – por exemplo, o direito à alimentação e o direito à renda – e ao sobredesenvolvimento – à semelhança do direito ao sigilo de dados genéticos e do direito de não se sujeitar à obstinação terapêutica.

5 DO DIREITO À EDUCAÇÃO E DA EDUCAÇÃO EM BIOÉTICA NA DECLARAÇÃO DA UNESCO

De início, vale esclarecer que, como um direito social, o direito à educação está enquadrado na segunda geração de direitos humanos. Integra, assim, o elemento social da cidadania (BORGES, 2008). Ademais, ele constitui direito subjetivo que deve ser tutelado pelo Estado, o que significa que a pessoa pode requerê-lo em juízo. Torna-se relevante enfatizar que esse direito é reconhecido tanto em instrumentos internacionais quanto nacionais.

Enfocando o plano internacional, de imediato faz-se necessário destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, em cujo documento o direito à educação é reconhecido no artigo 26, como direito universal:

Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, ao menos no que diz respeito à instrução elementar e fundamental. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional haverá de ser generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos em função dos respectivos méritos [...]” (ONU, 1948, p. 8, tradução nossa).

⁶ No texto original: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos [...]” (ONU, 1948, p. 8).

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 1966 e vigente a partir de 3 de janeiro de 1976, tal direito é tratado no artigo 13, sendo reiterado como direito universal nos seguintes termos: “1. Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. [...]”⁷ (ONU, 1966, p. 5, tradução nossa).

Na Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada em 25 de junho de 1993, o direito à educação está positivado basicamente (uma vez que previsto em outros dispositivos também) no artigo 33 da Parte I, no qual se dispõe que “A Conferência Mundial de Direitos Humanos reitera o dever dos Estados [...] de orientar a educação de maneira que se fortaleça o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais [...]”⁸ (ONU, 1993, p. 29, tradução nossa).

Nessa Declaração enfatiza-se mesmo, de forma expressa, uma educação em direitos humanos, isto é, uma prática social orientada para a socialização numa cultura de respeito, defesa e promoção dos direitos humanos (BORGES, 2008), tanto que se reserva uma seção para cuidar da educação em matéria de direitos humanos – item “D” da Parte II (parágrafos 78 a 82).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), mais especificamente em seu artigo 6º, o direito à educação consta como direito social, sendo válido sublinhar que ele tem primazia em relação aos outros direitos sociais (BORGES, 2008).

Esse direito é especificado na seção I (Da educação) do capítulo III (Da Educação, da cultura e do desporto) do título VIII (Da ordem social), ou, em outros termos, nos artigos 205 a 214 da CF/88. Consoante o artigo 205, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida com a colaboração da sociedade. No artigo 208, especifica-se a efetivação do direito à educação, por parte do Estado, por meio de algumas garantias, como educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade.

Ante o exposto, não restam dúvidas acerca do reconhecimento do direito à educação nos planos externo e interno. Em que consiste (deve consistir), porém, a educação no contexto atual? E a que faz alusão uma educação em bioética?

A educação é um operador de aprendizagem da cultura, e, como instituição e prática social, ela precisa vir a ser base para a projeção do porvir (ALMEIDA, 2014).

Assim, observando o contexto vivenciado (que é complexo), faz-se imprescindível pensar e desenvolver uma educação complexa, que pode ser facilitada a partir da consideração de alguns princípios intimamente relacionados com as preocupações da bioética, tais como o de que, para viabilizar a sustentabilidade da vida no planeta, deve-se avaliar os prognósticos da tecnociência para o amanhã que se inicia hoje, problematizando a ideia do progresso ilimitado da ciência; e o de responder com atitudes condizentes com os valores éticos da vida e da diversidade cultural diante da sociedade do terror (ALMEIDA, 2014).

Nessa conjuntura, sabendo-se que a educação pode tanto humanizar quanto desumanizar (ZANCANARO, 2007), e que é preciso estabelecer uma consciência bioética, considerando-se “um crime contra a humanidade” a atitude de negar à sociedade a oportunidade de acesso ao saber e às reflexões da micro e da macrobioética (OLIVEIRA, 1997); assim entendido, torna-se necessário criar e instituir programas de educação em bioética, tanto formais quanto informais, logo, de responsabilidade das instituições formais de ensino, e a cargo de atores do movimento bioético.

Discorrendo sobre o desenvolvimento de programas de educação em bioética, Have (2014) observa que o número de programas de ensino de ética cresceu rapidamente nos primeiros anos da década de 70, primeiramente nas faculdades de Medicina nos Estados Unidos da América, mas, desde então, o escopo da educação em bioética teria se ampliado consideravelmente, de modo que o ensino de ética passou a ser oferecido não só durante a Graduação como depois dela – em Especializações, programas de Mestrado e de Doutorado, sem olvidar ambientes clínicos.

⁷ No texto original: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación [...]” (ONU, 1966, p. 5).

⁸ No texto original: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reitera el deber de los Estados [...] de encauzar la educación de manera que se fortalezca el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales [...]” (ONU, 1993, p. 29).

Apesar dos avanços, deve-se mencionar que a educação em bioética, particularmente em âmbito global, enfrenta vários desafios.

Com efeito, tal como observa Have (2014), não está claro se ela se deteriora sob pressões econômicas e políticas em Universidades, substituindo-se pessoal experiente por adjuntos temporários e cursos *on-line*, assim como se o ensino da ética tem sido usado por formuladores de políticas como um tipo de remédio paliativo. É necessário citar, também, consoante o mesmo autor, a enorme heterogeneidade do campo, da qual decorre a percepção de que não se sabe ao certo o que tal educação deve implicar dentro de um mesmo país, ainda mais porque diferentes tipos de programas são oferecidos, abordagens e métodos didáticos diferem, o número de horas de ensino é amplo e o curso de Ética não está programado nas mesmas fases do currículo.

Não obstante essas dificuldades, é fundamental que a bioética seja ministrada nos cursos universitários, não devendo seu ensino estar restrito aos ciclos básicos. Para tanto, a bioética deve ser trabalhada entre, através e para além das disciplinas, de maneira inter-multitransdisciplinar. Ademais, devem ser oferecidos módulos de formação continuada ao longo dos cursos (REGO; ROSITO; YAMADA, 2007).

Defende-se também que a educação em Bioética precisa desenvolver uma perspectiva global baseada em noções éticas, tais como solidariedade, dignidade humana e responsabilidade social (HAVE, 2014).

A partir dessas considerações, pode-se proceder à análise e descrição da educação em Bioética na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada pela 33ª sessão da Conferência Geral da Unesco, em 19 de outubro de 2005.

Antes disso, importa destacar que essa Declaração foi fruto de mobilizações sociais intensas (SILVA; MEDEIROS, 2015) e possui forte teor social (OLIVEIRA; VILLOPOUCA; BARROSO, 2006). Ao revelar sobre o que trata, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos apresenta, em seu artigo 1º, uma concepção mais ampla de Bioética, levando em consideração as dimensões social, jurídica e ambiental imbricadas nas questões éticas suscitadas pela Medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias que lhes estão associadas, na sua aplicação aos seres humanos.

No que diz respeito à educação em Bioética, a supracitada Declaração reserva um artigo para debatê-la juntamente com a formação e a informação em Bioética,⁹ ou seja, o artigo 23, o qual está inserido dentre as medidas para a promoção da Declaração sob o título de “Educação, formação e informação em matéria de Bioética”.

Logo no primeiro parágrafo do artigo 23 são revelados os objetivos dessa educação: promover os princípios enunciados na presente Declaração e assegurar uma melhor compreensão das implicações éticas dos progressos científicos e tecnológicos, em particular entre os jovens. Ademais, frisa-se a responsabilidade dos Estados na sua consecução, quando se estabelece que eles devem “[...] esforçar-se não só por fomentar a educação e formação relativas à bioética em todos os planos, como também por estimular os programas de informação e difusão de conhecimentos sobre bioética”¹⁰ (UNESCO, 2005, p. 10, tradução nossa).

Note-se a defesa da educação em Bioética em “todos” os níveis, e não apenas nas escolas de segundo grau (Ensino Médio) como sustenta Oliveira (1997) ao referir que este é o público-alvo prioritário para o trabalho de despertar uma consciência ética. Vislumbra-se, ainda, uma abertura para a efetivação dessa educação fora do ensino formal, direcionada a toda a sociedade, posto que devem ser estimulados programas de informação e difusão relativos à Bioética.

No parágrafo 2º do artigo em questão, ao mesmo tempo em que se reforça o papel dos Estados na efetivação da educação em Bioética, admitindo-se que os mesmos convidem outras entidades a cooperar nessa tarefa, ampliam-se os interlocutores envolvidos ao se estabelecer que “os Estados devem incentivar as or-

⁹ Como está saliente no artigo 23 da citada Declaração e esclarece Casado (2009b), educação-formação distingue-se de informação na medida em que mediante esta transmitem-se dados e conhecimentos, porém sem avaliação/orientação e aqueles termos implicam um passo a mais, envolve avaliação e tomadas de decisão (desenvolvimento da consciência).

¹⁰ No texto original: “[...] esforzarse no sólo por fomentar la educación y formación relativas a la bioética en todos los planos, sino también por estimular los programas de información y difusión de conocimientos sobre la bioética” (UNESCO, 2005, p. 10).

ganizações intergovernamentais internacionais e regionais, assim como as organizações não governamentais internacionais, regionais e nacionais para participar desta tarefa”¹¹ (UNESCO, 2005, p. 11, tradução nossa).

Não obstante a educação se constituir como uma questão-chave para a Bioética, estando prevista explicitamente no artigo 23 da citada Declaração como uma das medidas para a sua promoção, o processo de educar em Bioética não está detalhado, demandando posição doutrinária sobre a matéria. Ainda assim, o reconhecimento da educação representa um expressivo destaque para a promoção do respeito à dignidade da pessoa humana no contexto das questões suscitadas pelo progresso científico e suas tecnologias.

Cabe realçar ainda que, apesar de a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos não conter maiores detalhes acerca da educação em Bioética que deve ser desenvolvida,¹² por exemplo, quais conteúdos e metodologias podem concretizá-la, tal Declaração tem muita importância no contexto atual, pois enuncia princípios que interligam ética e direitos humanos e prevê a necessidade de se promover a educação em Bioética, delineando as obrigações dos Estados-partes.

Nesse quadro, com o reforço da previsão da educação em Bioética nesse instrumento internacional, apreende-se um direito cada vez mais necessário e indispensável, a saber: o direito à educação em Bioética, um direito que emerge diante das necessidades históricas condicionadas pela mediação das relações sociais pelos avanços tecnológicos e científicos.

Para efetivá-lo, é preciso fomentar a educação (e a formação) atinente à Bioética com base nos princípios da própria Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e a partir de uma atitude que promova o respeito às diferentes cosmovisões e a abertura aos avanços do conhecimento (CASADO, 2009b), com fundamento no pluralismo, na tolerância, na democracia e no respeito aos direitos humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo buscou-se verificar como a educação em Bioética está prevista na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco. No contexto de rápidos avanços tecnológicos e na ciência, a reflexão e a orientação sobre questões éticas na contemporaneidade alcançam centralidade e os assuntos atinentes a elas interessam à comunidade internacional. A necessidade dessa reflexão e/ou orientação coloca demandas e desafios para o campo da Bioética no quadro das normativas internacionais e domésticas, com destaque para a Educação em Direitos Humanos. Nesse âmbito, na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco a educação constitui-se como uma questão-chave para a promoção da reflexão ética e, sobretudo, para a orientação de escolhas e decisões dos governos, cidadãos e empresas, tendo como paradigma interpretativo a normativa internacional de proteção de direitos humanos. Não obstante a educação se constituir como uma questão-chave para a Bioética, estando prevista explicitamente no artigo 23 da citada Declaração como uma das medidas para a sua promoção, o processo de educar em Bioética não está detalhado, demandando posição doutrinária sobre a matéria, exigindo respostas a serem trabalhadas na pesquisa sociojurídica.

Nesse âmbito, a questão norteadora da pesquisa consistiu em: Como a educação em Bioética está prevista na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, quais os princípios e procedimentos a orientar os Estados na formulação de políticas e a orientar as ações dos cidadãos e das empresas com fundamento no diálogo interdisciplinar, pluralista e em conformidade com a normativa internacional de direitos humanos?

Nesse quadro, a educação em Bioética está prevista no artigo 23 da Declaração da Unesco e consta entre as medidas para a sua promoção. No parágrafo 1º são expostos os objetivos dessa educação, assim como é frisada a responsabilidade dos Estados para sua efetivação. Já no parágrafo 2º, ao mesmo tempo em que se reforça o papel dos Estados na sua consolidação, ampliam-se os interlocutores envolvidos, admitindo-se a atuação de organizações intergovernamentais e não governamentais. Além do mais, foi observado que ques-

¹¹ No texto original: “[2.] Los Estados deberían alentar a las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales, así como a las organizaciones no gubernamentales internacionales, regionales y nacionales, a que participen en esta tarea” (UNESCO, 2005, p. 11).

¹² Há estudiosos que se debruçam sobre a descrição dessa educação, assim como faz Freire (2018) ao propor, em seu artigo, temas atuais de bioética (e também de biossegurança) conduzidos a docentes que trabalham com adolescentes de 12 a 17 anos, e mesmo com alunos mais maduros, inclusive na Universidade.

tões pedagógicas, como temas a constar no currículo e metodologia a ser adotada, não foram mencionadas nessa Declaração, razão pela qual pode-se concluir que o processo de educar em Bioética não está detalhado no documento *sub examine*.

Ainda assim, cabe afirmar que, sendo a educação em Bioética um instrumento relevantíssimo a ser utilizado em prol do desenvolvimento de uma consciência bioética para promoção do respeito à dignidade da pessoa humana diante das questões éticas suscitadas pelo progresso e suas tecnologias aplicadas, o fato de ela estar prevista na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos representa um expressivo avanço no processo de afirmação histórica do direito à educação nessa matéria. Importa, sobretudo, destacar que a previsão expressa, em instrumento internacional de proteção de direitos humanos, da educação em Bioética nos incita a pensar sobre esse direito, sua estrutura principiológica, suas fontes e aspectos relativos ao seu conteúdo essencial.

7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria da Conceição de. Educação, complexidade e ética da diversidade. In: PORTO, Dora et al. (org.). *Bioética: saúde, pesquisa, educação*. Brasília: CFM; SBB, 2014. p. 203-221. Vol. 2.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (org.). *A bioética no século XXI*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 49-65.
- BARUFFI, Helder. Direitos humanos e educação: uma aproximação necessária. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, n. 15, p. 39-54, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/educar/textos/baruffi_dh_educ_aproximacao_necessaria.pdf. Acesso em: 3 dez. 2018.
- BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Tradução Nelson Souza Canabarro. Bauru: Edusc, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3. reimp. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BORGES, Maria Creusa de Araújo. *Do direito à educação nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos – o caso da educação superior*. Orientadora: Rosa Godoy. 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.
- BORGES, Maria Creusa de Araújo. Princípios norteadores da educação em direitos humanos na instituição universitária. *Verba Juris*, João Pessoa, ano 7, n. 7, p. 133-175, jan./dez. 2008.
- CAMPBELL, Alastair V. Uma visão internacional da bioética. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (org.). *A bioética no século XXI*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 25-35.
- CASADO, María. Presentación de la obra. In: CASADO, María (coord.). *Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*. Barcelona: Ed. Civitas, 2009a. p. 19-23.
- CASADO, María. Educación, formación e información en materia de bioética. In: CASADO, María (Coord.). *Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*. Barcelona: Ed. Civitas, 2009b. p. 509-521.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DORA, Cristiana Lima; TEIXEIRA PRIMO, Fabian; ARAÚJO, Gabriela de Moraes Soares. Reflexões bioéticas acerca da inovação em nanomedicamentos. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 45, p. 197-212, 2019.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FREIRE, Songeli. Temas de bioética e de biossegurança para uso de professores da educação secundária na preparação da autonomia de jovens entre 12 e 17 anos. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 44, p. 103-120, 2018.
- GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. Prefácio. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. *A bioética no século XXI*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 9-10.
- GONÇALVES, Leonardo A. *Direitos sociais: cidadania, política e justiça*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.
- HAVE, Henk ten. The future of bioethics education. In: PORTO, Dora et al. (org.). *Bioética: saúde, pesquisa, educação*. Brasília: CFM; SBB, 2014. p. 307-322. Vol. 2.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2000. Disponível em: <https://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/04/Edgar-Morin.-Sete-Saberes.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- MOURA, Samantha Nagle Cunha de; MEDEIROS, Robson Antão de. Aborto na perspectiva da bioética e do biodireito: o caso do Projeto de Lei nº 478/2007. In: MEDEIROS, Robson Antão de (org.). *Biotecnologia, bioética e direitos humanos*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. p. 73-92.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. Bioética, biopolítica e a sociedade contemporânea. In: PORTO, Dora et al. (org.). *Bioética: saúde, pesquisa, educação*. Brasília: CFM; SBB, 2014. p. 143-167. Vol. 2.
- OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.
- OLIVEIRA, Aline Alburquerque S. de; VILLOPOUCA, Karin Calazans; BARROSO, Wilton. Perspectivas epistemológicas da bioética brasileira a partir da teoria de Thomas Kuhn. In: GARRAFA, Volnei; CORDÓN, Jorge (org.). *Pesquisas em bioética no Brasil de hoje*. São Paulo: Gaia, 2006. p. 19-44.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. 1993. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1966. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Acesso em: 17 fev. 2019.
- PETERKE, Sven. Os direitos humanos coletivos e a proteção dos interesses fundamentais da humanidade: avanços e impasses. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer et al. (org.). *Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013. p. 17-88.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REGO, Sérgio; ROSITO, Margaréte May Berkenbrock; YAMADA, Kiyomi Nakanishi. Didática, formação de professores e ensino de Bioética. In: ANJOS, Márcio Fabri dos; SIQUEIRA, José Eduardo de (org.). *Bioética no Brasil: tendências e perspectivas*. Aparecida: Ideias & Letras; São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, 2007. p. 129-141.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.
- SILVA; Luís Gustavo Magnata; MEDEIROS, Robson Antão de. Biotecnologia e controle social: a amplitude da bioética no debate da sociedade atual. In: MEDEIROS, Robson Antão de (org.). *Biotecnologia, bioética e direitos humanos*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. p. 179-195.
- UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. 2005. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa. Acesso em: 3 dez. 2018.
- ZANCANARO, Lourenço. Bioética, direitos humanos e vulnerabilidade. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; ZOBOLI, Elma (org.). *Bioética, vulnerabilidade e saúde*. Aparecida: Ideias & Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007. p. 46-60.

SOCIEDADE DE CONSUMO E A (IN)SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA CAPITALISTA VIGENTE

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12633>

Recebido em: 15/8/2021

Aceito em: 26/8/2021

Daniel Rubens Cenci

Autor correspondente. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui. Rua do Comércio, 3000 – Bairro Universitário. Ijuí/RS, Brasil. CEP 98700-000. <http://lattes.cnpq.br/2325516905314833>.
<https://orcid.org/0000-0001-7919-6840>. danielr@unijui.edu.br

Willian Matheus Heineck

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijui. Ijuí/RS, Brasil.

RESUMO

O presente trabalho aborda a relação entre homem e natureza na perspectiva existencial, qual seja, a dependência do ser humano no que diz respeito a sua vida e bem-estar, diante da necessidade de consumir. Tal prática causa uma gama de consequências que podem comprometer a própria existência humana na Terra. O objetivo é analisar os impactos causados pela escolha consumista de vida e a organização capitalista da economia, sua condição insustentável perante a crise ambiental cotidiana. Em termos metodológicos, trata-se de uma pesquisa qualitativa, uma vez que se busca apresentar formas de (re)interpretar a sociedade de consumo e a construção de saberes outros, para uma sociedade sustentável, voltada para o respeito à natureza e a todas as formas de vida, superando o modelo capitalista de produção e consumo vigente.

Palavras-chave: Biodiversidade; consumo; crise ambiental; sociedade sustentável.

CONSUMER SOCIETY AND (UN)SUSTAINABILITY OF THE CURRENT CAPITALIST SYSTEM

ABSTRACT

This paper addresses the relationship between man and nature from an existential perspective, that is, the dependence of human beings with regard to their life and well-being, in view of the need to consume. Such practice causes a range of consequences that can compromise human existence on Earth. The objective is to analyze the impacts caused by the consumer choice of life and the capitalist organization of the economy, its unsustainable condition facing the daily environmental crisis. In methodological terms, this is a qualitative research, as it seeks to present ways to (re)interpret the consumer society and the construction of other knowledge, for a sustainable society, focused on respect for nature and all ways of life, surpassing the current capitalist model of production and consumption.

Keywords: Biodiversity; consumption; environmental crisis; sustainable society.

1 INTRODUÇÃO

Uma das piores consequências do modo de vida consumista que o ser humano vive na atualidade ocasiona a constante destruição dos recursos naturais que o planeta oferece. A ilimitada produção de bens materiais utilizados como matéria-prima, extraída do planeta Terra, prática induzida pelo sistema capitalista consumista, não dá conta da satisfação das infinitas necessidades que o homem cria para si próprio, o que está tornando o capitalismo um modelo insustentável ambientalmente. Isto significa que, ao prosseguir com o processo de esgotamento de recursos vigente, em breve os recursos naturais oferecidos cessarão e as consequências ambientais da exploração do planeta tornarão a vida do ser humano na Terra extremamente difícil, quando não impossível.

O grande paradoxo deste modelo manifesta-se na pretensão de atender às necessidades a qualquer custo, causando profundos impactos na natureza, mas o homem pode perceber seu vínculo de sobrevivência com a natureza e passar a preservá-la. Para isto acontecer, porém, é preciso entender que esta necessidade já existe e que as condições de vida do homem no planeta Terra estão cada vez mais ameaçadas.

O drama do atual contexto é que a principal fonte propulsora para o modo de vida consumista do capitalismo centra-se na exploração do planeta, ou seja, o principal responsável pelo possível comprometimento da qualidade de vida humana, assim como a conhecemos, é o próprio ser humano. O homem consumista, que assim é, pois busca realizar sua felicidade no consumo de bens materiais, precisa perceber que ao criar tantas necessidades, produziu a conveniência de não as criar mais. Para entender melhor esta crise e a equação resultante, busca-se aqui analisar os efeitos do modo de vida consumista no planeta Terra.

O desenvolvimento como atualmente concebido e as consequências do crescimento do capitalismo estão tornando-se insustentáveis ambientalmente. E é este ponto de insustentabilidade do modelo que será melhor discutido neste artigo. A confrontação com a perspectiva de geração de bem-estar com elevação infinita dos índices de consumo não são apenas paradoxo com a capacidade do planeta Terra na oferta de bem, mas interdita a capacidade existencial da vida humana.

2 CAPITALISMO E (IN)SUSTENTABILIDADE

Vive-se um momento da história de nosso planeta no qual a discussão sobre o desenvolvimento agregou uma dimensão qualificadora do contexto. Desenvolvimento sustentável tem representado o novo conteúdo, tendo aumentado e ganhado espaço, tanto entre os governos dos países como nas universidades, empresas, fóruns, congressos e redes sociais em geral. Os diversos estudos existentes e os próprios fatos do cotidiano, como as catástrofes climáticas, por exemplo, já comprovaram de todas as formas que o meio ambiente vem sofrendo mudanças drásticas em sua estrutura e interações, impactando negativamente a qualidade de vida humana, a biodiversidade e o conjunto de elementos que dão suporte à vida, promovendo a emergência do debate referente ao desenvolvimento com sustentabilidade. O maior motivo disso? A constante exploração da natureza, sem medidas ou cuidados que busquem manter um mínimo de sua saúde e equilíbrio.

O descaso com a vida do planeta é identificado em inúmeras áreas hoje comprometidas, como qualidade dos solos, das águas, do ar, na extinção de espécies, manifestos nos índices de exploração e extrativismo, gerando déficit na capacidade do planeta no que respeita à oferta de bens naturais, o que deveria oferecer perspectivas e abrigar infinitas gerações, já se apresenta insustentável e ocupa o centro das discussões, visto que tamanha indiferença poderá encurtar a existência do ser humano no planeta. Conforme assevera Jamieson, “muitos biólogos acreditam que a sexta maior onda de extinção desde o princípio da Terra está ocorrendo agora, e que esta, diferentemente das outras cinco, está sendo causada pela ação humana” (JAMIESON, 2010, p. 24). O que falta entender é que o planeta Terra não vai acabar, mas as ações do homem vão levá-lo a um novo ciclo, uma nova era. Está acabando, na verdade, o tempo de vida do próprio ser humano presente nele. Esta será a grande consequência dos seus atos.

Mas não nos iludamos. Nós, seres humanos, não temos nenhuma chance de ganhar esta guerra irracional e desapiedada, pois a Terra é ilimitadamente mais poderosa que nós. De mais a mais, nós precisamos dela para viver. Ela não precisa de nós. Existiu bem antes do ser humano e pode, tranquilamente, continuar sem a nossa

presença. Mas será uma perda inimaginável para o próprio universo que, nesta sua pequena porção que é o nosso planeta, nada mais se poderá, mediante o ser humano inteligente e consciente, ver-se a si mesmo e contemplar a sua majestade (BOFF, 2012, p. 23).

Um dos principais motivos desta exploração ambiental tão prejudicial ao planeta é o sistema econômico irracional, adotado em quase todo o mundo, o modelo capitalista, no qual nada é mais importante que o ganhar mais, acumular, render mais, enriquecer mais. Assim como o próprio ser humano foi transformando-se em um mero indivíduo que deve trabalhar para poder consumir, o meio ambiente tornou-se a vítima de toda e qualquer exploração que possa ser rentável aos detentores do poder econômico e da propriedade privada. Vive-se um período de ruptura com a mãe Terra, convertida em terra *commodity*.

Tal sistema passa por cima de tudo e de todos para manter-se vigoroso, sobreviver às próprias crises e renovar-se ou reinventar-se, conforme sua necessidade, sempre priorizando a lucratividade. Dessa forma, o ambiente natural e suas riquezas têm sido uma das principais vítimas, uma vez que nele está presente toda a matéria-prima necessária para a produção, a base do extrativismo que mantém o sistema em funcionamento. Boff demonstra isto com clareza, alertando que é preciso mudar este paradigma caso se queira andar minimamente no rumo da sustentabilidade.

O gênio do sistema capitalista se caracteriza por sua enorme capacidade de encontrar soluções para suas crises, geralmente promovendo a destruição criativa. Ganha destruindo um sistema e ao reconstruí-lo. Mas desta vez ele encontrou um obstáculo intransponível: os limites do planeta Terra e a escassez crescente de bens e serviços naturais. Ou encontramos outra forma de produzir e assegurar a subsistência da vida humana e da comunidade de vida (animais, florestas e os demais seres orgânicos) ou então poderemos conhecer um fenomenal fracasso que traz em seu bojo grave catástrofe social e ambiental (BOFF, 2012, p. 19).

Percebe-se que em momento algum da História o ambiente, a natureza ou sua continuidade foram considerados. O modelo econômico foi pensado e analisado de maneira individualista/egoísta e antropocêntrica, buscando apenas o bem-estar das pessoas. Mesmo as visões mais críticas apenas mostravam a desigualdade social entre as classes, mas raramente questionavam o comportamento extremamente antropocêntrico que o homem teve em relação à sua própria casa comum, ou ainda, tomando em termos econômicos, à sua maior fonte de riqueza, o planeta como celeiro de bens a serem extraídos.

Eis que, com o passar dos anos, o ser humano descobre o sentido e os impactos como resultado que sua exploração irracional de matérias-primas e a crise ambiental como síntese. Mudanças climáticas, desastres ecológicos e as demais “respostas” que a natureza começou a apresentar levaram o ser humano como explorador a tornar-se curioso e passa a pensar se suas práticas realmente o caracterizam como ser inteligente, superior e se está a agir corretamente. O atual contexto de crise, porém, é algo muito avançado em termos de consumo e deterioração do planeta Terra. O homem criou uma sociedade materialista e extrativista, fútil e extremamente consumista. Explorou e explora o planeta mergulhado neste mesmo pensamento, com o qual não controla seus próprios atos, e mesmo vendo o mal que faz a si próprio, continua a repeti-lo, como destaca Boff.

Devemos dar especial atenção à chamada *Pegada ecológica da Terra*, quer dizer: quanto de solo, de nutrientes, de água, de florestas[...] o planeta precisa para repor aquilo que lhe foi tirado para o consumo humano. [...] em 1961 precisávamos de apenas 63% da Terra para atender às demandas humanas. Em 1975 já necessitávamos de 97% da Terra. Em 1980 exigíamos 100,6% de Terra, portanto, precisamos mais de uma Terra. Em 2005 já atingíamos a cifra de 145% da Terra. Quer dizer, uma Terra e meia para estar à altura do consumo geral da humanidade. Em 2011 nos aproximamos a 170% da Terra. [...] A seguir este ritmo, no ano de 2030 precisaremos de pelo menos três planetas Terra iguais a este que temos. [...] a Terra já entrou, há bastante tempo, no cheque especial. Encontra-se no vermelho. Ela precisa de mais de um ano e meio para repor o que nós lhe subtraímos durante um ano. Em outras palavras, a Terra não é mais sustentável (BOFF, 2012, p. 25).

O sistema capitalista é bem claro e objetivo quando leva o homem a consumir em níveis máximos. Em regra, o homem também é muito claro quando aceita esta condição, elevando tal prática a uma condição de sobrevivência e satisfação de seus desejos e realização pessoal. A noção de felicidade é constituída baseada no materialismo, no consumismo, no acúmulo de bens. O ser humano é feliz à medida que tem maiores con-

dições de obter e consumir bens materiais. Neste sentido, está comprometido apenas com uma vida consumista, baseada na conquista de bens materiais, esquecendo valores morais e sociais, pessoais e coletivos, que deveriam constituir a verdadeira medida de seu bem-estar. Esta situação é fruto de um sistema voltado para a exploração em prol do consumo, o capitalismo.

Esta constituição material da vida rompe a relação de equilíbrio entre o homem e a natureza, faz com que o planeta se transforme em mera matéria-prima para atender aos anseios materiais e, ao ser explorado insaciavelmente, afastado de princípios de sustentabilidade, está inviabilizando a continuidade da vida do homem nele. Seguindo este rumo de análise, a Terra continuará a existir, em outras condições, porém o homem não encontrará condições de existência, consequência da irresponsabilidade que tem com sua própria casa. Assim, conclui-se que crise ambiental acaba sendo mais uma das péssimas consequências deste processo da vida humana, que parece caracterizar-se por uma involução moral do homem. Não é possível falar de uma crise ambiental isoladamente, muito menos justificá-la sem antes entender a crise moral e civilizatória que se externaliza na crise ambiental e caracteriza o homem como o ser que explora impiedosamente o planeta Terra. Somente um redirecionamento na maneira de viver e da redefinição do que significa bem-estar, seja ele individual ou social, é que pode impedir o encurtamento do período de vida da espécie humana e de muitas outras espécies na Terra.

Um dos caminhos a serem seguidos para uma mudança de paradigma é um ponto de vista diferente sobre a ecologia. Como sugere Capra (2014), é preciso um olhar mais profundo sobre a ecologia, no qual seres humanos e meio ambiente sejam vistos como iguais, fazendo parte de um todo, entrelaçado e com uma relação de dependência. O que se observa é um olhar antropocêntrico do mundo, por meio do qual tudo e todos devem atender às necessidades do ser humano. Este é um dos principais pontos da situação de insustentabilidade socioambiental referida até aqui.

Para Capra, uma ecologia vista superficialmente é “centralizada nos seres humanos. Para ele, os seres humanos estão acima ou fora da natureza e constituem a fonte de todos os valores” (CAPRA, 2014, p. 37). A “ecologia profunda” não isola a natureza dos objetos nem do ser humano, entendendo tudo como um corpo só, com relações de dependência. “A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular da teia da vida.” (CAPRA, 2014, p. 37). Trata-se de uma interpretação muito mais ampla da ecologia, considerando homens e meio ambiente iguais e dependentes entre si.

Fala-se de uma ética ecológica, que vê o ser humano como qualquer outro ser vivo, em condições de igualdade de importância e utilidade. Foge-se do antropocentrismo atual, buscando harmonia na convivência entre o homem e os demais seres do planeta Terra.

Enquanto o paradigma mecanicista baseia-se em valores antropocêntricos, a ecologia profunda está arraigada em valores ecocêntricos (centralizados na Terra). É uma visão de mundo que reconhece o valor inerente da vida não humana, reconhecendo também que todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas, conjuntamente ligadas em redes de interdependências. Quando essa percepção ecológica profunda torna-se parte de nossa percepção diária, emerge um sistema radicalmente novo de ética (CAPRA, 2014, p. 39).

Da mesma forma, Joaquin Sempere (2009) aposta no ecologismo como um dos caminhos para uma mudança de vida dos seres humanos, mudando suas necessidades, não dependendo tanto das necessidades materiais e encontrando novas maneiras de sentir e desfrutar de seu bem-estar. Um bom exemplo é a volta ao campo de pessoas que anteriormente buscaram a vida urbana. Este retorno significa um reencontro com o bem-estar do contato com a natureza e da fuga da vida agitada, rápida e consumista das cidades.

Consequente às mudanças de modo de vida dos indivíduos, fugindo do consumo excessivo de bens materiais, é uma esperança de maior sustentabilidade ambiental, visto que quando menos se consumir, menor será o impacto no ambiente e menor será a pegada de destruição a Terra.

El ecologismo ha inspirado e inspira aún una contracultura con sus correspondientes plasmaciones prácticas. No ha sido sólo un movimiento de toma de conciencia, investigación, educación y reivindicativo para evitar males ecológicos y promover alternativas. Ha empujado a muchas personas a vivir de otra manera, siendo un impulsor de cambios radicales en los sistemas de necesidades y en las formas de consumir y producir (SEMPE-RE, 2009, p. 220).

A mudança de paradigma trata, portanto, de uma mudança coletiva, solidária e de total superação, mas que se torna possível devido à natureza do homem de conseguir superar suas próprias crises e se reencontrar em meio aos seus erros. Uma nova visão de mundo e de vida faz-se necessária. É esta mudança que precisa acontecer. O alcance do desenvolvimento sustentável para a Terra, passa pelo (re) encontro do ser humano com o seu verdadeiro “eu”, que carrega dentro de si os verdadeiros valores da vida, os que trazem o seu verdadeiro desenvolvimento e a sua verdadeira felicidade, encontrando-se como integrante do planeta e não como dono dele. Esta construção de valores morais, compatíveis com um mundo de sustentabilidade é, sem dúvida alguma, a tarefa mais preciosa que hoje o homem possui e possuirá durante toda a sua existência.

3 A SUSTENTABILIDADE COMO DESAFIO E NOVAS FRONTEIRAS PARA A REALIZAÇÃO HUMANA

A sustentabilidade ambiental no capitalismo revela paradoxos de difícil sintonia em diferentes dimensões, mas também precisa ser analisada a fim de identificar possíveis soluções, ou seja, é preciso encontrar maneiras de viver e consumir sem destruir o planeta Terra. Caso contrário, este sistema alcançará, em sua total fragilidade, um de seus pontos fracos, a insustentabilidade diante da questão ambiental, e o próprio ser humano tornará praticamente inviável sua sobrevivência na Terra.

O modo de vida baseado no consumo hoje vigente é severamente destrutivo da natureza, gerando graves consequências, interferindo no sistema ecológico, desequilibrando as condições ambientais, impossibilitando a existência de inúmeras espécies, apontando para um caminho em que a própria existência humana se torna ameaçada. Enrique Leff (2009) alerta sobre estas condições e sobre suas possíveis consequências, sugerindo que sejam encontradas maneiras de alcançar um desenvolvimento econômico sustentável.

A racionalidade econômica que se instaura no mundo como o núcleo duro da racionalidade da Modernidade, se expressa em um modo de produção fundado no consumo destrutivo da natureza, que vai degradando o ordenamento ecológico do planeta Terra e minando suas próprias condições de sustentabilidade. Uma vez que o capital alcançou um certo grau de desenvolvimento – de elevação na sua composição orgânica – sua reprodução ampliada requer novas fontes de acumulação que lhe permitem ampliar as taxas de mais-valia (LEFF, 2009, p. 27).

Este desajuste entre o consumo e os recursos naturais gera uma crise ambiental, visto que a constante agressão ao ambiente na busca de recursos para produzir e atender aos anseios do capitalismo esgota a capacidade dos sistemas naturais. Não existe consciência ambiental no consumo e enquanto há recursos, mais recursos são retirados da natureza, sem pensar se futuramente esses recursos continuarão sendo ofertados pela resiliência do planeta. O modo de vida que considera apenas o desejo de consumo e bem-estar humano está na base do desequilíbrio ecológico, gerando insustentabilidade do sistema capitalista no modelo atual.

Caminhamos rumo a uma escassez global, na qual não haverá recursos suficientes para atender às demandas de consumo nem condições ambientais mínimas para o bem-estar do ser humano no planeta. “A degradação ambiental manifesta-se, assim, como sintoma de uma crise na civilização marcada pelo modelo de desenvolvimento construído na modernidade, no qual o desenvolvimento da tecnologia predomina, impondo impiedosa destruição da natureza” (LEFF, 2009, p. 205). A própria produção de alimentos fica prejudicada pela degradação ambiental e para que haja um futuro para o próprio capitalismo terão de ser respeitados os limites da natureza.

Enquanto a exploração abundante dos recursos naturais não apontou uma futura escassez deles nem a enorme quantidade de poluentes produzidos e inseridos na agricultura – que alimenta a sociedade – mostrou o desequilíbrio ecológico gerado, a questão ambiental do sistema capitalista não foi debatida. Ao perceber-se, porém, este cenário de possível escassez e degradação ambiental, é preciso discutir novas formas de exploração do planeta, entendendo que a fonte de recursos – planeta Terra – precisa ser tão valorizada quanto os produtos que a partir dela são produzidos.

A crise ambiental provocou a necessidade de internalizar no processo econômico o imperativo da sustentabilidade ecológica, através de formas de aproveitamento que evitem o esgotamento dos recursos não renováveis e possibilitem a produção sustentável dos recursos bióticos. O princípio da sustentabilidade emerge, assim, no

contexto da globalização econômica, como uma nova visão do processo civilizatório da humanidade. A crise ambiental veio questionar as bases conceituais que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico, negando a natureza. A sustentabilidade ecológica surge, assim, como um critério normativo na reconstrução da ordem econômica, como condição de sobrevivência humana e para se conseguir um desenvolvimento durável problematizando as próprias bases de produção (LEFF, 2009, p. 206).

Sob esta mesma análise da crise ambiental, diz-se que nos aproximamos do que seria chamada de “sexta extinção,¹” como afirma Luiz Marques Filho (2016), devido à irracionalidade ambiental da humanidade, que imagina “que podemos sobreviver sem a biodiversidade, ou que ela é, de alguma forma, periférica” (MARQUES FILHO, 2016, p. 377). Para este autor, a sustentabilidade significa vida ou morte para a humanidade. Um futuro sustentável não deve ser pensado apenas para a biodiversidade, mas preocupado com a sobrevivência da espécie humana que depende dela.

Esta “sexta extinção” possui características que a diferenciam muito das anteriores, principalmente pelo fato de ser gerada pela capacidade destrutiva de uma de suas espécies – o ser humano – na era do capitalismo global, que desencadeia a destruição das condições de vida de todas as espécies, inclusive a própria espécie humana. Ou seja, além de eliminar as espécies dominadas, a espécie humana, vista como dominante, também acaba por se autoeliminar, pelo “desfazimento da teia de sustentação biológica que lhe permite existir, e por um curtíssimo momento cultivar a ilusão de dominá-la” (MARQUES FILHO, 2016, p. 376).

Outra característica deste processo de extinção é sua rapidez. As extinções anteriores eram medidas em escalas geológicas. A unidade de tempo que mede a escala da sexta extinção vem se abreviando. “Em 1900, ela ocorria na escala de séculos. Cinquenta anos atrás, a escala de observação mais adequada seria a década. Hoje, a unidade de mensuração do avanço da sexta extinção é o ano ou mesmo o dia.” (MARQUES FILHO, 2016, p. 377). Trata-se, realmente, de um processo voraz de degradação ambiental e de futura impossibilidade de vida do ser humano na Terra.

Esta situação é fruto de um sistema que impõe uma economia de exploração de recursos linear, extraindo-os do planeta com muito maior velocidade que ele consegue os repor, como afirma Latouche, indo ao encontro do que se falou sobre a exploração da Terra até aqui:

Nosso crescimento econômico excessivo choca-se com os limites da finitude da biosfera. A capacidade de regeneração da Terra já não consegue acompanhar a demanda: o homem transforma os recursos em resíduos mais rápido do que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos (LATOUCHE, 2009, p. 27).

O atual estágio de exploração da Terra está ultrapassando os seus limites. Não são conhecidos quais são estes limites, mas, como afirma Tim Jackson, “sabemos o bastante para estarmos absolutamente certos de que o nível atual de atividade econômica está destruindo a integridade ecológica e o ecossistema” (JACKSON, 2013, p. 59). Não enxergar estes limites naturais que o planeta possui é condenar as próximas gerações a muitas faltas, até mesmo para atender suas necessidades essenciais.

O vídeo intitulado “História das Coisas”, disponível em *site* de busca de vídeos (Youtube), demonstra de uma forma simples e objetiva como o processo de produção capitalista interfere no meio ambiente, explorando a mão de obra e as necessidades de consumo do ser humano, que, em um processo complexo de devastação ambiental, poluição e produção de lixo, cria um sistema aparentemente funcional, mas que se analisado de forma detalhada mostra sua condição falha e prejudicial à humanidade e ao meio ambiente.

O processo de produção e consumo é chamado, neste caso, de “economia de materiais”, o qual é composto pelas fases de extração, produção, distribuição, consumo e tratamento de lixo. Tudo acontece aparentemente de maneira natural e saudável, porém trata-se de um sistema em crise, pois é um sistema linear, que não funciona em um planeta finito. Integrado ao mundo, à sociedade e ao meio ambiente, encontra limites, que vêm sendo ultrapassados, prejudicando o bem-estar das pessoas e do planeta.

¹ Conforme Luiz Marques Filho (2016), há cinco extinções anteriores, a primeira há 440 milhões de anos, a segunda há 365 milhões de anos, a terceira há 251 milhões de anos, a quarta há 210 milhões de anos a quinta há 65 milhões de anos. Está abrindo a era Cenozoica, que vivemos hoje, também chamada de Era dos Mamíferos.

No momento da extração, o que realmente acontece é a constante e interminável exploração de recursos naturais. Em outras palavras, o extermínio do planeta, que vem tendo suas fontes naturais sendo esgotadas, animais extintos, águas contaminadas e poluição do ar constantes. Este processo de extração é insustentável tanto quando se refere à quantidade quanto à interferência tóxica nos recursos naturais.

A segunda fase é a produção, na qual os processos químicos existentes produzem constantemente toxinas, prejudicando a saúde dos seres humanos e de todo o meio ambiente. Afeta trabalhadores e consumidores, que entram em contato com toxinas o tempo todo, produzindo ou consumindo qualquer produto. Na fase de distribuição, é preciso vender tudo que foi produzido com as toxinas geradas para o máximo de pessoas possível. Ao encontro disto está o consumo, que acabou virando a identidade do ser humano: consumidor. Os indivíduos mantêm as mercadorias circulando o tempo todo, consumindo mais e mais, desnecessariamente para suas vidas e bem-estar, mas necessariamente para a manutenção do sistema capitalista.

A consequência disso é a produção interminável de lixo tóxico, que volta para o ambiente, poluindo mais ainda o planeta. A grande maioria – cerca de 90% – dos produtos consumidos viram lixo em menos de seis meses, o que obviamente se torna insustentável e extremamente prejudicial ao meio ambiente. É desta forma que age o sistema capitalista, com uma estrutura linear de exploração do meio ambiente, mão de obra e necessidades criadas pelos seres humanos, estes que fazem parte de uma engrenagem que produz e consome ao mesmo tempo, insaciavelmente, tornando insustentável o modelo atual de vida no planeta, gerando a crise ambiental atual e a crise de identidade dos indivíduos e das sociedades existentes.

Em relação à possibilidade de uma sustentabilidade ambiental conciliada ao sistema capitalista, José Eli da Veiga (2005) aponta para o que considera até aqui muitas teorias e discursos falhos, no que se refere a manter um desenvolvimento da economia ao mesmo tempo em que se caminha para uma sustentabilidade ambiental do planeta. Segundo ele, “a hipotética conciliação entre o crescimento econômico moderno e a conservação da natureza não é algo que possa ocorrer no curto prazo, e muito menos de forma isolada, em certas atividades, ou locais específicos.” (VEIGA, 2005, p. 113). Para tal compreensão, quando se fala em desenvolvimento sustentável, é preciso separar os dois termos e compreendê-los de uma melhor maneira, para só então conciliá-los.

O termo desenvolvimento geralmente é analisado sob o ponto de vista econômico, mas ele não é um fruto exclusivo das relações de mercado. “Os mercados são tão somente uma entre as várias instituições que participam do processo de desenvolvimento” (VEIGA, 2005, p. 80). O desenvolvimento é relacionado principalmente às pessoas, nas suas individualidades e na coletividade, tem a ver, “primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolheram, e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas” (VEIGA, 2005, p. 81). O desenvolvimento, portanto, tem a ver com a cidadania, a democracia e os direitos dos indivíduos, assim como o atendimento de suas necessidades materiais, intelectuais e culturais e a busca de sua felicidade. Desenvolver-se é característica vital do ser humano, e obviamente que não é apenas o desenvolvimento econômico que desencadeia sua vitalidade.

O desenvolvimento pode permitir que cada indivíduo revele suas capacidades, seus talentos e sua imaginação na busca da auto-realização e da felicidade, mediante esforços coletivos e individuais, combinação de trabalho autônomo e de tempo gasto em atividades não econômicas.[...] Maneiras viáveis de produzir modos de vida não podem depender de esforços excessivos e extenuantes por parte de seus produtores, de empregos mal remunerados exercidos em condições insalubres, da prestação inadequada de serviços públicos e de padrões subumanos de moradia (VEIGA, 2005, p. 80).

Já a sustentabilidade precisa ser vista de maneira mais ampla, não apenas com um olhar ambiental, ou considerando sua degradação em razão do consumo excessivo de recursos por parte do sistema capitalista. A sustentabilidade precisa ser vista como uma agregação de valores sociais, econômicos, culturais, e obviamente ambientais. É preciso considerar também a territorialidade, os valores culturais de cada sociedade, tendo um ponto de vista global e outro ponto de vista local. Não há uma receita única para esta construção, mas várias interpretações e caminhos a serem seguidos concomitantemente, encontrando uma harmonização nas ações de forma que a sustentabilidade ambiental seja alcançada de forma eficaz, ampla, com um foco tanto para o local quanto para o global.

Alcançar estes objetivos trata-se do grande desafio da humanidade. Compreender o atual estágio de degradação ambiental e suas consequências é muito difícil. Encontrar um caminho ideal para o alcance de uma sustentabilidade ambiental real torna-se mais difícil ainda quando as análises e propostas existentes parecem tão distantes de serem palpáveis ou visíveis. Como afirma Veiga, “as diversas versões sobre o desenvolvimento sustentável parecem estar muito longe de delinear, de fato, o surgimento dessa nova utopia” (2005, p. 208). Fato é que compreender melhor o que significa o “desenvolvimento sustentável” é o primeiro passo para encontrá-lo.

Se existem, contudo, pontos de vista mais pessimistas, como o visto anteriormente, também existem pontos de vista que enxergam alternativas para uma mudança de rumo da humanidade e sua relação com o meio ambiente. O debate ambiental é muito recente, porém vem avançando rapidamente e tomando força no que respeita à efetividade das ações realizadas para a amenização dos impactos ecológicos da exploração feita pelo sistema capitalista. É possível enxergar cenários mais otimistas, de possibilidades de uma sustentabilidade ambiental em meio ao modo de vida consumista da humanidade.

Enxergar a possibilidade de uma proposta de racionalidade ambiental entrelaçada à economia capitalista é um ponto de vista otimista. Trata-se de uma reconstrução da economia e nas bases de produção de bens materiais, respeitando a capacidade do planeta de gerir recursos. Uma árdua tarefa, mas possível de ser construída, segundo Leff (2010), que acredita ser necessária uma ruptura na economia para que ela tome um novo rumo, de sustentabilidade e racionalidade ambiental.

A construção de uma economia fundada em princípios de racionalidade ambiental significa assumir o desafio que implica a reconstrução do paradigma da economia. Não bastam os esforços para conciliar a racionalidade econômica e seu complexo campo de externalidades com pequenas acomodações como as propostas na época pré-moderna pela cosmologia ptolemaica para ajustar os ciclos dos movimentos das esferas celestes de modo a manter a visão teológica do mundo como centro do universo. Só quando se produziu uma ruptura epistemológica que colocou a Terra em seu lugar é que foi possível mudar as relações de poder entre a Igreja, o Estado e a cidadania. A economia precisa de um descentramento, de uma ruptura e uma refundamentação semelhantes, que acabem com a supereconomização do mundo, com a centralidade e o domínio da razão econômica sobre as outras formas de racionalidade e formas de ser no mundo. Não é fácil fazê-lo, mas será a única maneira de passar à sustentabilidade (LEFF, 2010, p. 31).

A sustentabilidade é a única possibilidade de um futuro, segundo Leff (2010), constituindo ela uma maneira de repensar a produção e a economia, “de abrir o fluxo do tempo a partir da reconfiguração das identidades, rompendo o cerco do mundo e o fechamento da história impostos pela globalização econômica” (LEFF, 2010, p. 31). A crise ambiental está motivando esta nova forma de repensar o mercado, trazendo à racionalidade econômica um processo de total reformulação, considerando princípios que regem a vida sustentável no planeta. Isto resulta na legitimação de novos valores, direitos e critérios para as decisões a serem tomadas na coletividade e na individualidade. A racionalidade ambiental fará com que seja necessário um novo contrato social, no qual a sociedade precisa aprender a viver sob os valores da sustentabilidade e da continuidade da biodiversidade e da espécie humana no planeta Terra.

Leff igualmente propõe que o discurso do desenvolvimento sustentável busca solidariedade internacional e consenso das nações quanto aos problemas globais. São necessárias algumas ações para que seja alcançada a sustentabilidade, como aliar a tecnologia à busca de regeneração dos recursos naturais e de equilíbrio ecológico, aliando assim sustentabilidade e crescimento econômico, além de incluir a busca de uma racionalidade ambiental nas lutas sociais, construindo assim um “novo paradigma produtivo, a produção de novos conhecimentos científicos, o resgate dos saberes e das práticas tradicionais para descobrir novos usos potenciais dos recursos naturais” (LEFF, 2009, p. 233), organizando a produção de maneira sustentável e atendendo às necessidades da sociedade, diminuindo desigualdades, respeitando a cultura de cada nação.

A humanidade precisa encontrar prosperidade sem necessitar “crescer” infinitamente. Um dos grandes discursos do capitalismo é defender a necessidade de um constante crescimento. E o termo crescimento refere-se a tudo. A linearidade do sistema não prevê estagnação nem estabilização. Sempre se quer mais e se explora mais. O resultado disso é a crise ambiental já constatada neste trabalho. Alguns autores defendem uma ideia de decrescimento, que seria um caminho para a sustentabilidade ambiental do planeta.

É possível, no entanto, falar em decrescimento em meio ao atual sistema capitalista? Seria este projeto apenas uma “utopia”, como afirma Latouche? Ou, como o autor completa, “Longe de se refugiar no irreal, tenta explorar as possibilidades objetivas de sua aplicação” (LATOUCHE, 2009, p. 40). O decrescimento pode ser um projeto viável, também se tornando uma alternativa e um novo caminho de sustentabilidade ambiental.

A revolução exigida para a construção de uma sociedade autônoma de decrescimento pode ser representada pela articulação sistemática e ambiciosa de oito mudanças interdependentes que se reforçam mutuamente. Podemos sintetizar o conjunto delas num “círculo vicioso” de oito “erres”: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar, reciclar. Esses oito objetivos interdependentes são capazes de desencadear um processo de decrescimento sereno, convivial e sustentável (LATOUCHE, 2009, p. 42).

Da mesma forma, Tim Jackson sugere, como o próprio título de sua obra, uma “prosperidade sem crescimento”, entendendo que a prosperidade pode ser alcançada sob um ponto de vista de “florescimento”, mas um florescimento menos materialista, que abandone a crucial necessidade de crescimento linear econômico. Assim, tratar-se-ia de uma prosperidade duradoura, ou seja, sustentável. Prosperidade esta que, de fato, seria sinônimo de felicidade e bem-viver.

O progresso depende crucialmente da construção de alternativas críveis. A tarefa é criar capacitações reais para que as pessoas floresçam de modos menos materialistas. Em uma escala social, isso significa investir nessas capacidades: física, financeira e emocionalmente. Em particular, precisamos revitalizar a noção dos bens públicos. Renovar nossa sensação de espaço público, de instituições públicas, de um propósito comum. De investir dinheiro e tempo em metas, ativos e infraestrutura partilhados (JACKSON, 2013, p. 215).

A questão não está no abandono do consumo, pois este também é vital para o ser humano, mas necessita-se indagar profundamente as bases do materialismo em sua condição de essencialidade. Em meio ao sistema capitalista atual, torna-se impossível buscar tal mudança de paradigma, porém pode tornar-se totalmente possível uma releitura da importância dos bens materiais na vida das pessoas, para que deixem de ser tão fundamentais. Este seria um primeiro grande passo para uma prosperidade – ou uma felicidade – sustentável.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa não apresenta respostas definitivas sobre a crise ambiental e as possibilidades de futuro da espécie humana; também não constitui um manual para sociedades sustentáveis, uma receita ou um conceito acabado sobre o tema. Ao contrário, indaga-se sobre as bases da sociedade de consumo e tal comportamento como opção de felicidade e realização humana, confrontadas com os elementos causadores da crise ambiental e a ameaça de colapso ecológico, que paira sobre nossas cabeças em decorrência das escolhas feitas pela sociedade moderna, para o desenvolvimento.

O caminho da humanidade até aqui representa grandes conquistas, traduzidas na qualidade e na expectativa de vida, nos avanços tecnológicos, no acesso ao conforto, ainda que distribuídas de forma desigual nos diferentes continentes. Muitos pontos de vista sobre a humanidade, entretanto, foram modificados e novas dúvidas emergem, restando brechas sociais e econômicas revelando grande iniquidade no contexto global. E, nas últimas décadas, as externalidades deste processo apresentam impactos ambientais com os quais não será possível prosseguir.

Nesse sentido, a perspectiva da modernidade, como época de grandes inventos e inovações tecnológicas, gerou uma profusão de possibilidade de consumo, sem, entretanto, atentar para a dimensão da finitude e dos limites do planeta. A percepção de que o ambiente tem limites na capacidade de ofertar riquezas é incompatível com a prática de busca por níveis ilimitados de consumo. Por seu turno, o extrativismo resultante da conversão da natureza em *commodity*, está na base das preocupantes mudanças climáticas, expondo as incompatibilidades entre limites da natureza e não limites ao consumo. As novas análises que pretendem estabelecer limites ao crescimento denotam a geração de necessidades artificialmente produzidas, com a finalidade única de promover ampliação dos níveis de consumo.

O mercantilismo e a industrialização do mundo globalizado desenvolveram uma nova maneira de viver, que não precisa ser malvista em todas as situações, mas que necessita ser mudada em muitas delas. A condi-

ção de insustentabilidade ambiental do sistema capitalista fará com que o homem busque uma nova maneira de viver. Caso contrário, estará impossibilitada sua existência humana na Terra.

Cabe então indagar se é possível saciar as necessidades do homem absolutamente? Tal questão permanece em aberto, porquanto a ideia de decrescimento não dialoga com os projetos de vida na atualidade.

O homem carrega sua essência biológica, natural, ancestral, mas esta mescla-se com o que é construído no seu mundo civilizado. O ser humano é um complexo de construção histórica e biológica. Atender às suas necessidades como um todo é impossível. Assim sendo, é preciso buscar um equilíbrio nas escolhas realizadas, pois só assim será possível aproximar-se de um bem-estar no presente e que se prolonga, pela responsabilidade e solidariedade estendidas, às futuras gerações.

Resta, pois, encontrar novos caminhos para a vida sustentável, que não coloquem o consumo como o objetivo essencial do ser, mas como apenas uma condição de sobrevivência e conforto.

5 REFERÊNCIAS

- BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- CAPRA, Fritjof. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. Trad. Mayra Teruya Eichemberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2014.
- JACKSON, Tim. *Prosperidades sem crescimento: vida boa em um planeta finito*. Trad. José Eduardo Mendonça. São Paulo: Editora Planeta Sustentável, 2013.
- JAMIESON, Dale. *Ética e meio ambiente – uma introdução*. 1. ed. São Paulo: Editora Senac, 2010.
- LATOUICHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Trad. Jorge E. Silva. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora Cortez, 2010.
- MARQUES FILHO, Luiz César. *Capitalismo e colapso ambiental*. 2. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2016.
- SEMPERE, Joaquin. *Mejor con menos: necesidades, explosión consumista y crisis ecológica*. Barcelona, Espanha: Editora Crítica, 2009.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2005.
- YOUTUBE. *A história das coisas*. Site de busca de vídeos. Acesso em: <https://www.youtube.com/watch?v=7qFiGMSnNjw>. Acesso em: 30 jan. 2018.

A GLOBALIZAÇÃO E AS CIDADES MUNDIAIS: A Falta de Moradias em Decorrência do Mercado Imobiliário, da Financeirização das Moradias e da Apropriação das Cidades

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10187>

Recebido em: 26/2/2020

Modificações solicitadas em: 18/11/2020

Aceito em: 4/1/2021

Diogo de Calasans Melo Andrade

Universidade Tiradentes. Av. Murilo Dantas, 300 – Farolândia. Aracaju/SE, Brasil. CEP 49032-490. <http://lattes.cnpq.br/2589901784670587>. <https://orcid.org/0000-0003-2779-9185>. contato@diogocalasans.com

RESUMO

A globalização faz surgir as cidades mundiais e, no caso do Brasil, esse fenômeno significa mais uma forma de dominação e exploração. Nesse viés, com o crescimento do mercado imobiliário o dinheiro foi transferido para esse setor, transformando o espaço em produto imobiliário. Por outro lado, com o financiamento de moradias surge a subordinação da propriedade privada ao circuito financeiro e a financeirização dessas moradias criou novos empreendimentos, ocasionando a valorização do solo e dos imóveis antes desvalorizados, mas, para isso, necessitou-se da intervenção do Estado para transformar o espaço urbano em ativo financeiro. Por fim, detectou-se que a apropriação se expressa por meio do uso do solo e a apropriação dos lugares ocorre a partir da habitação.

Palavras-chave: Globalização das cidades; mercado imobiliário; financeirização de moradias; apropriação das cidades.

GLOBALIZATION AND GLOBAL CITIES: THE LACK OF HOUSING AS A RESULT OF THE REAL ESTATE MARKET, THE FINANCING OF HOUSING AND THE APPROPRIATION OF CITIES

ABSTRACT

Globalization makes world cities appear, and in the case of Brazil, this phenomenon turns into another form of domination and exploitation. In this pattern, with the growth of the real estate market the money was transferred to the sector, turning the space into real estate product. On the other hand, with the financing of housing, the subordination of private property to the financial circuit arises, and the financialization of these houses has created new enterprises, leading to the valorization of previously devalued land and properties, but, for this, State intervention was required to transform urban space into a financial asset. Finally, it was detected that the appropriation is expressed through the use of the soil and, the appropriation of the places, is realized from the housing.

Keywords: Globalization of cities; real estate market; financialization of housing; appropriation of cities.

1 INTRODUÇÃO

A cidade é global, sua imagem é uma questão ideológica, qual seja, fazer crer que a globalização beneficia a modernização e inserção econômica e o próprio poder público adota o discurso da cidade global. O capital global passa a controlar a terra e a cidade global¹ sobrevive quando inserida na competição pelo investimento público mediante o planejamento estratégico.

Com a globalização formam-se cidades e sistemas urbanos mundiais² (a mundialização do espaço geográfico), ampliando as relações econômicas para além-fronteiras, ocasionando uma expansão e aprofundamento da monetarização das relações sociais. Para os países periféricos, entretanto, significa uma nova relação de dominação e exploração.

Inicialmente percebeu-se que com a expansão do mercado imobiliário o dinheiro passou do setor produtivo industrial para o setor imobiliário, ou seja, o capital industrial deslocou-se para o capital financeiro, produzindo o espaço como mercadoria. Para alcançar seus objetivos o mercado imobiliário realiza as mudanças de uso e a produção de novos valores de uso e de troca do espaço, deixando fora desse mercado parte da população, contribuindo, assim, para a escassez de moradias.

No presente trabalho avaliou-se que o financiamento é necessário à produção e ao consumo da moradia. Para isso, as reformas urbanas, o controle sobre a propriedade e o uso do solo subordinam a propriedade imobiliária ao circuito financeiro; os conceitos de forma jurídica propriedade e mais-valia são trabalhados durante o texto. Detectou-se que a financeirização da moradia gerou uma explosão de novos empreendimentos em espaços pouco valorizados e localizados em bairros periféricos, acentuando o processo de valorização do solo e dos imóveis.

Mais adiante identificou-se que a apropriação na cidade se expressa por meio do uso do solo e o produto capitalista, só se realiza mediante a apropriação, via propriedade privada, e esse uso, submetido à propriedade privada, delimita os espaços possíveis de apropriação. Apropria-se um lugar construído na cidade e, o habitar, engloba vários planos de apropriação. Assim, a apropriação dos lugares se realiza a partir da habitação.

Para tanto, realizou-se um procedimento de revisão da literatura, estrangeira e brasileira, com a sistematização e análises de dados, buscando identificar os institutos, tendo como principais fontes de pesquisa os *sites* do governo federal, livros, periódicos. Pretende-se realizar uma pesquisa documental, de abordagem qualitativa e indutivo, fins descritivos e meios bibliográficos.

2 A CIDADE GLOBAL: A GLOBALIZAÇÃO E A ATUAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO

Para que possamos compreender a atual cidade global e sua ligação com a moradia faz-se necessário entender o conceito de cidade global vinculado ao de globalização, além de sua íntima relação com o mercado imobiliário, a financeirização e o financiamento das moradias. Assim, poderemos detectar que a falta de moradia decorre de todo esse processo que hoje é mundial.

É sabido que o poder público adota o discurso da cidade-global³ por motivos bem pragmáticos, merecendo uma explicação mais detalhada. A partir da década de 80, no cenário de crise de superprodução e desemprego, de desconcentração industrial em muitas cidades europeias e norte-americanas, e de alta competitividade, a possibilidade de impulsionar parcerias milionárias com o setor privado, para a construção de polos urbanos capazes de atrair grandes empresas e negócios globais, mostrou-se uma via de salvação para prefeitos submersos em graves crises de governabilidade (FERREIRA, 2004, p. 29)

Nesse sentido, a ideia da cidade-global ideal, capaz de atrair grandes negócios e de se inserir competitivamente na economia global, é

¹ A cidade global são as metrópoles mundiais, as grandes aglomerações urbanas que servem como centro de influência internacional.

² Os sistemas urbanos mundiais são aqueles presentes nas metrópoles mundiais.

³ O modelo das *global cities* prevê não apenas a dualização da estrutura social, como efeito inexorável da globalização, mas também o surgimento de fortes tendências à polarização socioespacial nas grandes cidades (PRETECEILLE; RIBEIRO, 1999, p. 11).

simplesmente a ideia de um oásis para a moderna aristocracia das finanças globais, ou nas palavras de Maricato, um “espaço absoluto” do mercado. Uma cidade que reúna espaços adequados aos negócios, mas que seja ao mesmo tempo agradável aos olhos desses atores, nem que seja para apenas garantir uma vista sedutora através das janelas das salas de reuniões onde se fecham os grandes negócios mundiais (FERREIRA, 2004, p. 39).

Assim, o capital global passa a controlar a terra, fazendo com que as pessoas da zona rural migrem para a cidade; a globalização amplia as relações econômicas para além do país, tornando a cidade-global competitiva, com uma parceria com o setor privado que torna a cidade apta a atrair negócios; esse processo mundial de globalização ocasiona a exclusão e a dominação em virtude do capital financeiro.

Surge, assim, a ideia da cidade globalizada, em que encontra mais chances de sobrevivência quem mais souber se inserir na competição pela atração de investimentos e de sedes de grandes empresas transnacionais, quanto mais investir nos avançados sistemas de informação e comunicação, na modernização de sua infraestrutura, no fortalecimento do “terciário avançado” e em canais de conexão com o capital financeiro internacional, supostamente capaz de dar nova vida às áreas urbanas degradadas (FERREIRA, 2000, p. 6).

Por outro lado, o tratamento que a mídia e muitos intelectuais em todo o mundo atribuíram à globalização e às chamadas cidades globais foi dando lugar, com o passar do tempo e com a apropriação capitalista das novas tecnologias, a uma outra realidade:

Aumento do desemprego, precarização das relações de trabalho, recuo nas políticas sociais, privatização e mercantilização de serviços públicos, aumento da desigualdade social. Diferentemente da desigualdade social ou inserção social precária existentes anteriormente à globalização, após sua dominação hegemônica ganha destaque uma marca, a da exclusão social: bairros são esquecidos, cidades são esquecidas, regiões são esquecidas e isso acontece até mesmo com países que são ignorados, já que não contam para a nova ordem (MARI-CATO, 2015, p. 72).

Há, basicamente, três formas pelas quais poderíamos averiguar se uma cidade responde ao rótulo de global:

A primeira delas é a verificação daqueles atributos segundo os quais os teóricos qualificam uma cidade como “cidade global”.

...

A segunda maneira – a qual não exclui a primeira – seria verificando até que ponto é significativo o surgimento na cidade de novas atividades terciárias de comércio e serviços que estejam, como defendem, por exemplo, teóricos como Sassen e Castells, substituindo as atividades industriais do setor secundário, sendo esse processo supostamente característico da “nova economia global” e das “cidades-globais”.

...

A terceira forma de verificação seria a análise da origem do capital imobiliário, que vem, efetivamente, produzindo “centralidades terciárias globais”, como a da região da marginal do Pinheiros (FERREIRA, 2004, p. 31-32).

Por outro lado, a imagem da cidade-global⁴ tornou-se uma questão ideológica: trata-se de fazer crer à população que os benefícios da globalização da cidade são imprescindíveis para sua modernização e sua inserção econômica, legitimando os esforços para construir a cidade global, e garantindo a aceitação do fato de vultosos recursos públicos serem canalizados para regiões da cidade já ultraprivilegiadas (FERREIRA, 2004, p. 42).

O discurso da globalização foi incorporado pelas elites como o instrumento mais apropriado, no novo contexto do capitalismo financeiro, para perpetuar uma nova imposição de incorporação dos progressos técnicos do capitalismo hegemônico, o qual somente a ela beneficiará e lhe garantirá a manutenção de sua hegemonia interna. Nas cidades, e em especial na suposta cidade global, aplica-se, ideologicamente, uma matriz de modernidade que não tem nenhuma intenção de, enfim, tentar superar a desigualdade estrutural herdada

⁴ “A ideia da cidade-global ideal, capaz de atrair grandes negócios e de se inserir competitivamente na economia global, é simplesmente a ideia de um oásis para a moderna aristocracia das finanças globais, um “espaço absoluto” do mercado. Uma cidade que reúna espaços adequados aos negócios, mas que seja ao mesmo tempo agradável aos olhos dos atores, nem que seja para apenas garantir uma vista sedutora através das janelas das salas de reuniões onde se fecham os grandes negócios mundiais” (FERREIRA, 2004, p. 171).

de nossa matriz colonial. A continuar assim, nunca se responderá à demanda por soluções que promovam, por fim, uma cidade socialmente justa (FERREIRA, 2004, p. 47).

Por isso, a cidade de sociedades capitalistas periféricas reflete a marginalidade e dualidade resultantes do princípio de perpetuar a subordinação do desenvolvimento à manutenção da ordem elitista vigente, combinando o atraso com o moderno:

Seu problema é, portanto, o mesmo da sociedade subdesenvolvida: a subordinação absoluta à lógica dos negócios, por meio da histórica superexploração do trabalho e depredação do meio ambiente, que chegou hoje a níveis intoleráveis. As ações de imposição do capitalismo hegemônico, por meio da nova proposição ideológica – promovida a paradigma – da globalização, e as matrizes de planejamento urbano que as acompanham, apesar de não terem a mesma clareza, tanto ideológica como empiricamente, apenas reforçam essa situação (FERREIRA, 2007, p. 41).

De mais a mais, a cidade se transforma não apenas em razão de processos globais relativamente contínuos como crescimento da produção material no decorrer das épocas, com suas consequências nas trocas ou o desenvolvimento da racionalidade, como também em razão de modificações profundas no modo de produção, nas relações cidade-campo, nas relações de classe e de propriedade (LEFEBVRE, 2001, p. 58).

A cidade global ideal e competitiva também deve poder propiciar, por meio do planejamento estratégico:

lazer adequado e de luxo aos altos executivos, monumentos históricos agradáveis de se visitar, ou talvez somente de se passar em frente, restaurantes da mais alta e fina cozinha “internacional”, hotéis de alto luxo conectados a todas as formas possíveis de conexão que o mundo informacional nos propicia, proximidade com grandes centros, proximidade com belas praias, proximidade com a montanha, com lagos, com ar puro, e principalmente, acima de tudo, tudo isso com muita, muita segurança (FERREIRA, 2003, p. 172).

Essas cidades globais causam a exclusão social e a cidade pode possuir a forma de cidade global, de nova economia global ou centralidades terciárias globais. Para isso, a imagem dessa cidade é ideológica, fazendo com que a população veja apenas benefícios com essa suposta modernização e a sua inserção econômica.

Por isso, podemos concluir que o discurso da cidade global é adotado pelo poder público, criando uma imagem da cidade global como uma questão ideológica, qual seja, fazer a sociedade crer que a globalização beneficia a modernização e a inserção econômica das cidades; essa cidade sobrevive quando inserida na competição por investimentos. Para isso, o Estado, mediante planejamento estratégico, cria cidades com lazer, monumentos históricos, restaurantes e hotéis de luxo para que ela possa competir com as outras cidades.

Por outro lado, a globalização é um processo, uma condição ou um projeto político; com ela a qualidade de vida nas cidades tornou-se mercadoria; surgindo a cidade globalizada, competitiva por investimentos, deixando de lado o papel do governo de provedores de habitação para favorecer o lucro do setor financeiro habitacional privado.

Uma mudança do processo de globalização foi acompanhada por um fator importante: a urbanização assumiu as raias de uma hiperurbanização, especialmente a partir da década de 50 do século 20, tendo o ritmo de urbanização sofrido uma aceleração que originou uma grande revolução ecológica, política, econômica e social na organização espacial da população mundial:

A proporção da população global em crescimento que vive nas cidades duplicou em trinta anos, e observando atualmente maciças concentrações espaciais de pessoas numa escala até agora julgada inconcebível. Vêm se formando cidades e sistemas urbanos mundiais que têm sido rápidos efeitos de transformação no funcionamento da economia política global. Os centros urbanos e suas regiões metropolitanas tornaram-se entidades competitivas bem mais importantes na economia mundial, com todo tipo de consequências políticas e econômicas (HARVEY, 2015, p. 93-94).

Por isso, a globalização pode ser vista como um processo, como uma condição ou como um tipo específico de projeto político, mas defende-se aqui como processo:

Do mesmo modo, essa maneira de ver a globalização não a “naturaliza”, como se ela tivesse surgido sem agentes discerníveis trabalhando para promovê-la. Porém, assumir o ângulo fundado no processo faz que nos concentremos, em primeira instância, no modo *como* a globalização ocorreu e está correndo.

...

Se, portanto, a palavra “globalização” significa alguma coisa relativa à nossa geografia histórica recente, é bem provável que designe uma nova fase de exatamente esse mesmo processo intrínseco da produção capitalista de espaço (HARVEY, 2015, p. 80-81).

Com a globalização e a internacionalização das cidades, a qualidade de vida urbana tornou-se uma mercadoria. No mundo e no Brasil, os governos renunciam a seu papel de provedores da habitação para tornarem-se facilitadores, criando um setor financeiro habitacional que visa ao lucro em detrimento da concretização do direito social à moradia (ANDRADE, 2006, p. 1.513). A globalização está produzindo um novo homem e uma nova sociedade: “Por meio de transformações nos Estados, nos mercados, nos processos de trabalho, na estética, nos produtos, nos hábitos, nos valores, na cultura, na subjetividade individual e social, na ocupação do território, na produção do ambiente construído e na relação com a natureza” (MARICATO, 2015, p. 69).

Em relação aos reflexos que a globalização causa nos centros urbanos, mais precisamente no processo de moradia, uma vez que devido a influência da globalização, o indivíduo se desloca da zona rural para a zona urbana em busca de maiores recursos tecnológicos, financeiros e culturais, pode-se afirmar que a globalização reflete diretamente nos processos de exclusão e de dominação trazidos pelo capital financeiro e que influenciam as cidades, principalmente no que se refere ao processo de financeirização de casas destinadas à moradia dos indivíduos (ANDRADE, 2006, p. 1.513).

Sobre a expulsão de bilhões (até 2014) de camponeses do campo por meio da globalização, explica Maricato:

A partir dos anos 1980, a globalização agravou o problema da terra. O incremento do agronegócio baseado no latifúndio elevou a importância estratégica de produtos primários como minérios, celulose, grãos, carne, petróleo e etanol, que ganharam importância estratégica nos mercados globais. Hoje, eles promovem a expulsão de camponeses do meio rural numa escala que virá ser contabilizada na casa dos bilhões de pessoas (MARICATO, 2014, p. 183).

A globalização é a ampliação das relações econômicas para além das fronteiras nacionais e até continentais em razão de avanços tecnológicos, devemos então admitir que esse processo já tem mais de 300 anos, quando, a partir do século 16, os avanços na navegação permitiram o domínio das potências mercantilistas sobre os principais oceanos do globo terrestre e a expansão colonial europeia (FERREIRA, 2003, p. 149).

Se o impacto da globalização sobre o mundo desenvolvido foi forte, o que dizer do impacto que sofreram e sofrem nações nas quais a maior parte da população nunca conheceu os direitos universais: emprego, previdência, saúde, educação, habitação. Para os países capitalistas centrais, a globalização significou a quebra do contrato social, e para os países periféricos do mundo capitalista significa uma nova relação de dominação e exploração (MARICATO, 2015, p. 74).

Nesse viés, a cidade se transforma em virtude de modificações no modo de produção, nas relações cidade-campo, nas relações de classe e propriedade; para os países capitalistas centrais a globalização significou a quebra do contrato social e, para os periféricos, do mundo capitalista, uma relação de dominação e exploração; ou seja, esse processo acarreta a mundialização do espaço; por fim, a globalização é a expansão da monetarização das relações sociais.

Esse processo de globalização acarreta a mundialização do espaço geográfico, cujas principais características são, além de uma tendência de um meio técnico, científico e informacional:

a) a transformação dos territórios nacionais em espaços de economia internacional, b) a exacerbação das especializações produtivas no nível do espaço, c) a concentração da produção em unidades menores, com aumento da relação entre produto e superfície – por exemplo a agricultura, d) a aceleração de todas as formas de circulação e seu papel crescente na regulação das atividades localizadas, com o fortalecimento da divisão territorial e da divisão social do trabalho e a dependência deste em relação às formas espaciais e às normas sociais (jurídicas e outras) em todos os escalões, e) a produtividade espacial como dado na escolha das localizações, f) o recorte horizontal e vertical dos territórios, g) o papel da organização e dos processos de regulação na constituição das regiões, h) a tensão crescente entre localidade e globalidade à proporção que avança o processo de globalização (SANTOS, 1990, p. 24).

A globalização, entendida como mais uma expansão e aprofundamento da monetarização das relações sociais, acarretou o declínio e a fragmentação da classe operária, devido, especialmente, à incorporação da revolução tecnológica na produção, no final do século 20:

O impacto dos ajustes ou desajustes exigidos pela nova ordem admite a exclusão do mercado unificado e internacionalizado, torna descartáveis milhões de trabalhadores e consumidores, o que implica também o desmonte da cidadania burguesa, esfera legitimada da expressão política. A deslegitimação da cidadania burguesa implica na crise da democracia representativa (MARICATO, 2002, p. 185).

Por tudo isso, podemos perceber que a globalização formou cidades e sistemas urbanos mundiais, ou seja, acarretou a mundialização do espaço geográfico; com ela a qualidade de vida tornou-se mercadoria; devido a ela o indivíduo deslocou-se da zona rural para a urbana em busca de recursos tecnológicos, financeiros e culturais; a globalização ampliou as relações econômicas para além as fronteiras nacionais e, para os países periféricos, significou uma nova relação de dominação e exploração, por fim, ela expande e aprofunda a monetarização das relações sociais.

Outro ponto importante para analisarmos são os dados do mercado imobiliário que permitem identificar dois momentos em que desponta o número de imóveis (sobretudo residenciais) lançados: o biênio 1996-1997 e o período 2007-2013. Em meados da década de 90 e em meados dos anos 2000, ocorreram importantes aproximações entre o setor imobiliário e o capital financeiro, que caminham no sentido de incluir cada vez mais os negócios imobiliários no âmbito dos negócios financeiros, como o surgimento de novos instrumentos financeiros que permitem a transformação de bens em títulos mobiliários: os Fundos de Investimento Imobiliário (FII) e os Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) (VOLOCHKO, 2015a, p. 102-103).

Assim, a forte expansão do setor imobiliário verificado entre 2005 e 2012 pode ser explicada pelos seguintes processos:

a) abertura de capital em bolsa de valores das principais incorporadoras brasileiras, quando passam a se capitalizar (receber investimento) e se endividar (alavancar financeiramente) para expandir seus lançamentos e aumentar seus lucros; b) relativa estabilidade econômica (inflação e taxa de juros reduzidos) com redução do desemprego (em que pese os empregos subcontratados, terceirizados, temporários, precarizados); c) execução do programa habitacional MCMV; d) flexibilização e ampliação da concessão de crédito imobiliário aos compradores; e) alterações na legislação do financiamento imobiliário, com consolidação da alienação de coisa imóvel (VOLOCHKO, 2015a, p. 105).

Por isso, houve uma aproximação entre o setor imobiliário e o capital financeiro, incluindo negócios imobiliários nos negócios financeiros; e essa forte expansão do setor imobiliário deu-se em razão da abertura de capital em bolsa de valores, estabilidade da economia, execução do MCMV, concessão de crédito imobiliário e, por fim, alteração da legislação.

O momento atual sinaliza, portanto, uma transformação no modo como o capital financeiro se realiza na metrópole hoje; a passagem da aplicação do dinheiro do setor produtivo industrial ao setor imobiliário:

Assim, a mercadoria-espaço mudou de sentido com a mudança de orientação das aplicações financeiras, que produz o espaço enquanto “produto imobiliário”. Nesse sentido, a reprodução do espaço se realiza em outro patamar: o espaço como momento significativo e preferencial da realização do capital financeiro. Significa dizer que, de um lado, o processo de reprodução da metrópole sinaliza um movimento em direção à realização do mundial anunciado pela extensão do capitalismo a partir de novas exigências; a principal indicaria o movimento da hegemonia do capital industrial para o capital financeiro, trazendo como consequência a necessidade da produção de lugares na metrópole capazes de criar as condições de sua realização (CARLOS, 2012, p. 32-33).

Por outro viés, a valorização imobiliária tem como premissa a valorização fundiária; na verdade, é o setor imobiliário – não apenas as grandes incorporadoras – em articulação com o poder público que vai realizar as mudanças de uso e a produção de novos valores de uso e de troca do espaço, portanto a valorização fundiária é condição, meio e produto da valorização imobiliária. (VOLOCHKO, 2015a, p. 115)

Assim, estabelece-se um movimento de passagem de predominância/presença do capital industrial – produtor de mercadorias destinadas ao consumo individual (ou produtivo) – à predominância do capital financeiro – que produz o espaço como mercadoria, como condição de sua realização. Nesse momento, a mercadoria-espaço mudou de sentido com a mudança de orientação (prioridade) das aplicações financeiras: da realização do ciclo industrial da mercadoria à produção do imobiliário (CARLOS, 2015b, p. 26).

Hoje, o dinheiro passou do setor industrial para o setor imobiliário, produzindo o espaço como produto imobiliário, ou seja, espaço-mercadoria; e é o setor imobiliário que vai realizar as mudanças no espaço; assim, a atividade imobiliária gera os maiores lucros e se torna mediadora entre o local e o capital.

Por outro lado, a metrópole reproduz tanto como possibilidade de realização do ciclo do capital de produção da mercadoria quanto como matéria-prima para a efetivação do capital financeiro por meio do consumo produtivo do espaço:

No plano social, a reprodução da metrópole se efetiva como fonte de privação: o sujeito destituído das condições da vida (em suas possibilidades criativas), visto que a reprodução da metrópole se orienta pela efetivação do valor de troca contra o valor de uso. No plano político, encontra-se o Estado criando as condições de realização da acumulação através de políticas públicas capazes de superar momentos críticos. Um exemplo capaz de reunir os três planos assinalados é o programa Minha Casa Minha Vida (CARLOS, 2015b, p. 45).

Sem dúvida, os altos e baixos do mercado imobiliário estão ligados aos fluxos financeiros especulativos:

Esses excessos e fracassos têm graves consequências para a macroeconomia em geral, bem como todos os tipos de feitos de externalidade sobre o esgotamento de recursos e a degradação ambiental. Além disso, quanto maior a proporção dos mercados imobiliários no PIB, mais significativa a conexão entre financiamento e investimento no ambiente construído tornar-se-á uma fonte potencial de macrocrises (HARVEY, 2014, p. 79).

Percebe-se, assim, que a natureza do mercado imobiliário privado deixa de fora mais da metade das populações urbanas:

Nas cidades litorâneas em que a população trabalhadora local tem de disputar as terras com o mercado imobiliário de veraneio, a população excluída do mercado legal privado pode atingir mais de 80% do total, como é o caso do município de São Sebastião.

As políticas de promoção pública também não suprem essa imensa demanda. Na ausência de alternativa habitacional regular a população apela para seus próprios recursos e produz a moradia que pode (MARICATO, 2002, p. 44).

Assim, o mercado imobiliário residencial privado, tal como se apresenta na América Latina, contribui para a carência generalizada de moradias:

Se nos países capitalistas centrais o mercado privado atende 80% da população, em média, sendo que 20% depende do subsídio público, nos países periféricos do mundo capitalista o mercado privado tem alcance restrito, é socialmente excludente e altamente especulativo. No Brasil, assim como em muitos países da América Latina, estima-se que apenas 30% da população tenha acesso à moradia no mercado privado. Nem mesmo aquilo que poderia ser classificado como classe média (5 a 10 salários mínimos) tem acesso à moradia por meio do mercado privado (MARICATO, 2015, p. 81).

Por tudo isso, podemos compreender que o mercado imobiliário fez com que o dinheiro passasse do setor produtivo industrial para o setor imobiliário, ou seja, do capital industrial para o capital financeiro, produzindo o espaço como mercadoria; esse mercado realiza mudanças de uso e de produção de novos valores de uso e de troca do espaço; como também deixa de fora mais da metade das populações urbanas, contribuindo para a carência de moradias.

3 O FINANCIAMENTO, A FINANCEIRIZAÇÃO DAS MORADIAS E A APROPRIAÇÃO DOS LUGARES

Por outro lado, para entendermos a financeirização da moradia, faz-se necessário perceber que a evidente mobilização atual do espaço periférico das cidades e metrópoles levada a efeito pelo mercado imobiliário formal/hegemônico articulado à internacionalização/financeirização geral da economia e do setor, realizou

uma explosão de novos empreendimentos, sobretudo residenciais, em espaços pouco valorizados localizados em sua maioria em bairros periféricos autoconstruídos, que constavam (e em parte ainda constam) como terrenos incorporáveis à nova construção (VOLOCHKO, 2015a, p. 109)

Assim, as novas favelas e loteamentos ilegais surgem nas terras vazias desprezadas pelo mercado imobiliário privado:

Não é por outro motivo que as favelas se multiplicam em áreas públicas, áreas ambientalmente frágeis sobre as quais incidem leis protecionistas como é o caso das áreas *non aedificandi* nas beiras dos córregos (Lei Federal 6.766/79). Nas terras vazias situadas em regiões valorizadas pelo mercado imobiliário, até mesmo quando são públicas, a invasão não é admitida. Aí o poder de polícia municipal é exercido e as normas se aplicam (MARICATO, 2002, p. 83).

Sabe-se que a mercadoria espaço é produzida histórica e socialmente e seu valor de troca é determinado pela constante possibilidade de transformação do seu valor de uso, de construção/destruição/reconstrução dos imóveis e infraestruturas. Podemos pensar que a financeirização da produção do espaço – pelo lado da produção (crédito ao setor imobiliário) e pelo lado do consumo (crédito aos compradores) dos imóveis – acentua processos de valorização do solo e dos imóveis, revelando-se um momento importante da valorização geral do espaço (VOLOCHKO, 2015a, p. 100)

Essa financeirização defende a menor atuação do Estado nas políticas públicas de moradia e transforma o espaço urbano em um ativo financeiro, capturando o público pelo privado. Ela faz crescer o mercado financeiro, fazendo com que se ganhe mais dinheiro com as transações financeiras do que construindo mais moradias. A financeirização existe no Brasil com um processo ligado às reformulações urbanas fundadas na remoção, com a desapropriação dos imóveis da favela (ANDRADE, 2006, p. 1.513).

De mais a mais, o modo de estruturação do Programa Minha Casa Minha Vida talvez seja o exemplo mais acabado da fusão entre as lógicas de expansão do consumo popular e de sustentação da financeirização da economia, nos marcos de uma política social (FELTRAN, 2015, p. 51).

A crise atual que liga diretamente urbanização e financeirização é o resultado de um jogo de três bandas:

Em primeiro lugar, o capital volátil estourou os processos urbanos. Segundo: os governos têm praticado desregulamentação do setor e permitiu a proliferação de produtos financeiros inviáveis. Terceiro, para expandir o mercado tende a olhar cada vez mais possível clientes em estratos de baixa renda. Resultado: você criou um mercado fictício, insolvente, mas endividado (BORJA, 2014).⁵

No plano da financeirização, existe uma capitalização das incorporadoras (via Bolsa de Valores e lançamento de ações) assim como das famílias (via de crédito bancário). Medidas por políticas como o Minha Casa Minha Vida, essas capitalizações colocam-se como condição da realização a um só tempo de uma valorização fundiária (do solo) e imobiliárias (dos imóveis). Além disso, a capitalização como produto das valorizações fundiária e imobiliária (e parcialmente da valorização estatista) e com possibilidade de valorização está ligada em medida crescente às ideologias envolvidas, como a da casa própria, da sustentabilidade, da segurança, que funcionam como uma capitalização simbólica e assessória (VOLOCHKO, 2015a, p. 117)

Ainda sobre a financeirização da moradia, explica Raquel Rolnik que se trata

da conversão da economia política de habitação em elemento estruturador de um processo de transformação da própria natureza e forma de ação do capitalismo na era de hegemonia das finanças, do capital fictício e do domínio crescente da extração de renda sobre o capital produtivo, isto é, o domínio crescente de atores, mercados, práticas, narrativas (e subjetividades) financeiros em várias escalas, o que resulta na transformação estrutural de economias, empresas (inclusive instituição financeira), Estados e grupos familiares (ROLNIK, 2015, p. 26-27).

⁵ Tradução feita pelo autor da obra em espanhol: Primero: los capitales volátiles han irrompido con fuerza en los procesos urbanizadores. Segundo: los gobiernos han practicado la desregulación del sector y han permitido la proliferación de productos financieros inviables. Tercero: para ampliar el mercado se ha tendido a buscar cada vez más a posibles clientes en los estratos de bajos ingresos. Resultado: se ha creado un mercado ficticio, insolvente, pero endeudado (BORJA, 2014, p. 4).

Por tudo isso, detecta-se que o capital global controla a propriedade privada da terra, tornando a cidade competitiva e apta a atrair investimentos, mas, para isso, causa a segregação, com a exclusão social, em benefício do mercado imobiliário, ligado à financeirização que se utiliza do Estado para fazer mudanças no espaço urbano, excluindo a população que é expulsa de moradia, restando construir sua casa onde e como pode.

Assim, o mercado imobiliário privado exclui a população, contribuindo para a carência de moradias; esse mercado está ligado à financeirização e a financeirização da produção do espaço valoriza os imóveis, defendendo-se a maior atuação do Estado que transforma o espaço urbano em ativo financeiro.

Já a especulação imobiliária deriva, em última análise, da conjugação de dois movimentos convergentes:

A superposição de um sítio social ao sítio natural; a disputa entre atividades ou pessoas por dada localização. A especulação se alimenta dessa dinâmica, que inclui expectativas. Criam-se sítios sociais, uma vez que o funcionamento da sociedade urbana transforma seletivamente os lugares, afeiçoando-os às suas exigências funcionais. É assim que certos pontos se tornam mais acessíveis, certas artérias mais atrativas e, também, uns e outras, mais valorizadas (SANTOS, 2013, p. 106).

Mesmo existindo um intenso processo de especulação imobiliária não surgiram ações concretas do Estado para fazer valer a função social da propriedade urbana, gerando

um quadro de escassez de oferta habitacional para a baixa renda, o crescimento das ocupações de terra e favelização e a abertura generalizada de loteamentos, totalmente à margem da legislação. Ergueu-se, assim, em volta de uma pequena parcela da cidade edificada pelos agentes imobiliários capitalistas de acordo com a legislação (a cidade legal), uma cidade real, habitada precária e predatoriamente por contingentes significativos da população, mas que inexistia perante os órgãos públicos que não reconheciam essa cidade produzida espontaneamente por seus habitantes (BONDUKI, 2017, p. 329).

Não é demais repetir que a produção do espaço urbano responde a uma lógica na qual se relacionam fundamentalmente o Estado, o mercado e a sociedade civil. A tensão existe no fato de que o mercado procura obter lucro por meio da valorização fundiária e imobiliária, enquanto a sociedade civil interessa-se mais pelo valor de uso da terra urbana. Na cidade capitalista tal tensão se exacerba, uma vez que a diferenciação de classes e a possibilidade de cada uma delas apropriar-se de áreas desigualmente valorizadas fazem que a balança penda invariavelmente para o lado dos dominantes, que podem comprar terras nas áreas mais privilegiadas. Caberia ao Estado regulamentar o uso e a ocupação do solo, de tal forma a evitar tal desequilíbrio, restringir a supervalorização especulativa e garantir o acesso democrático à cidade a uma maior parcela da sociedade (FERREIRA, 2007, p. 2)

Nosso solo é o de uma economia extremamente financeirizada, que alcança tais dimensões, envolvendo, inclusive, negócios estritamente urbanos, isto é, a própria urbanização como negócio. As operações urbanas definem um aparato jurídico, repousando sobre o urbano, que mobiliza a propriedade urbana, inserida em negócios das empresas de construção e de incorporação, com o aval de leis que preveem facilitar a expansão da construção em áreas urbanas previamente definidas como receptoras de novos usos e novos incentivos financeiros (DAMIANI, 2012, p. 39).

Nessa fase financeirizada e rentista do capital, as terras apropriadas sob regime de posse que não a propriedade individual titularizada e registrada, no campo e nas cidades, passam a funcionar como uma reserva, passível de ser ocupada a qualquer momento por frações do capital em sua fome incessante de novas garantias para seus ativos, assim, de *locus* de um exército industrial de reserva, as favelas do mundo convergem-se em novas reservas de terra para extração de renda, sob a hegemonia do complexo imobiliário-financeiro (ROLNIK, 2015, p. 161-167).

Assim, sobre a financeirização podemos concluir que gerou uma explosão de novos empreendimentos em espaços pouco valorizados e localizados em bairros periféricos, acentuando os processos de valorização do solo e dos imóveis; a financeirização defende maior atuação do Estado, transformando os espaços urbanos em ativo financeiro, fazendo crescer o mercado financeiro, favorecendo que se ganhe mais dinheiro com as transações financeiras do que com a construção de moradias para os que não têm.

Por outro lado, não podemos esquecer que, em 1995, há uma retomada dos financiamentos habitacionais a partir dos recursos do FGTS após um período significativo de paralisação. Ganha destaque, nesse momento, a atuação das diversas cooperativas habitacionais. Já a partir de 2006 há um forte movimento de abertura de capital na Bovespa por parte das maiores incorporadoras, com significativa presença de investidores estrangeiros. Podemos com isso afirmar, de modo geral, que os dois picos de atividade imobiliária coincidem de algum modo com uma intensificação da relação entre o setor imobiliário e o mercado financeiro (VOLOCHKO, 2015a, p. 103).

Para esse financiamento é necessário à produção e ao consumo da moradia

à produção porque se trata da imobilização de capital significativo durante longo período de tempo, e ao consumo porque habitação é uma mercadoria especial, de alto preço, que exige crédito para sua compra. Essa condição não é recente no capitalismo, por financeirização entendemos a hegemonia do capital financeiro e sua condição de criar capital fictício a partir do mercado imobiliário (MARICATO, 2014, p. 74).

Além do setor produtivo, as transformações tecnológicas produziram mudanças também na área das finanças, embora neste caso tenham sido inicialmente estimuladas por decisões estatais específicas. A recessão norte-americana levou o país a abandonar a paridade dólar/ouro, em 1971, e a adotar políticas de dinamização econômica de cunho essencialmente financeiro, e não industrial, por meio da elevação da taxa de juros, da manutenção de um câmbio alto (a política do Dólar Forte, de Voelker, em 1974, e a posterior revalorização de 1979) e de uma política de endividamento acelerado (FERREIRA, 2003, p. 136).

Por outro lado, a articulação contraditória entre a norma e a infração pode ser muito útil: tem acesso ao financiamento formal apenas quem possui a propriedade legal e esta é vedada de muitas formas. O direito burguês, reduzido a um discurso numa sociedade de elite e não numa sociedade burguesa, é instrumento de exclusão e segregação (MARICATO, 2014, p. 124).

A maior parte das moradias, assim como boa parte das cidades construídas no Brasil nos últimos 20 anos, foram feitas sem financiamentos, sem conhecimento técnico e fora da lei, o que significa que os arquitetos e engenheiros não têm participado dessa grande construção; significa, também, a ausência do Estado regulador e planejador nessas áreas (MARICATO, 2002, p. 133).

Nesse sentido é que percebemos, concomitantemente, a expansão do crédito imobiliário promovida pelo Estado, conseguindo de maneira inédita incluir setores da sociedade antes excluídos pelo mercado imobiliário formal e a parceria desse mesmo Estado com a iniciativa privada, realizando projetos de urbanização associados a grandes remoções de população para conjuntos habitacionais distantes, cujos resultados imediatos são a precarização das condições de habitabilidade dos grupos removidos e a supervalorização do entorno das áreas modificadas (PEQUENO; ROSA; SILVA, 2017, p. 257).

Diante disso, não é difícil entender como a solução urbanística dos “grandes projetos” e das parcerias público-privadas tenha surgido, nesse complexo e contraditório quadro de transição, como uma espécie de salvação, em um polo oposto ao da reforma urbana e da crença nos instrumentos urbanísticos democratizantes:

As perspectivas de investimentos propiciadas pelas parcerias com o mercado privado, o resultado vistoso e a aura de “modernidade” desses empreendimentos eram a garantia de certa “popularidade” e, portanto, de sucesso (sobretudo político-eleitoral) para seus autores, na condução da política urbana. Isso com a vantagem identificá-los com uma imagem de gestão eficaz e atualizada, além de favorecer o mercado imobiliário, tradicionalmente um setor propício a engordar os caixas das campanhas eleitorais (FERREIRA, 2010, p. 7).

Uma nova ordem se estabelece a partir da ação dos promotores imobiliários vinculada às estratégias do sistema financeiro que orienta e reorganiza o processo de reprodução espacial mediante a fragmentação dos espaços vendidos e comprados no mercado (VOLOCHKO, 2015b, p. 7).

Por outro lado, é uma falácia a ideia de que a contrapartida do capital privado financiará a habitação social: “A escala das necessidades demanda políticas públicas: promoção pública subsidiada e regulação para a ampliação do mercado. A moradia social deve prever financiamento e legislação específicos com a presença de incentivos. A vontade de implementá-la deve ser clara” (MARICATO, 2002, p. 145).

De mais a mais, com o estouro da bolha,⁶ em 2008, a crise hipotecária assolou o sistema financeiro internacional, assim como o estado de emergência habitacional que ocorreu em alguns países, não resultaram em uma mudança de paradigma, pelo contrário, as repostas governamentais consistiram basicamente na massiva injeção de recursos públicos nos bancos privados e nas instituições de crédito para evitar a sua derrocada, na introdução de algumas medidas regulatórias para aumentar a transparência e controle de empréstimos, com unidades vendidas via crédito hipotecário com vistas à dinamização econômica (ROLNIK, 2015, p. 103).

Assim, a valorização do imóvel está ligada ao sonho da casa própria, da sustentabilidade e da segurança, fazendo com que a moradia se torne uma especulação o que torna necessário um Estado regulador do uso e da ocupação do solo, restringindo essa supervalorização especulativa, mas que, no capitalismo, não existe.

Por outro lado, as reformas urbanas, o controle sobre a propriedade e o uso do solo subordinam a propriedade imobiliária ao circuito financeiro nos países do Primeiro Mundo:

Essa regulação e a extensão da infraestrutura urbana é que garantiram a extensão do direito à moradia e do direito à cidade. No Brasil e nos demais países da América Latina, o patrimonialismo continua a marcar as relações de poder político e continua resistindo à reforma agrária e urbana (MARICATO, 2002, p. 84).

A propriedade imobiliária, no capitalismo, não é em si capital, mas pelo monopólio de sua posse, por meio de forma jurídica de propriedade, possibilita a capitalização de parte da mais-valia geral:

O que confere aos seus detentores não apenas a possibilidade do uso, mas a de absorver parte da riqueza social através da troca, liberando esse capital imobilizado para entrar no circuito geral de valorização do capital. Ainda por permitir ganhos atuais e futuros derivados de seu monopólio, a propriedade é patrimônio capaz de ser garantia de empréstimos e crédito e, portanto, insere-se no empenho do trabalho futuro (ALVAREZ, 2015, p. 72).

Sobre a forma jurídica, não custa lembrar que foi Pachukanis quem relacionou a forma mercadoria com a forma jurídica, afirmando que a jurídica é reflexo da mercantil. Ele utilizava o princípio metodológico segundo o qual primeiro se analisa as categorias mais simples, ou seja, o ponto de partida: as classes, o salário, o sujeito, o lucro, o preço, o valor e a mercadoria; para depois chegarmos ao ponto de chegada: a sociedade, a população e o Estado (totalidade concreta).

No mesmo trilhar, compreendemos que não restam dúvidas de que a forma jurídica decorre da forma mercantil e tem a mercadoria como base da reprodução capitalista e é o princípio da equivalência que permite a constituição da forma jurídica. Além do mais, a forma jurídica é reflexo da relação social, qual seja, relação dos proprietários dessas mercadorias, e ela é um dado histórico-social concreto e seu desenvolvimento deve-se à circulação mercantil e às relações de produção capitalistas.

Por tudo isso, podemos concluir, a respeito do financiamento das moradias, seus picos de atividade imobiliária coincidem com a intensificação da relação entre o setor imobiliário e o mercado financeiro; e apesar do financiamento ser necessário à produção e ao consumo da moradia, no Brasil, a maior parte das moradias, nos últimos anos, foram feitas sem financiamento; assim, percebe-se, que o capital privado não financia grande parte das moradias de pessoas carentes; por fim, entendemos que as reformas urbanas, o controle sobre a propriedade e o uso do solo subordinam a propriedade imobiliária ao circuito financeiro e essa propriedade, por intermédio da forma jurídica propriedade, possibilita a mais-valia.

4 CONCLUSÃO

Viu-se que o capital global controla a terra e o discurso das cidades globais é adotado pelo poder público, criando uma imagem de cidade global como uma questão ideológica, com o objetivo de fazer a sociedade crer que a globalização beneficia a modernização e a inserção econômica das cidades, mas, na verdade, essas

⁶ O estouro da bolha teve origem no mercado imobiliário dos EUA em virtude do atraso ou não pagamento dos americanos em relação à hipoteca da casa própria, o que afetou todas as empresas envolvidas nos empréstimos imobiliários. Com o aumento da taxa de juros as pessoas ao invés de comprar imóvel investiram em títulos do governo, por isso, o mercado imobiliário entrou em queda devido à menor procura. Além disso, com os preços dos imóveis em baixa, as novas hipotecas alcançaram valores menores e as empresas de crédito (empréstimos imobiliários) enfrentaram a inadimplência.

idades causam exclusão social e a dominação em virtude do capital financeiro. Para atender a esse fim, a globalização criou cidades e sistemas urbanos mundiais, ampliando as relações econômicas para fora da fronteira nacional e, para o Brasil, significou uma nova forma de dominação e exploração.

Percebeu-se que a passagem do dinheiro do setor industrial para o setor imobiliário transformou o espaço em produto imobiliário, ou seja, produto mercadoria. Para isso, fez-se obrigatório a aproximação entre o setor imobiliário e o capital financeiro, fazendo com que o mercado realizasse mudanças de uso e de produção de novos valores de uso e de troca do espaço.

Esse mercado está ligado à financeirização da produção do espaço, o que traz como consequência a valorização de alguns imóveis, mas, para isso, necessita-se de uma maior atuação do Estado em transformar o espaço urbano em ativo financeiro. Com essa financeirização ocorreu uma explosão de novos empreendimentos em espaços anteriormente desvalorizados e localizados em bairros periféricos. Assim, com a possibilidade de se ganhar mais dinheiro com transações financeiras do que com construção de novas moradias, isso comprometeu as políticas públicas de moradia, que passam a ser políticas patrimoniais.

5 REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, I. P. A produção e reprodução da cidade como negócio e segregação. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; VOLOCHKO, Danilo; ALVAREZ, Isabel Pinto (org.). *A cidade como negócio*. São Paulo: Contexto, 2015.
- ANDRADE, D. C. Melo; MENEZES, R. C. B. de; OLIVEIRA, L. P. S. A reorganização urbana das metrópoles periféricas na era da financeirização global do capital. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1.495-1.515, 2006.
- ANGOTTI, T. América Latina urbana: violência, enclaves e lutas pela terra. In: FERREIRA, João Sette Whitaker (org.). *Margem esquerda – ensaios marxistas*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- BONDUKI, N. *Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna, lei do inquilinato e difusão da casa própria*. 7. ed. São Paulo: Estação Liberdade; Fapesp, 2017.
- BORJA, J. *Ciudad, urbanismo y clases sociales*. 27 jul. 2014. Disponível em: www.sinpermiso.info. Acesso em: 24 maio 2017. Disponível em: <https://www.sinpermiso.info/textos/ciudad-urbanismo-y-clases-sociales>.
- CARLOS, A. F. A. Metageografia: ato de conhecer a partir da geografia. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri (org.). *Crise urbana*. São Paulo: Contexto, 2015a.
- CARLOS, A. F. A. A tragédia urbana. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; VOLOCHKO, Danilo; ALVAREZ, Isabel Pinto (org.). *A cidade como negócio*. São Paulo: Contexto, 2015b.
- CARLOS, A. F. A. A reprodução da cidade como “negócio”. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; CARREAS, Carles (org.). *Urbanização e mundialização: estudos sobre a metrópole*. São Paulo: Contexto, 2012.
- DAMIANI, A. L. A geografia e a produção do espaço da metrópole: entre o público e o privado. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; CARREAS, Carles (org.). *Urbanização e mundialização: estudos sobre a metrópole*. São Paulo: Contexto, 2012.
- FELTRAN, G. de S. Conflito urbano e gramáticas de mediação. In: FERREIRA, João Sette Whitaker (org.). *Margem esquerda – ensaios marxistas*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- FERREIRA, J. S. W. São Paulo: cidade da intolerância, ou o urbanismo “à brasileira”. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 25, n. 71, jan./abr. 2011. Acesso em: 1º set. 2016.
- FERREIRA, J. S. W. Cidades para poucos ou para todos? Impasses da democratização das cidades no Brasil e os riscos de um “urbanismo às avessas”. In: OLIVEIRA, Francisco; BRAGA, Ruy; RIZEK, Cibele (org.). *Hegemonia às avessas*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.
- FERREIRA, J. S. W. *O mito da cidade-global*. Petrópolis: Editora Vozes; Anpur, 2007.
- FERREIRA, J. S. W. Mito da cidade-global: o papel da ideologia na produção do espaço terciário em São Paulo. *Revista do Programa de Arquitetura e Urbanismo da Fauusp*, n. 16, 2004.
- FERREIRA, J. S. W. *São Paulo: o mito da cidade-global*. 2003. Tese (Doutorado em Estruturas Ambientais Urbanas) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, 2003.
- FERREIRA, J. S. W. Globalização e urbanização subdesenvolvida. *Revista São Paulo Perspectiva*, São Paulo, v. 14, n. 4, out./dez. 2000.
- HARVEY, D. *Espaços de esperança*. Tradução Adail Ubirajara e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- HARVEY, D. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- LEFEBVRE, H. *O direito à cidade I*. Tradução Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

- MARICATO, E. *Para entender a crise urbana*. São Paulo: Expressão popular, 2015.
- MARICATO, E. *O impasse da política urbana no Brasil*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- MARICATO, E. *Brasil, cidades: alternativa para a crise urbana*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- PEQUENO, R.; ROSA, S. V.; SILVA, H. A. O Programa Minha Casa Minha Vida no Ceará e na região metropolitana de Fortaleza. *In: CARDOSO, Adauto Lucio Cardoso; ARAGÃO Thêmis Amorim; JAENISCH, Samuel Thomas. Vinte e dois anos de política habitacional no Brasil: da euforia à crise*. Rio de Janeiro: Letra Capital; Observatório das Metrôpoles, 2017.
- PRETECEILLE, E.; RIBEIRO, L. C. de Q. Tendências da segregação social em metrópoles globais e desiguais: Paris e Rio de Janeiro nos anos 80. *Revista Eure*, Santiago, v. 25, n. 76, dez. 1999.
- ROLNIK, R. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.
- SANTOS, M. *A urbanização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- SANTOS, M. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- SANTOS, M. *Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico – científico – informal*. 5. ed. São Paulo: Editora USP, 1990.
- VOLOCHKO, D. A moradia como negócio e a valorização do espaço urbano metropolitano. *In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; VOLOCHKO, Danilo; ALVAREZ, Isabel Pinto (org.). A cidade como negócio*. São Paulo: Contexto, 2015.
- VOLOCHKO, D. A reprodução do espaço urbano como momento da acumulação capitalista. *In: CARLOS, Ana Fani Alessandri (org.). Crise urbana*. São Paulo: Contexto, 2015.

BREVE ANÁLISE TEÓRICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA: Aspectos Comparados no Brasil e no Chile¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10306>

Recebido em: 4/3/2020

Modificações solicitadas em: 18/11/2020

Aceito em: 2/2/2021

Edith Maria Barbosa Ramos

Autora correspondente. Universidade Federal do Maranhão – Campus Universitário do Bacanga. Rua do Sol, n. 117 – Centro. São Luís/MA, Brasil. CEP 65020-909. <http://lattes.cnpq.br/7085054421011701>. <https://orcid.org/0000-0001-6064-1879>. edithramosadv@yahoo.com.br

Pedro Trovão do Rosário

Universidade Autónoma de Lisboa; Fundación Universitaria Internacional – Madrid.

Natalie Maria de Oliveira de Almeida

Universidade Federal do Maranhão, São Luís/MA, Brasil.

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo analisar a judicialização da política, fazendo uma breve comparação entre o Brasil e aspectos chilenos, a fim de que se identificasse um padrão no processo da judicialização em países em desenvolvimento com democracias em consolidação. Para tanto foram estabelecidos aspectos da judicialização na América Latina, destacando aspectos peculiares no Brasil e no Chile; em seguida foram apresentadas duas matérias judicializadas em cada país conforme a expressão das demandas, destacando as questões de saúde no Brasil e justiça de transição no Chile; e por fim, foram elencados os possíveis riscos da judicialização da política também em aspectos comparados. Para alcançar o escopo pretendido realizou-se um estudo por meio de revisão sistemática da literatura com ampla pesquisa bibliográfica em livros e periódicos de autores nacionais e internacionais, para analisar o pressuposto de que países com democracias em transição enfrentam os mesmos riscos com o processo de judicialização da política.

Palavras-chave: Judicialização; Brasil; Chile.

BRIEF THEORETICAL ANALYSIS OF POLICY JUDICIALIZATION: COMPARATIVE ASPECTS IN BRAZIL AND CHILE

ABSTRACT

This article aimed to analyze the judicialization of politics, making a brief comparison between Brazil and Chilean aspects, in order to identify a pattern in the judicialization process in developing countries with consolidating democracies. To this end, aspects of judicialization were established in Latin America, highlighting peculiar aspects in Brazil and Chile; then, two judicialized matters were presented in each country according to the expression of the demands, being health issues in Brazil and transitional justice in Chile; and finally, the possible risks of judicializing the policy were also listed in a comparative aspect. To achieve the intended scope, a study was carried out through a systematic review of the literature with extensive bibliographic research in books and periodicals by national and international authors, to analyze the assumption that countries with democracies in transition face the same risks with the judicialization process of policy.

Keywords: Judicialization; Brazil; Chile.

¹ O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretendeu analisar os aspectos da judicialização na América Latina fazendo um sucinto paralelo desse fenômeno no Brasil e o Chile, com a finalidade de identificar similaridades entre os dois países relacionadas a este fenômeno.

Compreende-se que o estudo da judicialização é de extrema importância considerando sua complexidade, atualidade e presença em diferentes países, uma vez que não há como negar o aumento da postura ativa do poder Judiciário perante determinações de políticas públicas e outras matérias que, em um primeiro momento, não são de sua competência. No Brasil, um exemplo comum de matéria judicializada trata-se do direito à saúde; por outro lado, no Chile, é comum a judicialização da justiça de transição.

Nesse sentido, fica claro que o mesmo fenômeno abarca matérias diversas em partes diferentes do mundo, conforme as demandas de cada país. Logo, é imprescindível o estudo do presente tema, na América Latina, por meio de uma breve comparação para compreender as similitudes e divergências em ambos os países a fim de que se identifiquem aspectos capazes de estabelecer possíveis causas e consequências do processo de judicialização.

A hipótese é que em ambos os países – que passaram por períodos de forte repressão de direitos se-
guidos pela tentativa de instaurar a democracia – houve um aumento das demandas judiciais pela população em busca da efetivação de seus direitos. Por essa razão, parte-se do pressuposto de que países com históricos análogos enfrentarão os mesmos problemas e riscos ao estabelecerem e buscarem seu processo democrático.

Diante disso, fez-se um conciso estudo teórico acerca da judicialização e seus aspectos na América Latina, com o objetivo de buscar fatores comuns que possam ter influenciado na expansão do poder Judiciário nas últimas cinco décadas. Deu-se destaque ao período posterior ao processo de redemocratização, pois a partir da análise desenvolvida percebeu-se que o Brasil e o Chile, na consecução de superação dos seus respectivos períodos ditatoriais, tiveram de enfrentar diversas sequelas no percurso de instituição dos novos regimes jurídico e de governo conquistados.

Uma dessas sequelas foi o descrédito e enfraquecimento da autoridade dos poderes Executivo e Legislativo, o que acabou levando a população a requerer do poder Judiciário respostas que satisfizessem os interesses de cidadania e efetivassem os direitos fundamentais, inclusive alcançando matérias e temáticas que, inicialmente, não caberiam à atividade jurisdicional.

O conceito de judicialização adotado na presente pesquisa caracteriza-se pela compreensão da presença do Judiciário no cotidiano das relações sociais, com a possibilidade de atuar com as mais diferentes questões da vida humana, tratando de assuntos que inicialmente caberiam, essencialmente, aos outros poderes. Ou seja, a judicialização trata da expansão do poder judicial nas democracias recentes enquanto característica generalizada.

Em seguida abordou-se resumidamente o direito à saúde como uma matéria judicializada no Brasil; destacou-se ainda a justiça de transição no Chile, com o objetivo de demonstrar que ainda que se trate do mesmo fenômeno, questões extremamente diferentes têm sido levadas ao poder Judiciário com a finalidade de obter a efetivação dos direitos fundamentais. Isto é, em países diferentes a judicialização da política tem sido vista como uma solução para compensar a ausência ou a omissão dos poderes Legislativo e Executivo. Apesar disso, no entanto, deve-se atentar para as consequências da expansão do poder Judiciário sobre os demais poderes do Estado, entre os quais estão os riscos para a legitimidade democrática e o respeito ao princípio da separação dos poderes.

Para alcançar esses objetivos fez-se uma análise descritiva e exploratória, com utilização de procedimento bibliográfico, método dedutivo e a apropriação histórica dos conceitos de judicialização da saúde no Brasil e no Chile. Para o levantamento bibliográfico foram utilizados, durante a pesquisa, os descritores *judicialização e saúde; América Latina; judicialização da saúde e Brasil ou Chile*. Em seguida, fez-se uma leitura exploratória em que foram separados os artigos que definiram e analisaram o tema. Por fim, realizou-se uma leitura sistemática para a composição do material a partir das categorias que dão nomes aos tópicos que compõem a pesquisa.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS NA AMÉRICA-LATINA

A América Latina, nas últimas cinco décadas, passou por uma série de mudanças de cunho econômico, social e político que modificaram as relações entre a sociedade e o Estado. Assim como outros países, o Brasil e o Chile, ainda na década de 90, puderam comemorar a transição para a democracia com o fim dos regimes autoritários (GALLO, 2015).

Mesmo com a consolidação da democracia, no entanto, acumularam-se anos de fragmentação social, descrença nas instituições e nos representantes políticos que resultou, em ambos os países, no mesmo fenômeno: aumento gradativo do crédito depositado ao poder Judiciário em detrimento da ação legiferante do poder Legislativo e de governança do poder Executivo. Logo, foi possível perceber que questões que deveriam ser tratadas exclusivamente e/ou prioritariamente pelo Executivo e/ou Legislativo desaguavam no Judiciário (GALLO, 2015).

Em razão desse cenário latino-americano de “nova independência”, o desenvolvimento das funções estatais deu-se em um contexto de grande instabilidade democrática, o que acabou gerando um aparato judicial dependente e fraco, em razão do tempo em que esteve politicamente neutralizado (GALLO, 2015). Tal fato ocorreu porque o modelo de Estado federado republicano instituído radicalizou o princípio da separação de poderes, transformando-os em ilhas tecnoburocráticas incomunicáveis com a sociedade civil (LEAL, 2007).

Esse processo alcançou seu esgotamento e não reflete mais a realidade latino-americana, pois são claramente notáveis as mudanças que ocorreram no início deste século na relação entre a sociedade, o Estado e o poder Judiciário. Este último poder converteu-se em instrumento de emancipação e passou a ser visto pela população como um cumpridor de expectativas da coletividade capaz, por si só, de fortalecer a democracia.

Ou seja, o fato de que a democracia pode ser consolidada por meio da instituição efetiva do Estado de Direito deu origem a uma demanda global em que muitos depositaram esperança no papel que os tribunais podem desempenhar (COUSO, 2004; SCRIBNER, 2010).

É nesse sentido que o Judiciário converte-se, segundo Gallo (2015), em um meio de expressão e de participação política. Nesta linha de raciocínio é possível notar, portanto, como fizeram Santos, Marques e Pedroso (1996) que o poder Judiciário é dotado de dimensão política que contribui, ou deve contribuir, para a manutenção do sistema político e apresenta estrutura capaz de promover o controle social.

A expressão desse poder político por parte do Judiciário tem se dado com grande intensidade. Torna-se, ainda, mais extremada quando a situação de fragilidade institucional dos demais poderes permite a transmissão das obrigações dos mecanismos tradicionais para os juízes, instalando-se, desta forma, o fenômeno da judicialização da política.

O Brasil e o Chile possuem semelhanças em relação ao forte poder hierarquizado que permaneceu inalterado, sem sofrer intervenções diretas ao longo de todos os períodos autoritários.

Isso porque até 1889 o poder Judiciário brasileiro não era independente, nem eficaz, haja vista que a Constituição de 1924 outorgou ao imperador amplos poderes, incluindo o de interferir e controlar todo o poder jurisdicional do país. Essa estrutura somente foi modificada no ano de 1889 com a adoção do federalismo, um sistema judicial que integrou um âmbito de Justiça estadual e federal (SADEK, 2010). A partir daí as prerrogativas do poder Judiciário se expandiram, notadamente em razão da adoção do processo de controle sobre a constitucionalidade das leis no país.

Nesse mesmo sentido, o autor chileno Couso (2004) afirma que o fato de regimes autoritários terem incorrido em violações brutais do direito das pessoas contribuiu significativamente com o processo de introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis.

Para Sadek (2004), o fenômeno passa a ser mais bem percebido no Brasil com o fim do regime militar e com o processo de democratização na década de 80, somado ao fato de que a partir da Constituição da República Brasileira de 1988 garantiu-se a independência e autonomia do poder Judiciário de maneira efetiva. Destaca ainda a autora que, a partir dessas alterações, o Judiciário passa a ter a competência para elaboração de seu próprio orçamento, devendo elaborar sua proposta orçamentária, de acordo com a lei de diretrizes orçamentárias a ser consolidada pelo poder Executivo e submetida ao Congresso Nacional, para que após

aprovada seja convertida em Lei Orçamentária Anual (SADEK, 2004). Nesse diapasão, o Judiciário passou a ter capacidade de jogar o mesmo jogo, com paridade de cartas, que os poderes Executivo e Legislativo.

O Chile, por sua vez, é organizado em três graus de jurisdição e o Tribunal Constitucional é independente do poder Judiciário. Além disso, o sistema judicial chileno é extremamente independente, centralizado na Corte Suprema, a instituição jurisdicional mais elevada, que exerce funções de cassação sobre os órgãos inferiores, direção correccional, orçamentária e administrativa – com exceção do Tribunal Constitucional, do Tribunal Qualificador das Eleições e Tribunais Militares em tempo de guerra – estabelecendo um grande poder dentro da própria estrutura do Judiciário (ENGELMANN; BANDEIRA; 2017; ACUÑA, ALONSO, 2003).

Conforme Couso (2004) e Scribner (2010), contribuíram para a judicialização da política no Chile: a presença de um regime democrático; um sistema de separação de poderes; uma cultura de direitos; partidos políticos frágeis ou coalizões governamentais precárias que levaram a bloqueios na elaboração de políticas públicas; e a delegação, aos tribunais, de competência para deliberar em determinadas áreas de ordem pública.

Apesar dessa diferença, tendo como um importante fator em comum o contexto ditatorial anterior ao processo de redemocratização, tanto o Brasil quanto o Chile atestam a incidência do mesmo fenômeno, qual seja: o fortalecimento e independência do poder Judiciário.

Em outras palavras, decisões normalmente tomadas por outros poderes tornaram-se judiciais. Para definir tal fenômeno tem-se utilizado o termo “judicializar”, isto é, levar uma demanda ao poder Judiciário para que ele atribua a resolução. Cabe, portanto, nas relações privadas assim como nas relações públicas, apresentar reflexos também em demandas eminentemente políticas (ARAÚJO, 2016).

Para Couso (2003), a judicialização é um fenômeno multifacetado que possui diferentes significados a depender do contexto em que se realiza e que, resumidamente, refere-se à crescente importância que as cortes de Justiça adquiriram no campo política.

Vallinder e Tater (1995), por sua vez, destacam que algumas condições políticas colaboram com este fenômeno, quais sejam: a democracia; a separação de poderes; a presença e garantia dos direitos políticos; o uso dos tribunais por grupo de interesse ou pela oposição; a inefetividade das instituições majoritárias (poderes Executivo e Judiciário) e, para dar conta desse processo conjuntural modificativo, os teóricos destacam a inserção de instrumentos jurídicos em diversos aspectos da vida moderna.

Essa judicialização pode atingir dois vetores. Inicialmente, pode significar a transferência de poder de tomada de decisão dos poderes Executivo ou Legislativo para o Judiciário. Isto é dizer que os tribunais e magistrados dominam a produção de políticas públicas, com a propagação das matérias que passam agora para áreas inicialmente de competência específica e/ou exclusiva das instituições majoritárias. Trata-se, portanto, da expansão da área de atuação do poder Judiciário e adoção de métodos próprios para resolução de conflitos. Além disso, pode significar também o processo pelo qual negociações não judiciais tendem a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciários (VALLINDER; TATE, 1995).

Logo, o que se percebe é a aplicação desse conceito quando da formação de políticas públicas por meio do poder Judiciário, assim como quando há a expansão simbólica e prática dos procedimentos tipicamente judiciais em diversas esferas da vida política inicialmente infensas a estes. Neste último caso, Veronese (2009) alerta que tanto o mundo social quanto político são induzidos a se orientarem por meio de procedimentos judiciais.

O conceito de judicialização, portanto, possui diversas definições que variam conforme o local e a época. Tratando-se, no entanto, de judicialização da política na América Latina, o termo é utilizado para expressar a presença do Judiciário para lidar com as mais diferentes questões que inicialmente caberiam aos outros poderes. Trata-se da expansão do poder judicial nas democracias recentes enquanto característica generalizada (VERONESE, 2009).

Nesse sentido, conforme os estudos de Contreras (2018), é possível afirmar que as diferentes abordagens do conceito de judicialização movem-se entre duas ideias: por um lado a judicialização da política seria uma dimensão de um processo mais amplo em que toda a sociedade seria dominada pela lei e, por outro, trata-se do fenômeno em que os juízes tomam decisões autoritárias sobre a criação de políticas públicas e direitos.

Essas questões não necessariamente dizem respeito aos mesmos fatos ou mesmas áreas do Direito. É possível que determinada matéria seja comumente judicializada no Brasil, mas não em outro país e vice-versa. Para demonstrar, portanto, a expansão do conceito de judicialização sobre diferentes polos, o próximo tópico explícita, brevemente, as diferentes formas de enfrentar a questão do direito à saúde pelo poder Judiciário, assim como desenvolve-se uma reflexão sobre a justiça de transição no Chile.

3 TEMAS JUDICIALIZADOS NO BRASIL E NO CHILE

De maneira indubitável, o arcabouço jurídico-legal provoca consequências impetuosas na realidade ao definir direitos e garantias individuais e coletivas, ao regular relações entre governados e governantes, ao incentivar ou inibir determinados comportamentos e ao limitar o exercício do poder. Isto é, segundo Sadek (2004), que leis e instituições deixam de ser apenas formalismos, passando a refletir e condicionar a realidade.

Em decorrência desse fato, a população em geral tem buscado respostas para a efetividade de seus direitos e uma das maneiras é recorrendo ao poder Judiciário quando da inobservância ou não criação de políticas públicas pelas instituições políticas tradicionais (BARROSO, 2009).

Nesse sentido, um dos temas em que se percebe a transferência de poder para juízes e tribunais no Brasil com maior repercussão e que deriva do processo de redemocratização é a efetivação do direito à saúde. Especificamente, quando a Constituição da República de 1988 afirma, em seu artigo 6º, que a saúde é um direito social, e quando declara no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado que deve garanti-la, portanto, por meio de políticas sociais e econômicas, buscar reduzir o risco de doenças e de outros agravos e estabelecer suas diretrizes fundamentais a partir do acesso universal e igualitário.

Ramos e Diniz (2017) alertam que no texto normativo ao Estado e à sociedade são conferidos os deveres de criar condições econômicas, políticas e sociais para a promoção e proteção da saúde dos indivíduos. Esse aspecto é importante, na medida em que a saúde depende não apenas de aspectos pessoais (predisposição genética, características físicas, hábitos, etc.), mas também das condições de vida que a sociedade e, em especial, o poder público, proporcionam ao indivíduo.

Logo, possível perceber esse direito, como uma norma constitucional de eficácia plena, tem força normativa suficiente para garantir incidência imediata. Assim, há um conjunto de prestações de saúde que podem ser exigidas do Judiciário em razão do texto constitucional. Além disso, os poderes constituídos estão constitucionalmente obrigados a colocar à disposição da sociedade a prestação de diferentes planos, programas e serviços públicos de saúde como condição para efetividade desse direito (BARCELLOS, 2008).

A partir da conceituação de direito à saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS), a compreensão da saúde deixou de ser considerada apenas a mera ausência de doenças e passou a ser encarada como completo de estado de bem-estar, incorporando a noção de que a saúde é determinada pelas condições de vida, trabalho, conjuntura social, econômica, política e cultural de determinado país.

Em outras palavras, deve-se destacar, como fizeram Ramos e Diniz (2017), que a proteção e a promoção da saúde não podem ser reduzidas a uma questão exclusivamente médica, assim como não podem ser limitadas à assistência à saúde, pois exigem do Estado outros esforços e políticas públicas que contribuam para a real efetivação do direito à saúde. Assim, a concepção da OMS integra a ideia de proteção da saúde num contexto geral, reconhecendo seu duplo caráter: individual e social, ou seja, a compreensão de saúde implica o desenvolvimento de políticas e ações mais amplas que assegurem o bem-estar a todos (SCLIAR, 2007).

Ocorre que, a partir dessa concepção, esse direito fundamental, sendo caracterizado como universal pela Constituição Federal de 1988 e alçado à categoria de bem público global pertencente ao catálogo de mínimos essenciais, diversas vezes, em razão da ausência de atuação do Estado e/ou dano produzido pelo próprio Estado ou terceiro, o direito à saúde torna-se objeto de lide no Judiciário. Isso porque o indivíduo que entende não estar sendo devidamente amparado em sua saúde busca a efetivação desse direito na Justiça. E segundo Ramos e Diniz (2016), é exatamente na dimensão individual que o direito à saúde vem despertando, nos últimos anos, a preocupação da sociedade brasileira, pois, em que pese a série de serviços assegurados em lei à população, a gestão do Sistema Único de Saúde vem encontrando dificuldade na efetivação das prestações em saúde.

Por consequência, por vezes, o que se tem percebido são ora intervenções necessárias e meritórias, ora profusão de decisões extravagantes ou emocionais relacionadas a medicamentos e terapias que colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, vez que desorganizam a atividade administrativa e comprometem a alocação dos escassos recursos públicos (VENTURA *et al*, 2010).

Isso porque compreender questões de saúde e de doenças perpassa por três ordens: a indefinição conceitual, o reducionismo biológico da biomedicina e a retificação dessas noções (CAMARGO JUNIOR, 2007). Nesse viés, ao decidir essas questões os juízes acabam inovando e decidindo não conforme a lei, mas analisando o caso concreto e por vezes criando a norma a ser aplicada.

Ramos e Diniz (2016) destacam ainda que as decisões sobre prestações em saúde implicam a própria redefinição do papel do poder Judiciário e dos limites dos demais poderes, na medida em que interferem na redefinição da alocação de recursos públicos e no controle das ações (comissivas e omissivas) da administração na esfera dos direitos fundamentais sociais. Para as autoras é preciso disseminar a percepção de que a universalidade do Direito não significa que toda e qualquer prestação em saúde requerida pelas partes deva ser atendida, devendo o poder Judiciário estar preparado para diferenciar aquilo que se refere apenas a um interesse privado da parte e aquilo que de fato está inserido no âmbito de proteção à saúde (RAMOS; DINIZ, 2016).

Essa posição de maior protagonismo dos juízes tem sido denominada no Brasil com o termo *ativismo judicial*, pois trata-se de um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas.

Nas palavras de Barroso (2009, p. 6) esse ativismo significa a “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” que tende a se instalar apenas quando o poder Legislativo se retrai, deixando lacunas para que as demandas sociais não se efetivem.

Assim, Ramos e Diniz (2016) ponderam que se o poder Judiciário está diante de uma prestação que deveria ser oferecida pelo Estado, e em que pese a inexistência ou insuficiência das políticas públicas, tem de agir para conferir a máxima eficácia ao direito à saúde previsto na Constituição Federal. Para as autoras, no entanto, é importante frisar que tal ideia não implica a defesa de que toda e qualquer pretensão nesta seara deve ser tutelada pelo poder Judiciário. É preciso saber diferenciar as prestações que estão compreendidas dentro do direito subjetivo individual e, por isso mesmo, exigíveis, e as que se inserem no contexto de um direito social, que tem um viés programático incontestável (RAMOS; DINIZ, 2016).

Isto é, os juízes interpretam as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais ou objetivas, considerando a variação da lei no tempo e em cada caso concreto. Isso pode resultar na extensão de direitos não previstos em lei ou na Constituição. Daí por que se tem afirmado que há a criação de direitos a partir de uma interpretação mais ampla das normas escritas ou com fundamentos em princípios mais genéricos (CARDOSO, 2011).

Assim sendo, em razão da *atecnicidade*, não rara, do Judiciário ao decidir questões sensíveis como a da saúde, o que se tem percebido como resultado são fatores contrários às prioridades do Sistema Único de Saúde – SUS – e da Política Nacional de Medicamentos – PNM (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). Segundo Ramos e Diniz (2016), a inexistência de parâmetros institucionais para a aferição dos limites e possibilidades do direito à saúde propicia a existência de sentenças judiciais extremamente díspares, uma vez que os juízes, pelo fato de muitas vezes desconhecerem as questões técnicas e científicas imbricadas nas demandas de saúde, prolatam sentenças que não compreendem a real dimensão da garantia, deixando-se levar pelo forte apelo emocional dos casos que apreciam e desconsiderando as opções feitas pelos poderes Executivo e Legislativo, e pela sociedade, que também configuram escolhas legítimas.

Resumidamente, os efeitos das decisões frequentemente apontam para a desconsideração da responsabilidade tripartite de organização do sistema, obrigando o Estado a adquirir medicamentos sob pena de responsabilização; ou determinações que obrigam a aquisição de medicamentos prescritos por profissionais de serviço privado, não observando o princípio de integralidade das ações do SUS; aumento da irracionalidade no uso do recurso financeiro público e prejuízo à equidade (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). Ramos e Diniz (2016) relatam ainda que, nesse contexto, a judicialização da saúde se tornou um fenômeno cujos efeitos transcenderam os

limites do poder Judiciário, afetando o orçamento público, a relação desse poder com o Executivo e o Legislativo, bem como com toda a sociedade.

O que se pode perceber é que, por enquanto, o Brasil não encontrou a solução mais eficaz para solucionar a judicialização das demandas de saúde. São diversas as pesquisas por profissionais da área do Direito e da saúde que buscam um ponto em comum que solucione o problema em ambos os âmbitos, no entanto ainda não há resposta definitiva para o fato.

Longe de ser um problema exclusivo do Brasil, a judicialização deve ser compreendida como um fenômeno global. Em razão disso, pode ser percebida em diferentes matérias e em diversos outros países.

No caso do Chile, uma questão em destaque no âmbito da judicialização é a temática da justiça de transição. Essa transição está relacionada às trajetórias, aos andamentos de um regime autoritário que, quando dissolvido, é substituído por um democrático. Trata-se, portanto, de um processo incerto e indefinido, dadas as suas variáveis e conjunturas futuras. Ou seja, é uma maneira justa de concretizar os direitos violados em determinado período histórico (DAUER, 2016).

Weichert (2012) assevera que a justiça de transição possui cinco principais eixos: esclarecimento da verdade, com investigação dos fatos e abertura de arquivos; realização da justiça, mediante responsabilização dos violadores de direitos humanos; reparação de danos morais e materiais das vítimas, individuais e coletivos; reforma constitucional dos serviços de segurança para adequação conforme respeito aos direitos fundamentais e a promoção da memória, que tem como finalidade que as gerações futuras conheçam e compreendam a gravidade dos fatos.

Para que se compreenda o processo de judicialização no Chile é necessário destacar os elementos componentes da promoção da memória, visto que a reconstrução do passado é um programa político e são diversos os interesses e racionalidades políticas de resgate da memória, tais como elaboração e divulgação de arquivos, formulações de dados e construções de espaços físicos (ARAÚJO; SANTOS, 2007).

Essa formação de memória, a partir da construção ou revitalização de espaços decorrentes da ditadura militar, em que violações ocorreram é, para Dauer (2016), de extrema importância para a consolidação da democracia e neste contexto converte-se em dever do Estado.

Deve-se considerar que a partir do golpe militar que ocorreu em 1973, Augusto Pinochet instalou no Chile o regime ditatorial, regime pautado na violência e que teve como forte componente histórico a morte do presidente Salvador Allende. Em meados de 1977 o regime começou a perder legitimidade perante a comunidade internacional em razão de diferentes condenações na Organização das Nações Unidas em razão da violação de direitos humanos. A partir daí, teve início o processo de transição para a democracia, que resultou na ascensão de Patricio Aylwin à Presidência do país, em 1990, o qual buscou completar a transição e consolidar a democracia (DAUER, 2016).

Com foco nos direitos humanos, a preocupação da Presidência naquele momento, segundo Dauer (2016), era revitalizar, reconstruir, ressignificar e lutar por uma cultura de respeito aos direitos humanos e muitos foram os meios adotados para conduzir a chamada justiça de transição. Deve-se destacar que políticas culturais de resgate da memória de períodos de ditadura não são exclusivas de governos, mas são realizadas por instituições, fundações, grupos independentes e museus.

Logo, a justiça de transição pode ser compreendida como um conjunto de processos e mecanismos que não são apenas jurídicos e estão associados às tentativas da sociedade de atingir um ideal de justiça do presente em relação ao passado de abusos. Desse modo, busca-se que a nação alcance a democracia mediante uma revisão do passado, que permita esclarecimentos, reparações e punições àqueles que violaram os direitos humanos (SOUZA, 2017). A justiça de transição é “uma justiça adaptada a sociedades que estão se transformando após um período de marcantes abusos aos direitos humanos” (INTERNATIONAL..., 2009, p. 1).

O conceito abrange métodos e fórmulas que objetivam a integração da justiça com a reconciliação, sendo, portanto, necessária a participação do Estado, “que não pode se abster de uma resposta institucional às violações cometidas em seu nome por ex-agentes do governo” (SOUZA, 2017, p. 9).

Nesse sentido, torna-se possível perceber que há um claro consenso em afirmar que essas violações aos direitos fundamentais do passado reclamam uma resposta do Estado e, na falta deste, da comunidade internacional (MÉNDEZ, 2007).

No Chile, o processo de redemocratização foi marcado pela institucionalidade e insegurança sobre as garantias democráticas. Isso porque durante o processo de transição o governo de Pinochet criou diversas condições com a finalidade de preservar o ordenamento político-ideológico. Para isso, o então presidente adotou o modelo neoliberal econômico, nomeou senadores, concedeu autonomia às Forças Armadas e criou a Lei da Anistia, um decreto aprovado em 1978 com o objetivo de proteger suspeitos de terem cometido violações a direitos humanos no período da ditadura.

Com o objetivo de romper com essa proteção, o próximo presidente, Patricio Aylwin, atuou no Judiciário buscando a criação de condições para estabelecer processos criminais contra ex-agentes ditatoriais, a fim de impedir que a ausência de medidas judiciais e políticas com relação ao passado de violação estimule a cultura de impunidade (SOUZA, 2017).

Ilustrando os fatos, tem-se o conhecido caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* na Petição 12.057 recebida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Em 15 de setembro de 1998, Mario Maldonado e Elvira Gómez peticionaram à CIDH alegando a responsabilidade do Estado Chileno por violação ao direito de acesso à Justiça em razão da decretação do arquivamento definitivo da investigação pelo assassinato de Luis Alfredo Almonacid Arellano com base na Lei da Anistia de 1978 (COMISSÃO..., 2002).

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, ao decidir o caso, fundamentou sua decisão no sentido de que aplicar a Lei da Anistia – vigente no Chile durante o governo Pinochet – impedia que os familiares das vítimas fossem ouvidos por um tribunal competente, independente e imparcial, por meio de um recurso efetivo e adequado que pudesse reparar as violações e permitissem o conhecimento da verdade. Daí a importância da adoção de uma justiça de transição.

Conforme os estudos de Carvalho, Guimarães e Guerra (2016), dados de 2016 apontam que o poder Judiciário chileno, até aquele momento, já havia determinado a abertura de diversos processos criminais contra mais de mil ex-agente da ditadura com mais de 600 processados.

Osmo (2016) relata o aumento das demandas de ações de natureza cível em matéria de justiça de transição que buscam a adoção, por meio de decisão judicial, de alguma medida de justiça de transição com o objetivo de provocar o reconhecimento de que o Estado e/ou seus agentes foram responsáveis pelas graves violações de direitos humanos ocorridas no regime militar, ou buscam a obtenção de algum tipo de reparação (OSMO, 2016).

Ainda segundo pesquisas realizadas por Osmo (2016), notadamente, são autores as vítimas ou familiares de mortos e desaparecidos, sendo os pedidos mais comuns os de adoção de medidas de justiça de transição, tais como acesso à informação; pedidos de esclarecimentos de fatos; indenização ou pedidos de alterações de nomes de vias públicas, assim como ações para questionar os atos de comissões da verdade e de reparação ou ações de regresso contra autores das graves violações de direitos humanos indenizadas pelo Estado (OSMO, 2016).

Logo, o que se percebe é que, assim como no Brasil, o fenômeno da judicialização também ocorre no Chile. E ainda, com base nas matérias anteriormente brevemente exploradas, nota-se que esse fenômeno não incide sobre um campo ou tema específico do Direito.

Apesar dessa interferência do Judiciário, por vezes se apresentar como uma solução provisória para determinados problemas sociais, não há para essas questões solução definitiva, devendo-se compreender que a judicialização possui consequências comuns à organização dos dois países, como se verá.

4 O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

Não há dúvidas de que se assiste na América Latina a uma grande mudança na natureza e no caráter das instituições jurídicas, o que tem permitido, segundo Nascimento (2010), a expansão do poder Judiciário sobre os outros poderes. Isso porque, para o autor, o Judiciário tem servido como um instrumento para que

os indivíduos afirmem seus direitos. Não obstante, deve-se observar que apesar disso a judicialização também recai em consequências negativas.

Na América Latina, de modo geral, essa expansão do poder Judiciário, embora seja encarada como uma forma de acesso à Justiça, na maioria das vezes acaba enfraquecendo ainda mais a atuação dos poderes majoritários e estabelecendo uma nova configuração no processo de elaboração e instituição de políticas públicas de corte social. Por conta disso, esse fenômeno tem revelado profundo grau de desequilíbrio da balança de poderes do continente. Além disso, importantes decisões na interpretação constitucional têm sido tomadas pelas Cortes Constitucionais, comprometendo a política e as políticas públicas (NASCIMENTO, 2010).

Outro impacto é que a América Latina tem se tornado um palco privilegiado para o aprofundamento e radicalização da judicialização. Isso porque nem toda a mobilização das instituições judiciais da América Latina representa a efetivação de direitos fundamentais. Isto é, não necessariamente uma maior atividade das Cortes significa o fortalecimento dos direitos individuais ou de grupos (NASCIMENTO, 2010).

No Brasil, especificamente, são muitos os riscos atribuídos à judicialização e mesmo ao protagonismo dos juízes. Alguns deles relacionados à legitimidade democrática; à politização da justiça e à falta de capacidade institucional do poder Judiciário para decidir acerca de determinadas matérias (BARROSO, 2009).

Inicialmente, tem-se que a questão dos riscos para a *legitimidade democrática* se atenua na medida em que juízes e tribunais atenuam-se à aplicação da Constituição e das leis. Os agentes políticos de fato que constituem os poderes Executivo e Legislativo possuem mandatos eletivos, legitimados pela democracia e compreendidos como representação dos eleitores nas esferas políticas, indiretamente por meio do voto (PITA, 2019). Atenta Barroso (2019), porém, que muito embora os membros do poder Judiciário não sejam eleitos e sua atuação não decorra de vontade política própria, estes são representantes indiretos da vontade popular.

A Constituição Brasileira prevê as bases legais para a investidura nos cargos de magistratura em qualquer instância, reforçando a ideia do exercício de suas atividades e competência decisória. Esse fato cria um pequeno espaço político por onde o poder Judiciário transita (PITA, 2019). Ou seja, nas palavras de Yepes (2007) os juízes, embora careçam de legitimidade democrática formal, vez que não têm origem na vontade popular, possuem legitimidade democrática substancial considerando que asseguram os direitos fundamentais e protegem a continuidade e imparcialidade do processo democrático.

A necessidade e justificativa disso se dá pelo fato de que é possível encontrar dentro do ordenamento jurídico brasileiro cláusulas constitucionais abertas ou vagas, a exemplo da dignidade da pessoa humana, razão pela qual muitas vezes, para decidir, “o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo” (BARROSO, 2009, p. 18).

Nesse mesmo sentido, ao tratar do aspecto chileno, Contreras (2018) afirma que uma quantidade maior de direitos assegurados e uma ampla redação constitucional aumentam a probabilidade de empoderamento dos juízes.

Isso, no entanto, não quer dizer que o juiz tem o poder de criar um novo Direito, mas sim que em casos em que o legislador tenha se manifestado e exista lei válida votada pelo Congresso, é necessário que o juiz acate e aplique, estando sua decisão, portanto, sempre vinculada ao texto legal, seja no Brasil ou Chile.

Por isso, em relação ao ativismo judicial e à judicialização de matérias políticas na América Latina, há a necessidade de se discutir a amplitude dos poderes e debater uma possível reformulação da estrutura de divisão das funções e atribuições dos poderes do Estado para que as decisões políticas não se tornem objeto de questionamento para nenhum dos entes estatais, buscando, desta forma, apenas a efetivação de direitos (PITA, 2019).

Ainda, outra questão levantada são os próprios riscos de politização da Justiça, principalmente da Justiça Constitucional. Isso porque deve-se considerar que a Constituição é o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, em outras palavras, para Barroso (2009), transforma a política em Direito. Logo, possível perceber que há na interpretação constitucional uma inexorável dimensão política e, além disso, ela constitui uma tarefa jurídica (BARROSO, 2009).

Ao tratar da judicialização chilena, Couso (2004) afirma que a introdução prematura da política, transformando o Judiciário em mais uma arena política, introduz incentivos irresistíveis para os governos intervi-

rem no Judiciário. Desse modo, estimular a judicialização da política em democracias não consolidadas (como é também o caso brasileiro) antes que a independência do Judiciário tenha sido firmemente institucionalizada, acarreta o risco de que haja uma politização da Justiça em vez de judicialização da política.

Sendo assim, a interpretação está sujeita aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, submetendo-se, portanto, à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Isto é dizer que não deve ser praticada de maneira arbitrária, mas sim sempre vinculada ao texto da lei. A Corte Constitucional deve considerar as consequências políticas de suas decisões, especialmente para impedir injustiças e danos ao bem comum ou direitos fundamentais, agindo, assim, dentro dos limites do ordenamento jurídico (BARROSO, 2009).

Por fim, deve-se abordar a consequência relativa à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos. Isso porque a judicialização envolve a atuação do poder Judiciário em um âmbito que não é de sua concentração. Ou seja, é necessário que o Judiciário verifique se, em relação à matéria discutida um outro poder ou entidade, não teria melhor qualificação para decidir (BARROSO, 2009), a exemplo das questões de saúde que envolvem a necessidade do fornecimento de determinados medicamentos ou procedimentos cirúrgicos. Nesse caso, faltaria a tal poder conhecimento específico e técnico para atribuir a melhor decisão ao caso.

Além disso, a judicialização, quando excessiva, também pode causar um adiamento de soluções políticas necessárias para o enfrentamento de certos problemas (YEPES, 2007), porquanto à medida que o Judiciário passe a assumir a atribuição de dar respostas para as omissões de políticas públicas, é possível que o temporário se torne a solução permanente, prejudicando, portanto, a realidade social.

Logo, nesses casos mais específicos, em regra, o Judiciário deverá ser mais atencioso com as avaliações feitas pela instância especializada, considerando a razoabilidade e observação do procedimento adequado. Além disso, havendo um direito fundamental sendo vulnerado ou em caso de clara afronta a alguma outra norma constitucional, o tratamento da questão deverá se diferenciar, não significando, portanto, abdicação de competência (BARROSO, 2009).

Diante do exposto, é possível perceber que a América Latina está diante de um contexto no qual há uma grande intensidade de atividade do Judiciário intervindo em questões políticas, principalmente por conta das dificuldades enfrentadas no período de transição e consolidação democrática que se vivenciou nas décadas de 80 e 90.

Compreende-se que o poder Judiciário possui a incumbência de determinar o direito no caso concreto e de extrair o verdadeiro significado dele conforme seu entendimento. Deve-se cuidar, no entanto, para que essas intervenções do Judiciário em matérias que de início não lhe dizem respeito não tragam mais prejuízos que benefícios e, ainda, que não afetem a questão da separação de poderes, pois embora o modelo de tripartição de poderes possa ser relativizado, as diretrizes são fixadas conforme previsão da Constituição Federal Brasileira de 1988, devendo ser seguida e cumprida (PITA, 2019). A judicialização tem potencialidades e riscos, porém, o desafio é potencializar as possibilidades democráticas e minimizar seus efeitos perversos (YEPES, 2007).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem pretender esgotar as discussões acerca da temática, objetivou-se acima de tudo fomentar uma análise acerca da judicialização em diferentes espaços e sobre diferentes matérias, como uma forma de compreender melhor a existência desse fenômeno.

Conforme se percebeu, o termo pode possuir diversos significados, no entanto tratou-se da judicialização da política como a expansão do poder Judiciário sobre questões que, inicialmente, não são por ele tratadas, havendo, portanto, certa usurpação da atribuição dos poderes majoritários por parte do Judiciário.

Embora a discussão acerca desse fenômeno esteja frequentemente em pauta, as opiniões sobre ele são divergentes, pois alguns autores são contrários a esse posicionamento, principalmente quando acompanhado do ativismo dos juízes. Esse ativismo, inicialmente, não é odioso. O que se percebe é sua forma constitucionalizada na medida em que as decisões buscam fundamentação na Constituição e a autocontenção dos juízes, porém se não obter a atenção necessária esse processo pode se tornar um fator negativo para a judicialização.

Apesar, contudo, de ser vista muitas vezes como uma simples interferência no poder Judiciário, é razoável perceber na judicialização a configuração de um novo âmbito para o exercício da cidadania e da participação na democracia na América Latina. Isso porque há no Judiciário a possibilidade de ser mais uma instituição do sistema de Justiça capaz de providenciar para a sociedade o cumprimento dos direitos fundamentais assegurados no ordenamento jurídico.

Deve-se compreender, logicamente, que a Justiça não pode e nem deve resolver todos os casos que chegam até ela, havendo a necessidade da atividade política por parte do Executivo e do Legislativo, agindo de maneira harmônica, complementar, mas ainda assim, independente.

Não obstante, essa atuação – ainda que precise ser demasiadamente específica para ser aplicada em determinados casos – necessita ser pautada na lei com a finalidade principal de não recair no campo da arbitrariedade dos juízes.

Considerando todo o contexto da pesquisa, observou-se que tanto no Brasil quanto no Chile, assim como em outros países da América Latina, o poder Judiciário e sua participação são mais ativos na solução de litígios ou efetivação de direitos relacionados à política pública e que isso não necessariamente implica algo ruim. Mesmo porque essa atuação tem, de fato, solucionado questões relacionadas aos direitos fundamentais sociais. Deve-se buscar, porém, o equilíbrio a fim de não gerar um quadro de estresse institucional entre os três poderes.

Avaliando o contexto atual de instabilidade política é necessário cuidar para que as decisões tomadas no calor dos debates não contribuam ainda mais para o quadro de insegurança no ordenamento jurídico, vez que as decisões jurídicas podem ser influenciadas por diversos fatores externos e pelo próprio poder Judiciário.

6 REFERÊNCIAS

- ACUÑA, Carlos; ALONSO, Gabriela. La Reforma Judicial en América Latina: un Estudio Político-institucional de las Reformas Judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México. *Working Paper*, Universidad de San Andrés, n. 28, p. 1-49. 2003. Disponível em: <https://home.udes.edu.ar/files/humanidades/DT28-C.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial: existem constrangimento eficazes?* 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17433/1/Tese_V28_depo%CC%81sito_final%20luiz%20henrique.pdf. Acesso em: fev. 2019.
- ARAÚJO, Maria Paula Nascimento; SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. História, memória e esquecimento: implicações políticas. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. 79, p. 95-111. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/79/RCCS79-095-111-MPNascimento-MSepulveda.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- ARAÚJO, Maria Paula Nascimento; SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. História, memória e esquecimento: implicações políticas. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. 79, p. 95-111, 2007. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/79/RCCS79-095-111-MPNascimento-MSepulveda.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas; Centro de Justiça e Sociedade, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva a abstrata. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARRETO, Alvaro Augusto de Borba; GRAEFF, Caroline Bianca. “Judicialização da política”: arqueologia de um conceito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, v. 11, n. 2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público* v. 9, n. 46, 2007.
- CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. As armadilhas da “concepção positiva de saúde”. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo – SP, n. 129, p. 76-82, dez. 2013. ISSN 1678-3778.

- CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (org.). *Justiça de Transição na América Latina: panorama* 2015. Brasília: Ministério da Justiça; Comissão de Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/Chile.12057.htm>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- CONTRERAS, Fernando. Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen. *Revista de Derecho Público*, Número especial, p. 373-387, 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/Chile.12057.htm>. Acesso em: 3 fev. 2020.
- COUSO, Javier A. The politics of judicial review in Chile in the era of democratic transition, 1990-2002. *Democratization*, [S.l.]: Routledge, v. 10, n. 4, p. 70-91, 2003.
- COUSO, Javier. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, v. 14, n. 2, p. 29-48, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- DAUER, Gabriel Roberto. Marcas da memória: justiça de transição no Brasil e no Chile. *Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais – Ricri*, v. 3, n. 6, p. 9-34, 2016.
- ENGELMANN, Fabiano; BANDEIRA, Júlia Veiga Vieira Mâncio. A construção da autonomia política do Judiciário na América Latina: um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 903-936, dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582017000400903&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 dez. 2019.
- GALLO, C. A. Algumas considerações sobre a judicialização da política na América Latina. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10383>. Acesso em: 5 fev. 2020.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *Brasil: seis passos decisivos para uma Comissão da Verdade de sucesso*. 2011. Disponível em: <https://www.ictj.org/node/14123>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MÉNDEZ, Juan Ernesto. Los médios y los fines en la política internacional. *Res. Diplomática, Segunda Epoca. Derechos humanos y un nuevo orden global*, n. 2, p. 7, dez. 2007.
- NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. A judicialização da política e seu impacto sobre a América Latina. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 58-82, jan./jun. 2010.
- OSMO, Carla. Judicialização da justiça de transição na América Latina (Judicialización de la justicia de transición en América Latina). Tradução para o espanhol Nathaly Mancilla Órdenes. Brasília: Ministério da Justiça; Comissão de Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.
- PITA, João Henrique Campos. *Ativismo judicial e judicialização política: estudo sobre a utilização do Poder Judiciário como instrumento de garantia dos direitos sociais*. 2019. Monografia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.
- RAMOS, Edith. DINIZ, Isadora. O direito à saúde e a ideia de proteção social na Constituição Federal de 1988: notas iniciais. *Direito em Debate*, Ijuí: Editora Unijuí, a. XXVI, n. 48, jul./dez. 2017. ISSN 2176-6622. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5906>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- RAMOS, Edith. DINIZ, Isadora. Direito à saúde e judicialização: um estudo sobre a eficácia do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 43-64, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/1533/1996>. Acesso em: 7 jan. 2019.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate [on-line]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 119 p. ISBN: 978-85-7982-034-2. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 4 nov. 2019.
- SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião pública*, Campinas, v. x, n. 1, p. 1-62, maio 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762004000100002&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 19 nov. 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, a. 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contemporâneas.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.
- SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- SCRIBNER, Druscilla. The judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile. *Journal of Politics in Latin America*, v. 2, 2010.

SOUZA, Leonardo de Oliveira. *História e justiça de transição: a redemocratização chilena à luz os direitos humanos*. SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISTÓRIA DO TEMPO PRESENTE, 3., 2017, Florianópolis: Udesc, 2017. Disponível em: <http://eventos.udesc.br/ocs/index.php/STPII/IIISIHTP/paper/viewFile/631/396>. Acesso em: 1º fev. 2020.

VALLINDER, Torbjorn; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 dez. 2019.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. *Revista Escritos*, a. 3, n. 3, 2009. Disponível em: http://www.casarui Barbosa.gov.br/escritos/numero03/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf. Acesso em: 4 nov. 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev. Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WEICHERT, Marlon. *A Comissão Nacional da Verdade*. São Paulo: Núcleo de Preservação da Memória Política, 2012. Disponível em: <http://www.nucleomemoria.org.br/imagens/banco/files/Comissao%20Nacional%20da%20Verdade.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

YEPES, Rodrigo Uprimny. “A judicialização da política na Colômbia”. *SUR 6. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2007. Disponível em: <https://sur.conectas.org/judicializacao-da-politica-na-colombia/>. Acesso em: 14 dez. 2019.

REFLEXÕES ACERCA DO IMPACTO DO CORONAVÍRUS SOBRE O DIREITO À SAÚDE E SUA TUTELA EM UMA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10525>

Recebido em: 8/4/2020

Modificações solicitadas em: 26/6/2020

Aceito em: 21/7/2020

Felipe Schmidt

Autor correspondente. Ministério Público do Estado de Santa Catarina – 13ª Promotoria de Justiça da Comarca de Chapecó. Fórum da Comarca de Chapecó. Rua Augusta Muller Boner, n. 300 D – Passo dos Fortes. Chapecó/SC, Brasil. CEP 89805-900. <http://lattes.cnpq.br/0978563574294746>. <https://orcid.org/0000-0002-8798-9207>. fsmafra@gmail.com

Elisandra Riffel Cimadon

Universidade do Oeste de Santa Catarina. Joaçaba/SC, Brasil.

RESUMO

Este texto, desenvolvido sob o método indutivo e a partir de pesquisa doutrinária e legislativa, traz algumas reflexões introdutórias acerca do impacto do coronavírus sobre o direito à saúde e sua tutela em uma perspectiva transnacional. Inicialmente, faz breve descrição do coronavírus, abrangendo sua caracterização, origem e expansão. Em seguida, delinea as medidas jurídicas previstas na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para o enfrentamento do coronavírus no Brasil. Depois, passa ao exame dos perfis da tutela da saúde pública nos Estados Liberal, Social e Transnacional. Por fim, procede à abordagem de algumas das consequências jurídicas do combate ao coronavírus.

Palavras-chave: coronavírus; Covid-19; saúde pública; direito à saúde; governança; transnacionalidade.

REFLECTIONS ABOUT THE IMPACT OF CORONAVIRUS ON THE RIGHT TO HEALTH AND ITS PROTECTION IN A TRANSNATIONAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

This text, developed under Inductive Method and from doctrinal and legislative research, brings some introductory reflections on the impact of the coronavirus on the right to health and its protection in a transnational perspective. Initially, it briefly describes the coronavirus, covering its characterization, origin and expansion. Then, it outlines the legal measures provided for Act n. 13.979, of February 6, 2020, for the coronavirus confrontation in Brazil. Then, it goes on to examine the profiles of the tutelage of Public Health in Liberal, Social and Transnational State. Finally, it addresses some of the legal consequences of fighting coronavirus.

Keywords: Coronavirus; Covid-19; public health; right to health; governance; transnationality.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto traz algumas reflexões iniciais acerca do impacto do coronavírus sobre o direito à saúde e sua tutela em uma perspectiva transnacional. Trata-se de matéria atual, pois a transmissão do vírus vem crescendo exponencialmente em todo o mundo, e relevante, à vista da gravidade e alcance da moléstia por ele provocada, o que torna oportuna a análise ora levada a efeito.

O estudo principia com uma sucinta descrição do coronavírus, abrangendo sua caracterização, origem e expansão. Em seguida, são delineadas as medidas jurídicas previstas em lei para seu enfrentamento no Brasil. Depois, passa-se ao exame dos perfis da tutela da saúde pública nos Estados Liberal, Social e Transnacional. Por fim, procede-se à abordagem de algumas das possíveis consequências jurídicas transnacionais do combate ao coronavírus.

O trabalho foi desenvolvido à luz do Método Indutivo. Na primeira fase da pesquisa (decisão) especificou-se o referente: fazer considerações sobre o impacto do coronavírus sobre o direito à saúde e sua tutela no âmbito transnacional. Na segunda fase (investigação), passou-se à consulta a fontes de pesquisa doutrinária e legislativa sobre o tema. Na terceira fase (tratamento dos dados), correlacionaram-se os elementos apurados, pelo método cartesiano, e, na quarta fase (relatório), elaborou-se este artigo, com o desenvolvimento do referente anteriormente enunciado (PASOLD, 2018, p. 89-97).

2 CORONAVÍRUS: BREVE CARACTERIZAÇÃO

Segundo informações extraídas de *site* eletrônico do Ministério da Saúde do Brasil na rede mundial de computadores (BRASIL, 2020b), o coronavírus (Sars-Cov-2) é um vírus que causa doenças respiratórias, entre as quais a Covid-19, cuja expansão foi reconhecida como uma pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (ESTADÃO, 2020).

Há consenso na comunidade científica de que, para a contenção e redução da velocidade de dispersão do Covid-19 ao redor do mundo, a medida mais eficaz é o distanciamento social, sendo necessário, ainda, o uso por todos de máscaras, luvas, álcool em gel ou 70% e outros meios para evitar a contaminação.

O coronavírus vem se disseminando por todo o mundo com rapidez, constando que teve surgimento na Ásia (China) (ESTADO DE MINAS, 2020), de onde se expandiu para a Europa (notadamente Itália e Espanha), indo então aos Estados Unidos e à América Latina, que tende a assumir a condição de epicentro de propagação do vírus e da moléstia, máxime em face das reconhecidas insuficiências e fragilidades da saúde pública prestada no continente e especificamente no Brasil.

Assim, ademais das características do próprio vírus e da moléstia antes sucintamente delineadas, é também diante desse contexto adverso de proteção e promoção da saúde pública no Brasil que se afigurou indispensável adotar medidas jurídicas excepcionais para o adequado enfrentamento do coronavírus no país.

3 MEDIDAS JURÍDICAS PARA ENFRENTAMENTO DO CORONAVÍRUS NO BRASIL

A competência legislativa para dispor sobre matéria afeta à saúde pública é concorrente, conforme prevê a Constituição da República (BRASIL, 1988) (artigo 24, XII), cabendo à União a edição de normas gerais (artigo 24, §1º), e aos Estados e Distrito Federal o exercício da competência suplementar (artigo 24, §2º). Aos municípios compete legislar sobre matérias de interesse local e também suplementar a legislação federal e estadual no que couber (artigo 30, I e II).

Nesse contexto, a fim de combater o coronavírus e atenuar seu impacto no Brasil, foi editada a Lei n. 13.979 (BRASIL, 2020a), de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública relacionada ao coronavírus, abrangendo normas gerais aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, tratando-se, portanto, de lei nacional.

Tal lei consigna, logo em sua epígrafe e em seu artigo 1º, *caput*, que o problema de saúde pública a ser enfrentado como decorrência do referido vírus é de importância internacional, anotando, em seu artigo 1º, §2º, que as medidas que estabelece objetivam a proteção de toda a coletividade.

Essas disposições, embora apenas descrevam aspectos da realidade fática emergente, prestam-se para evidenciar, por exemplo, a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público no trato da matéria, à vista do disposto no artigo 127, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que comete àquela instituição a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem assim do seu artigo 129, III, que lhe confia a tutela dos interesses difusos e coletivos, sem prejuízo, na forma de seu artigo 129, IX, da proteção aos interesses individuais homogêneos.

A referida lei estabelece ainda que para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus as autoridades poderão adotar, cada qual nos limites de suas atribuições, medidas como isolamento (BRASIL, 2020a),¹ quarentena (BRASIL, 2020a),² determinação compulsória da realização de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas, tratamentos médicos específicos, estudo ou investigação epidemiológica, restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país e locomoção interestadual ou intermunicipal, por rodovias, portos ou aeroportos, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, com posterior pagamento de justa indenização, e autorização, também excepcional e temporária, para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na agência regulatória correspondente, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministro de Estado da Saúde (artigo 3º) (BRASIL, 2020a).

Quanto à distinção entre isolamento e quarentena, figuras respectivamente previstas nos incisos I e II do artigo 3º da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), e definidas nos incisos I e II do artigo 2º do mesmo texto legal, mas em geral usadas de modo indistinto, sem rigor técnico, há que se apontar que o isolamento se aplica a pessoas já doentes ou contaminadas (e a objetos afetados), ao passo que a quarentena destina-se a pessoas apenas suspeitas de contaminação (e a objetos igualmente suspeitos) em relação a outras que não estejam doentes. Ainda, o isolamento enseja separação de pessoas, ao passo que a quarentena implica a restrição de atividades ou a separação de pessoas, sendo, assim, de alcance mais amplo que aquela. Ambas as medidas, todavia, tendem a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus, aspecto no qual se assemelham.

Outrossim, como prevê o artigo 3º, §1º, da mesma lei (BRASIL, 2020a), as medidas nela elencadas somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, disposição que tem o inequívoco escopo de garantir, sem prejuízo da eficácia das medidas eventualmente adotadas, o respeito aos direitos fundamentais.

Tanto é assim que a lei em comento assegura expressamente (artigo 3º, §2º) (BRASIL, 2020a) às pessoas afetadas pelas medidas que prevê (embora fosse isso dispensável, porque tal previsão dimanava diretamente de atos normativos anteriores), os direitos de serem informadas permanentemente sobre seu estado de saúde e assistência à família (artigo 34 do Código de Ética Médica) (CFM, 2018) e de receberem tratamento gratuito (artigo 196 da Constituição da República) (BRASIL, 1988), bem assim o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (artigos. 1º a 5º da Constituição da República) (BRASIL, 1988).

Ademais, toda pessoa deverá colaborar com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de possíveis contatos com agentes infecciosos e circulação em áreas consideradas de contaminação pelo vírus (artigo 5º) (BRASIL, 2020a). Quanto aos entes e órgãos da administração pública (federal, estadual, distrital ou municipal) e às pessoas jurídicas de Direito Privado, todos deverão compartilhar dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção, com o único escopo de evitar a propagação do vírus (artigo 6º) (BRASIL, 2020a).

Por fim, importante consignar que a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus (artigo 8º) (BRASIL, 2020a).

¹ “[...] separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus [...]”.

² “[...] restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus [...]”.

Em virtude dessa disposição, tal ato normativo consiste em lei temporária, assim compreendida aquela que é criada para regular fatos que tenham certo período de duração, ainda que não previamente definido, vigendo, assim, por lapso temporal limitado (CAPEZ, 2012, p. 84).

Os dispositivos legais restantes tratam, em suma, das atribuições das autoridades administrativas sanitárias para a adoção das medidas em comento, das licitações para aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública em tela, excepcionando as normas gerais de regência da matéria, e de outras determinações de natureza administrativa, aspectos que fogem ao objeto deste artigo e que por isso não serão nele abordados.

À vista dessa disciplina legislativa de âmbito nacional, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, como apontado, também é lícito dispor sobre medidas de combate ao coronavírus, cada qual no exercício de sua competência legislativa própria, conforme antes exposto, devendo observar os ditames do regramento geral da matéria, fixado pela Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Podem esses entes da Federação, contudo, legislar de forma distinta do que fez a União, desde que prevejam medidas mais restritivas de enfrentamento do vírus, mas não para flexibilizar ou relativizar seu combate, sob pena de inconstitucionalidade por violação do princípio federativo, ademais da ineficácia geral da confrontação à pandemia.

Nesse contexto, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a matéria de maneira diversa, conforme segue:

[...] Ao abrir a divergência, o ministro Alexandre de Moraes assinalou que a União tem o papel central de coordenação na pandemia, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente em relação ao Sistema Único de Saúde (SUS), mas não detém o monopólio das medidas. Ele considera que a administração federal deve respeitar o pacto federativo e não tem exclusividade para determinar medidas de âmbito local, por desconhecimento das necessidades e das peculiaridades das diversas regiões. Segundo ele, a União pode, por exemplo, determinar medidas para impedir o desabastecimento ou acelerar a chegada de medicamentos em determinadas regiões. Neste caso, prevalece o interesse nacional. Por outro lado, o ministro considera inviável que a União impeça os Estados de criarem barreiras sanitárias, caso haja interesse local. “Se houver medida de interesse geral, a União pode atuar, mas não pode excluir os Estados e os municípios” afirmou. “Ninguém tem o monopólio no combate à pandemia”. De acordo com o ministro, Estados e municípios não podem ficar sujeitos à autorização da Anvisa ou de outros órgãos federais para tomar medidas de isolamento ou de quarentena. Eles devem seguir as recomendações de especialistas, mas não é possível que estejam vinculados a um órgão da União. Esse entendimento foi seguido pelos ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes [...] (STF..., 2020).

Desse modo, a adoção, pelo presente estudo, de compreensão diferente daquela adotada pela Corte Suprema quanto à matéria, deveu-se ao entendimento de que a adstrição dos Estados, Distrito Federal e municípios às disposições de gênese da União tem potencial para, em tese, prejudicar o combate à Covid-19.

A realidade brasileira, porém, em um contexto de pandemia torna-se ainda mais emergencial quando se vê a situação adversa em que, como decorrência do coronavírus, se encontram países mais desenvolvidos econômica e socialmente. Por tal motivo faz-se importante trazer alguns apontamentos acerca dos perfis da tutela da saúde pública nos Estados Liberal, Social e Transnacional.

4 PERFIS DA TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA NOS ESTADOS LIBERAL, SOCIAL E TRANSNACIONAL

Saúde pública é categoria de conceito controvertido (AITH, 2007, p. 50), podendo se referir a uma realidade epidemiológica, ao estado geral de saúde de uma população, à atividade estatal de administração da saúde, um campo de conhecimento ou uma área de atuação profissional (AITH, 2007, p. 50-51). Para os fins deste estudo, a saúde pública será compreendida como um bem jurídico primário, de natureza difusa,³ a ser tutelado conjuntamente pelo Estado e pela coletividade.

³ O conceito legal de direito, interesse ou bem difuso consta do artigo 81, parágrafo único, I, da Lei n. 8.078/90, vindo assim enunciado: “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Entre os temas historicamente atrelados ao domínio da saúde pública figura o das epidemias, “pois são fenômenos sanitários coletivos que demandam e justificam a intervenção dos governantes e de seus técnicos, visando à proteção da saúde coletiva” (AITH, 2007, p. 57-58).

Assim, a saúde pública e sua tutela assumiram diversos perfis no curso das transformações pelas quais passou o Estado ao longo do tempo.

À época do Estado Liberal, e mesmo antes dele, não havia a previsão de um dever geral de efetiva tutela, pelo Estado, da saúde, cabendo a cada pessoa, família ou grupo adotar seus próprios cuidados quanto a si e a seus membros, à vista dos recursos de que dispusesse para tanto. A atenção mais organizada à saúde de outrem era então apenas caritativa, benemerente, a cargo em especial de organizações de natureza religiosa (Santas Casas da Misericórdia e Hospitais de Caridade, por exemplo) (CEDENHO, 2012, p. 23).

Já no período do Estado Social, notadamente como decorrência das duas guerras mundiais havidas no século 20 e das maiores demandas por serviços de saúde delas decorrentes, o poder público assumiu para si, em cada Estado, o dever de promover e assegurar, de modo geral, a saúde da coletividade (CEDENHO, 2012, p. 31).

As Constituições passaram então a prever um direito fundamental de todos à saúde, ao qual corresponde o dever estatal de prestá-lo, a ser satisfeito, à luz do que prevê, por exemplo, no Brasil, a Constituição vigente, a partir de políticas públicas sociais e econômicas tendentes 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 (artigo 196) (BRASIL, 1988). Tais ações e serviços de saúde, considerados de relevância pública (artigo 197) (BRASIL, 1988), integram uma rede regionalizada e hierarquizada num sistema único, pautado pelas diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (artigo 198) (BRASIL, 1988).

Tal dever estatal de tutela do direito fundamental à saúde, todavia, até porque previsto na ordem jurídica de cada país, que vige nos limites do respectivo território, é efetivado em âmbito nacional apenas.

Ocorre que, na atualidade, como a ameaça à saúde por vezes tem caráter global, e não só mais nacional ou local, mostra-se necessária também uma tutela transnacional da saúde pública, a cargo não apenas do Estado, mas de organismos internacionais e da coletividade. Essa necessidade é reforçada pela percepção de que “a desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 9).

O Estado, por si só, máxime no mundo globalizado (ADOLFO, 2001, p. 54),⁴ embora ainda pretenda fazê-lo, não mais consegue controlar os riscos civilizatórios (ORSELI; ARAÚJO, 2012, p. 2.662) ou encontrar soluções eficazes para problemas por vezes transfronteiriços que se lhe apresentam, entre os quais os afetos à saúde pública, como está a demonstrar o coronavírus.

Diante de tal panorama, no qual o problema a ser enfrentado (coronavírus) não adere a dado território, mas é transnacional, “apenas a cooperação interestatal seria eficiente” (ORSELI; ARAÚJO, 2012, p. 2.662) para combatê-lo, devendo, pois, o Estado igualmente prescindir da dimensão territorial (deflagrando uma atuação transnacional) para enfrentá-lo.

Cabível, assim, para a adequada tutela da saúde pública em tempos de globalização, uma atuação não de governo (vale dizer, meramente estatal), mas de governança, entendida como “a capacidade governativa em sentido amplo, na qual o Estado torna-se mais flexível, capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidades e alargar o universo dos atores participantes” (MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 33). E isso em âmbito transnacional, à vista dos contornos do coronavírus.

Correto está Ferrajoli (2020) quando afirma que “o coronavírus não conhece fronteiras. Ele já se espalhou para quase todo o mundo e certamente por toda a Europa. É uma emergência global que exigiria uma resposta global”, e que “[...] diante de emergências dessa natureza, sejam adotadas medidas eficazes e, sobretudo, homogêneas [...]”.

⁴ “Globalização refere-se a processos atuantes em escala global, que ultrapassam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo [...]”

Muito embora, no entanto, se busque uniformidade nas decisões e medidas a serem adotadas para o enfrentamento da doença em âmbito mundial, as consequências jurídicas transacionais são de toda a ordem e refazem algo que se buscou superar com a globalização: a noção de fronteiras territoriais. Essa noção agora afrouxada de fronteiras territoriais abre a reflexão para as consequências jurídicas transacionais do combate ao coronavírus.

5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS DO COMBATE AO CORONAVÍRUS

No contexto delineado atualmente, parece haver, como decorrência da necessidade de conter a rápida expansão do coronavírus, um ressurgimento ou resgate da noção de fronteiras territoriais entre os Estados, que até então parecia ter se afrouxado como decorrência da globalização.

Com efeito, a relativização dos limites territoriais correlata à globalização impulsionou o livre trânsito de pessoas e de bens entre os Estados e os continentes, mas foi justamente esse fluxo mais facilitado e ágil de pessoas que ensejou a rápida disseminação do coronavírus por praticamente todo o globo.

À vista disso, apressaram-se os governos em reerguer os entraves ao livre fluxo de pessoas por suas fronteiras, sejam estas terrestres, marítimas ou aéreas, a fim de conter o coronavírus. Ao agir desse modo para preservar a saúde de seus nacionais, todavia, acabaram por afetar, o que é inevitável, outros direitos igualmente fundamentais (a liberdade de ir e vir, por exemplo).

Ademais, a necessidade de gestão global de determinadas questões e dos eventuais problemas que lhes são correlatos (saúde pública e meio ambiente, por exemplo) obrigou os Estados a coordenarem também suas políticas (ROTH, 2015, p. 18). Desse modo, hoje cada Estado considera a situação externa (no caso sob exame, quanto ao coronavírus) para elaborar seu Direito interno, mudando, assim, a própria base de legitimação de sua produção normativa (ROTH, 2015, p. 18), que não deve atender mais apenas aos interesses dos seus cidadãos (eleitores), mas aos dos de outros países e continentes e mesmo a toda a humanidade, que pode(rão) (rá) ser, direta ou indiretamente, afetad(os)(a) por decisões adotadas em lugar(es) distante(s).

Ainda quanto à produção do Direito, da análise das medidas de enfrentamento ao coronavírus adotadas no Brasil vê-se que se altera também, para além de sua base de legitimação, o próprio perfil do Direito de gênese estatal.

Com efeito, o Direito estatal intenta recobrar a força que lhe vem sendo tolhida por conta da globalização, que ensejou sua coexistência com a normatização jurídica emanada de outros agentes, notadamente econômicos (em especial as empresas transnacionais) (GROSSI, 2010, p. 76), pretendendo assim voltar a ocupar a posição de centro de tomada das decisões políticas fundamentais da sociedade (ADOLFO, 2001, p. 75) (ao menos em sede de adoção de medidas eficazes de combate ao coronavírus). É o que se vê, pontualmente, no embate entre a determinação governamental de isolamento e quarentena (artigo 2º, I e II, c/c artigo 3º, I e II, ambos da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020) (BRASIL, 2020a) e a oposição de parcela do empresariado nacional à sua observância, como foi amplamente divulgado pela imprensa (UOL, 2020; JORNAL DE BRASÍLIA, 2020).

Outrossim, o direito estatal passa a assumir conteúdo também de incitação, além da pura e simples proibição (direito negativo) que o caracteriza, buscando influenciar os diversos atores sociais a tomar decisões conformes às metas perseguidas (ROTH, 2015, p. 24). Nessa linha, o Direito estatal, no que tange, à vista dos limites deste estudo, ao combate ao coronavírus, visa a estimular os cidadãos a permanecer no interior de suas residências, bem assim a suspender ou a restringir dadas atividades, como as que importem aglomeração de pessoas.

Nesse contexto, há ainda que se reconhecer que apenas a intervenção do Estado não basta mais para a adequada tutela da saúde pública, mesmo se considerada em âmbito meramente nacional. Assim, em tempos de quarentena por conta do coronavírus (artigo 2º, II, c/c artigo 3º, II, da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020) afigura-se necessário redescobrir solidariedades tradicionais (ROTH, 2015, p. 17) e horizontais preexistentes (SANTOS, 2001, p. 85), mas que se haviam afrouxado ou perdido com o decorrer do tempo (vínculos com a família, os vizinhos e outros atores sociais).

Além disso, as figuras do risco e da prevenção ganham maior relevância.

O risco é concebido por Ulrich Beck como uma situação de ameaça global (BECK, 2013, p. 26), que está por toda parte e atinge a todas as pessoas indistintamente, não se podendo opor uma “classe dos afetados” a uma “classe dos não afetados”, mas apenas a uma “classe dos ainda não afetados” (47), sendo certo que “[...] agora existe uma espécie de *destino associado à ameaça na civilização avançada*” (p. 49). Assim, trata-se de figura em tudo correlata ao coronavírus.

Quanto à prevenção, esta tem primazia sobre a reparação ou a compensação na tutela dos interesses coletivos (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República (BRASIL, 1988), artigo 84 da Lei n. 8.078/90) (BRASIL, 1990), como é o caso daqueles afetados à saúde pública, tendo em vista a necessidade de evitar a efetiva produção dos danos, cuja recuperação, por vezes, se afigura difícil e/ou dispendiosa (veja-se o expressivo montante de recursos destinados ao tratamento de pacientes do coronavírus ao redor do mundo), quando não impossível (basta pensar nos milhares de pessoas que foram a óbito como decorrência da moléstia).

A combinação desses aspectos talvez possa conduzir a uma desaceleração da globalização, assertiva que, todavia, consiste apenas em uma hipótese ainda remota, cuja comprovação depende do desenrolar dos fatos. De todo modo, já se evidenciou que o resultado eficiente do enfrentamento do coronavírus deve resultar da conjunção dos esforços de todos, e não mais apenas do Estado.

Nesse amplo contexto exurge a fraternidade como princípio do universalismo político, pois enseja “discussões sobre as relações e sobre os vínculos de solidariedade comunitária” (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 102), que acabam por expandir a cidadania para além dos limites territoriais do Estado (p. 104). Ademais, “a fraternidade estabelece uma dinâmica de reciprocidade na ação entre pessoas humanas” (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 110), o que se afigura relevante para a eficiente superação da pandemia de coronavírus.

Por fim, conforme Ferrajoli (2020), há uma grande diferença das catástrofes que acometeram a humanidade no passado: “[...] o caráter global das catástrofes atuais, que afetam todo o mundo, a humanidade inteira, sem diferença de nacionalidade, de cultura, de língua, de religião e até de condições econômicas e políticas”. Assim, a cidadania, agora considerada em âmbito transnacional e pautada pela fraternidade, deve se organizar para a defesa do interesse público primário afetado à saúde, titularizado indistintamente por toda a coletividade ao redor do globo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, percebe-se que o coronavírus (Sars-Cov-2) é um vírus que causa doenças respiratórias, entre as quais a Covid-19, cuja expansão, que vem se dando por todo o mundo e com rapidez, foi reconhecida como uma pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), havendo risco de a América Latina assumir a condição de epicentro de propagação do vírus e da moléstia, principalmente em razão das reconhecidas insuficiências e fragilidades da saúde PÚBLICA prestada no continente e especificamente no Brasil.

À vista dessas circunstâncias, foi editada no país a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020a), que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência em saúde pública relacionada ao coronavírus, tratando-se de lei nacional e de vigência temporária.

Tal lei preceitua que, para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, cada qual nos limites de suas atribuições, medidas como isolamento e quarentena, entre outras que acarretam restrição à plena liberdade dos cidadãos, com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, e que deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, de modo a preservar os direitos fundamentais.

A realidade da saúde pública brasileira em um contexto de pandemia torna-se ainda mais emergencial quando se vê a situação adversa em que, como decorrência do coronavírus, se encontram os sistemas de saúde pública de países mais desenvolvidos econômica e socialmente, uma vez que a moléstia está devastando todo o planeta.

A saúde pública e sua tutela assumiram diversos perfis no curso das transformações por que passou o Estado ao longo do tempo: à época do Estado Liberal, não havia a previsão de um dever geral de tutela, pelo Estado, da saúde, cabendo a cada pessoa, família ou grupo adotar seus próprios cuidados quanto a si e a seus

membros, sendo a atenção mais organizada à saúde de outrem então apenas caritativa, benemerente, a cargo em especial de organizações de natureza religiosa; ao tempo do Estado Social, o poder público assumiu para si o dever de promover e assegurar, de modo geral, a saúde da coletividade, e as Constituições passaram a prever um direito fundamental de todos à saúde, a ser exigido e efetivado nos limites territoriais de cada Estado; na atualidade, como a ameaça à saúde por vezes tem caráter global, e não só mais nacional ou local, mostra-se necessária também uma tutela transnacional da saúde pública, a cargo não apenas do Estado, mas de organismos internacionais e da coletividade, pois aquele, sozinho, em especial em tempo de pandemia, não ostenta mais condições de tutelar integralmente tal interesse, à vista de seus contornos globais.

Nesse contexto transnacional parece haver, como decorrência da necessidade de conter a rápida expansão do coronavírus, um ressurgimento ou resgate da noção de fronteiras territoriais entre os Estados, que tinha se afrouxado como decorrência da globalização.

Com efeito, a relativização dos limites territoriais correlata à globalização impulsionou o livre trânsito de pessoas e de bens entre os Estados e os continentes, mas foi justamente esse fluxo mais facilitado e ágil de pessoas que ensejou a rápida disseminação do coronavírus por praticamente todo o globo.

Surge daí a necessidade de gestão global de determinadas questões e dos eventuais problemas que lhes são correlatos, o que obrigou os Estados a coordenarem também suas políticas de saúde. Ademais, o Direito Estatal passou a assumir conteúdo também de incitação, além da pura e simples proibição (direito negativo) que o caracterizava, buscando influenciar os diversos atores sociais a tomar decisões conformes às metas perseguidas.

Outrossim, afigura-se necessário redescobrir solidariedades tradicionais e horizontais preexistentes, mas que se haviam afrouxado ou perdido com o decorrer do tempo (vínculos com a família, os vizinhos e outros atores sociais). A cidadania, princípio constitucional fundamental, tornou-se palavra de ordem nesse novo contexto global. A fraternidade, princípio do universalismo político, vem expandir a cidadania para além dos limites territoriais do Estado e mostrar a relevância da reciprocidade de ação das pessoas entre si e dos governos. Com efeito, o coronavírus faz lembrar que não há distinção entre as pessoas em sua essência, que todos somos iguais e que todos temos direitos, mas também deveres, para conosco mesmos e para com os outros.

Isso posto, embora haja um resgate da noção de fronteira territorial, que parecia ter sido esquecida, as noções de cidadania e de fraternidade assumem importância muito maior, pois direcionam toda a humanidade no sentido de um único objetivo: preservar a saúde e a vida acima de qualquer outro interesse.

7 REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Globalização e Estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.
- AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário*. A proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. (Título original: Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne).
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *coronavírus – Covid-19*. 2020b. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume I. Parte Geral. (Arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da assistência social*. São Paulo: Verbatim, 2012.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018*. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

ESTADÃO. *OMS declara pandemia de novo coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-declara-pandemia-de-novo-coronavirus-mais-de-118-mil-casos-foram-registrados,70003228725>. Acesso em: 6 abr. 2020.

ESTADO DE MINAS. *Cronologia da expansão do novo coronavírus descoberto na China*. Seção Internacional, 7 fev. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/02/07/interna_internacional,1120153/cronologia-da-expansao-do-novo-coronavirus-descoberto-na-china.shtml. Acesso em: 6 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *O vírus põe a globalização de joelhos*. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 13 jun. 2020.

GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (Título original: Il diritto tra potere e ordenamento).

JORNAL DE BRASÍLIA. *Empresários e entidades planejam manifestações contra isolamento no Paraná*. 2020. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/brasil/empresarios-e-entidades-planejam-manifestacoes-contraisolamento-no-parana/>. Acesso em: 6 abr. 2020.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania. Por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 (Coleção Estado e Constituição, 10).

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo; ARAUJO, Roseana Maria Alencar de. Estados transnacionais: aspectos destacados da proposta de Ulrich Beck. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 7, n. 3, set./dez. 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 14. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ROTH, André-Noël. O Direito em crise: fim do Estado Moderno. Tradução Margaret Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica*. Implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2015.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Do pensamento único à consciência universal. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Ildete Regina do Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e fraternidade*. O valor normativo do preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

STF. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Quinta-feira, 30 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442500>. Acesso em: 28 maio 2020.

UOL. Madero, Havan, *Giraffas*: empresários criticam medidas de combate à pandemia. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/24/empresarios-coronavirus-o-que-dizem-criticas.htm>. Acesso em: 6 abr. 2020.

COLABORAÇÃO PREMIADA: Aportes Teóricos e Jurisprudenciais, o Caso do Brasil e Inserções no Direito Comparado¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.9359>

Recebido em: 12/8/2019

Modificações solicitadas em: 26/11/2020

Aceito em: 2/2/2021

Fernando Soares Gomes

Autor correspondente. Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) – Campus Universitário Prof. Darcy Ribeiro. Av. Prof. Rui Braga, s/n – Vila Mauriceia. Montes Claros/MG, Brasil. CEP 39401-089. <http://lattes.cnpq.br/5070180403663898>. <https://orcid.org/0000-0003-1492-7192>. fernandosg1502@gmail.com

Ian Bernar Santos Barroso

Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Montes Claros/MG, Brasil.

Leandro Luciano Silva Ravnjak

Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Montes Claros/MG, Brasil.

RESUMO

O objetivo deste texto é analisar o instituto da colaboração premiada. Trata-se de uma abordagem qualitativa operacionalizada pela pesquisa bibliográfica e documental, com breve imersão em análise comparada. Observou-se que a colaboração premiada esteve presente em vários momentos na História e é um instituto que carrega imprecisões tanto sob o aspecto conceitual quanto classificatório, além do problema da dispersão normativa. No Direito comparado, considera-se a Itália como pioneira quanto à utilização do instituto. No Brasil, a colaboração premiada recebe tratamento na perspectiva constitucionalista, utilitarista e probatória. Conclui-se que a colaboração premiada é instrumento em transformação, especialmente relacionado a sua sistematização conceitual e a sua unificação normativa. Logo, embora o instrumento seja concretamente eficaz, é certo que, por vezes, determinados direitos dos colaboradores são desrespeitados.

Palavras-chave: Associação criminosa; colaboração premiada; dispersão normativa; utilitarismo; legitimidade probatória.

PLEA BARGAIN: THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL APPROACHES, THE BRAZILIAN CASE AND INCURSIONS IN COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the institute of plea bargain. This is a qualitative work operationalized by bibliographic and documentary research, with an immersion in comparative analysis. Plea bargain was present at various times in history and it is an institute that carries inaccuracies in both conceptual and classificatory aspects, besides the problem of normative dispersion. In comparative law, Italy is a pioneer in the use of the institute. In Brazil, plea bargain receives treatment from a constitutional, utilitarian and probative perspective. It is concluded that the plea bargain is an instrument in transformation, especially related to its conceptual systematization and its normative unification. Therefore, although the instrument is concretely effective, it is certain that, at times, certain rights of employees are disregarded.

Keywords: Criminal association; plea bargain; normative dispersion; utilitarianism; probative legitimacy.

¹ O presente trabalho é fruto de análises empreendidas no projeto de pesquisa “DELAÇÃO PREMIADA: percurso histórico e jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais”, desenvolvido no período de março/2016 a março/2017, no contexto do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Pibic/Fapemig).

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada é, atualmente, o centro de importantes controvérsias no âmbito da persecução criminal brasileira. Nota-se que o emprego, condições, homologação e operacionalização do instituto têm levantado discussões quanto a sua conveniência e validade jurídica.

O objetivo do presente estudo é analisar a legitimidade jurídica da colaboração premiada no Direito brasileiro. Nesta tendência, buscou-se verificar a compatibilidade do instrumento com a ordem constitucional, bem como a eficiência necessária para integrar as ferramentas investigativas sem comprometer o curso do processo.

Para atingir tal objetivo analisou-se a historicidade do instituto, seus elementos caracterizadores, suas variações conceituais e classificatórias e sua aproximação com o Direito estrangeiro.

A pesquisa bibliográfica e documental acerca dos institutos normativos relacionados direta e indiretamente à colaboração premiada foi essencial para a consecução do trabalho, inclusive utilizando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), além de breve imersão na análise comparada, especificamente o caso italiano e o estadunidense.

Após o percurso metodológico, constata-se que a colaboração premiada, apesar de somente ganhar notoriedade com os acontecimentos que envolvem a “Operação Lava Jato”,² esteve presente no ordenamento jurídico desde longa data, e que de lá até a atualidade sofreu transformações significativas que justificam sua análise mais detalhada.

No campo teórico, identificou-se as concepções doutrinárias que permeiam o instituto, especialmente as visões fundamentalista e utilitarista.

No âmbito normativo, evidenciou-se as consequências decorrentes da dispersão legislativa sobre a colaboração premiada, tanto sob o aspecto penal quanto o processual penal.

O resultado é a apresentação de uma contribuição para a ciência jurídica que não se preocupou em exaurir o tema, pelo contrário, o objetivo é desocultar elementos ainda pouco abordados no estudo da colaboração premiada, aprofundando-se na reflexão sobre a validade jurídica desta nas searas utilitarista, constitucional e probatória.

2 TAXONOMIA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1 Problematização conceitual da colaboração premiada

Por colaboração premiada entende-se um mecanismo de investigação criminal no qual é proposto ao investigado a possibilidade de redução ou extinção da sua pena mediante colaboração de forma relevante com as investigações.

Embora a expressão “delação premiada” tenha sido comumente utilizada como sinônimo de colaboração premiada na doutrina, na jurisprudência e no ambiente midiático, esta variação é tecnicamente imprecisa. De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, o termo “delatar” tem o significado de “denunciar como responsável por crime” (HOUAISS; VILLAR, 2010, p.224). Jesus (2006, p. 50), por sua vez, afirma que “delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato)”. Assim, a incorreção metodológica da expressão delação premiada para designar a totalidade do instrumento em estudo está na sua insuficiência e restrição. Isso por que a colaboração não se limita às situações de coautoria, somente como instrumento de indicação de novos alvos para as investigações, tratando-se de um instituto mais completo.

² Operação policial-investigativa brasileira relacionada à lavagem de dinheiro e a corrupção.

Um exemplo da inadequação do termo “delação” é o artigo 13³ da Lei Federal nº 9.807/1999, que insere no âmbito da colaboração três situações que vão além da prática de denúncia de coautores, somando-se a isso a localização de vítimas e recuperação de produto do crime. O termo em questão abrange apenas a primeira hipótese elencada no artigo, não fazendo referência às ações previstas nos incisos II e III do dispositivo legal.

O termo “colaboração”, por sua vez, possui a extensão conceitual necessária para se abarcar o instituto jurídico abordado. Colaborar significa “Trabalhar em comum com outrem na mesma obra” ou “Concorrer, cooperar para a realização de qualquer coisa”. Desse modo, o indivíduo que localiza a vítima ou recupera parcialmente o produto do crime está colaborando, ainda que não esteja delatando ninguém, mesmo porque nem todos os crimes praticados possuem mais de um autor.

Assim sendo, ainda que a denominação “delação premiada” seja comumente utilizada, esta nomenclatura não representa o real significado do instrumento investigativo em análise, porquanto a terminologia “colaboração” é a mais adequada e, acertadamente, aquela adotada pela legislação.

2.2 Classificação da colaboração premiada

Apesar de não ser, tecnicamente, o termo correto para a designação do instituto em análise, a expressão delação premiada não merece ser banida do jargão jurídico. Isso porque, em uma análise classificatória, pode-se situar a delação premiada como uma espécie do gênero colaboração, tendo em vista a amplitude que o termo “colaboração” possui e a existência de outras espécies de colaboração, como cita a Lei nº 9.807/1999 quando se refere à localização da vítima ou à recuperação do produto do crime, caráter reafirmado pelas Leis nº 11.343/2006 e nº 12.850/2013.⁴

Tal classificação não é aceita de forma unânime na doutrina.⁵ Salieta-se, contudo, que essa separação apresenta um cunho taxonômico e informativo, necessário para que haja precisão nas ciências jurídicas, acompanhando-se o entendimento de Vladimir Aras (2013). No mesmo sentido, afirma Jesus (2006, p. 50) que “[...] há situações, como na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998), nas quais se conferem prêmios a criminosos, ainda que não tenham delatado terceiros, mas conduzam a investigação à localização de bens, direitos ou valores objetos do crime”.

Nesse sentido, as denominações taxonômicas e as expressões utilizadas no mundo jurídico devem conter aspectos estritamente técnicos e que comprovem a real extensão e sentido das palavras, não se podendo atribuir a um termo um significado diferente daquele que corresponda à realidade científica por mera conveniência. Afinal de contas, a ciência da sociolinguística, que se ocupa em entender o contexto social e cultural da produção linguística, possui como um de seus objetivos entender “quais são os principais fatores que motivam a variação linguística e qual a importância desses fatores na configuração do quadro que se apresenta variável” (CEZÁRIO; VOTRE, 2015, p. 141).

³ “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime”.

⁴ Lei nº 11.343/2006. “Art. 41. O indiciado ou acusado que *colaborar* voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” Lei nº 12.850/2013. “Art. 4º – O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha *colaborado* efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa *colaboração* advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]” *Grifo*.

⁵ Marcos Paulo Dutra Santos, em sua obra *Colaboração (delação) Premiada*, critica a tendência de alguns doutrinadores processuais criminais sistematizarem hierarquicamente a colaboração premiada, afirmando que “sustentar, da mesma forma, que a delação é espécie do gênero colaboração, porque a última não necessariamente deságua na primeira é outra imprecisão” (SANTOS, 2016).

Conclui-se que a diferenciação entre colaboração premiada e delação premiada é tecnicamente precisa e deve ser levada em conta na doutrina e na jurisprudência, sob pena se cultivar um termo que, juridicamente, destoa da realidade.

Adotou-se neste trabalho a classificação apresentada por Vladimir Aras, que divide a colaboração premiada em delação premiada, colaboração preventiva, colaboração para recuperação e colaboração para localização de vítima. Todas essas espécies encontram-se expressas na Lei nº 12.820/2013.

Além das classificações apresentadas pela obra de Vladimir Aras, identificou-se, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida) e na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) outra forma de colaboração premiada. Denominou-se tal espécie como colaboração internacional, que se faz presente nos artigos 37.5 e 26.5 das mencionadas convenções, respectivamente.

Essa espécie de colaboração premiada ocorre quando o potencial colaborador de um crime apurado em um país está residindo em um outro. Caso esse colaborador possua problemas com a Justiça Criminal do país em que se encontra, poderá realizar um acordo em que irá contribuir com as investigações do primeiro país, recebendo o benefício naquele em que está.

É oportuno ressaltar que a colaboração internacional, embora pouco utilizada, pode ser de grande valia no combate ao crime organizado e à corrupção transnacional, principalmente aqueles relacionados ao tráfico internacional de entorpecentes e à lavagem de dinheiro, diariamente divulgados na mídia.

3 NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Superada a análise sobre os conceitos e as espécies da colaboração premiada, outra nota introdutória importante a ser analisada é a natureza jurídica da colaboração premiada. Perceptível, pelo fato de ser um instrumento da investigação criminal e por conceder benefício àqueles que estejam diante de um processo criminal, que a colaboração premiada possui natureza processual.

Mais especificamente, trata-se um negócio jurídico processual, o que já afirmado por Santos (2016) e pelo ministro do STF Dias Toffoli no julgamento do HC 127.483: “a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”.

Outra característica é que a colaboração premiada situa-se entre a confissão espontânea e o testemunho. Dessa forma, é razoável entender que algumas regras destes institutos devem se aplicar interpretativa e subsidiariamente, no que couber, à colaboração premiada, o que auxilia no caso de haver lacunas que poderiam tornar o processo de colaboração arbitrário ou desmedido, solução esta que, uma vez que aumenta o número de regras procedimentais aplicáveis ao instrumento colaboracional, torna-o mais seguro juridicamente aos colaboradores, e, portanto, mais legítimo.

Claro é que a colaboração premiada não possui a mesma força probatória que o testemunho, até porque não é prova, mas somente meio, contudo aproxima-se deste quando há a confirmação das declarações dadas no processo de colaboração por outras provas no processo.

Tendo em vista a impossibilidade da analogia *in malam partem* no Direito Penal, bem como o princípio da fragmentariedade, não se pode aplicar o tipo penal de falso testemunho ao colaborador que presta informações falsas. Existe, no entanto, para o caso uma espécie privilegiada do crime de falso testemunho descrita na própria Lei nº 12.850/2013, que afirma em seu artigo 19: “Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal à pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Reputa-se como acertada a opção do legislador de criar uma figura privilegiada do crime de falso testemunho para o instituto em análise. Isso porque a colaboração premiada não possui a natureza e a força probatória que o testemunho tem, sendo somente meio de obtenção de provas, de forma que as declarações prestadas pelo colaborador são inúteis em um processo se não forem confirmadas por outras provas. Além

disso, caso haja inveracidade das informações prestadas, embora seja lacunosa a Lei nº 12.850/2013 a esse respeito, é racional entender que os benefícios concedidos serão revogados, constituindo, desde já, uma forma de sanção.

Neste tópico, é oportuno destacar uma das alterações promovidas no âmbito da Lei nº 12.850/2013, pela recente Lei nº 13.964/2019, sancionada em 24 de dezembro de 2019 e intitulada como “Pacote Anticrime”, que objetivou “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”. Ocorre que o referido Pacote promoveu a inclusão do artigo 3º-A na Lei nº 12.850/2013, estabelecendo uma espécie de pacificação do conceito de natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, ao defini-lo como “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Apesar do impacto doutrinário promovido pela aludida inclusão, Melo e Broeto (2019) apontam que “esse entendimento já estava mais que sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátrias”. Vale ressaltar, ainda, que “o sobredito dispositivo trata da natureza jurídica ‘do acordo’ de colaboração premiada em si, que não se confunde com a colaboração premiada propriamente dita”, eis que o referido instituto “independe de acordo expresso”, tratando-se, em verdade, “de uma ‘postura’ colaborativa a qual extrapola o mero firmamento de um instrumento contratual”.

4 REFLEXÕES NO ÂMBITO DO DIREITO COMPARADO

Já consolidado em outras legislações, é importante que se faça um sucinto apanhado do funcionamento da colaboração premiada nesses países, levando-se em conta as peculiaridades de cada um, tal como a organização judiciária e o sistema jurídico adotado (*civil law* ou *common law*).

Além da legislação italiana como referência, buscou-se também amparo na lei americana, uma vez que a adoção do *common law* e a maior liberdade proporcionada ao promotor de Justiça naquela nação traz novas perspectivas à utilidade da colaboração premiada no Brasil.

4.1 Breve histórico na Itália

O Brasil não foi pioneiro na aplicação do instituto da colaboração premiada. No contexto estrangeiro, o instituto já está regulamentado e desenvolvido há mais tempo, especialmente na Itália e Estados Unidos.

O sistema de justiça negocial italiano está, histórica e fundamentalmente, ligado ao surgimento das denominadas máfias. O termo máfia foi empregado pela primeira vez em 1865 em uma conversa entre o prefeito da cidade de Palermo e o ministro do Interior, com o significado de associação delitiva. A máfia, em seu começo, era um componente da sociedade siciliana, representando, na prática, uma espécie de poder intermediário entre o Estado Italiano e a sociedade, principalmente em locais em que o Estado estava presente apenas formalmente (RODRIGUEZ, 2010). Bittar (2011, p. 299) explica que: “O processo de surgimento da máfia vem descrito [...] como o acordo entre a força pública e os criminosos para a recuperação dos bens roubados”.

Há, assim, a primeira vinculação entre as organizações mafiosas e o poder político. Essa espécie de máfia, entretanto, denominada “velha máfia”, foi acabando ao fim do século 19 e início do século 20, com as migrações sicilianas para os Estados Unidos, dando origem, em contrapartida, a grupos mafiosos em solo americano que tinha relação com a Sicília.

Ainda que o fascismo tenha atacado fortemente a máfia, sua recuperação deu-se ao fim da Segunda Guerra Mundial, contexto no qual os Estados Unidos, objetivando facilitar o desembarque de suas tropas na Sicília, estabeleceu relações com a máfia americana de origem siciliana – cita-se, particularmente, o mafioso Lucky Luciano – colocando, assim, nos cargos políticos da Sicília pessoas ligadas à máfia (RODRIGUEZ, 2010).

Após todos esses acontecimentos, há uma reviravolta no papel da máfia na sociedade italiana. O acordo entre os criminosos e o Estado se finda, e aqueles passam a oferecer um serviço de proteção aos latifundiários. Explica Bittar (2011, p. 229): “veem-se chefões da máfia que se colocam no centro de uma propriedade e que dizem: garanto-lhes que aqui não haverá roubos, mas me deem um tanto por cento das suas colheitas”.

Logo, uma das primeiras formas, se não a primeira, de crime organizado, expandiu-se assustadoramente. Tal expansão ocorreu não somente na Itália, mas em todo o mundo, inclusive no continente americano.

Nesse conceito, o Estado Italiano se viu obrigado a desenvolver métodos que pudessem combater as organizações criminosas italianas, surgindo, assim, o instituto do pentitismo, ou arrependimento.

4.2 Modelo atual de Justiça Premial Italiano

Assim como no Brasil, segundo Santos (2016), a Constituição Italiana em seu artigo 112 impõe ao Ministério Público o dever de propor a ação penal pública, constituindo, portanto, o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Decorre disso, juntamente com a adoção do sistema *civil law*, que o sistema italiano exige uma técnica legislativa mais descritiva do que o americano, principalmente em termos procedimentais.

Não obstante, não se deve deixar sem menção o fato de que, conforme Morello (2000), os promotores italianos não têm observado rigidamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Isso porque o cotidiano italiano vem sendo gravado por diversos fatores que interferem no arranjo penal, como novas normas incriminadoras, fragilidade da polícia judiciária e intensa criminalidade em determinados segmentos, além de, por óbvio, a sobrecarga do Ministério Público Italiano. Os promotores, então, têm sido obrigados a selecionar as infrações que de fato merecem uma ação penal, adotando, na prática, o princípio da discricionariedade penal, ligando-se a um sistema mais utilitarista e flexível do que aquele descrito ortodoxamente na lei italiana.

O ordenamento jurídico italiano possui leis que abordam a colaboração premiada em seu aspecto material, como leis processuais e procedimentais que regem o tema. Basicamente, as leis materiais italianas garantem ao colaborador benefícios semelhantes aos que a lei brasileira garante. Ocorre que, durante o processo histórico, o Estado italiano realizou uma manobra legislativa na qual, ao mesmo tempo em que se endurecia as penas ou se criavam novos tipos penais para as ações ligadas às organizações criminosas, como extorsão mediante sequestro e delitos ligados ao terrorismo, buscou-se estabelecer maiores benefícios para os colaboradores. Essa estratégia fez com que os colaboradores não somente realizassem ativamente as colaborações, mas também se dissociassem do grupo criminoso, recuperando, portanto, os jovens associados a tais organizações (BITTAR, 2011).

Quanto aos procedimentos para a realização da colaboração premiada, a legislação italiana optou por diminuir as lacunas ao mínimo, criando, portanto, uma legislação que, em consonância com sistema processual italiano, disciplina as condutas de cada agente no processo de colaboração.

Não faltam exemplos de determinações legais acerca do procedimento da colaboração premiada na legislação italiana, *verbi gratia*, a necessidade de outros elementos que confirmem a autenticidade das colaborações, o direito a medidas específicas de proteção para o colaborador e sua família, como a substituição de seus documentos e a mudança de residência para locais protegidos, a obrigação de o colaborador não prestar informações a terceiros, a facilitação para que os colaboradores obtenham benefícios penitenciários, o instituto do *Verbale illustrativo*,⁶ a distinção entre momento tutório e momentos premiais,⁷ entre outros incontáveis regramentos procedimentais.

Destarte, torna-se claro que este ordenamento possui uma proximidade maior com o sistema brasileiro de Justiça. Além disso, seu estudo é facilitado pela positivação dada ao instituto.

4.3 Os Estados Unidos e o *plea bargaining*

Diferentemente da Itália, e em decorrência do sistema *common law*, Santos (2016) esclarece que os Estados Unidos adotam o princípio da discricionariedade dos promotores em se tratando do exercício da ação penal pública, o chamado *prosecutorial discretion*. Dessa forma, nada pode fazer o Judiciário caso os promotores de Justiça decidam por arquivar um inquérito policial, fazendo com que o sistema de negociações entre acusação e defesa tenha uma dinâmica totalmente diferente do sistema italiano ou brasileiro, por exemplo (SANTOS, 2016).

⁶ *Verbale illustrativo*: Instrumento utilizado pelo Direito italiano pelo qual são realizadas as declarações da colaboração premiada.

⁷ Conforme Bittar (2011), no Direito italiano a colaboração premiada é realizada em duas fases: (1) o momento tutório, em que são garantidos direitos imediatos de proteção ao colaborador e (2) momento premial, em que é concedido o prêmio principal ao colaborador, qual seja, redução ou extinção de sua pena, por exemplo.

A própria ideia de se usar como prova a cooperação de um coautor tem como uma de suas raízes nos ordenamentos jurídicos o modelo anglo-saxão. Assim, a adoção do princípio da oportunidade ou discricionariedade por tais ordenamentos facilita o uso de mecanismos como o *plea of guilty* e o *plea bargaining* (MAIER, 2004).

Nesse sentido, sabe-se que os Estados Unidos possuem uma regra federal para disciplinar o procedimento do *plea bargaining*, sendo a denominada *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas*.

Constata-se que o réu possui três alternativas: declarar-se expressamente culpado – *plea of guilty* – afirmar que não contesta a acusação, sem, no entanto, assumir a culpa – *plea of nolo contendere* – ou declarar-se inocente – *plea of not guilty*. No silêncio do acusado, há de se entender que ele se declarou inocente.

O *plea bargaining* pode ocorrer, de fato, antes do início do julgamento, revestindo-se de um processo de negociação entre acusação e defesa do réu, que deságua na *guilty plea* ou no *plea of nolo contendere*, instrumentos do Direito americano já supramencionados.

Sendo assim, durante o processo do *plea bargaining*, pode propor o Estado uma relativização das acusações ou uma abreviação das sanções em troca de uma confissão de culpa que pode ser acompanhada da denúncia de esquemas criminosos dos quais o réu faz parte, fatores que serão sempre levados em consideração na realização da negociação. Há, nesse caso, uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Logo, em audiência posterior ao acordo, o acusado deve manifestar sua decisão de aceitação do acordo perante um magistrado, e este último irá adverti-lo sobre a citada renúncia de direitos. O *nolo contendere* possui os mesmos efeitos na seara penal do que o *guilty plea*, diferenciando-se apenas pelo fato de que este serve para efeitos de responsabilização civil e aquele não (CAMPOS, 2012).

Em verdade, o *plea bargaining* é visto como um procedimento negocial entabulado entre a acusação e a defesa, resultando num acordo quanto à pena a ser imposta ao acusado. Trata-se de um verdadeiro pacto, regido pelos princípios contratuais (SALTZBURG; CAPRA, 1996).

5 CARACTERÍSTICAS DA LEI E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

As críticas doutrinárias acerca do déficit legislativo juntamente com a necessidade de que uma lei regulamentasse o procedimento de realização da colaboração premiada deu origem a uma seção destinada ao mencionado instituto na Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei de Organização Criminosa.

Diferentemente das leis anteriores, que somente traziam os direitos materiais dos colaboradores, a Lei nº 12.850/2013 apresentou um desenvolvimento legislativo considerável no tocante à matéria, trazendo medidas de proteção ao colaborador e a forma de aplicação de tais medidas em 3 artigos, 16 incisos e 19 parágrafos.

As novidades foram bem acolhidas pelo sistema jurídico brasileiro. O artigo 5º da Lei nº 12.850/2013 traz uma série de direitos que não estão diretamente ligados com o prêmio da colaboração. Trata-se do equivalente ao momento tutório na colaboração italiana, ou seja, são as medidas que garantirão a segurança do colaborador. É importante lembrar que, embora a Lei nº 12.850/2013 tenha inovado a respeito da matéria de proteção do réu colaborador, ela não foi pioneira nessa matéria, dado que a própria Lei nº 9.807/1999 fazia menção a algumas medidas deste tipo em seu texto.

5.1 Direitos tutórios

É importante reconhecer que a Lei nº 9.807/1999 apresenta direitos tutórios ao colaborador, como a separação dos demais presos – caso se encontre nesta condição – e até mesmo a possibilidade de alteração do nome do colaborador e de seu cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente e dependentes que tenham convivência habitual com o colaborador, conforme o artigo 9º da citada Lei. Tal preocupação é reforçada pelo inciso II do citado artigo 5º da Lei de Organização Criminosa que afirma a proteção do nome, qualificação e imagem do colaborador ainda que não se chegue ao extremo da necessidade de mudá-lo.

Os incisos III e IV do mesmo dispositivo descrevem o tratamento do colaborador em juízo, estabelecendo o seu isolamento de demais coautores e partícipes. Interessa mencionar que tal isolamento, tanto em juízo, quanto penitenciário, além de ser uma medida de proteção do colaborador, é uma maneira de evitar

que este, em conjunto com outros colaboradores, manipule as investigações, o que tornaria a utilização do instrumento inviável.

Posteriormente, os incisos V e VII, ainda do mesmo artigo, remetem, respectivamente, ao sigilo quanto à identidade do colaborador e ao direito de cumprimento da pena em estabelecimento diverso dos demais envolvidos. Nota-se, portanto, que, em que pese o *caput* do artigo 5º da Lei nº 12.850/2013 estabeleça dizeres sobre os “direitos do colaborador”, esses direitos são somente tutórios, sem que correspondam, de fato, ao principal benefício material do colaborador.

Nesse sentido, é importante destacar que a garantia de direitos tutórios ao colaborador, incorporados pela Lei nº 12.850/2013 ao Direito brasileiro, representa uma grande evolução desta ferramenta investigativa. É que a colaboração premiada, sem a garantia de proteção, pode representar um risco grande ao colaborador. Pessoas da alta cúpula de uma organização criminosa não realizarão delação premiada se souberem que correm o risco vida. Por outro lado, uma vez alterado seu nome e oferecido cumprimento de pena em estabelecimento diverso, torna-se razoável colaborar com o Estado. A existência de direitos tutórios no processo de colaboração premiada torna o instrumento investigativo mais efetivo, útil e adequado aos princípios da Constituição Federal.

5.2 Dispersão legislativa

Um dos aspectos que dificultam o uso a colaboração premiada no Brasil é a sua dispersão legislativa. Isso se deve ao fato de que o citado mecanismo foi introduzido de forma esparsa no ordenamento brasileiro, desenvolvendo-se de forma sucessiva, desde a Lei nº 8.072/1990, conhecida como Lei de Crimes Hediondos, perpassando pela Lei nº 9.807/1999, que redigiu o §4º do artigo 159 do Código Penal, até a Lei nº 12.850/2013 que, conforme já dito, enriqueceu seu aspecto processual.

A referida dispersão é percebida na própria repetição do conteúdo de diversos dispositivos legais referentes à política de colaboração. Note-se o exemplo: A Lei nº 8.072/1990 diz no parágrafo único do artigo 8º: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Por sua vez, a Lei nº 9.807/1999, estabelece em seus artigos 13 e 14:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

É evidente a evolução ocorrida entre os dois dispositivos legais. É mais perceptível o fato de que o segundo dispositivo legal abarca o primeiro. Dessa forma, restou cristalino que a colaboração premiada possui conceitos incompletos e desatualizados.

Analisando do ponto de vista da técnica legislativa, fica claro que, a cada dispositivo novo lançado sobre Direito Premial, um antecessor deveria ser revogado de forma expressa. Desse modo, além de evitar uma repetição desnecessária da lei e uma confusão no mundo jurídico, evita-se uma distorção ao princípio da isonomia. Afinal, pode ocorrer que determinado crime seja abarcado por um “prêmio” melhor do que outro. Não

bastasse, o processo interpretativo da colaboração premiada fica prejudicado, principalmente o método de hermenêutica lógico-sistemático.⁸

Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva (2016, p. 217-218): “[...] [tanto] a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei”. Continua: “aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil.

Nesse viés, os ditames legislativos relativos à colaboração premiada devem, ao englobar uns aos outros, revogar-se de forma expressa, sob pena de trazer confusão ao Direito Premial brasileiro.

5.3 Efeitos civis da colaboração premiada

É sabido que, em determinadas ocasiões, o Direito Criminal influi na área cível. Exemplo disso é o campo da responsabilidade civil, no qual havendo o fato em que se origine ação cível e criminal, esta irá exercer influência sobre aquela, inclusive devendo haver na sentença penal o valor mínimo para a reparação do dano, valor este que pode ser majorado na seara cível.

Por conseguinte, uma das possibilidades postas pela colaboração premiada é o envolvimento de questões cíveis, principalmente acerca do ressarcimento, entre as cláusulas do contrato processual de colaboração premiada. Um aspecto que é verificado, contudo, é o fato de que as leis penais não mencionam essa questão entre as formas pelas quais deve haver a colaboração, o que, em tese, poderia ferir o princípio da legalidade estrita.

Não é razoável, entretanto, entender que a colaboração premiada pode ser restrita aos campos penais quando há um caráter patrimonial na prática do crime. Não seria proporcional, *verbi gratia*, que aquele que realiza um furto juntamente com organização criminosa se livrasse dos efeitos penais por fazer uma delação premiada e não ressarcisse o valor ou bem furtado à vítima. Trata-se de uma contradição impensável, não só no campo jurídico, mas igualmente com relação aos ideais de Justiça que devem ser nutridos em um regime democrático.

Por isso, com fundamento no dever de *neminem laedere*, a melhor solução é a de que a imposição do ressarcimento no acordo de colaboração premiada seja requisito obrigatório, não podendo o Ministério Público propor a sua dispensa, ainda que a vítima posteriormente possa se valer de ação civil para tal fim.

Não é preciso que se espere que a sentença penal estabeleça o valor mínimo para a reparação civil se o colaborador, como rege a própria denominação, se faz presente para colaborar. Uno que é o Direito, a existência de cláusulas de reparação do dano no acordo de colaboração premiada é plenamente razoável, de forma que, inclusive, após a homologação judicial do acordo, este pode ser usado como título executivo.

5.4 Pontuações jurisprudenciais

É importante, ainda, considerar as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros com relação à colaboração premiada. O Supremo Tribunal Federal já fez importantes considerações acerca da utilização do instituto, as quais ajudam a compreender e interpretar os seus dispositivos.

Nesse sentido, deve-se analisar o acesso da colaboração premiada pelo defensor do delatado em processo de colaboração. A esse respeito, o artigo 7º, §2º da Lei nº 12.850/2013⁹ assegura ao defensor, o amplo acesso a elementos de prova que se liguem ao direito de defesa. Além disso, a súmula vinculante nº 14 do STF e o artigo 7º, XIV da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB) reforçam esse acesso. A jurisprudência, todavia, em

⁸ “É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação *lógico-sistemática*” (REALE, 2002).

⁹ “O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.”

regra, tem decidido acerca da impossibilidade de acesso às declarações de colaboração premiada por terceiros quando na fase de Inquérito Policial. Isso porque, como instituto processual que é, para os tribunais superiores e para a própria Lei nº 12.850/2013,¹⁰ a colaboração premiada não é considerada uma prova, mas apenas meio de obtenção desta, de forma que o acesso a estas declarações, ainda que por parte de defensor de sujeito citado em delação premiada, poderia frustrar diligências para a obtenção de provas.¹¹ Ademais, entende-se, conforme decidido pelo STJ no HC 67.49, pela relativização do §3º do artigo 7º da Lei nº 12.850/2013, sendo possível ao magistrado denegar o acesso de terceiros ao termo de colaboração premiada até mesmo após a denúncia, desde que haja a devida fundamentação.

No HC 127.483, o STF fez importantes considerações acerca do instituto. A primeira delas é acerca da natureza da colaboração. Deixou assente o Tribunal que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, justificando-se por ser tratado como meio de obtenção de prova pela lei, de forma que a cooperação se faz, primordialmente, para a investigação e para o processo criminal.

Outra questão é que o Supremo entendeu que, no que se refere ao inciso I do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, a personalidade não é requisito de validade, mas apenas um vetor a ser considerado no processo.

Por fim, ainda no citado *Habeas Corpus*, o STF decidiu pela impossibilidade de impugnação da colaboração por coautores ou partícipes do colaborador. Isso por que, conforme entendimento, a colaboração é um negócio jurídico processual personalíssimo.

É importante salientar que os tribunais têm sido rigorosos quanto ao cumprimento dos requisitos objetivos da colaboração premiada. Significa afirmar aqueles que não colaboram de forma efetiva com as investigações não farão jus ao benefício principal. O acordo realizado com a Justiça Criminal não pode admitir meias-verdades ou informações duvidosas. Afinal, se por um lado é certo que está em jogo as liberdades de um indivíduo, do outro está a efetividade da Justiça Criminal e da pacificação social, com as quais não se pode admitir a leviandade ou a omissão, sob pena de o benefício obtido se dilacerar.

5.5 Alterações legais promovidas na Lei nº 12.850/2013 – quanto à colaboração premiada – pelo “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019)

Além da inclusão mencionada na parte final da seção de número 3 deste trabalho (*Natureza Jurídica da Colaboração Premiada*), a Lei nº 13.964/2019 promoveu outras relevantes alterações na Lei de Organização Criminosa, especialmente quanto ao mecanismo da colaboração premiada, dispostas no artigo 14 da Lei nº 13.964/2019.

O Pacote Anticrime operou uma significativa alteração do procedimento investigativo. A partir desse texto legal, entre outras mudanças: I) manteve-se a audiência prevista no §7º, artigo 4º da redação anterior,¹² ampliando, contudo, “os aspectos que devem ser levados em consideração, pelo juiz, quando da homologa-

¹⁰ Lei nº 12.850/2013. Art. 3º – “Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada”. *Grifo*.

¹¹ É importante entender que o assunto não é pacífico na jurisprudência ainda. Mais de uma vez, contudo, tem se decidido pela impossibilidade do acesso às declarações dadas em delação premiada em fase de inquérito, posto que o §2º do artigo 7º da Lei nº 12.850/2013 garante o acesso aos elementos de prova, e não aos meios de produção destas, como é o caso da colaboração premiada. Interessante, assim, é a colocação do Min. do STJ Felix Fischer no HC 67.493 em que ele afirma que: “De fato, dispõe o §3º do art. 7º da Lei nº 12.850/2013 que ‘O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observando o disposto no art. 5º, o qual, por sua vez, explicita os direitos do colaborador. Trata-se de uma regra de caráter não absoluto, haja vista a própria exceção da publicidade no que diz respeito aos direitos do colaborador previstos no art. 5º do mesmo diploma legal. Não obstante, ainda que não disposto expressamente no dispositivo legal mencionado, tenho que deve ser ressalvado o acesso ao acordo de colaboração no que pertine a outras situações que não estejam diretamente ligadas à ação penal em que o recorrente figura como réu, que versem sobre investigações ainda em curso, o que parece ser o caso. Isto porque, a meu ver, deve ser realizado um juízo de ponderação entre o direito ao contraditório e à ampla defesa, por um lado, e a necessidade de proteção das informações relativas a investigações ainda em curso, de outro”.

¹² §7º “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

ção;¹³ II) admite-se “a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais [...] com o fim de investigar os crimes previstos nessa Lei”, o que se considera relevante para a investigação de crimes cibernéticos, por exemplo; III) possibilita-se a recusa da homologação pelo magistrado, momento no qual deverá devolver a proposta às partes para as adequações necessárias e IV) exige-se que “o registro das tratativas e dos atos de colaboração seja feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”(MELO; BROETO, 2019; FIGUEIREDO, 2020; BRASIL, 2019).

Algumas das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 representam, no entanto, apenas “inovações simbólicas”, eis que não alteram “substancialmente o que já era disciplinado”. É o que ocorre, por exemplo, com a inclusão do artigo 3º-B, que positiva a seguinte redação:

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também *marco de confidencialidade*, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial (*Grifo*).

Isso porque “a praxis já impunha a assinatura de termo de confidencialidade entre autoridades públicas, colaborador e advogado, quando da celebração de acordo de colaboração premiada”, consoante afirmam (MELO; BROETO, 2019), contudo o “vazamento de informações tão logo se assinava o acordo era regra”. Desse modo, “não se verifica nenhum preceito secundário no artigo 3º-B, mas apenas ‘um tipo remetido’, em relação aos agentes públicos, e uma possível quebra da boa-fé, a redundar no âmbito de eficácia do acordo”.

Por outro lado, o mencionado artigo 3º-B, incluído na Lei nº 12.850/2013, ultrapassa o posicionamento simbólico, ao lecionar, em seu primeiro parágrafo, que: “A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, *com a devida justificativa*, cientificando-se o interessado”, haja vista que se impõe “uma espécie de motivação para o indeferimento sumário da proposta de acordo de colaboração premiada”. Melo e Broeto, (2019) ponderam que “num Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o *Parquet* deve explicitar as razões pelas quais não entende viável a formalização de acordo premiada”, em decorrência, sobretudo, da própria dicção prescrita pela CRFB/88.¹⁴

Existem, contudo, dispositivos no mencionado artigo 14 da Lei nº 13.964/2019, inseridos no texto da Lei nº 12.850/2013, que promovem verdadeiras inovações ao conteúdo do tema em debate. É o caso do artigo 3º-C, §3º e 4º, que restringe o “objeto da investigação, nos seguintes termos:

§3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. §4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração (*Grifo*).

Melo e Broeto (2019) pontuam que “que tal previsão atende às críticas da doutrina, que via como um verdadeiro abuso ter o colaborador que, num determinado procedimento investigativo, falar sobre fatos totalmente alheios à investigação”. Cabe destacar a argumentação dos referidos autores, em clara exemplificação da aludida inserção legal:

¹³ São eles, na forma do §7º, do artigo 4º: “I – regularidade e legalidade; II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5º deste artigo; III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”.

¹⁴ Consoante preleciona o artigo 129, §4º, da CRFB/88, ao Ministério Público se aplica, no que couber, o artigo 93 da CRFB/88. Por sua vez, o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal impõe que “todos os julgamentos dos órgãos do poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Doravante, se há investigação, por exemplo, sobre crimes de corrupção praticados no âmbito do poder Legislativo, em período determinado, deverá o colaborador esclarecer tudo o que sabe sobre esses fatos, não sendo obrigado a declarar nada que não esteja, geográfica e/ou temporalmente, compreendido no específico âmbito das investigações.

Em mesma vertente encontra-se a previsão de rescisão do acordo colaborativo “em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração” (§17 do artigo 4º), bem como na hipótese de “envolvimento [do colaborador] em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração” (§18 do artigo 4º). Além disso, elenca-se a vedação ao magistrado de decidir pela publicidade do acordo de colaboração premiada e dos depoimentos do colaborador em qualquer hipótese (§3º do artigo 7º).

Por fim, o que se nota da redação em foco é o atendimento de consistentes coros doutrinários e jurisprudenciais, consoante asseveram Melo e Broeto (2019), produzidos após a verificação de lacunas e inconsistências legais que, por sua vez, colocavam “colaboradores e delatados em situação de fragilidade e insegurança jurídica”. É válido frisar, nesse sentido, que a argumentação aqui empreendida e ratificada deu-se com base na leitura, conforme já dito, dos elementos normativos positivados pelo artigo 14 da Lei nº 13.964/2019, que se referem especificadamente ao conteúdo da colaboração premiada.

6 AS CORRENTES UTILITARISTA E FUNDAMENTALISTA

A colaboração premiada constitui-se como uma ferramenta de investigação criminal que influencia diversos debates dentro da doutrina brasileira e internacional. Um dos principais debates diz respeito à constitucionalidade ou não do instrumento. São duas as correntes que discutem a compatibilidade da colaboração premiada com a Constituição Federal: a utilitarista e a fundamentalista.

A concepção utilitarista da colaboração premiada é aquela que se apoia sobre uma abordagem pragmática, ou seja, o entendimento de que esse instituto torna mais prática e realista as investigações criminais. Essa nomenclatura pode ser encontrada na obra de Tasse (2006), na qual ele afirma que a concepção utilitarista é “verdadeiro afastamento de alguns setores do poder Judiciário da pregação dogmática do Direito Penal e dos aspectos garantistas que esta traz em seu bojo, optando-se por uma racionalização utilitarista do direito penal”. Tal concepção entende a colaboração premiada como uma importante arma no combate e repressão à criminalidade, sobretudo a organizada, visto que ela pode aproximar o Estado da verdade real, princípio inerente ao processo.

Dessa maneira, relativizam-se critérios de ordem ética e moral para se primar pela busca da verdade real e pela eficiência do sistema.

A construção de um aspecto conceitual para a corrente fundamentalista da colaboração premiada passa por teorias como a garantista. Elaborada pelo professor Luigi Ferrajoli, tal doutrina entende que o garantismo designa um modelo normativo de Direito: precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo de ‘estrita legalidade’, defendendo “uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas” (FERRAJOLI, 2010).

Nesse sentido, a concepção fundamentalista é a aquela que defende que a colaboração premiada contraria determinadas garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, tais como a ampla defesa, o contraditório e o direito a não autoincriminação. Tal concepção opta pela teoria garantista de forma próxima ao ortodoxo, chegando alguns autores a sustentar a inconstitucionalidade absoluta da colaboração premiada no Direito brasileiro.

Alimentam o debate da questão supramencionada os princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito do preso de permanecer em silêncio sem que isso pese contra si, ambos previstos respectivamente no artigo 5º, incisos LVII e LXII da Constituição Federal e, também, uma importante garantia fundamental, que deriva de tais princípios constitucionais: o direito de “não produzir provas contra si”, que encontra respaldo na Convenção de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8º, que garante a toda pessoa acusada de um delito o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

A concepção fundamentalista é aquela que leva os princípios constitucionais à última fase, observando gramaticalmente todos os dispositivos constitucionais. Trata-se de uma corrente que coloca os princípios éticos e valores morais à frente da própria efetividade investigativa do Estado.

Em verdade, as duas teorias defendem o sopesamento dos mesmos pontos. O que aloca um posicionamento como utilitarista ou fundamentalista é a defesa de uma persecução mais efetiva e facilitada do Estado ou de uma valorização da ética e dos valores morais, bem como uma interpretação gramatical e rígida dos princípios constitucionais.

7 VALIDADE, ADEQUAÇÃO E USO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

Realizada toda a exposição dos aspectos teóricos e doutrinários acerca da colaboração premiada no Brasil e apontamentos em legislações estrangeiras, chega-se à análise final do trabalho. A legitimidade da colaboração premiada dentro do cenário jurídico brasileiro é motivo de muitas discussões, as quais, por vezes apontam sua inconstitucionalidade, como é o caso das correntes fundamentalistas, previamente analisadas, a invalidez das provas obtidas por este meio ou até mesmo a ineficiência do instrumento nas investigações.

7.1 Legitimidade constitucional

Uma vez não limitada e regulamentada, a colaboração premiada pode, de fato, tornar-se um instrumento de violação de direitos fundamentais.

A análise da constitucionalidade do instrumento deve passar não apenas pelo confronto entre a colaboração premiada e cada dispositivo constitucional individualmente, mas também pela adequação da ferramenta ao sistema constitucional brasileiro, como uma espécie de hermenêutica lógico-sistemática.

O fato é que a Lei Federal nº 12.850/2013 trouxe um novo paradigma ao mecanismo em análise. A legislação sobre os aspectos processuais e procedimentais da colaboração premiada até então era quase inexistente, o que causava um grande prejuízo ao instrumento, uma vez que a própria natureza deste é a de meio de obtenção de provas na persecução criminal, ou seja, uma natureza processual. Assim, em conformidade com o princípio da legalidade estrita, a Lei nº 12.850/2013 trouxe para o Direito brasileiro aceções processuais sobre a colaboração premiada, tais como aquelas presentes nos parágrafos do artigo 4º, como a possibilidade de o juiz adequar o acordo ou não homologá-lo, quais as partes realizam o acordo e a proibição de sentença com base somente em depoimento prestado por agente colaborador.

Os já abordados direitos tutórios do colaborador, os quais estão presentes na lei italiana e foram trazidos ao Brasil com a supracitada Lei Federal, aferem uma humanização ao instituto, fazendo com que o agente colaborador tenha espaço para favorecer efetivamente as investigações sem que tenha de temer por sua vida ou pela de seus familiares.

Outra questão é que se abordou no texto o exemplo de dois países em que a colaboração premiada está presente há muito. Trata-se de um instrumento utilizado com frequência, principalmente nos Estados Unidos. A discricionariedade do órgão de acusação facilita o acordo de colaboração premiada, uma vez que, independentemente da lei, pode o promotor de Justiça propor a ausência de ação penal contra o agente colaborador.

É preciso salientar que a colaboração premiada mostra-se, dentro do panorama jurídico brasileiro, um instrumento oficial de combate à criminalidade e que, embora possa relativizar direitos constitucionais do agente colaborador, este não está obrigado a colaborar, podendo se submeter ao resultado das investigações na forma ordinária.

Questiona a doutrina fundamentalista a violação de direitos como o direito ao silêncio, a ampla defesa e o contraditório. Como já referido, tais direitos fundamentais podem ser relativizados pelo seu titular, desde que este esteja com a vontade livre e desembaraçada. O réu tem o direito ao silêncio, mas pode confessar, se assim o desejar. Tem direito à ampla defesa e contraditório, mas pode optar por não se defender, sendo revel. O mesmo ocorre com a colaboração premiada: pode optar por abrir mão de sua defesa e de seu direito ao silêncio, garantindo vantagem material e processual.

A colaboração premiada, portanto, consolida-se constitucionalmente pela existência de regras processuais que limitam a sua utilização à garantia de determinadas proteções ao agente colaborador e aos terceiros

atingidos pelo instrumento, seja pelos direitos tutelados, seja por outras limitações, a exemplo da impossibilidade de condenação somente com base em declarações de um agente colaborador.

7.2 Validade utilitária

Superada a validade constitucional, passa-se ao valor utilitário da colaboração premiada. O que se pretende investigar é se o instrumento em estudo é realmente eficaz e se, de fato, facilita as investigações. Nesse sentido, temos que o viés histórico é o mais recomendado para perceber se a colaboração premiada é um instrumento efetivo ou não.

O surgimento da colaboração premiada dá-se em meio a uma necessidade eminente. O Estado italiano precisava desenvolver uma forma de acessar as organizações mafiosas que haviam se estruturado muito bem, havendo uma organização hierárquica muito consolidada. Naqueles episódios, o instituto da colaboração premiada amenizou o problema das máfias, embora não as tenha erradicado. É importante lembrar que o instrumento não foi a única solução, mas atuou aliado a uma maior rigidez da lei penal italiana, fazendo com que os agentes colaboradores se dissociassem dos grupos criminosos. Nota-se que a Lei nº 12.850/2013, ao trazer em seu artigo 211 um novo tipo penal com a pena de três a oito anos apresenta uma solução semelhante, uma vez que traz a colaboração premiada e outros meios de obtenção de provas, como a ação controlada e a interceptação telefônica.

Outra questão abordada é a presença da colaboração premiada na História brasileira. Chama-se a atenção para o fato de que a esta esteve presente em momentos importantes da História brasileira. Nesses episódios, o instrumento mostrou-se efetivo para as leis da época, ainda que estas não fossem condizentes com a realidade constitucional atual.

O instrumento foi bem-sucedido, por exemplo, nos episódios da Inconfidência Mineira e da Conjuração Baiana, nas quais um dos participantes do movimento de rebelião delatou a existência deste, observando-se que, em ambos os casos, deu-se fim aos movimentos. Não se discute a justiça ou não de tais movimentos. O fato é que, em ambos os episódios, o Estado conseguiu um acesso a informações que pelos meios tradicionais de investigação da época não teria conseguido, acessando assim os grupos rebeldes – considerados criminosos à época – e findando tais movimentos.

Atualmente, a lei brasileira apresenta uma variedade de formas de realizar-se colaboração premiada que vão além da delação. A diversificação das formas de colaborar é um aspecto positivo que a lei brasileira incluiu no instrumento. É importante que a colaboração premiada não se limite à delação para que as autoridades tenham formas de, além de descobrir as verdades fácticas, impedir a concretização de crimes ou obter produtos destes, como ocorre respectivamente na colaboração prevista no §4º do artigo 159 do Código Penal¹⁵ e no inciso IV do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.¹⁶ É um aspecto meritório da lei brasileira.

Por outro lado, é importante frisar que a dispersão legislativa existente no cenário jurídico brasileiro pode atrapalhar a aplicação da colaboração premiada. O texto, que deveria ter sido revogado expressamente,¹⁷ continua presente no ordenamento brasileiro, podendo causar problemas de hermenêutica e até mesmo de isonomia.

Essa pequena desorganização legislativa, contudo, por assim dizer, não é suficiente para tornar a colaboração premiada ineficiente no cenário jurídico brasileiro. O fato é que, historicamente, o instrumento já se mostra eficaz para que o Estado consiga informações e acesso que tradicionalmente não conseguiria.

Atualmente, mais bem desenvolvida, a colaboração premiada ainda se mostra uma fonte de informações eficaz. É um instituto adequado aos padrões investigativos brasileiros, que traz uma gama de possibili-

¹⁵ Código Penal. Artigo 159, §4º. “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, *facilitando a libertação do sequestrado*, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (*Grifo*)

¹⁶ Lei 12.850/2013. Artigo 4º, IV. “[...] a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”.

¹⁷ Conforme já afirmado, embora não tenham sido revogados expressamente, considera-se que as disposições sobre a colaboração premiada nas leis anteriores à Lei nº 12.850/2013, à exceção do Código Penal, que traz uma colaboração específica para o tipo penal, estão tacitamente revogados.

dades tanto para o agente colaborador, que tem novas formas de colaborar diferentes da delação premiada, quanto para o Estado, que tem novas formas de acesso a informações, produtos do crime e até mesmo formas de evitar a consumação de um tipo penal.

7.3 Validade probatória

Por fim, discute-se o quesito validade probatória da colaboração premiada como meio de obtenção de provas que é. As provas obtidas por meio da colaboração premiada devem ser válidas, sob pena de se tornar o instituto inútil. Assim, analisar se tais provas não possuem algum tipo de vício devido ao meio pelo qual foram obtidas é também essencial para verificar a validade da colaboração premiada no Direito brasileiro.

Para essa reflexão é necessário avaliar as regras processuais da colaboração premiada. É preciso verificar se a forma como essas regras são apresentadas não ocasiona algum risco à vontade do agente colaborador, que deve ser livre e desembaraçada.

Como já foi mencionado, o modelo italiano somente atribui valor probatório à colaboração premiada nos casos em que esta esteja acompanhada de outras provas que confirmem o seu teor. Assim, este modelo estabelece um percurso lógico obrigatório para realização da colaboração premiada que garante a validação de suas provas, constituindo-se em três fases:

[...] (a) Em primeiro lugar, deve-se verificar a credibilidade do declarante através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; (b) posteriormente, analisa-se a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração, auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; (c) por último, valora-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração (BITTAR, 2011).

Com a Lei nº 12.850/2013, o legislador brasileiro optou por solução semelhante à supracitada. Destacam-se os §§ 1º e 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 que afirma que a concessão do benefício deve levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato, além da eficácia da colaboração e que não é possível condenação somente com base em declarações de um agente colaborador.

A averiguação da confiabilidade das declarações de um agente colaborador, citada no §1º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, é reforçada pelo artigo 197 do Código de Processo Penal,¹⁸ que embora fale sobre *confissão*, aplica-se à colaboração premiada de forma análoga, uma vez que, como já foi afirmado, os dois institutos apresentam aspectos semelhantes, e, no caso em questão, não há nenhum prejuízo ao réu.

Outra questão a ser discutida, embora a Lei nº 12.850/2013 não faça disposição a respeito, é a revogação da colaboração premiada. O ideal é que haja no próprio acordo disposição a esse respeito, afirmando que o seu descumprimento resulta na revogação do acordo. Inexistindo, contudo, cláusula neste teor, deve-se verificar se há validade das provas obtidas.

Diferencia-se as consequências caso seja o acordo revogado ou anulado. Ressalta-se, para este assunto, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). É lógico pensar que havendo vícios no instrumento de obtenção de provas, esse vício contaminará todas aquelas obtidas. Se é fato que as provas obtidas por uma invasão ilegal a domicílio são viciadas, tendo em vista que o meio utilizado foi inválido, aquelas provas obtidas por uma colaboração realizada em que não houve uma vontade livre e desembaraçada também serão. Nesse sentido, anulado o acordo de colaboração premiada, em regra deve-se desentranhar dos autos as provas obtidas por aquele meio.

Diferente é o caso de revogação do acordo de colaboração premiada. Enquanto na anulação há uma causa desde o início que torna o acordo viciado, nessa o colaborador pratica ato incompatível com a colaboração prestada. É o caso, por exemplo, daquele que realiza colaboração premiada e, posteriormente, descobre-

¹⁸ Código de Processo Penal. Artigo 197. “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

-se ter ele ocultado, dolosamente, determinadas informações essenciais para a investigação; ou até mesmo daquele que delata uma organização criminosa e após volta a integrá-la ou outra organização.

Nos casos de revogação do benefício de colaboração premiada, as informações e as provas obtidas por meio deste instituto não estarão invalidadas, mas somente o benefício daquele que, em um momento anterior, havia colaborado com a Justiça Criminal.

Observa-se que a Lei nº 12.850/2013 cercou a colaboração premiada de regramentos necessários para a sua adaptação ao ordenamento jurídico brasileiro. No caso da validade probatória, a lei em questão apresentou procedimentos que vão além dos direitos tutórios, ou seja, regras essencialmente procedimentais que buscam garantir que não há vício na vontade do agente colaborador. Consequentemente, as provas obtidas por processo de colaboração premiada, desde que obedecidas as regras da Lei 12.850/2013, são plenamente válidas e não possuem, de forma originária, qualquer mácula em seu aspecto de validade.

7.4 O uso e abuso da colaboração premiada na história recente brasileira e a Operação Lava Jato

Conforme mencionado anteriormente, o instituto da colaboração premiada apareceu em diversos momentos da História do mundo e brasileira. Sobre esta última, ganhou destaque recente com episódios no curso da operação policial chamada de *Lava Jato*. Embora não seja o objetivo deste estudo analisar e julgar aplicações específicas do instituto no curso da operação, é certo que alguns aspectos gerais sobre a sua utilização são relevantes e merecem uma sucinta análise.

Nesse contexto, devem ser discutidos dois aspectos essenciais do instrumento: a sua eficácia para a investigação criminal e o respeito aos direitos dos colaboradores e às regras procedimentais do instituto.

Quanto ao primeiro ponto, não restam dúvidas de que fora satisfatoriamente atingido, embora os desdobramentos da citada operação ainda estejam ocorrendo na data de produção do presente texto. É dizer, a aplicação do instrumento surtiu efeitos positivos no âmbito das investigações criminais, permitindo se atingirem resultados que talvez não seriam alcançados sem o uso de tal ferramenta, que se mostrou, portanto, útil. Isso pode ser confirmado inicialmente com os resultados gerais da Operação Lava-Jato: Conforme noticiado em diversos meios, como no jornal *G1.globo.com*¹⁹ e *Folha de São Paulo*,²⁰ a operação possibilitou a descoberta de relevantes fatos relacionados a empresários e políticos que teriam praticado crimes contra a Empresa Estatal Petróleo Brasileiro S.A.

Ademais, conforme o *site Consultor Jurídico*,²¹ entre os anos de 2015 e 2019 foram celebrados 37 acordos de colaboração premiada no âmbito da Lava Jato, o que, até então, havia possibilitado a recuperação de R\$ 945.000.000,00 (novecentos e quarenta e cinco milhões de reais) para os cofres públicos. Isso demonstra que o instrumento foi útil não somente na seara criminal, mas também cível.

Observando, contudo, a aplicação do instituto sob o panorama dos direitos dos investigados e da observância das normas procedimentais que o regem, nota-se a presença de diversas falhas.

Inicialmente, vê-se que a exposição midiática excessiva da operação é algo que, por si só, contraria as normas que regem o instituto. Ora, o procedimento de colaboração, pela sua natureza, deve ser realizado da forma mais reservada possível, a fim de preservar a intimidade do colaborador, que, afinal, pode sofrer diversos riscos em razão das informações que repassa à investigação.

Nesse sentido, é preciso ver que a Lei Federal nº 12.850/2013 estabelece que são direitos do colaborador “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” e “não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito” (BRASIL, 2013). Ademais, o art. 3º-B, acrescido pela recente reforma da Lei nº 13.964/2019, é firme ao

¹⁹ G1.GLOBO.COM. *Operação Lava Jato*. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 5 jan. 2021.

²⁰ FOLHA DE SÃO PAULO. *Folha explica: Operação Lava Jato*. 2021. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 5 jan. 2021.

²¹ CONSULTOR JURÍDICO. “*Lava jato*” no Rio já tem 37 acordos de delação premiada homologados. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/lava-jato-rio-37-acordos-delacao-premiada-homologados>. Acesso em: 5 jan. 2021.

vedar a divulgação de tratativas iniciais da colaboração premiada, o que configura violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé.

Diferentemente do estabelecido, contudo, o que se vê é uma grande exposição midiática, na qual há divulgações até mesmo de colaborações ainda não celebradas, mas já especuladas, o que certamente viola os direitos tutelados do colaborador.

Por outro lado, vê-se que há indícios de que, por vezes, prisões cautelares tenham sido decretadas com o fito de coagir pessoas a realizarem colaborações premiadas. É o que se mostrou em alguns pareceres isolados do Ministério Público Federal, nos quais se teria afirmado que um dos elementos autorizativos da prisão preventiva seria a “importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais”.²² É dizer, pretendeu-se prender para coagir à colaboração.

Tal fato vai de encontro ao aspecto da voluntariedade e liberdade da colaboração e, fundamentalmente, afronta a presunção de não culpabilidade, contida no artigo 5º, inc. LVII, da CRFB/1988. Aliás, o artigo 4º, da Lei nº 12.850/2013, em seu §7º, inc. IV, define que o acordo deve ser feito de forma voluntária, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares, enquanto o §16, inc. I, veda a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais com fundamento apenas nas declarações do colaborador.

O que se vê, portanto, na história recente do Brasil e tomando por base a operação Lava Jato, é que, embora a colaboração premiada tenha grande eficácia, os órgãos investigatórios ainda precisam evoluir na aplicação do instituto quanto ao respeito a determinados direitos do colaborador, especialmente quanto à preservação da sua intimidade e quanto à voluntariedade do instituto. Afinal, o desrespeito a tais garantias pode levar à nulidade das provas obtidas e, conseqüentemente, ao desperdício de tempo e trabalho.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento de métodos e técnicas de investigação criminal mais aprimorados sempre estiveram ligados às necessidades pelas quais passaram as sociedades. Dessa forma o advento de organizações criminosas cada vez mais hierarquizadas e estruturadas no Brasil fez com que se adotasse um instituto que tem o seu início atribuído à Itália. A colaboração premiada é um instrumento que está condicionado ao sistema jurídico do país que a adotou, dando uma maior liberdade negocial (*common law*) ou uma restrição maior (*civil law*).

Sua denominação, embora muitas vezes confundida, é acertada pela legislação mais atual, que traz em seus dispositivos a denominação do gênero, posto que, embora as formas de se colaborar sejam distintas, os prêmios para a colaboração serão sempre os mesmos. Condição, ainda, com a sua natureza jurídica, a qual é atribuída pela lei e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como um instrumento de obtenção de provas, e não como prova em si.

Analisando a compatibilidade da colaboração premiada com o Sistema Constitucional Brasileiro, conclui-se pela compatibilidade daquele instrumento apresentado pela Lei 12.850/2013 com as normas que garantem os direitos fundamentais, uma vez que o conjunto apresentado pela citada Lei Federal apresenta não somente direitos materiais, mas também direitos tutelados e aspectos processuais, os quais buscam garantir a não violação de qualquer garantia fundamental. Além disso, a presença do instrumento na História brasileira e no Direito estrangeiro, sem que haja notícia de questionamento de sua constitucionalidade por lá, garantem que a regra é que não haja conflito entre normas referentes à colaboração premiada e normas constitucionais.

Quanto à sua validade utilitária, ou seja, a eficácia do instrumento, a colaboração premiada mostra-se, de fato, um instrumento adaptado às investigações brasileiras e concreto no alcance de seus objetivos. Prova disso é o seu histórico de sucesso no combate às máfias italianas e nos episódios históricos do Brasil. Além disso, em uma visão moderna da colaboração premiada, esta apresenta a possibilidade de abranger questões cíveis, além de criar novas espécies de colaboração, o que amplia a abrangência do instrumento e, portanto, torna-o mais eficaz.

²² CONSULTOR JURÍDICO. *Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar*. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Ainda, discute-se a validade das provas obtidas pelo processo de colaboração premiada. Trata-se de um aspecto essencial da colaboração premiada, uma vez que, como meio de obtenção de provas, não seria válido no Direito brasileiro se as provas colhidas neste processo se tornassem inválidas. Ocorre que a existência de normas processuais e procedimentais garante que não haja vícios nas provas obtidas por colaboração. Havendo desobediência às citadas normas, há, por consequência, invalidade das provas obtidas. Havendo revogação do acordo, por sua vez, as provas permanecem absolutamente válidas. Conclui-se que o instrumento possui a adaptação necessária para que suas provas sejam válidas no processo penal.

A conclusão é de um instrumento que se mostrou necessário e já está incorporado às investigações brasileiras. A análise das adaptações constitucionais, utilitárias e probatórias prova que a colaboração premiada é plenamente válida no Direito brasileiro, na forma que se apresenta atualmente. A colaboração premiada é um instrumento integrado ao cotidiano investigativo e é um meio de acesso a informações que, em regra, não se teria acesso por outros meios, aproximando a Justiça Brasileira da verdade real.

Não obstante as constatações trazidas no corpo deste texto, importa o registro de que a legitimidade do instituto e sua eficiência como meio investigativo estão recorrentemente sendo colocados à prova, especialmente no âmbito da Operação Lava Jato que ainda continua em curso. Tomando por base tal operação, verifica-se que embora o instrumento seja concretamente eficaz, levando à recuperação de valores públicos e à evolução de investigações criminais, é certo que, por vezes, determinados direitos dos colaboradores são desrespeitados, como é o caso do direito ao sigilo do acordo, à preservação da identidade do colaborador e à voluntariedade no compromisso.

O que se conclui é que a aplicação do instituto deve ser aprimorada, especialmente no respeito aos direitos do colaborador, para se evitar a nulidade das provas obtidas, o desperdício do trabalho e a efetividade da aplicação da Lei Penal.

9 REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- BITTAR, Carlos Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, jan./fev. 2011.
- BRASIL. *Decreto Lei nº. 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 22 maio 2017.
- BRASIL. *HC 127.483*. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicado em 4/2/2016a.
- BRASIL. *HC 67.493/PR* – Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Felix Fischer. Publicado em 2/5/2016b.
- BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 1º dez. 2021.
- BRASIL. *Lei 13.964/2019*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Pleabargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. In: *Custos Legis*. v. 4, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 22 maio 2017.
- CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. *Delação premiada: a nova panacéia na investigação criminal*. In: CONFERÊNCIA ESTADUAL DOS ADVOGADOS, 15., 2015. Montes Claros. Painel de Direito Penal. Montes Claros-MG: Salão de Eventos da OAB, 10/4/2015.
- CEZÁRIO, Maria Maura; VOTRE, Sebastião. Sociolinguística. In: MARTELOTTA, Mário Eduardo *et al. Manual de linguística*. 2. ed. 3ª reimpr. São Paulo: Contexto, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FIGUEIREDO, Caroline Vieira. *As alterações do pacote “anticrime” na Lei de Organizações Criminosas*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-13/caroline-figueiredo-pacote-anticrime-lei-organizacoes-criminosas>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A colaboração premiada. In: *De Jure – Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, n. 10, p. 247-266, jan./jun. 2008.

- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2010.
- JESUS, Damásio de. Estágio atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro. In: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 6, n. 36, fev./mar. 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAIER, Júlio B. J. *Derecho proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004.
- MELO, Valber; BROETO, Felipe Maia. *O pacote “anticrime” e seus impactos na colaboração premiada*. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada#_ftnref7. Acesso em: 5 jan. 2021.
- MORELLO, Michele. *Il Nuovo Processo Penale, parte generale*. Padova: Cedam, 2000.
- PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: *Revista CEJ*, v. 13, n. 44, jan./mar. 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali. La criminalidad organizada. Una Aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. In: *Revista Ius et Praxis*, v. 16, n. 2, 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200010>. Acesso em: 22 maio 2017.
- SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. *American Criminal Procedure, Cases and Commentary*. 5. ed. St. Paul, Minn.: American Casebook Series; West Publishing Co., 1996.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 217-218.
- TASSE, Adel El. Delação premiada: um novo passo para um procedimento medieval. In: *Revista dos Tribunais on-line: Ciências Penais*, v. 5, jul. 2006.

GOVERNANDO POR MEIO DA INSENSIBILIDADE: A Segurança Pública e Gestão Biopolítica dos Corpos – A Administração da Morte nas Prisões

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10350>

Recebido em: 12/3/2020

Modificações solicitadas em: 18/11/2020

Aceito em: 4/1/2021

Jackson Silva Leal

Autor correspondente. Universidade do Extremo-Sul Catarinense (PPGD-Unesc). Av. Universitária, 1105 – Bairro Universitário. Criciúma/SC, Brasil. CEP: 88806-000. <http://lattes.cnpq.br/8756216995959645>.
<https://orcid.org/0000-0002-0779-1103>. jacksonsilvaleal@gmail.com

Alex da Rosa

Universidade do Extremo-Sul Catarinense (PPGD-Unesc). Criciúma/SC, Brasil.

RESUMO

O presente trabalho aborda o fenômeno da mortalidade prisional-policial, como uma marca do sistema penal brasileiro que se apresenta de maneira permanente, inerente a seu próprio funcionamento. Assim, visa-se a contribuir com a análise acerca do permanente massacre em que tem se constituído a segurança pública brasileira, esse programa de fundamental importância política eleitoral – assim como mercadológica – e que permita trabalhar com a ideia de governando por meio do crime, já apontado por Jonathan Simon, e que aqui se aborda em uma face ainda mais grosseira, que é governando por intermédio da insensibilidade e da administração de massacres, sejam eles em praça pública, ou dentro da presídios e penitenciárias como aparelhos (últimos) da segurança pública. Metodologicamente este trabalho se desenvolve como um esforço teórico analítico, que entre uma infinidade de abordagens possíveis, realiza-se uma análise *foucaultiana-agambeniana*, teórica, crítica e reflexiva, portanto que não explicam a totalidade do problema, mas que agregam elementos para pensar a construção de subjetividades bárbaras que estão debaixo e detrás dessa realidade sangrenta e insensível ao sofrimento. O objetivo é apontar elementos e chaves de análise diante da realidade de expansão do segregacionismo que a prisão representa o ápice, e como se tem constituído uma organização e relações sociais pautadas desde uma subjetividade destrutiva e aniquiladora do outro que é a morte do “eu” na condição de sujeito (ser social). A conclusão encaminha-se no sentido de que a política criminal brasileira apresenta-se como uma verdadeira política de morte, dentro e fora do cárcere, uma política de gestão de coletivos indesejáveis, a partir da lógica do deixar morrer.

Palavras-chave: Encarceramento em massa; massacres prisionais; segurança pública; governando através do crime; gestão biopolítica.

GOVERNING THROUGH INSENSIBILITY: PUBLIC SECURITY AND BIOPOLITIC BODY MANAGEMENT – THE ADMINISTRATION OF DEATH IN PRISONS

ABSTRACT

The present work addresses the phenomenon of prison-police mortality, as a mark of the Brazilian penal system that presents itself permanently, inherent to its own functioning. Thus, the aim is to contribute to the analysis of the permanent massacre that Brazilian public security has been constituted, this program of fundamental electoral political importance – as well as marketing – and that allows working with the idea of governing through crime, already pointed out by Jonathan Simon, and which is approached here in an even cruder face, which is governing through insensitivity and the administration of massacres, whether in public square, or inside prisons and penitentiary as (last) public security devices. Methodologically, this work is developed as a theoretical analytical effort, which among a multitude of possible approaches, carries out a Foucault-Agambennian analysis, which is theoretical, critical and reflective, therefore; that do not explain the totality of the problem but that add elements to think about the construction of barbaric subjectivities that are below and behind this bloody and insensitive reality to suffering. The objective is to provide elements and keys of analysis in face of the reality of expansion of segregationism that the prison represents the summit, and how an organization and social relations based on a destructive and annihilating subjectivity of the other, which is the death of the 'I', have been constituted as a subject (social being). The conclusion goes in the direction that the Brazilian criminal policy, presents itself as a true policy of death, inside and outside the prison, a policy of management of undesirable collectives, from the logic of letting die.

Keywords: Mass incarceration; prison massacres; public security; ruling through crime; biopolitical management.

1 INTRODUÇÃO

No dia 29 de julho de 2019 ocorreu no Centro de Recuperação Regional de Altamira, no Pará, uma rebelião que gerou 57 mortos. Entre os mortos, 16 foram decapitados e 41 asfixiados pelo incêndio, durante o conflito que durou menos de cinco horas e originou-se da disputa entre as facções “Comando Vermelho” e “Comando Classe A” pelo controle do tráfico na região (G1, 2019).

Não é inédita a violência nas disputas entre facções, tampouco o massacre/extermínio de grupos em determinados locais. No histórico brasileiro de execuções e mortes em presídios, Altamira se destaca por ter o segundo maior número de mortes, ficando atrás do massacre do Carandirú, em 1992, quando 111 detentos foram assassinados pela Polícia Militar de São Paulo na ação que visou a retomar o controle do complexo após a rebelião (G1, 2019).

O objetivo do presente trabalho não é trazer um histórico sobre os massacres no Brasil, tampouco esclarecer especificamente as características do caso de Altamira – embora significativas – mas sim pensar as condições de inércia sobre as quais os massacres têm se apresentado em nossa sociedade, articulados pelos aspectos (a) biopolítico e também (b) midiático, itens que serão objeto de análise dos itens 3 e 4.

A articulação dos dois dispositivos supramencionados dar-se-á pela complexa categoria de (c) governo (FOUCAULT, 2014), explorando a dimensão subjetiva de tal técnica que não só permite, mas torna possível e provável o desenrolar dessa situação. A arte, ou técnica de governar as subjetividades, possui imbricações e caminhos que serão explorados principalmente nas contribuições de Jonathan Simon em “*Governing Through Crime*” (2007) e de Nils Christie na obra “*Indústria do Controle do Crime*” (1998).

Como reflexão provisória e no intento de produzir novos caminhos para compreender o presente, o massacre de Altamira será compreendido como parte de um programa de governo, que, juridicamente, permanece na legalidade, mas que obtém sua legitimação pelo poder midiático – na telemática (FLUSSER, 2007) – e se sustenta principalmente pela produção de inércia no corpo social.

O que queremos propor como problema é: Como o massacre é possível? Além disso, como é tolerado (ou aceito)? Como é normalizado? Quais são as disjunções necessárias no corpo social para a produção de tal inércia? Quais são as produções de subjetividades necessárias para que um massacre faça parte de um programa muito bem aceito e apoiado pela população? Em síntese, essas são as questões que este trabalho visa a agregar elementos para buscar compreender.

Para isso pretendemos fazer alguns apontamentos. O mais fácil é o jurídico. No Direito, ou melhor, nas fundamentações filosóficas do poder de punir, situa-se o ponto entre a legalidade e a legitimação; uma relação fundamentalmente de intersubjetividade, de validade, de anuência, de concordância. Não em nível do pacto social formal, mas de legitimidade real/concreta entre sujeitos, ou seja, construção de uma certa “moral”, e evidentemente seu uso político.

Justamente por isso não podíamos desprezar a comunicação, que se apresenta como ponto mais difícil. A importância da comunicação fica mais evidente quando destacamos que se trata da comunicação de subjetividades, das relações que estabelecemos uns com os outros. A mídia, não só sua estrutura massificada de distribuição/difusão de informação, mas principalmente seu caráter imagético e informativo em telas virtuais – o que Flusser chama de Telemática – contribui significativamente para a “formação” das subjetividades.

Tudo isso que expusemos até então articularemos sobre a forma de governo, no sentido que lhe atribuiu Michel Foucault, principalmente em seus estudos da década de 80. Com as condições estabelecidas, podemos finalmente observar nosso objeto central: a tolerância ao massacre de Altamira, ou melhor, o massacre como programa.

A partir da criminologia, concluímos a relação circular entre o crime e o governo, o que Simon chama de “*Governando Através do Crime*” (2007). Aliando-se a Simon, dizer como Mathiesen que todo crime é político já nos ajuda em grande parte a compreender o que se busca: o “crime” na condição de ente politicamente construído faz parte de um programa de controle social, em que os massacres estão muito bem inseridos e que funcionam, ambos, como forma de governar a população (função biopolítica), mantendo-se por isso no governo (função subjetiva).

2 BIOPOLÍTICA E SEGURANÇA PÚBLICA: FAZER VIVER, DEIXAR MORRER

Tema já repisado, faremos algumas considerações preliminares e uma síntese do conceito com o fim apenas de expor essa dimensão jurídica sobre a qual decorrem os acontecimentos narrados, assim como estabelecer diferenciações importantes para chegarmos enfim no conceito de governo.

Cumprido destacar um eminente problema que é a utilização do estado de exceção de Agamben, e em geral sua interpretação sobre a biopolítica diante de uma matriz teórica foucaultiana. É complexo por que uma leitura desavisada poderia simplificar as coisas, estabelecer conexões que embora convenientes não correspondem à ordem das interpretações ou estão prejudicadas em sua construção.

Dois caminhos possíveis servem de referência: “Perspectivas da Soberania em Carl Schmitt, Giorgio Agamben e Michel Foucault”, da autora Flávia D’Urso (2016) e também “Agir em Tempos Sombrios”, de Zeynep Gambetti (2019), a segunda autora tida como crítica de Agamben.

Estamos falando inicialmente da biopolítica para demonstrar a evolução pelo dispositivo de segurança e a técnica de governo. Para isso, precisaremos expor alguns elementos do pensamento agambeniano para nos distanciarmos desse caminho.¹

Primeiramente, a interpretação de Agamben acerca da biopolítica tem como chave a figura do *Homo Sacer*, o indivíduo incluído pela exclusão, insacriável, porém matável. (2007, p. 79-95).

A figura do *Homo Sacer* surge numa relação jurídica, ou seja, é comportada no Estado de exceção, que, segundo o autor, seria caracterizado principalmente pela assunção e concentração dos poderes políticos na figura do chefe do poder Executivo com fins de eliminação (incluir pela exclusão) de segmentos da população – enquanto o poder Legislativo funcionaria simbolicamente ao legitimar os decretos-lei do executivo (AGAMBEN, 2003).

Agamben demonstra como pode a democracia comportar, ou melhor, funcionar a partir desse imbróglio, desse estágio indiscernível – ou seja, Estado de Exceção² – de legalidade ou ilegalidade, em que os indivíduos podem ser mortos sem implicação de crime como conduta punível definida como crime (2003).

Nessa linha interessantes contribuições já foram feitas, dispensando, inclusive, outras incursões com a mesma abordagem teórica. A exemplo, a obra de Orlando Zaccone aborda minuciosamente o Estado de Exceção e o extermínio da população a partir da ação policial e seus resíduos deixados nos “autos de resistência,³” rapidamente organizados e legitimados dentro da ordem jurídica (ZACCONI, 2015).

Quando, no entanto, falamos em *governo através do crime*, não é a isso que estamos nos referindo. Compreender as diferenças dos trabalhos entre Agamben e Foucault nos permitirá desembocar nas técnicas de governo e na noção de subjetivação, elementos fundamentais para visualização do diagnóstico aqui pretendido.

Giorgio Agamben define a sua pesquisa como “precisamente este oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder” (2007, p. 14), afirmando que a “produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano”.

Para ele a biopolítica seria, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a soberania” (2007, p. 14). Observa-se que o ponto central do autor é reinscrever a soberania nas relações de poder, o que dá ao elemento uma centralidade diversa dos caminhos foucaultianos.

Já o conceito de biopolítica em Foucault tem sua definição mais categórica, por assim se dizer, em 1976, no último capítulo da *História da Sexualidade I*. Para ele existe uma inversão do poder soberano para o bio-

¹ Zeynep Gambetti é base das críticas e distanciamentos presentes neste trabalho, sinteticamente exposto pela autora: “A base metafísica de *Homo Sacer* é um retrocesso no que tange à compreensão da biopolítica, particularmente na moderna, de modo a ser capaz de contextualizar adequadamente a transformação da fronteira entre a vida e a morte” (2019, p. 28).

² A interpretação do autor leva em conta os trabalhos anteriores de Schmitt, Arendt e Benjamin, estabelecendo profundo diálogo.

³ Autos de resistência, como aponta Orlando Zaccone no livro resultado de sua tese de Doutorado, intitulado “*Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*” (2015), é a forma jurídica dada ao ato de matar em serviço pelas agências policiais, o meio administrativo prévio em que se verifica a existência ou não de conduta e se ela se adéqua ou não à definição de homicídio. Um procedimento administrativo interno prévio a eventual persecução penal.

poder, que é explicada a partir do sintagma “fazer morrer, deixar viver” e posteriormente “fazer viver, deixar morrer”. O primeiro reflete diretamente o poder do soberano sobre a vida do indivíduo, sendo pelo poder de enviá-lo à guerra (ainda que) tendo a morte no horizonte, ou até mesmo matá-lo a título de castigo, modalidade comum das punições medievais (FOUCAULT, 2006, p. 148).

Já o poder biopolítico, o novo poder político do século 19, perpassa o primeiro poder (o soberano), o penetra, modifica, transforma numa inversão: não mais o direito direto sobre a morte, mas sim um controle rigoroso sobre a vida, sobre o *bíos*, regulando a própria noção de vida e trazendo uma nova relação com a morte.

Do que se trata essa nova tecnologia do poder, nessa biopolítica, nesse biopoder que está se instalando? Eu lhes dizia em duas palavras agora há pouco: trata-se de um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, taxas de reprodução, a fecundidade de uma população e etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos (os quais não retomo agora), constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica. É nesse momento, em todo caso, que se lança mão da medição estatística desses fenômenos mais ou menos espontâneos, mais ou menos combinados(...). Trata-se também do problema da morbidade, não mais simplesmente, como justamente fora o caso até então, no nível daquelas famosas epidemias cujo perigo havia atormentado tanto o poder político desde as profundezas da Idade Média (...) não mais a morte que se abate brutalmente sobre a vida – é a epidemia – mas como a morte permanente, que se introduz sorrateiramente na vida, a corrói perpetuamente, a diminui e a enfraquece (FOUCAULT, 2008, p. 204-205).

No cenário biopolítico a morte não é descartada, é, ao contrário, reorganizada em termos de estratégia e modula o “deixar morrer”. Nesse sentido, em termos rigorosos, o biopoder enseja ainda guerras e massacres (FOUCAULT, 2006, p. 149-151), mas também faz pensar a relação direta do governo, mais precisamente do Estado, sobre a vida da população, a partir de políticas públicas de saúde de censos, de controles (uma dinâmica de esquadramento dos corpos e comportamentos e sua vigilância e controles).

Observa-se então a significativa diferença: a opção de Foucault em se “libertar do privilégio teórico da soberania” (2006, p. 80), em pensar a noção de poder por outros caminhos que não privilegiassem modelos estatais, é além de, a característica marcada do autor, um ponto de bifurcação entre a perspectiva foucaultiana e agambeniana.

Em comparação com Foucault, que expressamente quis afastar-se de modelos jurídicos de poder e retirar de suas análises o privilégio teórico da soberania, Agamben precisamente realiza o contrário em seus estudos, tomando como central a concepção de soberania a partir dos conceitos desenvolvidos por Carl Schmitt (D’URSO, 2016, p. 236).⁴

O que significa dizer é que, para Foucault, a biopolítica será característica corolária do dispositivo de “segurança”, elementos constituintes de uma “arte” de governo, enquanto para Agamben a biopolítica constituiria um paradigma da soberania com seu exemplo paradigmático do campo de extermínio e Estado de Exceção.

Avançando no sentido foucaultiano da biopolítica – que é elemento visceral das técnicas de governo – em 1978, Foucault (2008), na obra “*Segurança, Território e População*”, a problemática do governo dos homens é proposta num duplo sentido: o conceito de população em detrimento do povo e o governo perante a soberania.

Não obstante a nova *relação biopolítica entre governo e população*, o autor trabalha seus estudos naquilo que denomina arte de governar, certas técnicas de governo que se aplicariam também à população, mas operariam fundamentalmente no nível do indivíduo, no nível da subjetividade.⁵

⁴ Os apontamentos de Flávia são precisos: “Talvez a dificuldade do *Homo Sacer I* não seja o que o separa de Foucault, isto é, seu conceber da história da soberania como tendo sido uma “Biopolítica” desde o início. Em vez disso, árdua talvez seja a problematização desse âmbito biopolítico e suas aporias como indissolavelmente ligadas aos problemas linguísticos e ontológicos” (2016, p. 140). É interessante inclusive ler tal afirmação observando os caminhos que Agamben toma mais ao final de sua obra, principalmente no “Uso dos Corpos” (2017), último volume da série *Homo Sacer*, que tem grande parte dedica a uma análise ontológica do problema”.

⁵ Como sinaliza Clésio Lemos, tal mudança é assinalada pela própria terminologia utilizada. A mudança do conjunto saber-poder, largamente utilizado durante a década de 70, vem a ser preterido pelo conjunto verdade-governo, numa saída aos problemas e limites que a primeira ferramenta de análise continha (LEMOS, 2018; FOUCAULT, 2014, p. 8-12).

A biopolítica seria uma inflexão, sem exclusão de outras técnicas de controle já existentes, mas com modulações fundamentais. Exemplificando, em um primeiro momento, o poder punitivo se articulava na simples norma “não matarás”, cujo descumprimento acarretava enforcamento, punição física ou multa.

Já no segundo, ainda sobre a proibição do “não matarás”, as punições envolvidas seriam de outra ordem, um esquadrinhamento, prisão em celas, uma vigilância sobre possíveis novos crimes, aí também imbricada a prisão às medidas de correção, moralização, trabalho dos agentes penitenciários, em linhas gerais, o modelo disciplinar (FOUCAULT, 2008, p. 6-10).

O terceiro modelo, ou melhor, modulação sobre a matriz anterior, mantém-se as mesmas proibições, mesma lógica de punição e prisão, acrescentando a isto tudo o novo questionamento, como a taxa de criminalidade, índices sobre tipos penais, estatísticas sobre quantidades de furtos ou outro tipo em cidade X ou Y, ao passo que também questiona-se acerca do custo de determinadas ações repressivas (FOUCAULT, 2008, p. 7), em uma dinâmica de constituição de uma economia política da violência (ou da modulação biopolítica das sociedades avançadas).

Em linhas gerais, esse aspecto constitui a dimensão da “segurança” na sociedade, certa preocupação com bens, com estoque, a propriedade privada, será todo o mecanismo da segurança e sua instrumentalização pela disciplina que desenvolverá o aspecto geral de controle, monitoramento, preocupação; não mais com a guerra externa, mas sim com a guerra interna, ensejando inclusive a criação de inimigos internos que reativam constantemente o dispositivo de segurança.

Alargando tal reflexão, essa prática estendeu-se também a outras áreas do governo, passando a ser uma nova forma de poder, preocupado com a vida da população, qual a taxa de mortalidade por faixa etária, qual expectativa de vida, que lesões ou riscos está sujeita a população.

Explorando novamente as mutações no poder punitivo, principalmente da disciplina ao biopoder, Foucault remonta o clássico exemplo da lepra – já estudado desde a História da Loucura – como modelo primário da exclusão e isolamento dos leprosos da sociedade, que embora tivessem certa ritualística, principalmente religiosa, consistiam basicamente num sistema de exclusão (FOUCAULT, 2008, p. 13).

Diferentemente da lepra, a peste mostra outro tipo de controle, marcado pela vigilância e investigação, regulamentação de atividades, lugares a ir, lugares proibidos, obrigação de receber a visita de inspetores, em síntese, o poder disciplinar. A inflexão que conduz a biopolítica é representada pelo modelo da varíola. Não cabe mais apenas controlar espaços e organizar comportamentos, é preciso calcular quantos são infectados, qual extensão da epidemia e como o corpo médico trabalhará sobre isso (FOUCAULT, 2008, p. 14).

Um outro exemplo que caracterizaria bem essa dimensão de controle sobre a vida a partir de práticas estatais sobre o regime geral biológico da população é a “revolta da vacina” ocorrida em 1904 no Rio de Janeiro/RJ, após imposição por parte do governo federal da vacinação obrigatória. Nessa situação, agregam-se elementos: estratégia geral de governo que visa a um controle populacional (biopolítico) e utilização de mecanismos de repressão, tipicamente disciplinares.

Esse tipo de poder, fundamentalmente diferente do soberano, é uma inflexão do modelo disciplinar, uma certa aliança entre o esquema de *segurança* vigente nas sociedades e um novo tipo de controle que transcende a manipulação das condições gerais da população, essencialmente sua vida, duração, condições em que vive. Verifica-se que originalmente o binômio Soberano/Povo, como paradigma de poder, perde força perante o Governo/População.

Nesse sentido, tudo levaria a crer em uma verdadeira endemia criminal, tendo em vista as estatísticas sobretudo de encarceramento, como se pode verificar na sintetização dos dados encontrados em *Por Trás das Grades* (2018) de Victor Martins Pimenta, que demonstra o quanto se prende no Brasil recente, a que se tem definido como “Era do Superencarceramento”. O autor mostra que o Brasil passa de uma população carcerária de 361 mil presos (em 2005) para 726 mil (em 2016), e sequer esses dados dão conta da realidade, pois informações mais recentes apontam a ultrapassagem dos 800 mil presos ao final de 2019 (BRASIL, 2018).

Esse quadro poderia, aos desavisados, levar a crer em um crescimento vertiginoso da violência em um período de 15 anos, que justificaria tal escalada nos índices de encarceramento. Como aponta Salo de Carvalho, entretanto, em um livro intitulado *O papel do Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo*

privilegiado da aplicação da pena (2010), que procura dar conta da mentalidade punitiva no sistema de Justiça brasileira, e que entre tantas coisas que apresenta, a que mais importa para o trabalho nesse momento é de que a taxa de crimes violentos apresenta-se absolutamente estável desde o ano 2000 (2010, p. 46).

Na mesma linha da problemática do encarceramento, verifica-se no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019 que as mortes por policiais militares nos anos de 2017 e 2018 chegaram a 3.579 (2017) e 3.446 (2018), em serviço e fora dele (em números absolutos), quando o mesmo Anuário mostra uma trajetória de diminuição dos crimes graves, como homicídios e latrocínios, exemplificativamente.

Nesta intersecção é que se situa o presente trabalho, onde e como o professor Luiz Antônio Bogo Chies *et al* (2018) vão denominar em seu artigo *prisões [e policiais] que matam, e mortes que pouco importam*, em que apresentam os dados acerca das mortes sob custódia prisional no Brasil, quando se constata 769 mortes em 2013, 798 em 2014 e 954 em 2015. Ou seja, Altamira não se constitui em um fato isolado e excepcional, e tampouco Carandiru foi o primeiro massacre e o mais numeroso, pois a chacina prisional apresenta-se perene, constante e sobretudo, silenciosa.

Por ora permite-se fazer a relação de que, se os índices de criminalidade, sobretudo a violenta, não estão aumentando, ao mesmo passo verifica-se incessantemente um aumento vertiginoso do encarceramento e da violência letal da polícia e ampliação das mortes de pessoas custodiadas. O que se tem em mãos é justamente uma dinâmica de governo por meio do crime, do controle (letal) dos corpos – controle biopolítico do fazer viver, deixar morrer.

Como apontou há muito Nils Christie (1993), de maneira visionária, exatamente que as variáveis encarceramento e criminalidade tinham pouco a ver uma com a outra. E que a taxa de encarceramento tem muito mais relação com as escolhas políticas, ou seja, o crime é político, e as taxas de encarceramento e sofrimento prisional apresentam-se como uma determinação política, de quanto crime e sofrimento prisional queremos ter, conforme termina o autor em outra obra: *Quando o bastante é o bastante?* (CHRISTIE, 1993).

3 NARRATIVAS, DISCURSOS E SUBJETIVIDADE: A CONSTRUÇÃO DE UM PENSAMENTO MÁGICO EM MATÉRIA DE SEGURANÇA

Nesse momento agrega-se a complexidade, visando a tratar da relação entre mídia e sua capacidade de produção de narrativas e a produção de subjetividade, que se apresenta como elemento fundamental na problemática questão da segurança pública, podendo-se apontar como o nexos central da dinâmica de aceitação da política de governo (dos corpos) e a relação estabelecida na função *representativa* das democracias (legitimidade).

Primeira: A segurança pública enquanto pauta política teria alguma relação com uma demanda da sociedade? Essa suposta demanda da sociedade por mais punição seria reflexo de uma realidade violenta? Tendo já respondido preliminarmente a ambos os questionamentos no capítulo anterior, chegamos à indagação: Como se dá construção da *realidade* da segurança pública a partir da mídia e qual relação as mídias de massa possuem com a política institucional?

Sendo esse o primeiro nível da incursão, em seguida buscaremos outra camada, em âmbito filosófico, sobre como a relação imagética característica das mídias contemporâneas, veiculadas pela mídia de massa, é traço fundamental para compreender a insensibilidade à dor e a inércia diante dos extermínios.

Na primeira camada temos como fio condutor a tese de Marília Budó, espaço em que a autora estuda a influência da mídia⁶ nas disputas legislativas acerca da redução da maioria penal e em geral os posicionamentos vinculados aos atos infracionais cometidos por adolescentes.

Budó, em excelente revisão bibliográfica, aponta como chave primeira a mudança da função literária da imprensa para a função comercial. Evidentemente, o cunho comercial exigiu do gênero uma preocupação com o lucro e com a publicidade. Igualmente, saindo do gênero literário, certa objetividade (ou seja, não ficção)

⁶ Sobre o termo, utilizamos a definição do conceito conforme sugerido pela própria autora, a mídia como “conjunto dos meios de comunicação de massa, que realizam a mediação de diferentes tipos de mensagens para o público. Inclui-se, portanto, televisão, rádio, Internet, cinema, jornais e outros materiais impressos em grande escala” (BUDÓ, 2012, p. 238).

passa a pautar a atuação das mídias como parâmetro de qualidade, o que podemos bem traduzir por “imparcialidade” (BUDÓ, 2012, p. 238).

A ideia de imparcialidade por si já é imensamente questionável. Mais interessante ainda, todavia, é observar as técnicas próprias ao jornalismo para criar, simular e eventualmente produzir uma aura imparcial. Nesse sentido alguns elementos fundamentais: (a) seleção das notícias, (b) seleção das fontes utilizadas e (c) linguagem aplicada (BUDÓ, 2012).

Em seus estudos a autora remonta uma ampla base que discute sobre o tema e que em geral concorda com alguns princípios básicos ao jornalismo no que se refere à seleção de notícias. Nelas, a “singularidade” do fato (a) seria característica fundamental à notícia, ou melhor, agregaria importância ao acontecimento (BUDÓ, 2012, p. 240).

O primeiro paradoxo: Se a singularidade do fato é principal característica da notícia, qual *singularidade* de dia após dia entulhar as páginas policiais com os mesmos crimes de furto e tráfico que abarrotam o sistema penal? O charme é tornar o evento singular, tomar dentro dessa banalidade algo que chame a atenção e o distinga, ou seja, selecionar os crimes com requintes de crueldade, que chamem a atenção, que tenham em si esse duplo singularidade-exceção.

Isso ajuda a compreender em partes o porquê de os noticiários buscarem explorar fatos e crimes sempre chocantes. É o primeiro paradoxo a divulgação cotidiana, massiva, repetitiva de crimes exemplares (violentos, impactantes) – seu valor singular – produz um universo midiático em que tal exceção é construída como realidade corrente.

A contribuição das mídias na construção do senso comum implica igualmente o seu envolvimento nesse senso comum, o que adiante investigaremos como *aparelho*. Por ora, todavia, a contradição entre o senso comum e a realidade criminal, ou seja, segurança pública, é marcada por um distanciamento da realidade objetiva:

No caso do Brasil, essa representação social do crime não é diferente. Apesar de haverem poucos estudos sistematizados a respeito do crime na mídia, é possível visualizar naqueles existentes a discrepância entre o “retrato simbólico da criminalidade” e a ocorrência dos fatos criminosos de acordo com os registros oficiais de criminalização. O Ilanud realizou uma análise da programação de 27 telejornais das sete emissoras de televisão aberta do Brasil (SBT, Globo, Bandeirantes, Record, Manchete, CNT, TV Cultura), no período de 2 a 8 de agosto de 1998. Nesse período, 1.211 foram as cenas de crime nos noticiários nacionais, dos quais 714 (59%) foram homicídios, 153 (12,6%) lesões corporais e 141 (11,6%) estupros. No mesmo período, as estatísticas de criminalização mostraram que apenas 1,7% dos casos registrados foram de homicídios, 27,3% de lesões corporais e 0,4% de estupros (BUDÓ, 2012, p. 256).

Entre outros elementos que auxiliam na constituição desse cenário, a (b) seleção das fontes constitui outro problema. Dentro da ideia de *imparcialidade*, objetividade e neutralidade, as mídias costumam privilegiar as fontes formais, ou seja, veículos oficiais estatais. Tratando-se de políticas criminais o problema fica evidente: o delegado é a principal autoridade a emitir verdade sobre o assunto em que sua corporação está envolvida (BUDÓ, 2012, p. 296), ou seja, sua versão dos fatos revestida de autoridade será bem previsível em seu favor.

A articulação é uma espécie de armadilha que visa a formar um binômio: Quem duvidaria do policial? Apenas alguém que fosse a favor *da bandidagem*. Isso simplifica uma série de relações sociais no que diz respeito à criminalidade e torna longo o caminho que busca sair do senso comum binário entre *eles* e *nós*.

Esses dois elementos expostos ajudam-nos a compreender como podem ser veiculadas em massa notícias em geral conservadoras no que diz respeito à política criminal. Isso porque, certa contingência, normalidade, também é característica das informações (BUDÓ, 2012, p. 248).

A construção de um universo de venda de medo constituirá o capital político e financeiro da venda (comercial) e pauta (política) da segurança pública. A normalização de crimes violentos pela exposição massiva dos veículos de comunicação sobre o tema (singularidade), aliada à construção ética distintiva entre *eles* e *nós*, já nos ajuda a compreender como a vida pode ser ao mesmo tempo um bem tutelado, mas facilmente so-

breposto à propriedade (crimes contra o patrimônio), situações em que a morte do outro passa a ser tolerada e apoiada.

Ou seja, a construção de uma hegemonia discursiva e narrativa em segurança pública, fundada em dados e interesses determinados, em uma certa compreensão da realidade e desde uma estrutura subjetiva que permitem a conformação de um estado de coisas (inconstitucional?) que autoriza o deixar morrer (das prisões) ou fazer morrer (da letalidade policial). A isso Vera Malaguti Batista chamaria de adesão subjetiva à barbárie (2012).

Agora, todavia, adentramos no segundo nível da problemática. A representação cibernética própria da contemporaneidade, principalmente TVs e mídias sociais virtuais, assim como sua exposição no formato de imagem, podem servir de pistas para auxiliar na compreensão dos massacres como parte de um programa de governo.

Seria o aspecto linguístico referido anteriormente, porém tomando outros caminhos analíticos complementares ao da autora,⁷ mas que perfeitamente comunicam-se com os estudos sobre o interacionismo simbólico conhecido da criminologia. Para isso adentraremos brevemente na obra de Vilém Flusser, filósofo tcheco refugiado no Brasil durante o nazismo e que dedicou grande parte de sua obra à linguística, mídias e filosofia do design.

Flusser traça entre a pré-história, a história e a pós-história uma relação com a linguagem escrita e imagética. Objetivamente falando, o primeiro período seria o anterior à escrita, o segundo o descobrimento da escrita linear e o terceiro a popularização das imagens técnicas em sobreposição à escrita (2018).

Para ele, as imagens são a redução dimensional que pela abstração permitem àquele que as visualiza o processo de recodificação, ou seja, de imaginar e recompor a imagem. Isto porque elas não são espaços de pura significação inequívoca, possuem um espaço interpretativo que se refere à imaginação (FLUSSER, 2018, p. 16).

Diferentemente da escrita que obriga o leitor a uma ordem,⁸ a imagem tem no olhar do intérprete o significante. O olhar que passa pela superfície na qual repousa a imagem pode fluir, desordenadamente, em relações reversíveis de significação.

Imagens são mediações entre o homem e mundo. O homem “existe”, isto é, o mundo não lhe é acessível imediatamente. Imagens têm o propósito de representar o mundo. Mas, ao fazê-lo, entropõe-se entre o mundo e o homem. Seu propósito não é serem mapas do mundo, mas passar a ser biombos. O homem, em vez de se servir das imagens em função do mundo, passa a viver em função das imagens. Não mais decifra as cenas das imagens como significados do mundo; mas o próprio mundo vai sendo vivenciado como conjunto de cenas. Tal inversão da função das imagens é idolatria. Para o idólatra – o homem que vive magicamente – a realidade reflete imagens. Podemos observar, hoje, de que forma se processa a *magicização* da vida: as imagens técnicas, atualmente onipresentes, ilustram a inversão da função *imaginística* e *remagicizam* a vida (FLUSSER, 2018, p. 17).

Nesse sentido a escrita é a luta contra a idolatria. A escrita é uma forma de decompor as imagens em códigos lineares alfanuméricos, de rasgar as imagens que representam o mundo; é a diferença entre a consciência mágica e a consciência histórica. A escrita compõe conceitos que significam ideias. Descodificar textos é descobrir as imagens significadas pelos conceitos. Nas palavras do autor, a escrita “é metacódigo das imagens” (FLUSSER, 2018, p. 17).

Se em um dado momento a escrita linear veio a combater as imagens, tirar o homem da consciência mágica, hoje a imagem técnica vem a superar a escrita, o que implica uma série de consequências, como a volta da consciência mágica em detrimento da consciência histórica (FLUSSER, 2018; FLUSSER, 2007, p. 133).

Zaffaroni chama de pensamento mágico o que consegue compreender a realidade desconectada de sua objetividade, ou, como escreve o próprio Zaffaroni, “apela a uma criação da realidade através da informação,

⁷ Em outro momento já se explorou a linguagem escrita, sua relação com os processos de criminalização secundária e conexão estabelecida com as mídias de massa. “Os Crimes dos Homens Infames” (LOWENTHAL; ROSA, 2019).

⁸ Barthes aponta o fascismo na língua. “Mas a língua, como desempenho de toda linguagem, não é nem reacionária, nem progressista; ela é simplesmente: fascista; pois o fascismo não é impedir de dizer, é obrigar a dizer” (BARTHES, 2000, p. 14).

subinformação, desinformação em convergência com preconceitos e crenças baseada em uma etiologia criminal simplista” (2013, p. 194).

Isso porque a objetividade da escrita é oposta à subjetividade imagética. A leitura de um texto, sua ordenação, o significado objetivo de seus conceitos, por mais “abstratos” que sejam, compõem uma ordenação rija, ou seja, saber ler, juntar letras e símbolos que não permitem outras significações que não as ali expressas. Já os códigos imagéticos são baseados em convenções não aprendidas conscientemente e que igualmente permitem àquele que visualiza a posição de significante (atribuir significado a cena) (FLUSSER, 2007, p. 114). O significante como realidade em detrimento do significado.

Existem, todavia, importantes distinções quanto às imagens pré-históricas e as imagens técnicas. Enquanto nas primeiras as imagens tinham a função de interpretar o mundo, as atuais imagens são compostas por códigos escritos, e, se a função da escrita é a criação de conceitos, as imagens técnicas são interpretações dos conceitos e teorias referentes ao mundo (FLUSSER, 2007, p. 130).

As imagens técnicas então retomam a forma mágica de pensar o mundo (inversão do vetor de significação do significado para o significante), escapando à consciência que tais imagens são construídas em superfícies por códigos (escritos). A programação dos códigos que virão a constituir as imagens é o dispositivo constituinte da percepção da “realidade de hoje”.

O caráter aparentemente não simbólico, objetivo, das imagens técnicas faz seu observador olhá-las como se fossem janelas e não imagens. O observador confia nas imagens técnicas tanto quanto confia em seus próprios olhos. Quando critica as imagens técnicas (se é que as critica), não o faz enquanto imagens, mas enquanto visões de mundo. Essa atitude do observador em face das imagens técnicas caracteriza a situação atual, em que tais imagens se preparam para eliminar textos. Algo que apresenta consequências altamente perigosas. A aparente objetividade das imagens técnicas é ilusória, pois na realidade são tão simbólicas quanto todas as imagens (FLUSSER, 2017, p. 22).

As coisas ficam interessantes: alienação sob crença de verdade. Ao consumir conteúdo midiático, o espectador participa ativamente na *livre escolha* daquilo que assiste, destacando-se que o meio pelo qual toma contato com o mundo, com a informação, é por meio das imagens, justamente elas que passam por *janelas* da realidade, escondendo a dimensão simbólica que carregam.

Isso implica a dificuldade no estabelecimento de diálogo. A informação adquirida subjetivamente no processo de visualização das imagens apresenta-se como *objetiva* para o intérprete, como espelho da realidade.

Nesse sentido preciso, todas as críticas são ideológicas: perda de confiança nos textos, conhecimento por *empíria* dos próprios sentidos a partir da visualização da realidade pelas imagens:

Isso é o que consideramos como “crise dos valores”: O fato de termos retornado do mundo linear das explicações para o mundo tecno-imaginário dos “modelos”. Não é o fato de as imagens eletrônicas se movimentarem, nem o de serem “audiovisuais”, nem o fato de irradiarem nos raios catódicos que determina sua novidade revolucionária, mas o fato de que são “modelos”, isto é, significam conceitos. Um programa de TV não é uma cena de uma circunstância, mas um “modelo”, a saber, uma imagem de um conceito de uma cena. Isso é uma “crise” porque, com a superação dos textos, os antigos programas (por exemplo, a política, a filosofia, a ciência) serão anulados, sem que sejam substituídos por novos programas (FLUSSER, 2007, p. 136).

Isso põe novamente em cena o problema referente ao programa e ao aparelho. O aparelho em Flusser é passível de uma aproximação com o dispositivo em Foucault (PETRÔNIO, 2017), e é apresentado em Flusser pelo exemplo da câmera fotográfica (que inaugura as imagens técnicas). O aparelho em Flusser seria aquilo que dele vemos apenas seus instrumentos, estaríamos tão inseridos no aparelho que suas bordas e limites nos escapariam, cada vez mais, em espiral ascendente (2017, p. 327).

O aparelho possui um programa, uma espécie de sistema organizado, encadeado, que escapa aos seus próprios controladores, ou até mesmo *criadores* de um início primitivo. O programa inicialmente criado pelo homem passa a programá-lo (FLUSSER, 2017, p. 343). Igualmente, em outras palavras, se em outras épocas o homem era a constante enquanto os instrumentos e artefatos a seu dispor eram substituídos, as máquinas passam a ser a constante, o homem é expulso da própria cultura (FLUSSER, 2007, p. 38).

Podemos aqui em nosso caso concreto tomar o *aparelho* de Flusser na perspectiva da interação entre mídia e governo. O caráter “mágico” (pensamento mágico/criminologia midiática) das imagens tem como função tirar o homem de sua consciência história, inseri-lo numa *realidade* virtual a partir da informação.

A informação, principal característica da mídia, tem como função dar forma à matéria. Fabricar algo é informar. A informação, esse processo de comunicação, trata-se em suma de formação das subjetividades com finalidade (CARDOSO, 2007).

A pergunta imediata é se essa intenção do processo informativo das mídias corresponderia a um problema de superestrutura e de ideologia. Embora Budó tome um caminho *gramsciano*, a autora enfatiza que a interação entre mídia e governo não se dá por um determinismo biunívoco, certo:

(...) aqueles que consideram que a influência da mídia no discurso presidencial, por exemplo, é um efeito de agendamento, costumam encontrar forte impacto da mídia. Por outro lado, aqueles que concluíram com a ideia de que há um impacto limitado costumam definir a agenda política como a produção legislativa ou consequências administrativas concretas (BUDÓ, 2012, p. 400).

Joachim Hirsch (2014), que escreve desde uma perspectiva materialista acerca da concepção de hegemonia – permite entender que a compreensão corrente de hegemonia é superficial e que poderia remontar a uma falsa percepção de que somos governados superestruturalmente e de que cada indivíduo se constitui alegoricamente em um singelo ventríloquo – quando, de outro lado, diz respeito a como se constituem, praticam e operam as representações sociais, abarcando grupos, classes, agentes estatais, indivíduos ou mesmo até instituições.

Trata-se de disputa e articulação de forças e percepções sociais acerca da realidade. A ideia de hegemonia, portanto, se constituiria quando determinada estrutura de valores e percepções (ideologias) seja amplamente aceita, mediante sobretudo aparelhos e mecanismos de instituição. E neste ponto a mídia, os dispositivos de segurança e os aparelhos subjetivantes (ideologizantes) têm se mostrado essenciais para a construção e manutenção de uma subjetividade hegemônica e suas determinadas compreensões acerca do fenômeno criminal.

O *agendamento* das políticas criminais pela mídia e a sua relação com o que a criminologia chama de populismo punitivo têm possíveis caminhos interpretativos, sem cair em determinismos.

Embora beneficiem-se reciprocamente, a mídia e o governo, sobre o objeto crime, é importante frisar que ambos estão inseridos num aparelho que escapa a eles mesmos, não sendo possível pensar numa grande conspiração ou um grande programador, mas sim sistemas tão complexos e difusos que deles apenas conseguimos captar traços, ver feixes condensados dessas articulações, aqui explorados como estratégia de governo.

4 GOVERNO ATRAVÉS DO CRIME: SUBJETIVIDADE E IDEOLOGIA NA GOVERNANÇA

A segurança pública constitui objeto privilegiado de análise, e é possível ser articulada tanto a nível biopolítico, como demonstrado no primeiro tópico, como a nível subjetivo, como mencionado no segundo. Podemos tratar essa articulação como um *programa* no sentido flusseriano, ou um dispositivo de controle ou mesmo uma perspectiva de hegemonia discursiva (ou ideológica) em uma acepção mais materialista.

Ambas as dimensões podem ser articuladas se tomamos o crime como produto (produzido/construído). O crime como fato social serve tanto ao controle biopolítico da população como elemento subjetivo de coesão social veiculado massivamente pela mídia.

Se é algo comum às duas esferas, podemos compreender o quão conveniente seria uma grande oferta de crimes e o quão útil seria um grande encarceramento. Isso é pura lógica industrial de produção:

Comparada com a maioria das outras indústrias, a do controle do crime ocupa uma posição privilegiada. Não há falta de matéria-prima, a oferta de crimes parece ser inesgotável. Também não tem limite a demanda pelo serviço, bem como a disposição de pagar pelo que é entendido como segurança. E não existem os habituais problemas de poluição industrial. Pelo contrário, o papel atribuído a esta indústria é limpar, remover os elementos indesejáveis do sistema social (CHRISTIE, 1998, p. 1).

O tom quase jocoso de Nils Christie faz jus à lógica exposta. A questão é, em verdade, um tanto simples. Existe uma demanda da mídia por notícias, e seu produto privilegiado sendo as notícias criminais, pelos elementos já expostos anteriormente. Igualmente, existe um interesse por parte do governo em criminalizar condutas (criminalização primária) e determinados segmentos (criminalização secundária) para fins de controle social.

É uma relação circular entre mídia, mercado e governo. Os interesses da *Indústria do Controle do Crime*, conforme Christie já expunha, são sempre favoráveis ao excesso de oferta (1998, p. 155). Isso porque quanto mais se prender, quanto maior o volume de condutas a serem criminalizadas e segmentos da população inclusos no rol, maior será o lucro (seja político – governamental – e/ou econômico) das demais instituições envolvidas no dispositivo de segurança.

Isso fica evidente ao se observar a privatização das penitenciárias, que ao passo que aumenta o lucro do setor privado, também facilita para o Estado o modo de lidar com a problemática, aprofundando a reciprocidade da relação de ambos.

Destaca-se que apesar de ser um fenômeno crescente nos EUA e em outros países do hemisfério norte, no Brasil a privatização das prisões ainda não avança nos moldes tradicionais, mas encontra meios de se beneficiar, de se tornar mercadoria, principalmente nas questões referente à instalação de empresas privadas dentro de presídios, gozando de uma série de isenções e reduções de custo, ao mesmo tempo que gera certo capital político governamental como uma espécie de medida de cunho ressocializador (PESSOA, 2019).

Isso serve tanto ao setor público quanto ao privado. A segurança pública torna-se um emaranhado, que envolve segurança privada, privatização de presídios, venda de dispositivos de controle, cercas, grades, armas, etc. (CHRISTIE, 1998, p. 101). Por outro lado, ocorre a exposição midiática da violência, criminalidade e criação de pânico social, venda de medo e compra de segurança.

O encarceramento em massa está inserido como parte do programa de segurança pública, dessa indústria do controle do crime. Atende bem ao fim midiático e ao setor privado (como indústria da informação, do medo), assim como serve de estratégia de governo para coesão social e manutenção no poder por vias pretensamente democráticas, revestidas com o véu da legitimidade (também magicamente construída).

Michelle Alexander (2018) é minuciosa em demonstrar como, durante o século 20, uma política criminal racializada pautada pelo encarceramento em massa foi estratégia de governo, tanto para controle de segmentos da população quanto para acúmulo de capital político, o que se estende à contemporaneidade. O que pode ser encontrado também na historiografia brasileira acerca do controle populacional inaugurado quase conjuntamente com a abolição da escravatura, como medida de controle/disciplinamento e subjetivação da população negra à nova condição colocada pela sociedade moderna.

Da mesma forma que, ao longo do século 20 constituíram-se diversos inimigos e subjetividades que permitiam esse combate e disputa, legitimando essas relações conflituosas com base em determinadas percepções da realidade, produzidas principalmente por aparelhos, mecanismos e dispositivos de subjetivação e segurança (ou a conformação de determinada ideologia como representação da realidade social). É o caso do mundo bipolar e da guerra contra o comunismo no decorrer do século 20 em meio à guerra fria; e também é o caso da construção da dinâmica bélica de combate às drogas.

O que, conforme também já estudado por tantos autores, que aqui se refere ao texto de referência mais recente no Brasil, intitulado *O Direito Penal da Guerra às Drogas* (VALOIS, 2017) e o clássico *A Face Oculta da Droga* (DEL OLMO, 1990) que dá conta do movimento de criminalização das drogas, e a sua função enquanto controle social orientado a segregar e controlar determinados e específicos grupos sociais.

As etapas da criminalização, o movimento do proibicionismo foram pensados e criados para afetarem grupos específicos, mesmo não correspondendo a “anseios sociais”:

Determinada a assegurar que a “nova maioria republicana” continuaria a apoiar a extraordinária expansão das atividades de aplicação da lei penal do governo federal e que o congresso continuaria a financiá-las, o governo Reagan lançou uma ofensiva midiática para justificar a guerra às drogas (ALEXANDER, 2018, p. 96-97).

Acerca disso Lola Aniyar de Castro (1976, 1985) mostra como se deu a campanha e o processo, no qual, em um dia o uso de substâncias entorpecentes era amplamente aceito na sociedade venezuelana, e do dia para a noite tornou-se a principal pauta midiática, demonstrando a ligação das drogas com a criminalidade, com a violência, com os problemas sociais de maneira geral, e como esse processo de subjetivação (ideológica) acerca do fenômeno das drogas foi fundamental para um processo de hegemonização da compreensão acerca das drogas, sua criminalização e os grupos ligados a essas práticas.

O momento atual da realidade brasileira divide-se entre o mal, representado no traficante de drogas, e no novíssimo inimigo número um da sociedade – a corrupção – que permitiu se produzisse uma série de mudanças em nível jurídico normativo, recuo de garantias, além de toda a construção midiática (produtora de subjetividade e legitimadora de ações políticas e policiais) acerca do fenômeno da corrupção. Acerca disso não precisa maior digressão porque faz parte do presente brasileiro.

Ou seja, existe uma distinção significativa, sutil, que seria a diferenciação entre *governar o crime* e *governar através do crime*, conforme propõe Simon. Quando fala em governar por meio do crime, o autor se refere ao uso da criminalização e do encarceramento, além de todos os aparelhos e dispositivos de governo aptos, como técnica de governança, legitimando e promovendo espaços e formas de exercícios de poder (SIMON, 2007).

É o uso da imagem do crime e do criminoso sendo utilizados a todo instante para uma alteração legislativa, para retirada de garantias penais, para justificar investimento em mais prisões e polícias, até mesmo interferindo na estrutura política nacional decidindo uma eleição, ou autorizando (ainda que informalmente) uma execução sumária, a condecoração de um agente da segurança pública, ou mesmo o massacre dentro de uma unidade prisional.

A elevação do crime a esse *status* promove uma reorganização do Estado que em sua feição de meados do século 20 estaria ancorado em subjetividades dirigidas a uma vida de garantias e segurança voltadas para a ideia de bem-estar social, e que com a virada operada nas décadas de 70 e 80, juntamente com o convencimento/instituição (ideológica) do colapso desse modelo societário, permite o nascimento e construção de uma estrutura social baseada e construída sobre a ideia de insegurança, de risco e da necessidade vendável de controle [de um *Welfare State* para um *Prisonfare State*, como apontam Wacquant em *Punir os Pobres* (2007) e Garland em *Cultura do Controle* (2008)].

Essa dimensão subjetiva do governo, a orientação das almas, para Foucault, é a estratégia de governo adotada pelos Estados modernos e seria diretamente uma adaptação do modelo de poder pastoral (FOUCAULT, 2008, p. 174). Uma das principais características desse novo tipo de poder seria o trabalho constante entre o coletivo e o individual, *o omnes et singulatum* do pastor, articulando o nível macro – referente ao biopoder, se se quiser nesses termos – e o micro, mais centrado no governo do homem na condição de indivíduo, não só acerca de seu comportamento, mas também certo nível ético de dizer a verdade sobre si.

Ou ainda, em uma acepção mais materialista acrescenta Eagleton:

Conquistar hegemonia é estabelecer liderança moral, política, intelectual na vida social, difundindo sua própria visão do mundo pelo tecido da sociedade como um todo, igualando, assim, o próprio interesse com o da sociedade em geral (EAGLETON, 2019, p. 131).

Continua ainda apontando que essa dinâmica não é corolário da sociedade capitalista, e que em nossa sociedade moderna capitalista desenvolvida, a relação consenso-coerção pende preponderantemente para o primeiro, tendo em vista justamente o desenvolvimento dos dispositivos subjetivantes/ideologizantes (mídia, escola, família ...).

Com essa nova noção, o “governo” é distinguido de seus possíveis sentidos: ao nível propriamente espiritual, a noção de impor um regime, a relação de chefia entre indivíduos, uma relação verbal ou até mesmo sexual. Fato é, contudo, que entre suas várias formas há um aspecto comum: “nunca se governa um Estado, um território, nunca se governa uma estrutura política. Quem é governado são sempre pessoas, são indivíduos, são coletividades” (FOUCAULT, 2008, p. 165) e quem governa também são pessoas à frente de partidos, de instituições, de organizações, como escreve Hirsch, “o resultado de confrontações e lutas sociais em dife-

rentes planos da sociedade, cujo desenlace não pode ser pré-determinado, mas depende da força, das estratégias [...] dos atores sociais em jogo” (2014, p. 108). Ainda sobre o governo, conclui Foucault:

Procurei esboçar um pouco essa noção de governo, que me parece muito mais operacional do que a noção de poder, “governo” entendido, claro, não no sentido estrito e atual de instância suprema das decisões executivas e administrativas nos sistemas estatais, mas no sentido lato, e aliás antigo, de mecanismos e procedimentos destinados a conduzir os homens, a dirigir a conduta dos homens, a conduzir a conduta dos homens (2014, p. 13).

Tratando-se de governo, não é apenas sobre vigiar e punir, sobre disciplina e obediência, a técnica de governo da população exige uma tomada em nível individual e subjetivo do indivíduo, constituindo também a dimensão social. Isso se dá por meio da adesão à verdade, aspecto produtor do poder (FOUCAULT, 2014).

Percebemos como as coisas ficam singelamente diferentes. Concomitantemente à dimensão biopolítica, a técnica de governo contemporânea, aqui retomada pelo governo por meio do crime, envolve pensar como o indivíduo pode aderir a certas verdades, exercendo sobre si uma ascese a fim de manter-se próximo à verdade, e, claro, ao mesmo tempo afastar e rechaçar aqueles que dela se distanciam (FOUCAULT, 2014).

A mídia então aparece como espaço privilegiado de direção de consciência, articular a vontade do dirigido a coadunar-se com a do diretor, com a condição de aparente liberdade de escolha. Ou seja, o indivíduo livremente se vincula à verdade, constitui (na sua percepção) livremente sua subjetividade e é autônomo na sua formulação de juízos éticos (FOUCAULT, 2014).

Nesse sentido agrega Terry Eagleton acerca da subjetividade (ou ideologia) como quadro de representações sociais que tornadas amplamente aceitas (estabelecidas) se constituem em hegemonia discursiva, representacional e subjetiva, na qual a marca tem sido – além da negação da ideologia e de se arrogar o pálio da neutralidade – o discurso da liberdade/autonomia.

Tornamo-nos sujeitos humanos livres, autônomos, justamente submetendo-nos obedientemente ao sujeito, ou à Lei. Assim que *internalizamos* essa lei, que a tornamos inteiramente nossa, começamos a agir espontaneamente e inquestionavelmente. Vamos ao trabalho por *nossa conta*, sem necessidade de supervisão coercitiva constante, e é essa lamentável condição que reconhecemos erroneamente como liberdade (EAGLETON, 2019, p. 162).

A técnica de governo voltada para a subjetividade busca ajustar um modelo de comportamento a um sistema de valorização. A intersubjetividade seria então o processo pelo qual os indivíduos formam a si e também aos outros (FOUCAULT, 2016).

A mídia na condição de meio privilegiado de comunicação, de processos de intersubjetivação, ao pausar-se no crime como sua mercadoria igualmente privilegiada, estabelece uma relação com o governo, a nível político institucional (e o governo reciprocamente para com a mídia), e também com a população que adere subjetivamente à separação do *eles* e *nós*, ensejando o exercício do poder governamental justificado e apoiado pela reação social.

5 CONCLUSÃO

Assim, a modo de conclusão, pode-se destacar que o massacre de Altamira faz parte do dispositivo de segurança pública, e aparelho de controle social, não como a exceção, mas sintoma da realidade que é o sistema penal enquanto genocídio em ato. A criminalização secundária de conduta e de indivíduos estigmatizados, o esforço em tornar dicotômico o eixo ético da sociedade, a exposição imagética da atividade policial, de execuções ao vivo, tornam o massacre banal, cotidiano, parte consequente da ação policial e da transformação do extermínio em show e entretenimento.

Budó aponta na banalização das notícias relacionadas ao crime, imbricadas na singularidade corrente, a função não só informativa, mas também o caráter de entretenimento que assume (2012, p. 249).

Em outra linguagem, a relação do homem com o mundo a partir das imagens técnicas o tirou da posição de *homo faber* para *homo ludens*, aquele que apenas brinca com as coisas, está preso ao entretenimento e acredita ser livre e fazer parte de um programa (FLUSSER, 2007, p. 58).

Existe uma relação circular entre as imagens e o nosso comportamento. A ideia de modelo, de opinião pública, são produto de sua própria produção – circular – entre imagem, subjetividade e realidade (FLUSSER, 2007). O uso dessas imagens, sua veiculação massiva, a articulação entre governo e mídia ao utilizarem como sua matéria prima o produto *crime*, é algo de benefício recíproco a ambas, fazendo parte de um programa em que elas ao mesmo tempo são também objeto.

Isso é pauta governamental. É sobre mirar na cabecinha (UOL, 2019), é sobre matar a petralhada (EXAME, 2019), é sobre legitimação das execuções policiais “sob forte emoção” (EL PAÍS, 2019). Ou seja, é sobre as narrativas, os discursos, a ideologia que é encoberta no sistema penal, e seu aparato jurídico normativo, processual, operacional.

Por isso que se fala em *O governo através do crime* (SIMON, 2007) que o Direito Penal e a capacidade punitiva do Estado neoliberal apresenta-se cada vez mais consolidado, e, sobretudo, pensando nas (frágeis) democracias modernas, essas narrativas, e discursos, dão voto, mantêm posições políticas, retroalimentam o eleitorado e seu anseio cada vez maior por segurança, se expandem pelo medo, atomizam a sociedade e distanciam os outros a ponto de que – pela tela (da televisão ou dos *smartphones*) – sua morte possa ser entretenimento.

6 REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ALEXANDER, Michelle. *A Nova Segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. Drogas: Creación y muerte de un mito. *Revista Capítulo Criminológico*, Maracaibo, n. 4, p. 99-110, 1976.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. Legitimación interna e estrategias de dominación en la campaña contra las drogas de 1984. *Revista Capítulo Criminológico*, Maracaibo, n. 13, p. 1-28, 1985.
- BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo: Editora Cultrix, 2000.
- BRASIL. Ministério Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Homens*. Brasília, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.
- BUDÓ, Marília de Nardin. Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- CARDOSO, Rafael. Prefácio. In: FLUSSER, Vilém. *Mundo Codificado*. São Paulo: Cosac Naify, 2007.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo et al. Mortes sob Custódia Prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciências Sociais*, Montevideo: Universidad de la República, v. 32, n. 45, p. 67-90, 2019.
- CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: del Puerto, 1993.
- CHRISTIE, Nils. *Indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CHRISTIE, Nils. *Limites à dor*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.
- DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- D’URSO, Flávia. *A crise da representação política do Estado*. São Paulo: Manole, 2016.
- EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- EL PAÍS. *Plano Moro afrouxa regras para policiais que matam e sugere medidas que já foram barradas*: Pacote anticrime de ministro é a primeira medida efetiva apresentada pela gestão Bolsonaro. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/04/politica/1549311947_740805.html. Acesso em: ago. 2019.
- EXAME. *Vamos fuzilar a petralhada*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/>. Acesso em: setembro 2019.
- FLUSSER, Vilém. *Mundo codificado*. São Paulo: Cosac Naify, 2007.
- FLUSSER, Vilém. *O último juízo: gerações II*. São Paulo: É Realizações Editora, 2017.

- FLUSSER, Vilem. *A Filosofia da Caixa Preta*. São Paulo: É Realizações Editora, 2018.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*. São Paulo: Editora Graal, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Governo dos vivos*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *Subjetividade e Verdade*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- LEMOES, Clécio. *Foucault e o Abolicionismo penal*. 2018. 208 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós Graduação em Direito, PUC-RJ, Rio de Janeiro, 2018.
- LOWENTHAL, Fritz; ROSA, Alex. Sociedade Punitiva: a vida dos homens infames. In: WOLKMER, Carlos; VIEIRA, Reginaldo (org.). *Direitos Humanos e Sociedade*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mundo, 2018, v. 1. p. 141-155.
- MALAGUTI BATISTA, Vera. Adesão subjetiva à barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 307-318.
- PESSOA, Sara Araujo. *Estrutura social e trabalho prisional: sobre as funções (latentes) do trabalho prisional – um estudo de caso na penitenciária Sul de Criciúma*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma/SC, 2019.
- PETRÔNIO, Rodrigo. Prefácio. In: FLUSSER, Vilem. *O último juízo: gerações II*. São Paulo: É Realizações Editora, 2017.
- PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: Oxford Press, 2007.
- UOL. *A polícia vai mirar na cabecinha e fogo*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2018/11/01/a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-afirma-wilson-witzel.htm>. Acesso em: fev. 2019.
- VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.
- WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – a onda punitiva*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZEYNEP, Gambetti. *Agir em tempos sombrios*. Porto Alegre: Criação Humana, 2019.

O FETICHE DOS DIREITOS HUMANOS NO CAPITALISMO: A Separação entre a Ética e a Política na Modernidade

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.8450>

Recebido em: 30/10/2018

Modificações solicitadas em: 2/3/2020

Aceito em: 28/9/2020

João Victor Marques da Silva

Universidade Federal da Bahia. Rua Augusto Viana, s/n - Palácio da Reitoria - Canela, Salvador/BA, Brasil.
CEP: 40110-909. <http://lattes.cnpq.br/9924535267131067>. <https://orcid.org/0000-0001-6649-1787>.
jvmarquesdasilva@gmail.com

RESUMO

Os direitos humanos ainda se apresentam como uma ferramenta de desenvolvimento humano sob a égide da sociedade burguesa, em que pese a conjuntura atual de intensas e profundas transformações socioeconômicas erigidas em nome da reprodução social do capital. Diante de tal contexto, os direitos humanos perdem força argumentativa e fundamentação prática, o que sinaliza para a necessidade de sua compreensão, a partir da teoria marxiana do valor e do fetichismo, problematizando o seu conceito de ser humano, no âmbito da emancipação do sujeito ético-moral. Para tanto, utiliza-se como método o materialismo dialético e a pesquisa qualitativa como perspectiva de abordagem. Por fim, argumenta-se que o ideário dos direitos humanos no âmbito da sociedade capitalista se apresenta como um discurso fetichizado.

Palavras-chave: Direitos humanos; teoria do valor; fetichismo; emancipação.

THE FETISH OF HUMAN RIGHTS IN CAPITALISM: THE SEPARATION BETWEEN ETHICS AND POLITICS IN MODERNITY

ABSTRACT

Human Rights are still presented as a tool for human development under burgeoise society, regardless the current conjuncture of intense and profound socioeconomic changes erected in the name of social reproduction of the capital. Facing this context, Human Rights lose argumentative strength and practical foundation, which is a signal towards the need for their comprehension from the marxian theory of value and fetishism, problematizing their concept of human being, within the emancipation of the ethical-moral subject. For this, dialectical materialism and qualitative research are used as a method of approach. Finally, it is argued that the ideology of Human Rights within the framework of capitalist society presents itself as a fetishized discourse.

Keywords: Human rights; theory of value; fetishism; emancipation.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos humanos, no discurso da democracia liberal, assumem papel relevante na construção do ideário de desenvolvimento humano sob a égide da sociedade burguesa, servindo como promessa política para o arrefecimento das tensões e contradições provocadas pelas crescentes desigualdades socioeconômicas, ao projetar o seu caráter de universalidade no mundo contemporâneo. Por outro lado, em um contexto atual de crise do Estado burguês, com a naturalização das iniquidades sociais e do exercício cada vez mais limitado da cidadania, por meio da sacralização do capital, os direitos humanos perdem força argumentativa e capacidade de instituição concreta, ainda que nos seus estreitos limites funcionais, o que evidencia o seu discurso como um fetichismo.

Nessa linha, a análise dos direitos humanos no âmbito do capitalismo, a partir da teoria marxiana do valor e do fetichismo, torna-se importante, de um lado, para compreender a sua construção histórica no processo de legitimação da ordem burguesa, como promessa da modernidade, e, de outro, para evidenciar o seu conceito de ser humano sob a ótica da funcionalidade do capital, em detrimento da emancipação do sujeito ético-moral.

Tal construção dos direitos humanos, ao nosso ver, não poderia se concretizar como discurso legitimador da ordem burguesa se não fosse acompanhada da separação entre a ética e a política, na qual foi necessário criar instituições políticas que canalizassem para o bem comum o crescimento e a expansão do interesse privado, fazendo deste o instrumento do interesse público, estabelecendo a adequação da ética privada para fins públicos (CHAUÍ, 2007).

Por outro lado, tal separação entre a ética e a política põe em evidência a problemática da liberdade, pois, de acordo com Hannah Arendt (2006), sem uma esfera pública politicamente garantida, a liberdade fica sem espaço para emergir, uma vez que esta, como fato demonstrável, coincide com a política, e as duas estão intimamente relacionadas.

Assim, o presente ensaio pretende, a partir da teoria marxiana do valor e do fetichismo, analisar os direitos humanos como um ideário de legitimação do capitalismo, problematizando o seu conceito de ser humano como funcional à ordem burguesa, com a finalidade de apontar que a separação entre a ética e a política impede a emancipação do sujeito ético-moral, por lhe faltar o elemento da liberdade.

2 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO FETICHE: A CRÍTICA MARXISTA AO CONCEITO

Letícia da Costa Paes (2011) afirma que a modernidade introduziu, em contradição à falsa pretensão de uma suposta comunidade universal, uma comunidade dividida em nações e um sujeito igualmente dividido, no qual o sujeito moderno só alcança sua humanidade quando adquire direitos políticos de cidadania, na medida em que pertence à vontade comum do Estado. Ainda, observa que o homem da Declaração de 1789 é uma abstração, universal, mas irreal, observando-se que, ao reproduzir o princípio metafísico do cristianismo, baseado na noção de igualdade e universalidade, os direitos humanos reproduzem, de um lado, o ideal de justiça plena e de um mundo igualitário, e, de outro, expõe esse ideal às circunstâncias reais, às relações desiguais e às diversas formas de opressão e dominação, no exercício dos direitos de cidadania. Na mesma linha, Thamy Pogrebinschi (2007, p. 48) afirma que a separação entre homem e cidadão consiste em uma das consequências nefastas do pensamento político moderno, e um dos engodos mais bem articulados do discurso jurídico pós-Revolução Francesa. Quanto à questão, Karl Marx (2010, p. 48) observa que:

Os droits de l'homme, os direitos humanos, são diferenciados como tais dos *droits du citoyen*, dos direitos do cidadão. Quem é esse *homme* que é diferenciado do *citoyen*? Ninguém mais ninguém menos que o membro da sociedade burguesa. Por que o membro da sociedade burguesa é chamado de "homem", pura e simplesmente, e por que os seus direitos são chamados de direitos humanos? A partir de que explicaremos esse fato? A partir da relação entre o Estado político e a sociedade burguesa, a partir da essência da emancipação política.

Nesse sentido, para Marx (2010), a primeira constatação é o fato de que os assim chamados direitos humanos, os *droits de l'homme*, diferentemente dos *droits du citoyen*, nada mais são do que os direitos do mem-

bro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade. Para o autor, a segurança é o conceito social supremo da sociedade burguesa, o conceito da polícia, no sentido de que o conjunto da sociedade só existe para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade. Por essa razão, portanto, afirma que nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem como membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao seu capricho privado e separado da comunidade. Ainda, o autor observa que:

Esse fato se torna ainda mais enigmático quando vemos que a cidadania, a comunidade política, é rebaixada pelos emancipadores à condição de mero meio para a conservação desses assim chamados direitos humanos e que, portanto, o *citoyen* é declarado como serviçal do *homme* egoísta; quando vemos que a esfera em que o homem se comporta como ente comunitário é inferiorizada em relação àquela em que ele se comporta como ente parcial; quando vemos, por fim, que não o homem como *citoyen*, mas o homem como *bourgeois* é assumido como o homem propriamente dito e verdadeiro (MARX, 2010, p. 50).

Nesse sentido, observa Thamy Pogrebinschi (2007) que o Estado nascido da Revolução Francesa declara o individualismo como essência da modernidade e afirma o homem moderno como centro de uma rede de interesses privados que fazem dele um ser autossuficiente e isolado dos demais homens. Assim, no seu entender, a cidadania moderna conferida pelos direitos positivados na Declaração de 1789 transforma a noção de representação, vinculando-a irremediavelmente à propriedade privada, com os direitos humanos passando a ser o discurso por meio do qual, por um lado, se mascara a exploração e a dominação e, por outro, se exprime a luta de classes e a resistência daqueles que são explorados e dominados.

Prossegue a referida autora afirmando que Marx via o evento Revolução Francesa como uma dialética entre o Estado e a sociedade civil, na medida em que a emancipação política supostamente levada a cabo pela burguesia revolucionária francesa consistiu simplesmente na emancipação da sociedade civil em relação à política. Nessa linha, no seu entender, os privilégios feudais são assim substituídos pelo direito, observando-se que é este que passa então a mediar a relação entre os homens, exacerbando sua separação em relação a si próprios e em relação à sociedade em que vivem. Assim, na sua compreensão, o homem egoísta, membro típico da sociedade moderna, passa a ser a base, a premissa do Estado político e, como tal, é reconhecido nos direitos humanos (POGREBINSCHI, 2007).

Não sem razão, diante da cisão entre Estado e sociedade civil, observa Etienne Balibar (1995, p. 90) que “os direitos humanos, isolados dos direitos do cidadão, aparecem então como a expressão especulativa da cisão da essência humana, entre a realidade das desigualdades e a ficção da comunidade”.

Na mesma linha, de acordo com Letícia da Costa Paes (2011), Marx, ao nos levar à contradição entre o estado político e a sociedade civil, revela que os direitos humanos legitimariam, sob a capa da igualdade formal e do homem universal abstrato, os interesses egoístas de um indivíduo bastante concreto, o membro da sociedade burguesa. Em virtude do elemento ilusório das declarações, de acordo com a autora, é que precisamente essa implicação que torna os direitos humanos, aos olhos de Marx, um postulado vazio.

Marx (2010) afirma que a constituição do Estado político e a dissolução da sociedade burguesa nos indivíduos independentes – cuja relação é baseada no Direito – efetiva-se em um só e mesmo ato. Para o autor, a revolução política decompõe a vida burguesa em seus componentes sem revolucionar esses mesmos componentes nem os submeter à crítica, destacando-se que ela encara a sociedade burguesa, o mundo das necessidades, do trabalho, dos interesses privados, do Direito privado, como o fundamento de sua subsistência, como um pressuposto sem qualquer fundamentação adicional, e, em consequência, como sua base natural. Por fim,

o homem na qualidade de membro da sociedade burguesa é o que vale como o homem *propriamente dito*, como o *homme* em distinção ao *citoyen*, porque ele é o homem que está mais próximo de sua existência sensível individual, ao passo que o homem *político* constitui apenas o homem abstraído, artificial, o homem como pessoa *alegórica, moral*. O homem real só chega a ser reconhecido na forma do indivíduo egoísta, o homem verdadeiro, só na forma do *citoyen* abstrato (MARX, 2010, p. 53).

Para Thamy Pogrebinski (2007), são justamente esses conceitos de liberdade e de propriedade privada, tal como esculpados na Declaração de 1789, que constituem, de acordo com Marx, o fundamento da sociedade moderna. Nesse sentido, para a autora, a Revolução Francesa viria a consolidar a emancipação política da burguesia, engendrando em si a irrupção dessa classe social sob a forma como ela se revestirá no mundo moderno. Assim, no seu entender, os direitos humanos, em cujo vértice se encontram a liberdade e a propriedade privada, consistem na garantia que a burguesia busca consolidar para tornar e manter estável a sua própria afirmação.

Desse modo, prossegue a referida autora, afirmando que o ímpeto de universalização contido na Declaração de Direitos Francesa identifica-se com a ambição, ao mesmo tempo universalista e universalizante da burguesia, de seu modo de vida, de sua hegemonia, de sua necessidade de se manter estável, de sua própria garantia como classe e enquanto a classe que detém o poder e a produção estatal de direitos. Assim, para a autora, o Estado moderno que emerge da Revolução Francesa afirma-se na forma de um Estado supostamente democrático e representativo, que reflete em sua natureza representativa a separação entre sociedade civil e Estado, e em sua natureza democrática a abstração dos direitos iguais (POGREBINSCHI, 2007).

Nesse sentido, para Letícia da Costa Paes (2011), a Revolução Francesa, portanto, consolida a emancipação política¹ da burguesia, consagra o direito à propriedade e a praticar a religião, apresentou as condições capitalistas da exploração num discurso de direitos formulado enganosamente como liberdades. No seu entender, é nesse quadro que a ideia de direitos humanos se torna indispensável para fundamentar o interesse particular e mantê-lo estável, de modo a engessar qualquer esfera de ação oposta a eles, no qual o sentido da universalização inserido no escopo destes direitos implica na ambição de universalizar o modo de vida burguês.

Assim, para a referida autora, o exercício dos direitos humanos configura-se como ficções ideológicas em que, na verdade, os interesses de uma classe da sociedade prevalecem, haja vista que o homem abstrato, sem história nem contexto, inscrito nas declarações, dá o aval para a parcialidade e a exploração, pois se supõe, em princípio, que os direitos se oponham em nome do interesse de todos. Nesse sentido, no seu entender, o que ocorre é exatamente o oposto: os direitos humanos legitimam e perpetuam um sistema de dominação estabelecido (PAES, 2011). Por fim, observa que

a esfera do Estado, portanto, aparece como a organização jurídico-política que assegura as condições de existência da exploração capitalista. (...) Isso culmina na contradição radical trazida pela Revolução Francesa entre o discurso dos direitos, apresentados como liberdades naturais, e a manutenção das condições capitalistas da opressão. Na medida em que a forma jurídica é construída sob a proteção desses princípios e sob o argumento de que os direitos são naturais, as condições históricas e sociais pelas quais eles se ergueram são suprimidas. Os direitos humanos, defende Marx, não são naturais ou inalienáveis, mas criações históricas do Estado e da lei (PAES, 2011, p. 73).

Nessa linha, para os fins do presente ensaio, a compreensão dos direitos humanos na sociedade capitalista passa pela análise do que Marx denominou de fetichismo da mercadoria. Em que consiste tal formulação? Vejamos.

3 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO FETICHE: ADENTRANDO NO CONCEITO COMO MERCADORIA

Marx (2007) destaca que o primeiro ato histórico é a produção dos meios para a satisfação das necessidades humanas, a produção da própria vida material, e este é, sem dúvida, um ato histórico, uma condição fundamental de toda a História. O segundo, que é a satisfação dessa primeira necessidade, a ação de satisfazê-la e o instrumento de satisfação já adquirido conduzem a novas necessidades – e essa produção de novas necessidades constitui o primeiro ato histórico. Prossegue o autor afirmando que a produção da vida, tanto da própria, no trabalho, quanto da alheia, na procriação, aparece desde já como uma relação dupla – de um lado, como relação natural, de outro como relação social – social no sentido de que por ela se entende a coo-

¹ Na quarta parte deste artigo discutiremos os conceitos marxianos de emancipação política e humana, para fins de elucidação da emancipação do sujeito ético-moral na esfera pública.

peração de vários indivíduos, sejam quais forem as condições, o modo e a finalidade. Segue-se daí, no seu entender, que um determinado modo de produção ou uma determinada fase industrial estão sempre ligados a um específico modo de cooperação ou a uma determinada fase social.

Para o filósofo alemão, “o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, medeia, regula e controla seu metabolismo com a Natureza”. Assim, “ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza” (MARX, 1996). Nesse sentido, na concepção marxiana, o trabalho assume uma perspectiva ontológica, ou seja, é “uma condição indispensável da vida social, mas também é o elemento determinante para a formação do ser humano, seja como indivíduo, seja como ser social” (SELL, 2001, p. 78).

Nessa linha, na perspectiva marxiana, a mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa, a qual pelas suas propriedades satisfaz necessidades humanas de qualquer espécie. De um lado, o valor de uso realiza-se somente no uso ou no consumo, constituindo-se como o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social desta, e, na sociedade burguesa, funda, ao mesmo tempo, os portadores materiais do valor de troca, pois nele está objetivado ou materializado trabalho humano abstrato. De outro, o valor de troca mostra-se como algo casual e puramente relativo; um valor de troca imanente, intrínseco à mercadoria, independentemente do seu valor de uso (MARX, 1996). É oportuno destacar aqui que o trabalho que cria o valor de troca é, portanto, o trabalho abstrato.

José Paulo Netto (1981) afirma que o estudo marxiano da mercadoria, célula econômica da sociedade burguesa, é que propicia a captação ontológico-histórica do trabalho como constitutivo do ser social e a tomada da dimensão econômico-social particular da sociedade burguesa. No seu entender, é assim que, no contexto em que se enunciam as proposições sobre o fetichismo, articula-se, simultaneamente, a reprodução teórica do movimento histórico da categoria trabalho e a reprodução teórica do movimento histórico da categoria valor, no âmbito da emergência e consolidação do modo de produção capitalista. Por fim, observa o autor que a produção mercantil dominante, no mesmo processo em que revela o caráter social do trabalho, reveste com um envoltório a-social o seu produto.

Marx (1996) indaga-se sobre o caráter enigmático do produto do trabalho, tão logo ele assume a forma mercadoria. Para o autor, o misterioso da forma mercadoria consiste, portanto, simplesmente no fato de que ela reflete aos homens as características sociais do seu próprio trabalho como características objetivas dos próprios produtos de trabalho, como propriedades naturais sociais dessas coisas e, por isso, também reflete a relação social dos produtores com o trabalho total como uma relação social existente fora deles, entre objetos. Assim, para o autor,

a forma mercadoria e a relação de valor dos produtos de trabalho, na qual ele se representa, não têm que ver absolutamente nada com sua natureza física e com as relações materiais que daí se originam. Não é mais nada que determinada relação social entre os próprios homens que para eles aqui assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. (...) Isso eu chamo o fetichismo que adere aos produtos de trabalho, tão logo são produzidos como mercadorias, e que, por isso, é inseparável da produção de mercadorias (MARX, 1996, p. 198-199).

Para Marx (1996), esse caráter fetichista do mundo das mercadorias provém do caráter social peculiar do trabalho que produz mercadorias, no qual os objetos de uso se tornam mercadorias apenas por serem produtos de trabalhos privados, exercidos independentemente uns dos outros, observando-se que o complexo desses trabalhos privados forma o trabalho social total. Assim, no seu entendimento, aos produtores aparecem as relações sociais entre seus trabalhos privados como o que são, isto é, não como relações diretamente sociais entre pessoas em seus próprios trabalhos, senão como relações reificadas entre as pessoas e relações sociais entre as coisas.

Por outro lado, Marx (2008, p. 80-81) observa que o trabalhador, em relação ao produto do seu trabalho, defronta-se como um ser estranho, com um poder independente do seu produtor. Para o autor, quanto mais o trabalhador se apropria do mundo exterior, por meio do seu trabalho, tanto mais ele se priva dos meios de vida, seja pela perda do objeto do seu trabalho, seja pela privação da sua subsistência física. É aqui que se coloca a questão da alienação – ou *estranhamento* – na qual “a propriedade privada se constitui como

o produto, o resultado, a consequência necessária do trabalho exteriorizado, da relação externa do trabalhador com a natureza e consigo mesmo”.

Observa José Paulo Netto (1981) que o traço fundamental do fetichismo é a supressão das mediações sociais que ele opera, subsumindo-as numa coisa substantiva e autônoma. Ainda, na sua concepção, a alienação desenvolve-se quando os agentes sociais particulares não conseguem discernir e reconhecer nas formas sociais o conteúdo e o efeito da sua ação e intervenção, sendo que, no limite, a sua própria motivação à ação aparecem-lhes como alheias e estranhas (*idem*).

Diante de tais considerações, fica a seguinte indagação: Como se materializa o fetichismo da mercadoria no tocante aos direitos humanos? Um caminho para uma resposta adequada perpassa por apontar a funcionalidade dos direitos humanos no sistema de reprodução do capital.

Inicialmente, cabe destacar que o fetichismo da mercadoria amplia-se para todos os aspectos da vida no seio da sociedade burguesa. José Paulo Netto (1981) observa que o caráter de coisa que as relações sociais adquirem na forma mercadoria é o caráter das objetivações humanas, se coagulando numa prática social que os agentes sociais particulares não reconhecem como suas. Assim, para o autor, o fetichismo mercantil passa a ser fetichismo de todo o intercâmbio humano.

Robert Kurz (2003) afirma que é o mercado universal que forma o fundamento de todos os direitos, incluindo os direitos humanos elementares. Nesse sentido, para o autor, a guerra pela ordem do mundo, que mata pessoas, é conduzida em prol da liberdade dos mercados, que igualmente mata pessoas e, com isso, também em prol dos direitos humanos, visto que estes não são imagináveis sem a forma do mercado. Daí o porquê de o autor alemão considerar uma relação paradoxal dos direitos humanos: reconhecimento por meio do não reconhecimento, ou, inversamente, não reconhecimento justamente por meio do reconhecimento.

Para o referido autor, a aparente contradição se resolve na medida em que descortinamos a concepção de ser humano na lógica do capital. Nesta lógica, nos termos do autor, o ser humano é, em tese, um ser solvente, o que significa, por consequência, que um indivíduo inteiramente insolvente não pode ser em princípio um ser humano. De acordo com o autor, a capacidade de entrar numa relação jurídica está ligada, portanto, à capacidade de participar de alguma maneira no processo de valorização do capital, satisfazendo o critério da rentabilidade, pressuposto tácito dos direitos humanos (KURZ, 2003).

No entender de Kurz (2003), pode-se observar aí um duplo entrelaçamento paradoxal de *reconhecimento* e *não reconhecimento* na forma do direito moderno, pois o direito implica, segundo sua essência, uma relação de inclusão e exclusão, destacando-se que o universal é somente a pretensão ao domínio absoluto dessa forma. Assim, para o autor, o *ser humano em geral* visado pelos direitos humanos é o ser humano meramente abstrato, ou seja, o ser humano na condição de portador e ao mesmo tempo escravo da abstração social dominante, e somente como este ser humano abstrato ele é universalmente reconhecido. Para Robert Kurz (2003):

Isso significa que esse reconhecimento inclui simultaneamente um não-reconhecimento: as carências materiais, sociais e culturais são excluídas justamente do reconhecimento fundamental. O homem dos direitos humanos é reconhecido apenas como um ser reduzido à abstração social; O famoso “reconhecimento” é na realidade uma pretensão totalitária à vida dos indivíduos, que são forçados a sacrificar abertamente sua vida para o fim, tão banal quanto realmente metafísico, da valorização sem fim do dinheiro através do “trabalho” (KURZ, 2003).

Por fim, para Kurz (2003), a promessa dos direitos humanos é desde sempre uma ameaça: se não podem ser preenchidas as condições tácitas que definem na modernidade o *ser humano*, então deve faltar o reconhecimento, contudo tal quadro pode forçar a maioria das pessoas à autorrenúncia, que consiste em acatar a submissão à forma abstrata do dinheiro e do direito.

No mesmo sentido, Slavoj Zizek (2010) sintetiza a relação do fetichismo da mercadoria com os direitos humanos, ao observar que em uma sociedade na qual predomina a troca de mercadoria, os indivíduos, em sua vida diária, fazem referência a si mesmos e aos objetos que encontram como personificações contingentes de noções universais abstratas. No seu entender, o que é o ser humano, em relação às experiências sociais e culturais concretas, é vivenciado como contingente, pois o que o define fundamentalmente é a capacidade universal *abstrata* de pensar ou de trabalhar.

Robert Kurz (1998) afirma que existe um sonho característico da modernidade: o sonho da emancipação social, da autodeterminação do homem, de uma produção autônoma da vida. Pondera que o próprio mercado é o responsável pela sujeição dos homens à *ditadura muda* do dinheiro e da rentabilidade econômica, uma vez que o sistema híbrido composto pelo Estado e mercado não é mais capaz de integrar socialmente milhões de pessoas em todo o mundo, estando condenado a deixar de ser a forma predominante de sociedade.

Antonio Carlos da Silva e Vanessa Cavalcanti (2015) observam que a não valorização da vida como opção é uma afronta ao sujeito ético-moral, haja vista que o não reconhecimento (absoluto ou relativo) do indivíduo retira de sua essência o valor mais precioso: a humanidade. Para os autores, o real desenvolvimento propriamente dito infere ao recorrer na essência da humanidade, qual seja, a emancipação de toda e qualquer espécie de coisificação. Por essa razão, no seu entender, a crítica do próprio conceito de política é uma condição *sine qua non* para superar a peste/capital e poder interpretar as folhas de nosso devir histórico como algo novo e histórico.

Feitas tais considerações, passaremos a analisar, no contexto da modernidade burguesa, a separação entre a ética e a política, que põe em evidência a problemática da liberdade, para correlacionar com o fetiche dos direitos humanos e a emancipação do sujeito ético-moral.

4 A SEPARAÇÃO ENTRE A ÉTICA E A POLÍTICA NA MODERNIDADE

A modernidade, segundo Marilena Chauí (2007), é caracterizada, como paradigma, pelo privilégio da razão e da universalidade, pelo positivismo, pela crença no progresso linear da civilização e em verdades absolutas, pela continuidade temporal da história, pelo planejamento racional e duradouro da ordem social e política e pela padronização dos conhecimentos e da produção econômica como sinais da universalidade. Nessa linha, de acordo com Chauí (*op.cit.*), a modernidade acreditaria na importância de constituir o poder político como esfera pública separada da sociedade civil e capaz de regulá-la por intermédio do Estado.

Chauí (2007) destaca que a modernidade afasta a ideia (medieval e renascentista) de um universo regido por forças espirituais secretas, razão pela qual o mundo se desencanta e passa a ser governado por leis naturais racionais e impessoais que podem ser conhecidas pela razão e que permitirão aos homens o domínio técnico sobre a natureza. No seu entender, a modernidade conserva a ideia de que a virtude é obediência à razão, que virtude é dever e obrigação diante de normas e valores universais e que a liberdade é o poder humano para enfrentar com suas próprias forças a contingência e a diversidade.

Chauí (2007) frisa que a modernidade, inventando a ideia do indivíduo livre, torna problemático o conceito de valores éticos universais, pois aquele é, na verdade, membro de uma ordem social definida, agora, por um centro organizador, o mercado. Segundo a autora, o mercado precisa do conceito de indivíduo livre que se relaciona com os outros por meio de uma relação contratual, dotada de validade apenas se os contratantes forem livres e iguais. Em virtude de o mercado ser o centro ordenador da nova realidade, surge uma problemática no campo ético, de como definir a virtude pelo domínio racional da vontade sobre as paixões.

Para o enfrentamento de tal questão, Marilena Chauí (2007) alerta que a materialidade particularista dos interesses e das paixões seria substituída pela formalidade absoluta dos valores éticos, mas, com isso, ética e vida sociopolítica tornaram-se incompatíveis. Em outras palavras, a autora consigna que a moral do imperativo ético garante a liberdade e a responsabilidade éticas como valores universais, mas pagando o preço de não corresponder às exigências cotidianas da prática. É por esse caminho que se delineia a *separação* entre a ética e a política. Vejamos.

Hannah Arendt²(2006) afirma que a liberdade não é apenas um entre muitos outros fenômenos e problemas da esfera política propriamente dita; a liberdade torna-se o alvo direto da ação política, pois constitui

² Gilson Dantas (2013, p. 4-10) observa que a autora, em *A Condição Humana*, faz, de um lado, uma forte e apaixonada crítica à sociedade moderna e, por outro, questiona a categoria trabalho em Marx, sendo que o pensamento deste teria um viés totalitário e se fundaria numa concepção estreita e reducionista da categoria trabalho (estenderia a visão instrumental do trabalho ao conjunto da sociedade e da cultura), o que indicaria o seu distanciamento em relação à liberdade, à vida política e à pluralidade (múltiplas individualidades) próprios da condição humana. Contrário a tal entendimento, o autor pontua que a categoria trabalho em Marx não aparece como algo que subsume as demais atividades humanas, que a elas se sobrepõe, as concentra e absorve; em Marx, o trabalho propicia a humanização do homem, a transição de espécie animal a ser social, funda as determinações do social (no sentido ontológico) e, ao mesmo tempo, é entendido em suas múltiplas dimensões.

o motivo pelo qual os seres humanos vivem juntos no seio de organizações políticas. De acordo com a autora, o propósito da política é a liberdade, e o seu campo de experiências é a ação. Assim, no seu entender, a liberdade requeria, para além da mera libertação das necessidades da vida, a companhia de outros homens que estivessem no mesmo estado, assim como um espaço público comum, ou seja, um mundo politicamente organizado, no qual os homens livres pudessem integrar-se por meio da ação e da palavra.

Para a referida autora, sem uma esfera pública politicamente garantida, a liberdade fica sem espaço onde emergir, pois, enquanto fato demonstrável, a liberdade coincide com a política, e as duas estão intimamente relacionadas. Por essa razão, pondera a autora que a liberdade em sua relação com a política não é um fenômeno da vontade (ARENDRT, 2006).

Voltando a Marilena Chauí (2007), destaca-se sua sinalização para o problema moderno da relação entre a ética e a política, na qual a primeira é colocada pela modernidade como esfera da vida privada e, a segunda, como esfera da vida pública. Nessa linha, de acordo com a autora, a contradição entre o público e o privado centra-se na seguinte indagação: Os fins justificam os meios? No caso da ética, afirma a autora, a resposta seria negativa, pois para fins éticos os meios precisam ser éticos também. Por outro lado, para a política, todos os meios são bons e lícitos, se o fim for bom para a coletividade. Em suma, no entender de Chauí, o pressuposto da separação e o pressuposto da regulação proporcional entre meios e fins significa que se está considerando a ética e a política como técnicas e não como práxis.

Diante de tais considerações a respeito da separação da ética e da política, como relacionar mais diretamente com a ética – ou o *espírito* – do capitalismo? Qual a sua funcionalidade para a compreensão dos direitos humanos como fetiche?

Marilena Chauí (2007) sinaliza que o pensamento liberal precisou oferecer expressão política para questões que eram puramente éticas, particularmente uma: a da tirania ou despotismo das paixões, concepção herdada da ética cristã e estoica que define a paixão como vício e fonte da discórdia no interior do indivíduo e da comunidade. Indaga-se a autora: Como o capitalismo poderia propor uma ética comunitária e do interesse geral, se é fundado na competição, na propriedade privada dos meios de produção, na divisão social das classes, na exploração econômica, no lucro e na desigualdade social? Como poderia, em termos hegelianos e marxistas, criar uma política do espaço público, se seus pressupostos são o direito privado, a vontade privada, a ética individual e individualista?

Nessa linha, afirma que foi preciso criar instituições políticas que canalizassem para o bem comum esse crescimento e essa expansão do interesse privado, dado que, em lugar de opor o público ao privado, o capitalismo fez deste o instrumento daquele, com um arranjo institucional astucioso que estabeleceu a adequação da ética privada para fins públicos, visando a conciliar os interesses privados expansionistas – *de uma classe* – com a estabilidade, a ordem e a paz sociais (CHAUÍ, 2007).

No mesmo sentido, Hannah Arendt (2006) observava que o liberalismo teve a sua cota-parte na expulsão do conceito de liberdade da esfera política, pois a política, segundo a Filosofia, deve se preocupar quase que exclusivamente com a preservação da vida e a salvaguarda dos seus interesses. Frisa a autora que, onde a vida está em risco, toda a ação está por definição sob o jugo da necessidade, e o domínio próprio para se tratar das necessidades da vida é a esfera gigantesca (e em contínuo crescimento) da vida econômica e social, cuja administração lançou a sua sombra sobre a esfera política logo depois do início da era moderna. O que a autora acentua é que, num contexto de ampla desigualdade socioeconômica – *ausência quase completa das condições materiais de vida em sociedade* – em que pese a ampliação formal dos direitos humanos, a própria liberdade do ser humano está em risco, ou seja, a *política não cumpre* a sua finalidade.

Robert Kurz ³(1994) observa que a veemência político-econômica explica também por que a esfera política como tal não pôde desaparecer com o fim histórico da fase ascendente do sistema produtor de merca-

³ Robert Kurz, de acordo com Ricardo Regatieri (2009), recupera, reformula e expande a crítica marxiana do valor e do fetichismo e perscruta a mediação da teoria crítica, realizando uma crítica aos fundamentos da modernidade. Por outro lado, observa Ricardo Antunes (1994) que o autor alemão, em o *Colapso da Modernização* (1994), questiona a centralidade do trabalho no mundo contemporâneo, focando na eliminação da centralidade do trabalho abstrato. Segundo Antunes, Kurz centra toda a sua análise na prevalência da produção generalizada e destrutiva de mercadorias e na consequente teoria marxiana do valor-trabalho. Apesar de discordar em parte com o referido autor, afirma que o livro é um alento e um reflexão viva na direção de uma formulação inconformada e anticapitalista.

dorias, para dar lugar a uma *concertação* socioeconômica direta de interesses na forma da mercadoria. De acordo com o autor, não seria a política como tal que desaparece com a afirmação do sistema, mas só a sua dupla função e a ênfase aparentemente autonomizada, as suas vestes ideológicas, permanecendo, porque inevitável e ineliminável na base do sistema, a *política* como função secundária no processo contínuo de automeiação da forma da mercadoria agora incontestada, ubíqua e total. Assim, o fato de a política ficar como um resíduo resulta do carácter fetichista deste processo.

De acordo com Kurz (1994), a política é uma simples forma de mediação de algo que a transcende, sobre o qual ela, *como política*, não tem poder autônomo. A falência definitiva da *política*, segundo o autor, nunca foi, nesse sentido, superada ou protelada por meio de medidas políticas, mas sempre e apenas mediante um ulterior avanço histórico da valorização do dinheiro, independentemente de toda a *política*. No seu entender, não será a *política* a efetuar de novo um pretense controle sobre a economia ou uma pretensa suspensão totalitária da circulação, mas, precisamente ao contrário, o fim catastrófico da *política*.

Nessa linha, Marilena Chauí (2007) sinaliza que, no âmbito de um neoliberalismo pós-moderno, marcado pela veloz desintegração do espaço público sob os imperativos da dispersão econômica, a privatização do público se realiza pela perda de sentido e de poder de todas as instituições políticas capazes de servir como mediação entre o poder executivo e a sociedade. No seu entender, privatização significa desinstitucionalização do espaço público e corresponde ao fortalecimento dos centros privados, onde se dá a decisão econômica e o enfraquecimento dos Estados Nacionais. Nessa linha, o esfacelamento da esfera pública, na qual “a liberdade é um valor ético porque é um valor político” (*Idem*, p. 499), põe em evidência a discussão sobre a emancipação política e a emancipação humana, conforme delineado pela teoria marxiana.

5 A EMANCIPAÇÃO DO SUJEITO ÉTICO-MORAL

Para Thamy Pogrebinski (2007), há uma importante distinção entre a emancipação humana e a emancipação política, que corresponde à cisão entre o homem e o cidadão: ao emancipar-se politicamente, o homem o faz mediante um subterfúgio, através de um meio, mesmo que seja um meio necessário – o Estado. Na emancipação política, o Estado funciona como mediador entre o homem e a sua liberdade.

Nesse sentido, no entender da autora, a emancipação política é uma forma limitada de emancipação. Essa limitação, ou parcialidade, observa a autora, explica-se na medida em que a emancipação política é apenas uma *parte* da emancipação humana e, mais do que isso, não é nem um modo radical nem um modo isento de contradições. Por outro lado, a emancipação humana almejada por Marx, pondera a autora, implica o retorno do homem sobre si mesmo como ser social e, por isso, humano (POGREBINSCHI, 2007).

Karl Marx (2010), numa análise sobre os limites da cidadania judaica, observa que a emancipação política do judeu, do cristão, do homem religioso de modo geral consiste na emancipação do Estado em relação ao judaísmo, ao cristianismo, à religião como tal. No seu entender, a emancipação política em relação à religião não é a emancipação já efetuada, isenta de contradições, em relação à religião, porque a emancipação política ainda não constitui o modo já efetutado, isento de contradições, da emancipação humana. Para o autor, o limite da emancipação política fica evidente de imediato no fato de o Estado ser capaz de se libertar de uma limitação sem que o homem realmente fique livre dela, ou em outras palavras, sem que o homem seja um homem livre. Nesse sentido, sinaliza que

a emancipação política de fato representa um grande progresso; não chega a ser a forma definitiva da emancipação humana em geral, mas constitui a forma definitiva da emancipação humana dentro da ordem mundial vigente até aqui. Que fique claro: estamos falando aqui de emancipação real, de emancipação prática. (...). Todavia, não tenhamos ilusões quanto ao limite da emancipação política. A cisão do homem em público e privado, o deslocamento da religião do Estado para a sociedade burguesa, não constitui um estágio, e sim a realização plena da emancipação política, a qual, portanto, não anula nem busca anular a religiosidade real do homem (MARX, 2010, p. 41-42).

Marx (2010) observa que a emancipação política representou concomitantemente a emancipação da sociedade burguesa em relação à política, até em relação à aparência de um teor universal. Nessa linha, assim reflete tal questão, vejamos:

A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a cidadão, a pessoa moral. Mas a emancipação humana só estará plenamente realizada quando o homem individual real tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado ente genérico na qualidade de homem individual na sua vida empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, quando o homem tiver reconhecido e organizado suas “*forces propres*” [forças próprias] como forças sociais e, em consequência, não mais separar de si mesmo a força social a forma da força política (MARX, 2010, p. 53-54).

É nesse sentido que Ivo Tonet (2005) observa que a emancipação humana é algo muito distinto da cidadania e da totalidade da emancipação política. No seu entendimento, a emancipação humana, ou seja, uma forma de sociabilidade na qual os homens sejam efetivamente livres, supõe a erradicação do capital e de todas as suas categorias, sem a qual é impossível a constituição de uma autêntica comunidade humana. Por outro lado, pontua que essa erradicação não significa, de modo algum, o aperfeiçoamento da cidadania, mas, ao contrário, a sua mais completa superação. No mesmo sentido pondera Tomás Bastian de Sousa (2008) que a emancipação humana plena seria a reabsorção do cidadão abstrato pelo homem real e individual, na qual o indivíduo real, na sua vida cotidiana, no trabalho e nas suas relações intersubjetivas, tiver se tornado um ser genérico.

Assim, na perspectiva marxiana, os *direitos do homem* não se constituem como uma categoria universal, atemporal e permanente, ou natural, mas sim como uma construção histórica, no interior de uma ordem societária capitalista. Seus limites intrínsecos impedem a emancipação humana, uma vez que, na sua forma extremada – *emancipação política* – somente reitera o ser humano como um ser abstrato, destituído de sua liberdade, no sistema de reprodução do capital.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo buscamos evidenciar como o ideário dos direitos humanos no âmbito da sociedade capitalista se apresenta como um discurso fetichizado, de um lado, servindo historicamente no processo de legitimação da ordem burguesa, como promessa da modernidade, e, de outro, que o seu conceito de ser humano está sedimentado sob a ótica da funcionalidade do capital, em detrimento do sujeito ético-moral.

No mesmo sentido, analisamos como a separação entre a ética e a política na modernidade foi funcional para a consolidação e ampliação da ética do mercado. Destacamos que, num contexto de ampla desigualdade socioeconômica provocada pelo capitalismo – *ausência quase completa das condições materiais de vida em sociedade* – em que pese a ampliação formal dos direitos humanos, a própria liberdade do ser humano está em risco, ou seja, a *política não cumpre* a sua finalidade.

Em suma, a emancipação do sujeito ético-moral para além do capital deve restituir a humanidade ao *ser humano*, demasiadamente *abstrato* na sociedade burguesa, na qual este volte a ser um *ser social*, rompendo com o fetichismo e a alienação que o aprisiona como um servo do capital, reconhecendo-se na sua subjetividade e na sua relação com o outro.

7 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *Resenha de: KURZ, Robert. O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 244 p. *Crítica Marxista*, São Paulo, Brasiliense, v. 1, n. 1, p. 135-141, 1994.
- ARENDT, Hannah. O que é a liberdade. In: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro: oito exercícios sobre o pensamento político*. Lisboa: Relógio D'Água, 2006. p. 155-182.
- BALIBAR, Étienne. *A filosofia de Marx*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.
- CHAUÍ, Marilena. Público, privado e despotismo. In: NOVAES, Adauto (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 488-557.
- DANTAS, Gilson. A crítica de Hannah Arendt à Karl Marx. *Revista Sociologia em Rede*, v. 3, n. 3, p. 2-18 2013.
- KURZ, Robert. *Os paradoxos dos direitos humanos: inclusão e exclusão na modernidade*. 2003. Disponível em: <http://obeco.planetaclix.pt/rkurz116.htm>
- KURZ, Robert. *Os últimos combates*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

- KURZ, Robert. *O fim da política: teses sobre a crise do sistema de regulação da forma mercadoria*. 1994. Disponível em <http://obeco.planetaclix.pt/rkurz105.htm>
- MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- MARX, Karl. *O capital – crítica da economia política*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas). Volume I.
- NETTO, José Paulo. *Capitalismo e reificação*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.
- PAES, Letícia da Costa. *A política dos direitos humanos: entre paradoxos e perspectivas*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- POGREBINSCHI, Thamy. O direito entre o homem e o cidadão. Marx e a crítica dos direitos humanos. *Revista de Direito do Cessusc*, n. 2, jan./jun. 2007.
- REGATIERI, Ricardo P. *Negatividade e ruptura: configurações da crítica de Robert Kurz*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.
- SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia clássica: Durkheim, Weber e Marx*. Itajaí: Vozes, 2011.
- SILVA, Antonio Carlos da; CAVALCANTI, Vanessa. Diálogos abertos e teoria crítica: por uma “aventura” emancipatória. *Revista Dialética*, v. 6, a. 5, p. 66-78, jun. 2015.
- SOUSA, Tomás Bastian de. *Política e direitos humanos em Marx: da questão judaica à ideologia alemã*. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- TONET, Ivo. Cidadania ou emancipação humana. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 44, jan. 2005.
- ZIZEK, Slavoj. Contra os direitos humanos. *Mediações*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 11-29, jan./jun. 2010.

FRONTEIRA: Trânsitos, Sentos e Dissensos Compartilhados

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10823>

Recebido em: 25/5/2020

Aceito em: 18/11/2020

José Antônio Peres Gediél

Universidade Federal do Paraná – Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba/PR, Brasil.

Fernando Cesar Mendes Barbosa

Autor correspondente. Universidade Federal da Integração Latino-Americana – Corregedoria Seccional da Unila. Av. Sílvio Américo Sasdelli, 1842 – Vila Residencial A. Foz do Iguaçu/PR, Brasil. CEP 85866-000. <http://lattes.cnpq.br/8126918920140047>. <https://orcid.org/0000-0002-3942-042X>. fernandocesarmb@gmail.com

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o modo como as fronteiras são conceituadas pelas diversas áreas do conhecimento e pelo Direito estatal. A pesquisa bibliográfica exploratória permite aproximar abordagens que concebem a fronteira não apenas como uma questão teórica ou metodológica, mas como uma realidade construída historicamente e socialmente significada e ressignificada por seus habitantes. Discute os efeitos que as ações do Estado causam sobre a compreensão dos habitantes a respeito da sua própria região e atividades. Examina as singularidades dos trânsitos fronteiriços que ocorrem na região da fronteira trinacional, formada pelo Brasil, pela Argentina e pelo Paraguai. Conclui, apontando para a necessidade de a fronteira ser tomada como território fronteiriço com dinâmicas sociais específicas e ações estatais que a reconheçam na sua especificidade e complexidade.

Palavras-chave: Fronteira; mobilidade humana; pluralidades conceituais; controle estatal.

BORDERS: SHARED TRANSITS, SENSES AND DISSENTS

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze how borders are conceptualized by different areas of knowledge and in the Brazilian Federal law. Exploratory bibliographical research allows to approximate perspectives that conceive borders not only as a theoretical or methodological question, but as a reality that has been historically constructed and socially signified and resignified by its inhabitants. This article discusses the effects of State actions on the inhabitants' understanding of their region and activities. It examines the peculiarities of border transits in the tri-national border region formed by Brazil, Argentina, and Paraguay. It concludes by emphasizing the need for this border to be treated as a border territory that has specific social dynamics and that requires State actions to recognize its specificity and complexity.

Keywords: Borders; human mobility; conceptual pluralities; state control.

1 INTRODUÇÃO

A palavra fronteira, embora polissêmica, tem no cerne de seus sentidos a noção de limites. Esses limites, no caso de Estados-Nação, foram definidos na modernidade por uma perspectiva de território, governo ou jurisdição, e não necessariamente de povos, culturas e línguas. Essa perspectiva vem sendo orientada por ideologias nacionalistas em torno de comunidades imaginadas (ANDERSON, 2008).

Conceber a fronteira como limite significou e significa, por um lado, tensões e conflitos, porque culturas e línguas poucas vezes se identificam como uma comunidade em termos de Estado-Nação, uma vez que são agrupadas, juridicamente, em conformidade com um território nacional, sob um determinado domínio político. Por outro lado, é também o lugar que coloca a noção de Estado-Nação em discussão, pois o Estado marca sua força e seu poder por meio de leis e práticas que, omissivas ou comissivas, nem sempre encontram ressonâncias nas dinâmicas sociais e culturais da fronteira.

Para dar conta da complexidade que permeia esses conceitos e situações, o artigo procura descrever, inicialmente, o modo pelo qual as fronteiras são percebidas por vários ramos da Ciência, para, em seguida, destacar que a noção de fronteira não constitui apenas uma questão teórica ou metodológica, mas também política. Cada uma das formas de análise ou investigação da fronteira guarda em si formas distintas de apreender e compreender o espaço e a própria realidade fronteiriça.

Nessa mesma direção, o tema escolhido também visa a demonstrar como a forma de compreender a fronteira aponta para a centralidade de ações estatais que incidem nessas regiões, por meio de políticas coordenadas ou ações isoladas que pretendem, em alguma medida, definir, consolidar, alterar ou controlar a fronteira. O problema que se coloca ao se examinar a ação do Estado nessa região é a incidência de ações que operam com registros de controle diferenciados para as atividades comerciais e para o trânsito de pessoas, aspectos que estão imbricados na mobilidade humana.

Esses aspectos indicam a necessidade de intensificação de diálogo entre Estados, que apontem para a construção de políticas públicas que levem em consideração as especificidades da região e as atividades desenvolvidas por seus habitantes (MOURA; CARDOSO, 2014). A variabilidade nos modos de agir do Estado em relação a cada área de fronteira revela a existência de paradoxos na ação estatal e cria tensões implicadas diretamente na vida de diferentes grupos sociais que se movem constantemente pela (e na) fronteira.

Por tais razões, constitui a opção metodológica deste estudo abordar as compreensões sobre a fronteira, a partir da ótica do Estado-Nação, e a partir da ótica da própria fronteira, levando em consideração o trânsito de residentes fronteiriços que, diariamente, se movimentam nessa região e que se opõem, em sua ação cotidiana, à delimitação da fronteira legalmente demarcada e controlada. Nesse cercamento territorial estatal, diante da movimentação transfronteiriça de populações, esboçam-se, de maneira fluída e por vezes imperceptível, “espaços vazios” (ALBUQUERQUE, 2009) de poder estatal.

Toma-se como base argumentativa e interpretativa os espaços vazios entre a particularidade da região de fronteira trinacional, Brasil, Argentina e Paraguai, dada a excepcionalidade das suas condições históricas, sociais, culturais, simbólicas e políticas, que desafiam os institutos jurídico-normativos e as políticas pensadas para a fronteira com a finalidade de regulamentar e controlar a atividade das populações e o trânsito de mercadorias e serviços.

Para o desenvolvimento da análise proposta, o artigo está organizado em três seções: na primeira são estudadas as formas de compreender a fronteira e possíveis implicações dessas compreensões; na segunda seção apresenta-se uma descrição de ações do Estado e sua relação com as dinâmicas sociais da fronteira; na terceira são apresentadas singularidades dos trânsitos fronteiriços que têm lugar na região de fronteira trinacional, formada pelo Brasil, pela Argentina e pelo Paraguai, no encontro das cidades de Foz do Iguaçu, *Puerto Iguazú* e *Ciudad Del Este*, respectivamente.

2 A FRONTEIRA COMO QUESTÃO TEÓRICA

Tomar a fronteira como objeto de pesquisa significa debruçar-se sobre um tema que constantemente – e mais recentemente – tem despertado a atenção de pesquisadores das mais variadas áreas do conhecimento. Em que pese o fato de a fronteira, como objeto de pesquisa, não ser necessariamente um tema contem-

porâneo ou novo, trata-se de um tema que se atualiza, na mesma medida em que as dinâmicas sociais que constituem esse território se atualizam.

É nesse sentido que são desenvolvidas pesquisas em diversas áreas da Ciência na fronteira e sobre a fronteira, como Albuquerque (2009, 2010), Cardin (2011, 2015), Cardin e Albuquerque (2018), Catta (2002, 2009, 2011) nas Ciências Sociais; Carneiro (2017), Farina (2015), Slomp (2014), Barbosa (2016, 2018) no Direito; Lima (2011), Nascimento (2010) na Geografia; Da Silva; Pires-Santos; Jung (2016) na Linguística; Rabossi (2011, 2019), Silva (2011, 2012) na Antropologia, entre outras que, em comum, investigam os diversos elementos que constituem as regiões fronteiriças.

Metodologicamente, neste artigo lança-se mão de pesquisa exploratória de trabalhos e investigações sobre (e em) fronteiras que o cientista social Eric Gustavo Cardin (2011, 2015) têm desenvolvido na região da fronteira trinacional. Outros autores de diversas áreas são revisitados para ampliar o debate, no que se refere a questões comuns ao tratamento que o Estado dispensa a áreas fronteiriças.

Albuquerque e Cardin (2018) destacam que, até o início do século 20 as pesquisas realizadas na Sociologia compreendiam a fronteira como um objeto circunstancial ou secundário, ou seja, a fronteira não era tomada como um objeto teórico. Nesse sentido, outros autores consideram que a região de fronteira ocupava lugar nas pesquisas das Ciências Sociais para pensar as relações entre uma região e “frentes de expansão/colonização, zonas de contato/conflito, relações entre identidade e diferença” (p. 117).

Embora as pesquisas relacionadas à fronteira tenham apresentado essa característica mais delimitadora ou limitadora, o fato é que mais recentemente se reconhece que a fronteira tem se transformado em um grande espaço de articulação e de diálogo entre grandes temas de pesquisa (CARDIN; ALBUQUERQUE, 2018). Para além disso, o que se propõe é “[...] questionar permanentemente as perspectivas de ‘redução’ da fronteira a limites políticos-jurídicos, a controles migratórios ou a um problema de segurança nacional ou regional associado ao tráfico ou/e ao terrorismo” (CARDIN; ALBUQUERQUE, 2018, p. 119).

Essa discussão procura, por um lado, compreender as diversas possibilidades de temas de pesquisa que emergem em uma região de fronteira – o que, por si só, revela as diversidades presentes nas singularidades dessa região. Por outro, identifica a necessidade de deslocar formas de compreensão da fronteira que a reduzem a temas ou problemas limitadores de sua potencialidade e de suas características mais essenciais, por exemplo, um espaço de diversidades culturais, étnicas, linguísticas e legais, uma vez que se trata de uma região em que há constante diálogo entre os Estados e seu conjunto jurídico-normativo.

Correndo o risco de relativizar a concepção de fronteira subjacente a essa ideia, equivaleria dizer que se trata, na verdade, de contrapor, mas não opor, a compreensão dessa região a partir de seus problemas à noção de um espaço como território fronteiriço, historicamente construído e socialmente significado pelas pessoas que nele habitam, constituindo, na verdade, “uma linha material ou imaginária, historicamente institucionalizada, que se esmaece diante da interação na produção/construção real do espaço” (MOURA; CARDO-SO, 2014, p. 265).

Exemplificativamente, quando considerada a fronteira trinacional em análise, o que se tem verificado é que muitos saberes e práticas que são atribuídos a essa região relacionam-se a uma construção que é pretérita, ou seja, há muito tempo argentinos, paraguaios e brasileiros atribuem significados e constroem esse território, criado anteriormente à delimitação oficial dos três Estados. Por exemplo, nas relações de trabalho de argentinos, brasileiros e paraguaios, no sistema de produção conhecido como *obrages*¹ (WACHOWICZ, 1987), atribuem um significado especial a essas atividades compartilhadas nos três países.

A história e a localização geográfica das cidades de Foz do Iguaçu, de *Ciudad Del Este* e de *Puerto Iguazú* sinalizam para a necessidade de essa região de fronteira ser pensada coletivamente, pelas cidades que a compõem, a partir das relações e das dinâmicas sociais que se estabelecem nesse espaço, por meio dos cidadãos que nela residem e lhe atribuem significados, de maneira que “as fronteiras e os limites refletem e propiciam

¹ Constituía-se em um sistema no qual fazendas recrutavam empregados para trabalharem em campos de extração de erva-mate e madeira. A posse da maior parte dessas fazendas estava concentrada nas mãos de proprietários argentinos, segundo Wachowicz (1987, p. 47-48).

interdependências e dinâmicas inter-relacionais que extrapolam a formalidade, em ações capazes de suplantar – de forma legal ou não – as barreiras de sua existência” (CARDOSO; MOURA, 2012, p. 206).

Esses cidadãos são de várias nacionalidades e, ainda que a maioria seja da Argentina, do Brasil e do Paraguai, tanto no passado quanto no presente, outras nacionalidades somam-se a essas e contribuem para configurar essa região, como é o caso de cidadãos de origem asiática e de diversos grupos árabes, presentes na região (SILVA, 2011).

Compreender, hoje, a fronteira real, formada por esses três países que guardam entre suas histórias fatos comuns às suas origens, à sua formação e à sua constituição, implica, necessariamente, considerar a relevância dos fatos ocorridos nesse espaço geográfico construído historicamente. Afinal, remetemo-nos a uma região cuja titularidade dos Estados-Nação pertence ao povo argentino, ao povo paraguaio e ao povo brasileiro. Nesse sentido, Farina destaca a região como um espaço de construção de uma identidade própria que decorre “das relações que se estabelecem ao longo do tempo, historicamente construídas pelos sujeitos que compartilham a vida em sociedade na fronteira” (2015, p. 24).

Essa identidade própria da fronteira trinacional, para Luiz Eduardo Pena Catta (2011), deve-se, substancialmente, ao fato de ser resultado de um processo mais demorado de ocupação e de desenvolvimento, diferenciando-a de outras regiões do país, sobretudo porque inicialmente não contou com o investimento de recursos ou com interesses governamentais.

Além disso, para esse autor, um processo de ocupação mais efetiva teve início no ano de 1965, com a conclusão da Ponte Internacional da Amizade, no Rio Paraná, aproximando o Brasil e o Paraguai, e com a inauguração da BR-277, em 1970, facilitando o tráfego entre Foz do Iguaçu e Curitiba. É a partir desses marcos que Foz do Iguaçu tem seu desenvolvimento acelerado e seu comércio intensificado, principalmente com *Ciudad del Este*, no Paraguai.

Nessa perspectiva, inevitavelmente, destacam-se, também, as alterações socioeconômicas em virtude da construção da Hidrelétrica de Itaipu, responsável pela reconfiguração da região, antes, durante e depois da conclusão das obras. Se a construção da hidrelétrica significou um grande aumento populacional e uma reconfiguração do cenário socioeconômico à época, seu término também deixou marcas profundas na definição de elementos importantes para a redefinição da cidade e de toda a região, especialmente nas relações de trabalho e nos processos de segregação² do espaço urbano, decorrente das “Vilas de Itaipu³”.

Em que pesem as influências do processo de formação da cidade de Foz do Iguaçu estarem diretamente relacionadas aos investimentos brasileiros em áreas de infraestrutura, as narrativas a respeito da formação e da consolidação dessa região de fronteira mostram como a cidade de Foz do Iguaçu também teve sua configuração alterada em razão de mecanismos políticos e de alterações econômicas, como a passagem do sistema de *obrages* para as madeireiras e empresas de erva-mate nacionais, para a atividade de comércio internacional, que persiste até os dias de hoje.

Para além disso, é necessário reconhecer que essa fronteira possui particularidades que correspondem não apenas ao seu processo de construção, impulsionado pelo poder público e pelos interesses que moviam atividades econômicas mais relevantes. Ela se constitui, sobremaneira, pelo trânsito das pessoas que vivem em um e em outro lado dos limites oficiais e é esse trânsito diário que permite pensar na existência de um espaço que não é necessariamente brasileiro, argentino ou paraguaio, mas um espaço fronteiriço trinacional. Nesse sentido, “essa incessante mobilidade torna a faixa de fronteira um espaço contínuo, produzido pelas estratégias de sobrevivência e interação cotidianas de seus povos, fragmentado e carente quanto a políticas e práticas de integração” (CARDOSO; MOURA, 2012, p. 218).

² Para maiores informações a respeito da segregação socioeconômica e espacial causadas pela construção da Hidrelétrica de Itaipu, remetemos à leitura do trabalho de: SOTUYOU, Patrícia Claudia Godoy. *Segregação urbana: estudo de caso das vilas de Itaipu*. Florianópolis, 1998; 150 p.

³ As Vilas de Itaipu foram conjuntos habitacionais construídos para abrigar os funcionários que trabalhavam na construção da Usina Hidrelétrica de Itaipu e aqueles que também seriam responsáveis pelo seu funcionamento. Foram construídas três vilas: A, B e C, destinadas aos barrageiros (responsáveis pela construção da barragem), aos funcionários de nível médio e técnico e aos funcionários de funções mais elevadas dentro da Usina, respectivamente. Inicialmente, todas as Vilas de Itaipu – embora estivessem localizadas no município de Foz do Iguaçu – eram totalmente independentes da administração municipal (Aranha, 2013).

A centralidade da importância dessa discussão inicial sobre fronteira trinacional, e seus processos de constituição e construção, contrapõe-se à concepção da fronteira somente como uma faixa ou como limite definidor de um território. Para isso é necessário pressupor que os elementos caracterizadores desse espaço são as tensões desiguais entre as forças, que também podem ser os Estados, e toda a sorte de controle político, econômico e jurídico, que tentam permear e orientar as relações que ali são estabelecidas.

Compreender a fronteira como uma faixa ou como limite definidor de um território significa examiná-la a partir da adoção ou do estabelecimento de elementos externos, sem considerar suas especificidades sociais, econômicas e, sobretudo, históricas. Tal redução de sentidos tampouco permitiria uma aproximação desse espaço com elementos que revelam sua identidade e as redes de sociabilidade que têm sido construídas ao longo dos séculos. É por isso que se torna fundamental compreender a fronteira como “territórios de oportunidades, de trânsitos, de intercâmbio cultural e de expressões identitárias” (CARDIN; ALBUQUERQUE, 2018, p. 119) e não apenas como limites geopolíticos que separam um lado do outro da fronteira.

3 AÇÕES DE ESTADO E MOBILIDADE FRONTEIRIÇA: DISSENSOS E AMBIVALÊNCIAS

O risco de abordagens reducionistas sobre as fronteiras pode resultar em uma visão unilateral de um mesmo objeto, desconsiderando todas as “potencialidades” (CARDIN; ALBUQUERQUE, 2018, p. 119). A adoção de perspectiva teórica distinta permite valorizar o que acontece no intervalo entre a forma como a atuação estatal concebe a fronteira e os significados que a ela são diariamente atribuídos, seja por aqueles que todos os dias por ela transitam para trabalhar, ou para ter acesso a direitos sociais como saúde e educação, seja por aqueles que se deslocam para atividades de comércio. São trânsitos que apontam para “a busca pela realização de direitos que se confundem entre os lados da fronteira, muitas vezes dificultados pelos obstáculos de políticas de controle inadequadas” (CARDOSO; MOURA, 2012, p. 218).

O trânsito transfronteiriço escapa do controle absoluto dos poderes estatais dos países e instaura um vazio de poder que leva os Estados a considerarem a fronteira como um território que precisa, necessariamente, ser controlado, permitindo que se justifique esse controle por questões estratégicas de defesa nacional e pela necessidade de prevenção ou diminuição da violência.

As atividades relacionadas ao controle das regiões de fronteira têm sido utilizadas com finalidades específicas por serem consideradas áreas em que há grande incidência de criminalidade. A cooperação internacional que não ocorre em relação à melhoria das condições de vida das populações fronteiriças verifica-se de maneira efetiva na questão de ações de controle migratório e de trânsitos fronteiriços.

Com essa finalidade, o Decreto nº 7.496, de 8 de junho de 2011 – instituiu o Plano Estratégico de Fronteiras, revogado pelo Decreto 8.903, de 16 de novembro de 2016, que institui o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras e organiza a atuação de unidades da administração pública federal para sua execução. Ambos os institutos preveem como finalidade “o fortalecimento da prevenção, do controle, da fiscalização e da repressão aos delitos transfronteiriços” (BRASIL, 2011).

É a partir do Plano Estratégico de Fronteiras que o Ministério da Justiça instituiu a Estratégia Nacional de Fronteiras – Enafron⁴ – que se pôs em execução um conjunto de ações do governo federal – em cooperação com outras esferas de governo – para tornar as forças policiais presentes nas regiões de fronteira e, com isso, atuar na repressão a crimes que supostamente acontecem nesse espaço fronteiriço, notadamente crimes relacionados ao tráfico de drogas, de armas de fogo, contrabando e descaminho e crimes ambientais.

Nesse mesmo sentido, o artigo 2º do Programa de Proteção Integrada de Fronteiras estabelece como uma de suas diretrizes: “a atuação integrada e coordenada dos órgãos de segurança pública, dos órgãos de inteligência, da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda e do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas, nos termos da legislação vigente”, ao passo que o artigo 3º do mesmo Programa apresenta como objetivo: “integrar e articular ações de segurança pública da União, de inteligência, de controle aduanei-

⁴ NEVES, Alex Jorge *et al.* (Orgs.) *Segurança pública nas fronteiras, diagnóstico socioeconômico e demográfico: estratégia nacional de segurança pública nas fronteiras (Enafron)*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016.

ro e das Forças Armadas com as ações dos Estados e Municípios situados na faixa de fronteira, incluídas suas águas interiores, e na costa marítima” (BRASIL, 2016b).

A própria ideia de criminalidade ou de repreensão à atividade delitiva na fronteira, no entanto, adquire contornos bastante diferentes se comparada com a prática de crimes análogos em outras regiões do país. A atividade criminal e, em certa medida, a própria “atividade estatal” tentando “controlar” essas práticas, seja por meio da prevenção quanto por meio da repreensão, assume contornos diferentes nessa região, fazendo com que conceitos como lícito e ilícito, legal e ilegal, contrabando e descaminho, assumam linhas tênues e ambíguas entre si (CARDIN, 2015; SILVA, 2011, 2012).

Essa ambiguidade das ações de controle do Estado em relação às atividades e dinâmicas sociais na fronteira trinacional também foi investigada por meio da análise das relações de trabalho, que se verificam no “circuito sacoleiro,⁵” no âmbito do qual “o bem e o mal, o ético e o antiético, o moral e o imoral, o legal e o ilegal parecem não mais reconhecerem suas definições e suas possibilidades. Os limites que separam essas diferentes definições tornam-se fluidos” (CARDIN, 2015, p. 67-68).

Essas relações antagonicas são analisadas a partir da própria estrutura interna do circuito sacoleiro, no qual há funções e papéis muito bem definidos, pois cada integrante sabe exatamente quais são suas atribuições, suas prerrogativas e os limites de cada uma dessas funções.⁶ Assim, aponta-se para a possibilidade de duas análises: uma especificamente relacionada aos trabalhadores integrantes do circuito, responsáveis pelo transporte de mercadorias, que retiram dessa atividade, de natureza laboral, sua subsistência, e a outra relacionada àquelas atividades de transporte de mercadorias que não se constituem tão somente em meios de sobrevivência, mas em atividades de oportunistas e criminosos.

Essas atividades também permitem identificar o tratamento dúbio que lhes é conferido pelo Estado, ao definir ou distinguir o lícito do ilícito, o legal do ilegal, e ao embaralhar tipos penais menos graves com os de maior gravidade, desconsiderando que as práticas sociais realizadas pelos integrantes do circuito sacoleiro são atividades laborais, que se relacionam diretamente a meios de subsistência que, inclusive, em muitos casos, são a única opção para alguns dos trabalhadores.

Tal situação divergiria bastante daquelas percebidas pelas atividades de contrabando de expressivas quantidades de mercadorias, nas quais estaria presente um interesse maior: a expansão do capital, razão pela qual essas forças denominadas legal e ilegal estão em permanente conflito e são constantemente ressignificadas nessa região de fronteira (CARDIN, 2015).

Essas dinâmicas estabelecidas nas áreas adjacentes da Ponte da Amizade, e mais especificamente nas margens do Rio Paraná, deixam claras as proximidades e os conflitos que historicamente têm ocorrido nesse espaço. As relações socioeconômicas da região são construídas a partir do próprio espaço físico da fronteira, como um dos elementos que favorece o livre trânsito de pessoas, sobretudo o de brasileiros para e no Paraguai, e o de paraguaios para e no Brasil. Depreende-se daí que as dinâmicas desse espaço são alteradas, seja por atuação do Estado ou por alterações no interior dos sistemas ou circuitos nela estabelecidos, nos quais as dinâmicas sociais e econômicas também são reconfiguradas.

Destaca-se que, quase sempre, essas relações desenvolvidas na região de fronteira são compreendidas – se é que chegam a ser – com uma certa ressalva quanto à sua legalidade, ou melhor, ilegalidade, dentro dos modelos fiscal e jurídico vigentes (CARDIN, 2015, p. 107). Assim, as atividades laborais estabelecidas nessa região constituem trabalho não pelo estabelecimento de vínculos formais de emprego, mas como resultado de transformações políticas, econômicas e migratórias. Essas atividades “movem-se ao (di) sabor de quem transita, sob uma dialética de ambiguidades – de fim e de início, de legal e de ilegal – que se manifesta em um mesmo espaço transitório, em que existe e inexistente o pertencimento”. (CARDOSO; MOURA, 2012, p. 219).

⁵ Eric Gustavo Cardin define “o circuito sacoleiro como as relações entre os diferentes sujeitos sociais responsáveis pelo percurso trilhado pelas mercadorias disponibilizadas no mercado paraguaio e que entram no Brasil de forma ilegal” (2015, p. 223).

⁶ Cardin (2015, p. 72) apresenta algumas das funções que constituem o circuito sacoleiro: vendedores ambulantes no Brasil; vendedores fixos em lojas no Paraguai; laranjas; sacoleiros; cigarreiros; agenciador; freteiro; barqueiro; carregador; batedor; proprietário de porto.

As alterações econômicas e políticas na região têm sua base de sustentação nas ações desenvolvidas pelo governo brasileiro para conter o transporte de mercadorias e no aumento “do número de trabalhadores que necessitam desenvolver atividades subterrâneas para sobreviver” (CARDIN, 2015, p. 125), mas se aproveitam, sobretudo, das grandes diferenças tributárias, políticas e econômicas praticadas pelo Brasil e pelo Paraguai. As grandes desigualdades entre os dois Estados agem como sustentáculos para relações de trabalho consideradas ilegais.

Há uma lógica que, muitas vezes, é invertida, quando se constata que todos esses obstáculos, ou que todo esse conjunto de esforços para dificultar a prática das atividades desses trabalhadores nessa região opõe-se à flexibilização ou à ausência de fronteiras fiscais para a instalação de parques industriais. Nessa direção, destaca-se que para a expansão do capital ou para o incentivo a práticas comerciais consideradas oficiais, a fronteira torna-se mais flexível do que para as relações de trabalho que têm lugar no interior do circuito sacoleiro (CARDIN, 2015, p. 207-208).

Além disso, observa-se, de outra maneira, a demarcação das relações de ambivalência estabelecidas nessa região. Em entrevista realizada por Eric Gustavo Cardin (2015) com *Sandra*, uma ex-integrante do circuito sacoleiro, que comenta as atividades desempenhadas durante três anos, no transporte de mercadorias de *Ciudad Del Este* para Foz do Iguaçu e relata que “[...] tinha um federal que mandava carta para falar quando eu deveria passar. Então ele olhava minha bagagem e não tomava nada, assim eu ganhava meu dinheirinho” (p. 96).

Não se trata aqui de detalhar em minúcias as práticas de trabalho dos agentes públicos, no caso exemplificado anteriormente, da Polícia Federal, que trabalham na região de fronteira. Tampouco cabe analisar sua legalidade ou existência atual dessas práticas, pois este não é o objetivo deste trabalho. O que se objetiva com a transcrição do depoimento de *Sandra* é mostrar que também na fronteira trinacional há sistemas que funcionam e se fortalecem por meio do silêncio e da cumplicidade (CARDIN, 2015). Silêncio e cumplicidade colaboram diretamente para a construção e para o fortalecimento de invisibilidades na fronteira trinacional e agem na manutenção de desigualdades e da exclusão social dessa categoria de trabalhadores, são “diferenças sociais tornadas naturais e legítimas, sob o véu mascarador da pretensa igualdade e universalidade que habita a noção de dignidade” (SOUZA, 2003, p. 66).

Nesse sentido, materializa-se verdadeira dissonância entre as práticas de controle na região de fronteira e o que de fato mostram as dinâmicas das relações sociais que têm sido construídas social e historicamente, de forma que “a linha delimitadora dos Estados não interrompe as práticas do local” (KLEINSCHMITT, 2016, p. 47). A esse respeito, outras práticas de controle têm ganhado espaço na fronteira trinacional, por meios pelos quais esse hiato entre o que propõem as ações de controle e o que de fato mostra a realidade da fronteira permanece e se intensifica.

Especificamente em relação à cidade de Foz do Iguaçu, algumas ações levadas a cabo nas últimas décadas, a partir de 1990, alteraram significativamente o espaço urbano, e podem inclusive ter promovido alterações nos índices criminalidade e letalidade registrados na cidade. Assim,

a primeira política foi o projeto “Beira Rio”, que promoveu a remoção das favelas que estavam nas barrancas do Rio Paraná [...]. A segunda política adotada no lado brasileiro foi a intensificação das forças de segurança para coibir o “circuito sacoleiro”. A terceira política de controle está em desenvolvimento e diz respeito ao projeto “Beira Foz”, que ganhou apoio da Itaipu Binacional e dos governos estadual e federal (KLEINSCHMITT, 2016, p. 40).

Em síntese, a análise⁷ dessas políticas revela que à medida que a primeira ação de controle foi adotada, ou seja, houve a revitalização da avenida Beira Rio, com a remoção de todas as famílias que moravam nas favelas da região, também houve aumento no número de mortes na cidade de Foz do Iguaçu, entre os anos de 1998 e 2006.

⁷ Os dados e informações referentes à relação entre violência, letalidade e criminalidade na fronteira trinacional, utilizados neste trabalho têm como fonte de informação a pesquisa realizada por Sandra Cristina Kleinschmitt. Para acesso a mais informações sobre sua pesquisa, remetemos à leitura de seu trabalho: KLEINSCHMITT, Sandra Cristina. *As mortes violentas e as políticas de controle na Tríplice Fronteira*. Tempo da Ciência. Toledo, v. 23. n. 46, 2016. p. 40-59.

A segunda ação de controle instaurada na cidade, que primava pelo aumento da força policial na região para coibir ou diminuir as atividades realizadas no âmbito do circuito sacoleiro, alterou muitas das atividades consideradas ilícitas na cidade e diminuiu as taxas de letalidade em Foz do Iguaçu. As atividades ilícitas, no entanto, migraram e aumentaram em outras cidades da região.

Por fim, a terceira política de controle, que ainda está em andamento, é o Projeto Beira Foz, uma iniciativa pública e privada que pretende, por meio de projetos nas áreas econômica, ambiental, social, infraestrutura, entre outras, alterar o espaço urbano junto as margens dos Rios Paraná e Iguaçu.

Os dados revelam ainda que, por um lado, as ações de controle efetivadas pelo Estado não atingem os resultados esperados. Contrariamente, o que se depreende é que essas ações são instituídas em total descon sideração com aspectos importantes da fronteira trinacional, por exemplo, a constituição e a vida de famílias inteiras que residem na região e dependem, em muitos casos, exclusivamente, de atividades de comércio, muitas vezes criminalizadas, sem que se apresentem outras alternativas para essas pessoas. Essa situação também se verifica no caso de remoção das favelas para reconfiguração do espaço urbano, resultando em um aumento na taxa de letalidade, sobretudo na região de destino das pessoas que viviam nesses locais.

Por outro lado, em relação à intensificação da força policial na região fronteiriça, segunda política mencionada por Kleinschmitt (2016), constatou-se que houve diminuição na taxa de letalidade em Foz do Iguaçu. Essa redução, no entanto, aponta para uma verdadeira migração de práticas ilícitas para outros municípios da região: “O controle resultou na diminuição das taxas de letalidade em Foz do Iguaçu, em detrimento da difusão e do aumento das práticas ilícitas e das letalidades nos municípios vizinhos” (KLEINSCHMITT, 2016, p. 50).

Essa análise evidencia o descompasso entre ações estatais que objetivam controlar práticas ilícitas que têm espaço na região de fronteira e o que de fato tem constituído essa região. Não se trata de discutir o mérito de uma ou outra atividade considerada ilícita, no entanto é mais do que necessário que ações como as perpetradas pelo Estado e analisadas por Kleinschmitt (2016) sejam pensadas em compasso com o que existe na região, ou seja, nem todas as dinâmicas sociais presentes na região de fronteira podem ser meramente classificadas como atividades ilícitas. Há vida e há trabalho permeando essas relações.

Essas análises que buscam tornar visíveis o entrelaçamento entre a criminalidade e a letalidade com políticas de controle, e que acabam por embaralhar a ideia de lícito e ilícito, apontam para os meandros da extensão do conceito de licitude e se entrelaçam com a vida e o trabalho de muitas pessoas pertencentes a esse território fronteiriço.

4 TRÂNSITOS FRONTEIRIÇOS E SUAS SINGULARIDADES

As ambiguidades dessa região não traduzem apenas as relações de trabalho e seus efeitos, pois os trânsitos fronteiriços também constituem uma das características socioculturais desse espaço, materializadas por práticas ambíguas de controle que, ora os enrijecem, ora os tornam flexíveis, de forma que “os limites e o controle fronteiriço são acionados segundo conjunturas” (MOURA; CARDOSO, 2014, p. 266).

Equivocadamente, atribui-se apenas ao processo de globalização da economia a intensificação dos trânsitos fronteiriços ou até mesmo sua existência (SOUZA, 2003, p. 17). Nesse processo, segundo essa análise, há uma suposta intensificação da mobilidade que se tornaria ilimitada. Entre as razões principais – mas não exclusivas – encontra-se o aumento e a manutenção da desigualdade socioeconômica entre os povos, decorrentes de interesses públicos e privados que buscam êxitos comerciais, industriais, agrícolas e cambiais, em detrimento da criação ou do fortalecimento de condições capazes de oferecer uma vida menos desigual e com dignidade aos cidadãos dos países da fronteira trinacional.

Embora os efeitos desse processo possam ser mais perceptíveis em fluxos migratórios transnacionais – aqui compreendidos como aqueles que necessariamente conduzem cidadãos de um país a outro – as mobilidades transfronteiriças, diretamente, respondem às grandes diferenças socioeconômicas entre os três países.

Essas desigualdades, além de intensificarem o trânsito de pessoas, também apontam para uma forma específica de movimentação, a de cidadãos que, apesar de não deixarem seu país para fixar residência em outro, vivem e se movimentam pelas fronteiras. Essa movimentação (trânsito transfronteiriço) muitas vezes,

é equiparada a um processo migratório com todas as características de entrada e saída de um país que esse processo envolve.

Assim, por exemplo, quando cidadãos brasileiros que residem em Foz do Iguaçu cruzam a fronteira do Brasil para trabalhar ou fazer compras na cidade de *Puerto Iguazú*, na Argentina, sua passagem é condicionada ao registro de entrada e saída naquele país. Essa situação é bastante diferente da que ocorre com a cidade paraguaia de *Ciudad Del Este*, na qual não há controle migratório algum para os cidadãos brasileiros que se destinam àquela cidade. É também o que ocorre no lado brasileiro da fronteira, tanto para os cidadãos argentinos quanto para os paraguaios que entram no Brasil pelas cidades de *Puerto Iguazú* e de *Ciudad Del Este*, onde atualmente não há controle migratório algum.

Uma das tentativas para regulamentar os fluxos migratórios com vistas ao trabalho e à residência, no âmbito do Mercosul, resultou no Acordo sobre residência para nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul – Bolívia e Chile. A assinatura do Acordo ocorreu em dezembro de 2002, durante a XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, em Brasília, cuja promulgação no Brasil, deu-se por meio do Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009. Esse Acordo trata da possibilidade de o nacional de um Estado-Parte poder residir legalmente no território de outro Estado-Parte, mediante o cumprimento de alguns requisitos, que têm na nacionalidade um elemento importante, que deverá ser demonstrado para que a concessão de residência em um determinado Estado seja deferida. Dessa maneira,

se por um lado há, no campo dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, forte proteção jurídica àqueles que migram, por outro lado, há nas normas de direito nacional uma espécie de vinculação entre a nacionalidade dos sujeitos de direitos e o acesso a direitos (GEDIEL, 2017, p. 469).

Reconhece-se por meio do Acordo que “a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na região é essencial para a consecução desses objetivos” (BRASIL, 2009). O que se visualiza não é a instalação de uma política que favoreça a movimentação de pessoas entre os Estados que compõem o Mercosul, mas a adoção de uma política que atenda aos interesses do Bloco, o que pode apontar para mobilidades como instrumentos para o alcance de outros fins. Em matéria de mobilidade humana, no entanto, o objetivo é maior e se materializa no reconhecimento do direito à migração (OBERMAN, 2016), como uma característica que precisa ser fortalecida para que a própria integração latino-americana o seja.

Outro marco jurídico-normativo bastante importante para a compreensão das relações que se estabelecem na região da fronteira, mais especificamente na fronteira entre o Brasil e a Argentina, com as cidades de Foz do Iguaçu e *Puerto Iguazú*, é o Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas,⁸ firmado pela República Argentina e pelo Brasil, em 30 de novembro de 2005, em *Puerto Iguazú*. Apesar de ter sido firmado em 2005, foi promulgado pelo Brasil apenas em 2016, por meio do Decreto nº 8.636, de 13 de janeiro de 2016.

Os dois Estados têm a expectativa de que o Acordo se constitua em uma ferramenta que possa “facilitar a convivência das localidades fronteiriças vinculadas e impulsionar sua integração através de um tratamento diferenciado à população em matéria econômica, de trânsito, de regime trabalhista e de acesso aos serviços públicos e de educação” (BRASIL, 2016a).

É reconhecida a necessidade de que a convivência nas localidades que fazem fronteira entre o Brasil e a Argentina, especificamente nas cidades arroladas no Acordo, seja facilitada, por meio de um “tratamento diferenciado” das demais regiões do país. Esse tratamento diferenciado deveria contemplar diversas áreas, entre as quais a econômica, a de movimentação de pessoas nessas regiões, o regime trabalhista e o acesso a serviços públicos e aos de educação.

As motivações apresentadas nesses dois Acordos são importantes, por que reconhecem os fluxos migratórios como um instrumento pela busca e pelo acesso a direitos, e, também, por que tratam da região de fronteira como um espaço “desigual”, no qual o exercício de direitos basilares, como o trabalho, a saúde e a educação, ocorre com características bastante diversas do que acontece no restante do país. Essas motivações

⁸ Para os efeitos desse acordo, são consideradas Localidades Fronteiriças Vinculadas: Foz do Iguaçu –*Puerto Iguazú*; Capanema – *Andresito*; Barracão/Dionísio Cerqueira – *Bernardo de Irigoyen*; Porto Mauá – *Alba Posse*; Porto Xavier – *San Javier*; São Borja – *Santo Tomé*; Itaqui – *Alvear*; Uruguaiana – *Paso de los Libres*; Barra do Quaraí – *Monte Caseros*.

apontam, ainda, para dissonâncias entre o que se propõe nas poucas iniciativas que tentam pensar a mobilidade fronteiriça e as dinâmicas sociais na região.

O artigo 1º do Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas, por exemplo, estabelece a possibilidade de acesso à Carteira de Trânsito Vicinal Fronteiriço a todos os cidadãos que possuam domicílio nas localidades estabelecidas pelo Acordo. Por meio desse documento permite-se que seus titulares detenham vários direitos e prerrogativas, entre os quais se destacam as atividades trabalhistas, a serem realizadas em condição de equiparação com os nacionais, inclusive quanto aos requisitos de formação e exercício da profissão.

O Acordo assegura a esses trabalhadores acesso ao ensino público e atendimento médico por meio do serviço público de saúde, ambos em condições de igualdade com os nacionais e pautados no princípio da reciprocidade, além do acesso aos serviços de comércio e a produtos de subsistência. O prazo de validade da permanência estipulado, inicialmente, em cinco anos, está condicionado à abrangência territorial com suas prerrogativas, registrado na Carteira de Trânsito Vicinal Fronteiriço. Nesse limite territorial o titular está autorizado a exercer seus direitos, exatamente como também dispôs a Lei nº 13.445 (Lei de Migração), de 24 de maio de 2017, no artigo 23, §2º, de forma que “o direito interno de cada país se organiza em torno da soberania exercida sobre o território nacional [...]. A atuação do direito nacional, interno, em relação aos estrangeiros é, em princípio, regulatória e restritiva de direitos já assegurados aos nacionais” (GEDIEL, 2017, p. 468).

A hipótese apresentada na norma anterior é bastante distante daquela apresentada nas pesquisas analisadas neste artigo e também se distancia sobremaneira do intensivo controle fronteiriço de entrada e saída entre as cidades de *Puerto Iguazú* e Foz do Iguaçu, apontando para relações marcadas por ambivalências e ambiguidades que estão além do controle da criminalidade e de práticas ilícitas – como aquelas tipificadas nas ações no âmbito do circuito sacoleiro – mas também estão presentes no controle de quem entra e de quem sai de cada uma das cidades. Aliás, ambivalências que em momentos de pandemia como o atual, causado pelo avanço da Covid-19, tornam-se mais evidentes.

Durante o fechamento da fronteira por força da pandemia, cidadãos argentinos⁹ tiveram sua entrada proibida no país, permanecendo por vários dias na Ponte da Fraternidade entre as cidades de *Puerto Iguazú* e Foz do Iguaçu e cidadãos paraguaios¹⁰ foram retidos na Ponte da Amizade entre Foz do Iguaçu e *Ciudad Del Este*. Em ambos os casos, os acessos foram negados aos nacionais dos respectivos Estados, sob o argumento de questões relacionadas à saúde e à prevenção do vírus. Não apenas o “estrangeiro” passa a ser considerado inimigo, mas também o nacional que pretende retornar.

Basta lembrar que, até recentemente, em matéria de legislação brasileira, os migrantes também eram tratados como “estrangeiros”, como inimigos do Estado (SEYFERTH, 1997), sob a égide do Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 1980), revogado pela Lei de Migração – Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. A racionalidade que permeava a Lei revogada mostrava-se hostil em relação à presença de “estrangeiros” em território nacional, dificultava fluxos migratórios e definia migrantes como verdadeiras ameaças ao país, facilitando a entrada de cidadãos de algumas nacionalidades e dificultando a entrada de outros (SEYFERTH, 1997).

Do ponto de vista normativo, o tratamento dispensado àqueles que não são considerados nacionais¹¹ sofreu profundas alterações quando analisado com os princípios norteadores do instrumento¹² regulador anterior, que tratava da situação jurídica do “estrangeiro” no Brasil. As marcas culturais e institucionais deixadas pelas normas recentemente revogadas continuam vigentes nas práticas dos agentes públicos aduaneiros, das polícias de todos os países vizinhos e são facilmente aprofundadas diante de eventos que colocam em risco o Estado-Nação, suas finalidades constitucionalmente declaradas e interesses nem sempre expressos.

⁹ PARAGUASSU, Lisandra. *Argentinos deixam o Brasil, não podem entrar na Argentina e ficam presos na Ponte da Fraternidade*. Disponível em: <https://www.terra.com.br>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹¹ Além de estabelecer parâmetros ao acesso de cidadãos migrantes no território nacional, a nova Lei também apresenta avanços em relação ao brasileiro que se desloca a outros países, ao estabelecer princípios e diretrizes para uma política pública voltada aos migrantes (BRASIL, 2017b, artigo 77).

¹² BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Discussões como essa passam necessariamente pela consideração de fluxos migratórios e mobilidades fronteiriças como direito. Nesse sentido, ao questionar se existiria um direito humano a migrar,¹³ David Miller (2016, p. 11) destaca que, na verdade, atualmente a prerrogativa de determinar quem deve ser admitido ou não em um Estado tem se tornado um direito amplamente reivindicado pelos Estados.

Além disso, para Miller, esse direito é reforçado pela existência de um conjunto de instrumentos que reafirmam e atualizam permanentemente a ideia de um direito dos Estados em determinar quem são os autorizados a ingressar em seus limites territoriais. Esses instrumentos materializam-se nos controles de fronteira e nas medidas que são adotadas sempre que alguém não preenche as “condições necessárias” para ingresso em um determinado Estado. Segundo Miller, se houvesse um direito à migração todo esse conjunto de instrumentos e prerrogativas, utilizado pelos Estados para determinar quem ingressa ou não em seus limites, seria inaceitável.

Em outra direção, Kieran Oberman (2016, p. 32) considera que “people have a human right to immigrate to other states”.¹⁴ Partindo da premissa de que restrições migratórias agem como limitadores das liberdades individuais, ele destaca que as pessoas têm interesses essenciais (não necessariamente pessoais) que precisam ser defendidos. Para ele, esses interesses estão protegidos por outros direitos humanos que têm aplicabilidade no âmbito interno dos Estados.

Oberman discute a moralidade da qual se revestem os direitos humanos que confere às pessoas o direito a migrar, sobretudo porque os direitos humanos legais são aqueles que a lei prevê e destaca que “no current legal human rights document includes a human right to immigrate”¹⁵ (2016, p. 34). Se não há na lei o reconhecimento da migração como direito, é a moralidade dos direitos humanos que atribui força normativa à sua efetividade. Nesse sentido, os direitos humanos

visam à integração dos migrantes de vários países envolvidos em processos de mobilidade humana, entre territórios regidos por distintas ordens jurídicas nacionais. Sua finalidade é basicamente protetiva e ampliadora de direitos dos estrangeiros em migração. Os direitos humanos e o direito internacional humanitário têm, portanto, finalidades distintas dos direitos nacionais, pois partem de diferentes postulados e contêm elementos decorrentes da acomodação da tradição jurídica romana às necessidades do comércio e da convivência entre povos (GEDIEL, 2017, p. 469).

Nesse viés, além das discussões que compreendem ou não a migração como direito, há inúmeras situações nas quais o elemento volitivo de migrar não está presente. São essas situações que são permanentemente vivenciadas nessa fronteira. São relações marcadas pelas dinâmicas do próprio espaço e que constituem a vida das pessoas que moram na região. A naturalização dessas dinâmicas tem se constituído em verdadeiro desafio aos Estados-nacionais, porque as fronteiras não se resumem a linhas demarcatórias, ao contrário, são verdadeiros espaços dotados de significados socioeconômicos, políticos, culturais, entre tantos outros que qualificam esse espaço como local diverso e intercultural¹⁶ capaz de separar, mas, também, de aproximar Estados e estabelecer relações e conflitos decorrentes dessa aproximação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diversas compreensões que podem ser retiradas das análises sobre a fronteira, sobretudo aquela relacionada aos limites do Estado-Nação, revelam a pluralidade de estratégias e ações estatais capazes de limitar ou ampliar, correlativamente, as mobilidades fronteiriças. Assim, conceber a fronteira de uma ou de

¹³ Para David Miller (2016, p. 11), “a human right to immigrate means, a universal right to cross the borders of any state and remain within them for as long as one chooses”. “Um direito humano a imigrar significa um direito universal de cruzar fronteiras de qualquer Estado e nele permanecer pelo tempo que se desejar” (tradução nossa).

¹⁴ “As pessoas têm direito humano a imigrar a outros Estados” (tradução nossa).

¹⁵ “Os atuais institutos legais sobre direitos humanos não incluem um direito humano a imigrar” (tradução nossa).

¹⁶ Apesar de haver sensíveis diferenças entre os conceitos de multiculturalidade e interculturalidade, não é objeto deste trabalho a análise semântico-terminológica de ambos os termos. Objetiva-se, tão somente, acenar para a compreensão desse espaço como uma realidade na qual inúmeras diversidades dialogam.

outra maneira interfere, diretamente, na formulação e execução dessas ações estatais, ao mesmo tempo que contribui para a construção de dinâmicas sociais constituídas histórica e culturalmente.

Nos espaços existentes entre essas concepções e entre as ações que delas emergem estão verdadeiras bifocalidades, atos e realidades que se constituem em dissonâncias entre as tentativas de compreensão da fronteira como limite de um Estado e a fronteira como campo de possibilidades e tudo o que essas possibilidades significam e carregam em si. Essas dissonâncias, como foi demonstrado, aponta para relações ambíguas que fazem conceitos como legal e ilegal, lícito e ilícito serem aproximados e se tornarem semanticamente polissêmicos.

Por mais que não se trate de transformar o lícito em ilícito ou o ilícito em lícito, a aproximação entre os dois institutos, bem como o espaço e as lacunas erigidas entre ambos revelam que compreender a fronteira apenas como limite territorial é muito mais uma relação arbitrária do que uma relação de adequação ou consideração da região como um território fronteiriço, que se constitui em espaço social com outros significados para a população que ali habita.

Essa relação arbitrária, muitas vezes marcada por controles migratórios, desempenha um papel fundamental na manutenção de desigualdades globais e na limitação da liberdade humana (CARENS, 2013), de maneira que “if a just world had states, they would be states with open borders¹⁷” (p. 287).

São essas inconformidades perpetradas pelas maneiras de compreender a fronteira que se objetivou descrever ao longo deste artigo, sobretudo para demonstrar como uma mesma ação ou atividade pode ser compreendida de mais de uma maneira e que essas compreensões agem diretamente na configuração e na reconfiguração da fronteira trinacional entre Argentina, Brasil e Paraguai.

6 REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, José Lindomar Coelho. A dinâmica das fronteiras: deslocamento e circulação dos “brasiguaios” entre os limites nacionais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 15, n. 31, p. 137-166, jun. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832009000100006. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ALBUQUERQUE, José Lindomar Coelho. *As dinâmicas das fronteiras: os brasiguaios entre o Brasil e o Paraguai*. São Paulo: Anablume, 2010.
- ANDERSON, Benedict R. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ARANHA, Renato Muchiuti. *De conjuntos habitacionais a bairros: a construção e o desmonte das vilas de Itaipu (1974-2012)*. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade do Estado de Santa Catarina, 2013.
- BARBOSA, Fernando Cesar Mendes. Relações entre trabalho, cidadania e dinâmicas sociais em região de fronteira: ponderações sobre uma solução sociojurídica. In: *Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, Franca, SP, v. 20, n. 31, p. 61-81, 2016.
- BARBOSA, Fernando Cesar Mendes. *Trabalhador nas fronteiras: relações de trabalho e cidadania nas dinâmicas sociais da fronteira trinacional*. 2018. 156 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Uenp, Jacarezinho/PR, 2018.
- BRASIL. Decreto n. 350, de 21 de novembro de 1991. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul). Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 nov. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 nov. 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9199.htm. Acesso em: 20 mar. 2020
- BRASIL. Decreto n.º 8.636, de 13 de janeiro de 2016. Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas, firmado em *Puerto Iguazú*, em 30 de novembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 jan. 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8636.htm. Acesso em: 5 mar. 2020.

¹⁷ “Se um mundo justo tivesse Estados, eles seriam Estados com fronteiras abertas” (CARENS, 2013, p. 287.) (Tradução nossa).

- BRASIL. Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 7.496, de 8 de junho de 2011. Institui o Plano Estratégico de Fronteiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 8.903, de 16 de novembro de 2016b. Institui o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras e organiza a atuação de unidades da administração pública federal para sua execução. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a lei de migração. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 maio. 2017b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2019.
- Brasil. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.
- CARDIN, Eric Gustavo. *A expansão do capital e as dinâmicas das fronteiras*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.
- CARDIN, Eric Gustavo. Ação racional e cotidiano: notas para o estudo dos trabalhadores da Tríplice Fronteira. In: SILVA, Regina Coeli Machado e; SANTOS, Maria Elena Pires (org.). *Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira*. Cascavel: Edunioeste, 2011. p. 121-139.
- CARDIN, Eric Gustavo; ALBUQUERQUE, José Lindomar Coelho. Fronteiras e deslocamentos. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 6, n. 12, p. 114-131, 2018.
- CARDOSO, N.; MOURA, R. Mobilidade transfronteiriça: entre o diverso e o efêmero. *Caderno Ipardes: Estudos e Pesquisas*, v. 1, n. 2, p. 205-222, dez. 2012.
- CARENS, J. *The Ethics of Immigration*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 173-287.
- CARNEIRO, Cynthia Soares. Migrações internacionais e precarização do trabalho: o contexto global, os acordos de residência do Mercosul e os imigrantes sul-americanos no Brasil. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, PR, Brasil, n. 26, p. 337-374, 2017.
- CATTA, Luiz Eduardo Pena. *A face da desordem: pobreza e estratégias de sobrevivência em uma cidade de fronteira (Foz do Iguaçu/1964-1992)*. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2009.
- CATTA, Luiz Eduardo Pena. *O cotidiano de uma fronteira: a perversidade da modernidade*. Cascavel: Edunioeste, 2002.
- CATTA, Luiz Eduardo Pena. Pobreza e marginalidade na tríplice fronteira. In: SILVA, Regina Coeli Machado e; SANTOS, Maria Elena Pires (org.). *Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira*. Cascavel: Edunioeste, 2011. p. 91-120.
- DA SILVA, I.; PIRES SANTOS, M. E.; JUNG, N. M. Multilinguismo e política linguística: análise de uma paisagem linguística transfronteiriça. *Domínios de Linguagem*, v. 10, n. 4, p. 1.257-1.277, 28 nov. 2016.
- FARINA, Bernardo Cunha. *Trabalhadores fronteiriços na tríplice fronteira: confronto entre a igualdade jurídica e a realidade*. 2015. 210 p. Dissertação (Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Unioeste, Foz do Iguaçu, 2015.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Migração irregular. In: CAVALCANTI, Leonardo et al. (org.). *Dicionário crítico de migrações internacionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.
- KLEINSCHMITT, Sandra Cristina. As mortes violentas e as políticas de controle na Tríplice Fronteira. *Tempo da Ciência*, Toledo, v. 23, n. 46, p. 40-59, 2016.
- LIMA, Fernando Raphael Ferro de. *O desenvolvimento regional na fronteira Foz do Iguaçu/BR – Ciudad del Este/PY*. 2011. 165 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências da Terra, Curitiba, 2011.
- MILLER, David. Is there a human right to immigrate? In: FINE, Sarah; YPI, Lea (org.). *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- MOURA, R.; CARDOSO, N. A. Mobilidade transfronteiriça: o ir e vir na fronteira do possível. In: SILVA, E. F.; GEDIEL, J. A. P.; TRAUZYNSKI, S. C. (org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. 1. ed. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 263-280. V. 1.
- NASCIMENTO, Wagner Cipriano do. *As relações de poder no contexto político-econômico de Foz do Iguaçu/PR*. 2010. 232 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Maringá, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Maringá, 2010.
- NEVES, Alex Jorge et al. (org.). *Segurança pública nas fronteiras, diagnóstico socioeconômico e demográfico: estratégia nacional de segurança pública nas fronteiras (Enafron)*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania; Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016.
- OBERMAN, Kieran. Immigration as a human right. In: FINE, Sarah; YPI, Lea (org.). *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

- PARAGUASSU, Lisandra. *Argentinos deixam o Brasil, não podem entrar na Argentina e ficam presos na ponte da Fraternidade*. Disponível em: <https://www.terra.com.br>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- RABOSSI, Fernando. Bridging Three Nations. In: *NACLA Report on the Americas*, 51:1, p. 65-71, 2019. DOI: 10.1080/10714839.2019.1593693
- RABOSSI, Fernando. Conflito sobre ruedas: trabajando sobre el Puente de La Amistad. In: SILVA, Regina Coeli Machado e; SANTOS, Maria Elena Pires (org.). *Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira*. Cascavel: Edunioeste, 2011. p. 141-165.
- SEYFERTH, Giralda. A assimilação dos imigrantes como questão nacional. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 95-131, abr. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- SILVA, Regina Coeli Machado e. Entre fronteiras: imigração e identidade de grupos árabes em Foz do Iguaçu. In: SILVA, Regina Coeli Machado e; SANTOS, Maria Elena Pires (org.). *Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira*. Cascavel: Edunioeste, 2011. p. 69-90.
- SILVA, Regina Coeli Machado e. Fronteiras nacionais e configurações socioculturais. In: SILVA, Regina Coeli Machado e; SANTOS, Maria Elena Pires (org.). *Interdisciplinaridade e Fronteiras: movimentos, identidades e configurações*. Cascavel: Edunioeste, 2012. p. 13-29.
- SILVA, Regina Coeli Machado e; CAMPOS, Maria José. Políticas do segredo: incursões etnográficas no campo da (i)legalidade fiscal. *Ambivalências*, v. 6, n. 12. p. 19-46, 2018.
- SLOMP, Angélica Cândido Nogara. *A tutela juslaboral do migrante transfronteiriço sob a perspectiva dos direitos humanos*. 2014. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- SOTUYOU, Patrícia Claudia Godoy. *Segregação urbana: estudo de caso das vilas de Itaipu*. 1998. 150 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Luperj, 2003. 207 p. (Coleção origens).
- WACHOWICZ, Ruy C. *Obrageros, mensus e colonos: história do oeste paranaense*. Curitiba: Vicentina, 1987.

A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PENAIS BRASILEIRAS EM RELAÇÃO À PSICOPATIA: O Distanciamento entre o Psicopata e a Sociedade

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12046>

Recebido em: 12/2/2021

Modificações solicitadas em: 5/4/2021

Aceito em: 19/4/2021

Juliana Castro Torres

Autora correspondente. Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Passos. Av. Juca Stockler, nº 1130 – Bairro Belo Horizonte. Passos/MG, Brasil. CEP 37900-106. <http://lattes.cnpq.br/4486423547641606>.
<https://orcid.org/0000-0001-9094-4715>. jucastrotorres@hotmail.com

Jessica Cristina de Moraes

Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Passos. Passos/MG, Brasil.

Záira Garcia de Oliveira

Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Passos. Passos/MG, Brasil.

RESUMO

Objetiva o presente artigo compor análise do alcance da responsabilidade penal do psicopata considerando as ramificações da culpabilidade na condição de ser imputável, semi-imputável ou inimputável. Para tanto, a pesquisa deu-se em duas mãos, a primeira com a análise das características psicológicas do indivíduo identificado como psicopata, bem como a realização do incidente de insanidade mental e medidas de segurança a serem aplicadas em eventual condenação, enfatizando a importância do exame pericial. Já a segunda deu-se com a análise das leis e jurisprudências brasileiras acerca da responsabilidade penal do psicopata. Desse modo, concluiu-se que o estudo do tema “psicopatia” é extremamente exíguo no campo doutrinário e na construção legislativa, fator que, sem dúvidas, resulta na impossibilidade da devida aplicação da responsabilidade penal àqueles diagnosticados com este transtorno de personalidade. Isso porque, o que se observa é que sequer magistrados deliberam de forma uníssona em julgamentos que tratam de casos afetos a psicopatas. A metodologia da pesquisa foi baseada na pesquisa descritiva, procedimentos bibliográficos e método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Psicopatia; culpabilidade; responsabilidade penal.

THE INEFFECTIVENESS OF BRAZILIAN CRIMINAL MEASURES IN RELATION TO PSYCHOPATHY: THE DISTANCING BETWEEN PSYCHOPATH AND SOCIETY

ABSTRACT

This article aims to make an analysis of the scope of criminal liability of a psychopath considering the ramifications of the culpability while being imputable, semi-imputable or non-imputable. Therefore, the research was divided in two parts, the first one with the analysis of the psychological characteristics of the individual identified as a psychopath, as well as the implementation of the incident of mental insanity and security measures to be applied in a possible conviction, emphasizing the importance of an expert inspection. And, the second one, occurred with the analysis of the Brazilian laws and jurisprudence regarding the criminal liability of a psychopath. This time, it was concluded that the study of the theme “psychopathy” is extremely small in the doctrinal field and in the making of laws for the legislative, a factor that, without a doubt, results in the impossibility of the proper application of criminal liability to those diagnosed with this personality disorder. This is because, what is observed is that even magistrates deliberate unanimously in trials that deal with cases related to psychopaths. The methodology of this research was based on descriptive research, bibliographic procedures, hypothetical-deductive method.

Keywords: Psychopathy; culpability; criminal liability.

1 INTRODUÇÃO

O conhecimento da mente psicopata desperta atenção dos mais curiosos e constitui tema cativante de discussão na esfera penal, contudo muito ainda há por ser descoberto para a perfeita compreensão das motivações que levam alguém a delinquir, notadamente em se tratando de ato ilícito contra a vida e contra a liberdade sexual, os quais, preponderantemente, são os mais praticados por psicopatas.

Nessa lógica, cabe pontuar que fatores biológicos, como a personalidade, e fatores sociais, como a conjuntura socioeconômica na qual o indivíduo está inserido, podem agravar ou atenuar a conduta criminosa, uma vez que o crime é um reflexo social.

Com efeito, considerando a necessidade de o Direito Penal preencher a lacuna de informações relativas ao quebra-cabeças que envolve a psicopatia, surge na criminologia a possibilidade de que, compreendendo o delinquente quando do seu comportamento e do contexto no qual o crime foi executado, o estudo do crime e dos pormenores que levaram ao seu cometimento sejam analisados a fim de satisfatória aplicação da lei penal.

Veja-se: Se muitas vezes a figura do psicopata não é compreendida e tratada como o que de fato é, como poderiam os magistrados ter plena consciência e capacidade técnica suficiente para julgar e, em sendo o caso, condenar psicopatas? É daí que surge a incapacidade penal brasileira de aplicar o Direito no caso em concreto, posto que não há consenso, ou sequer entendimento, da *persona* do psicopata. Não se sabe, ou ao menos não se deliberou, se o psicopata se trata de imputável, semi-imputável ou inimputável.

À vista disso, no intuito de trazer resposta à problemática, este artigo objetiva avaliar como o psicopata é visto juridicamente para que, somente então, possa ser dada a resposta penal condizente com a sua condição de entender e de se determinar de acordo com esse entendimento. Isto é, sendo o psicopata inimputável, semi-imputável ou imputável, qual medida de pena (pena privativa de liberdade ou medida de segurança) faz jus à sua conduta delituosa e melhor assegura a paz social?

Nessa linha intelectual, ressalta-se que a essência do artigo é discutir sobre a *persona* do psicopata em relação ao Judiciário quando do seu reconhecimento como criminoso e da aplicação da pena, vez que se trata de tema pouco debatido tanto no meio acadêmico quanto no meio legislativo.

Noutro giro, a pesquisa foi concluída em duas etapas. Num primeiro momento aborda-se a análise do perfil do psicopata, quando será discutida sua origem e características, bem como da competência de julgamento que o psicopata possui na modulação de seus atos sobre a conduta socialmente aceita. Cuida-se, em seguida, do estudo das medidas de segurança aplicáveis e da necessidade do exame pericial ou incidente de insanidade mental, para que, enfim, adentremos no cerne da pesquisa, explorando a responsabilidade penal do psicopata, apresentando, inclusive, possíveis respostas do Direito Penal de acordo com a culpabilidade, estrutura da punição e entendimento de tribunais brasileiros (jurisprudência e projetos de lei).

O tema foi construído a partir da observação de lacunas no amparo penal da aplicação e execução da pena para psicopatas. Nisto, questiona-se: A ineficácia da responsabilidade penal é ocasionada pela falta de medidas legislativas ou de fato inexistente responsabilidade penal suficiente para conter os males da psicopatia?

Por derradeiro, a metodologia da pesquisa foi baseada na pesquisa descritiva, procedimentos bibliográficos e método hipotético-dedutivo.

2 A CLASSIFICAÇÃO DA PSICOPATIA NA HISTÓRIA E NO DIREITO PENAL SOB O RECORTE DO DISTANCIAMENTO ENTRE O PSICOPATA E A SOCIEDADE

Conhecedores da morbidade e da curiosidade que o tema da psicopatia desperta na sociedade, muitos meios tendem a equiparar psicopatas com assassinos em série ou outros tipos de criminosos desalmados e cruéis, sem que se reúnam, no entanto, os traços de personalidade do verdadeiro psicopata, isso porque, “a problemática conceitual do uso indevido do termo se relaciona com outra questão, o diagnóstico da psicopatia” (GARRIDO, 2009, p. 85, tradução nossa).

No campo científico, a primeira menção do transtorno de personalidade foi realizada pelo médico francês Philippe Pinel que, em 1809, cunhou o termo “mania sem delírio” ou “*manie sans delire*” – sujeito insano

(*manie*) com sequer nenhuma confusão mental (*sans delire*). À época, o sujeito insano sem confusão mental servia de sinônimo para classificar o indivíduo que agia pura e somente de acordo com seus instintos.

Nesse contexto, Pinel foi precursor ao constatar que determinados pacientes que se envolviam em atos autodestrutivos e impulsivos possuíam a aptidão de raciocínio imaculada, tendo até mesmo consciência da incongruência de seus atos.

Mais à frente, no início do século 20, Emil Kraepelin acreditava que a personalidade psicopática seria diferente da psicose, pois, “a personalidade psicopática trata-se de graus anteriores da psicose, sendo composta por personalidades afetadas por influências hereditárias desfavoráveis, por lesões germinativas (ou cerebrais) ou, ainda, por outras inibições precoces” (ANDRADE, 1996, p. 22-23, tradução nossa). Nessa seara, em razão de seus atributos psicológicos, ou, da falta deles, seriam as personalidades psicopáticas ligadas a comportamentos antissociais, distinguindo-se em quatro tipos de sujeitos.

O primeiro grupo seria composto por enganadores e trapaceiros mórbidos, simpáticos e cativantes, embora não apresentassem moralidade e empatia para com os demais. O segundo seria composto por criminosos que agem sem pensar e não têm controle volitivo, envolvendo-se em pequenas transgressões. O seguinte grupo seria composto por criminosos especializados, que apresentam muita educação e são comumente benquistos pela sociedade, mas que, em verdade, são nada além de manipuladores egoístas. E, por último, o quarto grupo seria composto por “boêmios vagabundos que conduzem seus dias sem quaisquer responsabilidades, à mercê da vadiagem” (MILLON; SIMONSEN; BIRKET-SMITH, 1998. p. 10, tradução nossa).

O que se constata é que o termo “psicopatia” tem história longa e variada, remontando a centenas de anos, já tendo sido, inclusive, sinônimo de condutas sociais reprováveis e doenças da mente.

Ocorre que, atualmente, a psicopatia traduz-se em uma forma de especificar o transtorno da personalidade antissocial, prevalente em indivíduos que cometem uma variedade de atos criminosos e geralmente se comportam de forma irresponsável.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 404-405), “as personalidades antissociais não excluem a culpabilidade por não afetar a inteligência”. Em verdade, é encontrada em indivíduos com capacidade intelectual pouco afetada, conquanto com personalidade notadamente inclinada à delinquência, pois é caracterizada pela indiferença e desrespeito pelo contrato social.

Em resumo, somada a personalidade antissocial com a inclinação à delinquência, são os psicopatas incapazes de entender culpa e, por isso, incapazes de ressocialização, sobretudo na hipótese de esta ser oferecida por meio da punição ou sanção penal, quando, recorrentemente, os psicopatas tendem a proteger a si próprios, atribuindo a culpa a terceiros ou até mesmo encontrando meios para justificar seus atos (GATTAZ, 1999).

Sob o mesmo recorte da personalidade antissocial, Hervey Cleckley explica que os psicopatas não pertencem à classe dos impreterivelmente transgressores, mas, sim, ao nicho de pessoas que são, entre outros fatores, impulsivos, charmosos e possuem emoções rasas e inexistência de sentimento de culpa, podendo, inclusive, tornarem-se empresários, físicos, cientistas e políticos. Nessa linha, existem psicopatas primários e secundários, que se subdividem em descontrolados e carismáticos:

Os Psicopatas Primários: não respondem ao castigo, à apreensão, à tensão e nem à desaprovação. Parecem ser capazes de inibir seus impulsos antissociais quase todo o tempo, não devido à consciência, mas sim porque isso atende ao seu propósito naquele momento. As palavras parecem não ter o mesmo significado para eles que têm para nós. Não têm nenhum projeto de vida e parecem ser incapazes de experimentar qualquer tipo de emoção genuína. *Os Psicopatas Secundários:* são arriscados, mas são indivíduos mais propensos a reagir frente a situações de estresse, são beligerantes e propensos ao sentimento de culpa. Os psicopatas desse tipo se expõem a situações mais estressantes do que uma pessoa comum, mas são tão vulneráveis ao estresse como a pessoa comum. São pessoas ousadas, aventureiras e pouco convencionais, que começaram a estabelecer suas próprias regras do jogo desde cedo. São fortemente conduzidos por um desejo de escapar ou de evitar a dor, mas também são incapazes de resistir à tentação. Tanto os psicopatas primários como os secundários estão subdivididos em: *Psicopatas Descontrolados:* são os que parecem se aborrecer ou enlouquecer mais facilmente e com mais frequência do que outros subtipos. Seu delírio se assemelhará a um ataque de epilepsia. Em geral, também são homens com impulsos sexuais incrivelmente fortes, capazes de façanhas assombrosas

com sua energia sexual. Também parecem estar caracterizados por desejos muito fortes, com vício em drogas, a cleptomania, a pedofilia ou qualquer tipo de indulgência ilícita ou legal. *Psicopatas Carismáticos*: são mentirosos, encantadores e atraentes. Em geral, são dotados de um ou outro talento e o utilizam a seu favor para manipular os outros. São geralmente compradores e possuem uma capacidade quase demoníaca de persuadir os outros a abandonarem tudo o que possuem, inclusive suas vidas. Com frequência, esse subtipo chega a acreditar em suas próprias invenções. São irresistíveis (CLECKLEY, 1988, tradução nossa).

Por derradeiro, cabe ainda trazer à tona a definição de psicopata apontada pela médica psiquiátrica brasileira Ana Beatriz Barbosa Silva (2008, p. 32). Para ela, os psicopatas seriam indivíduos que usam da frieza, falta de escrúpulos, dissimulação, mentiras e sedução para lograr êxito próprio, ou seja, dada a incapacidade de estabelecer vínculos afetivos ou empatia, a culpa e remorso são afastados para dar lugar a comportamentos extremamente individualistas, em maior ou menor escala.

Nessa linha, os psicopatas seriam predadores sociais encontrados em qualquer meio social, visto que os traços de psicopatia podem estar presentes em executivos, líderes religiosos, trabalhadores comuns, pais e mães de família e políticos, com a diferença de um para os outros sendo apenas o grau de psicopatia, pois que, enquanto uns expressam a violência de forma direta e visível a olho nu quando do cometimento de homicídios, outros expressam a violência na corrupção, na manipulação de massas ou do seio familiar.

Em outras palavras, psicopata seria o indivíduo que, pela falta de emoções e empatia para com seus pares e costumes sociais, delinque sem arrependimento, sendo, inclusive, incapaz de reparação. Isso significa que, pela falta intensiva de responsabilidade, arrependimento e cuidado empático para com os demais, os psicopatas são carentes de emoções, e, por isso, indiferentes tanto às regras sociais e quanto à sociedade em si.

Com efeito, o Direito Penal brasileiro, no intuito de possibilitar a identificação dos psicopatas, inseriu nos ritos processuais o incidente de insanidade mental quando há dúvida fundada sobre a integridade mental do acusado – fundada por que não se faz suficiente para o exame médico-legal requerimento injustificado ou fundado em meras suposições (REIS; GONÇALVES, 2018, p. 253), o que significa dizer que a produção de provas periciais não se dá ao arbítrio de qualquer dos componentes do jogo processual, seja vítima, acusado ou magistrado, mas sim em razão do juízo de relevância e pertinência por parte de seu destinatário.

Sob o atento olhar de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 1.191-1.192), a aferição do estado de saúde mental do acusado é fundamental para definir se o indivíduo é imputável e, a partir daí, decidir o rito do procedimento penal a ser adotado. Isso porque duas são as hipóteses em caso de instabilidade da saúde mental do acusado: se, ao tempo dos fatos, era o acusado incapaz, mister é o reconhecimento da sua inimputabilidade, com conseqüente imposição de medida de segurança em razão da absolvição imprópria; e, se acometido por disfunções mentais somente durante o curso do processo, a persecução deve ser suspensa até o reestabelecimento das faculdades mentais do acusado.

O que significa que não basta saber da doença mental do acusado, seja ela total ou parcial. Importa, em verdade, aferir se em razão da doença ou desenvolvimento incompleto ou retardado o acusado não possuía à época dos fatos capacidade cognitiva e volitiva suficientes para entender e autodeterminar-se de acordo com esse entendimento (LIMA, 2017, p. 1.192).

Em outras palavras, concerne à pesquisa responder se a higidez mental do investigado afetou ou não o ato ilícito praticado para que no decorrer do processo penal a análise das conclusões do incidente de insanidade corrobore as respostas dadas pelo Direito Penal, a fim de que seja averiguado se o investigado possuía ou não à época dos fatos capacidade cognitiva de discernimento, total ou parcial, dos atos.

Amoldando-se à análise do presente artigo, insta trazer à baila a jurisprudência nacional que, de forma não unânime, decide como será a responsabilidade penal dos indivíduos classificados como “psicopatas”. Vejamos.

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITOS DE AMEAÇA E INCÊNDIO - ARTIGOS 147 E 250, INC. II, ALÍNEA ‘a’, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - RÉU INIMPUTÁVEL - MEDIDA DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL - IMPOSSIBILIDADE - EVIDÊNCIAS DE PERICULOSIDADE DO ACUSADO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Na aplicação da medida de segurança deve o julgador observar a natureza do crime cometido, o potencial de periculosidade do réu e o grau da psicopatia, ainda que

o crime seja apenado com reclusão. - Diante das evidências de periculosidade do réu, justifica-se submetê-lo à medida de segurança de internação (TJ-MG - APR: 10428130027223001 MG, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 08/11/2016, Câmaras Criminais/6ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/11/2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ALEGAÇÃO DE VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE PELOS JURADOS. RÉU DIAGNOSTICADO COMO PSICOPATA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PSIQUIÁTRICO INDICANDO QUE O RÉU TINHA CAPACIDADES COGNITIVA E VOLITIVA PRESERVADAS. VEREDICTO DOS JURADOS AMPARADOS EM PROVA CONSTANTE DOS AUTOS. VEREDICTO MANTIDO. 1. A doutrina da psiquiatria forense é uníssona no sentido de que, a despeito de padecer de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta (capacidade cognitiva). 2. Amparados em laudo psiquiátrico atestando que o réu possuía, ao tempo da infração, a capacidade de entendimento (capacidade cognitiva) e a capacidade de autodeterminar-se diante da situação (capacidade volitiva) preservadas, os jurados refutaram a tese da semi-imputabilidade, reconhecendo que o réu era imputável. 3. Não merece qualquer censura a sentença proferida pelo Presidente do Tribunal do Júri que deixou de reduzir a reprimenda pela causa prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, se o soberano conselho de sentença não afastou a tese da semi-imputabilidade do réu. (AP 5004417-64.2012.827.0000, Rel. Juíza da 1ª Câmara Criminal, julgado em 10/02/2015).

Nota-se que a culpabilidade dos psicopatas transita, para a jurisprudência, entre a semi-imputabilidade e imputabilidade, visto que, se, de um lado, uns entendem que a depender do grau de psicopatia do réu deve ser imputada a medida de segurança, de outro, entende-se que o psicopata é imputável, tendo em sua personalidade um viés de entendimento malévolo e hostil, com comportamento antissocial destrutivo e com elevada tendência à reincidência delitiva.

É nesse cenário que vem à tona o distanciamento entre o psicopata e a sociedade, uma vez que, sendo incontestado que os psicopatas possuem maior racionalidade se comparado ao homem médio, não sofrendo, portanto, de psicoses e delírios, e que são ótimos manipuladores, capazes de articular situações com perfeição para obter logro próprio, tudo em razão de deficiência de empatia, resta perguntar: Como um ser sem capacidade de sentir emoções poderia moldar seu comportamento para atender às expectativas sociais?

Certo é que o psicopata possui capacidade de entendimento ou capacidade cognitiva, no entanto, considerando a pouca capacidade de se controlar e se autodeterminar diante da situação, como se justifica a imputação de pena inteira àquele que possui capacidade volitiva reduzida e encontra-se à mercê de impulsos primitivos?

Na esfera da tipicidade e da ilicitude não há o que se discutir, visto que se amoldando a conduta ao tipo penal, não há dúvidas quanto à tipicidade e quanto à ilicitude, vez que “o juízo de ilicitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico” (MASSON, 2020, p. 376) e vice-versa.

Em sendo, contudo, a culpabilidade o juízo de censura, ou, nas palavras de Masson (2020, p. 376) “o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com propósito de aferir a necessidade de imposição de pena”, repisa-se: Como uma pessoa incapaz de sentir emoções poderá entender o juízo de reprovação social, comportando-se de forma moral e socialmente aceita se com isto não se importa?

Sendo a personalidade do psicopata irremediavelmente predisposta à criminalidade e a comportamentos estranhos aos que a sociedade tem por padrão, não se pode esperar que uma pessoa sem consciência se amolde aos ditames sociais e jurídicos conhecidos e seguidos pelos demais integrantes da sociedade, visto que não se trata de indivíduo comum.

Exemplificando, suponhamos que determinado indivíduo, por razões que pouco importam, não possui a capacidade de ouvir melodias musicais e ouve apenas a letra, como na declamação de um poema. Na sequência, suponhamos o mesmo indivíduo em um evento social no qual se faz necessária a dança, conquanto para o referido indivíduo, e somente para ele, não há melodia, todas as músicas tornaram-se somente textos corridos. Nesse cenário, qual é o comportamento esperado do indivíduo? Como ele se comportaria? Iria dançar

sem nenhuma música? Pois seria o mesmo que dançar lendo ou ouvindo a declamação de um poema. Ou, iria o indivíduo conter-se, por, para ele, não fazer sentido dançar sem melodia?

O socialmente esperado é que para o homem médio, ou seja, indivíduo sem qualquer dano cerebral e conhecedor dos costumes sociais, dançar sem melodia faria total sentido pela força do contrato social, uma vez que o indivíduo em questão se importaria com o juízo de reprovabilidade e, por isso, dançaria até mesmo sem ouvir melodia, tudo em razão de manter o contrato social e não gerar contra si reprovabilidade, pois é isto que mantém a sociedade ordenada, o pacto social assinado tacitamente por todos os que o compreendem.

Estando, no entanto, a falta de melodia para a falta de entendimento e respeito pelas normas sociais, como no caso do psicopata, como exigir a conduta social esperada de alguém que não entende e não respeita condutas sociais?

É exatamente por serem situações que somente quem as experiencia consegue de fato alcançar que o Direito Penal brasileiro é falho. Isso em razão de que a medida da régua observada pelos legisladores e pelos magistrados não é a medida da régua do psicopata, mas sim a do homem médio.

Em se tratando de casos cometidos por psicopatas, o viés adotado não é a aplicação do Direito Penal ao caso em concreto, pois se o fosse dificilmente seriam os psicopatas julgados e condenados pelo mesmo tipo e rigor das leis comuns direcionadas ao homem comum. Em verdade, o que se apresenta nos julgamentos é a medida da régua da equiparação, uma vez que o psicopata é visto em pé de igualdade, no tocante à sua capacidade volitiva e cognitiva, com os demais indivíduos da sociedade. Fatores que não poderiam gerar outro produto que não a ineficiência da legislação penal nos casos de psicopatia, uma vez que não pode ser ressocializado aquele que não se importa ou tampouco quer fazer parte da sociedade.

Por esse ângulo, Ana Beatriz Barbosa Silva (2008) comenta:

Nos países em que isso está muito bem organizado (Austrália, Inglaterra, Canadá), os psicopatas, além de serem tratados com todo o rigor da lei, são separados dos demais. Eles são minoria no sistema penitenciário, totalizam em média 20%, enquanto os criminosos não psicopatas, os que têm algum grau de sentimento, totalizam em média 80%. Então, o que se faz? Você trabalha aquele que pode ser recuperado, você não mistura. E se eles forem do tipo muito predador – que seriam aqueles que têm um caso mais grave e que têm prazer em ver sangue; quando não basta matar, tem que matar e esquartejar – eles são postos em celas separadas para o resto da vida. Por que? Porque são animais selvagens (...) que não podem ser recuperados.

É dizer que não basta o amparo social ou penal, pois os psicopatas não são pessoas passíveis de recuperação, uma vez que demonstrada a deficiência de empatia e arrependimento. É dizer que ainda que classificado como imputável, semi-imputável ou inimputável, não há o que se fazer, pois não há recuperação para aqueles que não se amoldam aos costumes sociais.

3 O DEBATE ACERCA DA (IN)IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA

Sabe-se que o Direito Penal visa à proteção de bens considerados indispensáveis à coexistência social, visto que a mácula do direito à vida, à liberdade, à honra e à propriedade acarreta consequências jurídicas que podem, no caso mais gravoso, trazer consigo o ônus da perda da liberdade. Assim, o Direito Penal é o “campo jurídico que, utilizado em última *ratio*, determina o que é crime, estabelece penas e prevê medidas restritivas de direito ou liberdade, que podem ser aplicadas aos agentes infratores das normas” (GRECO, 2017, p. 4).

Dito isto, como funciona a imputabilidade dos psicopatas quando da (in)imputabilidade?

Para tanto, pouco importa o mérito dos indivíduos que, muito embora sejam psicopatas, somente prejudicam as pessoas de maneiras diversas sem o cometimento de crimes, pois o Direito não se ocupa de aplicar medidas para fatos não tipificáveis.

Como já elucidado, o Código Penal prevê no artigo 26 que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940). Nesse contexto, se a psicopatia não é lida como doença mental, já estaria descartada a inimputabilidade prevista no *caput* do artigo 26. Em se tratando, todavia, da semi-imputabilidade prevista no pa-

rágrafo único do mesmo artigo, observa-se que a psicopatia pode ser entendida como perturbação da saúde mental, cabendo, neste caso, questionamentos acerca da capacidade volitiva e cognitiva daquele que praticou o ilícito penal.

Nesse recorte, o principal entendimento doutrinário é de que “a psicopatia, por si só, não leva à inimizabilidade do agente” (ZARLENGA, 2000, p. 484, tradução nossa). Por sua vez, os doutrinadores que pensam ser inimputáveis os psicopatas, visto que não possuem capacidade de compreender a antijuridicidade de uma ação e de determinar-se conforme o entendimento, acreditam que

os psicopatas, as personalidades psicopáticas, os portadores de neuroses profundas, etc., em geral têm capacidade de entendimento e determinação, embora não plena. Estão na mesma categoria legal que os que possuem o desenvolvimento mental incompleto, mas que atingiram certo grau de capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação de acordo com as regras sociais [silvícolas em aculturação, surdos-mudos em processo de instrução], etc. Por fim, incluem-se os agentes com desenvolvimento mental retardado, que nas faixas mais elevadas têm alguma capacidade de entendimento e autodeterminação. Em todas as hipóteses, comprovadas por exame pericial, o agente será condenado, mas, tendo em vista a menor reprovabilidade de sua conduta, terá sua pena reduzida entre um e dois terços, conforme o artigo 26, parágrafo único (MIRABETE, 1999, p. 224).

No mesmo sentido, Garrido (2009, p. 117, tradução nossa) entende que “os psicopatas compreendem a ilicitude de seus atos, e, em ato contínuo, atuam conforme tal conhecimento. A capacidade intelectual e volitiva destes sujeitos está intacta”, sendo, neste caso, contraproducente isentar de pena o psicopata, visto que para o afastamento da culpabilidade com consequente isenção de pena, deve restar clara a incompreensão da ilicitude da ação e da impossibilidade de agir de acordo com este entendimento.

Em sentido contrário, Zaffaroni (*in* COVELLI, 2009) acredita que o psicopata não pode ser considerado imputável, pois a soma da sua conduta antissocial e do seu comportamento agressivo à reincidência da delinquência, apenas denotam a falta de importância que o psicopata atribui às consequências dos seus atos, sejam consequências de ordem moral, como a reprovação social, ou consequências de cunho penal, como a imposição de pena.

Nessa hipótese, o que se faz necessário não é a imputação de pena privativa de liberdade, sim a de medida de segurança, internando o psicopata em local apropriado para que receba o devido tratamento.

Logo, considerando o entendimento da doutrina majoritária, acredita-se que boa parte dos apenados psicopatas tenham sido condenados com parâmetros análogos aos usados para condenação de delinquentes comuns. Isso porque, considerando que o Código Penal não faz distinção entre este e aquele, não há que se falar em tratamento diferenciado, sendo psicopatas e delinquentes de baixa periculosidade encarcerados em prisões comuns, quiçá na mesma cela, se considerarmos o abarrotamento das prisões brasileiras.

Da leitura do Código Penal brasileiro, tendo em vista que nem a doutrina, nem os tribunais são pacíficos a respeito da (in)imputabilidade do psicopata, a única conduta diversa do encarceramento conjunto de apenados de baixa e grave periculosidade seria a adoção do artigo 59 do referido Código, visto que ali reside margem para aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena. Ou seja, se considerada a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, pode o juiz aumentar (ou diminuir) as penas aplicáveis entre as cominadas e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. É o que preceituam os incisos I e II do artigo 59 do Código Penal.

Nessa lógica, ainda que o crime de um psicopata tenha sido perfeitamente correspondente a um crime de um sujeito comum, a pena daquele seria elevada no mínimo legal, no que tange à sua personalidade, a título de punição.

O que se percebe é que não há consenso nenhum acerca da classificação psicológica do psicopata. Muito pouco foi estudado e muito pouco é entendido e debatido sobre o tema, logo, impossível seria classificar o psicopata quanto à sua culpabilidade, posto que até mesmo o incidente de insanidade mental é pouco utilizado e, reitera-se, não há consenso sobre o grau de imputabilidade do psicopata.

Ao passo que o psicopata está afastado dos olhos da legislação vigente tanto quanto da classificação da sua (in)imputabilidade, não há caminho certo e determinado a ser traçado pelo Judiciário na aplicação da sanção, o que, decerto, abre margem para medidas insuficientes na execução da pena.

4 A RESPONSABILIDADE PENAL DO PSICOPATA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Como já esclarecido, não há concordância entre doutrina e magistrados, ou, tampouco, entre magistrados e magistrados, visto que não há um único norte para o julgamento dos casos que envolvem psicopatia.

Isso se dá porque, costumeiramente, os termos “psicopatas” ou “psicopatia” são usados muitas vezes erroneamente, seja por ignorância das vítimas, testemunhas ou até mesmo do próprio autor do ato delituoso quando da referência a outros e a si mesmo como “psicopatas” meramente para acentuar o seu comportamento transgressor, observando-se que poucos são os casos que, efetivamente, contêm alcance técnico quando pesquisadas as palavras-chave “psicopatia” e “psicopata” nos julgamentos dos tribunais brasileiros.

Da consulta a cada tribunal criminal estadual brasileiro usando as palavras-chave antes mencionadas, aferiu-se que a esmagadora maioria de resultados retorna o uso das palavras como forma de descrever a personalidade dos acusados sem qualquer embasamento técnico, como forma de pseudônimo ou até mesmo como meio de infligir pena ou medo, o que significa que os casos nos quais de fato foi realizado algum exame clínico suficiente para o diagnóstico de patologias psíquicas, seja da psicopatia ou da personalidade antissocial, são escassos no ordenamento jurídico brasileiro.

Afirmativa que se confirma, eis que, da busca nos 27 Tribunais de Justiça estadual existentes no Brasil, apenas 6 apresentaram resultados com a presença do termo técnico envolvendo as palavras “psicopata” e “psicopatia”, perfazendo um total de 10 processos em todas as plataformas usadas para práticas jurídicas por via de processos judiciais eletrônicos.

Os dois primeiros resultados foram encontrados no Tribunal de Justiça de Alagoas, em que o termo “psicopata” surge no relatório do magistrado, que esclarece que o apelante alega ser acometido por patologia psíquica – psicopatia ou personalidade dissociada – que o torna inimputável. Respalda, no entanto, por laudo pericial que embora reconheça a patologia (epilepsia) e transtorno de personalidade dissociada do apelante, repisa o magistrado que os transtornos mentais não impedem que seja (o apelante) responsabilizado pelos seus atos, devendo ser aplicada medida de internação hospitalar (Número do Processo: 0029320-17.2000.8.02.0050; Relator (a): Des. José Carlos Malta Marques; Comarca: Foro de Igreja Nova; Órgão julgador: Câmara Criminal; Data do julgamento: N/A; Data de registro: N/A).

No segundo resultado consta que a recorrente-ré foi submetida a laudo psiquiátrico que constatou perturbação de sua saúde mental, sendo ela plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato, incorrendo na personalidade psicopática, de modo a não possibilitar acolhimento de recurso para reparos na decisão de pronúncia (Número do Processo: 0026290-14.2006.8.02.0001; Relator (a): Des. Sebastião Costa Filho; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: Câmara Criminal; Data do julgamento: 14/11/2014; Data de registro: 21/11/2014).

O terceiro e o quarto resultados foram apurados no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no qual consta que o acusado de homicídio, estupro e corrupção de menores foi considerado psicopata por laudo pericial (TJMS. Apelação Criminal n. 0008611-73.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 31/07/2020, p: 07/08/2020) e que em agravo de execução penal proposto para o fim de progressão de regime, o qual foi indeferido em razão de laudo pericial que atestou que “o sentenciado é acometido pelo Transtorno de Personalidade Antissocial, cujos critérios diagnósticos (...) também podem ser conhecidos como psicopatia” (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0009379-85.2019.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 05/09/2019, p: 06/09/2019).

No Tribunal de Justiça do Paraná foram encontrados o quinto e o sexto resultados. No primeiro, em que pese o réu possuir laudo atestando sua psicopatia, o entendimento do magistrado foi no sentido de que a patologia não acomete o raciocínio lógico, inexistindo, portanto, prova cabal de inimputabilidade (Processo: 0022673-31.2018.8.16.0035; Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal; Data Julgamento: 25/07/2020).

O resultado seguinte, na mesma inteligência, emprega o termo “psicopatia” para desmistificar as características do acusado, isso porque, consta que

o acusado não é portador de doença mental ou de perturbação da saúde mental, e que, apesar das características apontarem distúrbios em sua personalidade (traços de psicopatia), ele tinha total consciência e compreensão dos atos que praticava, detendo capacidade de planejamento e execução (Processo: 0018802-52.2015.8.16.0017; Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal; Data Julgamento: 07/02/2019).

O sétimo resultado foi constatado no Tribunal de Justiça do Piauí, quando o termo “psicopatia” foi empregado para esclarecer que da

análise da conduta social, entendida como comportamento em qualquer meio social, ou seja, familiar, profissional, na vizinhança, etc., e a personalidade do agente, compreendida como o retrato psíquico do agente com prevalência ou não dos valores negativos, tais como inveja, prazer no sofrimento alheio, ânsia pela satisfação imediata dos desejos, psicopatias, e outras características que tornam uma personalidade voltada para o crime, podem sim agregar elementos individualizadores na dosimetria da pena (TJPI - APC 0701923-18.2018.8.18.0000; Relator (a): Joaquim Dias de Santana Filho, Data de julgamento 05/09/2018).

O oitavo resultado foi encontrado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando o magistrado profere sentença asseverando “não preencher o pressuposto subjetivo o apenado que não apresenta uma perspectiva de melhorar sua vida, assim como possui características de psicopatia e pedofilia, evidenciando um alto risco de reincidência criminal” (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.031180-0, de Joinville, rel. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 01-08-2013).

Por fim, os dois últimos resultados foram colhidos no Tribunal de Justiça do Tocantins, no qual consta pedido de progressão de regime negado em razão da carência de requisito subjetivo, visto que o réu foi diagnosticado como sociopata e psicopata por exame criminológico (EP 5007848-72.2013.827.0000, Rel. Juíza convocada Adelina Gurak, 5ª Turma da 1ª Câmara Criminal, julgado em 15/06/2016) e o caso de homicídio qualificado do qual se extrai que “a doutrina da psiquiatria forense é uníssona no sentido de que, a despeito de padecer de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta (capacidade cognitiva)” (AP 5004417-64.2012.827.0000, Rel. Juíza convocada Adelina Gurak, 5ª Turma da 1ª Câmara Criminal, julgado em 10/02/2015).

Isso posto, nota-se que nos tribunais estaduais raros são os casos em que há um lado pericial técnico, constatando-se que mesmo na hipótese de sua existência não há consenso entre a (in)imputabilidade do psicopata, uma vez que em cada canto do país o entendimento é pautado sob um aspecto diferente, seja no sentido reconhecer a inimputabilidade ou imputabilidade.

Vê-se que, se de um lado o entendimento é de que transtornos mentais não impedem a responsabilidade penal, de outro o entendimento é de que a análise da conduta social e da personalidade do agente devem agregar elementos individualizadores na dosimetria da pena, sendo suficientes, inclusive, para a aplicação da pena de medida de segurança.

5 DA LEGISLAÇÃO CONCERNENTE AO CASO

Pelo exposto, cediço que a falta de direcionamento legislativo em muito dificulta a aplicação do Direito nos casos que envolvem a psicopatia, uma vez que torna praticamente impossível que os magistrados decidam de forma uníssona, dado que a sua decisão deve conter amparo legal. Nesse recorte passa-se, então, às legislações que envolvem o tema da psicopatia.

Preliminarmente, insta destacar que o incidente de insanidade mental, prova pericial utilizada para concluir (ou não) ser o paciente acometido de psicopatia ou transtorno de personalidade antissocial, deve ser instaurado quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, portanto não é todo pedido defensivo de instauração do incidente que justifica a sua realização, devendo o magistrado colher nos autos a existência de dúvida razoável sobre a sua sanidade. É o que prescreve o artigo 149 do Código de Processo Penal.

Nessa linha intelectual, cumpre ainda reforçar que o incidente de insanidade mental não é medida obrigatória, caso não o quiser o paciente. Esclarece a jurisprudência pátria que

ninguém é obrigado a fazer prova contra si próprio, como postula o princípio *nemo tenetur se detegere*, de modo que a paciente não pode ser obrigada a realizar o exame de insanidade mental contra a sua vontade (TJ-PR – HC: 14635484 – Curitiba – Rel.: José Maurício Pinto de Almeida – Unânime - J. 10.12.2015).

O acusado não é obrigado a comparecer ao exame de insanidade mental, pois, como desdobramento do princípio da não autoincriminação, pode se abster de produzir prova que seja contrária aos seus interesses no processo TJ-ES – APL 00003746120188080042, Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, Data de Julgamento: 17/07/2019, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/07/2019).

Ou seja, em não havendo nenhuma norma prevendo a obrigatoriedade de exames médicos para comprovar a psicopatia, ou até mesmo norma que regule a aplicabilidade da imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade nos mesmos casos, não há outro caminho para o magistrado decidir que não o da aplicabilidade da lei comum, isso porque inexistente qualquer ato normativo que mencione direta ou indiretamente no ordenamento jurídico brasileiro quais medidas devem ser adotadas, antes, durante ou depois do rito processual nos casos que envolvam psicopatas, sendo esta condição atestada ou não por incidente de insanidade mental.

Este é um fator que, pela via reflexa, reforça a assimetria das decisões judiciais, visto que o enquadramento do agente como psicopata depende de laudo, destacando-se que, em não havendo, não há que se falar em reconhecimento de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, uma vez que não restará comprovada qualquer doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Cabe destacar, no entanto, em que pese a inexistência de norma regulamentadora, cumpre pontuar que foram propostas em plenário dois projetos de lei correlatos ao tema.

O primeiro, proposto pelo deputado federal Marcelo Itagiba, do partido Movimento Democrático Brasileiro – MDB – objetivou alterar a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84) para “criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado à pena privativa de liberdade”.

Se aprovado, o referido projeto de lei estabeleceria que o psicopata teria pena individualizada, cumprindo a pena em setor distinto daquele reservado aos demais presos, observando-se que a sua transferência para regime menos rigoroso, a concessão de livramento condicional, o indulto e a comutação de penas do condenado classificado como psicopata dependeria de laudo permissivo emitido por comissão técnica. Para tanto, justifica o deputado federal que a mudança deveria se dar porque:

No sistema carcerário brasileiro não existe um procedimento de diagnóstico para a psicopatia quando há solicitação de benefícios, redução de pena ou para julgar se o preso está apto a cumprir sua pena em regime semiaberto (...). Assim é que, acredito, a LEP deve ser alterada para que o programa individualizador da pena privativa de liberdade do condenado ou preso provisório classificado como psicopata vise ao restabelecimento do portador da psicopatia, sem descurar da recuperação dos demais presos. Para isso é preciso instrumentalizar o Estado com este fim, razão pela qual proponho a inclusão de §3º ao art. 84, para que o condenado ou preso provisório classificado como psicopata cumpra sua pena em seção distinta daquela reservada aos demais presos. De outro lado, é preciso também que a concessão de livramento condicional, o indulto e a comutação de penas do preso classificado como psicopata, bem como a sua transferência para regime menos rigoroso, dependa de laudo permissivo emitido por quem tenha condição técnica de fazê-lo, com a devida segurança, para que não aconteça fatos como o relatado por Ana Beatriz Barbosa Silva (*op. cit.*): “Um caso que exemplifica a importância de medidas com as descritas acima é o de Francisco Costa Rocha, mais conhecido como “Chico Picadinho”, autor de dois dos crimes de maior repercussão da história policial brasileira. Em 1966, Francisco, que até então parecia ser uma pessoa normal, matou e esquartejou a bailarina Margareth Suida em seu apartamento no centro de São Paulo. Chico foi condenado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado e mais dois anos e seis meses de prisão por destruição de cadáver. Em junho de 1974, oito anos depois de ter cometido o primeiro crime, Francisco foi libertado por bom comportamento. No parecer para concessão de liberdade condicional feito pelo então Instituto de Biotipologia Criminal constava que Francisco tinha “personalidade com distúrbio profundamente neurótico”, excluindo o diagnóstico de personalidade psicopática. No dia 15 de outubro de 1976, Francisco matou Ângela de Souza da Silva com os mesmos requintes de crueldade e sadismo do seu crime anterior. Chico foi condenado a trinta anos de reclusão e permanece preso até hoje (ITAGIBA, 2010, p. 4-5).

Ocorre que o projeto de lei anteriormente descrito foi arquivado por ser declarado prejudicial à aprovação do Projeto de Lei n.º 8.504/2017 que, dispondo sobre a progressão de regime de cumprimento de pena, apenas estabelece que, considerando também crime hediondo o crime de genocídio, o condenado por genocídio deverá cumprir a pena integralmente em regime fechado.

O segundo, proposto pelo deputado federal Carlos Lapa, do Partido Socialista Brasileiro, objetivava acrescentar ao inciso III, alterando parágrafo único do artigo 96, bem como acrescentar parágrafo único ao artigo 97, ambos do Código Penal, para instituir medida de segurança nacional.

Se aprovada, a medida de segurança social perpétua seria acrescentada ao rol de medidas de segurança do artigo 96, do Código Penal Brasileiro, sendo que ainda que extinta a punibilidade, para o caso do psicopata, persistira a medida de segurança. Neste caso, a medida de segurança social perpétua seria

aplicada àquele, declarado, por junta médica, constituída de três psiquiatras oficiais, ser declarado psicopata, que cometer estupro ou atentado violento ao pudor, seguidos de morte contra criança ou adolescente; e matar, sequencialmente, cuja ação indique certa constância nos procedimentos, meios e fins, e praticar ações que causem terror e intranquilidade à população, como forma de protesto causando a morte de inocentes (LAPA, 2007, p. 1).

A justificativa encontrada pelo deputado é que, a uma, a Constituição Federal não veda medida de segurança social para indivíduos que matam em série ou praticam estupro ou atentado violento ao pudor contra crianças; e, a duas, segundo médicos psiquiatras da clínica forense, “o psicopata é incorrigível e (...) devem ser recolhidos em casas de custódia indefinidamente por medida de segurança, por serem todos eles, em face da conduta que é disposicionalmente perversa, constitucionalmente sádico-desalmada” (LAPA, 2007, p. 5). Por isso, na linha de pensamento de Carlos Lapa, a proteção da sociedade contra indivíduos com o desvio de conduta conhecido por “psicopatia”, que “têm cometido os crimes mais bárbaros que escandalizam o mundo, principalmente por que as suas vítimas geralmente são as mais indefesas, como mulheres e crianças” (LAPA, 2007, p. 2), a medida de segurança social perpétua é ação que se faz necessária.

O Projeto de Lei antes descrito consta em situação de arquivamento.

Por todo o exposto, salvo melhor juízo, fato é que os psicopatas não recebem a devida atenção doutrinária e legislativa do poder Judiciário brasileiro, o que torna impossível que indivíduos psicopatas recebem penas e tratamentos não só adequados, como também similares, razão pela qual as medidas penais se tornam inócuas, uma vez que podem ou não ser aplicadas.

Ademais, a junção dos fatores anteriormente delineados com a aplicação da lei penal vigente resta prejudicial ao julgamento e ao cumprimento de pena do psicopata ao passo que o coloca no mesmo patamar do homem médio e não se mostra capaz de efetivamente apresentar medidas de contenção para a psicopatia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, cumpre ressaltar que as legislações que ousaram tratar do tema “psicopatia” foram descartadas. Aqui, não se entra no mérito se tais projetos de lei de fato seriam eficazes, ou mais, se cumpririam a finalidade proposta, a de penas que realmente protejam a sociedade e o psicopata de si próprio. Aqui, importa que no Brasil inexistem dispositivos legais que regulem a aplicação da pena ou possíveis medidas de contenção para aqueles diagnosticados com personalidade psicopata.

Nesse aspecto, resta claro que não existem leis específicas sobre o tema, limitando a análise ao Código Penal, notadamente acerca da inimputabilidade na avaliação da capacidade cognitiva ou mental e volitiva da hora do crime, isto a fim de que o agente infrator possa receber penalmente a medida que lhe é devida.

Assim, o artigo 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, quando da tratativa da inimputabilidade do *caput*, e da semi-imputabilidade do parágrafo único, esclarecem o tratamento díspar entabulado para um e outro, visto que, em que pesem ambos estarem acometidos por doenças mentais à época dos fatos, impossibilitando que tivessem plena consciência dos seus atos para se determinarem de acordo com as condutas morais e jurídicas esperadas, cumpre ao juiz, se a conduta de fato se amoldar na descrição, aplicar medidas de segurança para o inimputável e redução de pena para o semi-imputável.

Nessa lógica, considerando que, a uma, o tema em comento é ignorado tanto pelo processo criminal quanto pela execução da pena, e, a duas, que o entendimento doutrinário pouco se dedica a abordá-lo, é notável (e justificável) a carência de embasamento e decisões uníssonas de magistrados na deliberação de casos que envolvam psicopatas. Logo, os apenados com psicopatia não têm outra alternativa se não tornarem-se um detento comum, apenas mais um encarcerado em meio a tantos outros.

Ainda neste recorte, no que respeita à jurisprudência, resta evidente que os magistrados adotam posturas diametralmente opostas, isso porque, enquanto alguns se coadunam ao conceito de semi-imputável, aplicando medidas de segurança, outros preferem penas privativas de liberdades altíssimas, como se tal medida fosse suficiente para sanar o problema da periculosidade social do psicopata.

Desta forma, o que se conclui é que, no contexto jurídico brasileiro, o psicopata é quase que inexistente, visto que pouco se fala no ambiente acadêmico e pouco se importam os legisladores, razão pela qual estão os psicopatas aquém da responsabilidade social penal legislativa.

Assim, questiona-se: O problema está na falta de medidas legislativas ou de fato não há responsabilidade penal suficiente para conter os males da psicopatia?

Do exposto, o que se extrai é que o problema está na falta de medidas legislativas e na responsabilidade penal que, no Brasil, é ineficiente para conter os males da psicopatia.

Isso porque a falta de medidas legislativas está inexoravelmente ligada à irresponsabilidade do psicopata.

Veja-se, é sabido que não pode o magistrado inovar no julgamento, devendo ater-se à legislação vigente de tal modo que, em não havendo medida específica para o psicopata, não pode o juiz, ao seu bel-prazer, aplicar pena diferente, que não as trazidas no bojo do Código Penal.

Dessa forma, considerando que os crimes cometidos por psicopatas e aqui analisados, em sua maioria, são apenados com sanções de reclusão (homicídio, estupro, lesão corporal de natureza grave, entre outros), o magistrado encontra-se restrito à aplicação de pena privativa de liberdade, com eventual redução de pena nos moldes do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, ou de medida de segurança na hipótese de o condenado ser inimputável.

Na aplicação da pena privativa de liberdade o apenado psicopata seria encarado como criminoso ordinário que, por sua vez, cumpre pena para quitar suas contas com a sociedade e cruzar as portas do sistema carcerário ressocializado. Este, todavia, não é o caso do psicopata, pois fato é que psicopatas não só são incapazes de arrependimento, como também, quando soltos e liberados para o convívio social, possuem alto índice de reincidência.

Nessa lógica, sentido ainda menor faria considerar o psicopata semi-imputável, isso porque, se o cumprimento de pena completa não é capaz de gerar qualquer mudança no comportamento do psicopata, que bem faria reduzir a sua pena?

Assim, resta clara a ineficiência da pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, quando da medida de segurança, é certo que esta não possui limite para duração, podendo o paciente internado permanecer sob o resguardo estatal enquanto perdurar sua periculosidade.

Ocorre, no entanto, que não há norte legislativo que indique ser o psicopata inimputável, cabendo, dessa forma, ao alvitre do magistrado, mediante incidente de insanidade mental – este que, repisa-se, não possui caráter obrigatório e, nos termos do artigo 182 do Código Penal, não vincula o juiz aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte – determinar o cumprimento da medida de segurança.

Nessa linha intelectual há que ressaltar que, conforme jurisprudência de todos os Estados brasileiros, não há harmonia nas decisões judiciais, vez que se uns consideram o psicopata imputável, outros o definem como semi-imputável.

Observa-se que, efetivamente, não há medidas no Código Penal suficientes para aplicação de qualquer medida sancionatória para o psicopata. A questão somente será elucidada quando a legislação não mais se quedar inerte e, de fato, adotar postura, seja no sentido da imputabilidade ou da inimputabilidade do psicopata.

7 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Antônio Garcia. *Psiquiatria criminal y forense*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1996.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.
- CLECKLEY, Hervey Milton. *The mask of sanity*. 5. ed. St. Louis: Editora Mosby. 1988. Disponível em: http://www.quantumfuture.net/store/sanity_1.Pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.
- COVELLI, Luciano Andres. *La Psicopatía en la condena y en la ejecución de la pena privativa de libertad*. Buenos Aires: Revista de Derecho Penal, 2009.
- GARRIDO, Francisco José Sanchez. *Fisionomia de la psicopatía – concepto, origen, causas y tratamiento legal*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2009.
- GATTAZ, Wagner F. Violência e doença mental: fato ou ficção? *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 21, n. 4, 1999.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral – volume 1*. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.
- ITAGIBA, Marcelo. *Projeto de Lei 6858/2010 – Altera a Lei nº 7.210, de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=737111&filename=PL+6858/2010. Acesso em: 16 ago. 2020.
- LAPA, Carlos. *Projeto de Lei 03/2007 – Acrescenta-se inciso III, altera parágrafo único do art. 96 e acrescenta parágrafo único ao art. 97, ambos do Código Penal, instituindo a medida de segurança nacional*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=433883&filename=PL+3/2007. Acesso em: 16 ago. 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Método. 2020. V. 1.
- MILLON, Theodore; SIMONSEN, Erik; BIRKET-SMITH, Morten. *Historical conceptions of psychopathy in the United States and Europe – Psychopathy: antisocial, criminal and violent behavior*. Nova York: The Guilford Press, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual do Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas – o psicopata mora ao lado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Fontanar, 2008.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Psicopata sem censura*. Pt.1/2. YouTube. 2008. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Sv98xU9QxYw>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- ZARLENGA, Marcelo. Esteban. *El psicopata perverso en la jurisprudencia argentina: una primera aproximación*. 10. ed. Buenos Aires: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, 2000. V. 6.

TEORIA DA DESCONTAMINAÇÃO NA JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL E PROVA ILÍCITA¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10029>

Recebido em: 27/12/2019

Aceito em: 29/7/2020

Magno Federici Gomes

Autor correspondente. Escola Superior Dom Helder Câmara – Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Rua Álvares Maciel, 628 – Santa Efigênia. Belo Horizonte/MG, Brasil. CEP 30150-250. <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. <https://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. federici@pucminas.br

Letícia Alves de Oliveira

Pontifícia Universidade Católica – PUC Minas. Belo Horizonte/MG, Brasil.

RESUMO

O presente estudo busca discutir a contaminação do julgador pelo contato com a prova ilícita, que afeta profundamente seu convencimento e sua imparcialidade. Percebe-se que as provas ilícitas são prejudiciais para a imparcialidade do julgador, que afeta tanto os demandantes quanto a própria aplicação do Direito. Deste modo, busca-se compreender como ocorre a contaminação do julgador pelo contato com a prova ilícita e quais são as consequências desse fenômeno ao processo civil. Utilizou-se no trabalho a metodologia teórico-documental, com raciocínio dedutivo. Conclui-se que a contaminação do juiz pela prova ilícita acarreta a sua suspeição, causando nulidade relativa ao processo.

Palavras-chave: Provas ilícitas; princípios; imparcialidade; contaminação do juiz; suspeição.

DECONTAMINATION THEORY IN SUSTAINABLE JURISDICTION AND ILLEGAL EVIDENCE

ABSTRACT

This paper seeks to discuss the contamination of the judge by contact with the illicit evidence, which profoundly affects his conviction and his impartiality. It appears that unlawful evidence is detrimental to the impartiality of the Court, which affects both the plaintiffs and the actual application of the law. In this way, it is sought to understand how the contamination of the judge occurs by the contact with the illicit evidence, and what are the consequences of this phenomenon to the civil process. The theoretical-documentary methodology was used in the paper, with deductive reasoning. It is concluded that the contamination of the judge by the unlawful evidence causes his suspicion, producing relative nullity to the procedure.

Keywords: Unlawful evidence; principles; impartiality; contamination of the judge; suspicion.

¹ Trabalho financiado pelo Projeto Fapemig nº 22.869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPq): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (Rega), Negesp, Metamorfose Jurídica e Cedis (FCT-PT).

1 INTRODUÇÃO

O direito à prova é um direito fundamental, destacando-se que as provas detêm diversas funções no processo judicial. Em razão disso, significativa é sua importância, contribuindo para a formação do convencimento do julgador e ainda tem o papel de legitimar a própria decisão judicial. Diversas, no entanto, são as questões relevantes em torno das provas, principalmente com relação a sua correta obtenção e utilização no processo, como é o caso das provas ilícitas.

O problema que se pretende responder é como solucionar a questão da contaminação do julgador pelo contato com a prova ilícita, que é um tipo de propensão cognitiva e que afeta profundamente seu convencimento, chegando às margens da parcialidade.

Com isso, o objetivo deste estudo é discutir a prova ilícita e suas consequências dentro do processo civil. Busca-se, então, fornecer meios para combater o dilema antes apresentado. Ademais, é de suma importância o estudo da contaminação do julgador pela prova ilícita e das questões em torno do assunto, em razão do papel fundamental da imparcialidade para as decisões judiciais no Estado Democrático de Direito.

Utilizou-se no trabalho a metodologia teórico-documental, com técnica dedutiva e consulta a fontes bibliográficas, tendo como marco teórico a obra de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016).

Este estudo analisará os princípios constitucionais no processo civil inerentes ao tema. Após, estudará as provas, inclusive as ilícitas, e as vedações constitucional e legal relativas ao objeto de pesquisa. Depois, passará ao tratamento da prova ilícita e do dever de imparcialidade dos magistrados, inclusive os institutos do impedimento e da suspeição, até chegar à contaminação, ou não, do juiz, pela prova ilícita.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL INERENTES AO TEMA

Os princípios são extremamente importantes para o Direito e norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, sendo essenciais para a própria aplicação do Direito. Em destaque, os princípios constitucionais, que estão expressos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), que têm especial relevância no processo civil.

Além disso, os princípios “são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos” (SILVA, 1993, p. 447). Assim, os princípios são essenciais para o exercício do Direito e servem para a própria defesa desses princípios contra arbitrariedades.

Com relação ao tema da contaminação do juiz pela prova ilícita, tem-se como princípios inerentes ao tema os princípios da isonomia, juízo natural, devido processo legal, contraditório e proibição de provas ilícitas.

O princípio da isonomia objetiva o tratamento igualitário das partes processuais, mediante a subordinação destas às mesmas regras jurídicas, para que tenham iguais oportunidades durante todo o processo, e tenham, principalmente, igualdade quanto à produção e análise de provas.

Já o princípio do juízo natural relaciona-se ao requisito constitucional da ordinariedade do juízo, que dispõe que este seja estabelecido anteriormente ao fato que será julgado, o que impede o tratamento díspar entre os casos no poder Judiciário, observando-se que ao poder Judiciário incumbe “a importante missão constitucional de promover o tratamento dos conflitos, sempre objetivando assegurar e harmonizar dialeticamente a fruição dos direitos fundamentais e imputar o respeito e o cumprimento dos deveres fundamentais” (BODNAR, 2009, p. 112). Assim, compete ao poder Judiciário a resolução dos conflitos e a proteção do Direito, sendo essencial a ordinariedade do juízo para alcançar tais fins, uma vez que este princípio promove a igualdade e protege os direitos das partes, revelando-se uma garantia para partes no processo.

O devido processo legal assegura que as decisões estejam de acordo com o texto constitucional. Assim, todas as decisões judiciais devem estar em conformidade com a Constituição Federal, respeitando os direitos fundamentais, e, mais do que isso, ninguém pode ser julgado e privado de um direito fundamental sem que possa se defender.

O princípio do contraditório consiste em uma garantia de influência e não surpresa das partes no processo, que promove a real participação das partes no processo, que influencia a formação do convencimento do magistrado e contribui para a decisão judicial.

Por fim, o princípio da vedação das provas ilícitas consiste no direito das partes de não terem no processo provas ilícitas produzidas ou provas obtidas ilicitamente. Ressalta-se que todas as provas contrárias à norma do ordenamento jurídico são consideradas ilícitas e não poderão ser utilizadas no processo. Assim, não foram estabelecidas restrições para a proibição da prova ilícita, e ocorrendo colisão entre direitos fundamentais necessita-se de ponderação entre os direitos no caso concreto.

3 PROVAS

O direito fundamental à prova está disposto no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, a qual tem extrema importância no processo judicial, uma vez que “contribui para a formação do convencimento do julgador acerca da lide” (NUNES *et al.*, 2013, p. 222).

Deste modo, percebe-se que a prova é essencial no processo, que não se limita apenas às partes, mas contribui para a formação do convencimento do julgador, e ainda tem o papel de legitimar a própria decisão judicial.

Destaca-se que a palavra prova tem significados distintos no processo judicial, que variam conforme o contexto em que o termo é empregado, podendo significar os meios para a ciência dos fatos pelo magistrado, o procedimento de formação e recepção dos instrumentos de cognição pelo juízo, a atividade lógica do juiz para compreensão dos fatos, ou ainda, o fruto dessa atividade lógica (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 257). Apesar dos diversos significados, todos destinam-se à formação do convencimento do juiz.

Importante salientar que a concepção de prova também está ligada à “racionalização da descoberta da verdade” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 250). A prova, contudo, não busca apenas a verdade, como dispõem Nunes *et al.*:

Isso significa que a prova não busca a “verdade”, mas, sim, a demonstração que os fatos narrados na petição inicial e na defesa são ou não comprováveis, o máximo que se viabiliza mediante o debate processual é um “alto grau de probabilidade” (NUNES *et al.*, 2013, p. 223).

Desse modo, a prova busca não apenas a descoberta da verdade, mas comprovar os fatos alegados pelas partes durante o processo. Com isso, é possível perceber o papel da prova no processo, que tem por objetivo a comprovação das alegações das partes, o que colabora para o convencimento do julgador. Importantes considerações fazem Didier Jr., Braga e Oliveira sobre a finalidade da prova:

Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as *próprias partes* se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas (2015, p. 50).

Assim, percebe-se que o magistrado não é o único destinatário da prova, mas as partes, também, quanto ao seu convencimento sobre os direitos alegados.

Ainda, Nunes *et al.* enumeram as espécies de provas, que são: “o depoimento pessoal; confissão; exibição de documento ou coisa; prova documental; prova testemunhal; prova pericial e inspeção judicial” (NUNES *et al.*, 2013, p. 225). Além destes, outros meios moralmente legítimos são admitidos para comprovar os fatos alegados pelas partes.

Há, contudo, fatos que independem de prova, quais sejam “I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos no processo como incontroversos e III – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”, conforme o artigo 374 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) (BRASIL, 2015).

Destaca-se que o artigo 77 do CPC/15, dispõe sobre os deveres das partes, em especial o inciso III, que estabelece como dever das partes “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito” (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, “um processo justo depende diretamente da ética entre as partes, de modo que demandante e demandado devem atuar com a lealdade processual que a lei exige, evitando dilações imprestáveis e

procrastinações injustificáveis” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 115). Assim, as partes têm o dever de lealdade umas com as outras no processo, evitando condutas desonestas, alheias à defesa de seus direitos.

Além disso, o artigo 378 do CPC impõe o dever de colaboração às partes, quando estabelece que “ninguém se exime do dever de colaborar com o poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (BRASIL, 2015). Dever esse que ganha destaque na produção de provas, uma vez que elas estão relacionadas à busca da verdade.

Ademais, as provas serão analisadas conforme o sistema de persuasão racional; o artigo 370 do CPC consagra o sistema de persuasão racional na apreciação da prova, sistema este que é intermediário entre o sistema da prova legal e o sistema da livre ou íntima convicção.

Ressalta-se que no sistema da prova legal a lei atribuíu o valor da prova, e o juiz se vinculava a essas determinações; e no sistema da livre ou íntima convicção o juiz decidia livremente, sem necessidade de fundamentar sua decisão (GRECO FILHO, 2007, p. 236). Sobre o sistema de persuasão racional, Grinover, Fernandes e Gomes Filho destacam que

[...] o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos (2007, p. 143).

O sistema de persuasão racional permite a livre apreciação da prova, mas vincula tal apreciação aos fatos e circunstâncias contidos no processo, e, ainda, exige a indicação na decisão das razões da formação do seu convencimento.

Apesar da consagração do sistema de persuasão racional no CPC/15, há hipóteses em que se vislumbra a aplicação do sistema da prova legal, como nos artigos 442 e 443 do CPC/15, que dispõem sobre a admissibilidade da prova testemunhal e nos artigos 405 e 406, do mesmo diploma legal, sobre a fé de documentos públicos. E há, também, a aplicação do sistema da livre ou íntima convicção no caso dos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida pelo tribunal do júri, conforme o artigo 5º, inciso XXXVIII, da CF/88.

Ademais, o sistema de persuasão racional é uma garantia constitucional do processo que assegura a justiça na apreciação da prova, e, principalmente, garante que a decisão seja baseada em elementos constantes no processo e que seja motivada.

Assim, evidencia-se o papel fundamental da prova no processo, que depende de todos os sujeitos processuais para atingir o fim almejado.

3.1 Prova ilícita

O direito fundamental à vedação de provas ilícitas, expresso no artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, proíbe tanto as provas ilícitas quanto as provas obtidas ilicitamente. Didier Jr., Braga e Oliveira sobre provas ilícitas e provas obtidas ilicitamente, destacam:

Há quem distinga entre prova ilícita e prova obtida ilicitamente. Aquela seria a prova com conteúdo ilícito; esta, a prova cuja colheita ou método de inserção no processo é ilícito. Considera-se, porém, que ambas estão abrangidas pela vedação do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (2015, p. 95).

Diante disso, a definição de prova ilícita envolve todas as provas contrárias à norma do ordenamento jurídico, podendo a norma violada ser de qualquer natureza jurídica.

Como exemplos de provas ilícitas, Didier Jr., Braga e Oliveira citam “a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunha sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio, etc.” (2015, p. 32).

Ainda há a prova moralmente ilegítima, vedada pelo artigo 369 do CPC/15, que seria contrária à boa-fé objetiva, essa constituindo uma norma jurídica ou um princípio. Deste modo, a prova seria ilícita por violar a boa-fé objetiva, e, por consequência, uma norma jurídica.

Nunes *et al.* classificam a prova ilícita e a prova ilegítima como sendo espécies do gênero prova ilegal (2013, p. 222), a prova ilícita como sendo a prova obtida violando uma regra de direito material e a prova ilegítima violando uma regra de direito processual.

Destaca-se que o direito fundamental à vedação de provas ilícitas e o direito fundamental à prova são complementares, uma vez que “o direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 33). Tais direitos, contudo, poderão colidir quando houver apenas um meio de prova para comprovar as alegações feitas por uma parte, mas tal meio de prova seja considerado ilícito. Diante disso, o juiz deverá utilizar-se de uma ponderação entre os direitos, conforme o princípio da proporcionalidade.

Assim, excepcionalmente, as provas ilícitas poderão ser admitidas, mas, em regra, elas não podem ser utilizadas no processo, em razão da vedação constitucional, artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, e legal, artigo 369, do CPC/15, que serão analisadas a seguir.

3.1.1 Vedação constitucional e vedação legal

Como mencionado anteriormente, o artigo 5º, inciso LVI, da CF/88 veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, as quais são aquelas alcançadas mediante violação de uma regra de direito material.

Normalmente, tais provas “violam direitos fundamentais materiais, como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência (art. 5º, X, XI e XII da CF)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 326).

Assim, as provas ilícitas para serem obtidas violaram direitos fundamentais, o que é expressamente vedado pela CF/88. Dessa forma, em razão da violação de uma regra de direito material, as provas ilícitas não podem ser sanadas e, por consequência, não podem produzir efeitos no processo, o que é necessário para proteção dos direitos.

No caso, entretanto, de conflito entre princípios constitucionais de igual valor hierárquico, poderá ser aplicado o princípio da proporcionalidade:

Para corrigir possíveis distorções originadas da utilização do texto frio da lei ao caso concreto, recorre-se ao emprego do princípio da proporcionalidade. A regra da proibição da prova ilícita está inserida no título: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da CR/88, pelo que deve ser vista como uma norma basilar protetiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, no mesmo título, estão garantidos outros direitos igualmente importantes, como os direitos à liberdade, à vida, ao contraditório, à ampla defesa e à segurança, de modo que pode haver determinados casos em que dois princípios constitucionais de igual valor hierárquico conflitem. Em situações tais, propõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio do qual os bens ou valores igualmente protegidos constitucionalmente são sopesados, de modo a possibilitar que a proteção de um bem jurídico não implique na exclusão ou eliminação do outro (GOMES; DRUMOND, 2012, p. 29).

Assim, havendo conflito entre a regra da proibição da prova ilícita e direitos igualmente importantes, sendo princípios constitucionais de igual valor hierárquico, será utilizada a proporcionalidade para que seja aplicado o princípio mais adequado ao caso concreto para proteger o bem jurídico em questão, sem que elimine o princípio não aplicado. Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que:

O art. 5º, inciso LVI, da CF não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita. O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção dos direitos materiais que podem ser violados (2016, p. 327).

Assim, há a proibição das provas ilícitas para proteger o direito material, evitando que as partes busquem a qualquer custo provas para demonstrar as afirmações relacionadas aos fatos por elas alegados. Já o artigo 369 do CPC/15, sobre as provas, assim estabelece:

Art. 369 do CPC/15. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (BRASIL, 2015).

Nesse dispositivo percebe-se a intenção do legislador em garantir o direito fundamental à prova, que apenas se limita à vedação das provas ilícitas, expressa no artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, e moralmente ilegítimas, estabelecida no artigo anteriormente transcrito.

Assim, são permitidas as provas obtidas por “meios legais”, ou seja, qualquer meio previsto em lei, e, ainda, meios “moralmente legítimos”, que, apesar de não estarem previstos em lei, estão de acordo com o Direito. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero fazem importante esclarecimento:

Quando o art. 369 alude a meios moralmente legítimos, não está contrapondo o que é legal com o que é moral, mas sim dizendo que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles que não estão expressamente tipificados em lei. Tais meios, dessa forma, são as provas atípicas (2016, p. 320).

Desse modo, os meios de prova deverão estar em concordância com o Direito, constituindo meios de provas legais, mas podem ou não estarem previstos em lei, podendo ser típicos ou atípicos. Ademais, o dispositivo em questão promove o direito fundamental à prova, mas ainda preza pela conformidade das provas com o Direito, assim protegendo o direito material. Dessa forma, a vedação constitucional e a vedação legal são essenciais para a proteção do direito material e para as decisões justas.

3.1.2 O tratamento da prova ilícita

Apesar de o processo penal e do processo civil estarem submetidos à mesma vedação constitucional em relação às provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, da CF/88), diante das peculiaridades dos direitos processuais faz-se necessária uma análise separada quanto ao tratamento da prova ilícita.

A prova ilícita no processo penal tem relevante destaque, em razão de a obtenção de provas ser uma incumbência da polícia; por isso, faz-se necessário um mecanismo de controle da atuação policial para evitar a obtenção de provas mediante violação de normas.

Conforme artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP), as provas ilícitas não podem ser utilizadas no processo, devendo ser desentranhadas, ainda que os fatos apurados sejam relevantes. Apesar de ser essa a teoria dominante, em situações excepcionais admite-se a aplicação da teoria da proporcionalidade, que admite a utilização de provas ilícitas apenas se, inadmitida a prova ilícita, isso provocasse resultados desproporcionais, ou seja, resultados mais graves que a ofensa ao direito material em virtude da utilização da prova ilícita (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 152).

Relacionada à aplicação do princípio da proporcionalidade, admite-se a utilização de provas ilícitas se favorável ao acusado, em razão do princípio da proporcionalidade ou mediante a aplicação das hipóteses de exclusão de ilicitude referentes ao Direito Penal, pois se eliminaria a ilicitude da prova por estar sendo utilizada em benefício do réu. E, ainda, a prova ilícita também poderá ser utilizada pela acusação, mas apenas quando a aplicação da vedação da prova ilícita provoque flagrante e notória injustiça, como nos crimes de racismo, tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crime organizado (GOMES; DRUMOND, 2012, p. 30).

Além disso, merece especial destaque a teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*), que origina o conceito das provas ilícitas por derivação, que, apesar de serem lícitas, foram produzidas a partir de provas ilícitas.

Quanto às provas ilícitas por derivação, o CPP, em seu artigo 157, parágrafos 1º e 2º, estabelece exceções, se a prova ilícita não foi determinante para a obtenção da prova derivada ou se a prova deriva de fonte independente, poderá ser utilizada no processo.

De todo modo, o juiz deverá fundamentar sua decisão que admita no processo uma prova derivada, em razão do dever da fundamentação racional das decisões, estabelecido no artigo 93, inciso IX, da CF/88.

Por fim, observa-se que além do controle da atuação policial para se evitar condutas abusivas, a vedação a provas ilícitas no processo penal também tem como objetivo proteger o direito de liberdade diante do poder punitivo do Estado.

Por sua vez, no processo civil, além da proibição constitucional a provas ilícitas, artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, o artigo 369 do CPC veda as provas moralmente ilegítimas, como mencionado em tópico anterior.

E quanto à vedação a provas ilícitas, no processo civil ocorre a ponderação entre o “direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional e o direito material violado pela prova ilícita” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 331).

Assim, analisa-se a proporcionalidade entre os direitos, para então se decidir quanto ao destino da prova ilícita e sua possível utilização no processo. Nesse sentido, Gomes e Drumond argumentam

Finalmente, no íterim do direito processual civil, de mesma forma, a prova ilícita poderá ser empregada em casos em que prevalece o interesse público indisponível, ou seja, quando favorecer a interesses de incapazes, nas causas sobre o estado da pessoa, poder familiar, tutela, curatela, interdição, declaração de ausência e nas ações que envolvam pretensões difusas ou coletivas, inclusive nas ações constitucionais dessa índole, tendo em vista o princípio da isonomia constante no art. 5, caput, da CR/88 e os demais direitos fundamentais presentes no mesmo dispositivo constitucional, desde que não seja possível a sua produção por outro meio admissível (2012, p. 30).

Com isso, verificando a proporcionalidade entre os direitos, a prova ilícita poderá ser utilizada em casos em que não seja possível produzi-la por outros meios.

Como mencionado, há exceções às provas ilícitas por derivação, dispostas no artigo 157, parágrafos 1º e 2º, do CPP. Quando a prova ilícita não foi determinante para a obtenção da prova derivada, ou se a prova puder ser obtida a partir de fonte independente, poderá ser utilizada no processo.

Tais dispositivos podem ser aplicados por analogia ao Processo Civil, em razão do enunciado n. 301 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em que se estabeleceu que “aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do CPP, afastando a ilicitude da prova” (PEIXOTO, 2018, p. 42).

Desse modo, no processo civil promove-se a ponderação entre o direito material tutelado e o direito material violado pela prova ilícita, para que se obtenha decisões mais justas e adequadas.

4 DA IMPARCIALIDADE COMO DEVER DO JUIZ

O juiz para ser legítimo para a condução de um processo deve ser qualificado como juiz natural, direito fundamental expresso no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88.

O juiz natural tem o dever de imparcialidade ao conduzir o processo, “que pode ser definida como a ausência de interesse pessoal na solução no caso concreto” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 81).

Assim, o magistrado, para ser considerado imparcial, não poderá ter interesse no processo que conduz, dado que qualquer tipo de interesse certamente comprometerá suas decisões.

Certo é que condição para a imparcialidade e isenção diante de pressões externas é a independência da magistratura, assegurada pelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, conforme o artigo 99, da CF/88. Greco Filho esclarece que

[...] é evidente que a imparcialidade é garantia essencial, porquanto a distribuição da justiça incorreria em grave risco se pudesse estar nas mãos de juiz pessoalmente interessado na causa. De um lado, haveria o prejuízo das partes, que poderiam ter uma sentença não conforme o direito, mas conforme o sentimento do magistrado, e, de outro, o prejuízo do interesse público na distribuição da justiça e na aplicação do direito (2007, p. 54).

Desse modo, a imparcialidade é essencial para a justiça das decisões, uma vez que a sua ausência, além de causar prejuízo às partes, também o faz em relação à aplicação do Direito.

Assim, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que “ser independente e imparcial é ser fiel ao Direito – vale dizer, desde o ponto de vista da administração da justiça, ser fiel à interpretação que lhe é conferida pelos tribunais para o caso concreto e a partir do caso concreto” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 82).

Assim entendido, o juiz imparcial deve ser fiel ao Direito e alheio ao processo que conduz, devendo considerar apenas o direito para julgar e não interesses pessoais. Dessa forma, Pegoraro Junior faz as seguintes considerações sobre a imparcialidade:

A exigência da imparcialidade no âmbito do processo, assim, não se insere num contexto ideal de neutralidade absoluta, mas sim, a partir de critérios objetivos e subjetivos, de assegurar minimamente a imparcialidade do julgador e dos demais atores envolvidos na prestação jurisdicional, com suporte em mandamento constitucional e em tratados internacionais, impondo-se como um direito processual fundamental a um devido processo legal e justo (PEGORARO JUNIOR, 2017, p. 14).

Nesse contexto, a imparcialidade é um grande desafio para o magistrado, não podendo almejar a utópica neutralidade absoluta, que é impossível ao ser humano, mas buscando assegurar a imparcialidade a partir de critérios objetivos e subjetivos, como as hipóteses de impedimento e suspeição que acarretam o afastamento do juiz parcial.

Ademais, a imparcialidade é de suma importância para assegurar a correta aplicação do Direito. Em razão da imparcialidade, o CPC/15 prevê nos artigos 144 e 145 as hipóteses de impedimento e suspeição, que possibilitam o afastamento do juiz parcial, ou seja, aquele que é influenciado por fatores alheios ao direito das partes; trata-se, pois, de questões relativas ao próprio juiz e não ao Juízo.

Assim sendo, o impedimento e a suspeição ao afetarem a imparcialidade do juiz, por consequência, impedem a igualdade de tratamento das partes e a justiça das decisões.

As causas de impedimento estão dispostas no artigo 144, do CPC/15, e são circunstâncias objetivas que impedem o juiz de atuar no processo, ou por já ter atuado na causa ou por estar ligado intimamente à lide. Assim, as causas de impedimento proíbem o magistrado de exercer o poder jurisdicional no caso concreto.

Pegoraro Junior esclarece que “a índole que assume as hipóteses de impedimento tem caráter pessoal, afastando a pessoa física do juiz para o julgamento da causa, mas sem deslocar a competência do órgão jurisdicional” (2017, p. 14).

Percebe-se que as causas de impedimento são referentes à pessoa física do juiz, que não afetam a competência do órgão jurisdicional, pois são hipóteses retidas à pessoa do juiz que o impedem de julgar com imparcialidade, o que acarreta a proibição do magistrado de exercer sua função jurisdicional. Nesse sentido, Greco Filho dispõe que:

Nos casos em que a lei considera o juiz impedido, está ele proibido de exercer sua função jurisdicional. A violação dos casos de impedimento acarreta a nulidade do processo, gerando a possibilidade da ação rescisória se, apesar da proibição legal, o juiz impedido proferiu sentença que se tornou definitiva com o trânsito em julgado (art. 485, II) (2007, p. 241).

Assim, diante da gravidade das hipóteses de impedimento que acarretam a nulidade do processo, há possibilidade de rescisão da decisão proferida por juiz impedido, conforme o artigo 966, II, do CPC/15.

Destaca-se que as causas de impedimento, por comprometerem totalmente a imparcialidade do julgador, objetivam proteger interesses de ordem pública no processo, em razão disso acarretam nulidade absoluta, não podendo ser sanadas, o que justifica a possibilidade de tornar sem efeito a decisão proferida por juiz impedido.

Já as causas de suspeição estão dispostas no artigo 145 do CPC, e “são hipóteses em que o juiz ou está psicologicamente vinculado às partes ou tem interesse na solução da causa de seu cônjuge ou de parente deste em linha reta, ou na colateral até terceiro grau” (GRECO FILHO, 2007, p. 242).

Diferentemente das causas de impedimento, as causas de suspeição não proíbem o magistrado de exercer o poder jurisdicional, apenas se suscita uma dúvida quanto à sua imparcialidade, o que ocasiona o seu afastamento do processo. Não há possibilidade, no entanto, de rescisão da decisão proferida por juiz suspeito, pois as causas de suspeição acarretam tão somente nulidade relativa, não torna nula a sentença.

Desse modo, as causas de suspeição geram uma dúvida quanto à imparcialidade do juiz; assim a parte interessada deve arguir a nulidade relativa, pois se retém somente a ela eventuais prejuízos por atos praticados pelo juiz suspeito. Além disso, diferentemente das hipóteses de impedimento, as causas de suspeição não podem ser alegadas posteriormente ao trânsito em julgado da sentença. Dessa forma, se a parte não fizer a alegação na primeira oportunidade em se manifestar nos autos, o ato praticado pelo juiz suspeito será convalidado.

O procedimento para reconhecer o impedimento e a suspeição está disposto no artigo 146 do CPC. Tais causas devem ser arguidas por qualquer das partes por meio de exceção, ou ser reconhecidas pelo próprio juiz de ofício, caso em que este remeterá o processo ao seu substituto legal. Nessa hipótese não cabe recurso, pois não há sucumbência para as partes.

Em caso contrário, conforme o artigo 146, §1º do CPC, “determinará a autuação em apartado da petição e, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentará suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa do incidente ao tribunal” (BRASIL, 2015).

Ao ser remetido ao tribunal, o relator irá declarar os seus efeitos, caso o incidente seja recebido sem o efeito suspensivo o processo voltará a tramitar, mas se com efeito suspensivo o processo continuará suspenso para o julgamento do incidente. E “enquanto não for declarado o efeito em que é recebido o incidente ou quando este for recebido com efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao substituto legal”, conforme o artigo 146, § 3º do CPC (BRASIL, 2015).

A exceção poderá ser arquivada, se não tiver fundamento legal, ou julgada procedente, hipótese em que o juiz será condenado nas custas e o processo será remetido ao substituto legal, podendo o juiz recorrer da decisão.

E caso seja identificado o impedimento ou a suspeição, o Tribunal irá fixar o ponto a partir do qual o magistrado não deveria ter atuado, observando-se que será decretada a nulidade dos seus atos se esses foram realizados quando já presente a causa de impedimento ou de suspeição.

Ademais, o artigo 148 do CPC estabelece que também se aplicam as causas de impedimento e de suspeição “I– ao membro do Ministério Público; II – aos auxiliares da Justiça e III – aos demais sujeitos imparciais do processo” (BRASIL, 2015).

5 A CONTAMINAÇÃO DO JUIZ PELA PROVA ILÍCITA

As provas são essenciais no processo, uma vez que possibilitam a comprovação das alegações das partes e, ainda, colaboram para o convencimento do julgador. Se, no entanto, a prova for considerada ilícita, por ser contrária à norma do ordenamento jurídico, não poderá ser utilizada no processo.

Apesar de a prova ilícita não ser utilizada no processo, o juiz, ao ter contato com ela, será contaminado consciente ou inconscientemente pelo conteúdo dessa prova.

Esse fenômeno é conhecido como propensões cognitivas que consiste em uma contaminação cognitiva do magistrado produzida durante o processo, que inevitavelmente compromete o bom julgamento. Com isso, a imparcialidade do julgador é extremamente afetada e isso poderá comprometer as decisões que serão proferidas no processo. Sobre a imparcialidade, Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem:

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial – e o Estado, que assumiu a responsabilidade do exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas (2014, p. 71).

Desse modo, a contaminação do juiz pela prova ilícita não afeta apenas sua imparcialidade, mas também a garantia de justiça para as partes, pois uma vez que a imparcialidade é comprometida, por consequência a justiça das decisões proferidas também será comprometida. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Miti-diero destacam que:

Não se quer dizer, note-se bem, que o juiz que se baseou na prova ilícita irá buscar uma sentença de procedência a qualquer custo, ainda que existam outras provas válidas, mas apenas que a valoração dessas outras provas dificilmente se livrará do conhecimento obtido através da prova ilícita (2016, p. 337).

Assim, mesmo que a prova ilícita não seja usada no processo, o convencimento do juiz pode ter sido influenciado pelo contato com essa prova, o que compromete profundamente as futuras decisões.

Desse modo, o juiz contaminado pela prova ilícita está suspeito, pois haverá uma dúvida quanto à sua imparcialidade. Nesse caso, a parte interessada deverá alegar a suspeição, pois esta consiste em uma nulidade relativa que necessita de provocação da parte.

Como isso, a contaminação do juiz pela prova ilícita tem repercussão somente para a parte, que suspeita que o juiz teve sua imparcialidade comprometida pela prova ilícita. Isto porque a contaminação do juiz pela prova ilícita afeta a sua imparcialidade, o que influencia as decisões proferidas no processo, uma vez que o juiz não se desvincula das informações que tomou conhecimento por meio da prova ilícita.

Ademais, caso seja proferida sentença baseada em prova ilícita, esta deverá ser afastada, e essa decisão tem o efeito de descontaminar o julgado; a tal fenômeno dá-se o nome de teoria da descontaminação do julgado. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero destacam que:

Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e, assim, algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena, ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença anterior (2016, p. 337).

Na hipótese descrita, deverá ser proferida outra decisão de 1º grau, mas por outro juiz, pois o magistrado que proferiu a sentença baseada em prova ilícita foi contaminado por essa prova e teve seu convencimento influenciado.

Com isso, percebe-se a complexidade da contaminação do juiz pelo contato com provas ilícitas, pois não se pode afirmar que o magistrado irá conduzir o processo e proferir decisões baseado na prova ilícita, mas, caso isso ocorra, a correta aplicação do Direito estará seriamente comprometida.

Diante disso, havendo o contato do juiz com prova ilícita, e mesmo que esta não seja utilizada no processo, o juiz será contaminado consciente ou inconscientemente e terá sua imparcialidade afetada. Assim, o juiz contaminado pela prova ilícita não poderia mais conduzir o processo, e ele próprio pode reconhecer sua suspeição por foro íntimo ou uma das partes por meio de arguição de suspeição (artigo 146 do CPC/15). Se, no entanto, nenhuma dessas hipóteses ocorrerem, os atos praticados pelo juiz contaminado se aperfeiçoam e passam a ser considerados válidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas no processo judicial têm extrema importância, destacando-se que a questão das provas ilícitas e a contaminação do juiz pelo contato com elas é um problema sério que prejudica a formação das decisões judiciais. Como inerentes ao tema, tem-se os princípios da isonomia, do juízo natural, do devido processo legal, do contraditório e da vedação das provas ilícitas.

A prova é um direito fundamental, que tem por objetivo a comprovação das alegações das partes, o que colabora para o convencimento do julgador. E quanto à apreciação das provas, elas serão analisadas conforme o sistema de persuasão racional na sua apreciação, que permite a livre análise, mas vincula tal apreciação aos fatos e circunstâncias contidos no processo e, ainda, exige a indicação na decisão das razões da formação do convencimento.

No caso das provas ilícitas, elas não devem ser utilizadas no processo em razão da vedação constitucional, artigo 5º, inciso LVI, da CF/88, e legal, artigo 369, do CPC/15. Destaca-se que no processo penal e no processo civil as provas estão submetidas à mesma vedação constitucional. No processo penal, conforme artigo 157 do CPP, tem-se a vedação das provas ilícitas que devem ser desentranhadas do processo e, ainda, além do controle da atuação policial para se evitar condutas abusivas, a vedação a provas ilícitas também objetiva proteger o direito de liberdade diante do poder punitivo do Estado. No processo civil, ocorre a ponderação entre o direito material tutelado e o direito material violado pela prova ilícita, para que se obtenha decisões mais justas e adequadas.

Destaca-se a essencialidade da imparcialidade do juiz para a justiça das decisões, ressaltando-se que sua ausência pode causar prejuízo às partes, e também à aplicação do Direito. Em razão disso, o CPC/15 prevê nos artigos 144 e 145 as hipóteses de impedimento e suspeição, que possibilitam o afastamento do juiz parcial. O impedimento e suspeição afetam a imparcialidade do juiz e, por consequência, impedem a igualdade de tratamento das partes e a justiça das decisões.

A imparcialidade do julgador também é afetada pela prova ilícita. Mesmo não sendo utilizada no processo, o juiz, ao ter contato com ela, será contaminado consciente ou inconscientemente pelo conteúdo dessa prova irregular. Assim, a imparcialidade do julgador, ao ser afetada, poderá comprometer as decisões que serão proferidas no processo, pois o magistrado não se desvincula das informações que tomou conhecimento por intermédio da prova ilícita.

Em razão disso, o juiz contaminado pela prova ilícita torna-se suspeito, pois haverá uma dúvida quanto a sua imparcialidade. Nesse contexto, o juiz contaminado em razão do contato com uma prova ilícita não poderia mais conduzir o processo, e o próprio magistrado pode reconhecer sua suspeição por motivo de foro íntimo ou uma das partes por meio de arguição de suspeição. Se, todavia, nenhuma dessas hipóteses ocorrerem, os atos praticados pelo juiz contaminado se convalidam, tendo em vista se tratar de nulidade processual relativa.

Dessa forma, para que se evitem as consequências gravosas causadas pela contaminação do juiz pelo contato com provas ilícitas, os princípios devem ser respeitados pelos sujeitos processuais para que haja uma correta aplicação do Direito e decisões mais justas e equânimes.

7 REFERÊNCIAS

- BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19/134>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1º nov. 2017.
- BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. V. 2.
- GOMES, Magno Federici; DRUMOND, Letícia. *A efetividade e as recentes alterações legislativas no Código de Processo Civil: princípios constitucionais do processo civil e modificações normativas anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004*. Belo Horizonte: Puc Minas Virtual, 2012. V. 1.
- GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 93-111, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8864>. Acesso em: 20 ago. 2019
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. *As nulidades do processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. 2.
- NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. Imparcialidade como direito processual fundamental: impedimento e suspeição no novo Código de Processo Civil. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 397-411. Disponível em: https://www.academia.edu/34055721/Imparcialidade_como_direito_processual_fundamental_impedimento_e_suspeicao_no_novo_Codigo_de_Processo_Civil. Acesso em: 27 dez. 2019.
- PEIXOTO, Ravi (org.). *Enunciados: Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SILVA, De Plácido e. Princípios. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 447. V. 3.

REGULAÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.9037>

Recebido em: 16/5/2019

Modificações solicitadas em: 28/5/2020

Aceito em: 10/11/2020

Natália Paulino Bonnomi

Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Av. Prof. Moraes Rego, 1.235 – Cidade Universitária. Recife/PE, Brasil. CEP 50670-901. <http://lattes.cnpq.br/0292379684537867>. <https://orcid.org/0000-0001-7680-4169>. nataliabmi@gmail.com

RESUMO

O presente artigo aborda a relação entre a regulação legítima ambiental e a expropriação indireta segundo as disposições contidas nos acordos internacionais de investimento. Para tanto serão analisados os principais parâmetros utilizados nos acordos internacionais a fim de distinguir uma medida de regulação ambiental legítima de uma medida expropriatória, apta a gerar o dever de compensação do investidor por parte do Estado receptor. A pesquisa desenvolvida neste artigo explora a contribuição da doutrina e de instrumentos internacionais sobre o tema. Conclui-se que não há um entendimento uniforme nos acordos internacionais de investimento sobre os limites entre uma medida regulatória ambiental e uma medida expropriatória, o que acaba por ensejar uma inconsistência sobre o assunto no âmbito do Direito Internacional do Investimento.

Palavras-chave: Investimento; regulação; meio ambiente; expropriação.

ENVIRONMENTAL REGULATION IN THE INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

ABSTRACT

The present article deals with the relationship between legitimate environmental regulation and indirect expropriation according to the provisions of the international investment agreements. In order to do that, the article will carry out an analysis of the main parameters adopted in international agreements to distinguish a measure of legitimate environmental regulation from a measure of expropriation, which entails the obligation of the host State to compensate the foreign investor. The research carried out in this article explores the contribution from literature and international instruments over the topic. It is concluded that there is no uniform understanding in the international investment agreements about the limits to distinguish a environmental regulatory measure from an expropriatory measure, what results in some inconsistency over the matter in the International Investment Law field.

Keywords: Investment; regulation; environment; expropriation.

1 INTRODUÇÃO

Ao optar por investir em determinado país, o investidor estrangeiro submete-se ao seu ordenamento jurídico interno e ao risco de eventuais modificações políticas ou financeiras no Estado receptor. Para minimizar tais riscos, os direitos do investidor são protegidos pelo Estado receptor nos termos dos acordos e contratos de investimento aplicáveis, em geral conforme padrões internacionais mínimos de tratamento.

Embora, no entanto, seja necessário garantir que os interesses do investidor sejam protegidos, os acordos e os contratos internacionais de investimento também devem buscar assegurar o *policy space* do Estado receptor, ou seja, seu espaço para instituição de políticas públicas com o objetivo de se desenvolver e de garantir o interesse público. As medidas de regulação doméstica tomadas pelo Estado receptor no exercício de sua soberania são reflexo do poder de polícia estatal (*police powers*). O exercício desse poder permite que o Estado proteja interesses públicos tidos como essenciais contra determinados danos, que podem ser provenientes da atividade do investidor.

Observa-se, portanto, que os direitos conferidos ao investidor não são absolutos, visto que devem respeitar as normas vigentes no Estado receptor editadas para proteger o interesse público. Logo, caso a atuação do investidor seja considerada lesiva ao interesse público do Estado receptor, o Direito Internacional tem reconhecido seu direito a adotar medidas regulatórias que afetem negativamente o investimento. Os acordos internacionais, de maneira geral, concedem esse direito ao Estado receptor, porém exigem que as medidas tidas como expropriatórias preencham certos requisitos, entre eles o de compensação em favor do investidor.

Nesse contexto, há, de um lado, o direito do investidor de usufruir do proveito econômico de seu investimento sem a interferência estatal, e, de outro lado, a necessidade de o Estado receptor assegurar a adoção de políticas públicas que visem ao bem-estar social. Por esta razão, os acordos internacionais de investimento, bem como a doutrina especializada, apontam que o exercício legítimo do Estado receptor de seu poder de regulação, ainda que produzisse um impacto negativo no investimento, configuraria uma medida regulatória, distinta de uma expropriação, que gera o dever de compensação ao investidor estrangeiro.

Diante disso, o principal objetivo do artigo é identificar quando uma medida regulatória do Estado receptor, no caso deste estudo, destinada à proteção do meio ambiente, configura uma regulação legítima, proveniente do interesse público estatal, e em que hipóteses constitui uma medida expropriatória, que acaba por privar o investidor do aproveitamento econômico de seu empreendimento.

As perguntas levantadas pela pesquisa são as seguintes: 1) em que hipóteses a atuação estatal que interfere no investimento estrangeiro será considerada uma expropriação indireta ou uma regulação legítima?; 2) a regulação estatal, ainda que legítima, enseja o dever de compensação ao investidor por parte do Estado receptor?; 3) a efetivação de políticas públicas ambientais pode ser considerada uma regulação legítima?

A fim de responder a estes questionamentos, serão examinados os critérios adotados nos acordos internacionais de investimento para reconhecer uma medida como regulatória ou expropriatória, assim como a interpretação conferida pela literatura a esses parâmetros. Tais critérios podem ser encontrados na larga maioria dos acordos de investimento, os quais tiveram como norte o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), e têm sido objeto de estudo da doutrina especializada no tema de investimento estrangeiro. Além disso, para melhor elucidar a aplicação desses critérios à regulação ambiental, são citadas algumas disputas dirimidas em Cortes Arbitrais, as quais foram selecionadas pelo fato de enfrentarem a controvérsia acerca do reconhecimento ou não de uma medida regulatória ambiental como uma medida de expropriação indireta.

2 O CONCEITO DE EXPROPRIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

Existem situações em que a atuação regulatória estatal prejudica a atividade exercida pelo investidor de modo a dificultar ou, até mesmo, a inviabilizar o investimento. É possível, por exemplo, que o Estado receptor proíba a circulação em seu território de determinado produto cujo malefício à saúde humana foi comprovado por órgão competente, o qual constitui o único objeto de produção de um investidor estrangeiro instalado nesse país. Percebe-se que, ainda que tal medida estatal impossibilite a atuação do investidor, esta atende a um interesse público de proteção à saúde dos consumidores.

No caso citado, verifica-se que a determinação do Estado receptor pode ensejar uma controvérsia acerca do caráter expropriatório da medida, uma vez que esta inviabilizaria a execução do investimento de tal maneira que equivaleria a retirar o direito de propriedade do investidor. Nesse ponto, é necessário discorrer sobre o conceito de expropriação e as suas modalidades.

Entendia-se por expropriação o ato estatal de destituir o investidor do seu título de propriedade, conceito este que tornava fácil verificar a configuração ou não de uma medida expropriatória no caso concreto. No período posterior às descolonizações, a retirada do direito de propriedade do investidor tornou-se comum em razão do objetivo dos Estados de reaver o controle sobre a sua economia por meio da nacionalização das empresas estrangeiras. Os países em desenvolvimento efetuaram mudanças no processo de entrada do investimento estrangeiro, que ocorria principalmente na forma de *joint ventures* incorporadas ao Estado receptor, a fim de obter um maior controle administrativo sobre o investimento (SORNARAJAH, 2010, p. 363).

Essa expropriação direta, no entanto, que retira o título formal de propriedade do investidor, é hoje rara no cenário internacional. Atualmente a interferência do Estado receptor no direito de propriedade do investidor estrangeiro tem envolvido vários tipos de regulação, voltadas de forma especial para atender seus objetivos de desenvolvimento econômico e garantir a proteção das pessoas e do meio ambiente. Diante disso, o regime internacional de proteção ao investimento teve de se adaptar a essas novas formas de intervenção estatal na propriedade do investidor estrangeiro (SORNARAJAH, 2010, p. 363).

Nesse sentido, podem ser identificados três tipos de expropriação nos acordos internacionais de investimento: expropriação direta, expropriação indireta e medida equivalente à expropriação. Em verdade, embora expresso em diversos acordos de investimento, o terceiro tipo não configura uma outra espécie de expropriação, mas sim uma medida que seria similar a uma expropriação direta ou indireta (SORNARAJAH, 2010, p. 363).

Faz-se necessário, portanto, distinguir a expropriação direta da expropriação indireta. A expropriação direta transfere o título de propriedade do investidor para o Estado ou para um terceiro e é raramente utilizada pelo Estado receptor em razão da má reputação que tal medida traria ao Estado em termos de atração de investimento estrangeiro. Já a expropriação indireta, que consiste na adoção de medidas com objetivos regulatórios legítimos, não retira o direito de propriedade do investidor formalmente, mas o priva da possibilidade de empregar o investimento de forma significativa, o que, em termos práticos, seria semelhante a expropriá-lo (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 92).

Dentro do conceito de expropriação indireta encontram-se a expropriação *creeping*, que se caracteriza pela retirada do direito de propriedade do investidor de forma paulatina, e a expropriação regulatória, que, quando motivada por um interesse público e reconhecida como regulação legítima, em princípio não está sujeita a pagamento de compensação (RIBEIRO, 2014, p. 145-146).

A proteção do investidor contra a expropriação é matéria recorrente nos acordos internacionais de investimento. O Nafta, por exemplo, em seu artigo 1.110, veda a expropriação direta ou indireta do investimento ou a adoção de medida equivalente à expropriação, exceto se decorrente de um interesse público, de forma não discriminatória, de acordo com o devido processo legal e sob pagamento de compensação ao investidor. Tais requisitos encontram-se presentes na larga maioria dos acordos de investimento para caracterizar uma expropriação legítima, inclusive no texto do USMCA, que virá a substituir o Nafta.

No mesmo sentido dispõe o Modelo de BIT dos Estados Unidos, no Artigo 6º da sua versão de 2012, que estabelece, em termos semelhantes aos do Nafta, que a compensação deve ser pronta, adequada e efetiva. O método de pagamento da compensação deve obedecer aos seguintes requisitos: deve ser paga sem atraso; seu valor deve ser equivalente ao valor justo de mercado aferido na data da expropriação; não deve refletir a alteração negativa no valor de mercado em razão de conhecimento da intenção de expropriar com antecedência à data da expropriação e deve ser completamente liquidável e livremente transferível.

O Anexo B do Modelo de BIT estadunidense trata das duas hipóteses de expropriação: a primeira, a expropriação direta, quando há transferência formal do título de propriedade do investidor ou sua retirada de forma definitiva; e a segunda, a expropriação indireta, que ocorre por meio de atos estatais com efeitos equivalentes aos da expropriação direta, embora sem haver a retirada formal do direito de propriedade do

investidor. A expropriação direta, por resultar na perda do direito de propriedade do investidor por retirada formal do Estado, é fácil de ser visualizada.

A configuração da expropriação indireta, por sua vez, segundo o referido Anexo, depende da análise do caso concreto, baseada em fatos, e deverá observar, entre outros fatores: o impacto econômico da ação governamental (com a ressalva de que o efeito negativo no valor econômico de um investimento não constitui, por si só, a ocorrência de uma expropriação indireta); a extensão da interferência da ação governamental nas expectativas distintas e razoáveis do investimento e o caráter da ação governamental. Tais critérios são essenciais para se distinguir uma medida regulatória de uma medida expropriatória.

3 EXPROPRIAÇÃO INDIRETA VS. REGULAÇÃO LEGÍTIMA

Antes de se determinar se a expropriação em questão é legítima, deve-se avaliar, em primeiro lugar, se a medida é de fato expropriatória, como observado anteriormente. Em segundo lugar, após esse exame, passa-se à análise do preenchimento ou não dos requisitos para uma expropriação legítima, que normalmente dizem respeito ao interesse público, à não discriminação, ao devido processo legal e ao pagamento de compensação (UNCTAD..., 2012, p. 27).

O requisito referente ao interesse público é reconhecido na maioria dos ordenamentos jurídicos e representa uma regra de Direito Internacional. A retirada da propriedade do investidor deve estar fundamentada na busca por um interesse público legítimo, em oposição a um interesse meramente privado ou ilícito (UNCTAD..., 2012, p. 28-29).

Já o requisito da não discriminação restará violado se a expropriação estiver fundamentada na nacionalidade do investidor. Vale ressaltar que o tratamento diferenciado não necessariamente enseja discriminação. Uma expropriação somente será considerada discriminatória se estiver baseada em, relacionada a ou motivada pela origem do investidor (UNCTAD..., 2012, p. 34).

A exigência de um devido processo legal será satisfeita se reunidas as seguintes condições: cumprimento dos procedimentos previstos na legislação interna e nas regras fundamentais de Direito Internacional pertinentes à matéria; oportunidade conferida ao investidor para revisar a medida perante um órgão independente e imparcial e não arbitrariedade. A necessidade de prévia notificação ao investidor não compõe, em princípio, o requisito do devido processo legal, especialmente quando a medida expropriatória é adotada em circunstâncias de iminente necessidade ou emergência (UNCTAD..., 2012, p. 36, 40).

Finalmente, o requisito da compensação é uma das questões mais controversas acerca do tema de investimento. A tendência presente nos acordos internacionais de investimento é da adoção da fórmula *Hull*, que exige a compensação pronta, adequada e efetiva, bem como baseada no valor de mercado, de forma rápida e em moeda conversível (FONSECA, 2010, p. 118). A compensação será considerada pronta se paga sem atraso; adequada quando compatível com o valor de mercado, também chamado de valor justo, valor real, valor genuíno ou valor econômico real, e efetiva quando paga em moeda conversível (UNCTAD..., 2012, p. 40).

Sendo assim, a expropriação indireta estará configurada quando presente, em primeiro lugar, o caráter expropriatório da medida estatal, a ser determinado na análise do caso concreto, baseada em fatos, de acordo com os parâmetros de impacto econômico, interferência na expectativa do investidor e caráter da medida.

Em segundo lugar, para que uma medida tida como expropriatória seja julgada como legítima, requer-se a reunião dos requisitos de interesse público, não discriminação, devido processo legal e compensação. Desse modo, garante-se o direito do Estado receptor de exercer seu poder de regulação, inclusive quando tais medidas ponham em xeque a atividade do investidor estrangeiro, dada a necessidade de se proteger a saúde humana, o meio ambiente ou qualquer outro interesse público relevante.

A questão que tem gerado controvérsia na interpretação dos acordos internacionais de investimento acerca desse tema diz respeito aos limites impostos ao Estado receptor no exercício do direito de regulação, no sentido de determinar o caráter expropriatório de uma medida regulatória. A fim de delimitar os aspectos polêmicos dessa matéria, devem-se apresentar as discussões acerca das seguintes indagações: 1) Em que hipóteses a atuação estatal que interfere no investimento estrangeiro será considerada uma expropriação indireta ou uma regulação legítima? 2) A regulação estatal, ainda que legítima, enseja o dever de compensação ao

investidor por parte do Estado receptor? 3) A instituição de políticas públicas ambientais pode ser considerada uma regulação legítima?

Em princípio, passa-se a analisar em que situação se está diante de uma medida de expropriação indireta. Posteriormente, será discutido o efeito de uma regulação legítima no que concerne à obrigação do Estado receptor de compensar o investidor. Por fim, na última seção deste artigo será avaliado se uma medida estatal direcionada à proteção ambiental será considerada expropriatória ou fruto de uma regulação legítima.

O primeiro critério para se identificar uma expropriação é o impacto econômico da medida, caracterizado pelo seu efeito destrutivo e duradouro sobre o valor econômico do investimento e o seu benefício para o investidor. Tal parâmetro deve ser estudado com cautela, uma vez que grande parte dos acordos de investimento têm feito a ressalva de que o mero fato de a medida ter um efeito negativo no valor econômico do investimento não implica necessariamente a configuração de uma expropriação indireta, devendo ser considerados a natureza e o caráter da medida (UNCTAD..., 2012, p. 63).

Essa ressalva colide com a doutrina denominada de *sole effects*, que afirma ser o impacto da medida o critério necessário e suficiente para caracterizar uma expropriação, sem levar em conta a sua natureza e o seu objetivo. Para que haja uma expropriação indireta, os efeitos da medida devem, portanto, equivaler aos de uma expropriação direta, ou seja, tornar inviável o direito de propriedade do investidor (UNCTAD..., 2012, p. 63).

Sendo assim, para que o critério de impacto econômico esteja preenchido, é necessário que a medida resulte na perda, ou quase perda, do valor econômico do investimento. O impacto da medida, apto a ensejar a expropriação indireta, pode não estar relacionado à perda do valor econômico do investimento, mas sim à perda do controle por parte do investidor, impedindo-o de usufruir do investimento. Além disso, seja o impacto da medida relativo ao valor econômico do investimento ou ao controle do investidor uma medida normalmente é considerada expropriatória quanto tal impacto é definitivo e permanente (UNCTAD..., 2012, p. 65-69).

É possível, ainda, visualizar a expropriação indireta por outro aspecto, que diz respeito à interferência da medida na expectativa legítima do investidor. Sabe-se que, ao decidir investir em determinado país, a empresa cria uma expectativa em torno do regime regulatório aplicável à sua atividade. O investidor espera que o arcabouço normativo vigente no Estado receptor no momento do investimento seja mantido estável por um longo tempo, ainda que eventuais mudanças se encontrem na sua esfera de previsibilidade. O problema ocorre não pela regulação em si, haja vista o investidor já se encontrar preparado para isso, mas sim quando a regulação é inesperada e excessiva (KOLO; WÄLDE, 2001, p. 819).

Embora haja entendimento de que se considera legítima a expectativa do investidor baseada em garantias implícitas e presunções, há preferência pelo entendimento de que darão ensejo a expectativas legítimas apenas os compromissos específicos e explícitos do Estado receptor no sentido de não alterar seu regime regulatório. Vale salientar que tal critério, por si só, não é suficiente para demonstrar uma expropriação indireta, devendo estar combinado com o impacto ou o caráter da medida (UNCTAD..., 2012, p. 75-76).

A tendência é que se reconheça o compromisso específico firmado pelo Estado no sentido de não alterar seu regime regulatório como um indicativo de que a medida regulatória constitui expropriação. A justificativa para tal posicionamento é que, tendo em vista a excepcionalidade de o Estado renunciar ao exercício do seu poder regulatório, faz-se necessário que essa renúncia esteja expressa em um compromisso inequívoco. Um exemplo de compromisso específico garantido pelo Estado receptor é a inserção de uma cláusula de estabilização no contrato de investimento de modo a assegurar a estabilidade do seu regime regulatório (POTESTÀ, 2012, p. 31).

Além de garantias específicas concedidas pelo Estado receptor, também se tem considerado, na análise da legitimidade das expectativas do investidor, as características do Estado em termos do ambiente para o investimento. É fácil visualizar que as expectativas de um investidor quanto à segurança de seu investimento variam de acordo com o grau de desenvolvimento do Estado receptor, bem como de questões peculiares de determinados setores econômicos (POTESTÀ, 2012, p. 36).

Desse modo, a fim de verificar se houve ou não expropriação em virtude da quebra de uma expectativa legítima do investidor, avalia-se no caso concreto se, diante do contexto da aplicação do investimento, havia ou não a previsibilidade por parte do investidor de alteração do regime regulatório no Estado receptor. Caso

se entenda que o investidor, dentro de sua esfera de diligência, poderia ter previsto a mudança no regime regulatório, torna-se insustentável o argumento da ocorrência de expropriação por esse motivo (POTESTÀ, 2012, p. 38).

Por fim, para verificar a ocorrência de uma expropriação indireta, também deve-se levar em consideração a natureza, o objetivo e o caráter da medida, especialmente porque esses elementos ajudam a distinguir entre uma expropriação indireta e uma medida regulatória válida, não sujeita, em princípio, ao pagamento de compensação ao investidor (UNCTAD..., 2012, p. 76). Quando se trata da natureza da medida, refere-se à boa-fé presente ou não no ato de regulação. Já o objetivo diz respeito ao propósito genuíno da medida de buscar ou não um interesse público legítimo. Finalmente, o caráter da medida envolve questões ligadas à não discriminação, devido processo e proporcionalidade (UNCTAD..., 2012, p. 78).

A partir do parâmetro da natureza, do objetivo e do caráter da medida estatal, pode-se estabelecer que tipo de medida é considerada meramente regulatória, que não estaria suscetível a gerar a obrigação de compensação ao investidor estrangeiro, e que tipo configura uma medida expropriatória, que demanda o pagamento de compensação em benefício do investidor.

Deve-se salientar que há um posicionamento isolado que entende que esse parâmetro nem sempre justifica uma regulação. Por exemplo, no caso *Santa Elena vs. Costa Rica*, os árbitros entenderam que assim como qualquer outra medida estatal que vise ao estabelecimento de uma política pública, uma medida voltada à proteção do meio ambiente também enseja a obrigação do Estado receptor de efetuar o pagamento de compensação em favor do investidor que teve seu investimento expropriado.¹

O parâmetro da natureza, do objetivo e do caráter da medida estatal tem-se socorrido, ainda, da teoria dos *police powers* para fundamentar a existência de uma distinção entre uma regulação legítima e uma medida expropriatória, passível de compensação. Segundo Newcombe, a expressão *police powers* pode ser compreendida, em um sentido mais amplo, como toda forma de regulação doméstica proveniente do exercício da soberania estatal. Em uma interpretação mais restrita, contudo, a teoria refere-se às medidas que justificam a atuação estatal e que, em outras situações, configurariam expropriação (NEWCOMBE, 2005, p. 20).

A dificuldade centra-se em definir quais medidas regulatórias são justificáveis e, portanto, não geram obrigação de compensar o investidor prejudicado. O exemplo citado no início do artigo, referente à proibição de circulação de um produto prejudicial à saúde humana, parece ser um caso de regulação estatal legítima, haja vista fundamentar-se em um interesse público relevante, qual seja, a saúde dos consumidores.

Ao se analisar os acordos internacionais de investimento é possível verificar que o ato de regulação normalmente não configura uma medida expropriatória. Isso porque, como já exposto, o mero fato de a medida regulatória ocasionar um efeito negativo no investimento não é suficiente para se estar diante de uma expropriação. Sendo assim, os acordos de investimento têm reconhecido que a regulação legítima, em regra, não constitui expropriação, e, portanto, não enseja o dever do Estado de compensar o investidor (NEWCOMBE, 2005, p. 22).

Esse entendimento decorre, por exemplo, da Seção 712, Comentário (g), do *Restatement Third of The Foreign Relations Law of the United States*,² que isenta o Estado de responsabilidade pela perda de propriedade ou outro prejuízo econômico resultante da atuação estatal dotada de boa-fé, seja de tributação, regulação, confisco por crime ou outra medida similar decorrente do poder de polícia do Estado. O Modelo de BIT estadunidense também corrobora essa interpretação ao dispor, no Artigo 4º (b) do seu Anexo B, que, exceto em situações excepcionais, medidas regulatórias não discriminatórias adotadas pelo Estado e destinadas a proteger o interesse público, como a saúde pública, a segurança e o meio ambiente, não constituem expropriação indireta. Nesse sentido posicionam-se a Convenção sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Prejuízos a Estrangeiros de 1961 (*Harvard Draft*) e a Convenção da Agência Multilateral de Garantia de

¹ Parágrafos 71-72 da decisão final da disputa disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>>. Acesso em 4 dez. 2018.

² Os *Restatements* são tratados elaborados por uma entidade privada, o *American Law Institute*, que abordam determinados assuntos do Direito para nortear a atuação dos juristas.

Investimentos (Miga) (UNCTAD..., 2012, p. 82-83). Tal dispositivo também se faz presente no Artigo 3º (b) do Anexo 9-B do texto do Tratado da Parceria Transpacífico (TPP).

Embora os acordos não tenham descrito em que hipóteses excepcionais as medidas regulatórias não estariam caracterizadas como expropriação indireta, um texto provisório do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) estabelece que essas situações raras ocorreriam quando o impacto da medida estatal fosse tão grave em virtude do seu propósito que esta fosse considerada manifestamente excessiva. Embora o Artigo 3º do Anexo I-Expropriação faça parte de um texto ainda em processo de negociação, é importante que se vislumbre um possível entendimento acerca dessa questão.

Ressalta-se que a Conferência da Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (Unctad) tem mapeado os esforços empreendidos pelos Estados no sentido de estabelecer critérios acerca da expropriação indireta nos acordos internacionais de investimento celebrados. A Unctad informa diversas maneiras encontradas em acordos internacionais de investimento a fim de fornecer parâmetros para se visualizar uma expropriação indireta, tais como: 1) o impacto econômico da medida; 2) a extensão da interferência estatal em expectativas legítimas do investidor; 3) o caráter da medida estatal (não discriminatória e proporcional); 4) a definição de medidas não consideradas expropriatórias (por exemplo, medidas não discriminatórias, com base em boa-fé e com objetivos públicos legítimos) (UNCTAD..., 2018, p. 37-38).

Sendo assim, o regime internacional de investimento tem levado em consideração o objetivo e o caráter da medida como relevantes para determinar se a medida regulatória assume a feição de expropriação e, logo, se é passível ou não de compensação. Criou-se um entendimento de que uma medida regulatória adotada com base na boa-fé, sem discriminação e de aplicação geral, raramente seria caracterizada como expropriação. Assim sendo, dificilmente um tribunal condenaria o Estado receptor ao pagamento de compensação em virtude da adoção de uma medida regulatória que se justificaria como necessária para o desempenho da obrigação estatal de proteger a saúde pública, a segurança e o bem-estar (JACINTO; MOLOO, 2011, p 15).

4 LEGITIMIDADE DA REGULAÇÃO AMBIENTAL

É fundamental que se discorra, a fim de responder ao último questionamento colocado no tópico anterior, sobre que tipos de medidas de regulação seriam consideradas legítimas, e verificar se as medidas de regulação ambiental³ encontram-se nessa categoria. Essa análise é essencial para o estudo, haja vista o importante efeito que decorre dessa adequação, qual seja, a isenção de responsabilidade do Estado em compensar o investidor por eventual prejuízo causado a ele.

Deve-se frisar que, embora alguns acordos internacionais de investimento, como mencionado no tópico anterior, tendam a permitir que determinadas medidas estatais não sejam consideradas expropriatórias, conforme os já mencionados critérios, não há clareza quanto à configuração da legitimidade do objetivo perseguido pela medida regulatória. Diante disso, faz-se necessário analisar em que circunstâncias uma medida de regulação ambiental é considerada legítima, o que afastaria seu caráter expropriatório.

Os acordos internacionais de investimento e os tribunais têm reconhecido o exercício legítimo do poder de polícia do Estado receptor, e, de modo geral, a justificativa para o não pagamento da compensação, em dois grupos de situações: a) medidas regulatórias para garantir a ordem pública e a moralidade e b) medidas regulatórias para proteger a saúde humana e o meio ambiente. Tornou-se comum nos acordos de investimento, ainda, a tributação como medida de regulação legítima em princípio (NEWCOMBE, 2005, p. 23).

O primeiro grupo compreende, entre outros tipos de medidas, o confisco da propriedade quando proveniente de atividade criminal, como contrabando ou tráfico de drogas, utilizado como uma forma de o Estado fazer cumprir suas leis. É evidente que, nessas hipóteses, não há dever do Estado de compensar, uma vez que, normalmente, os sistemas legais locais nem reconhecem o direito de propriedade fundado em atividade ilegal. O confisco de propriedade sem pagamento de compensação também pode ocorrer em razão do não

³ Neste artigo, regulação ambiental deve ser entendida como qualquer medida ou conjunto de medidas adotado pelo Estado receptor do investimento estrangeiro com a finalidade de proteger o meio ambiente.

pagamento de tributos ou multas. A propriedade pode ser confiscada ou sujeita a restrições, ainda, em momentos de conturbação ou de guerra (NEWCOMBE, 2005, p. 23).

Quanto às medidas de regulação adotadas para assegurar a ordem pública e a moralidade, é difícil de determinar seu âmbito de aplicação a fim de definir sua legitimidade, uma vez que os conceitos de ordem pública e moralidade variam de acordo com cada ordenamento jurídico interno. Desse modo, para que a regulação baseada em garantia da ordem pública ou moralidade seja considerada legítima e não suscetível ao pagamento de compensação, deve-se observar os padrões mínimos internacionais de proteção a esses interesses, como as obrigações internacionais de defesa dos direitos humanos, por exemplo (NEWCOMBE, 2005, p. 24).

No que diz respeito à regulação para proteger a saúde humana ou o meio ambiente, não existe jurisprudência tratando acerca da legitimidade da medida, apenas alguns casos antigos que não condizem com o atual disciplinamento da regulação. As autoridades internacionais, no entanto, têm reconhecido a necessidade do Estado de adotar determinadas medidas regulatórias de modo a proteger o meio ambiente. Por exemplo, em 1894 autoridades brasileiras destruíram vários lotes de melancias em razão de um surto de cólera, o que gerou os pedidos de produtores dos Estados Unidos ao seu governo para representá-los no seu requerimento de compensação. O governo estadunidense rejeitou os pedidos dos investidores sob o fundamento de que a medida adotada pelas autoridades brasileiras foi justificável diante das circunstâncias, e nenhuma compensação seria devida (NEWCOMBE, 2005, p. 25).

Embora os parâmetros de legitimidade de uma medida regulatória ambiental não sejam precisos nos instrumentos internacionais de investimento, bem como a jurisprudência não seja satisfatória nesse sentido, é possível identificar alguns fatores que justificam a não configuração de uma medida de regulação ambiental como expropriatória. Jorge Viñuales aponta quatro elementos que indicam que a regulação ambiental não configura, em princípio, uma medida expropriatória: a extensão da privação; o uso da doutrina dos *police powers*; a relevância do propósito e o impacto de garantias específicas.

O primeiro fator diz respeito ao aspecto prático de que as medidas de regulação ambiental contestadas pelos investidores não foram consideradas equiparáveis à expropriação em razão da ausência de privação substancial do seu direito de propriedade. Ao analisar uma disputa envolvendo essa questão, o primeiro ponto enfrentado pelo tribunal é determinar a extensão de propriedade afetada necessária para que esteja configurada uma privação substancial da propriedade. Os tribunais têm estabelecido como parâmetros para definir uma privação substancial da propriedade o investimento utilizado para fixar a jurisdição e as conexões entre diversos bens do investidor no território do Estado receptor (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.2.1).

Esses parâmetros têm sido adotados no julgamento de diversas controvérsias, por exemplo, no caso *Chemtura vs. Canadá*, em que o investidor impugnou a medida de uma agência ambiental canadense que suspendeu a autorização para produção e comercialização de um pesticida. Ao averiguar o investimento que estabeleceu a jurisdição, o tribunal argumentou que, enquanto o investimento total realizado pela empresa foi considerado expropriado pelo investidor, e, portanto, ensejou a disputa, apenas uma parte limitada do investimento havia sido comprometida, o que significa que não houve uma privação substancial da propriedade. Além disso, o tribunal entendeu que, da mesma forma que as conexões dos diversos bens do investidor no território do Estado receptor devem ser considerados para precisar os prejuízos da expropriação, tais conexões também devem ser levadas em consideração para determinar a extensão da privação (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.3.3).

Sendo assim, a partir do momento em que se define a extensão necessária da privação da propriedade para que esta seja considerada substancial, os tribunais passam a analisar se a medida regulatória efetivamente resultou na privação substancial. Para tanto os tribunais utilizam critérios como o controle do investimento, a interferência do Estado receptor nas operações relativas ao investimento e a duração dessa interferência (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.2.1).

O segundo fator indicativo de que a regulação ambiental não configura, *prima facie*, uma medida expropriatória é o reconhecimento da já mencionada doutrina dos *police powers*, a qual teve origem em duas fontes distintas – na prática estadunidense e no Direito Internacional. Nos Estados Unidos, a doutrina surgiu como uma implicação necessária da obrigação do Estado de proteger a ordem pública, como no caso da proibição da produção e venda de bebida alcoólica decretada pelo país em 1926. Nesse exemplo, houve um con-

siderável prejuízo aos direitos de propriedade, porém o governo estadunidense, fazendo uso da doutrina dos *police powers*, alegou que a medida não poderia ser contestada (VIÑUALES, 2012, Seção 15.1.1).

Na Seção 197(1)(a) do *Restatement Second of The Foreign Relations Law of United States*, excepciona-se do dever de compensação a medida estatal prejudicial ao investidor que seja razoavelmente necessária para a manutenção da ordem pública, segurança e saúde. Na Seção 712, Comentário (g), do *Restatement Third of The Foreign Relations Law of United States*, reafirma-se a ausência de responsabilidade estatal por medida que afete os direitos de propriedade se resultante de tributação de boa-fé, regulação, confisco por crime ou outro ato semelhante inerente ao poder de polícia do Estado. O *Harvard Draft*, em seu Artigo 10(5), reconhece a legitimidade de uma medida prejudicial ao investimento se necessária à execução de legislação tributária; se resultante de uma mudança geral no valor cambial; se proveniente da ação de autoridades competentes para manutenção da ordem pública, saúde ou moralidade; se decorrente do exercício válido de direitos beligerantes e se incidental à operação normal das leis do Estado (VIÑUALES, 2012, Seção 15.1.1).

A doutrina dos *police powers* também teve como fonte o Direito Internacional, a partir do qual esteve associada à expropriação não passível de compensação. Foram elaboradas, no âmbito do Direito Internacional, diversas exceções à regra de que a expropriação enseja o pagamento de compensação pronta, adequada e efetiva, tais como medidas fiscais, ações de proteção à saúde pública e à moralidade, e outras derivadas do legítimo exercício do poder de polícia estatal. Vale ressaltar que, embora a doutrina tenha surgido nessa vertente como justificativa para exclusão do dever do Estado de compensar, o exercício do poder de polícia pelo Estado receptor não simplesmente o isenta de compensar o investidor, mas sim elimina o próprio caráter expropriatório da medida estatal (VIÑUALES, 2012, Seção 15.1.1).

A doutrina dos *police powers* foi utilizada para justificar a legitimidade de uma política pública de proteção ambiental, por exemplo, no já citado caso *Chemtura vs. Canadá*. A empresa *Chemtura* recorreu à Corte Permanente de Arbitragem em razão de medidas de proibição do pesticida lindano e do cancelamento dos registros da substância, tomadas pela Agência Reguladora de Gerenciamento de Pestes canadense (PMRA), por questões ambientais e sanitárias.⁴

Segundo a Corte Permanente de Arbitragem, nesse caso, as medidas adotadas pela PMRA e contestadas pela *Chemtura* constituíram um exercício válido do poder de polícia (*police powers*) do Estado canadense. A PMRA tomou essas medidas dentro de sua esfera de competência, de forma não discriminatória e motivada pela preocupação acerca dos perigos ocasionados pelo lindano à saúde humana e ao meio ambiente. Uma medida adotada nessas circunstâncias, de acordo com a decisão arbitral, corresponde ao exercício válido do poder de polícia estatal e, portanto, não caracteriza expropriação.⁵

Além do uso da doutrina dos *police powers*, o terceiro fator que demonstra o caráter legítimo e não expropriatório da regulação ambiental é a relevância de seu propósito. Caso a medida possua mais de um objetivo, deve ser considerado o seu principal propósito a fim de identificar se a medida é legítima ou não. Diversos acordos internacionais sobre investimento ou comércio possuem dispositivos que excepcionam as obrigações constantes no acordo quando a regulação busca um propósito ambiental. Exemplo disso é o já citado Artigo 4º(b) do Anexo B do Modelo de BIT dos Estados Unidos, na sua versão de 2012, que afirma que, salvo em situações excepcionais, medidas regulatórias não discriminatórias adotadas para proteger interesses públicos legítimos, como a saúde pública, a segurança e o meio ambiente, não constituem expropriação indireta (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.2.3).

O propósito da medida de regulação ambiental também pode ser considerado parâmetro de sua legitimidade sob o aspecto de compor o risco comercial assumido pelo investidor. Se a medida é adotada com o objetivo de proteger o meio ambiente, é improvável que o investidor consiga sustentar que esta não faça parte da regulação normal que compõe o risco comercial (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.2.3).

⁴ Disputa sob as regras da Uncitral e administrada pela Corte Permanente de Arbitragem, cuja decisão final de 2010 pode ser encontrada em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2020.

⁵ Ver parágrafo 266 da decisão final do caso *Chemtura vs. Canadá* disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

Tal fator pode ser visualizado, ainda, sob o ponto de vista do impacto do objetivo da medida de regulação ambiental no sentido de avaliar sua proporcionalidade. Por exemplo, na disputa *Tecmed vs. México*, o Tribunal considerou que a intenção do governo é menos importante que os efeitos da medida, e a submeteu a um teste de proporcionalidade, em que se verificou a relação entre os meios empregados e o objetivo almejado pela medida (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.2.3).

A referida disputa ocorreu em torno de uma medida adotada pelo Instituto Nacional Ecológico (INE), órgão mexicano, que rejeitou a renovação da licença da Tecmed para operação de um aterro adquirido pela empresa em um leilão público. O tribunal arbitral entendeu que houve outros fatores que motivaram a expedição da mencionada medida que não o descumprimento de condições da licença ou a legislação ambiental mexicana, e que tiveram um efeito decisivo na rejeição da renovação da licença. Esses fatores estavam ligados a circunstâncias sociais e políticas e à pressão exercida sobre as autoridades governamentais. Nesse viés, a Corte Arbitral não visualizou a proporcionalidade entre a medida do INE e os supostos fundamentos que a motivaram, uma vez que não restou caracterizado o risco presente ou iminente no equilíbrio ecológico ou na saúde.⁶

De maneira geral, os governos possuem uma margem de apreciação para determinar políticas de interesse público. Para evitar o abuso desse poder estatal de discricionariedade, os tribunais têm aplicado um teste a fim de verificar se a medida adotada é razoável e proporcional ao objetivo almejado. Há casos julgados na Corte Europeia de Direitos Humanos e nas Cortes dos Estados Unidos que consideram, como parâmetros para o teste de proporcionalidade, se a medida está fundamentada em evidências científicas sólidas ou se a medida é mais severa que o necessário para atingir a finalidade legítima (KOLO; WÄLDE, 2001, p. 828).

Vários elementos são ponderados quanto à proporcionalidade da medida de acordo com os tribunais, porém todos visam a garantir que o Estado não exceda o seu poder regulatório. Esse teste de proporcionalidade objetiva não só assegurar um equilíbrio entre o direito de propriedade do investidor e o interesse público resguardado pelo Estado receptor, mas também impedir que o Estado desvirtue seu poder para fins políticos ou econômicos (KOLO; WÄLDE, 2001, p. 830).

O último fator levado em consideração para analisar se uma regulação ambiental é expropriatória ou não é o de averiguar se o investidor recebeu garantias específicas do Estado receptor de que tal regulação não ocorreria. No caso *Methanex vs. Estados Unidos*, o Tribunal estabeleceu como exceção à doutrina dos *police powers* a garantia de compromissos específicos ao investidor estrangeiro de que o Estado abdicaria do exercício de seu poder de regulação (VIÑUALES, 2012, Seção 12.4.2.4).

A referida disputa envolveu a medida de proibição da venda e utilização do aditivo MTBE por parte do Estado da Califórnia, justificada pelo risco de tal produto ao meio ambiente. A Corte Arbitral reconheceu que a medida adotada pela Califórnia configurava uma regulação não discriminatória para alcançar um objetivo público e em conformidade com o devido processo, a qual não caracterizaria expropriação nem seria passível de compensação, salvo se presente uma garantia específica pelo Estado receptor.⁷

A controvérsia que circunda essa questão diz respeito a que tipo de garantia específica deve ser considerado apto a impedir a adoção de medida regulatória pelo Estado receptor sob pena de esta configurar como medida expropriatória suscetível ao pagamento de compensação. Na disputa *Methanex vs. Estados Unidos* foram identificados cinco requisitos para que um compromisso firmado pelo Estado receptor constitua uma garantia específica: 1) a garantia deve ter sido conferida pelo próprio governo regulador, e não por uma agência diversa do governo; 2) a garantia deve ter sido dada ao próprio investidor, e não a qualquer investidor em potencial; 3) a garantia deve ter sido concedida no momento em que o investidor está avaliando sua entrada no mercado de modo que fique claro que ele considerou o compromisso assegurado na sua decisão de investir; 4) a garantia deve ter sido específica, não podendo abranger qualquer tipo de regulação, mas apenas a uma regulação específica e 5) a garantia deve ter sido dada por uma autoridade de boa-fé (VIÑUALES, 2012, Seção 15.1.4).

⁶ Ver parágrafos 127, 132, 148 e 149 da decisão final de 2003 da disputa submetida ao ICSID disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁷ Ver parágrafo 7º, Part IV, Capítulo D da decisão final de 2005 da disputa, realizada de acordo com as regras da Uncitral e administrada pelo Icsid, que se encontra disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Na análise do caso *Methanex vs. Estados Unidos*, o Tribunal Arbitral concluiu que não houve qualquer garantia dada pelo governo à empresa, a qual entrou em um ambiente político-econômico amplamente conhecido por suas instituições de proteção ambiental e sanitária em níveis federal e estadual, bem como de outros atores sociais vigilantes acerca do impacto de compostos químicos e da sua usual restrição em virtude de aspectos ambientais e de saúde. A empresa *Methanex* estava, portanto, ciente de todas circunstâncias e não entrou nesse mercado em razão de qualquer compromisso firmado pelo governo.⁸

Além dos citados fatores apontados por Viñuales (extensão da privação, uso da doutrina dos *police powers*, relevância do propósito e impacto de garantias específicas), a eventual natureza discriminatória da medida estatal também deve ser considerada para fins de análise de ocorrência de expropriação do investimento. O princípio da não discriminação é uma garantia constante na grande maioria dos acordos internacionais de investimento e se expressa por meio da cláusula do tratamento nacional. De forma geral, a garantia proíbe que o Estado dispense um tratamento ao investidor estrangeiro distinto do concedido aos seus nacionais. Dessa maneira, o tratamento distinto quanto a, por exemplo, uma medida regulatória, não pode estar fundamentado no fato de o investidor ser estrangeiro, mas apenas se houver um motivo legítimo que justifique a discriminação. O reconhecimento da discriminação normalmente leva à constatação de que a medida foi expropriatória, bem como interfere no *quantum* compensatório em virtude da expropriação (KOLO; WÄLDE, 2001, p. 836-837).

Em síntese, os acordos sobre investimentos e a prática das cortes arbitrais sobre investimento têm mostrado que a regulação ambiental normalmente enquadra-se na esfera de situações excepcionais que autorizam o Estado receptor a tomar medidas que, em circunstâncias normais, seriam consideradas expropriatórias e passíveis de compensação. De maneira geral, os principais argumentos que ratificam esse entendimento, em princípio, são o legítimo exercício do poder de polícia estatal (doutrina dos *police powers*), a importância do propósito almejado pela medida regulatória e a ausência de caráter discriminatório da medida. É essencial verificar no caso concreto, portanto, a real finalidade da medida, que deve corresponder a um interesse público legítimo relevante e ser adotada de forma não discriminatória, observado o devido processo, e proporcional ao objetivo pretendido.

Sendo assim, é possível perceber que a regulação ambiental, em princípio, não configura uma medida expropriatória. Isso posto, os dispositivos normalmente constantes em acordos internacionais de investimento, relativos aos requisitos de legitimidade de uma expropriação indireta, entre eles o pagamento de compensação ao investidor, não seriam aplicáveis à medida regulatória legítima.

Os tribunais arbitrais, quando suscitada a controvérsia sobre o caráter expropriatório de uma medida, têm deixado claro que há uma distinção entre uma regulação legítima e uma expropriação, ainda que indireta. Enquanto os requisitos para a legitimidade de uma expropriação indireta geralmente são claros nos acordos internacionais de investimento, os critérios para distinguir uma medida de regulação legítima, não passível de pagamento de compensação, de uma medida expropriatória, não estão expressos nos acordos.

É comum que os textos dos acordos de investimento garantam o direito do Estado receptor de adotar medidas para a proteção de interesses públicos relevantes sem que sejam consideradas expropriatórias. Os acordos, todavia, não delimitam as hipóteses nem os termos em que isso pode ocorrer, deixando para as instâncias decisórias a interpretação acerca dos parâmetros que ensejam uma regulação legítima, o que pode gerar uma inconsistência quanto ao disciplinamento do tema na esfera do Direito Internacional.

Dessa maneira, percebe-se que não há uma linha precisa entre o conceito de expropriação indireta e medidas regulatórias ambientais não suscetíveis à compensação. Há, em resumo, critérios encontrados nas disputas solucionadas em tribunais e sintetizados por autores especialistas no tema para distinguir as duas situações, já abordados neste tópico: a) o grau de interferência da medida no direito de propriedade do investidor; b) o caráter da medida estatal, que inclui seu propósito e o contexto de sua adoção e c) a interferência da medida nas expectativas razoáveis e legítimas do investidor (OECD..., 2004, p. 22).

⁸ Ver parágrafos 9º e 10º, Parte IV, Capítulo D da decisão final da disputa disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

A partir desses parâmetros, é possível visualizar que uma regulação ambiental legítima deve reunir os seguintes elementos: 1) deve ser proporcional e necessária para servir a um propósito público; 2) deve ser não discriminatória na lei e na prática e 3) não deve violar um acordo ou uma expectativa legítima do investidor, embora seja reconhecido que a regulação ambiental constitui um exercício legítimo do poder de polícia estatal (KOLO; WÄLDE, 2001, p. 827).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou demonstrar os parâmetros encontrados no Direito Internacional do Investimento para que uma medida adotada por um Estado receptor, com vistas à proteção do meio ambiente, esteja enquadrada como uma regulação ambiental legítima ou uma medida expropriatória, suscetível a pagamento de compensação ao investidor estrangeiro.

O texto partiu do seguinte problema: os acordos internacionais de investimento não determinam em que situações uma medida de regulação adotada pelo Estado receptor será considerada uma expropriação, ainda que indireta, ou uma regulação legítima, que não enseja o dever do Estado receptor de indenizar o investidor estrangeiro.

Em razão disso, o artigo pretendeu responder às seguintes perguntas: 1) Em que hipóteses a atuação estatal que interfere no investimento estrangeiro será considerada uma expropriação indireta ou uma regulação legítima?, 2) A regulação estatal, ainda que legítima, enseja o dever de compensação ao investidor por parte do Estado receptor?, 3) A prática de políticas públicas ambientais pode ser considerada uma regulação legítima?

Na primeira seção, observou-se a definição de expropriação encontrada nos acordos internacionais de investimento. A partir daí, esboça-se a noção de expropriação indireta, que, de forma geral, pode ser definida como uma medida ou um conjunto de medidas que retira de forma substancial o aproveitamento econômico de um investimento, sem que, contudo, seja retirado o título formal de propriedade do investidor.

Na segunda seção traçam-se os principais critérios para se distinguir entre uma medida de expropriação indireta e uma medida de regulação legítima. Os parâmetros mais utilizados na prática do Direito Internacional do Investimento são os seguintes: o impacto econômico da medida; a interferência da medida na expectativa legítima do investidor e a natureza, o objetivo e o caráter da medida, que podem ser traduzidos em sua boa-fé, em seu propósito público legítimo e a sua característica não discriminatória respectivamente.

Na terceira seção avaliam-se as circunstâncias em que uma medida de regulação ambiental estaria inserida no contexto de legitimidade de modo a não ser considerada expropriatória nem gerar o dever do Estado receptor de indenizar o investidor. Diversos são os parâmetros para que uma medida de regulação ambiental seja considerada legítima sob o prisma do Direito Internacional do Investimento, tais como a doutrina dos *police powers*, reflexo do poder de polícia estatal; a relevância do propósito pretendido pela medida, que enseja um teste de proporcionalidade entre o objetivo e o efeito da medida; a ausência de garantias específicas para o investidor estrangeiro por parte do Estado receptor, que revela a ausência de expectativa legítima do investidor; e o caráter não discriminatório da medida.

Após a explanação desses fatores ao longo do artigo, é possível reconhecer que os acordos internacionais de investimento não estabelecem critérios distintivos claros entre uma expropriação indireta e uma regulação legítima, delegando tal tarefa para as Cortes Arbitrais. Diante disso, gera-se uma inconsistência no Direito Internacional do Investimento acerca dos requisitos que devem ser reunidos para que uma medida regulatória voltada à proteção ambiental seja considerada uma regulação legítima, não passível de pagamento de compensação ao investidor.

6 REFERÊNCIAS

- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008.
- FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- JACINTO, Justin; MOLOO, Rahim. Environmental and Health Regulation: Assessing Liability Under Investment Treaties. *Berkeley Journal of International Law*, v. 29, p. 1-65, 2011.

- KOLO, Abba; WÄLDE Thomas. Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking”. *International Law, 50 INT’L & COMP. L.Q.*, p. 811-848, 2001.
- NEWCOMBE, Andrew. The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. *ICSID Review – FILJ*, 20, p. 1-50, 2005.
- OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”. In: International Investment Law, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2004/04.
- POTESTÀ, Michele. Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept. *Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference*, 2012.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 127-158.
- SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York; Geneva: United Nations, 2012.
- UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *UNCTAD’s Reform Package for the International Investment Regime*. New York; Geneva: United Nations, 2018.
- VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Edição Kobo.

COVID-19 E BIOPODER: Capitalismo de Vigilância, Estratégias de *E-Government* e Proteção de Dados

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12053>

Recebido em: 16/2/2021

Modificações solicitadas em: 5/4/2021

Aceito em: 19/4/2021

Raissa Arantes Tobbin

Autora correspondente. Universidade Cesumar. Av. Guedner, 1610 – Jardim Aclimação. Maringá/PR, Brasil.
CEP 87050-900. <http://lattes.cnpq.br/5997745021125050>. <https://orcid.org/0000-0002-3655-8407>.
tobbinraissa@hotmail.com

Valéria Silva Galdino Cardin

Universidade Estadual de Maringá; Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (Iceti). Brasil.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as estratégias de *e-government* no contexto da pandemia da Covid-19, sob a perspectiva do capitalismo de vigilância de Zuboff e das biopolíticas em Foucault, especificamente em sede da narrativa de vigilância como forma de bem-estar e da necessidade de proteção dos dados pessoais do cidadão, tendo em vista a possibilidade de compartilhamento e utilização indevida pelo Estado e por empresas privadas. Para tanto, o presente artigo utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica. Como resultado, verificou-se que a crise da saúde pública impôs aos governos a necessidade de utilização do ambiente virtual para a prestação de serviços e para a concretização de políticas públicas. Tais estratégias, contudo, se baseadas em biopolíticas e no exacerbado capitalismo pós-moderno, podem representar vigilância excessiva, prejudicando os direitos à privacidade e à autodeterminação informativa, essenciais para a proteção dos dados pessoais.

Palavras-chave: Autodeterminação informativa; biopolítica; direitos da personalidade; lei geral de proteção de dados.

COVID-19 AND BIOPOWER: SURVEILLANCE CAPITALISM, E-GOVERNMENT STRATEGIES AND DATA PROTECTION

ABSTRACT

This paper aims to analyze e-government strategies in the context of the Covid-19 pandemic from the perspective of surveillance capitalism of Zuboff and biopolitics of Foucault, specifically in view of the surveillance narrative as a way of well-being and the need for data personal protection on citizens, in view of the possibility of sharing and misuse by the State and private companies. For this, the present work used the hypothetical-deductive method, based on research and bibliographic review. As a result, it was found that the public health crisis imposed on governments around the world the need to use the virtual environment to provide services and implement public policies. However, such strategies, if based on biopolitics and exacerbated postmodern capitalism, may represent excessive vigilance for citizens, damaging their right to privacy and informational self-determination, essential for the protection of personal data.

Keywords: Informative self-determination; biopolitics; personality rights; general data protection law.

1 INTRODUÇÃO

Com a crise de saúde pública provocada pela pandemia da Covid-19, que teve início no final de 2019 e se alastrou ao longo do ano 2020, houve a adoção de medidas globais que determinaram o isolamento social, considerando a inexistência de cobertura de imunização contra o novo coronavírus. Assim, o sistema educacional, o mercado financeiro, o setor corporativo e o comércio foram obrigados a se adequar às perspectivas digitais, na tentativa de prevenir prejuízos e dar continuidade às atividades durante o período de crise.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é analisar as estratégias de *e-government* adotadas por alguns governos, entre eles o Brasil, por ocasião da pandemia da Covid-19, com base na perspectiva das biopolíticas e do capitalismo de vigilância, que muito têm a lucrar com a coleta, a utilização e o compartilhamento de dados pessoais dos cidadãos no contexto atual. Para tanto, a presente pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, notícias, legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao tema.

No primeiro tópico do desenvolvimento serão examinadas as medidas de *e-government* utilizadas ao redor do globo na tentativa de conter a disseminação do vírus e prever possíveis surtos da doença. No segundo, tais estratégias serão observadas com base no cenário do biopoder e das biopolíticas em Foucault (1987) e no capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2019), termo atualmente utilizado para designar ações do mercado econômico e tecnológico fundamentadas na monetização de dados pessoais.

No terceiro item abordar-se-á a problemática dessa vigilância excessiva e a necessidade de proteção de dados e, no quarto, o direito à privacidade na era do *Big Data* e o direito à autodeterminação informativa do usuário do ambiente digital, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e do consentimento prévio para a utilização dos dados pessoais.

2 A PANDEMIA DA COVID-19 E A AMPLIAÇÃO DE ESTRATÉGIAS DE *E-GOVERNMENT*

A pandemia da Covid-19 acelerou de forma exponencial o crescimento de estratégias de *e-government* e de medidas que tentassem conter a disseminação do vírus por meio de atividades realizadas na modalidade virtual. Conforme apontam Almeida *et al.* (2020, p. 2.488), um esforço mundial vem sendo desenvolvido “para que as lacunas do conhecimento sobre a pandemia sejam respondidas rapidamente pela ciência e pela organização e prática nos serviços de saúde”, a fim de que medidas “ágeis, oportunas e eficientes possam ser adotadas pelas autoridades sanitárias de cada país relacionadas à capacidade de diagnóstico, manejo clínico e reabilitação dos casos de Covid-19 e estratégias de prevenção”.

Neste cenário, as inovações tecnológicas e suas funcionalidades foram amplamente utilizadas para realizar previsões e controlar possíveis surtos. Segundo Taddeo (2020), cerca de 60 países estão utilizando alguma forma de monitoramento ou sistema de rastreamento e esse número tende a aumentar à proporção que novas medidas para controlar o isolamento sejam desenvolvidas. A China, primeiro país a enfrentar o vírus, adotou rapidamente medidas para conter a disseminação, quais sejam: o “controle de trânsito; o uso de câmeras de medição de temperatura corporal; a utilização pela polícia de capacete de reconhecimento termal; o mapeamento epidemiológico; o monitoramento via *drones*”; a utilização de “*softwares* para reconhecimento facial e medida de temperatura; a checagem de dados telefônicos para verificar contato com infectados” (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 11).

As agências governamentais chinesas desenvolveram um sistema que atribui aos cidadãos um Código QR de mobilidade, que passa a funcionar quando o indivíduo se cadastra em uma plataforma e inclui seus dados pessoais, bem como a localização atual, locais que frequentou e possíveis sintomas da Covid-19 percebidos. Para alcançar a difusão global do código, o governo chinês fez parceria com as plataformas *Alipay* e *Wechat* e, diante da enorme quantidade de dados coletados, passou-se a questionar se estes diriam respeito apenas à saúde e à localização ou se incluiriam o tráfego virtual e o rastreamento de compras (CARRASCO; RAMÍREZ, 2020, p. 209).

A Coreia do Sul investiu em testagem rápida e massiva da população, assim como em entrevistas, *tracking*, geolocalização, uso de algoritmos, imagens de câmeras de segurança e dados de compra com cartão de crédito para determinar locais de possíveis surtos (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 14). O aplicativo

Corona100m9 utiliza a localização GPS e informa ao usuário os locais que foram frequentados por pessoas infectadas, dentro do período de contágio. Também informa se o indivíduo viajou para locais onde casos da Covid-19 foram confirmados. A responsabilidade pelo aplicativo é de uma empresa de tecnologia que vem construindo um banco de informações públicas sobre a pandemia (CARRASCO; RAMÍREZ, 2020).

O governo de Cingapura desenvolveu o aplicativo TraceTogheter, que armazena quando e com quem cada usuário do aplicativo esteve a menos de um metro. Logo, se alguém apresenta sintomas, seus contatos recebem a notificação e a orientação para que fiquem em isolamento. Trata-se de uma detecção individualizada e as autoridades podem obter informações criptografadas em caso de risco; aplicativo semelhante também foi desenvolvido no Japão (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 14; CARRASCO; RAMÍREZ, 2020).

Israel alterou sua política de vigilância para que o Ministério de Saúde tivesse acesso a informações presente nos *smartphones* dos cidadãos durante a crise, prevendo políticas de geolocalização e *tracking*. A França e a Itália também utilizaram a inteligência artificial para combater o vírus e verificar o cumprimento do isolamento por meio do uso de dados pessoais constantes nos celulares de seus cidadãos (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 19).

O Ministério da Saúde da Espanha aprovou a Ordem SND 29/2020, que inclui uma série de estratégias de gestão ao Secretariado do Estado da Digitalização e Inteligência Artificial para o desenvolvimento, entre outros, do aplicativo DataCOVID19, para monitorar a população, a fim de conter o vírus (CARRASCO; RAMÍREZ, 2020, p. 208). No âmbito da União Europeia foi desenvolvido um aplicativo de geolocalização (o Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing) para verificar o cumprimento do isolamento e, ao mesmo tempo, preservar os direitos e garantias individuais da população (CARRASCO; RAMÍREZ, 2020, p. 209).

As empresas de tecnologia também propuseram medidas e o desenvolvimento de sistemas com o intuito de conter a disseminação do vírus. As empresas *Google* e *Apple* formaram uma parceria para combater o vírus e desenvolveram uma iniciativa que começou no final do mês de maio de 2020 com telefones com sistemas *Android* e *iOS* e que armazena dados para informar possíveis focos e pessoas infectadas. De igual modo, ao redor do mundo foram desenvolvidos *chatbots* que simulam conversas para monitorar remotamente pacientes que tenham contraído a doença, de forma que as autoridades sejam avisadas se o indivíduo apresentar sintomas ou quadro de risco (CARRASCO; RAMÍREZ, 2020, p. 210-211).

Já a empresa de cibersegurança israelense NSO vem sendo acusada de manipulação e espionagem, por meio do uso de dados do aplicativo WhatsApp e de fortalecer regimes antidemocráticos, tendo em vista que ofereceu a alguns países um *software* para monitorar celulares e conter a disseminação do vírus (CELLAN-JONES, 2020; FREITAS; CAPIBERIBE; MONTENEGRO, 2020).

No Brasil, em 2020 a cidade de Recife utilizou sistemas de localização de celulares para coordenar e verificar o cumprimento do isolamento social, informando aos cidadãos que o tratamento dos dados é realizado de forma coletiva, com verificação por bairro, que permite a execução de medidas como “o envio de carros de som para a área, o envio de notificações por celular, além de outras ações de comunicação” (MODESTO; EHRHARDT JUNIOR, 2020, p. 153; G1 PE, 2020). Em abril de 2020 o governo federal editou a Medida Provisória (MP) 954, que previa o compartilhamento de dados de empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com o intuito de dar continuidade à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) durante a pandemia (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020).

Em que pese a MP contemplasse o descarte dos dados pelo IBGE com o fim do estado de emergência e proibisse o compartilhamento com empresas privadas e demais órgãos públicos, em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional a medida, posto que haveria “uma falta de explicação sobre a finalidade de compartilhamento de dados de clientes entre empresas de telecomunicações e o IBGE durante o período da pandemia”, de modo que esta não teria definido de forma clara “como” e “para quê” seriam utilizados tais dados (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020). Para estes autores (2020, p. 22), a decisão apontou para os riscos do surgimento de eventuais Estados de vigilância.

No âmbito interno também é possível destacar a utilização pelo governo de aplicativos e dispositivos de inteligência artificial para conter a pandemia e conceder benefícios aos brasileiros. É o caso do Auxílio Emergencial, o qual para ser recebido o indivíduo deveria baixar aplicativos (*Caixa Tem* e *Caixa – Auxílio Emergen-*

cial), realizar um cadastro *on-line* com seus dados pessoais e acompanhar a solicitação e o recebimento do auxílio pela via eletrônica (MAGALHÃES, 2021).

Neste contexto, conforme Medeiros *et al.* (2020, p. 2.490):

Ao considerar que dados podem ser utilizados e compartilhados por diferentes pessoas e organizações simultaneamente, as questões principais a serem harmonizadas giram em torno da governança responsável dos dados baseada na transparência e empoderamento dos cidadãos para que haja confiança e estabelecimento de relacionamentos equilibrados e justos entre indivíduos e organizações.

Diante da necessidade de continuação de serviços essenciais e da concretização de políticas públicas, especialmente voltadas à área da saúde durante a crise, de acordo com Medeiros *et al.* recaí sobre o “aparato governamental a responsabilidade de aprofundar medidas de *e-government* e adaptar suas comunicações e práticas para o ambiente virtual, em respeito às diferenças socioeconômicas vigentes”. Tal inserção no ciberespaço, todavia, “é passível de exploração por uma miríade de atores capazes de operacionalizar as lógicas e peculiaridades do universo digital segundo agendas particulares” (MEDEIROS *et al.*, 2020, p. 652).

Os processos de *e-government* capitalizam as peculiaridades do ciberespaço para a adoção de medidas pela administração pública com vistas a alcançar parcelas sociais conectadas, de modo a agilizar procedimentos administrativos, sendo facilitadores das relações entre o Estado e a sociedade (RUEDIGER, 2003), disponibilizando informações úteis à população e estimulando o exercício da cidadania por meio do princípio da publicidade (artigo 37, CF/88) (RAMPELOTTO; LÖBLER; VISENTINI, 2015).

Como observa Sampaio (2016), apesar da inovação e da gama de possibilidades de operacionalização da administração pública por meio de dispositivos de inteligência artificial, o *e-government* tende a ser excluído, uma vez que é necessário entender que grande parcela da população ainda não tem acesso aos meios tecnológicos ou desenvolveu habilidades de letramento digital. Desta forma, os governos procuram manter métodos e processos mistos, *on-line* e presenciais, com a finalidade de amenizar a exclusão do cidadão na esfera digital.

Tal contexto deve ser analisado principalmente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, com altos níveis de desigualdade econômica, social, educacional, racial, de sexo, etc., de forma que apenas parte de sua população possui acesso às *benesses* da Internet e há também a questão da qualidade de rede, que afeta mesmo os que dispõem de conexão já estabelecida e ininterrupta.

Ao mesmo tempo que o isolamento social impulsiona a virtualização e a digitalização da vida social, também enseja o discurso político de enfrentamento à Covid-19. A necessidade de utilização do ciberespaço pela administração pública dá origem a desafios e vulnerabilidades cibernéticas, que podem afetar inclusive o combate ao vírus (MEDEIROS *et al.*, 2020, p. 651; JUNG *et al.*, 2020). Como pontuam Tobbin e Cardin (2020a), malgrado a potencialidade da expansão da virtualização das atividades cotidianas, é essencial investigar as ações que têm por objetivo o monitoramento remoto, o acesso à localização e aos rastros dos indivíduos no ambiente virtual, especialmente porque a pandemia acentuou os delineamentos do mercado lucrativo de monetização de dados pessoais (TOBBIN; CARDIN, 2020a).

É fundamental analisar tais ações diante da necessidade de proteção dos direitos da personalidade, entre eles o direito à privacidade e à autodeterminação informativa, tendo em vista a possibilidade de vigilância excessiva e da utilização e do compartilhamento indevido de dados que possam prejudicar os direitos do cidadão, que cada vez mais necessita utilizar dispositivos e aplicativos de inteligência artificial para ter acesso à Internet e a informações sobre cuidados com a saúde, atuar no mercado de trabalho e financeiro, continuar seus estudos e receber benefícios e serviços por parte do Estado, de forma que a própria cidadania passa a ser, gradativamente, exercida pela via digital.

3 CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E BIOPOLÍTICAS: DA VIGILÂNCIA EXCESSIVA E DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS

Diante do crescimento do *e-government* em razão da pandemia, aos governos foi possibilitada a atuação de forma mais presente no ambiente digital por meio da concessão de benefícios, serviços e aplicativos com o escopo de conter a propagação do coronavírus e de manutenção da vida social. As estratégias de mo-

nitidamente remoto reduziram o número de pessoas em hospitais por meio da avaliação tecnológica assistida de sinais vitais, frequência de pulso e respiratória, pressão arterial e temperatura corporal (GERKE *et al.*, 2020), revelando-se fundamental analisar tais medidas com base nos conceitos de biopoder e do capitalismo hodierno de vigilância.

Para Foucault (2013), o crescimento do capitalismo deu origem à modalidade específica “do poder disciplinar, cujas fórmulas gerais, cujos processos de submissão das forças e dos corpos, cuja ‘anatomia política’, podem ser aplicados através de regimes políticos, de aparelhos ou de instituições muito diversas”. Desta forma, segundo Fachini e Ferrer (2019, p. 230), a biopolítica objetiva “gerir e garantir um bem-estar social, controlar a segurança do território e da população, enquanto o biopoder cuida e garante a permanência da espécie”. Por meio de mecanismos de vigilância ou monitoramento é possível controlar “as taxas de natalidade e de mortalidade em um determinado Estado, para assegurar a manutenção da vida” (FACHINI; FERRER, 2019, p. 230). Este cenário, para Foucault, envolveria uma “série de vigilância, controle, olhares diversos que permitem descobrir, antes mesmo de o ladrão roubar e se ele vai roubar” (FOUCAULT, 2015, p. 7).

Na maioria das vezes as estratégias de vigilância estatal têm por intuito o controle social. A biopolítica manipula a vida cotidiana e o mundo econômico, por meio de instituições públicas ou empresas privadas cujo foco é o desempenho do indivíduo, com objetivo de gerar lucro (FACHINI; FERRER, 2019). Basta verificar que as tecnologias vestíveis, também chamadas de *wearables*, que podem ser relógios, pulseiras, roupas e tecidos inteligentes, objetivam exatamente monitorar o desempenho corporal e diário do indivíduo com base na sua saúde, produtividade e rentabilidade. Segundo Foucault (2013, p. 116), é dócil “o corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”. Ainda, para o autor,

em qualquer sociedade, o corpo é alvo de poderes muito estritos, que lhe impõem condicionalismos, interdições ou obrigações. No entanto, há várias coisas novas nessas tecnologias. Em primeiro lugar, a escala do controle: não se trata de cuidar do corpo, em massa, por atacado, como se fosse uma unidade indissociável, mas de o trabalhar em pormenor; trata-se de exercer sobre ele uma coerção sutil, de assegurar controle ao próprio nível da mecânica – movimentos, gestos, atitudes, rapidez: poder infinitesimal sobre o corpo ativo. Segundo, o objeto do controle: já não os elementos significantes do comportamento ou a linguagem do corpo, mas a economia, a eficácia dos movimentos, a sua organização interna; a coerção incide mais nas forças do que nos signos; a única cerimônia que importa realmente é a do exercício. Por último, a modalidade: implica uma coerção ininterrupta, constante, que vela mais pelos processos de atividade do que pelo seu resultado, e exerce-se segundo uma codificação que controla o mais apertadamente possível o tempo, o espaço e os movimentos. Estes métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante das suas forças e que lhes impõem uma relação de docilidade, podem ser designados por “disciplinas” (FOUCAULT, 2013, p. 117).

A vigilância, discretamente, faz com que as pessoas que estão sendo vigiadas sequer saibam que são manipuladas (FACHINI; FERRER, 2019), o que pode se dar, no mundo atual, por meio da coleta, mediante a utilização, o compartilhamento de dados e o monitoramento remoto, sob a alegação de maior segurança e tentativa de conter epidemias e crises sanitárias. Os estudos sobre biopoder e biopolíticas ganharam novos delineamentos diante da crise sanitária provocada pela Covid-19 e a pandemia, segundo Freitas, Capiberibe e Montenegro

encontrou um nicho interessante, despertando o desejo – não necessariamente consciente – de maior controle sobre os nossos corpos, seja por quem for, já que esse controle vem sendo alardeado como forma de salvação, como a maneira existente de nos protegermos do maior medo de todos: o medo da morte. O uso do medo por campanhas políticas, especialmente utilizando as mídias sociais, já é conhecido (2020, p. 195).

Para que os dados possam ser utilizados, conforme Freitas, Capiberibe e Montenegro (2020, p. 196), “cria-se um imaginário com representações que apontam para a ideia de que os dados são elementos neutros, descontextualizados temporal, política e historicamente”. A narrativa forjada é a de que “toda e qualquer apropriação e uso desses dados pessoais – seja por governos ou por outros atores – não poderão trazer malefícios, mas, ao contrário, serão fundamentais à manutenção da ordem e do bem-estar público” (FREITAS; CAPIBERIBE; MONTENEGRO, 2020, p. 196).

Em sua faceta tecnológica, o biopoder “seduz e conquista o indivíduo por meio de mecanismos discretos que agem diretamente na vida em sociedade”, garantindo “o bem-estar social, com uma vigilância tecnológica que torna o indivíduo submisso à tecnologia” (FACHINI; FERRER, 2019, p. 227). As informações coletadas por estes dispositivos de inteligência artificial objetivam compor bancos de dados e perfis comportamentais, que buscam “antecipar preferências, tendências, escolhas e traços psíquicos de indivíduos ou grupos” (FACHINI; FERRER, 2019, p. 227-228) para fins de consumo e controle social (BRUNO, 2006). É o que se convencionou denominar de publicidade comportamental, que é a publicidade direcionada com base na experiência virtual do usuário, que em troca do acesso aos serviços e funcionalidades da rede acaba cedendo seus dados pessoais, o principal ativo do mercado tecnológico atual (TOBBIN; CARDIN, 2020b).

O capitalismo de vigilância, expressão que se tornou popular atualmente por meio dos estudos da norte-americana Shoshana Zuboff (2019) e que explica o fenômeno da monetização dos dados pessoais pelo mercado tecnológico e financeiro, fundamenta-se, para Freitas, Capiberibe e Montenegro (2020, p. 195), “na extração e apropriação de dados pessoais. Empresas de tecnologia, as mais beneficiadas por esse contexto, criam parcerias com governos”, que passam a utilizar e depender do fluxo de dados gerenciado pelas empresas de tecnologia (CARDIN; PAULICHI, 2020, p. 235).

Em 2015, a empresa Uber ofereceu à cidade de Boston o acesso ao histórico de dados sobre as viagens realizadas pelo aplicativo na localidade para fins de planejamento urbano e melhoria do tráfego. Já Toronto, no Canadá, forneceu dados de seus cidadãos para a empresa *Sidewalk Labs*, ligada à *Google*, que tem por objetivo criar uma *smart city*, com a utilização de fibra ótica (MOROZOV, 2018; FREITAS; CAPIBERIBE; MONTE-NEGRO, 2020, p. 196).

Conforme Sousa e Silva (2020, p. 5), os dados são atualmente o principal insumo da economia global baseada na tecnologia, posto que cada vez mais são “processados e economicamente valorados” e, ao se converterem em informação, permitem “facilitar o intercâmbio e maximizar a qualidade nas empresas”, uma vez que, diariamente, “os indivíduos vivenciam um processo de produção de dados e de informações que podem ser interpretados e comunicados”.

Conforme analisa Monteiro (2018, p. 142),

existem modelos de negócios de alguns provedores de serviços que dependem da monetização de dados de seus usuários. Pois, a receita dessas empresas provém da publicidade que ofertam pelas suas plataformas, propagandas ligadas a analisar o comportamento do usuário, então, a coleta de dados é a sobrevivência dessas empresas. Existem também as empresas que lucram com a publicidade *on-line* e com os chamados “serviços de dados” ou “data brokers”, que coletam, analisam e compartilham as informações. Muitas nem têm relação direta com os consumidores cujos dados são coletados, somente fornecem serviços a outras empresas, incluindo a comercialização desses dados.

A tendência é que cada vez mais governos e Estados dependam de empresas de tecnologia para a atuação da administração pública e para a efetivação de políticas públicas. Tal cenário é muito benéfico para o desenvolvimento e o progresso social, contudo pode atingir certos direitos da personalidade do cidadão e evidencia a imprescindibilidade de proteção de dados pessoais contra intromissões arbitrárias e moralmente desmotivadas.

Dessa forma, surge a necessidade de controlar a circulação destes dados e que as instituições “estabeleçam seus modelos de governança para o tratamento” de dados, buscando “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (SOUSA; SILVA, 2020, p. 2). Explicam Modesto e Ehrhardt Junior (2020, p. 145) que os dados pessoais se relacionam com a pessoa identificada ou identificável, quais sejam: “o nome, o CPF, o endereço, os dados genéticos, o histórico médico, o Internet Protocol (IP) e os dados de localização”, que são “vinculados, direta ou indiretamente, a determinado indivíduo, os quais revelam algo sobre ele”. Logo, todos os dados coletados passam a ser importantes para esse cenário de monetização, por mais que tais práticas possam parecer inofensivas, especialmente para o cidadão comum, que aparentemente não tem motivos para pensar que estaria sendo vigiado pelo Estado ou que obtivesse informações privilegiadas e passíveis de interesse estatal ou empresarial.

Conforme Estrada (2016, p. 43), a Internet das Coisas possibilita a coleta de informações acerca do local onde o indivíduo andou na rua, estacionou o seu carro e fez compras por meio dos dados de seu cartão de crédito. À medida que são recolhidos tais elementos, afloram questões e preocupações quanto à discriminação, exclusão, criação de perfis, vigilância e controle, criando inquietude entre inovação tecnológica e direito à privacidade.

Nos últimos anos casos internacionais como o do vazamento de informações e esquema de vigilância populacional global perpetrado pela NSA norte-americana no caso Eduard Snowden e da compra de dados pessoais dos usuários da rede social *Facebook*, atingindo cerca de 87 milhões de usuários, que não consentiram com esse compartilhamento, pela empresa de consultoria *Cambridge Analytica*, contratada pelo grupo que promoveu o Brexit e, posteriormente, a campanha presidencial de Donald Trump nas eleições americanas de 2016, demonstraram que a coleta, o tratamento e a amplitude da utilização de dados pessoais ainda é muito distante da compreensão do cidadão comum que utiliza redes sociais, *smartphones*, dispositivos de inteligência e aplicativos fundamentados em algoritmos e no *learning machine* (FORNASIER; BECK, 2020; XAVIER *et al.*, 2020; TOBBIN; CARDIN, 2020b).

De acordo com Fornasier e Beck, por mais que estes dados possam tecer uma narrativa comportamental de quem é cada indivíduo, esta não pode ser encarada como verossímil, uma vez que “indivíduos serão sempre mais do que apenas métricas; conjuntos de indicadores transformados em estatística e logo permitindo que algumas conclusões sejam inferidas” (FORNASIER; BECK, 2020, p. 189). Tal fala evidencia a problemática da discriminação algorítmica e de sistemas de inteligência artificial fundamentados em vieses preconceituosos e discriminatórios.

No entender de Queiroz, Teixeira Junior e Knoerr,

é certo que a imensa maioria desses serviços de controle e vigilância, seja através dos programas de governo ou não, são exercidos por empresas privadas que prestam serviços aos órgãos públicos. Poucos são os atos praticados diretamente pelos servidores públicos. Isso é representativo, pois quando se terceirizam serviços que possuem princípios como o da privacidade envolvidos se tem grande risco (2014, p. 429).

Como compreende Morozov (2018, p. 146), as parcerias promovidas entre governos e as grandes empresas de tecnologia revelam a tendência de estabelecimento de um “estado do bem-estar privatizado, paralelo e praticamente invisível, no qual muitas das atividades diárias são fortemente subsidiadas por grandes empresas de tecnologia” interessadas em monetizar dados. O que muito se questiona, conforme Requião (2020), é o que será feito com as informações e os dados pessoais dos cidadãos coletados durante a pandemia quando a situação de crise mundial acabar. Isto é, o risco de que estes sejam utilizados para além do contexto de controle e prevenção do vírus pelo mercado de monetização de dados, que foi ampliado justamente com a virtualização das atividades cotidianas no cenário pandêmico.

Logo, verifica-se que é fundamental munir o usuário de maior controle acerca de seus dados no ambiente virtual, de forma a consentir ou não com a utilização e o tratamento destes, uma vez que a utilização e o compartilhamento indevido podem lesar os direitos da personalidade do usuário, especialmente a sua privacidade e o direito à autodeterminação informativa.

4 DIREITOS À PRIVACIDADE E À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

A Constituição Federal de 1988 proclama como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana e, o seu artigo 5º prescreve que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização em caso de dano material ou moral (BRASIL, 1988). O Código Civil de 2002 também prevê ser inviolável a vida privada da pessoa natural, em seu artigo 21 (BRASIL, 2002).

Conforme Modesto e Erhardt Junior, atualmente o direito à privacidade “tem sua compreensão ampliada em razão de a evolução das formas de divulgação e apreensão de dados pessoais ter expandido as possibilidades de violação da esfera privada, máxime pelo acesso não autorizado de terceiros a esses dados” (MODESTO; EHRHARDT JUNIOR, 2020, p. 148).

Para Rodotà (2008, p. 50), o conceito atual de privacidade englobaria o controle do indivíduo sobre as próprias informações e para determinar a construção da sua esfera particular. Além disso, a “própria defesa da privacidade requer, portanto, um alargamento da perspectiva institucional, superando a lógica puramente proprietária e integrando os controles individuais com aqueles coletivos”. Segundo Doneda,

hoje a exposição indesejada de uma pessoa aos olhos alheios se dá com maior frequência através da divulgação de seus dados pessoais do que pela intrusão em sua habitação, pela divulgação de notícias a seu respeito na imprensa, pela violação de sua correspondência – enfim, por meios “clássicos” de violação da privacidade (2006, p. 14).

Para o referido autor, os dados são a expressão direta da personalidade do usuário, sendo a sua proteção essencial à dignidade humana (DONEDA, 2011), uma vez que representam preferências, gostos, interesses e desejos dos usuários, potenciais consumidores e destinatários da publicidade comportamental, que se fundamenta na busca, pesquisa e engajamento de conteúdos pelo usuário no ambiente virtual.

Doneda (2006) pontua que é possível a violação dos direitos da personalidade do usuário por meio da utilização inadequada de dados sensíveis, que dizem respeito a questões que envolvem origem genética, sexo, gênero, orientação sexual, bem como escolhas e convicções religiosas e políticas. Como expõem Freitas, Capiberibe e Montenegro (2020, p. 198), o direito e o respeito à privacidade e à proteção dos dados pessoais “são princípios que orientam diretrizes no campo da governança da Internet e dos direitos humanos, mas têm poucas implicações em outros campos”. O fato de os instrumentos “de ação pública serem hoje, em sua maioria, desenvolvidos e implementados com a mediação da Internet” – e, na maioria das vezes, utilizando dados – “revela a necessidade de se considerar direitos associados a esse uso como sendo de interesse da governança no setor público de forma transversal e multissetorial”.

Nos termos do artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil tem como fundamentos: “I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais” (BRASIL, 2018).

Entre os fundamentos citados destaca-se o respeito à autodeterminação informativa, que é “um aspecto fundamental a ser levado em consideração para o uso de dados pessoais, conjuntamente com as garantias de transparência, segurança e minimização no uso de dados” (ALMEIDA *et al.*, 2020, p. 2.489). A autodeterminação informativa tem por objetivo assegurar

um direito constitucional de personalidade que tem por objeto o poder do indivíduo sobre três aspectos: de decidir sobre a divulgação e o uso dos seus dados pessoais; de decidir sobre quando e dentro de quais limites esses dados podem ser revelados; e, por fim, de ter conhecimento sobre quem sabe e o que sabe sobre ele, além de quando e em que ocasião (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 24).

A expressão “autodeterminação informativa” foi utilizada em 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão, no exame da Lei do Censo, que previa que o “Estado pudesse realizar o cruzamento de informações sobre os cidadãos para mensuração estatística da distribuição espacial e geográfica da população” (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 23). A Corte considerou que, tendo em vista o cenário moderno de processamento de dados, a tutela do indivíduo contra a coleta, o armazenamento e a divulgação ilimitada de seus dados pessoais “é abrangida pelos direitos gerais das pessoas garantidos na Constituição alemã” (SOUSA; SILVA, 2020, p. 9).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) também visa a garantir o consentimento do usuário para a coleta, o tratamento, a utilização e o compartilhamento de dados pessoais. Nos termos do seu artigo 5º, inciso XII, o consentimento é a “manifestação livre, informada e inequívoca, pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). Conforme Sousa e Silva (2020, p. 17), o termo de consentimento, como “forma de exteriorização prática, coloca-se como instrumento de forma de controle sobre circulação dos referidos dados e informações”, uma vez que este permite que o usuário saiba e tenha maior controle acerca de onde, como, por que e para que seus dados poderão ser utilizados no futuro, uma vez que

no caso de compartilhamento dos dados pessoais com outros controladores exige-se a obtenção do consentimento específico do titular para esse fim. Nesse sentido, o controle por meio do consentimento do titular torna-se instrumento de garantia dos direitos de liberdade, intimidade e privacidade, pois o consentimento possibilita a mudança de eixo da estrutura da privacidade constituída pelo cidadão, informação e segredo, para o eixo da tríade cidadão, informação e controle (SOUSA; SILVA, 2020, p. 8).

Para Sousa e Silva, o consentimento seria a “exteriorização do fundamento da autodeterminação informativa, no seu contexto prático, não constituindo, assim, elemento de construção de seu sentido, mas instrumento de efetivação” (2020, p. 10).

Já Lugati e Almeida (2020) compreendem que é necessário desvincular a ideia de autodeterminação informativa baseada apenas no consentimento, uma vez que este, na realidade, representaria um instrumento utópico e ilusório, visto que facilmente perde seus efeitos (MALHEIRO, 2017), em razão da relação assimétrica da rede e da vulnerabilidade do titular de dados (BIONI, 2020).

Como pontuam Moura e Andrade (2019, p. 123), o direito à autodeterminação informativa também

não é suficiente para evitar o fornecimento compulsório de dados para a prática dos atos mais corriqueiros de qualquer pessoa física: adquirir um telefone móvel, contratar serviços públicos essenciais, extrair documentos em órgãos públicos, prestar concursos, possuir conta bancária, etc. Logo, a “fé” no consentimento prévio como redoma protetora da privacidade do titular é puramente teórica, e baseada na extrema confiança de que os controladores e operadores de dados irão respeitar todos os ditames da LGPD. Esse ceticismo quanto à proteção do titular pelo simples fato do tratamento de dados depender de seu consentimento pode ser verificado tanto na doutrina pátria quanto na alienígena, que reconhecem a vulnerabilidade do titular e a fragilidade da proteção legal.

Para Lugati e Almeida (2020, p. 29) só seria possível falar em autodeterminação se as tecnologias empoderassem o titular de dados, de forma que este tivesse uma real participação quanto ao processo de tratamento de dados. Neste âmbito, surge a proposta do consentimento granular, de modo que, segundo Bioni (2020), o titular poderia decidir: “(i) quais serão seus dados coletados; (ii) por quais modalidades de tratamentos eles serão submetidos; (iii) por qual período de tempo e frequência; e (iv) a possibilidade de compartilhamento com terceiros”. Assim, “o consentimento granular permitiria que o titular dos dados tivesse uma entrada gradual em meio ao fluxo de dados, com a fragmentação de suas autorizações” (LUGATI; ALMEIDA, 2020, p. 26-27).

O artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados prevê que o tratamento destes deve observar a boa-fé e os seguintes princípios, definidos e explicados no texto da mencionada Lei: *finalidade* (que envolve propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados); *adequação* (compatibilidade do tratamento com a finalidade informada); *necessidade* (limitação ao mínimo necessário e à finalidade, com apenas os dados pertinentes, de forma proporcional e não excessiva); *livre acesso* (garante a consulta gratuita e facilitada pelos usuários acerca do tratamento, bem como da integridade dos dados); *qualidade* (assegura a exatidão, atualização, clareza e relevância dos dados, de acordo com a necessidade de cumprimento da finalidade) (artigo 6º, incs. I ao V da LGPD) (BRASIL, 2018).

Igualmente devem ser observados os princípios: da *transparência* (assegura aos titulares informações claras, precisas e acessíveis acerca do tratamento de dados, observado o segredo comercial e industrial); da *segurança* (medidas técnicas que protejam os dados da utilização indevida, de acidentes ou atividade ilícita de destruição, alteração, perda, comunicação ou difusão); da *prevenção* (adota medidas para prevenir danos em virtude do tratamento dos dados); da *não discriminação* (impossibilidade de tratamento com base em vieses discriminatórios, abusivos ou ilícitos) e da *responsabilização e prestação de contas* (demonstração acerca da adoção de medidas de proteção e da eficácia destas) (artigo 6º, incs. VI ao X da LGPD) (BRASIL, 2018).

Tais princípios demonstram que a coleta e o tratamento devem ser específicos, possuir uma finalidade, serem consentidos e adequados, bem como observarem o direito à igualdade e os direitos da personalidade, tais como o direito à privacidade e à autodeterminação informativa, e que o vazamento e o compartilhamento ilícitos devem ser punidos, tendo em vista a necessidade de transparência, segurança e prevenção de ofensas

ao usuário. Conforme Doneda (2011), o tratamento de dados, especialmente os automatizados, é uma atividade de risco, que se concretiza

na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses reais. Daí resulta ser necessária a instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que, no fundo, são expressão direta de sua própria personalidade. Por este motivo, a proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental (DONEDA, 2011, p. 92).

Diante da pandemia, na visão de Modesto e Ehrhardt Junior, “encontrar o ponto de equilíbrio no tratamento dos dados pessoais em prol do interesse coletivo é o grande desafio que se impõe cada vez que surge uma nova emergência”, pois, “situações de grande preocupação social, como a atual pandemia, costumam propiciar que as pessoas tolerem intrusões cada vez maiores em suas liberdades individuais em nome do bem maior” (MODESTO; EHRHARDT JUNIOR, 2020, p. 154). Isso porque dificilmente medidas planejadas que visem a garantir o bem-estar dissociadas do direito à privacidade alcançarão seus objetivos (FREITAS; CAPIBERIBE; MONTENEGRO, 2020, p. 198).

Na concepção de Linares (2020, p. 146), não se pode perder a oportunidade de salvar vidas e de acelerar as investigações acerca do vírus sob a alegação de privacidade de dados, uma vez que as próprias legislações protetivas (cita-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados, da União Europeia, e a Lei Geral de Proteção de Dados, no Brasil, que preveem exceções em que se poderia tratar dados em tempos de crise).

Como compreendem Finkelstein, Federighi e Chow (2020, p. 27) diante da crise de saúde pública e do atual aparato tecnológico, “não há que se questionar se usar ou não os dados pessoais no combate à Covid-19, mas sim como utilizá-los”. Logo, é preciso visualizar que o direito à privacidade e a necessidade de proteção de dados, por si sós não inviabilizam “o uso de dados pessoais e a possibilidade de seu uso para responder à pandemia”, considerando que a atual emergência de saúde pública “aponta para a premente necessidade de novas formas de governança de dados pessoais que incluam a sociedade civil para a promoção de benefícios equânimes para toda a sociedade” (ALMEIDA *et al.*, 2020, p. 2.491).

Observam Modesto e Ehrhardt Junior (2020, p. 150) que isolada e receosa em relação à propagação do vírus, a população inicialmente pouco pôde se preocupar com o tratamento e eventuais abusos do direito à privacidade, no entanto a “experiência em outros países demonstra que a perspectiva muda radicalmente quando, uma vez infectada, a pessoa passa a vivenciar as restrições provocadas pela exposição”, muitas vezes “não consentida e nem sequer comunicada, de dados pessoais, incluindo dados sensíveis”, principalmente pelo fato de que “situações de discriminação e exclusão social nesses casos não têm uma duração que corresponda ao período da doença, podendo persistir por períodos muito mais longos”.

Tal posicionamento demonstra que é necessário cautela para a escolha pelo tratamento de dados em detrimento da privacidade e da autodeterminação informativa mesmo diante de um cenário pandêmico e cercado de incertezas, posto que tal opção, no futuro, pode motivar ainda mais a dependência do indivíduo da tecnologia a serviço de interesses particulares, desvinculados do público.

Diante de tal problemática, Almeida *et al.* (2020, p. 2.489) citam a anonimização de dados, que “consiste na aplicação de medidas técnicas para impossibilitar a associação direta ou indireta dos dados ao indivíduo”; já a pseudoanonimização “remove identificadores e os substitui por um código-chave único, sendo estratégias de proteção de dados previstas em algumas leis”. Como observam os autores, os dados anonimizados “não são considerados dados pessoais ou o são com algumas ressalvas, enquanto dados pseudoanonimizados são tidos como dados pessoais pelo potencial de reidentificação dos indivíduos”, por meio da utilização de um código-chave, mesmo que disponham de um nível de segurança mais elevado.

Embora os dados anonimizados não sejam considerados dados pessoais por leis protetivas, “mesmo sem fazer referência a qualquer indivíduo, podem prejudicar grupos em virtude de informações sobre locais, etnicidade, situações de saúde e condições socioeconômicas”, por exemplo, “requerendo escrutinamento ético sobre os potenciais benefícios gerados por tais evidências” (ALMEIDA *et al.*, 2020, p. 2.490). É igualmente

essencial evitar, segundo Carrasco e Ramírez (2020, p. 218) políticas intrusivas, mesmo que temporariamente, porquanto é improvável que sejam consideradas necessárias restrições à privacidade que não se mostrem fundamentais para salvar vidas ou contribuir para a continuação das atividades essenciais e econômicas.

Para Finkelstein, Federighi e Chow (2020, p. 27) a pandemia é um teste para as democracias liberais, de modo que este momento “não pode implicar em retrocessos nas liberdades individuais”, principalmente considerando a influência do ambiente virtual para a criação de bolhas sociais, ambientes reacionários, antidemocráticos, disseminadores de *fake news* e de manipulação político-ideológica. Assim, os autores defendem como fundamental um debate público acerca da maneira como os dados pessoais estão sendo coletados e tratados pelas autoridades sanitárias, “com vistas a evitar a vigilância intrusiva que vem ocorrendo em diversos países do mundo”. De forma que também seria preciso

(i) realizar uma avaliação a respeito da necessidade de políticas de saúde centradas em dados, assim como quais são suas necessidades e objetivos, amparando-se na ciência; (ii) definir proporcionalidade do tratamento de dados, para fim de restringir a intervenção na esfera privada; (iii) definir rigidamente o ciclo de vida dos dados e a forma de descarte; (iv) garantir ampla transparência a todos os processos; (v) estabelecer salvaguardas específicas e concretas a todos os processos (FINKELSTEIN; FEDERIGHI; CHOW, 2020, p. 26).

Almeida *et al.* (2020, p. 2.490) acrescentam que uma governança responsável de dados inclui a “descrição das metodologias de processamento e análise dos dados, pois dados têm valor de prova, de evidência, na tomada de decisão tanto para políticas públicas quanto para ciência”. Isso porque, como lecionam os autores, “todo algoritmo baseado em aprendizagem de máquina expressa a visão do padrão ou regularidade do que deve ser considerado para mensurar”. Além disso, o método científico tem “papel preponderante para validar, aumentar a confiabilidade e a utilidade dos resultados. Inclusive no questionamento de suposições, valores e vieses que distinguem opiniões de evidências” (ALMEIDA *et al.*, 2020, p. 2.490).

De modo que é necessário questionar: “Por quem e como os dados serão acessados, processados e utilizados? Serão armazenados, reutilizados, descartados após o alcance da finalidade?” Como serão protegidos? “Em caso de abuso ou negligência, quem será responsabilizado?” (ALMEIDA *et al.*, 2020, p. 2.490).

Isto é, as políticas de tratamento de dados precisam ser claras e precisas, específicas e moralmente motivadas pelos interesses público ou privado do cidadão, de modo que não há espaço para programas que somente tenham por escopo a coleta indiscriminada, pouco explicada e concedam irrisórios benefícios ao cidadão apenas com o intuito de alimentar o cenário de monetização de dados ou criar Estados de vigilância.

Assim, visualiza-se como fundamental que os dados compartilhados e utilizados em razão da crise de saúde pública por empresas privadas, principalmente em parceria com o Estado, precisam demonstrar em seus termos de uso informações claras e transparentes acerca dos propósitos do acesso, uso, compartilhamento e de quem será a responsabilidade em caso de utilização indevida ou vazamento.

5 CONCLUSÃO

Com a pandemia da Covid-19 houve um *boom* de exploração pelos Estados de estratégias de *e-government* com o intuito de manter o isolamento social, dar continuidade aos serviços essenciais, sobretudo relacionados à saúde e à contenção do vírus e conceder benefícios e serviços aos cidadãos. Desta forma, ao redor do planeta cresceu a utilização de dispositivos e aplicativos de inteligência artificial por meio de monitoramento remoto, reconhecimento facial, *tracking*, geolocalização, etc., com base na coleta, tratamento, utilização e compartilhamento de dados pessoais que possibilitem realizar previsões e elaborar perfis informacionais e comportamentais.

Por certo que a situação de crise sanitária é suficiente para motivar medidas que tentem proteger o cidadão mediante o monitoramento remoto de sintomas, localização e a tentativa de prever possíveis locais de disseminação do vírus e novos surtos, de modo a restringir questões ligadas à privacidade e à autodeterminação informativa do usuário, que cada vez mais pauta sua vida no ambiente virtual e acaba por conceder seus dados e consentir com termos de uso para ter acesso aos benefícios trazidos pela tecnologia. É crucial, contudo, que tais políticas considerem que os dados pessoais são reflexo da personalidade, uma vez que evidenciam gostos, preferências e interesses, merecendo, para tanto, tutela compatível e adequada.

Visualiza-se diante dos desdobramentos do cenário atual pandêmico e da tentativa de manutenção do capitalismo pós-moderno a real possibilidade de criação de Estados de vigilância, alimentados pela coleta de dados pessoais dos cidadãos de forma arbitrária, desmotivada e sem finalidade, propiciados pelo contexto de monetização de dados das grandes empresas do mercado tecnológico, apontado por Zuboff, a serviço do consumo e da manutenção da retórica da vigilância como forma de bem-estar e controle social, já evidenciada por Foucault.

Para que isso não aconteça, é essencial que tais estratégias de *e-government* prevejam de forma clara e precisa como, quando e onde estes dados serão utilizados, uma vez que a utilização destes e o seu compartilhamento para fins de monetização e consumo sem o consentimento do titular ofende a privacidade e a autodeterminação informativa do cidadão, justificativa que motivou a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Medida Provisória nº 954 em 2020.

O que se conclui, portanto, é que dificilmente o cidadão comum, que necessita preencher cadastros *on-line*, baixar aplicativos e concordar com termos de uso no ambiente virtual, tem a real noção de como os seus dados podem ser utilizados pelo Estado e por empresas privadas, posto que, aparentemente, aos olhos leigos, não representam grandes informações a seu respeito, tais como nome, endereço, CPF, número de telefone, etc., mas representam informações importantes para inferências do mercado tecnológico, de consumo e para o Estado.

Apesar a existência no Brasil de disposições constitucionais e infraconstitucionais que garantam o direito à privacidade, bem como a proteção de dados e a autodeterminação informativa (Lei Geral de Proteção de Dados) verifica-se que os termos do consentimento atual para a coleta, o tratamento e o compartilhamento de dados ainda são muito questionáveis, dado que este facilmente perde seus efeitos ante a relação assimétrica entre os usuários e o mercado tecnológico em parceria com o Estado, como ocorre nas estratégias de *e-government*, de forma que o fomento da discussão, bem como a maior responsabilização do Estado e, principalmente, das empresas privadas que atuam nesse âmbito em caso de violação e ofensa aos direitos à privacidade, à proteção de dados e à autodeterminação informativa são essenciais para a tutela dos direitos da personalidade contra os efeitos nocivos do capitalismo de vigilância em tempos de crise.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bethania de Araujo *et al.* Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. 1, p. 2487-2492, jun. 2020. Disponível em: <https://scielosp.org/pdf/csc/2020.v25suppl1/2487-2492/pt>. Acesso em: 10 out. 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 5 out. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRUNO, Fernanda. Dispositivos de vigilância no ciberespaço: duplos digitais e identidades simuladas. *Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos*, São Leopoldo, v. 8, n. 2, p. 152-159, maio/ago. 2006. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6129>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; PAULICHI, Jaqueline Silva. Das formas de inteligência artificial e os impactos nos padrões de consumo e a proteção dos direitos da personalidade. *Meritum*, v. 15, n. 4, 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7954>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- CARRASCO, Carmen Márquez; RAMÍREZ, Juan Ortega. La Covid-19 y los desafíos de la vigilancia digital para los derechos humanos: a propósito de la app DataCOVID prevista en la Orden Ministerial SND/29/2020, de 27 de marzo. *Revista Bioética y Derecho*, v. 50, p. 205-220, 2020. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31377/32112>. Acesso em: 20 nov. 2020.

- CELLAN-JONES, Rory. Coronavirus: Israeli spyware firm pitches to be Covid-19 saviour. *BBC News*, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/health-52134452>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 10 out. 2020.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ESTRADA, Manuel Martín Pino. O comércio de dados pessoais dos trabalhadores pelas empresas de tecnologia e pelos governos através da invasão da privacidade e da intimidade. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 42, n. 172, p. 35-54, nov./dez. 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100576>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- FACHINI, Elaine Cristina Sotelo; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e biopoder como forma de intervenção na ordem econômica e de controle social: a Lei Geral de Proteção de Dados como inibitória da manipulação social. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 226-246, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9153>. Acesso em: 4 nov. 2020.
- FINKELSTEIN, Carlos; FEDERIGHI, André Catta Petra; CHOW, Beatriz Graziano. O uso de dados pessoais no combate à Covid-19: lições a partir da experiência internacional. *Revista Brasileira de Inteligência Artificial – RBIAD*, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://rbiad.com.br/index.php/rbiad/article/view/7>. Acesso em: 10 out. 2020.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; BECK, Cesar. Cambridge Analytica: escândalo, legado e possíveis futuros para a democracia. *Revista Direito em Debate*, a. XXIX, v. 29, n. 53, p. 182-195, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10033>. Acesso em: 10 out. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Lisboa: Edições 70, 2013.
- FREITAS, Christiana Soares de; CAPIBERIBE, Camila Luciana Góes; MONTENEGRO, Luísa Martins Barroso. Governança tecnopolítica: biopoder e democracia em tempos de pandemia. *Revista NAU Social*, v. 11, n. 20, p. 191-201, maio/out. 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/36637/21028>. Acesso em: 10 out. 2020.
- G1 PE. Recife rastreia 700 mil celulares para monitorar isolamento social e direcionar ações contra coronavírus. *G1 PE*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/03/24/recife-rastreia-700-mil-celulares-para-monitorar-isolamento-social-e-direcionar-acoes-contra-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- GERKE, Sara *et al.* Regulatory, safety, and privacy concerns of home monitoring technologies during Covid-19. *Nature Medicine*, v. 26, p. 1176-1182, 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0994-1>. Acesso em: 10 out. 2020.
- JUNG, Gyuwon *et al.* Too Much Information: Assessing Privacy Risks of Contact Trace Data Disclosure on People With Covid-19 in South Korea. *Front Public Health*, v. 8, p. 305, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7314957/>. Acesso em: 8 nov. 2020.
- LINARES, Mikel Recuero. La compartición internacional de datos personales relativos a la salud en tiempos de la Covid-19: aspectos éticos y legales para el impulso de la necesaria cooperación. *Revista Bioética y Derecho*, v. 50, p. 133-148, 2020. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31711/32107>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- LUGATI, Lys Nunes; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Da evolução das legislações sobre proteção de dados: a necessidade de reavaliação do papel do consentimento como garantidor da autodeterminação informativa. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 1-33, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10597>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- MAGALHÃES, André Lourenti. Auxílio Emergencial 2021: como consultar o benefício pelo celular. *CanalTech*, 2 abr. 2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/governo/auxilio-emergencial-2021-como-consultar-beneficio-celular/>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.
- MALHEIRO, Luíza Fernandes. *O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: bdm.unb.br/handle/10483/18883. Acesso em: 20 mar. 2020.
- MEDEIROS, Breno Pauli *et al.* The use of cyberspace by the public administration in the Covid-19 pandemic: diagnosis and vulnerabilities. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 650-662, jul./ago. 2020.
- MODESTO, Jéssica Andrade; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate a Covid-19. *Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, n. 2, p. 143-161, 2020. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6770>. Acesso em: 10 out. 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil? *Instituto Igarapé*, Rio de Janeiro, Artigo Estratégico n. 39, p. 1-17, dez. 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-umdireito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

MOURA, Plínio Rebouças; ANDRADE, Diego Calasans Melo. O direito de consentimento prévio do titular para o tratamento de dados pessoais no ciberespaço. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n.1, p. 110-133, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5568>. Acesso em: 20 nov. 2020.

QUEIROZ, Roberlei Aldo; TEIXEIRA JUNIOR, Juarez Ribas; KNOERR, Fernando Gustavo. Controle e vigilância do cidadão através do poder público: um diálogo com Michel Foucault e Hans Jonas sobre programas de governo. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 4, n. 37, p. 413-442, 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1057>. Acesso em: 10 out. 2020.

RAMPELOTTO, Alexandre; LÖBLER, Mauri Leodir; VISENTINI, Monize Sâmara. Avaliação do sítio da Receita Federal do Brasil como medida da efetividade do governo eletrônico para o cidadão. *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 4, p. 959-984, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/51614>. Acesso em: 10 abr. 2021.

REQUIÃO, Maurício. Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois. *Consultor Jurídico*, 5 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protecao-dados-pessoais-antes-agora-depois>. Acesso em: 10 abr. 2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUEDIGER, Marco Aurélio. Governança democrática na era da informação. *Revista de Administração Pública*, v. 37, n. 6, p. 1257-1280, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6522>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SAMPAIO, Rafael Cardoso. e-Orçamentos Participativos como iniciativas de e-solicitação: uma prospecção dos principais casos e reflexões sobre a e-Participação. *Revista de Administração Pública*, v. 50, n. 6, p. 937-958, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/64709>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SOUZA, Rosilene Paiva Marinho de; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Proteção de dados pessoais e os contornos da autodeterminação informativa. *Informação & Sociedade: Estudos*, João Pessoa, v. 30, n. 2, p. 1-19, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/52483>. Acesso em: 10 out. 2020.

TADDEO, Mariarosaria. The Ethical Governance of the Digital During and After the COVID-19 Pandemic. *Minds and Machines*, v. 30, p. 171-176, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-020-09528-5>. Acesso em: 4 nov. 2020.

TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino Cardin. Democracia e vigilância digital em tempos de Covid-19: uma análise do direito à autodeterminação informativa. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 8., 2020, Santa Cruz do Sul. *Anais [...]*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020a. v. 2. p. 360-369. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/eventos/viii-seminario-internacional-de-direitos-humanos-e-democracia-514>. Acesso em: 10 abr. 2021.

TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Perfis informacionais e publicidade comportamental: direito à autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais no ambiente virtual. CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8., 2020. *Anais [...]*. 2020b. p. 1.260-1.276. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2193>. Acesso em: 10 abr. 2021.

XAVIER, Fernando *et al.* Análise de redes sociais como estratégia de apoio à vigilância em saúde durante a Covid-19. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 34, n. 99, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v34n99/1806-9592-ea-34-99-261.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Londres: Profile Books, 2019.

A CONSCIENTIZAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE ATUAÇÃO COM SERIEDADE NA PROTEÇÃO COLETIVA PREVENTIVA: Um Mecanismo para a Transformação da Sociedade e do Estado Brasileiro

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.9401>

Recebido em: 22/8/2019

Modificações solicitadas em: 28/4/2021

Aceito em: 14/5/2021

Rodrigo Antônio Ribeiro Storino

Autor correspondente. Universidade de Itaúna – UIT. Rodovia MG 431, Km 45, s/n. Itaúna/MG, Brasil. CEP 35680-142. <http://lattes.cnpq.br/4380157760081426>. <https://orcid.org/0000-0002-9668-9257>. storinoo@yahoo.com.br

Eloy Pereira Lemos Júnior

Universidade de Itaúna – UIT. Itaúna/MG, Brasil.

RESUMO

A temática da pesquisa é a análise do perfil do direito coletivo brasileiro, que se apresenta como fator contributivo para prevenção de danos sociais. O tema possui relevância para efetiva modificação da postura da sociedade e Estado brasileiro diante dos perigos e riscos detectados cotidianamente, evitando danos coletivos graves e irreversíveis. Questionou-se neste artigo se a priorização da proteção coletiva preventiva é mecanismo eficaz para inibir e fazer cessar a reiteração de práticas ilícitas geradoras de danos sociais. O marco teórico utilizado foi o enfoque neoconstitucionalista próprio do modelo constitucional brasileiro inaugurado em 1988, o qual instituiu a nova *summa divisio* entre direitos individuais e coletivos. Concluiu-se pela necessidade de modificação de filosofia e postura da sociedade e Estado brasileiro, para a aplicação com seriedade da sistematização jurídica existente, como mecanismo de evitar danos coletivos, pois não se amolda ao modelo constitucional brasileiro atuação individualista e patrimonialista, bem como postura passiva diante dos perigos e riscos que se apresentam. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com delimitação do problema por meio do método dedutivo, realizando-se ainda análise explicativa histórica da evolução das teorias do Estado e análise interpretativa crítica dos obstáculos a efetividade do direito coletivo brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalismo brasileiro; nova *summa divisio*; proteção coletiva preventiva; princípio da precaução; danos sociais.

THE CONSCIENTIZATION OF THE NEED TO ACT WITH SERIOUSNESS IN PREVENTIVE COLLECTIVE PROTECTION: A MECHANISM FOR TRANSFORMING SOCIETY AND THE BRAZILIAN STATE

ABSTRACT

The research theme is the analysis of the profile of Brazilian collective law, which presents itself as a contributory factor for the prevention of social damages. The theme has relevance for effective modification of the posture of the Brazilian society and State in face of the dangers and risks detected daily, avoiding serious and irreversible collective damages. Asked in this article if the prioritization of preventive collective protection is an effective mechanism to inhibit and stop the repetition of illegal practices that generate social damages. The theoretical framework used was the neoconstitutionalist approach of the Brazilian constitutional model inaugurated in 1988, which instituted the new *summa division* between individual and collective rights. It was concluded that there is a need to modify the philosophy and posture of the Brazilian society and State, in order to apply seriously the existing legal systematization, as a mechanism to avoid collective damages, because it does not conform to the Brazilian constitutional model, individualist and patrimonialist performance, as well as posture passive in the face of dangers and risks. The methodology used was the bibliographical revision, with delimitation of the problem through the deductive method, and a historical explanatory analysis of the evolution of State theories and critical interpretative analysis of obstacles to the effectiveness of Brazilian collective law.

Keywords: Brazilian constitutionalism; new *summa divisio*; preventive collective protection; principle of precaution; social damages.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral desta pesquisa é comprovar que a priorização da proteção coletiva preventiva é mecanismo para transformação com justiça da sociedade e do Estado brasileiro, no intuito de evitar condutas ilícitas geradoras de danos sociais gravíssimos e irreversíveis.

O tema possui densa relevância prática, pois se consubstancia na indução à modificação da postura passiva da sociedade e Estado brasileiro diante dos perigos e riscos identificados em condutas ilícitas, mesmo que ainda não causadoras de danos.

Justifica-se também a pesquisa sob o ponto de vista teórico, para ressaltar que a priorização de proteção coletiva preventiva configura forma de efetivação dos direitos fundamentais, atendendo aos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade brasileira justa, solidária e que trate seus cidadãos com dignidade.

Há ainda relevância científica para buscar reflexão crítica dos operadores do Direito quanto ao perfil do direito coletivo já traçado pelo legislador constitucional, mostrando-se necessária mudança no pensamento jurídico dominante, para o alcance da eficácia social desejada aos direitos coletivos.

Na segunda parte do trabalho tem-se a análise do modelo de constitucionalismo brasileiro inaugurado em 1988, do Estado Democrático de Direito e dos direitos coletivos, além das discussões sobre a teoria das normas constitucionais e do paradigma neoconstitucionalista.

Já na terceira parte passa-se a compreender as reflexões críticas sobre como a postura da sociedade e do Estado brasileiro revelam-se obstáculo à efetividade dos direitos fundamentais coletivos, além de tratar dos princípios da prevenção e precaução aos danos sociais e a responsabilidade civil e os danos punitivos que se quer aplicadas àqueles.

Nesta temática questiona-se neste artigo científico: A priorização da proteção coletiva preventiva é mecanismo eficaz para inibir e fazer cessar a reiteração de práticas ilícitas geradoras de danos sociais graves e irreversíveis?

Pressupõe essa pesquisa como hipótese científica que, em virtude do modelo de constitucionalismo brasileiro adotado, o qual dividiu o ordenamento jurídico pátrio em direitos individuais e coletivos, estipulando como ponto marcante de seu perfil a proteção coletiva preventiva. Nesse sentido, cabe à sociedade brasileira e seus legitimados atuação precaucional na identificação e combate a ilícitos como mecanismo de prevenção de danos sociais.

A partir de revisão bibliográfica foi possível debater criticamente a temática posta sob o enfoque neoconstitucionalista próprio do modelo constitucional brasileiro inaugurado em 1988, o qual instituiu a nova *summa divisio* entre direitos individuais e coletivos, o que serviu de marco teórico para este estudo.

A delimitação do problema ocorreu pelo método dedutivo, partindo-se de concepções macroanalíticas do direito coletivo consagrado em sede constitucional, para extração de afirmações específicas quanto à necessidade de proteção coletiva preventiva como modelo próprio para o combate a condutas ilícitas e danos sociais no Brasil.

2 O MODELO DE CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO, ESTADO DEMOCRÁTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS

O modelo de constitucionalismo brasileiro materializa-se com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, já em seu artigo 1º, estabelece a formatação de um Estado Democrático de Direito.

Com Lenio Luiz Streck, “o Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada uma nova legitimidade no campo do direito constitucional e da ciência política, no interior da qual o direito assume tarefa de transformação” (2003, p. 690).

Diante da nova lógica posta, o Direito assume o protagonismo na tentativa de modificar, para melhor, a vida de cada indivíduo e da sociedade como um todo. Ganham relevância os direitos fundamentais como valores imperativos básicos para a convivência em sociedade. Em verdade, a sustentação e funcionamento de um grupo social depende do estabelecimento harmonioso dos institutos fundamentais norteadores das decisões dos cidadãos.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais originam-se de construções históricas, iniciadas a partir das revoluções burguesas do final do século 18, baseadas nas necessidades sociais apresentadas em cada época. Dessa forma, são valores em constantes mutações, os quais depois de conquistados não podem retroagir, mas permitem que outros a eles se agreguem.

A partir desta linha de raciocínio, com Ingo Wolfgang Sarlet construiu-se a ideia de dimensões de direitos fundamentais. Em que pese a imprecisão quanto ao número de dimensões atualmente existentes, ressalta o autor que o vocábulo ‘dimensão’ expressa a ideologia de que os direitos fundamentais formam um todo unitário de valores essenciais à sociedade, afastando a ideia de compartimentação advinda da expressão gerações de direitos fundamentais (SARLET, 2005, p. 53).

Essencial é entender a natureza jurídica dos direitos fundamentais como princípios em contraposição às políticas (DWORKIN, 2002, p. 36).

Os argumentos de política são objetivos a serem alcançados pela sociedade. Estes objetivos futuros servem como uma espécie de trilha para as decisões políticas tomadas em um Estado de Direito. Já os direitos fundamentais, como princípios, são garantidores de que os valores selecionados como essenciais pela sociedade serão sempre respeitados ao longo do percurso da trilha traçada previamente pelo legislador constituinte.

Por isso, as decisões políticas devem ser tomadas em consonância com os direitos fundamentais. Caso isto não ocorra, deve o poder Judiciário realizar o controle de tais atos atentatórios. Assim, verifica-se a fulcral função de acesso à Justiça destinada ao poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, pelo que se pode afirmar a opção constitucional de prevalência do Direito sobre a política.

E mais, o legislador constituinte brasileiro de 1988 positivou os direitos fundamentais individuais e coletivos para enfatizar a preocupação com a proteção integral dos direitos humanos na ordem interna.

No que diz respeito à natureza jurídica de direito fundamental dos direitos coletivos ensina Gregório Assagra de Almeida que:

A Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social. Não há como transformar a realidade social sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados (ALMEIDA, 2008, p. 359).

Não basta, contudo, a consagração dos direitos fundamentais se não forem previstas garantias à efetivação e respeito destes direitos. Neste sentido, a imposição de dano moral coletivo aos atos ofensivos aos direitos fundamentais de uma coletividade representa verdadeira garantia a estes direitos, bem como mecanismo de preservação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Verifica-se que o constituinte de 1988 colmatou o interesse social prevendo, de um lado, o dano moral coletivo como garantia fundamental e, de outro, o direito coletivo como verdadeiro direito fundamental constitucional formatado por um sistema processual coletivo.

Nesse sentido, o processo coletivo possui matriz constitucional,¹ sendo sua sistemática complementada em diálogo das fontes pelas normas infraconstitucionais, em especial por seu núcleo formado pela Lei de Ação Civil Pública² e Código de Defesa do Consumidor.³

Para Gregório Assagra de Almeida, “o objeto formal do direito coletivo é o conjunto de princípios, garantias e regras que disciplinam a proteção e a efetivação de todos os interesses coletivos”, compondo o sistema processual coletivo (ALMEIDA, 2008, p. 14).

¹ CF/88.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

² Lei 7.347/1985.

³ Lei 8.078/1990.

De outro lado, sob o aspecto material, o direito coletivo configura-se nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais, se violados, ofendem os direitos fundamentais da sociedade, ensejando a estipulação de danos morais coletivos.

Com o estabelecimento de natureza fundamental aos direitos coletivos, sem qualquer tipo de hierarquização em relação aos direitos individuais, inaugurou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu capítulo I do título II, uma nova *summa divisio* no Direito brasileiro.

Esta nova *summa divisio* é ponto marcante do modelo de constitucionalismo brasileiro inaugurado em 1988, representando muito mais do que mera mudança de nomenclatura, pois visa a ressaltar a mudança de filosofia inaugurada com a Constituição.

Isso porque, ao longo do Estado Social anterior a 1988, havia separação entre a sociedade brasileira e o Estado. As relações sociais eram regidas pelo Direito Privado, enquanto as situações que tivessem em um ou ambos os polos da relação jurídica o Estado eram regidas pelo Direito Público.

A antiga divisão do Direito brasileiro entre público e privado desamparava a sociedade de direitos fundamentais. O Direito Privado era estanque, resolvendo suas demandas em si mesmo. Desta forma, a norma paradigma para as relações jurídicas da sociedade era o Código Civil de 1916, o qual tinha como características ser patrimonialista, individualista e formado por regras.

Noutro giro, o Estado Social, regido pelo Direito Público, tendo como norma paradigma a Constituição, vista como mera carta política, tinha nele mesmo o seu fim, o que explica sua ineficácia na efetivação de direitos fundamentais que pertenciam à sociedade, a qual orbitava o outro plano do Direito brasileiro.

Esse isolamento e desamparo social acaba com a nova *summa divisio* de 1988, pois o Estado é inserido na sociedade, passando a servi-la, sendo responsável por sua modificação para melhor, tendo em vista que a chave de partida do Estado Democrático é que todo poder emana do povo.

Ausente a dicotomia Estado/Sociedade, perde sentido a divisão entre Direito Público e Direito Privado. Pelo fato de a sociedade ser soberana no Estado Democrático, tem ela direitos fundamentais, individuais e coletivos estabelecidos pela Constituição, a qual, com viés jurídico, irradia seus valores por todo o Direito.

Nesse enfoque, o Estado deixa de ter nele mesmo o seu fim, passando a projetar sua atuação para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais de cada um dos seus indivíduos (direito fundamental individual), bem como do conjunto de indivíduos que formam a sociedade (direito fundamental coletivo).

Com isso, os direitos coletivos assumem a roupagem de direitos fundamentais e, sob a ótica objetiva, passam a necessitar de regras e princípios próprios que permitam sua efetivação material, modificando de fato, para melhor, o cotidiano de seus titulares.

2.1 As discussões sobre a teoria das normas constitucionais: princípios x regras e o paradigma neoconstitucionalista

A diferenciação entre regras e princípios é idealizada por Robert Alexy, citado por Carlos Bernal Pulido, na qual as regras são mandamentos de definição, que possibilitam o cumprimento ou descumprimento de forma integral diante do caso concreto. De outro lado, os princípios são mandamentos de otimização, os quais devem ser realizados na maior medida possível na situação posta, podendo assim haver cumprimento destes em graus diversos no fato analisado (PULIDO, 2003, p. 572).

Nas lições de Virgílio Afonso da Silva, enquanto o conflito entre regras resolve-se no plano da validade da norma aplicada, o conflito entre princípios resolve-se pela ponderação, tendo como parâmetro a proporcionalidade, sem declaração de invalidade das normas em disputa. Ressalta o mesmo autor que princípios e regras garantidores de direitos fundamentais possuem a mesma densidade jurídica para resolução de casos concretos, pois aplicam-se diretamente a estes em decorrência de opção legislativa prevista no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2005, p. 30-35).

Nessa linha de raciocínio em que se aplicam diretamente as normas constitucionais na solução de casos concretos, ganha relevância a função exercida pelo poder Judiciário no modelo de constitucionalismo brasileiro, haja vista a possibilidade de prolação da decisão mais apropriada ao caso concreto perpassando pelos

princípios e regras presentes no sistema jurídico. Essa nova lógica constitucional é denominada de neoconstitucionalismo, o qual é contextualizado da seguinte forma por Luís Roberto Barroso:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição Federal de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias de nova interpretação constitucional (BARROSO, 2007, p. 173).

O neoconstitucionalismo possibilita que o poder Judiciário seja elemento de transformação social e acesso à Justiça, construindo de forma participada e fundamentada a decisão mais justa à demanda posta. Assim, opera-se com o neoconstitucionalismo a *virada kantiana*, haja vista a reaproximação do Direito e da moral, sob o paradigma pós-positivista, quando a lei deixa de ser a única fonte para as decisões.

Temos assim que o neoconstitucionalismo fornece aos operadores do Direito uma nova lente interpretativa e de aplicação da Constituição. Nas lições de Gregório Assagra de Almeida, “a finalidade é superar barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação da realidade social” (ALMEIDA, 2008, p. 135). Esta postura emancipadora permite a construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, conforme a teoria desenvolvida por Peter Häberle, a qual se amolda com a sistemática do Estado Democrático de Direito e com os direitos coletivos fundamentais trazidos pelo modelo de constitucionalismo brasileiro (HÄBERLE, 1997, p. 139).

Por essa lógica, considerando que os princípios são orientações gerais do sistema jurídico, os quais se aplicam diretamente para solução de demandas; bem como pressupondo que os direitos coletivos possuem finalidades específicas e distintas dos direitos individuais, necessária a construção de arcabouço principiológico próprio para estes direitos, justamente para que possam ter a efetividade esperada no paradigma de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro.

Não por outro motivo, o princípio estruturante para a aplicação do direito coletivo brasileiro é o Princípio Democrático, previsto no artigo 1º⁴, *caput*, da Constituição Federal. Deste princípio são retiradas as demais interpretações de direito coletivo. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho deve ser compreendido o princípio democrático da seguinte forma:

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais nada, é um processo de continuidade ‘transpessoal’, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral [...] (CANOTILHO, 1998, p. 279).

Princípio que também merece destaque é o da solidariedade coletiva, previsto no artigo 3º⁵, I, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de objetivo traçado pelo constituinte no intuito de desenvolver cidadãos conscientes da função social que deve ser desempenhada por todos para alcance de uma sociedade livre e justa.

Não se pretende, a partir deste, retirar a autonomia impulsionadora do alcance de metas individuais, mas sim agregar a essa vertente a necessidade de observar os interesses de todos, devendo o exercício dos direitos individuais estar de acordo com o direito da coletividade. Desta orientação geral dos direitos coletivos retira-se a necessidade de tratamento com igual respeito e consideração às diferenças, tratando-se de efetiva-

⁴ CF/88.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

⁵ CF/88.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
[...]

ção dos direitos majoritários e minoritários, ou seja, de todo o povo, o que se coaduna com o ideal republicano e democrático brasileiro.

Outros princípios que ainda orientam o direito coletivo, inaugurado em 1988, são os Princípios da Não Taxatividade e da Vedação ao Retrocesso, interpretados a partir do artigo 5º, §2º⁶, da Constituição Federal, que evidenciam a amplitude dada a estes direitos fundamentais pelo legislador.

Dessa construção jurídica extrai-se o princípio tema desta pesquisa, qual seja, o Princípio da Priorização da Proteção Coletiva Preventiva.

A consagração dos direitos coletivos como direitos fundamentais comprova a preocupação que o Direito deve ter com o todo, não bastando a proteção do indivíduo, mas sim a proteção da sociedade. Além da vertente passiva de proteção, deve o Direito ser utilizado como mecanismo ativo de modificação da vida dos indivíduos e da sociedade como grupo unitário.

Nesta vertente, alguns danos perpassam a esfera individual e atingem a coletividade. Os danos coletivos ou sociais podem atingir a sociedade de modo integral, sendo o interesse difuso violado; ou de modo parcial, quando o interesse de um grupo é atingido.

Em geral, os danos sociais por serem coletivos são de extrema gravidade e irreparáveis *in natura*. Com isso, diante da impossibilidade de retorno ao estado anterior, o prejuízo à sociedade é patente e irreversível, não sendo capaz de ser afastado por meio de eventual compensação financeira realizada pelo causador do dano.

Desta forma, há necessidade de atuar de forma séria na prevenção de danos coletivos, pois a sua mera ocorrência prejudica de modo irreparável o direito de todos ou de um grupo. Com isso, extrai-se o Princípio da Priorização da Proteção Coletiva Preventiva do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, posto que este atende ao modelo de constitucionalismo brasileiro inaugurado em 1988.

Neste tópico demonstrou-se que o Direito brasileiro já possui sistematização jurídica para proteção de sua sociedade diante de danos coletivos. O próximo item procura demonstrar que a priorização da proteção coletiva preventiva é mecanismo eficaz para inibir e fazer cessar a reiteração de práticas ilícitas geradoras de danos sociais graves e irreversíveis, devendo haver modificação de postura da sociedade e do Estado brasileiro para concessão de efetividade ao modelo constitucional previsto.

3 A POSTURA DA SOCIEDADE CIVIL E DO ESTADO BRASILEIRO E O REFLEXO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS

A sociedade brasileira, em geral, mantém-se passiva diante de condutas violadoras de direitos fundamentais ainda não geradoras de danos sociais, manifestando-se apenas após ocorrência do dano. Exemplifica-se o afirmado com o notório fato do incêndio na Boate Kiss, ocorrido em 27 de janeiro de 2013, em Santa Maria, Rio Grande do Sul, gerador de 242 vítimas fatais e 680 vítimas não fatais. O fato ocorreu em casa noturna desprovida de laudo de prevenção e combate a incêndios expedido pelo Corpo de Bombeiros Militar, na qual se realizava uma apresentação musical com fogos de artifício.

Saindo deste caso concreto e passando a uma análise genérica de situações semelhantes, verifica-se que o senso comum evidencia o perigo de utilização de material inflamável em imóvel fechado; bem como o risco de um local, sem as devidas autorizações, promover evento para receber grande público. Estas condutas, entretanto, são praticadas diante da cegueira deliberada da sociedade, haja vista a ausência de danos em hipóteses semelhantes anteriores. Após o resultado danoso, por óbvio, a sensação é de revolta e indignação, porém eventuais atuações preventivas tendentes a inibir a ocorrência do evento ou proibir a utilização do material inflamável são, na maioria das vezes, encaradas com desdém, como meros formalismos desneces-

⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

sérios. Enfim, o risco e o perigo não são tidos como fatores de mobilização social, o que só ocorre a partir do dano que, como visto, em regra é irreparável na seara coletiva.

É preciso difundir educação que desperte na sociedade uma postura de intransigência diante do risco e do perigo. A cidadania brasileira necessita ser solidarista. Não há mais espaço na sociedade de risco contemporânea para o *jeitinho*. Não há mais espaço para tratamento diferenciado entre o conhecido como meu direito individual e o direito coletivo, como se esse último direito fosse dos outros.

A filosofia solidarista coletiva deve estar incutida nos brasileiros do século 21, os quais devem sair às ruas antes das grandes chuvas de verão, para cobrar investimentos em infraestrutura urbana básica; que devem sair às ruas para cobrar estruturação e fiscalização dos órgãos ambientais, antes do rompimento de barragens; que devem sair às ruas diante do risco e do perigo, não podendo aguardar a ocorrência do dano, sob pena de impossibilidade de retorno ao estado anterior.

A pressão social diante dos riscos e perigos busca operar modificação da postura estatal com a promoção de proteção coletiva preventiva, sob pena de manutenção do atual quadro fático, no qual continuam ocorrendo danos graves e irreparáveis por riscos e perigos já detectados, sem que nenhuma atitude concreta seja tomada, considerando os novos eventos como tragédias isoladas e inesperadas.

Mais uma vez retorna-se ao exemplo do incêndio na Boate Kiss para observar que, após este evento, nada mudou quanto à política pública relacionada à autorização do Corpo de Bombeiros Militar para funcionamento de estabelecimentos sem laudo de prevenção e combate a incêndios, o qual continua sendo tratado como mero ornamento, e não como eficaz mecanismo de prevenção.

Para comprovar o anteriormente afirmado basta recordar de outros dois notórios incêndios ocorridos depois do fato na Boate Kiss, em locais que funcionavam sem a referida autorização do Corpo de Bombeiros Militar. O primeiro deles deu-se no Museu Nacional, em 2 de setembro de 2018, no Rio de Janeiro, quando foram destruídos diversos objetos responsáveis por materializar a História do Brasil; e o segundo ocorreu no Ninho do Urubu, concentração do Clube de Regatas do Flamengo, também no Rio de Janeiro, em 8 de fevereiro de 2019, que vitimou de modo fatal 10 jovens que se encontravam no local.

Estas três tragédias não teriam ocorrido caso o Princípio da Priorização da Proteção Coletiva Preventiva fosse respeitado, com a simples e óbvia atitude de se proibir o funcionamento de locais que não possuam autorização do Corpo de Bombeiros Militar quanto à prevenção e combate a incêndios.

Há necessidade da sociedade e do Estado brasileiros levarem o risco e o perigo a sério, utilizando-se dos mecanismos jurídicos previstos em nosso sistema para evitar danos coletivos graves e irreparáveis.

O Direito, como ciência que regula a vida em sociedade, tem procurado desenvolver institutos que efetivem a proteção coletiva preventiva. Já se apontou nesta pesquisa a nova *summa divisio* constitucionalizada em 1988, a qual coloca o direito coletivo como direito fundamental, criando metodologia própria para a sua aplicação. Entre os princípios reguladores do direito coletivo encontra-se o princípio da priorização da proteção coletiva preventiva, que se aplica diretamente aos fatos sociais.

No que respeita especificamente à prevenção de danos sociais, o Direito desenvolveu ainda os princípios da prevenção e precaução, na busca de evitar a ocorrência dos referidos danos.

3.1 Os princípios da prevenção e precaução aos danos coletivos, responsabilidade civil e danos punitivos

O princípio da prevenção está diretamente relacionado ao perigo, ou seja, quando já conhecida uma situação perigosa o direito determina atitudes preventivas do Estado e da sociedade para evitar o dano iminente. Exemplifica-se a aplicação do princípio da prevenção nas multas de trânsito impostas a quem insiste em imprimir velocidade excessiva nas vias ou praticar ultrapassagens em locais proibidos.

Já o princípio da precaução representa etapa protetiva anterior ao perigo, estando diretamente relacionado ao risco. Nestes casos, apesar da situação de perigo ainda ser potencial, e não concreta, o Direito determina atitudes precaucionais do Estado e da sociedade para evitar o potencial dano coletivo futuro, o que se justifica pela seriedade e irreversibilidade deste. Exemplifica-se a aplicação do princípio da precaução com o isolamento e quarentena de grupo de pessoas que provavelmente adquiriram doença grave e contagiosa.

Existem críticas à aplicação dos princípios da prevenção e precaução no sentido de que estes dificultam o progresso econômico, científico e social, pois se proíbe determinadas condutas independentemente da existência de um dano, com base em probabilidades e estatísticas. Defende-se nesta pesquisa que tais críticas não merecem prosperar, pois partem do pressuposto individualista e não solidarista, o qual impera quando o assunto envolver direitos coletivos; adota-se, também, o posicionamento da celebrada autora e autoridade na seara da defesa e proteção dos direitos humanos e fundamentais, professora Flávia Piovesan, quando aborda o tema dos referidos princípios.

O progresso, em qualquer de suas vertentes, somente deve ocorrer quando em segurança a sociedade, principalmente a atual sociedade de risco, a qual vive sob constante medo. Não é possível neste paradigma transigir com o risco e permitir a violação de direitos fundamentais.

Análise histórica auxilia nesta conclusão quando se observa que, na década de 80 do século 20, ainda sob perspectiva individualista de uma sociedade industrial, permitiu-se na França a continuidade nas transfusões de sangue, mesmo diante da probabilidade de contaminação das pessoas pelo vírus HIV, haja vista que àquela altura não havia comprovação de que se tratava de vírus fatal transmitido nos referidos procedimentos médicos, ou seja, ainda não havia comprovação do dano, somente do risco. Milhares de vidas foram perdidas diante da falta de atuação preventiva coletiva estatal, não sendo permitido incorrer em erros semelhantes atualmente.

O fundamento ético para atuação preventiva coletiva está no princípio da responsabilidade consagrado na doutrina de Hans Jonas, que defende que diante das incertezas que marcam a sociedade contemporânea “é necessário dar mais ouvidos à profecia da desgraça do que à profecia da salvação” (JONAS, 2006, p. 77), em especial devido à impossibilidade, como regra, de reparação dos danos sociais.

O modelo constitucional brasileiro apresenta fundamentos jurídicos para aplicação dos princípios da prevenção e precaução nos artigos 3º, I, 5º, XXXV, e 6º, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988, haja vista traçar como objetivo a construção de uma sociedade solidária, que deve agir diante de ameaças a direitos, para garantir a segurança social. O Brasil ainda acolheu estes princípios na seara internacional ao aderir à Carta do Rio de Janeiro (ONU, 1992), na ECO 92, a qual prevê expressamente em seu Princípio 15⁷ a necessidade de respeito ao princípio da precaução. Ainda na esfera legal encontra-se fundamento coletivo para adoção destes princípios quando, no artigo 6º, I⁸, do Código de Defesa do Consumidor, consta proibição de fornecimento de produtos e serviços perigosos ou nocivos, garantindo-se o direito básico de segurança ao consumidor.

Diante do medo que permeia a sociedade atual, o Direito opera mutação para ampliar sua proteção. Por isso, com a adoção dos princípios da prevenção e precaução, não é necessário aguardar a ocorrência de dano para incorrer em responsabilidade. Muito pelo contrário, detectado o perigo ou o risco, já há possibilidade de responsabilização dos seus causadores. Neste sentido, a lição de Tereza Ancona Lopez:

Antes a noção de risco satisfazia; agora, há uma noção a ser reconhecida, a da incerteza. As obrigações morais tomam a mesma forma da ética e a responsabilidade aparece como reflexo da noção de precaução. Assim, é o paradigma da segurança que transforma os princípios da responsabilidade e da solidariedade em princípio da precaução. Esse paradigma tem, no princípio da precaução, sua melhor aposta (LOPEZ, 2013, p. 8).

A ética trazida ao Direito brasileiro pelo neoconstitucionalismo afetou diretamente o instituto da responsabilidade civil. Se antes, diante de demandas individuais e patrimonialistas, a responsabilidade civil meramente compensatória do dano causado respondia aos anseios sociais, atualmente este instituto precisa ir além para cumprir sua função social.

⁷ ONU. Princípio 15 – De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

⁸ Lei n. 8078/90.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

A responsabilidade civil contemporânea se multifuncionalizou para poder tutelar o perigo e o risco. Por isso, além de compensatório, o instituto é também preventivo, podendo ser até mesmo punitivo, em situações extremas em que se constate dolo ou culpa grave na causação de danos sociais.

Foram criados *standards* para atuação estatal na seara da responsabilidade civil. Assim, quando houver dano isolado e meramente individual, a função compensatória clássica de retorno ao estado anterior é suficiente. Caso constatado perigo, risco ou mesmo dano com potencial coletivo, além da compensação financeira do eventual prejuízo, necessária a utilização da função preventiva com a imposição de outras obrigações de natureza diversa, que façam cessar o perigo e o risco identificados, bem como evitem a ocorrência de danos futuros semelhantes. O último *standard* reserva-se aos atos de maior gravidade, causadores de danos sociais advindos de condutas dolosas ou por culpa grave, aos quais, além da aplicação de medidas compensatórias e preventivas, aplica-se a função punitiva com o pagamento de quantia superior ao dano causado.

Exemplifica-se a necessidade de dano punitivo no caso em que uma fabricante de veículos projeta um de seus modelos sabendo que este emite gases poluidores tóxicos capazes de prejudicar a saúde humana e o meio ambiente. Ainda assim, diante do perigo, ao invés de desistir do projeto, a fabricante faz a opção pela criação de sistema de emissão de gases capaz de fraudar os testes a que o projeto será submetido. Com sua conduta dolosa e antiética, a fabricante vende seus veículos por anos, até que a fraude é descoberta. Não basta ressarcir quem comprou os veículos pelos valores pagos, pois a conduta vulnerou toda a sociedade. Há necessidade de punição para determinar o pagamento de quantia referente a todos os lucros daquela empresa pelos anos em que o veículo foi vendido, o qual deve ser destinado a fundo social referente aos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente.

Esta aplicação multifuncional da responsabilidade civil com as funções preventivas e punitivas é aquela capaz de fornecer a resposta proporcional ao caso concreto, o que não ocorreria se aplicada somente à função compensatória pelos danos causados, pelo que outras condutas semelhantes seriam incentivadas. Explorando tal linha de raciocínio aduzem Lemos Junior e Silva que a sociedade moderna “não pôde ser contida, controlada, como os líquidos e gases também não podem ser contidos quando são pressionados a certo destino; não são sólidos, não são estáveis, e é praticamente impossível controlar ou impedir sua mudança” (2016, p. 912). Neste quadro social fluido, com maior número de questionamentos do que respostas, o papel do Direito é de enfrentar as novas necessidades para desempenhar de forma adequada sua função social.

A legislação brasileira, contudo, não trata diretamente sobre a multifuncionalização da responsabilidade civil, pelo que há intensa controvérsia em sede doutrinária, em especial sobre a constitucionalidade da função punitiva independentemente de previsão expressa neste sentido.

O autor Nelson Rosenvald ensina que, em que pese a necessidade de multifuncionalização da responsabilidade civil, fato é que a função punitiva, por impor pena, ainda que civil, deve respeitar o princípio da legalidade estrita. Dessa forma, diante da ausência legislativa neste sentido, o instituto não pode ser aplicado ao Direito brasileiro (ROSENVALD, 2014, p. 77).

Já Caroline Vaz ressalta que os danos punitivos visam a proteger direitos fundamentais individuais e coletivos, devendo assim ser interpretados de acordo com o princípio da máxima eficácia, pelo que a multifuncionalização da responsabilidade civil converge com os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, devendo ser aplicada no Direito brasileiro (VAZ, 2009, p. 88).

Encontram-se julgados no Brasil impondo dano punitivo. Insere-se, contudo, o valor da punição no quantitativo arbitrado como dano moral,⁹ o que não se coaduna com a sistemática do dano punitivo originária do Direito anglo-saxão, na qual a função punitiva é autônoma, desvinculada da classificação dano material e moral.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp215607/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª turma. DJ 13 set. 1999; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp295175/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª turma. DJ 2 abr. 2001 – nestes julgados determinou-se o pagamento de indenização por dano moral em valor considerado razoável a evitar condutas semelhantes futuras, no caso, segurança de *shopping center* agrediu consumidor que frequentava o local, impondo-se *quantum* superior à média arbitrada pelo tribunal para evitar novas violações no mesmo sentido.

Esta pesquisa busca a concessão de efetividade ao direito fundamental coletivo. Nesse sentido, no que se refere aos danos sociais, parece possível a aplicação da responsabilidade civil multifuncional para sua prevenção.

Possível, pois analisando o modelo constitucional brasileiro verifica-se a autorização de instauração direta dos direitos fundamentais coletivos para solução de casos concretos. E mais, os direitos fundamentais coletivos possuem como norte os princípios da máxima amplitude, máxima eficácia e priorização de proteção coletiva preventiva. Em que pese ausente lei expressa tratando do *punitive damage* no Direito brasileiro, certo é que este instituto se amolda à sistemática proposta pelo constituinte para os direitos coletivos na prevenção de danos sociais.

No que respeita à seara coletiva, a punição é revertida em favor da sociedade, uma vez que por força do artigo 13¹⁰ da Lei 7.347/85 a indenização destina-se a fundo coletivo, afastando-se de plano a crítica de que o dano punitivo causaria enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Comprovado que a priorização da proteção coletiva preventiva é mecanismo eficaz para inibir danos sociais, bem como comprovada a existência de todo um modelo jurídico brasileiro capaz de prevenir estes danos, combatendo com eficácia os perigos e riscos, não há explicação lógica para que os poderes de Estado continuem se comportando de forma passiva diante destas incertezas, não instituindo de fato o projeto constitucional de Estado Democrático de Direito.

Exemplifica-se o afirmado a partir do notório fato do rompimento da barragem de Mariana, ocorrido em 5 de novembro de 2015, no subdistrito de Bento Rodrigues, pertencente ao município mineiro de Mariana, quando a barragem de rejeitos do empreendimento minerário da sociedade empresarial Samarco, da qual a empresa Vale é sócia, se rompeu, causando a morte de 19 pessoas, aliado a dano ambiental de grande porte, com repercussão interestadual em decorrência do mar de lama ocasionado no Rio Doce.

Mesmo diante desta tragédia, que evidenciou ao menos riscos de rompimento de outras barragens, não foi identificada atuação estatal no combate a esses riscos. Não houve alteração legislativa para fomentar condicionantes mais rígidas no desenvolvimento da atividade de mineração, em que pese proposta neste sentido. Não houve reestruturação administrativa dos órgãos ambientais, que continuam a desempenhar suas funções com déficit de pessoal. Não houve uma virada jurisprudencial para proibir a atuação de mineradoras que não cumpram todas as condicionantes previstas para o exercício da atividade, sob o entendimento de que tais condicionantes são meramente formais, não geradores de danos.

Em resumo, o fato foi tratado de forma isolada, sob a perspectiva do dano ambiental causado, não havendo a atenção necessária aos riscos e perigos evidenciados a partir dele. Consequentemente, não houve atuação preventiva para evitar fatos semelhantes.

A falta de prevenção pode ser considerada um dos fatores que contribuiu para nova tragédia na mesma atividade desenvolvida, agora no município de Brumadinho, também em Minas Gerais, ocorrido 25 de janeiro de 2019, em empreendimento minerário da sociedade empresarial Vale, vitimando fatalmente mais de 200 pessoas, além de causar novo desastre ambiental de grande proporção.

Ressalte-se que a sociedade empresarial funcionava sem o preenchimento de condicionante básica, que era de isolamento e segurança dos seus trabalhadores quanto ao posicionamento de seu refeitório, o qual se localizava próximo à barragem. O desrespeito a esta condicionante foi motivo crucial para o elevado número de vítimas fatais. Assim, se houvesse seriedade e priorização na proteção coletiva preventiva, estas mortes teriam sido evitadas, haja vista que a falta de cumprimento da condicionante ocasionaria o fechamento do empreendimento até que tal requisito fosse sanado.

Motivações financeiras, próprias de Estado Social e de uma sociedade industrial violadora de direitos fundamentais na tentativa de suprir a fome das pessoas, não servem como paradigma de atuação do Estado brasileiro, que pretende ser democrático, transformando positivamente a sociedade contemporânea. Para tanto, educação com ética, formadora de cidadãos solidaristas e com responsabilidade social; legislação e administração que tratem de forma séria o direito coletivo preventivo e mudança de filosofia do Judiciário como

¹⁰ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

verdadeiro vetor de elaboração de políticas públicas para acesso à Justiça, são medidas que se impõem para o exercício de fato do Estado Democrático Brasileiro idealizado pelo constituinte de 1988.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrado ao longo desta pesquisa que a priorização da proteção coletiva preventiva é mecanismo eficaz para inibir danos coletivos, bem como fazer cessar a reiteração de práticas ilícitas geradoras de danos sociais graves e irreversíveis.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito Brasileiro, ofertando um modelo de constitucionalismo próprio. Este modelo parte de uma nova *summa divisio*, na qual os direitos fundamentais se dividem em individuais e coletivos.

O modelo de constitucionalismo brasileiro, como forma de efetivar um verdadeiro Estado Democrático, transformador para melhor do cotidiano das pessoas, pressupõe o respeito e eficácia aos direitos fundamentais.

Nesta lógica, os direitos fundamentais da coletividade previstos constitucionalmente, sob a perspectiva neoconstitucionalista, possuem aplicabilidade jurídica direta para interferir no desenvolvimento social e alcance prático do objetivo de construção de uma sociedade brasileira livre, justa e solidária.

O direito coletivo passou a ter orientações gerais próprias, entre as quais se destacam a máxima amplitude e atuação prioritária na proteção coletiva preventiva, de modo a evitar danos sociais típicos da globalizada sociedade de risco contemporânea.

O Direito, em especial o coletivo, passou a atuar não somente a partir da ocorrência dos danos, mas antes disso, buscando preveni-los, combatendo os perigos e riscos detectados.

Para tanto, desenvolveu os princípios de prevenção e precaução, que permitem imposição de obrigações para fazer cessar os perigos e riscos potenciais causadores de danos, atuando para minorar as incertezas que permeiam a sociedade atual.

Além disso, a responsabilidade civil foi multifuncionalizada para alcançar não somente a compensação pelo dano causado, mas em especial para desempenhar funções de prevenir novas condutas semelhantes, e ainda punir, quando necessário, atores que intencionalmente causam perigos e riscos graves.

O Direito brasileiro possui sistematização normativa adequada para prevenir danos sociais. Esta prevenção não se efetiva devido à falta de seriedade com a qual a sociedade e o Estado brasileiro tratam os perigos e os riscos.

Na pesquisa, citando fatos notórios ocorridos recentemente no Brasil, comprovou-se que o Estado e a sociedade brasileira transigem com a violação de direitos fundamentais enquanto estes não causam danos. Ou seja, mesmo conhecedora dos perigos e dos riscos, não há atuação preventiva, optando-se, na maioria das vezes em nome de fatores individualistas e patrimoniais, pela manutenção do risco e do perigo, sob a crença de que não irão se materializar.

A realidade dos danos sociais no Brasil comprova que tal crença, que na verdade se traduz em inércia de atuação preventiva, não pode perdurar, sob pena de não se instituir de fato o projeto de um Estado Democrático de Direito.

Conclui-se pela necessidade de modificação de filosofia e postura da sociedade e Estado brasileiro, para a aplicação com seriedade da sistematização jurídica já existente, como mecanismo de evitar danos sociais graves e irreversíveis.

Não se amolda ao modelo constitucional brasileiro a filosofia individualista e patrimonialista própria de um Estado Liberal, devendo os direitos serem exercidos sem prejudicar os interesses sociais.

Não é compatível com o modelo constitucional brasileiro a postura passiva da nossa sociedade e Estado, devendo agir no combate aos perigos e riscos, prevenindo os danos sociais de acordo com o princípio da priorização da proteção coletiva preventiva.

Pelo exposto, confirmada a hipótese científica da pesquisa de que em virtude do modelo de constitucionalismo brasileiro adotado a partir de 1988, o qual dividiu o ordenamento jurídico pátrio em direitos individuais e coletivos, estipulando como ponto marcante de seu perfil a proteção coletiva preventiva, cabe à

sociedade e ao Estado brasileiros atuação precaucional na identificação e combate a ilícitos como mecanismo de prevenção de danos sociais.

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutehinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado para a nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 58, p. 132.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso: 5 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 5 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 5 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 215607/RJ*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª turma. DJ 13 set. 1999. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8383020/recurso-especial-resp-215607-rj-1999-0044685-2>. Acesso em: 5 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp295175/RJ*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª turma. DJ 2 abr. 2001. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/316504/recurso-especial-resp-295175-rj-2000-0138885-1>. Acesso em: 5 maio 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Nuntez. Rio de Janeiro: Contraponto PUC, 2006.
- LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Fátima Cristina da. Teoria da Modernidade Líquida: fluidez social e os novos desafios para a interpretação das leis para a solução dos vários novos conflitos no direito de família. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 911-941, mar. 2016.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade do Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Carta do Rio de Janeiro – Conferência Geral da Nações Unidas sobre o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>. Acesso em: 6 maio 2021.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Concretização da Constituição: as possibilidades transformadoras do direito. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, Del Rey, n. 1, 2003.
- VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POLÍTICAS HABITACIONAIS NACIONAIS: Os Desafios ao Direito de Moradia nos Arranjos Institucionais do Programa Minha Casa Minha Vida

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12080>

Recebido em: 24/2/2021

Modificações solicitadas em: 5/4/2021

Aceito em: 19/4/2021

Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Campus Avançado de Natal.
Av. Dr. João Medeiros Filho, 3419 – Potengi. Natal/RN, Brasil. CEP 59120-200
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Campus Universitário – Lagoa Nova.
Natal/RN, Brasil. CEP 59078-970. <https://orcid.org/0000-0001-8716-7468>.
<http://lattes.cnpq.br/8429436981406857>. s.alexandre.prof@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o enfrentamento dos desafios ao direito à moradia com foco em políticas habitacionais nacionais. Nesse sentido, tem como objetivo analisar os arranjos institucionais no âmbito do programa habitacional “Minha Casa Minha Vida” sob o viés da ampliação da participação nesse programa e da viabilização do alcance dos objetivos propostos. Tal exame considerará a inserção do referido programa no contexto da organização jurídico-institucional da política urbana em âmbito nacional. Questiona-se, inicialmente, na discussão da problemática: As políticas habitacionais nacionais atenderam ao direito da moradia, em especial o programa “Minha Casa Minha Vida”? A metodologia seguirá o método indutivo e revisão da bibliografia e dos atos normativos relevantes ao tema. De início, situar-se-á como política pública o programa “Minha Casa Minha Vida” e a inclusão da moradia entre o rol dos direitos fundamentais após a Emenda Constitucional nº 26/2000. Em seguida, enfatizar-se-á o empenho legislativo no sentido de garantir o direito à moradia, com vistas à harmonização entre os direitos individuais e coletivos e os processos de desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente, enfatizando o papel do Estatuto da Cidade na consolidação desse direito fundamental. Avalia-se, como resultado, como a dinâmica do programa habitacional em questão lida com os fenômenos da cidade ilegal e da exclusão social e com as demandas advindas dos movimentos sociais relacionados à moradia, de forma a tecer conclusão acerca do grau de êxito desse programa no sentido de contribuir para a garantia e fortalecimento do direito à moradia no contexto pátrio.

Palavras-chave: Direito de moradia; políticas habitacionais; políticas públicas; Minha Casa Minha Vida.

NATIONAL HABITATIONAL POLICIES: THE CHALLENGES ON THE RIGHT TO HABITATION IN THE INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS OF THE MINHA CASA MINHA VIDA PROGRAM

ABSTRACT

The theme of the present work is the confrontation of the challenges to the right to habitation, with focus on national habitational policies. In this sense, the objective is to analyse the institutional arrangements made under the “Minha Casa Minha Vida” habitational program with focus on the increase of participation in the program and in the enabling of the proposed objectives. This exam will consider the program in the context of the legal-institutional structure of the urban policy at a national level. It is questioned, initially, in the discussion of the problem: did the national housing policies meet the housing law, especially the “Minha Casa, Minha Vida” program? The methodology will follow the inductive method, Initially, the “Minha Casa Minha Vida” program will be established as a public policy, as well as the inclusion of habitation among the fundamental rights following the emenda constitucional nº 26/2000. Following that, the legislative efforts to guarantee the right to habitation will be highlighted, with them focusing on the harmonization between individual and collective rights and the processes of economic development and environmental preservation, emphasizing the role of the Estatuto da Cidade in the consolidation of this fundamental right. It will then be evaluated, as a result, how the dynamics of the habitational program in question deals with the phenomena of illegal cities and social exclusion, and likewise with the demands of the social movements related to habitation, to enable a conclusion about the program’s level of success in regards to contributing to the strenghtening and the asserting of the right to habitation in the local context.

Keywords: Right to habitation; habitational policies; public policies; Minha Casa Minha Vida.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho focaliza os arranjos institucionais do programa habitacional do país, denominado “Minha Casa Minha Vida” (PMCMV), examinando-os tanto do ponto de vista democrático quanto de sua efetividade para alcançar os objetivos propostos. Ou seja, indaga se tais arranjos incentivam ou não a participação mais ampla de uma pluralidade de atores e se eles favorecem ou não a instituição do programa e o alcance das metas propostas. Segundo Loureiro, Macário e Guerra¹, por arranjos institucionais entende-se o conjunto de regras, organizações e processos que definem a forma como se coordenam os atores e os interesses em pauta em uma determinada política pública.

O tema desta pesquisa será tratar, como objetivo maior, do desafio do direito à moradia, com foco nas políticas nacionais de habitação. Nesse sentido, objetiva-se, ainda, analisar os arranjos institucionais no âmbito do plano habitacional “Minha Casa Minha Vida”, com o viés de ampliar a participação no plano e atingir as metas propostas. Essa revisão considerará a inserção dos referidos arranjos no âmbito da organização do sistema jurídico da política urbana em âmbito nacional.

Observa-se, na problemática aferida, ao se debater o assunto, se as políticas nacionais de habitação atendem ou não às necessidades sociais do direito à moradia, em especial o Programa “Minha Casa Minha Vida”, no trato de populações desfavorecidas por políticas públicas anteriores, em seu caráter inclusivo.

Metodologicamente, utilizar-se-á o método indutivo, quando será feita uma revisão da bibliografia, além do comportamento normativo e estrutural das ações estatais relacionados ao assunto. Inicialmente, observar-se-á o Programa “Minha Casa Minha Vida” e a inclusão da moradia no rol dos direitos básicos, após a Emenda Constitucional nº 26/2000, como pressupostos de políticas públicas.

A Emenda Constitucional nº 26/2000 deu nova redação ao *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), alçando o direito à moradia à condição de garantia constitucional, e a promulgação da lei nº10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em cumprimento aos artigos 182 e 183 da CF/1988, organizou a política urbana em âmbito federal, oferecendo parte do arcabouço jurídico-institucional.

Além da criação do Ministério das Cidades, o governo Lula trouxe outras importantes inovações institucionais na área, concretizadas na lei nº 11.124, de 2005, que cria o conselho nacional das cidades, o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), incluindo o fundo de financiamento e estabelecendo as bases para a formulação do Plano Nacional de Habitação (Planhab) que apostava no fortalecimento do planejamento democrático das cidades e, como será visto a seguir, contribuiu de alguma forma no desenho do PMCMV, ao indicar que o déficit habitacional do país se concentrava, sobretudo, na população de renda mais baixa.

O Conselho das Cidades é considerado “a materialização de um importante instrumento de gestão democrática da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano (PNDU), então em processo de construção”.²

No ano de 2007 foi lançado o Programa de Aceleração do Crescimento-PAC, com o objetivo de se alcançar um crescimento em infraestrutura social, urbana, logística e energética no Brasil, de forma contínua e acelerada. O PAC caracteriza-se não por ser apenas um projeto de infraestrutura, mas também por envolver diferentes setores do governo federal, quando diferentes atores participavam das tomadas de decisão. Lotta e Favaretto³ apontam dificuldades sobre a gestão de infraestrutura, que vem afetar diretamente a execução das obras.

¹ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinícius; GUERRA, Pedro Henrique. Legitimidade e efetividade em arranjos institucionais de políticas públicas: o Programa Minha Casa Minha Vida. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, 49(6), p. 1.531-1.554, nov./dez. 2015.

² *Ibidem*.

³ LOTTA, Gabriela; FAVARETTO, Arilson. Os arranjos institucionais dos investimentos em infraestrutura no Brasil: uma análise sobre seis grandes projetos do Programa de Aceleração de Crescimento. *Texto para Discussão*, Ipea, 2.253, nov. 2016.

Flyvbjerg, Bruzelius e Røhngatter⁴ fortalecem a perspectiva de que um satisfatório processo decisório envolve arranjos institucionais que permeiem a participação do cidadão e políticos (*accountability*), tornando os processos com maiores resultados positivos.

Pires e Gomide⁵ fornecem quatro pontos voltados para a política de desenvolvimento. O primeiro refere-se à lógica da política que permeia o Estado pós-CF/1988; o segundo trata-se da descentralização política administrativa; o terceiro diz respeito às garantias de direitos individuais, coletivos e difusos e o último é voltado para a construção de um ambiente institucional que incorpore a participação social nos processos de formulação e controle das políticas públicas.

Thiago Moreira⁶ aborda os atores constituídos dentro do próprio Estado, comprometidos com projetos que visam a fortalecer as instituições que integram e as políticas públicas que exercem, fazendo com que os leitores reflitam acerca da ligação existente entre as instituições e suas respectivas políticas públicas, como forma de concretização do próprio Estado.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO

Eduardo Cesar Marques⁷ traz à baila dois atores relevantes para explicar o processo de produção e instalação das políticas públicas no contexto da contemporaneidade: os agentes estatais e as corporações profissionais. A importância atribuída a estes novos atores decorre da contribuição da literatura neoinstitucionalista, dos estudos da análise setorial e da abordagem do Estado na sociedade.

Nesta compreensão, o Estado reaparece na condição de ator relativamente autônomo, de onde emergem os grupos de agentes estatais – funcionários públicos de carreira aliados das disputas e dos interesses da sociedade – que, conforme aponta Marques,⁸ seriam capazes de produzir políticas públicas (*outputs*) para além daquelas preconizadas pelos atores e grupos de interesses (*inputs*), revelando a relevância destes atores no processo de produção das políticas na medida em que se mantém-se relativamente insulados dos interesses da sociedade e da contingência política.

Seja ontológica, seja epistemológica, o que interessa é a utilidade do conceito de incerteza para o instrumental de North⁹. Ao impedir que os agentes conheçam todo o seu rol de possibilidades de escolha de forma *ex ante*, esta torna-se responsável por interrupções ou “mau funcionamento” das transações econômicas, fazendo com que os agentes sejam incapazes de atingir soluções ótimas a partir de suas decisões.

Na designação de políticas públicas Schmidt¹⁰ leciona:

Embora na prática os governos nem sempre sigam a sequência política – plano – programa – projeto – ação, a adoção dessa terminologia tem a vantagem de ajudar a consagrar o conceito de políticas públicas como um conjunto de ações destinadas a resolver um problema político e não como qualquer ação da gestão pública.

⁴ FLYVBJERG, Bent; BRUZELIUS, Nils; ROTHENGATTER, Werner. *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

⁵ PIRES, Roberto; GOMIDE, Alexandre. Governança e capacidades estatais: uma análise comparativa de programas federais. *Rev. Sociol. Polit.*, v. 24, n. 58, p. 121-143, jun. 2016.

⁶ MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Disputas Institucionais e Interesses corporativos no Sistema de Justiça: impasses na criação da Defensoria Pública nos Estados. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 4, e20170071, 2019.

⁷ MARQUES, Eduardo. Notas críticas à literatura sobre Estado, políticas estatais e atores políticos. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 43, 1º semestre de 1997.

⁸ MARQUES, Eduardo. Notas críticas à literatura sobre Estado, políticas estatais e atores políticos. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 43, 1º semestre de 1997.

⁹ NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

¹⁰ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.

Entende-se por políticas públicas¹¹ o conjunto de programas, ações e decisões tomadas pelo governo em âmbito nacional, estadual ou municipal por meio dos entes públicos, admitida a participação, direta ou indireta, de entes privados que buscam garantir um determinado direito assegurados na Constituição Federal de 1988 para os mais variados grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico.

Sobre as políticas públicas Maria Paula Dallari Bucci¹² aduz:

[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Ainda, vale entender que as políticas públicas possuem um papel fundamental, pois são garantidoras da cidadania. Esta, por sua vez, é elemento essencial dentro de um Estado Democrático de Direito, posto que é deste que nascem inúmeras obrigações do Estado em garantir direitos essenciais aos cidadãos, entre os quais estão aqueles principais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e outros.

Meny e Toenig, tratando o tema, por sua vez, definiram que “*uma política pública é o resultado da atividade de uma autoridade investida de poder público e de legitimidade governamental*”.¹³

Figueiredo e Limongi,¹⁴ ao questionarem as mudanças institucionais, desfazem o mito de que o Legislativo seria obstaculizante à agenda do Executivo e revelam as fragilidades deste poder em dois sentidos: de suas funções institucionais no quadro da divisão de poderes do Estado e na ineficiência de sua organização interna.

Immergut,¹⁵ por sua vez, observa que no cenário em que se tem um Executivo mais forte e com plena estabilidade, suas propostas são encaminhadas e aprovadas com mais facilidade pelo poder Legislativo sem grande interferência dos grupos de interesses, como é o caso da Suécia. A análise de Immergut sobre o sistema de saúde nos três países da Europa defende que as normas constitucionais que regem as instituições de cada país são capazes de influenciar no processo de aprovação da política pública – no caso específico do ensaio, de um seguro social de saúde – conseguindo inibir ou maximizar a capacidade de influência dos grupos de interesse.

Segundo Schmidt,¹⁶ a agenda é um constante processo de mutação, pois “*a agenda política nunca está dada. Não há uma agenda “natural”. Trata-se de uma construção permanente, que envolve constante disputa. Na construção da agenda governamental destacam-se agentes governamentais e não governamentais*”.

A influência de grupos de interesses é amplamente discutida na literatura de formação da agenda, como o poder que as comunidades de políticas de Kingdon¹⁷ possuem em deliberar sobre determinada área.

Subirats¹⁸ acaba por apresentar um conjunto sistematizado de fatores, elementos ou componentes que influenciam ou ordenam essas políticas: confiança, direito, pessoal, informação e conhecimento, dinheiro, infraestrutura, organização, tempo e força.

¹¹ Andrade, Danilo. *Políticas públicas: O que são e para que servem?* <https://www.politize.com.br/politicas-publicas/#:~:text=Conforme%20defini%C3%A7%C3%A3o%20corrente%2C%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas,grupos%20da%20sociedade%20ou%20para.> Acesso em: 4 fev. 2016.

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

¹³ MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 1992.

¹⁴ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Mudança constitucional, desempenho do legislativo e consolidação institucional. In: FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 41-72. Cap. 2.

¹⁵ IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 11, p. 139-163, 1996.

¹⁶ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.

¹⁷ KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Segunda edição. Nova York, Harper Collins College Publishers. 1995.

¹⁸ SUBIRATS, Joan et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Planeta, 2012.

Para entender o diagnóstico principal atribuído por Boehm e Bohórquez,¹⁹ apresenta-se a relação triangular que existe entre as autoridades (governo), o agente regulador e o cliente (particular). Nessa relação, a assimetria de informação entre os atores é identificada como uma das principais causas de corrupção. Para tentar superar essa questão os autores nivelaram a assimetria de informação para enxergar as possibilidades de regulação em quatro níveis ou estágios.

No estudo das políticas públicas a percepção de ciclos, compreendidos como etapas ou fases, apresentam-se desse modo, segundo Subirats²⁰ e Schmidt:²¹ (i) definição do problema; (ii) inserção na agenda política; (iii) formulação; (iv) implementação e (v) avaliação.

Reduzir a assimetria de informação, nesse caso, como tema de estudo das fases, diz respeito a possibilitar o livre acesso da informação diminuindo a discricionariedade dos atores envolvidos e permitindo maior participação e uma prestação de contas efetiva.²²

O Estado tem importância central nas ideias de North.²³ Na medida em que define e cuida do *enforcement* da base legal de uma sociedade, responde diretamente pela manutenção e formação de suas regras formais. Ao definir a estrutura de propriedade sobre o que é produzido, condiciona desde o início a performance das economias. A própria definição de Estado, para North, está umbilicalmente ligada à ideia de direitos sobre propriedade e regras de produção.²⁴

3 A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Instituída na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental à dignidade humana, a moradia constitui-se como uma peça-chave na construção de uma sociedade justa, com menos desigualdade e que se mostra preocupada em prover aos seus cidadãos condições minimamente necessárias ao seu pleno desenvolvimento, pois em seu texto o artigo 1º inciso III a CF apresenta como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. Mais à frente, no capítulo II artigo 6º, estão elencados os direitos sociais como: 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.²⁵

Considerando o princípio da dignidade humana, bem como a democracia e direitos sociais, o conceito de moradia estende-se para além do simples fato de uma pessoa possuir um abrigo para o seu corpo; entende-se como o local onde se desenvolvem as relações humanas, reveste-se de um caráter social do qual o homem necessita como parte de valores de afirmação de sua importância como agente transformador do meio em que está inserido. Dessa forma:

Não possui apenas a conotação de habitação, mas envolve diretamente a qualidade de vida, dotada de condições adequadas de higiene e conforto, e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. Em suma, requer uma habitação digna e adequada.²⁶

¹⁹ BOEHM, F.; BOHÓRQUEZ SUÁREZ, O. Anticorrupción en la regulación del servicio de suministro de agua potable: estudio de caso para Colombia. *Opera*, 11, p. 199-220, nov. 2011.

²⁰ SUBIRATS, Joan *et al.* Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Planeta, 2012.

²¹ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.

²² BOEHM, F.; BOHÓRQUEZ SUÁREZ, O. Anticorrupción en la regulación del servicio de suministro de agua potable: estudio de caso para Colombia. *Opera*, 11, p. 199-220, nov. 2011.

²³ NORTH, Douglass. Instituições, mudança institucional e desempenho econômico. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

²⁴ *Id. Ibidem.*

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

²⁶ RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Veira. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/77-Texto%20do%20Artigo-638-1-10-20110614%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/77-Texto%20do%20Artigo-638-1-10-20110614%20(1).pdf). Acesso em: 2 nov. 2020.

A importância da moradia para a dignidade humana é um fenômeno que engloba dispositivos jurídicos internacionais, como preconiza a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,²⁷ o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989).²⁸

Diante deste cenário em que as necessidades humanas emergem como protagonistas das questões sociais, bem como o aumento das grandes cidades a partir do século 20, que culminou com o aumento de moradias insalubres e ocupações irregulares,²⁹ fazendo com que a sociedade civil compelissem o poder público a tomar algumas medidas para dirimir essas necessidades. Medidas essas materializadas quando foi sancionada a Lei nº 10.257/2001 – O Estatuto da Cidade – como foi denominada, que regulamenta os artigos 182 e 183 da CF de 1988 e estabelece diretrizes gerais da política urbana.³⁰

O Estatuto da Cidade configura-se como um avanço jurídico na instituição e regulamentação de políticas públicas em favor de moradias, bem como no âmbito ambiental, pois “(...) estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.³¹ Entende-se, dessa maneira, que as diretrizes elencadas na Lei pretendem garantir o direito social à moradia, como também reconhecem a função social da propriedade ao passo que se percebe uma preocupação com um meio ambiente ecologicamente equilibrado.³²

“A implementação é a fase da execução, da concretização do que foi planejado na etapa da formulação,” segundo Schmidt.³³ As diretrizes contidas nos documentos de planos, políticas, projetos e programas visam a orientar a prática por meio de condutas e realizações que influem concretamente na vida dos cidadãos.³⁴

Garantir o acesso da população em situação de vulnerabilidade social a uma moradia digna, em que se faça presente todo o aparato estatal para o efetivo uso de tal bem, como saneamento básico, acesso a transporte, unidade básica de saúde, escolas, segurança e lazer, configuram como grandes desafios a serem transpostos pelo poder público. Ademais, salienta-se que o Estatuto da Cidade traz consigo uma imposição de equilibrar as demandas sociais por moradia à proteção ambiental, pois não se trata apenas de colocar pessoas para habitar um local, tem de se considerar se este local é ecologicamente viável e sustentável. Percebe-se, dessa forma, que o Estatuto foi pensado em consonância com Constituição Federal, quando reafirma a dignidade humana como um dos parâmetros para a execução dos dispositivos jurídicos inclusivos, além de colocar a questão ambiental e sustentabilidade urbana atrelada a essa prática, algo que atualmente figura como importante debate no meio nacional e internacional.

²⁷ Art. XXV informa: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)” *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: https://institutolegado.org/blog/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-integra/?gclid=EAIaIQobChMIImau_1Yzj7Al-VhYORCh2aEg1wEAAYAAEGId9_D_BwE. Acesso em: 1º nov. 2020.

²⁸ GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: Direito à moradia*. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>. Acesso em: 2 nov. 2020.

²⁹ SILVA, Daniela Madruga Rego Barros Victor; PEDROSO, Vanessa Alexandra de Melo. *A concretização do direito à moradia como direito fundamental social: Desafios do século XXI*. p. 89. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/a%20concretiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20a%20moradia.pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/a%20concretiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20a%20moradia.pdf). Acesso em: 2 nov. 2020.

³⁰ Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

³¹ Parágrafo único. Lei nº 10.257/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

³² Sobre o direito à propriedade subordinada ao cumprimento de sua função social, o Estatuto da Cidade regulamenta o artigo 182, §4º que diz respeito às sanções urbanísticas e tributárias em terrenos subutilizados, a Usucapião Coletiva e a Concessão de uso especial para fins de moradia. ALFONSIN, Betânia. *O Estatuto das Cidades sustentáveis, justas e democráticas*. p. 313. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2405/1640>. Acesso em: 2 nov. 2020.

³³ SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.

³⁴ *Id. Ibidem*.

Aliadas a esse contexto, as demandas sociais crescentes, frutos da urbanização das cidades, da procura por melhores empregos, transformaram o espaço geográfico quase que irreversivelmente, os locais que não deveriam ser habitados são reapropriados em moradias insalubres com risco iminente à vida. O poder público, por meio de seus gestores, mostra-se cada vez mais omissivo quanto à resolução de tais necessidades e a partir disto, os movimentos de lutas em prol de moradia ganham cada vez mais espaço na sociedade, os quais buscam por meio da legislação legitimar suas possessões.

Partindo do viés do direito fundamental à moradia e à sustentabilidade urbana, pretende-se analisar o Estatuto da Cidade e as demandas sociais pelo direito à moradia digna e de que maneira o Estado atua como o viabilizador para suprir tais necessidades, bem como entender até que ponto o Estado pode ser responsabilizado nessas questões. A pesquisa se dará por meio de levantamento e análise bibliográfica sobre o tema, tendo a pesquisa um caráter qualitativo e a metodologia usada na pesquisa será a dedutiva.

4 DIREITO À MORADIA E À SUSTENTABILIDADE URBANA: DESAFIOS, POSSIBILIDADES E APLICAÇÃO ÀS NECESSIDADES HUMANAS

A Constituição Federal de 1988 coloca a dignidade humana como um dos seus princípios fundamentais,³⁵ bem como estabelece como um dos seus objetivos erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais,³⁶ o que nos permite entender que o texto constitucional, em sua essência, é voltado para o ser humano, fator que pode ser percebido quando o legislador tenta garantir que seja respeitado o mínimo a sua existência e que além disso, seja preservada a sua dignidade.

Colocada como um dos direitos fundamentais, a moradia aqui assume uma característica social, pois deixa de ser puramente patrimonial e passa a ter valor de necessidade básica, na medida em que se configura como o local de descanso, construção familiar e amparo. É a garantia do corpo e do intelecto.

Na vida cotidiana, porém, o que se percebe não é o que está descrito na Constituição Federal: a maior parte da população brasileira está submetida à extrema pobreza, à violência e à falta de políticas públicas de acesso a emprego, saúde e moradia, fatores considerados fundamentais na construção de uma sociedade mais igualitária.

Diante do exposto e entendendo a CF/88 como o instrumento jurídico de proteção ao indivíduo por excelência, seria natural recorrer a tal meio para obter o mínimo necessário para a sobrevivência. Mesmo, no entanto, que o texto afirme que é um direito do cidadão, isto não estimula o Estado a favorecer cada cidadão com uma habitação para morar, não no sentido literal da palavra,³⁷ o que o Estado é obrigado a fazer é disponibilizar medidas e políticas públicas que viabilizem a aquisição de locais de moradias dignas para a sua população, bem como promover meios para que os administradores possam pôr em prática planos que diminuam o déficit habitacional.

Isso ocorre devido às limitações práticas, de cunho jurídico, econômico, político e social, no sentido de que, mesmo que os direitos fundamentais tenham efeito imediato,³⁸ é preciso estabelecer os meios para que isso de fato aconteça, o que a caracteriza como uma lei programática, o que significa que: “As normas programáticas são aquelas destinadas a estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o poder público”,³⁹ o que implica dizer que: “(...) são normas incompletas, isto é, não contemplam todos os elementos necessários para a sua formação, reclamando, para tanto, atividade legislativa ou administrativa complementar por meio de leis ou atos administrativos”.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art.1º, inc. III Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 3º, inc. III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁷ PERES, Tatiana Bonatti. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, v. 42, p. 71-90, abr./jun. 2010. p. 4.

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Dos Direitos e garantias fundamentais. Art. 5º, §1º. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_5_.asp. Acesso em: 8 nov. 2020.

³⁹ PERES, Tatiana Bonatti *apud*. BARROSO, Luís Roberto. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, v. 42, p. 71-90, p. 2, abr./jun. 2010.

Nesse sentido,

a moradia constitui um dos direitos básicos para o usufruto dos outros direitos. A necessidade de abrigo é necessidade universal, de todos os povos, de todas as épocas da humanidade. Abrigar-se não só com objetivo de se proteger ou ter um teto para morar, abrigar-se para sentir-se digno de viver e realizar suas vontades e aspirações. A moradia é diferente de uma propriedade ou do direito de ser proprietário. Ao assegurar a moradia como um direito social, o que se busca é que o indivíduo titular deste direito possa ter um lar adequado para construir sua família, o seio da sociedade.⁴⁰

A partir desse entendimento, percebe-se que a legislação brasileira tem ao longo dos anos se empenhado em garantir esse direito. Pelo menos no plano jurídico o referido direito pode ser evocado quando das necessidades dos indivíduos mais carentes que são, justamente, os que mais reivindicam tal direito, pois essa é a única maneira de se posicionarem diante das desigualdades sociais que funcionam como um grande abismo em manter a dignidade de suas vidas. Nesse caso a lei, por ela mesma, não garante que o Estado suprirá tal necessidade, ela depende de ações concretas e de planos de ordem socioadministrativa para a sua efetivação.

A moradia é essencialmente social, seus preceitos se sobrepõem a outros direitos, como o de propriedade, está acima das questões econômicas e administrativas, considerando que tudo que se relaciona ao homem deve ser posto como prioridade. Dessa forma,

os direitos sociais são fruto de lutas históricas contra a opressão do homem pelo próprio homem, que culminou no Estado de Bem-Estar Social, tal Estado se coloca em franca oposição ao Estado Liberal, pois enquanto neste o que se espera é uma quase que total abstenção do Estado nos interesses particulares, naquele é fundamental a participação do Estado na vida dos cidadãos. Neste caso exige-se uma atuação positiva do Estado, que compreende não apenas a edição de leis ou mudanças constitucionais, mas a real e mais palpável concretização dos direitos fundamentais.⁴¹

Fica evidente que as medidas adotadas na Constituição Federal de 1988 colocam o homem e suas necessidades como algo central, o texto salvaguarda os direitos humanos, entende que o Estado tem de manter e fomentar políticas públicas com ações que sejam voltadas para o bem-estar da população. Se a nação é formada por seus cidadãos, logo suas diretrizes devem ser voltadas para atender as suas necessidades básicas, pois dessa forma os preceitos democráticos são garantidos e a desigualdade social amenizada. “Trata-se de um direito intimamente vinculado ao princípio da igualdade e à dignidade da pessoa humana, uma vez que ele proporciona condições básicas para a sobrevivência humana”.⁴²

Alguns pontos de acesso à moradia devem ser considerados: o acesso à terra urbana; acesso aos meios de produção; condições de aquisição da moradia e capacidade de suportar os custos da legalidade e segurança da moradia.⁴³ Esses fatores, analisados à luz da efetivação do direito à moradia, muitas vezes podem ser vistos como entraves à sua prática, considerando a população de baixa renda, a qual não dispõe dos meios econômicos viáveis para arcar com as despesas que são impostas para adquirir um imóvel legalizado.

Assim entendido,

o que se percebe é que há uma notória e maléfica inversão na ordem natural de desenvolvimento de políticas públicas habitacionais, que ofende a racionalidade e prejudica a promoção de medidas voltadas à efetivação do direito à moradia. Em vez de seguir a ordem natural de planejar, construir a infraestrutura e em seguida, promover a ocupação de zonas urbanas, em boa parte dos casos o que ocorre é o inverso: primeiro a popula-

⁴⁰ PEREIRA, Uanderson. *A efetividade dos direitos sociais*. O direito social à moradia. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Uanderson_Pereira.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

⁴² ALÉCIO, Débora; FACHIN, Zulmar Antônio. *O direito à moradia como instrumento de efetivação do princípio da igualdade*. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/8094/4441>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴³ MONTEIRO, Victor de Andrade. *Fundamentalidade e efetividade do direito à moradia adequada*. p. 92. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/5601/1/Fundamentalidade%20e%20efetividade%20do%20direito%20humano%20C3%A0%20moradia%20adequada.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

ção ocupa áreas de forma precária, construindo casas à revelia de qualquer instrumento de planejamento, e, após isso, o Estado busca soluções para prover de alguma estrutura a ocupação irregular, tarefa essa que se mostra muito mais complexa, custosa e geralmente menos exitosa.⁴⁴

Nesse sentido, Monteiro relata que se impõe, portanto, a compatibilização dos direitos individuais e coletivos com o desenvolvimento econômico e a preservação da natureza. Todos eles hábeis a garantir condições de vida digna, que somente será alcançada por meio de uma atuação tanto da sociedade quanto do poder público, voltada a um desenvolvimento sustentável, à medida que o direito à vida pressupõe o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o próprio direito à cidade.⁴⁵

No Brasil, a legislação caminhou em consonância com a tendência mundial, adotou leis que reforçam o discurso da proteção ambiental, colocando-a como elemento fundamental para a manutenção de uma vida digna, mas também como um dever da coletividade, ou seja, cabe aos cidadãos e gestores proteger o meio ambiente. Como bem assevera Monteiro:

As garantias de sustentabilidade passam por um rigoroso processo de integração e planejamento, cuja estruturação formal deve manifestar o dinamismo que existe no interior da sociedade e a seriedade das opções políticas que motivam os responsáveis pela sua proposição, organização e execução. A burocracia não pode servir como instrumento de construção de falsos argumentos ou ocultação de interesses com requintados recursos de retórica, especificamente da linguagem jurídica.⁴⁶

Com o advento da preocupação com as causas ambientais tomando cada vez mais espaço das discussões sobre o futuro do planeta, a expressão “cidade sustentável” vem à tona como mais um elemento a ser pensado pelos gestores nos âmbitos nacional, estadual e municipal. Pensar em cidades sustentáveis não diz respeito apenas a preservar a natureza, mas sim propiciar ao cidadão condições e meios de viver bem e dignamente em um ambiente planejado, com estrutura material que supra minimamente as necessidades básicas, como saúde, lazer, transporte, saneamento básico, segurança, educação, entre outros. Assim,

desse conceito legal, entende-se que o termo cidade sustentável não significa somente a conservação e a recuperação dos recursos naturais, mas, sobretudo, a promoção de um planejamento territorial adequado às particularidades de cada município e a justa distribuição dos ônus e dos benefícios do processo de urbanização. (...) a sustentabilidade está ligada ao movimento da ecologia profunda, uma vez que não se separa o homem do ambiente como objeto isolado, mas sim, visualiza-se o mundo como uma rede de fenômenos interligados, no qual o homem é apenas um dos filamentos da teia da vida. Nessa nova forma de perceber as interconexões, desenvolve-se um pensamento sistêmico, em que as cidades, embora figurem como ecossistemas diferenciados dos ecossistemas naturais, são também um sistema vivo e interligado, fazendo parte do todo.⁴⁷

5 O ESTATUTO DA CIDADE COMO NORMATIZADOR DE UMA NOVA VISÃO DE URBANIZAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

No texto constitucional os artigos 182 e 183 estabelecem a política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal em que ordena o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e a usucapião dos imóveis até 250 metros quadrados, respectivamente.⁴⁸ O entendimento sobre as particularidades das cidades suscitou inúmeros debates e discussões acerca dos dispositivos legais e de que maneira a União, Estados e municípios agirão para efetivar positivamente o texto legal na sociedade. A partir destes debates foi aprovada a lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Decorrida mais de uma década de embates políticos

⁴⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem apud*, CAPRA, Fritjof, 2003.

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigos 182 e 183. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_183_.asp#:~:text=183&text=Da%20Pol%C3%Adtica%20Urbana-,Art.,outro%20im%C3%B3vel%20urbano%20ou%20rural. Acesso em: 27 nov. 2020.

e sociais, o Estatuto da Cidade, como ficou conhecida a lei, foi aprovada, estabelecendo a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

A partir deste momento, que pode ser entendido como o marco regulador das diretrizes urbanísticas brasileiras, a regulamentação das cidades em todo o território tinha uma lei à qual os gestores e indivíduos da sociedade civil podem aludir em prol do desenvolvimento urbano. A referida lei significa um grande avanço não apenas no plano prático, no sentido da maneira como as cidades devem ser formadas, mas na maneira como ratifica o caráter social da moradia e das cidades e também na questão do desenvolvimento sustentável das áreas urbanas, legando às gerações futuras um ambiente ecologicamente protegido.

Como bem explicita o seu parágrafo único “ (...) estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.⁴⁹ Ainda no mesmo texto:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.⁵⁰

Fica clara a preservação do princípio da função social da propriedade no Estatuto da Cidade, o qual pode ser interpretado como o reconhecimento da função da propriedade em benefício da sociedade como um todo. Outro fator importante é a gestão democrática, a ênfase na participação da sociedade civil; esta nova concepção de administração pública coloca o cidadão como um gestor, um colaborador e fiscalizador dos projetos que irão incidir sobre sua vida. A cidade, considerada um organismo em transformação, deve ser pensada e planejada com a participação em conjunto dos gestores públicos e com representantes da sociedade civil, com o objetivo de garantir que as decisões tomadas passem pelas esferas políticas, administrativas e sociais.

Para que isto seja possível o Estatuto prevê os seguintes ditames:

Art. 43 Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.⁵¹

Esse sistema de participação democrática vincula-se ao princípio democrático da Constituição Federal,⁵² incumbindo a todos os setores a responsabilidade e o direito de construção social. Percebe-se que em termos de instrumentos jurídicos, o Estado garante que as decisões sejam tomadas após plena participação popular, pois as decisões devem partir da sociedade, devem atender as suas necessidades e os gestores públicos estão sujeitos a essas diretrizes.

⁴⁹ BRASIL. *Lei 10.257 de 10 de julho de 2001*. Parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 2º, incisos I, II.

⁵¹ *Idem*, art. 43, incisos I, II.

⁵² “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Parágrafo único. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade trouxe instrumentos jurídicos que promovem a preservação ambiental e avança nas questões que abarcam a relação homem e natureza, isto por que a lei está relacionada com a função social do uso da propriedade, além de inovar na questão sobre a forma de uso e ocupação do solo, estabelece a participação do cidadão nas decisões sobre o destino da cidade e amplia a possibilidade de regulação das posses urbanas.

Segundo Souza, o Estatuto da Cidade vem ao encontro da necessidade de regular tal relação, de forma que nossas cidades sejam um espaço ambientalmente sustentável. Com o desenvolvimento urbano sustentável nasce a importância da execução de uma política urbana eficaz, capaz de frear o crescimento globalizado descontrolado, capitalista e político, que sempre atingiu interesses da minoria da população, as normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.⁵³

6 CIDADE ILEGAL E EXCLUSÃO SOCIAL

O processo de urbanização das cidades brasileiras ocorreu de forma rápida e de desordenada a partir da primeira metade do século 20, ocasião em que o país deixava de ser essencialmente agrário e passava a ser urbano e industrial. Esse crescimento deu-se pelo êxodo rural e pelo fato de que as cidades ofereciam melhores oportunidades de emprego e renda a uma massa populacional que via nas cidades uma oportunidade de mudança de *status* social.⁵⁴

Falar em cidades planejadas implica reconhecer que existe, paralela a esta, uma cidade que cresce de maneira desordenada e alheia à recomendação judicial: trata-se da cidade ilegal. Esta surge em consequência da ausência do Estado em prover moradias, bem como coibir a propagação de ocupações em áreas de risco que não dispõem de infraestrutura habitacional, pelo contrário, é nesses espaços que fica evidenciado o quanto a falta de políticas públicas e planejamento urbano favorecem a desigualdade social e marginalização das pessoas que vivem ali.

A cidade, neste sentido, é entendida como o centro das ações políticas que envolvem os indivíduos que nela habitam, é o palco onde se desdobram as lutas e exigências por melhores condições de vida. Então,

a cidade assume a condição de espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes, onde o usufruto coletivo da riqueza, bens e conhecimentos são garantidos a todos. O seu território é lugar de exercício e cumprimento dos direitos difusos e a sua gestão se dá de forma democrática e coletiva.⁵⁵

Embora o crescimento das cidades e o aumento das demandas habitacionais sinalizassem aos governantes a urgência de se pensar nos espaços urbanos, ao longo da História brasileira não foi isso que aconteceu, o que se processou foi o adensamento da população mais pobre em áreas periféricas, desprovidas de estruturas, nas quais o que se percebe é a falta de vontade política em planejar as cidades para atender às demandas populacionais. Ainda que o crescimento seja exponencial é dever do Estado buscar melhorias a fim de prover as necessidades de seus habitantes.⁵⁶

A expressão “cidade ilegal” não está vinculada ao sentido de infração, de fora da lei ou que existe um espaço que geograficamente está contrário à lei, mas apenas de esta figurar fora da lógica do mercado imobiliário privado e a subordinação do Estado a isto. São áreas desvalorizadas, sem infraestrutura, que são ocupadas pela população mais carente e muitas vezes sujeitas a catástrofes ambientais e negligenciadas pela administração pública.⁵⁷

⁵³ SOUZA, Marcos Felipe Alonso de. *O meio ambiente urbano em face do Estatuto da Cidade: importância e implicações da lei 10.257/01 para as sociedades urbanas*. Disponível em: <http://www.cognitiojuris.com/artigos/03/06.html>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁵⁴ LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Schueller Pereira. *O direito à cidade sustentável como direito fundamental*. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_814.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

⁵⁵ LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Schueller Pereira. *O direito à cidade sustentável como direito fundamental*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_814.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

⁵⁶ *Idem*, p. 3.

⁵⁷ STEFANIAK, João Luiz; STEFANIAK, Jeaneth Nunes. 2018. *A cidade ilegal e o Estatuto da Cidade: análise da efetividade dos instrumentos de regularização fundiária*. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-14375-1-10-20120613%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-14375-1-10-20120613%20(1).pdf). Acesso em: 29 nov. 2020.

Nesse entendimento, é possível relacionar a miséria e a violência à falta de cumprimento dos direitos fundamentais, e entre esses direitos está a moradia. A gestão das políticas urbanas das cidades brasileiras ainda é voltada para aqueles que possuem algum tipo de renda, de ganho mensal, está longe de ser totalmente democrática. Digamos que a democracia está em promover a todos os cidadãos brasileiros oportunidades iguais, mas que ainda não alcançamos tal princípio. Daí entende-se que

a sociedade contemporânea tem seus valores voltados para o progresso e o trabalho, logo, as pessoas que não possuem capacidade ou possibilidade de participar do mercado de trabalho formal são vistas como excluídas. Nesta perspectiva, a pobreza surge como sinônimo da incapacidade de participar do mercado de consumo, enquanto que o desemprego aparece como a falta de capacidade de participar da atividade laboral, sendo esses elementos considerados desencadeadores de exclusão.⁵⁸

A partir dessa perspectiva, está um lado o Estado que se omite nas questões em que deveria atuar para combater a miséria e não o faz, e do outro está uma massa populacional que devido à falta de oportunidade ficou empobrecida e uma das consequências é a ocupação de áreas de risco ou de proteção ambiental, pois é neste lugar que muitos são obrigados a morar, devido à falta de condições mínimas de pagar outro lugar para viver. Assim, segundo Catão, a questão da exclusão social atual é bem mais problemática, possuindo, além dos elementos econômico e político, o social e o simbólico. Nesse contexto, atualmente a exclusão tem uma dimensão de descolamento, pois enquanto a parte integrada continua desempenhando suas atividades regularmente, a desintegrada (os excluídos) é alijada e rechaçada. Então, a exclusão social pode ser analisada por meio de um fenômeno que vem acontecendo no decorrer do tempo, com os processos sociais de evolução, dualização e segregação; ou pode ser também considerado um mecanismo complexo e contraditório que contém, em si mesmo, a inclusão e a exclusão⁵⁹.

7 OS MOVIMENTOS SOCIAIS PELA LUTA DO DIREITO À MORADIA E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O fenômeno da urbanização das cidades trouxe consigo inúmeros problemas sociais advindos da falta de estrutura básica dos centros urbanos, com uma população crescendo de forma vertiginosa e a lentidão dos gestores públicos em planejar os espaços, pensar e pôr em prática projetos voltados para a questão urbanística, que englobe a população e o meio ambiente de maneira integrada. Essa falta de planejamento dos gestores resulta na ocupação de áreas de risco ou de preservação ambiental por parte da população que não possui os meios financeiros para habitar um imóvel em um lugar adequado.

As chamadas ocupações de risco fazem parte do cotidiano dos centros urbanos brasileiros. É uma realidade que está inserida na paisagem das cidades e altera o equilíbrio do meio ambiente ao seu redor, mas é o meio pelo qual a população encontrou para fazer valer seu direito fundamental à moradia. Esse processo não é recente e os gestores pouco se empenharam em resolver. Dessa forma,

(...) as cidades brasileiras, no início e meados do século passado, não estavam preparadas para o crescimento desenfreado que viriam a experimentar, de forma que o Estado não possuía políticas públicas que contribuíssem na promoção de moradias adequadas para a grande parcela da população que se encontrava em situação de vulnerabilidade social e econômica. Devido a isso, muitas pessoas acabaram se dirigindo para espaços precários, inadequados para ocupação humana, de grande risco ambiental, por não possuírem poder aquisitivo (condições econômicas viáveis) para se instalarem em lugares com condições de moradia adequadas.⁶⁰

⁵⁸ CATÃO, Marconi do Ó. *A exclusão social e as favelas na cidades do Rio de Janeiro*. Disponível em: file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/18839-63484-1-PB.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1.012.

⁶⁰ FORTUNATO, Bruna; SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Ocupações irregulares: conflitos entre o direito à moradia e a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*. Disponível em: file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/4079-Texto%20do%20artigo-25095-1-10-20160217.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

A falta de moradia é um problema recorrente no país deste o seu processo de industrialização, acentuado a partir do século 20. O Estado tentou promover o acesso da população de baixa renda à moradia por meio de medidas como a Fundação Casa Popular, lançado em 1946 e que financiava habitações, mas se mostrou insuficiente; depois durante o período ditatorial com a criação de habitações, mas que beneficiaram apenas as classes média e alta.⁶¹ Diante desses fatos, percebe-se que as políticas adotadas pelo Estado eram insuficientes para suprir as necessidades populacionais.

A partir daí as áreas de preservação ambiental ou espaços verdes no entorno das cidades passaram a ser sistematicamente ocupados por essas famílias que não dispõem de meios financeiros para residir em locais com infraestrutura, terminam por viverem com riscos iminentes a sua saúde e vida, expondo-se a perigos de desastres constantes e sem os aparatos necessários à sua dignidade.

Igualmente precárias e com riscos à saúde e vida, são as ocupações irregulares nos centros urbanos, em que grupos de desabrigado invadem imóveis abandonados. Para Fortunato e Schonardie, outra alternativa encontrada pelos sujeitos excluídos, sem acesso a uma moradia digna, é ocupar prédios abandonados nos próprios centros das cidades, locais desamparados, largados pelo poder público, nos quais a desordem e a criminalidade se instalam de forma “confortável”. Ou então esses sujeitos excluídos sublocam tais espaços que possuem acesso à água, energia elétrica, coleta de lixo e esgoto (dando a sensação de pertencerem à cidade legal). Esses espaços muitas vezes chamados de becos ou de cortiços não possuem condições de salubridade e segurança. Outra questão é que a qualquer momento esses sujeitos podem sofrer ações de despejo, resultando em indivíduos sem moradia e com seus direitos fundamentais violados.⁶²

Considerando tais afirmações, e pensando em uma possível responsabilização do Estado diante da omissão em prover os meios pelos quais o cidadão possa adquirir um lugar digno para constituir família, bem com as consequências negativa que podem sobrevir àqueles sujeitos locados em áreas de risco, observa-se o artigo 37 parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, em que destaca que se um dano ocorre devido a uma ação ou omissão de um agente do Estado, este deverá responder independentemente de culpa.⁶³

Diante dos projetos desenvolvidos pelo Programa de Aceleração e Crescimento – PAC – teremos a verificação de problemas existentes devido à falta de análise de territórios e regiões, os chamados territórios cegos, permitindo a execução do projeto sem que antes houvesse uma prévia análise real e efetiva para a conclusão daquela obra, visto que impactos negativos irão causar atrasos e um maior custo.⁶⁴

Lotta e Favaretto⁶⁵ afirmam que existe uma grande restrição quanto aos projetos de intersetorialidade no caso do PAC, e que a coordenação intersetorial deveria ser realizada no momento do planejamento e concretização das obras. Quando essa coordenação consegue ser efetivada, ocorrem os mecanismos de rede que proporcionam um ambiente favorável aos compartilhamentos de ideias e objetivos, em sistema de *enforcement*.

A localização dos empreendimentos sempre foi motivo de questionamentos. A incorporação da faixa de zero a três salários mínimos entre os beneficiados do PMCMV trouxe novas exigências necessárias à resolução de problemas operacionais daí decorrentes, tais como preços elevados dos terrenos disponíveis para construção de moradias com valor acessível a essa população e a consequente dificuldade de localização dos empreendimentos em regiões com infraestrutura urbana. Exigiu, também, maior controle por parte dos órgãos públicos para garantir normas mínimas de qualidade arquitetônica das moradias.⁶⁶

⁶¹ *Ibidem*, p. 193.

⁶² *Idem*, p. 195.

⁶³ FORTUNATO, Bruna; SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Ocupações irregulares: conflitos entre o direito à moradia e a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*. p. 198. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/4079-Texto%20do%20artigo-25095-1-10-20160217.pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/4079-Texto%20do%20artigo-25095-1-10-20160217.pdf). Acesso em: 29 nov. 2020.

⁶⁴ LOTTA, Gabriela; FAVARETTO, Arilson. Os arranjos institucionais dos investimentos em infraestrutura no Brasil: uma análise sobre seis grandes projetos do Programa de Aceleração de Crescimento. *Texto para Discussão Ipea*, 2.253, nov. 2016.

⁶⁵ LOTTA, Gabriela; FAVARETTO, Arilson. Os arranjos institucionais dos investimentos em infraestrutura no Brasil: uma análise sobre seis grandes projetos do Programa de Aceleração de Crescimento. *Texto para Discussão Ipea*, 2.253, nov. 2016.

⁶⁶ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinícius; GUERRA, Pedro Henrique. Legitimidade e efetividade em arranjos institucionais de políticas públicas: o Programa Minha Casa Minha Vida, *Rev. Adm. Pública*. Rio de Janeiro, 49(6), p. 1.531-1.554, nov./dez. 2015.

Os déficits de legitimidade democrática nos arranjos institucionais do PMCMV são constantemente levantados.⁶⁷ Em vários fóruns e em *sites* na Internet, os movimentos sociais participantes desses colegiados revelaram preocupação com problemas contidos no desenho do programa, declarando que a construção das unidades precisava estar associada à política urbana que garantisse o acesso a serviços públicos, como saúde, educação, transporte, uma vez que eles receavam que fosse repetida a experiência dos conjuntos habitacionais do período do Banco Nacional de Habitação – BNH. Também urbanistas e profissionais ligados ao Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB) afirmam sua escassa articulação com o planejamento urbano e apontam a ausência de mecanismos institucionais e incentivos para financiamento de reformas de moradias subutilizadas.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia explicitado na Constituição Federal de 1988, entendido como um direito social e fundamental à dignidade humana, configura-se como um dos elementos essenciais para a efetivação do Estado Democrático de Direito, considerando que este, ao prover os meios pelos quais cada indivíduo possa obter sua moradia, fará com que toda a sociedade se desenvolva, pois entende-se que ao possuir um local digno para viver, cada cidadão estará social e psicologicamente preparado para desenvolver todas as suas potencialidades perante o Estado.

A garantia do direito à moradia não gera ao Estado a obrigação de prover uma moradia para cada cidadão; na realidade o entendimento se dá pela obrigação do Estado de prover os meios pelos quais cada indivíduo possa, por seus próprios meios, adquirir um local digno para morar. Para que isto seja possível, a União deve promover políticas públicas que envolvam os Estados e municípios a fim de possibilitar a construção de cidades sustentáveis.

Entende-se que assegurar moradias dignas aos cidadãos significa prover aos sujeitos locais de habitação com todo o aparato urbanístico que se espera do poder público, como lazer, segurança, saúde, educação, transporte, acessibilidade, trabalho, etc. São estruturas mínimas que dão dignidade para quem mora na região, haja vista que se entende que sem elas, residir em tal localidade torna-se inviável.

As metas construtivas estabelecidas foram alcançadas e até mesmo superaram os ideais iniciais, pois o PMCMV foi incorporado ao PAC, tornando-se prioritário na agenda governamental. Como se mencionou, isso significou, de um lado, que o programa não seria passível de contingenciamento de recursos orçamentários e, de outro, que ele seria objeto de procedimentos especiais de gestão e monitoramento.

Esse arranjo institucional, todavia, não se mostrou politicamente legitimador, na medida em que atores sociais relevantes na área, como os movimentos populares e os grupos organizados de especialistas em temas urbanos, não têm tido suas demandas contempladas.

O PMCMV está orientado pela lógica empresarial e econômica de curto prazo e não inserido em uma política efetivamente estrutural de planejamento e de reforma urbana que, mesmo exigindo uma perspectiva temporal de longo prazo, é indispensável para melhorar a qualidade de vida nas cidades, como reivindicam os especialistas da área e grupos sociais envolvidos.

Nesse planejamento entra o conceito de cidade sustentável, que deve ser pensada de maneira a garantir toda a infraestrutura para a moradia da população, mas deve ser planejada visando às gerações futuras e à preservação do meio ambiente, uma cidade sustentável existe como um organismo vivo interagindo entre meio ambiente e pessoas.

Desde a Constituição de 1988 o Estado tem avançado juridicamente para que os preceitos legais não sejam apenas letra, e sim algo concreto que possa ser aplicado à vida dos cidadãos. O que se percebe, no entanto, é um avanço tímido, que não acompanha as dinâmicas sociais urbanas, a cidade cresce muito rápido e os gestores públicos não conseguem consolidar o texto constitucional. A alegação é quase sempre a mesma: as dificuldades econômicas, que são usadas como justificativas para a falta de planejamento e descaso com os mais humildes.

⁶⁷ LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinícius; GUERRA, Pedro Henrique. Legitimidade e efetividade em arranjos institucionais de políticas públicas: o Programa Minha Casa Minha Vida. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, 49(6), p. 1.531-1.554, nov./dez. 2015.

Assim, entende-se que para a concretização do direito à moradia na sociedade, espera-se do Estado uma postura mais enérgica quanto à efetivação dos preceitos legais, como também a exigir de Estados e municípios que ajam em conjunto com a esfera federal a fim de adquirir recursos que possam ser usados para que cidades sustentáveis possam sair do papel e, dessa forma, garantir que os preceitos constitucionais possam ser efetivados.

9 REFERÊNCIAS

- ALÉCIO, Débora; FACHIN, Zulmar Antônio. *O direito à moradia como instrumento de efetivação do princípio da igualdade*. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/8094/4441>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALFONSIN, Betânia. *O Estatuto das Cidades sustentáveis, justas e democráticas*. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2405/1640>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- ANDRADE, Danilo. *Políticas públicas: O que são e para que servem?* Disponível em: <https://www.politize.com.br/politicas-publicas/#:~:text=Conforme%20defini%C3%A7%C3%A3o%20corrente%2C%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas,grupos%20da%20sociedade%20ou%20para>. Acesso em: 4 fev. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, v. 42, p. 71-90, p. 2, abr./jun. 2010.
- BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Manual metodológico para o projeto de pesquisa em direito*. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/10/Manual-Projeto-de-Pesquisa-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BOEHM, F.; BOHÓRQUEZ SUÁREZ, O. Anticorrupción en la regulación del servicio de suministro de agua potable: estudio de caso para Colombia. *Opera*, 11, p. 199-220, nov. 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.
- BRASIL. *Lei n° 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas*. Idesa: São Paulo, 2003.
- CATÃO, Marconi do Ó. *A exclusão social e as favelas na cidade do Rio de Janeiro*. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/18839-63484-1-PB.pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/18839-63484-1-PB.pdf). Acesso em: 29 nov. 2020.
- COSTA, Beatriz Souza; VENÂNCIO, Stephanie Rodrigues. A função social da cidade e o direito à moradia digna como pressupostos do desenvolvimento urbano sustentável. p. 121-122. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/3481-17523-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/3481-17523-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Mudança constitucional, desempenho do legislativo e consolidação institucional. In: FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 41-72. Cap. 2.
- FLORISSE, Elena. Desenvolvimento urbano sustentável: um estudo sobre sistemas de indicadores de sustentabilidade urbana. p. 28. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3211/1/arquivo2355_1.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.
- FLYVBJERG, Bent; BRUZELIUS, Nils; ROTHENGATTER, Werner. *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- FORTUNATO, Bruna; SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Ocupações irregulares: conflitos entre o direito à moradia e a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais*. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/4079-Texto%20do%20artigo-25095-1-10-20160217.pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/4079-Texto%20do%20artigo-25095-1-10-20160217.pdf). Acesso em: 29 nov. 2020.
- GOMES, Daniela; ZAMBAM, Neuro José. *O desafio da sustentabilidade urbana*. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/256/987>. Acesso em: 19 nov. 2020.
- GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. *Direitos sociais: direito à moradia*. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta e MARQUES, Eduardo (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fio-cruz, 2007.
- IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, a. 11, fev. 1996.
- KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. 2. ed. Nova York: Harper Collins College Publishers, 1995.
- KINGDON, John. Como chega a hora de uma idéia? In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). *Políticas públicas*. Brasília: Enap, 2006.

- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737-776, 2005.
- LOTTA, Gabriela; FAVARETTO, Arilson. Os arranjos institucionais dos investimentos em infraestrutura no Brasil: uma análise sobre seis grandes projetos do Programa de Aceleração de Crescimento. *Texto para Discussão Ipea*, 2.253, nov. 2016.
- LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinícius; GUERRA, Pedro Henrique. Legitimidade e efetividade em arranjos institucionais de políticas públicas: o Programa Minha Casa Minha Vida. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, 49(6), p. 1.531-1.554, nov./dez. 2015.
- LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Schueller Pereira. *O direito à cidade sustentável como direito fundamental*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_814.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.
- MARQUES, Eduardo. Notas críticas à literatura sobre Estado, políticas estatais e atores políticos. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 43, 1º semestre de 1997.
- MENICUCCI, Telma M. G. A implementação da reforma sanitária: a formação de uma política. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 2, maio/ago. 2006.
- MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 1992.
- MONTEIRO, Victor de Andrade. *Fundamentalidade e efetividade do direito à moradia adequada*. p. 92. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/5601/1/Fundamentalidade%20e%20efetividade%20do%20direito%20humano%20%20C3%A0%20moradia%20adequada.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. Disputas institucionais e interesses corporativos no sistema de justiça: impasses na criação da Defensoria Pública nos Estados. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 4, e20170071, 2019.
- NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- PEREIRA, Uanderson. *A efetividade dos direitos sociais*. O direito social à moradia. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Uanderson_Pereira.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.
- PERES, Tatiana Bonatti. Direito à moradia. *Revista de Direito Privado*, v. 42, p. 71-90, abr./jun, 2010. p. 4.
- PIRES, Roberto; GOMIDE, Alexandre. Governança e capacidades estatais: uma análise comparativa de programas federais. *Rev. Sociol. Polit.*, v. 24, n. 58, p. 121-143, jun. 2016.
- PIRES, Roberto *et al.* *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: Ipea; Enap, 2018. 413 p.
- RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Veira. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade*. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/77-Texto%20do%20Artigo-638-1-10-20110614%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/77-Texto%20do%20Artigo-638-1-10-20110614%20(1).pdf). Acesso em: 2 nov. 2020.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019.
- SILVA, Daniela Madruga Rego Barros Victor; PEDROSO, Vanessa Aleksandra de Melo. *A concretização do direito à moradia como direito fundamental social: desafios do século XXI*. p. 89. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/a%20concretiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20a%20moradia.pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/a%20concretiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20a%20moradia.pdf). Acesso em: 2 nov. 2020.
- SOUZA, Marcos Felipe Alonso de. *O meio ambiente urbano em face do Estatuto da Cidade: importância e implicações da lei 10.257/01 para as sociedades urbanas*. Disponível em: <http://www.cognitiojuris.com/artigos/03/06.html>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- STEFANIAK, João Luiz; STEFANIAK, Jeaneth Nunes. *A cidade ilegal e o Estatuto da Cidade: análise da efetividade dos instrumentos de regularização fundiária*. Disponível em: [file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20\(DESKTOP-69HABGU\)/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-14375-1-10-20120613%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CCE/Dropbox/My%20PC%20(DESKTOP-69HABGU)/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-14375-1-10-20120613%20(1).pdf). Acesso em: 29 nov. 2020.
- SUBIRATS, Joan *et al.* *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Planeta, 2012.

DESENVOLVIMENTO X RESERVA DO POSSÍVEL NO CENÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: O Caso dos Refugiados Venezuelanos

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10309>

Recebido em: 4/3/2020

Modificações solicitadas em: 18/11/2020

Aceito em: 4/1/2021

Antônio José de Mattos Neto

Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém/PA, Brasil.

Thaise Roberta Colares Leal

Autora correspondente. Universidade da Amazônia – Unama. <http://lattes.cnpq.br/4106443918187943>.
<https://orcid.org/0000-0002-6385-7381>. thaisercleal@gmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar reflexões sobre a realização dos direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo existencial para estrangeiros em situação de refúgio, considerando, além do arcabouço jurídico brasileiro, a posição inicial do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Civil Originária que tem por objeto a entrada de venezuelanos no Brasil, processo este ainda em curso. O método empregado foi o dedutivo, a partir de pesquisas bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que os direitos fundamentais sociais garantidos aos refugiados na Lei nº 9.474, de 22/7/1997, devem ser realizados concretamente, não comportando o argumento da reserva do possível para seu incumprimento, no ambiente do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; refugiados; mínimo existencial; reserva do possível; Estado Democrático de Direito.

DEVELOPMENT VS. POSSIBLE RESERVE IN THE SCENARIO OF THE BRAZILIAN DEMOCRATIC STATE: THE CASE OF VENEZUELAN REFUGEES

ABSTRACT

This article aims to present reflections on the realization of the fundamental social rights that make up the minimum existential for foreigners in a situation of refuge, considering, in addition to the Brazilian legal framework, the initial position of the Supreme Federal Court (STF) in the Original Civil Action that is aimed at the entry of Venezuelans in Brazil, a process that is still ongoing. The deductive method was used, based on bibliographic and jurisprudential research. It is concluded that the fundamental social rights guaranteed to refugees in Law 9.474, on 07/22/1997, must be realized concretely, not involving the argument of reserving the possible for their non-compliance, in the environment of the Democratic State of Law.

Keywords: Fundamental social rights; refugees; minimum existential; reserving the possible; Democratic State of Law.

1 INTRODUÇÃO

No quadro que precede a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, observa-se, na contramão da realização dos direitos fundamentais, o período da ditadura militar (1964-1985), quando houve muitas privações humanas e perseguições políticas. Falar disso é importante para que se tenha a dimensão da importância da Constituição Republicana, pois assim como, após a Segunda Guerra Mundial (1938-1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) significou um marco histórico para a proteção dos direitos da humanidade, a Constituição Federal de 1988 significou a restauração e reconhecimento de direitos básicos da condição humana, no Brasil. Com efeito, nos cenários internacional e nacional aspiraram-se à realização dos direitos humanos e da democracia.

O Brasil é prestigiado em suas relações internacionais graças ao engajamento em matérias humanitárias. Desde o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), participando da Liga das Nações e depois sendo um dos primeiros países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), o país empenhou-se em ser não apenas signatário de tratados internacionais sobre a proteção dos direitos humanos, como também incorporá-los na Constituição da República e em leis infraconstitucionais.

No que respeita aos refugiados, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 da ONU, inovando devido à inexistência de normatização anterior sobre a matéria, estabeleceu a definição de refugiado e quais são os seus direitos e deveres, ressaltando a importância do envolvimento de todos os seus Estados-membros para a proteção dessas pessoas em estado de vulnerabilidade extrema.

Essa Convenção foi absorvida pelo Brasil na Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, que estabelece a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), seu funcionamento, o rito de reconhecimento jurídico do refugiado e os deveres e direitos desses sujeitos em território brasileiro, cujos direitos não devem ser apenas garantidos, mas também promovidos pelo Estado brasileiro.

O presente artigo tem por objetivo circunscrever o mínimo existencial do refugiado no Direito brasileiro, a partir do recorte analítico do caso dos venezuelanos, que passaram a entrar no Brasil pela fronteira terrestre, no Estado de Roraima, e que resultou em judicialização perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e que ainda se encontra em trâmite processual. Devido ao fato de não estar decidida a matéria, o presente trabalho, na utilização do julgado, focará apenas na parte da decisão do Excelso Pretório de não fechar as fronteiras com a Venezuela.

Trata-se de Ação Cível Originária 3121 RR, ajuizada pelo Estado de Roraima contra a União, tendo como relatora a ministra Rosa Weber, e por objeto vários pedidos, podendo ser, geral e sinteticamente, interpretados como auxílios financeiro e médico da União para o Estado Federado, tendo em vista o ingresso dos venezuelanos no território roraimense, o fechamento da fronteira para evitar novos ingressos e outros pedidos de menor impacto para o presente estudo.

Nesse sentido, a ré manifestou-se no sentido de informar que já realizava ações por meio do Ministério da Defesa, fornecendo apoio logístico e humanitário, em ação denominada “Operação Acolhida”, por meio da qual foram realizados traslados dos imigrantes para outros Estados do Brasil.

A ministra relatora concedeu medida liminar para que tanto Estado de Roraima quanto União prestem ajuda humanitária aos refugiados, o que ensejou acordo parcial entre as partes. Demais pontos que não exigiam urgência para o suporte de atendimento humanitário foram deixados fora do acordo, restando como objeto a ser decidido pelo STF em julgamento futuro, estando, portanto, ainda em curso o processo judicial.

A partir do uso do método dedutivo e com pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, o presente texto está dividido em quatro partes principais, além desta introdução. A primeira apresenta autores que contribuem de forma empírica sobre a importância do desenvolvimento como liberdade, da interpretação das regras, da importância dos princípios nas decisões judiciais, o mínimo existencial e sobre a reserva do possível, bem como a universalidade dos direitos, formando assim a fundamentação necessárias às análises que serão feitas conforme o proposto.

Posteriormente, são referidos os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal e seus reflexos na Lei de Refugiados no Brasil. Este cenário jurídico deu ensejo à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o

caso dos refugiados venezuelanos no país, judicializado pelo Estado-membro de Roraima, cujo teor decisório, ao lado do ordenamento jurídico legal, é sucintamente tratado na pesquisa.

A terceira seção debruça-se sobre breve e genérica exposição da Lei dos Refugiados brasileira, situando-a no contexto internacional contemporâneo, em realce à necessidade de conceder concretamente ao refugiado o mínimo existencial que é garantido em lei.

O último tópico congrega como objetivo principal reflexões sobre os direitos fundamentais sociais aos refugiados que buscam no território brasileiro um abrigo, a partir do cenário jurídico nacional formado tanto pelo ordenamento legal brasileiro com rasgos de sua interpretação doutrinária como pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Cível Originária 3121 RR, já referida.

2 O DESENVOLVIMENTO AMARTYANO E SUA RELAÇÃO DIRETA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Amartya Sen (2000) estabelece percepções sobre a correlação existente entre desenvolvimento e liberdade. A liberdade é o núcleo do desenvolvimento, de modo que quando a sociedade tem acesso à saúde, à educação, aos serviços sociais e outros direitos, é possível que estes também sejam parte do processo de desenvolvimento local. Sen (2000, p. 18) conceitua a liberdade em sentido avaliatório (em que há uma constante verificação sobre o aumento da liberdade alcançada) e no sentido de eficácia (quando a liberdade é parte condicionante do desenvolvimento).

O bem-estar social, para Amartya Sen (2000), refere às oportunidades sociais, políticas ou econômicas, a cujo acesso resulta em qualidade de vida individual e coletiva, ao passo que o desenvolvimento social está relacionado às liberdades individuais. Nesse sentido, pessoas que são livres politicamente e que exercem a liberdade de expressão estão mais próximas de construir uma sociedade mais socialmente igualitária e desenvolvida.

Países em que a desigualdade social é rotina mostram que apenas alguns grupos sociais têm acesso às liberdades políticas, econômicas e sociais. Na perspectiva de Sen (2000), essas disparidades entre homens e mulheres, negros e brancos, e crescente-se, nacionais e refugiados, são consequências de oportunidades díspares que são verdadeiras barreiras para a igualdade social e para que se alcance uma sociedade com justa distribuição de renda. Neste sentido, Sen (2000) acredita que o preconceito social, político e/ou econômico gera a privação de liberdades destes indivíduos e/ou grupos.

Um último ponto que se faz necessário para as reflexões propostas para este artigo é a discussão suscitada por Sen (2000) sobre pobreza coletiva. Oportunidades sociais adequadas possibilitam que os indivíduos possam decidir livremente sobre o destino que querem para si próprios, fazendo com que isto seja um ciclo de facilitação de oportunidades para pessoas que enfrentam privações. A pobreza coletiva tem a ver com governos autoritários. Se não há um ciclo de oportunidades, há um ciclo de privações.

A privação política, que não permite às pessoas escolherem seus governantes, as faltas de liberdade de expressão e de associação política para promover discussões públicas sobre planejamento nacional geram privações econômicas. O resultado de uma nação que é dirigida por ditadores é a falta de empatia destes em relação às necessidades da população. De fato, países democráticos, por terem de lidar constantemente com o processo de eleição e com a opinião pública, dificilmente enfrentam situações de fome e pobreza coletiva. Onde há liberdade, há desenvolvimento. A riqueza é a possibilidade de fazer coisas para si, para a comunidade e em prol de causas; por outro lado, a insegurança econômica promove a ausência de direitos e de liberdades democráticas (SEN, 2000, p. 48).

2.1 Do mínimo existencial e da reserva do possível

Ana Olsen (2008a, p. 63), ao escrever sobre “Direitos Fundamentais Sociais como Regras e Princípios”, objetiva identificar se as normas do direito fundamental social, no texto fundamental, aproximam-se mais do modelo de princípio ou de regra – a partir do modelo preconizado por Robert Alexy (*apud* OLSEN, 2008a, p. 63) – como forma de pensar suas consequências jurídicas sobre a reserva do possível. Para a autora, a diferença entre regras e princípios “é uma decorrência da atividade do intérprete, de modo que regras e princípios não seriam duas subespécies de normas, mas sim dois tipos de estratégias de interpretação” (OLSEN, 2008a, p. 67).

O princípio é um mandamento jurídico que poderá ser diversificado a partir das circunstâncias fáticas ou jurídicas, de modo a gerar, ao final, um mandamento definitivo ótimo. Já no caso da regra, cabe ao intérprete apenas cumprir a conduta prevista em grau definitivo da norma, adotando uma postura coerente com o mandado, proibição ou permissão nela estampados (OLSEN, 2008a, p. 67-68).

Olsen (2008a) conclui que é um desafio identificar quais são as normas de direitos fundamentais previstas na Constituição que correspondem ao mínimo existencial. E esclarece que este é um termo político que limita a realização do direito social baseado no argumento da escassez econômica do país. Isto é, a determinação jurisdicional de um direito social é condicionada à economia, constituindo a única exceção de direito a vida humana. De fato, a pesquisa da autora aponta que “o não reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos é mais uma questão político-ideológica que jurídica” (OLSEN, 2008a, p. 112).

Ricardo Torres (2003) analisa o problema da transição dos direitos sociais prestacionais em mínimo existencial. Na estrutura dos direitos fundamentais movem-se valores éticos e jurídicos, princípios fundamentais e estruturais e princípios de legitimação. O indivíduo não pode ser privado do mínimo para viver, segundo o princípio da liberdade fática; neste patamar, o autor cita o direito à alimentação, à segurança, à saúde e à educação.

Sob argumento algum, nem mesmo o da escassez econômica, o indivíduo poderia ser privado desse mínimo existencial. “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade” (TORRES, 2003, p. 5).

Baseando-se nos princípios da igualdade, da justiça e da solidariedade, o autor evidencia que o primeiro princípio nivela as pessoas sobre o direito a ter acesso a direitos. O princípio da justiça relaciona-se à segurança como valor ético e moral que garante em todas as instâncias de que o direito será garantido, ao passo que o da solidariedade é “sobretudo uma obrigação moral ou um dever jurídico” (TORRES, 2003, p. 10). Apoiado em Jürgen Habermas, o autor entende que o princípio da solidariedade é um elemento indispensável na construção do Estado de Segurança (*apud* TORRES, 2003, p. 10).

Da dignidade da pessoa humana emanam todos os direitos fundamentais, conforme os princípios da Constituição contidos em seu artigo 1º. E para o bom andamento da efetivação e promoção desses direitos, é fundamental que a sociedade viva a democracia como meio de garantir que as pessoas tenham não apenas acesso ao direito, como também tenham a possibilidade de serem participantes deste processo (TORRES, 2003, p. 11-20).

Assim como Torres (2003), Ana Olsen (2008b) afirma que o argumento da reserva do possível é uma barreira que impede a realização dos direitos fundamentais sociais. Dessa forma, a reserva do possível deve ser entendida a partir da ideia de que “a escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais” (OLSEN, 2006, p. 194). De acordo com esta perspectiva restritiva, a realização do direito social, por demandar um custo, deveria ser submetida à realidade orçamentária do Estado.

A reserva do possível é um argumento jurídico factual utilizado frequentemente quando se lida com a garantia dos direitos fundamentais sociais. Segundo Olsen (2006), trata-se aspectos lógicos da escassez de recursos. Isto é, a práxis do Direito deve impreterivelmente estar em conformidade com a realidade, regulando as demandas jurídicas de acordo com as possibilidades reais.

Observando o caso dos direitos fundamentais sociais, Olsen (2008b) afirma que a escassez é um argumento frequente. Neste sentido, há uma (maior) pressão política que se sobrepõe ao direito. Urge levar em consideração o fato de que em diferentes proporções, os direitos sociais acabam se relacionando com a dignidade humana. Se o argumento da escassez de recursos orçamentários é utilizado com frequência, “a preocupação com a redução da desigualdade social, o combate à pobreza e a realização da dignidade humana assumem especial relevância” (OLSEN, 2008b, p. 298).

2.2 Da perspectiva de universalidade dos direitos fundamentais sociais

Da gama de direitos fundamentais estão os direitos sociais, que segundo Matos (2015), possuem um regime jurídico complexo e próprio, e, por isso, demanda outro entendimento sobre sua universalidade. Esta afirmação parte do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais atendem às necessidades específicas do ser humano e que podem sofrer alterações de acordo com as peculiaridades de cada sociedade/lugar.

A complexidade da universalidade dos direitos sociais reside justamente nessas peculiaridades. Universalidade é aquilo que diz respeito a todos, sem distinção de nacionalidade, credo, gênero, classe social ou qualquer outro fator. Sendo assim, enquanto se pode falar tranquilamente sobre a universalidade dos direitos humanos (o direito à vida e à liberdade de expressão, por exemplo), pode-se suscitar discussões sobre a universalidade dos direitos sociais (educação e saúde, por exemplo), pois as práticas destes direitos podem ser culturalmente diversas (MATOS, 2015, p. 29).

Em relação à universalidade de direitos sociais, aplicados aos refugiados – conforme recorte proposto por este artigo – Andrew Linklater (1998) acredita que a responsabilidade do Estado diz respeito não apenas aos seus nacionais, pois considera que, para além da organização estatal, está o princípio da universalidade. Ou seja, quando um direito humano é violado em qualquer parte do mundo a sociedade internacional deve intervir.

Para Linklater (1998), apesar de cada tempo desfrutar de um ciclo, eles não estão separados, e uma vez que ideologias universalistas foram possíveis em outros séculos, ainda há perspectivas para que se desenvolvam. Sobre a questão dos refugiados, a abordagem cosmopolita acrescenta:

Poucos argumentariam que o direito à livre circulação deve permanecer primordial quando a evidência é que uma sociedade não pode absorver refugiados adicionais sem causar uma séria interrupção do seu modo de vida ou esticar seus recursos materiais para o ponto de ruptura. (...) Um objetivo de abordagens cosmopolitas é defender os direitos dos refugiados em um mundo de Estados soberanos em que nenhum direito de refúgio automático é conferido aos povos apátridas (LINKLATER, 1998, p. 54).

O sentimento universalista pontuado por Linklater (1998) aplica-se na prática sobre a assistência aos refugiados, como sendo estranhos com problemáticas externas, mas que deveriam despertar um dever e consciência moral para conceder-lhes o direito de residência e sobrevivência. O cosmopolitismo engloba a sociedade, fazendo com que o poder de decidir sobre a obrigatoriedade do direito não seja de um órgão Legislativo superior.

A busca por refúgio, antes de mais nada, é querer estar em segurança, seja no âmbito de proteção ou de garantia de direitos. Neste cenário, é inerente ao Estado a responsabilidade de proteger, possibilitando a harmonização da paz social. Ressalta-se que “observar os ditames da justiça social, pacificar conflitos e conscientizar que os povos precisam obter do Estado o mínimo existencial e a satisfação de suas necessidades básicas” é uma função do Estado (ANDRADE; RAMINA, 2018, p. 37).

Ainda segundo Andrade e Ramina (2018), quando se analisa o direito dos refugiados faz-se necessário observar os princípios da dignidade humana, haja vista que tal princípio funciona como norteador para todo o ordenamento jurídico, pois sem observar os direitos originários do ser humano – sem distinções – as privações e injustiças tornam-se estruturais.

3 NOTAS SOBRE A LEI DOS REFUGIADOS

A presente seção visa a apresentar sucinta referência dos direitos sociais no Texto Constitucional, o que desdobrou em espelhar na construção da Lei dos Refugiados no país cujo cenário jurídico propiciou ao Supremo Tribunal Federal emitir sua compreensão sobre a questão dos refugiados venezuelanos no Brasil.

3.1 A realização dos Direitos Sociais e o Índice de Desenvolvimento Humano do Brasil

Após o regime da ditadura militar no Brasil (1964-1985), a aspiração aos ares democráticos impulsionou o país a promulgar a democrática Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que concebeu como paradigmas a democracia e os direitos humanos revelados no exercício dos direitos sociais e individuais, na liberdade, na segurança, no bem-estar, no desenvolvimento, na igualdade e na justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (valores insculpidos no Preâmbulo da Constituição Federal).

Socioeconomicamente, pode-se medir o acesso das pessoas aos direitos fundamentais sociais por meio do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Segundo o *United Nations Development Programme* (2019), no ranking mundial de desenvolvimento humano, o Brasil ocupa a 79ª posição, atrás de países como México, Cos-

ta Rica e Albânia. O *ranking* mundial de Desenvolvimento Humano considera quatro principais indicadores: a expectativa de vida, expectativa de anos de escolaridade, anos médios de escolaridade e a renda nacional per capita. Segundo o Relatório do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, entende-se a medida de desenvolvimento: muito alto (0,800 ou acima), alto (0,700 – 0,799), médio (0,550 – 0,699) e baixo (abaixo de 0,550).

Segundo o *United Nations Development Programme* (2017), em 2014 o *ranking* global do Brasil era de 0,752, em 2017, de 0,759, e em 2018 era de 0,761. Os dados a seguir apresentados referem-se ao ano de 2017: expectativa de vida (75,4), expectativa de anos de estudos (15,4), renda nacional bruta (13,755), desigualdade social (0,578), desigualdade em educação (22,), qualidade da educação (51), qualidade de saúde (36), pobreza multidimensional (79,4), intensidade de privações (58,6) e pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza (8,7). Um valor de zero representa igualdade absoluta, um valor de cem desigualdade absoluta.

O relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) de 2017 define o Brasil como um dos países mais desiguais do mundo, destacando-se que em 2016 ocupava o 10º lugar no *ranking* mundial. Tal desigualdade representa sérios desafios para o Estado e suas políticas públicas. Por recomendação das Nações Unidas, é necessário que haja o reconhecimento de tais desafios a fim de superá-los, mostrando-se importante neste processo considerar em equidade todos os grupos humanos presentes no país (PNUD, 2017, p. 8).

3.2 Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997

Cabe, em primeiro lugar, delimitar o conceito de refugiado para que não haja confusão com o termo imigrante. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), refugiado é o indivíduo forçado a sair do seu país por ter sido vítima de perseguição de religião, raça, gênero, nacionalidade, grupo social ou opinião política; enquanto que imigrante é aquele que possui a escolha de sair de seu país ou não (ACNUR, 2018).

Em 1951 o Acnur, em conjunto com os países-membros da ONU, estabeleceu o Estatuto dos Refugiados, com o objetivo de *rever e codificar* os acordos anteriormente realizados, principalmente após a Segunda Guerra Mundial (1938-1945), quando havia milhares de pessoas deslocadas.

Segundo Peixoto (2020), os refugiados reconhecidos por um determinado país possuem direitos e deveres, organizando o período de acolhimento pautado na segurança jurídica. E o primeiro órgão regulador do refúgio é o Acnur, que junto aos seus países-membros formula as leis de refúgio, auxilia governos em todo o processo e emite relatório à sociedade civil internacional sobre a situação dos refugiados no mundo.

No caso do Brasil, 46 anos após se tornar signatário do Estatuto de Refugiados, promulgou a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que define mecanismos para a concretização do Estatuto dos Refugiados de 1951. Para o recorte do presente trabalho, importa o artigo 11, que cria o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), responsável pela logística de acolhimento de refugiados no Brasil, e que se tornou referência internacional.

Os procedimentos práticos da Lei nº 9.474 são manifestados por meio do Conare, que tem as seguintes competências, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de Direito Internacional dos refugiados, conforme determina o artigo 12:

- I – analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;
- II – decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;
- III – determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;
- IV – orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;
- V – aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei (BRASIL, 1997).

O Conare é composto por um Conselho que delibera sobre o acolhimento dos refugiados que, de acordo com artigo 12, inciso IV, da Lei nº 9.474/97, deve orientar e coordenar o processo de acolhimento dos refugiados no país. Essas ações são realizadas por intermédio deste Conselho Deliberativo formado por representantes dos Ministérios da Justiça, do Trabalho, da Saúde e da Educação, além de um representante da sociedade civil e da Acnur.

A formação desse Conselho permite a realização de um plano conjunto que atende aos refugiados e em conformidade aos direitos sociais constitucionais. Peixoto (2020) esclarece que o Conare reúne diversos ministérios e possui o poder decisório sobre o acolhimento ou não dos refugiados. E, para além desta função, também é responsável pela elaboração e execução de políticas públicas de acolhimento.

Ademais, o artigo 48 da Lei nº 9.474/97 determina que sua interpretação deve ser realizada “em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o governo brasileiro estiver comprometido”.

Após regularização no Brasil, por meio do Conare, o refugiado pode desfrutar dos mesmos direitos de cidadãos estrangeiros em situação regular no país, estando sob a responsabilidade do Estado brasileiro. Apesar, no entanto, dos aparatos logístico e jurídico disponíveis para a questão dos refugiados, ainda encontram muitas dificuldades para terem oportunidades e acesso a estes direitos (ACNUR, 2018, p. 18-21).

Em 2014 o Brasil sediou o evento Cartagena+30, em comemoração aos 30 anos da reunião de diversos países na Colômbia que estabeleceram diálogo regional sobre refúgio, apátrida e deslocamento interno. Na ocasião, o Brasil comprometeu-se com os três pilares da reunião por meio da Declaração e do Plano de Ação do Brasil que traçavam os procedimentos práticos para proteção internacional desses grupos. Diversos Estados adotaram o Plano e tiveram com umas das principais preocupações a integração local (ACNUR, 2018, p. 27).

Como resultado do empenho do Estado brasileiro na causa dos refugiados, segundo publicação das Nações Unidas no Brasil (2014), entre 2010 e 2014 “o país assistiu o número de novas solicitações de refúgio aumentar em mais de 800%”. O país chegou a ser referência nas Américas sobre o acolhimento e empoderamento dos refugiados. Segundo o Acnur (2018, p. 18), “em 2017, o país registrou uma população de 10.141 refugiados reconhecidos, provenientes de mais de 80 países diferentes, havendo mais de 30 mil pedidos de refúgio a serem analisados pelo Conare”.

Entre as dificuldades de acolhimento dos refugiados estão o acesso à educação e oportunidade de trabalho. Conforme explica o Acnur (2018), saúde e moradia também têm sido um dos desafios para os refugiados no país, apesar dos esforços realizados pelo Conare, daí a importância do envolvimento da iniciativa privada, do poder Judiciário e da sociedade civil neste processo. Ademais, formou-se um projeto denominado Rede Solidária para Migrantes e Refugiados que “reúne aproximadamente 67 entidades que atuam em todo o território brasileiro, muitas delas em pontos isolados de fronteira” (ACNUR, 2018, p. 21).

Vale ainda ressaltar que o Brasil é parte no âmbito internacional de proteção aos refugiados: Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984), Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994), Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina (2004), Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano (2010) e a Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional de Refugiados (2012) (ACNUR, 2014, p. 1).

Rocha e Guerra (2019, p. 22) entendem que, no que diz respeito aos direitos dos refugiados, apesar dos “dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como com os consagrados no sistema internacional (...) evidencia-se que ainda se mostram não tão eficazes quanto sua natureza propõe”. De fato, é necessário que reflexões sobre a realização dos direitos dos refugiados sejam feitas, com o objetivo de tentar minimizar danos que ainda possam vir a sofrer.

4 REFLEXÕES SOBRE A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PARA REFUGIADOS NO BRASIL: O CASO DOS VENEZUELANOS

Amartya Sen (2000), ao tratar de desenvolvimento local, pondera que o acesso à saúde, educação, serviços sociais e outros direitos são partes do processo que ao mesmo tempo conduz à liberdade e ao desenvolvimento.

A veracidade da lógica entendida por Sen (2000), que demonstra a intrínseca relação entre liberdade, desenvolvimento e os direitos sociais, pode ser constatada juridicamente na Constituição Federal Brasileira. Com efeito, o desenvolvimento esperado para o país está relacionado às garantias fundamentais, ou, mais especificamente, a qualidade de vida e a liberdade dos cidadãos dependem do seu acesso aos direitos sociais.

Nos termos da Constituição, artigo 6º, os direitos fundamentais sociais são “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”.

Os dados anteriormente apresentados pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil, em 2017, evidenciam dois termos utilizados por Sen (2000): a liberdade avaliatória e a liberdade com eficácia. Com relação à primeira, é possível medir o progresso do país a partir dos relatórios do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, por meio do acesso à saúde, educação e renda do brasileiro, demonstrando que entre 2014 e 2017 o seu progresso no *ranking* global foi de apenas 0.007.

Referente à liberdade com eficácia, Sen (2000) considera que a liberdade e o desenvolvimento caminham juntos se o indivíduo tem acesso à educação, saúde, segurança e outros direitos, resultando em desfrutar de mais liberdade e desenvolvimento. Na contramão do que é indicado por Sen (2000), o Brasil é um país com elevadas taxas de desigualdade social, de educação e de renda, com pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza (8,7%), outras em intensidade de privações (58,6%) e em pobreza multidimensional, que são em vários setores da vida (79,4%).

Quais, no entanto, são os motivos que ranqueiam o Brasil como um dos dez países mais desiguais do mundo? Como detentor de inúmeras riquezas naturais e que arrecada mais de um trilhão de reais de tributos em apenas seis meses, as razões atravessam a desigualdade estrutural – consequência da construção histórica do país e permanência da situação – a má administração pública e a corrupção. Indivíduos distantes das oportunidades políticas, sociais e econômicas não desfrutam do Estado de Bem-Estar Social, que é parte da qualidade de vida individual e coletiva.

Um país que tem 8,7% de sua população vivendo abaixo da linha da pobreza, com baixas oportunidades e pouca disponibilidade de realização de direitos fundamentais sociais de forma equitativa, pode acolher adequadamente estrangeiros em situação de refúgio e que serão, em um primeiro momento, completamente dependentes do paternalismo do Estado?

4.1 Os desafios para a aplicabilidade da Lei nº 9.474/97 no Brasil

A realização dos direitos humanos está relacionada com regimes de governo – não é intuito deste artigo analisar essa questão, mas é necessário reiterar que – de acordo com Amartya Sen (2000) – a democracia é *locus* onde as liberdades e o desenvolvimento melhor se manifestam. Isto porque os países que têm mais acesso às liberdades, em que as pessoas podem escolher e cobrar posicionamentos dos seus governantes, são menos desiguais.

Ditaduras militares, como a que ocorreu no Brasil, são exemplo de governos que limitam a liberdade individual e coletiva, além de privá-los arbitrariamente de direitos. O solo da democracia é espaço fértil para a efetivação de direitos não apenas de nacionais, como também de estrangeiros. O preâmbulo do Texto Magno de 1988 afirma que a sociedade está “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

O Brasil é reconhecido internacionalmente como país diplomático e que busca soluções pacíficas. Suas iniciativas em relação à temática de refugiados tornam-no referencial para outros países, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR, 2018), pois o Estado brasileiro não apenas assinou a Convenção dos

Refugiados de 1951, como também criou o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) por meio da Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. A projeção que essa lei demonstra é que refugiados – ou seja, aqueles que não escolheram sair do seu país a turismo, mas foram obrigados, caso contrário poderiam morrer – também precisam ter oportunidades sociais adequadas.

4.2 O caso dos refugiados da Venezuela no Brasil

A crise política, econômica e social na Venezuela – consequência de um governo ditatorial desrespeitador dos direitos humanos e da democracia – tornou-se notícia no mundo inteiro quando centenas de venezuelanas iniciaram um êxodo em busca de refúgio em países vizinhos na América Latina. Entre os países que mais os receberam está o Brasil, por ser fronteira entre a cidade de Pacaraima (Roraima-Brasil) e Santa Elena de Uairén (Venezuela).

Em 2018, a chegada massiva de refugiados venezuelanos em Roraima teve como consequência crises relacionadas à segurança pública, xenofobia e superlotação em postos de saúde, razão pela qual o Governo do Estado, por meio do Decreto Estadual nº 25.681, de 1º de agosto de 2018, determinou que as forças de segurança pública garantissem a segurança local e inibissem a entrada de mais refugiados na fronteira. Insta-se salientar que os efeitos do referido decreto foram suspensos pela Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal.

Na ação junto ao STF, o Estado de Roraima teve insucesso no seu pedido de fechamento da fronteira ou contingenciamento na entrada dos venezuelanos, ao justo fundamento judicial de que a Lei nº 13.684/2018 garante medidas de assistência emergencial para acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade advindas de outros países por crise humanitária, com o objetivo maior de garantir o respeito à dignidade humana.

Os princípios de universalidade dos direitos humanos e de combate a toda forma de discriminação ao migrante, e ainda o combate à xenofobia, são princípios fundamentais nas decisões judiciais em casos de crise humanitária.

Com Amartya Sen (2000) foi visto a importância das oportunidades sociais aos indivíduos, de sorte que o ciclo de oportunidades faz com que aqueles que têm acesso à direitos sociais credenciam a outros os mesmos direitos. Confrontando esta doutrina ao caso de Roraima, a sobrecarga do Estado para lidar com as dificuldades já vividas pelos brasileiros lá residentes ficou mais gravosa com a chegada dos venezuelanos, e, assim, as poucas oportunidades sociais se tornaram-se mais escassas. Por isso, a realidade local ocasionou exatamente o contrário do que prega Sen (2000) sobre oportunidades aos cidadãos em uma sociedade desenvolvida.

A reserva do possível, todavia, não deve ser argumento que impeça a realização do direito fundamental neste estudo pregado: mínimo existencial aos refugiados estrangeiros, em particular os venezuelanos. Na verdade, como bem observa Olsen (2008a), a reserva do possível é um argumento político que trata sobre a escassez de recursos para a efetivação dos direitos sociais. Tal argumento pode ser refutado, visto que existem medidas para que não haja sobrecarga orçamentária, como a divisão equitativa de grupos de refugiados para outros Estados e municípios, além das medidas constitucionais/legais.

Nesse sentido, a ministra Rosa afirma que:

Há, portanto, informações preliminares a demonstrar esforços feitos pela ré em tal sentido. Todavia os números aparentemente são ínfimos, dado o noticiado constante fluxo de entrada de novos migrantes no território roraimense – não obstante parte deles retorne ao país de origem ou se desloque espontaneamente para outros Estados brasileiros. Parece evidente haver um crescente contingente populacional de venezuelanos em Roraima com consequente aumento de despesas nos serviços públicos. A absoluta incerteza sobre a duração deste triste êxodo humano e o impacto diário deste fenômeno no custo dos serviços públicos dos entes federativos mais próximos desta porta de entrada brasileira – no presente caso os municípios fronteiriços e o Estado de Roraima – conduzem à urgente e necessária aceleração do processo de interiorização, como “válvula de descompressão” da questão litigiosa (STF – AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA, 2018).

Observa-se que ao proferir sua decisão, a ministra Rosa reconhece o esforço da União no acolhimento dos refugiados, no entanto evidencia-se que diante do fluxo de entrada no Brasil, os esforços são ínfimos. Des-

sa forma, a relatora sugere a aceleração do processo de interiorização dos refugiados, ou seja, sua distribuição equitativa para os Estados brasileiros com vista à redução dos impactos sofridos por Roraima e na devida acolhida humanitária.

A Lei nº 9.474/74 determina que os Ministérios governamentais trabalhem em conjunto para a realização de todas as etapas que regularizam o ingresso do refugiado em território nacional. Após ser reconhecido juridicamente como refugiado, o indivíduo passa a ter os deveres e direitos previstos na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, conforme os artigos 5º e 6º da Lei anteriormente citada.

Entre os deveres do refugiado inclui-se a obrigação de respeitar as leis e regulamentos do país que lhe concede refúgio. Seus direitos são semelhantes aos direitos fundamentais do artigo 5º do Texto Magno, não podendo ser privados, sob nenhum argumento ou pretexto, do mínimo para viver.

Tais direitos são o de ter documento de identidade, de viagem e Carteira Profissional de Trabalho (CTPS), o direito a ter alojamento e direito à propriedade, proteção à sua propriedade intelectual, direito de ter acesso a tribunais e à Justiça gratuita, direito à associação, direito a trabalhar com carteira assinada ou como profissional liberal, direito ao reconhecimento de seus diplomas em território nacional, direito à assistência pública, previdência social, assistência administrativa e à educação pública.

O direito fundamental perseguido é o de viver que diz respeito à qualidade de vida. E não de sobreviver! Torres (2003) define como direitos indispensáveis a alimentação, segurança, saúde e educação. Sem alimentação há a desnutrição e até a morte. Sem segurança uma pessoa poderia estar vulnerável a perigos contra sua própria vida. Sem saúde adequada e assistência preventiva, pode-se chegar à morte. Sem educação o indivíduo não goza de outros direitos, não usufrui da plenitude de sua capacidade de aprendizado e não desenvolve nem a si mesmo e nem a sociedade ao seu redor. Desprovidos desses mínimos direitos conjuntamente, à pessoa resta viver sempre no mesmo patamar de sobrevivência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática de refúgio é problema que ultrapassa as fronteiras nacionais, em que indivíduos têm seus direitos tolhidos e enfrentam constantes ameaças à vida. Desprovidos de seus direitos básicos, buscam refúgio – geralmente – em países vizinhos. Por isso, no caso do Brasil a lei que estabelece as diretrizes de criação do Conare é altamente relevante.

Observou-se ao longo deste artigo que o trabalho de coordenação e organização da acolhida e interiorização dos refugiados venezuelanos é fundamental para não sobrecarregar nenhum município ou Estado. Veja-se que em momento algum é questionado se os venezuelanos podem ou não se refugiar no Brasil, pois este é um direito internacional que eles possuem, de acordo com a adesão brasileira ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Essa perspectiva está de acordo com a sentença proferida pela ministra Rosa Weber, que indeferiu o pedido do governo de Roraima para o fechamento ou contingenciamento da fronteira da Venezuela com o Brasil. Assim sendo, o que se deve realizar é uma melhor e mais ágil organização logística e orçamentária no processo de interiorização dos refugiados.

O argumento da reserva do possível, ou seja, das limitações orçamentárias do país decaem diante das necessidades básicas dos refugiados. E mais, a interiorização equitativa dos refugiados de acordo com as possibilidades dos Estados federativos facilita o seu atendimento. Como estabelecido na formação do Conare, os Ministérios da União em conjunto com organizações da sociedade civil e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), são responsáveis por todo esse processo de acolhimento, servindo como facilitadores.

Pode-se concluir que os princípios de justiça e solidariedade permearam as análises realizadas no presente artigo. De fato, os direitos sociais previstos na Constituição Federal possuem vasta relação com a Lei nº 9.474/97, constituindo uma extensão de direitos para os refugiados justamente por entender que a justiça e a solidariedade, bem como os direitos que são inerentes à humanidade, se sobrepõem às reservas orçamentárias.

Os relatórios do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) de 2018 e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) de 2017, ao demonstrarem, respectivamente, a situação dos refugiados

no mundo e no Brasil, e sobre o Estado de Bem-Estar Social no Brasil, com dados sobre a desigualdade social, extrema pobreza e o acesso ineficiente à saúde e à educação, só fazem confirmar o quanto o Brasil ainda precisa desenvolver-se para minimizar, pelo menos, a vulnerabilidade dos refugiados, e promover-lhes situação fática semelhante à situação jurídica prevista no ordenamento legal brasileiro.

Os direitos fundamentais sociais garantidos aos refugiados na Lei nº 9.474/97 e reconhecidos juridicamente pelo Estado brasileiro por meio do Conare devem ser concretamente realizados não apenas para assegurar o mínimo existencial como também o acesso às oportunidades.

O Estado Democrático de Direito promove o respeito aos direitos e liberdades, o que condiciona oportunizar o efetivo acesso aos direitos fundamentais sociais não só do nacional, mas igualmente do refugiado, em razão do cenário jurídico brasileiro construído para ampará-los.

Os princípios da igualdade, da solidariedade e da Justiça ensejam a incondicional concreção do direito ao mínimo existencial dos refugiados, não se admitindo o argumento da reserva do possível para que não haja sua realização, diante da homenagem à dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

- ACNUR. *Declaração do Brasil: Um Marco de Cooperação e Solidariedade Regional para Fortalecer a Proteção Internacional das Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe*. Brasília: ACNUR, 2014, p. 1-19.
- ACNUR. Brasil. *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*. Brasília: Acnur, 2018. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Protegendo-Refugiados-no-Brasil-e-no-Mundo_ACNUR-2018.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.
- ACSP. *Impostômetro*. Associação Comercial de São Paulo. Disponível em: <https://impostometro.com.br/> Acesso em: 13 jul. 2019.
- ANDRADE, Varelia Pereira de; RAMINA; Larissa. Refúgio e dignidade da pessoa humana: breves considerações. In: ANNONI, Danielle (org.). *Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai; UFPR, 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 9.285*, de 15 de fevereiro de 2018. Reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela. Brasília: Casa Civil, 2018a.
- BRASIL. *Lei nº 9.474*, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Executivo, 1997.
- BRASIL. *Lei nº 13.684*, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Brasília: Executivo, 2018b.
- BRASIL. Nações Unidas no Brasil. *Avanços e desafios da proteção aos refugiados no Brasil*. Brasília, dez. 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.
- EL PAÍS. Informações sobre a crise dos refugiados venezuelanos. *El País*. Disponível em: https://elpais.com/agr/el_exodo_venezolano/a. Acesso em: 20 jul. 2019.
- GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles (org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1. ed. Brasília: Acnur; Ministério da Justiça, 2010. p. 50-58.
- LINKLATER, Andrew. *The Transformation of Political Community: Ethical Foundations of the Post-Westphalian Era*. Cambridge: Polity Press, 1998.
- MATOS, Monique Fernandes Santos. *A universalidade dos direitos sociais nas jurisprudências das cortes europeia e interamericana de direitos humanos*. 2015. 182 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) – UniCEUB, Brasília, 2015.
- MATTOS NETO, Antonio José (coord.). *Estado democrático de direitos e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 378 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, UFPR, Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2006.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais como regras e princípios. In: *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008a. p. 63-113.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. O preceito da proporcionalidade como proibição da insuficiência. In: *Direitos Fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008b. p. 247-298.

DESENVOLVIMENTO X RESERVA DO POSSÍVEL NO CENÁRIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO:
O CASO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS
Antônio José de Mattos Neto – Thaise Roberta Colares Leal

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 3 jan. 2020.
- PALMA, Rodrigo. História do Direito Brasileiro na República: do fim do Estado Novo ao processo de redemocratização (1945-1988). In: História do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PEIXOTO, Amanda Endler. *Refugiados ambientais e seu deslocamento forçado: uma análise do tratamento legal*. 2020. 47 f. Monografia – Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, Anápolis, 2020.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Desenvolvimento humano para além das médias*. Brasília: PNUD; Ipea; FJP, 2017.
- ROCHA, Amanda Bernardes da; GUERRA, Sidney. O direito internacional dos refugiados e a eficácia acerca do sistema brasileiro de concessão de refúgio. *Revista Acadêmica de Direito da Unigrandero*, v. 9, n. 1, 2019.
- RORAIMA, Estado. *Decreto nº 25.681-E*, de 01 de agosto de 2018. Decreta atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima em decorrência do fluxo migratório de estrangeiros em território do Estado de Roraima e dá outras providências. Roraima: Governo Estadual, 2018.
- SARDENBERG, Ronaldo Mota. A experiência brasileira nas Nações Unidas. In: SARDENBERG, Ronaldo Mota. *O Brasil e as Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão – Funag, 2013. p. 85-97.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- STF. Ação Cível Originária. ACO 3121 RR: 0069076-95.2018.1.00.0000. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ: 23/08/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.
- UNDP. *Human Development Indices and Indicators*. Washington: United Nations Development Programme, 2018.
- UNDP. *Human Development Report 2019*. Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21st century. New York: United Nations Development Programme, 2019.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: Uma Análise Crítica da Dicotomia Substancialismo vs. Procedimentalismo

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.8981>

Recebido em: 24/4/2019

Modificações solicitadas em: 28/4/2021

Aceito em: 11/5/2021

Thiago Rafael Burckhart

Doutorando em “Diritto Comparato e Processi di Integrazione”, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Dipartimento di Scienze Politiche Jean Monnet. Viale Ellittico – Caserta. 88110 – Itália.
<http://lattes.cnpq.br/9528776774218197>. <https://orcid.org/0000-0001-5483-9336>.
thiago.burckhart@gmail.com

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consolidou um modelo misto e complexo de jurisdição constitucional no Brasil. Ao longo de seus 30 anos de vigência, a preocupação com a efetividade de seus dispositivos implicou a importação de teorias para legitimar ou não as práticas de magistrados neste âmbito. A discussão sobre a dicotomia “substancialismo” vs. “procedimentalismo” se posiciona nesta interface. O objetivo deste trabalho é de fornecer subsídios teóricos para uma análise crítica sobre a transposição deste debate ao cenário jurídico-constitucional brasileiro, buscando verificar em que medida ele se harmoniza com o modelo de controle de constitucionalidade insculpido pela Constituição de 1988. A hipótese a ser averiguada é de que a importação destas teorias, mediante transplantes jurídicos na ordem do formante doutrinário, construídas em uma família jurídica distinta daquela brasileira – qual seja, aquela da *common law* – exige um grau de adequação ao sistema constitucional nacional, como é o caso brasileiro. O trabalho insere-se no campo da Teoria Constitucional, com aportes da dogmática constitucional, comparação constitucional e da teoria política, sendo realizado mediante o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Brasil; substancialismo; procedimentalismo; análise crítica.

CONSTITUTIONAL JUSTICE IN BRASIL: A CRITICAL REVIEW ON THE SUBSTANTIALISM AND PROCEDURALISM DICHOTOMY

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 has consolidated a mixed and complex model of constitutional jurisdiction in Brazil. Throughout its 30 years of existence, the concern with the effectiveness of its devices implied on the importation of different theories to legitimize or not the practices of judges in this area. The discussion about “substantialism” vs. “Proceduralism” is positioned on this interface. Taking it in consideration, the aim of this paper is to furnish theoretical subsidies for a critical analyze of this debate transposition to the Brazilian legal-constitutional scenario, seeking to verify to what extent it harmonizes with the Brazilian judicial review model provided by the 1988 Constitution. The hypothesis states to affirm that the importation of these theories, through legal transplants by the doctrinal formant, built in a distinct legal family from that of Brazil – that is, that of *common law* – requires a certain adaptation to the national constitutional system. The article is inserted in the field of Constitutional Theory, with contributions of constitutional dogmatics, constitutional comparison and political theory, and is carried out through the hypothetical-deductive method.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Brazil; substantialism; procedimentalism; critical analysis.

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988 e o aprimoramento de um modelo “misto” de controle de constitucionalidade, a jurisdição tornou-se um tema de grande envergadura nos estudos constitucionais. Em efeito, trata-se de um fenômeno que encontra correspondência em outras democracias constitucionais em todo o mundo, que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, vem introduzindo e aprimorando seus sistemas de justiça constitucional. No Brasil, este processo é impulsionado por diferentes causas, dentre elas a violação sistemática de direitos fundamentais, a perda de legitimidade das instituições políticas representativas e o processo de judicialização da política, que projetam no Judiciário e, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal, a confiança para com a tutela de direitos.

Nesse contexto, a preocupação com a atuação do Judiciário no âmbito da jurisdição constitucional, a qualidade das decisões e sua legitimidade jurídica, abriu o caminho para a introdução de literaturas jurídicas estrangeiras com o intuito de interpretar os novos fenômenos jurídicos no país. A discussão relativa à dicotomia “procedimentalistas” vs. “substancialistas” se posiciona nesta interface. Estas são duas perspectivas tratadas como antagônicas por grande parte da literatura jurídico-constitucional anglo-saxã e brasileira. Em síntese, os substancialistas, representados em grande medida pela obra do estadunidense Ronald Dworkin, defendem que o Judiciário é o *locus* por excelência da democracia, tendo o juiz uma tarefa primordial na defesa dos direitos fundamentais, na medida em que ele é considerado um sujeito apolítico, por encontrar-se “fora” do jogo político e, por isso, ser mais adequado que ele decida – e reconheça – sobre os direitos fundamentais a partir da interlocução com os princípios constitucionais. Por outro lado, os procedimentalistas, retratados sobretudo pela obra do estadunidense John Hart Ely, entendem que o *judicial review* deve ser realizado de forma racionalizada, somente em casos pontuais, de modo que os poderes representativos são, por excelência, o *locus* privilegiado da democracia.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é de fornecer subsídios teóricos para uma análise crítica sobre a transposição deste debate ao cenário jurídico-constitucional brasileiro, buscando verificar em que medida ele se harmoniza com o modelo de controle de constitucionalidade insculpido pela Constituição de 1988. A hipótese a ser averiguada é de que a importação destas teorias, mediante transplantes jurídicos na ordem do formante doutrinário, construídas em uma família jurídica distinta daquela brasileira – qual seja, aquela da *common law* – exige um grau de adequação ao sistema constitucional nacional, como é o caso brasileiro. O trabalho insere-se no campo da Teoria Constitucional, com aportes da dogmática constitucional, comparação constitucional e da teoria política, sendo realizado mediante o método hipotético-dedutivo, e divide-se em quatro partes além desta Introdução: 2) Jurisdição constitucional no Brasil: um modelo complexo; 3) As teses procedimentalistas; 4) As teses substancialistas; 5) Uma análise crítica; contém, também, para finalizar, as considerações finais e referências bibliográficas consultadas.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM MODELO COMPLEXO

Logo após a Segunda Guerra Mundial nota-se que houve um redesenho do constitucionalismo em âmbito planetário. Nesse sentido, Bruce Ackerman aponta para o “advento do constitucionalismo global” (ACKERMAN, 1997; ONIDA, 2008), na medida em que esse fenômeno deixa de ser um ideário da política ocidental territorializado – relativo às Américas e à Europa – e passa a se tornar um ideal tendencialmente universal¹. Da mesma forma, a democracia também passou a se firmar como um ideário político global, deixando de ser uma concepção ideal tratada por muitos teóricos de modo pejorativo para se alçar como modelo de regime político dominante (SANTOS; AVRITZER, 2002; MIGUEL, 2014). A intersecção entre o constitucionalismo e a democracia – especialmente em razão da constitucionalização da democracia nos textos constitucionais de diversos países, inclusive no Brasil – resultou na construção da categoria “democracias constitucionais” – ou também “Estado democrático de direito” – que passou a ser integrada ao discurso jurídico e político.

¹ Nesse sentido, “(...) la seconda guerra mondiale costituisce un tornante storico fondamentale. Essa infatti segna l’affermazione a livello planetario dei principi del costituzionalismo come principi non propri di questo o quel popolo o di questa o quella area geopolitica, ma tendenzialmente universali” (ONIDA, 2008, p. 3-4). Para aprofundamentos, ver também Tushnet (2009).

O constitucionalismo contemporâneo², que se desenvolveu paulatinamente desde então, como resultado de uma série de incursões teórico-filosóficas, alterou diretamente o direito, como afirma Manuel Atienza (2003). As alterações se deram em duas vias. A primeira a partir de uma aproximação do direito com “novos conteúdos” que, anteriormente, estavam adstritos ao campo da reflexão ético-filosófica e política; e, num segundo momento, por um processo de constitucionalização do direito, na medida em que inúmeros direitos, que até então estavam relegados a serem reconhecidos pelo processo legislativo, passaram a integrar a Constituição e a ser, portanto, uma forma de limitar a política ordinária.

Essa constatação também é feita pelo professor francês Louis Favoreu (2001), o qual aponta que o fenômeno da “constitucionalização” produziu uma mudança no centro de gravidade da ordem jurídica. O autor ressalta que “desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental” (FAVOREU, 2001). A Constituição deixa de ser um mero documento político ou preambular e passa a ter força jurídica e normativa, posicionando-se, ainda, na centralidade do sistema jurídico, como já era nos Estados Unidos da América desde o século 18. Passa-se, assim, para um contexto no qual o modelo de soberania parlamentar, vigente em grande parte da Europa do século 17 à metade do século 20, passa a ter de dialogar com a concepção insurgente de “soberania constitucional” (ZAGREBELSKY, 2003), na qual a Constituição, documento que inscreve restrições aos poderes políticos, ganha prevalência.

Essa transformação produziu efeitos no âmbito da relação entre poderes, à medida que um Poder passou a assumir destaque no cenário jurídico e político: o Judiciário. De mero poder responsável por ser “*la bouche de la loi*”, como afirmava Montesquieu no século 18 – e como efetivamente o fora até metade do século 20 –, o Judiciário passou a assumir um novo papel desde aquele momento. Isso ocorre, sobretudo, em razão do nascimento de Tribunais Constitucionais na Europa, América Latina e em parte do mundo oriental, responsáveis pela interpretação e aplicação da Constituição³.

Enquanto o constitucionalismo, entendido como movimento histórico, político, cultural e jurídico⁴, tem uma longa história, o jurista alemão Dieter Grimm (2001) afirma que a jurisdição constitucional e as cortes constitucionais eram raridade antes do final da Segunda Guerra Mundial. A essência da jurisdição constitucional, como trata Dieter Grimm (2001), “is to enforce constitutional law vis-à-vis government” (p. 125), o que implica a afirmação do recurso do controle de constitucionalidade – chamado pela literatura inglesa de *judicial review* – de leis e atos administrativos realizados pelo Legislativo e Executivo, tendo em vista os parâmetros e limites normativos estabelecidos pela Constituição, que funcionam, ao menos teoricamente, como freios aos poderes políticos.

O processo de constitucionalização dos direitos, o princípio da constitucionalidade das leis e a transformação da Constituição em “norma jurídica” implicam, como diria o jurista austríaco Hans Kelsen, no estabelecimento de Tribunais Constitucionais capazes de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, além de estabelecer a interpretação em última instância dos dispositivos da Constituição. O modelo, idealizado por Hans Kelsen em seu clássico livro “Jurisdição Constitucional” (2003)⁵, compreende um controle abstrato de normas, realizado unicamente pelos Tribunais Constitucionais de modo concentrado. Os magistrados da corte podem, em seu modelo, atuar como “legisladores negativos”, na medida em que as leis infringem requisitos constitucionais.

Para Hans Kelsen, o “guardião” da Constituição deve ser um Tribunal de Justiça Constitucional, e por isso arquitetou um modelo de Tribunal Constitucional responsável pela revisão de atos dos poderes políticos. O modelo idealizado por Kelsen passou a ser aplicado de modo difuso nos países europeus continentais logo após a Segunda Guerra Mundial. Este modelo contrapõe-se ao desenvolvido nos Estados Unidos da América

² O termo “constitucionalismo contemporâneo” é também utilizado para caracterizar uma nova fase do constitucionalismo moderno, logo após o constitucionalismo liberal dos séculos 18 e 19 e o constitucionalismo social do século 20, no qual passa a aproximar-se do ideal democrático, naquilo que ficou conhecido como “direitos de terceira geração” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998; FERRAJOLLI, 2012a).

³ Para aprofundamentos, ver Hirschl (2007).

⁴ Neste trabalho compreende-se que o constitucionalismo moderno resulta da articulação sinérgica diante da necessidade de a) declarar direitos fundamentais; b) estabelecer a organização estatal, ambas como formas de limitação à política; e c) na sua forma escrita. Cfe. Canotilho (1993).

⁵ Cabe aqui mencionar, ainda, o debate Hans Kelsen vs. Carl Schmitt, que marcou a teoria do direito no século 20 (SCHMITT, 2007).

a partir do famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Corte Suprema no início do século 19. No caso estadunidense, o controle de constitucionalidade não foi idealizado por determinado autor, mas se desenvolveu a partir da própria jurisprudência da Corte Suprema. Nesse contexto, a decisão do caso *Marbury vs. Madison* teve um papel fundamental no desenho do controle de constitucionalidade estadunidense, que floresceu a partir de pressupostos diferentes do sistema europeu, na medida em que é um sistema de ordem “concreta”, realizado de forma difusa por todos os juizes estadunidenses⁶.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi primeiramente recepcionado pela ordem constitucional de 1891, primeira Constituição republicana⁷. O modelo adotado foi o estadunidense, marcado pelo controle concreto e difuso, permanecendo vigente até 1965, quando, mediante uma emenda à Constituição de 1946, foi acrescentado o modelo abstrato e concentrado de constitucionalidade, que passou a ser incrementado pela Constituição de 1988⁸. O Brasil, portanto, convive, em seu ordenamento jurídico, com ambos os sistemas de controle de constitucionalidade, sendo um modelo peculiar e altamente complexo⁹. A Constituição de 1988 foi responsável pela recepção deste modelo “misto” de controle judicial de constitucionalidade, além de ter sido – do ponto de vista teórico-epistemológico – o documento que recepcionou as transformações do direito constitucional no âmbito do constitucionalismo contemporâneo.

O modelo misto brasileiro ainda passou por mudanças e incrementos desde a promulgação do texto constitucional. No que se refere ao controle de constitucionalidade, as mudanças substanciais foram realizadas pela Emenda Constitucional n. 3/2003, que a) criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) criou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; c) atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal¹⁰. Além disso, em âmbito infraconstitucional, houve a aprovação da Lei n. 9.868/99 e da Lei n. 9.882/99, que regulamentam o julgamento e processamento da ADI, ADC e ADPF perante o STF. Já a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi responsável por designar novos mecanismos no sistema de controle concreto de constitucionalidade, acompanhada pela Emenda Regimental do STF n. 45, de 2011, que amplificou as competências das turmas do STF para o processo e julgamento de inúmeras classes processuais (MEDEIROS, 2013, p. 206).

Pode-se afirmar, nesse contexto, que o modelo de controle judicial de constitucionalidade brasileiro é marcado por uma alta complexidade por diversos fatores: a) pelo fato de admitir a confluência de dois modelos diferentes; b) pelo fato de o STF não ser essencialmente uma “Corte Constitucional” em *stricto sensu*, mas também funcionar como última instância do Judiciário; c) pelo fato de haver escassa deliberação nas instâncias Judiciais no controle de constitucionalidade, com alto número de decisões monocráticas; e d) pelo fato de que inexistem parâmetros claros sobre a atuação do STF e do Judiciário de modo geral no controle de constitucionalidade, sobretudo nas causas em que a Constituição garante a este Poder uma atuação mais “política” que “jurídica”. É em razão disso que o modelo judicial de controle de constitucionalidade brasileiro pode ser considerado “complexo”.

A complexidade deste modelo e a preocupação com a atuação do Judiciário neste âmbito, em especial com a qualidade das decisões e sua legitimidade jurídica e política, impulsionou a introjeção de literaturas jurídicas estrangeiras no âmago da reflexão jurídico-constitucional brasileira, notadamente daquela de matriz anglo-saxã de *common law* – como é o caso da literatura constitucional estadunidense – com o intuito de fornecer subsídios teóricos para interpretar esses fenômenos no Brasil. A discussão entre “procedimentalistas” e “substancialistas”, importada da realidade constitucional estadunidense para o contexto brasileiro, posiciona-se nesta interface.

⁶ Para compreender o caso *Marbury vs. Madison* e suas implicações para o Judicial Review, ver Corwin (1914).

⁷ Sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro não foi realizada pelo texto constitucional, mas por meio do Decreto n. 848 de 1890, que fora recepcionado pela Constituição de 1891, no qual passou a prever o instituto no texto constitucional.

⁸ Para uma análise da história do controle de constitucionalidade no Brasil, ver Arantes (1997).

⁹ Cabe ressaltar que o sistema jurídico brasileiro ainda comporta, para além do controle judicial de constitucionalidade, o controle político de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo no âmbito do processo legislativo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

¹⁰ Ressalta-se que as iniciativas para a reforma do Judiciário não partiram somente do Poder Legislativo. O Poder Executivo criou a Secretaria de Reforma do Judiciário, ligada ao Ministério da Justiça.

3 AS TESES PROCEDIMENTALISTAS

John Hart Ely, teórico estadunidense da segunda metade do século 20, inicia sua obra mais conhecida, intitulada *“Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”* (2016), afirmando que o debate constitucional estadunidense das décadas de 70 e 80 do século 20 estava dominado por uma falsa dicotomia. De um lado encontram-se os não interpretacionistas, ou positivistas exegéticos, que advogam no sentido de que a interpretação constitucional deve se ater ao pensamento e às intenções daqueles que escreveram o texto constitucional, de modo que o controle de constitucionalidade deve ser limitado à defesa daquilo que está explicitamente estabelecido no texto e na intenção do constituinte originário sem grande espaço para a interpretação a partir de elementos externos ao direito. Do outro lado encontram-se os interpretacionistas, ou jusnaturalistas, que defendem a necessidade de buscar elementos extrínsecos à Constituição – valores e princípios morais – para legitimar a interpretação constitucional e gerar um bom funcionamento do controle de constitucionalidade na medida em que este último reavaliaria as opções valorativas do legislativo¹¹.

De acordo com o autor, “cada um desses lados está interessado em sustentar a ideia de que essas são as únicas opções possíveis” (ELY, 2016, p. 3), como se não houvesse qualquer possibilidade de superá-las. Nesse sentido, Ely é categórico ao afirmar que “nenhuma das teorias professadas [...] é, em última análise, compatível com os pressupostos democráticos implícitos em nosso sistema” (ELY, 2016, p. 3). Ely constata, entretanto, que nenhuma das referidas teorias está concernida com a via democrática. A abordagem interpretacionista, por diversos motivos, é incapaz de manter-se fiel ao espírito de certas disposições constitucionais, o que dificulta sua aplicabilidade prática e ainda aumenta a tensão existente entre constitucionalismo e democracia (ELY, 2016, p. 97). Já a abordagem não interpretacionista é falha no sentido de tentar fundamentar o direito e a interpretação jurídica em fenômenos extrínsecos ao próprio direito¹². Nesse sentido, a interpretação constitucional estaria inscrita no risco corrente de imposição, por parte dos juízes, de seus próprios valores e de sua própria moral, uma vez que os magistrados, “em vários contextos jurídicos, tinham uma predisposição, consciente ou não, de inserir seus valores pessoais em seus argumentos jurídicos” (ELY, 2016, p. 58)¹³, o que resultaria em uma imposição paternalista, seja quando se recorre a valores próprios do juiz, ao direito natural, aos princípios neutros, à razão, à tradição, ao consenso ou à previsão do progresso do projeto constitucional¹⁴.

Tomando isso em consideração, Ely busca construir, em seu livro, uma espécie de “terceira via” ao problema exposto, tentando conciliar a necessidade do controle de constitucionalidade com base em pressupostos da democracia representativa. Nesse sentido, o autor vai recorrer a uma famosa nota de rodapé da Suprema Corte dos Estados Unidos, inscrita no caso *United States vs. Carolene Products Co.*, julgado em 1938. Neste caso, em que se discutiu a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal, a Suprema Corte estadunidense estabeleceu, em sua nota de rodapé número 4, três pressupostos que fundamentariam a atuação da corte – “modo de agir da Corte”, como apregoa Ely (2016, p. 100), em sede de controle judicial de constitucionalidade.

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima quarta emenda [...]. Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial

¹¹ De acordo com Paul Cox (1981): “Ely describes competing theories as falling within one or the other of two general positions regarding the question of appropriate judicial reference point: the interpretivist’ and noninterpretivist (or fundamental value)8 positions. Both, in Ely’s view, are inadequate. Interpretivism limits judicial discretion by insisting that constitutional text has discoverable meaning and that judicial decision is legitimate only to the extent that it is traceable to that meaning” (p. 638).

¹² “Uma abordagem interpretacionista – pelo menos uma abordagem interpretacionista que aborde as disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas – mostra-se, quando submetida à análise, incapaz de manter-se fiel ao espírito evidente de certas disposições. Entretanto, quando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição – uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo – nada encontramos” (ELY, 2016, p. 97).

¹³ “Ely proposes a new approach to judicial review, determining that dilemma undermining constitutional interpretation are methods left ambiguous to judge, such as the incorporation if their personal values” (HUNTER, 2005, p. 92).

¹⁴ Para uma análise mais exaustiva, ver Poli (2012, p. 86-87).

mais rigorosa (no que a maioria dos outros tipos de legislação [...]. Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas (...) ou de nacionalidade (...) ou raciais (...); se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso (ELY, 2016, p. 100-101).

Disto depreende-se que é dever da Suprema Corte no controle de constitucionalidade: 1) proteger a Constituição; 2) intervir no processo político, como uma espécie de árbitro político, para proteger o bom funcionamento do sistema democrático; 3) analisar a forma como as minorias insulares são tratadas pelas maiorias no processo democrático-representativo. Referida decisão foi proferida pela Corte estadunidense sob a égide da Era Warren, momento marcado por um ativismo de cunho progressista. Ely (2006) afirma, entretanto, que este ativismo foi edificado não no sentido de seus membros intentarem impor valores substantivos constitucionais em suas decisões, mas marcado pelo desejo de “assegurar que o processo político [...] estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade” (ELY, 2016, p. 98), o que a diferencia da também ativista corte de Warren (ELY, 2016, p. 99), de cunho conservador. Nesse sentido, Ely (2006) buscou construir uma teoria do controle de constitucionalidade que tenha por base o favorecimento da representatividade política no âmago do processo político e que fosse orientada para a participação política da maior possibilidade de pessoas possíveis (POLI, 2012, p. 89).

Nessa esteira, Ely constrói, em seu livro, a abordagem da corte constitucional como “*árbitro do mercado político*”, na qual ela atua no controle do processo de representação¹⁵. Para ele, a desobstrução dos canais de mudança política e a correção de certos tipos de discriminação contra as minorias, “se combinam para formar uma teoria coerente do governo representativo, ou se, como às vezes se afirma, eles são na verdade impulsos incompatíveis entre si” (ELY, 2016, p. 99). Esse tipo de abordagem posiciona a corte como uma espécie de árbitro do “mercado político”, como assevera Ely, na medida em que ela opera quando há desconfiança para com o sistema político, ou seja, quando há um mal funcionamento dele (ELY, 2016, p. 99). De acordo com Ely (2016):

Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria parlamentar desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mal funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos (p. 137).

As determinações de valor, portanto, são uma tarefa que, para Ely, estão a cargo do Poder Legislativo e Executivo – os Poderes legitimamente eleitos. Não caberia a uma suprema corte – e ao Judiciário de modo geral – a imposição de valores supostamente constitucionais em sua análise e argumentação jurídica. Isso porque os magistrados “estão relativamente à margem do sistema governamental”, e tal fato “[...] não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso” (ELY, 2016, p. 137). Essa seria uma forma de buscar uma “abordagem satisfatória” para a decisão judicial, no entender de Ely¹⁶.

Essas seriam as bases para uma *práxis* do controle de constitucionalidade condizente com os pressupostos democráticos. Ely toma como pressuposto o fato de que a democracia representativa é uma realidade incontornável dos sistemas políticos contemporâneas, de modo que o controle de constitucionalidade com pressupostos democráticos deve ser sensível ao bom funcionamento deste sistema de representação. Trata-se de uma “preocupação processual num sentido mais amplo – com o procedimento por meio do qual são feitas

¹⁵ Trata-se do que Ely veio a chamar de “representation-reinforcement judicial review”, que “endeavors to open the political processes and purify them of prejudice without blocking democratic outcomes” (Cfe. BRUBACKER, 1982, p. 208).

¹⁶ Para aprofundamentos, ver Grano (1981).

as leis que governam a sociedade – que também permeia suas outras decisões” (ELY, 2016, p. 98)¹⁷. Ely é, nesse sentido, considerado um autor procedimentalista, não por desmerecer a substancialidade dos valores constitucionais – haja vista que a Constituição dos Estados Unidos da América é essencialmente procedimental –, mas pelo fato de conceber que esses valores devem ser determinados pelos poderes legitimamente eleitos e não por aquele que não o é¹⁸. Nos dois últimos capítulos de seu livro, Ely desenvolve os dois argumentos que sustentam a sua teoria constitucional do controle constitucional, que posiciona a Suprema Corte como árbitro do jogo político: o desbloqueio dos canais de mudança política e a facilitação da representação de minorias¹⁹ – que são tratados como pressupostos intrínsecos da prática do controle de constitucionalidade procedimental.

Seguindo a proposta teórica de Ely, outros autores também podem ser considerados “procedimentalistas” no que se refere à proposta do controle de constitucionalidade²⁰, sendo, talvez, o mais expressivo, Jürgen Habermas (1997). Em certo sentido, pode-se afirmar que Habermas aprimora a teoria de Ely na medida em que desenvolve um modelo de controle de constitucionalidade com forte apelo ao modelo de *democracia deliberativa* – aspecto que não é trabalhado de forma contundente na obra de Ely, muito embora este último tenha aberto o caminho para tanto. Habermas argumenta, partindo de uma concepção ideal de democracia, que o processo de formação democrática da opinião e da vontade comum, “se traduz em eleições gerais e em decisões parlamentares” (1995, p. 36), de modo que a política deliberativa contribui para o desenvolvimento do agir comunicativo, que se manifesta a partir dos processos de entendimento mútuos e da tomada de posição do sujeito ante as questões sociais.

Dessa forma, Habermas partilha de uma visão que é competência do tribunal constitucional – a função de evitar a posição paternalista que compreende a imposição de valores –, de modo que “ao direito e à jurisdição constitucional, por consequência, competem os discursos de aplicação, não de justificação” (RADKE; TEIXEIRA, 2017, p. 100). Embora Habermas admita – tal como Ely – que os tribunais devem agir de forma contramajoritária, para a defesa dos direitos fundamentais e também na medida em que compete aos tribunais a proteção de minorias vítimas da omissão estatal (RADKE; TEIXEIRA, 2017, p. 101), ele não admite que os magistrados de um tribunal constitucional, ou mesmo de outras formas de jurisdição, usurpem o papel de ir além de sua tarefa, como uma prática de ativismo judicial. Na sua visão, essa prática estaria em descompasso com a democracia deliberativa, além de representar riscos para a separação de poderes.

A partir de um esforço de síntese, pode-se categorizar a “corrente procedimental” do controle de constitucionalidade em três características principais: 1) a conciliação dos ideais do constitucionalismo e da democracia no âmbito de uma *tensão produtiva*; 2) a aposta no modelo de democracia deliberativa; 3) um modelo de controle de constitucionalidade discreto que age para garantir a democracia, tutelar os direitos fundamentais e a participação das minorias nos debates políticos. É desse modo que se pode caracterizar o procedimentalismo enquanto corrente de pensamento sobre a jurisdição constitucional.

¹⁷ Nas palavras de Ana Luiza Almeida Ferro (2010), “De tendência formalista, propugna uma forma de controle de constitucionalidade, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque” (p. 2). Nesse sentido, “Ely sees the constitution as a naked document, one that is part of the machinery of answers and a tool of government. The interpretation of the constitution should not incorporate the use of principles and values. Rather, Ely notes that interpretation should be part of the political process, with decision-making as part of the elected official political process, rather than that by an unelected judge. The value of elected officials, notes Ely, is their access to clear channels of political change. This relegates judges to a position of value where there is an issue concerning minorities” (HUNTER, 2005, p. 95).

¹⁸ Aqui cabe mencionar a tensão existente entre o procedimentalismo e o substancialismo constitucional, que será mais bem analisada adiante. “Ely’s attack upon ‘fundamental values’ simultaneously seeks to demonstrate both that substantive fundamental values are inherently subjective and that a reliance upon them is a prescription for unbridled judicial discretion hopelessly inconsistent with a commitment to representative democracy” (COX, 1981, p. 639).

¹⁹ “Da pretensão de aperfeiçoar a premissa majoritária, portanto, ao invés de abandoná-la, Ely deriva o papel que o poder judiciário poderia legitimamente exercer em um regime democrático. Como nota fundamental, o intervencionismo autorizado por esse tipo de controle só poderia tratar de questões estritamente vinculadas ao processo político, e nunca do conteúdo substantivo das decisões legislativas impugnadas, seja ela qual for” (POLI, 2012, p. 89).

²⁰ Nesse sentido, apesar das divergências teóricas, pode-se citar também a obra de Nino (1997).

4 AS TESES SUBSTANCIALISTAS

As teorias do procedimentalismo democrático de Ely e Habermas são contrapostas aos teóricos categorizados como “substancialistas”. Neste terreno, o trabalho do teórico e filósofo estadunidense Ronald Dworkin é considerado de grande valia para essa corrente de pensamento, de modo que sua teoria do controle de constitucionalidade edifica-se com pontos em tensão e contradição com a proposta propugnada pelos procedimentalistas. Ronald Dworkin edifica uma sólida e bem elaborada teoria do direito e da Constituição com base em uma teoria da justiça, apresentada em diversos livros: *“Taking Rights Seriously”* (1977a), *“A Matter of Principle”* (1985), *“Law’s empire”* (1986) e *“Freedom’s law”* (1977b). Partindo do modelo de direito da *common law*, Dworkin propõe uma *teoria interpretativa do direito* que se contrapõe ao Positivismo Jurídico de Herbert Hart (2000) e ao utilitarismo de Jeremy Bentham (2000). Para Dworkin, uma teoria do direito deve ser subjacente a uma teoria da legitimidade e a uma teoria da justiça legislativa, sendo esta, para ele, a “questão politicamente sensível do constitucionalismo”.

Nesse sentido, como elemento constitutivo de sua teoria, Dworkin constrói um modelo de normas no qual os princípios não representam uma dimensão extrínseca ao discurso jurídico, mas constituem o campo normativo do que se compreende por direito. O autor realiza uma distinção técnica entre “regras” e “princípios” – distinção esta que é encarada pela teoria do direito brasileira hegemônica como elementos constitutivos da norma (DWORKIN, 1977a, p. 23-72). Nesse contexto, Dworkin constrói a tese da “comunidade de princípios”, levando em consideração o fato de que “somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer” (1986, p. 137). Dworkin compreende que o direito, entendido enquanto regra e princípio, indubitavelmente cria uma possibilidade maior de argumentação, tendo em vista a elasticidade dos princípios presentes na Constituição e nos diferentes ramos do direito no âmbito das suas especificidades. Todos os que participam desse processo interpretativo²¹, sobretudo os atores do Poder Judiciário, são responsáveis pela interpretação da lei e fazem parte da referida “comunidade”.

Para Dworkin, os juízes são obrigados a considerar os princípios na análise de casos adjudicados sob o risco de negação explícita do próprio conteúdo normativo do direito. Uma interpretação jurídica, contudo, com base em princípios, não significa o mesmo que a possibilidade de juízes imporem sua moral ou seus valores pessoais na prática interpretativa, isso porque uma interpretação com base em princípios é diferente da interpretação política. Os argumentos de princípios, na visão de Dworkin, são “baseados em direitos”, na medida em que eles integram tecnicamente a própria estrutura daquilo que o autor considera ser o fenômeno jurídico. Já os argumentos políticos são externos ao direito, relativos, portanto, a uma outra racionalidade. Nesse contexto, “o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política” (DWORKIN, 1985, p. X) sendo uma atividade estritamente jurídica.

A noção de “direito enquanto integridade”, construída pelo autor, também posiciona Dworkin como contrário tanto ao passivismo²² – como entende Sunstein – quanto ao ativismo judicial. Ambas as perspectivas são equivocadas na perspectiva de Dworkin; o passivismo porque, em suma, implica que os indivíduos não têm direitos contra maiorias política, e o ativismo por ignorar o texto da Constituição, a história de sua pro-

²¹ Para Dworkin, “a análise jurídica é fundamentalmente interpretativa, e oferece uma avaliação geral da interpretação para descrever em que sentido ela assim é” (DWORKIN, 1985, p. X).

²² “O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Quando, porém, tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Deve ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas ideias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo. Isso significa que devemos aceitar a teoria contrária, a teoria bicho-papão que os passivistas chamam de ‘ativismo’?” (DWORKIN, 1986. 451).

mulgação, as decisões anteriores e as tradições da cultura jurídica²³. O direito, enquanto integridade, é uma teoria que propõe uma prática que consiste numa premissa de direção do Estado, mais que uma pura prática interpretativa, pois vincula tanto a atuação do Legislativo quanto o Judiciário²⁴ – apesar de Dworkin focalizar este último.

A integridade é, portanto, um ideal político que exige do Estado e da sociedade que ajam de acordo com um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto ao significados destes (DWORKIN, 1986, p. 213). A integridade é um fundamento do direito e é o que garante a legitimidade e a operabilidade do direito em sociedade para o autor. O direito como integridade, nesse sentido, interpreta a prática jurídica como uma política em processo, ou como um “romance em cadeia”, no qual as decisões da Corte não podem ser negligenciadas numa dimensão histórica, à medida que, também, se refere a uma dimensão prospectiva, apontando para o futuro.

Dessa forma, “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1986, p. 271), sendo um direito muito mais interpretativo que o convencionalismo ou o pragmatismo. Nesse sentido, Dworkin cria a figura do juiz “Hércules” como modelo paradigmático de juiz a ser seguido para que se alcance a integridade no campo judicial. O juiz Hércules é aquele que interpreta a Constituição considerando todos os aspectos envolvidos e fazendo o histórico de decisões chegar ao melhor resultado possível (DWORKIN, 1986, p. 456), de modo que “suas convicções sobre a justiça ou a política sábia se vêem inibidas em seu julgamento interpretativo geral, não apenas pelo texto da lei, mas também por um grande número de considerações sobre a equidade e a integridade” (DWORKIN, 1986, p. 457). De acordo com Dworkin (1986),

A Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política. Os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando mecânica e de contornos pouco nítidos. Na teoria constitucional, a filosofia é mais próxima da superfície do argumento e, se a teoria for boa, explicita-se nela (DWORKIN, 1986, p. 454).

A missão hercúlea do juiz, nesse contexto, seria livre para se concentra nas questões de princípio, podendo, a partir disso, interpretar disposições, criar direitos e formular ajustes naquilo que acredita ser o certo enquanto questão de princípio (DWORKIN, 1986, p. 454), alcançando, a partir disso, a melhor resposta para determinado caso adjudicado. Para tanto, Dworkin ainda enfatiza a necessidade de desenvolver uma abordagem interpretativa que se pauta numa “leitura moral da Constituição” (1977b), que implica a inserção da moralidade política no próprio âmago do direito constitucional (DWORKIN, 1977b, p. 2), cuja autoridade suprema para compreendê-lo e interpretá-lo é concedida aos juízes, principalmente àqueles da Suprema Corte. A moralidade está integrada nos princípios constitucionais e, por isso, eles devem ser levados em consideração quando for realizada a interpretação que seja condizente com eles – sobretudo com o fundamento do direito que, para Dworkin, se assenta na ideia de equidade, ou igual consideração e respeito²⁵. Evidente que há aí uma superação da dicotomia posta entre direito e moral²⁶, pondo o direito na dependência dos princípios mo-

²³ “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la” (DWORKIN, 1986, p. 451-452).

²⁴ “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional [...]” (DWORKIN, 1986, p. 213).

²⁵ Trata-se da noção de justiça que embasa a teoria dworkiniana.

²⁶ Para Dworkin, a teoria do direito está fundamentada em julgamentos morais e éticos.

rais que são adotados por juízes de determinada época (DWORKIN, 1977b, p. 5) e, a partir disso, o juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeite a integridade do direito (DWORKIN, 1977b, p. 6).

Levando em consideração esses pressupostos, Dworkin irá construir sua teoria do controle judicial de constitucionalidade. Para ele, os juízes podem anular uma lei ou decisão política tomada pelo Legislativo ou Executivo sem haver qualquer prejuízo ou danos maiores para a democracia, desde que o faça a partir de uma análise comprometida com os argumentos de princípios e a integridade do direito. Desse modo, Dworkin propõe que haverá sempre uma resposta correta mesmo para os chamados “*hard cases*”, aqueles casos em que seja difícil chegar a uma solução jurídica, no qual o papel da interpretação e da argumentação, por parte dos magistrados, assume uma função relevante. Nesses casos difíceis, o juiz pode, com base na teoria da leitura moral da constituição, prever uma solução para o conflito mesmo que não haja previsão no texto constitucional para tanto.

O substancialismo de Dworkin trabalha com a noção de que a Constituição estabelece as condições e os pressupostos fundamentais que devem ser aplicados indiscriminadamente. Assim, “o poder judiciário possui um papel imprescindível no que concerne à jurisdição constitucional, não tendo uma postura passiva diante da sociedade, mas de certo ativismo” (RIBEIRO; CZELUSNIAK, 2012, p. 200)²⁷. Tal ativismo está inscrito na noção de que Dworkin entende que a atuação do Poder Judiciário é um componente fundamental da democracia, devendo a atuação do juiz ser ativa – não no sentido de um ativismo desregrado, como Dworkin bem critica, mas – no sentido de concretizar os valores e princípios fundamentais. A figura de Hércules é a que mais define esse processo.

O Judiciário e, sobretudo, sua instância superior, as Cortes Supremas, funciona na teoria de Dworkin como o “guardião dos valores morais e fundamentais” de uma sociedade. Para ele, não há incompatibilidade desta “atuação” da Corte ante os pressupostos de uma sociedade democrática. Ao contrário, para ele essa atuação do magistrado pode, inclusive, reforçar e fortalecer a democracia. A supremacia judicial é, portanto, um dos pressupostos de sua teoria. Para fundamentar sua concepção de democracia, Dworkin afirma, em primeiro lugar, que a leitura moral da constituição política “não só não é antidemocrática, como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia”. Assim, “a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham” (DWORKIN, 1977b, p. 9-10), abrindo caminho e espaço para afirmar sua teoria.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, diferentemente dos teóricos procedimentalistas, a teoria dworkiana do controle de constitucionalidade parte da dissipação da dicotomia “constitucionalismo vs. democracia” e, conseqüentemente, se arquiteta com base em três características principais, em esforço de síntese: 1) o direito entendido enquanto uma prática interpretativa; 2) o papel do juiz é de grande relevância na interpretação e aplicação do direito, bem como no controle de constitucionalidade, sendo este o *locus* por excelência da democracia, e o *judicial review* realizado indiscriminadamente e considerado essencialmente democrático; 3) uma aproximação do direito com a moral a partir da abertura à teoria dos princípios jurídicos e da negação ao positivismo jurídico.

5 UMA ANÁLISE CRÍTICA

A teoria dworkiana passou a ganhar proeminência em grande parte do mundo. De acordo com Conrado Hubner (2008, p. 3), “a maioria das democracias constitucionais contemporâneas apresenta, como filosofia política de base, alguma versão d[a] explicação dworkiniana”, o que demonstra uma certa complacência e aderência dos teóricos constitucionais e dos juristas operadores de diferentes sistemas jurídicos para com sua teoria. Mesmo no Brasil, a teoria de Dworkin, desde o início de seus estudos (KARAM, 1993) até hodiernamente²⁸, tornou-se hegemônica na literatura jurídica, sobretudo no campo do Direito Constitucional. A classificação das normas como regras e princípios e a consideração – muitas vezes acrítica – de que a argumentação

²⁷ Para aprofundamentos, ver Streck (2001).

²⁸ Talvez o grande expoente seja Luís Roberto Barroso.

e a interpretação passam a ganhar cada vez mais espaço e centralidade dentro do direito brasileiro, que se insere na tradição do *civil law*, são constatações de que as ressonâncias de sua teoria estão impregnadas no imaginário do pensamento jurídico contemporâneo.

A recepção de sua teoria no Brasil não deixa, entretanto, de ser problemática, e mesmo de surtir efeitos muitas vezes contrários ao que a própria teoria defende e reivindica. O jurista italiano Luigi Ferrajoli relata esta dificuldade em um texto publicado no IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, em 2010, intitulado “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, no qual empreende uma análise dos desarranjos da recepção da teoria de Dworkin no Brasil a partir do filtro teórico do garantismo jurídico (FERRAJOLI, 2006). Categorizado no âmbito da celeuma jurídica daquilo que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”²⁹, é constatável que a teoria de Dworkin foi instrumentalizada para legitimar o agigantamento visceral do poder do Judiciário no Brasil, colocando em xeque aspectos centrais da frágil democracia brasileira.

É nesse sentido que são edificadas as críticas à sua teoria no Brasil. Em efeito, elas se devem, em grande medida, ao fato de que essa teoria, arquitetada em e para outro modelo específico de direito, mostra-se difícil de adequar-se ao sistema constitucional brasileiro, que parte de fundamentos constitucionais diferentes. A dicotomia princípios vs. regras, como aponta Marcelo Neves (2014), não pode ser aplicada de forma indiscriminada no Brasil, na medida em que o sistema constitucional brasileiro reconhece os direitos fundamentais como “regras” jurídicas e não como princípios abstratos. Para Neves (2014), a recepção do debate entre princípios e regras na literatura jurídica brasileira é uma importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma teoria jurídico-constitucional apropriada. Isso leva, de acordo com Neves (2014), a uma a) banalização dos modelos principiológicos; b) a uma invocação aos princípios – morais e jurídicos – como panaceia para solucionar todos os males das nossas práticas jurídicas; e c) a uma retórica principialista responsável pelo afastamento de regras claras e completas para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particulares (NEVES, 2014, p. 55) – o que representa um grave ameaça ao princípio da segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do uso abusivo dos princípios pela jurisdição, além da abertura para a interpretação e argumentação a partir de elementos extrajurídicos³⁰ de dispositivos constitucionais³¹.

Da mesma forma, a crença – por vezes messiânica – e com confiança na figura dos juízes e do Judiciário para a solução dos problemas jurídicos – e políticos – relativos aos direitos fundamentais, não demonstra ser uma concepção teórica condizente com o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Muito embora a atuação do Judiciário – sobretudo das Cortes Superiores – seja de grande relevância para a concretização da Constituição e proteção dos direitos fundamentais, eles não estão – e não devem estar –, no sistema constitucional brasileiro, restritos ao campo de incidência do Poder Judiciário. Muito pelo contrário, a Constituição vincula a atuação do Judiciário, Executivo e Legislativo, além de agentes particulares, da mesma forma que necessitam da “Política” – entendida no sentido arendtiano como “ação pela busca da liberdade” (ARENDR, 2005, 2006) – para sua concretização, seja por meio de políticas públicas, ações do terceiro setor ou mesmo uma decisão judicial. Pode-se ressaltar, portanto, que uma análise da Constituição centrada no âmbito do Poder Judiciário e do controle de constitucionalidade desvirtua as complexas atribuições e responsabilidades jurídicas dos demais Poderes. Além disso, a Constituição ainda garante *precipualemente* a guarda da Constituição ao STF (artigo 102, caput), não garantindo, portanto, qualquer forma de “supremacia judicial” e nem entende que o Judiciário ou o STF sejam o *locus* por excelência da democracia brasileira.

Já os teóricos procedimentalistas são menos trabalhados e analisados na academia brasileira. Desde que seu livro foi publicado, no entanto, Ely passou a receber uma série de críticas por parte de seus intérpretes, sejam eles procedimentalistas ou substancialistas – críticas que também são direcionadas a Habermas. As

²⁹ Para uma compreensão do termo neoconstitucionalismo, seu nascimento e a celeuma teórica que envolve sua aplicação, ver Melo (2013, p. 57-85).

³⁰ Refiro-me à moral, economia, política, ética, dentre outras possibilidades, que são defendidas pela teoria de Dworkin.

³¹ Um exemplo evidente é a tese do “marco temporal”, construída pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol, em 2009. Para aprofundamentos, ver Burckhart; Melo (2020).

críticas mais comuns direcionadas à sua teoria, sobretudo no que se refere à atuação da corte na proteção de minorias, são sistematizadas por Paul Cox (1981), que questiona “where does process and substance begin?” (p. 641). Esta interrogante evidencia a dificuldade de conceber até onde há procedimento e até onde há substância na teoria de Ely – também na de Habermas –, o que é em efeito difícil de se delimitar claramente, haja vista que esse tema é delineado por uma linha divisória muito tênue.

As críticas dos autores brasileiros seguem na mesma direção, afirmando que é difícil delimitar com precisão a fronteira entre procedimentalismo e substancialismo, considerando-se que todo procedimentalismo possui uma face substancialista que propriamente o sustenta e legitima. A discussão sobre os limites entre o procedimento e a substância é um problema em aberto para os procedimentalistas, haja vista que todo procedimentalismo pressupõe um nível de substancialismo e vice-versa. Nesse sentido, Katya Kozicke e Estefânia Barbosa (2007) mostram que, mesmo o teórico do procedimentalismo democrático, ao advogar em prol de uma jurisdição constitucional tímida e voltada para a garantia dos direitos fundamentais e do processo democrático, “não consegue evitar a possibilidade de que esta jurisdição envolva julgamentos de valores substantivos” (KOZICKI; BARBOSA, 2007, p. 6.763); isso porque, ao defenderem o procedimento democrático na política como pressuposto de legitimação das leis, “os procedimentalistas acabam admitindo algumas pré-condições necessárias a que este procedimento seja o mais adequado, tais como liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos, o que, por sua vez, demonstra condições necessariamente substantivas” (KOZICKI; BARBOSA, 2007, p. 6.763).

Nesta mesma linha de raciocínio ancora-se o entendimento de Maria Eugenia Bunchaft, apontando que tanto perspectivas minimalistas quanto as maximalistas podem ser instrumentos de manutenção do *status quo* e, portanto, podem estar num grau maior ou menor de acordo com os pressupostos democráticos (BUNCHAFT, 2011, p. 179). Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013), ao analisarem a questão da “última palavra” e parâmetros de autocontenção judicial, ressaltam que a dicotomia substancialismo *versus* procedimentalismo deve ser superada por um lugar intermediário, no qual, de um lado, deve-se reconhecer a importância do papel do Judiciário na garantia da Constituição e dos fundamentos e pressupostos da democracia e, de outro, deve-se valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes constitucionais, sobretudo nos parlamentos³².

Esta é uma constatação que emerge quando se analisa estritamente o sistema constitucional brasileiro. A Constituição estabelece um amplo rol de possibilidades de julgamento em âmbito de controle de constitucionalidade, como a *ação direta de inconstitucionalidade* e a *ação declaratória de constitucionalidade* – esta última é uma inovação brasileira para o constitucionalismo democrático –, ambas previstas no artigo 102, I, a, além da *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (artigo 102, § 1). Da mesma forma, a Constituição ainda estabelece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula de caráter vinculante (artigo 103-A), que, na prática, significa a possibilidade de estabelecer um entendimento que vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Também é oportuno pontuar que o sistema de processo civil brasileiro coloca que o juiz não pode se eximir de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (artigo 140, Código de Processo Civil).

Observa-se, portanto, que não é possível propugnar por uma teoria do *judicial review* meramente procedimental, isto é, que não leve em conta aspectos também substanciais – que se consubstancia num diálogo com a dimensão material da democracia, implicando a garantia material dos direitos fundamentais – que se encontra no âmago do projeto constitucional de 1988 e da democracia constitucional brasileira. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto (2007, p. 29-39), ao realizar um estudo sobre a teoria constitucional democrático-deliberativa, destaca que esses autores entendem a igualdade como uma condição da democracia, ou seja, que suas teorias necessitam de um determinado grau de igualdade social para que sejam aplicadas, o que apresenta problemas quando transportada para uma realidade social como a brasileira, marcada por

³² “Em nossa opinião, deve-se buscar um lugar intermediário entre estas visões antagônicas. De um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia, sobretudo num contexto como o vivenciado no Brasil de hoje, de profunda crise de representatividade do Poder Legislativo. Mas, do outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 158-159).

uma profunda desigualdade social e econômica pela ineficiência de um Estado Providência, pela prevalência histórica de elites políticas, econômicas e, mais recentemente, religiosas, que se avultam de privilégios, o que marca um claro distanciamento entre o texto e o contexto das disposições constitucionais, e há pouco tempo, pelo processo de desconstituição da República, desconstitucionalização dos direitos e ameaças à ordem democrática³³.

Dessa forma, um controle de constitucionalidade “discreto”, que age somente em prol dos procedimentos democráticos, direitos fundamentais e das minorias, encontra barreiras 1) no próprio modelo de constitucionalidade brasileiro que, ao juntar dois modelos – difuso e concentrado –, propicia que seja menos discreto; 2) na possibilidade também inscrita no modelo brasileiro de uma atuação mais “ativa” e, em alguns casos, “política”, dos magistrados no controle de constitucionalidade; 3) e na tônica das promessas inscritas na Constituição Federal de 1988 que, de uma forma ou de outra, acaba por determinar que o Judiciário, quando instado para tanto, venha a participar de sua concretização e/ou efetivação

A incorporação destas teorias, no âmbito da teoria constitucional brasileira, mediante um processo de difusão do modelo jurídico-constitucional estadunidense, sendo resultado de um transplante jurídico teórico (WATSON, 1974; SACCO, 1990; MATTEI, 1994), atua com efeito *uniformante* na construção teórica constitucional, e *deformante* do sistema constitucional brasileiro. O uso destas teorias e de autores que provêm de famílias jurídicas distintas – como é o caso da *common law*, que pouco relaciona-se com a *civil law* em termos de prática de jurisdição –, caso não seja contextualizado, impõe a deformação do sistema jurídico-constitucional, como é bem avaliada por Marcelo Neves (2014) em um estudo sobre a proliferação dos “princípios constitucionais” e a consequente perda de efetividade do texto constitucional no processo político e jurídico – na jurisdição constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas considerações realizadas neste estudo, pode-se concluir que 1) a dicotomia substancialismo vs. procedimentalismo é inadequada para analisar o modelo de justiça constitucional brasileiro; da mesma forma que, 2) tanto as correntes “procedimentalistas” quanto as correntes “substancialistas”, naquilo em que elas prescrevem enquanto proposta teórica e política, são também pouco aderentes, em seu âmago, ao modelo constitucional brasileiro. Isso porque trata-se de uma discussão teórica que corresponde ao modelo constitucional estadunidense, podendo ser, em certo sentido, transposta para os países anglo-saxões da tradição da *common law* – com as devidas ressalvas dos respectivos contextos. Essas discussões encontram espaço mais restrito – ou, pelo menos, deveriam encontrar – nos países de *civil law*, na medida em que a atuação dos magistrados possui especificidades se comparada com aquela dos magistrados da *common law* – no qual possuem um grau de liberdade maior na resolução dos casos.

A realização de um transplante jurídico teórico neste contexto é, portanto, difícil e precário, sendo, em grande medida, impossível (LEGRAND, 1997). Neste sentido, a hipótese desta pesquisa confirma-se parcialmente, pois entende-se que, se por um lado a dicotomia substancialismo vs. procedimentalismo não é adequada para compreender o sistema constitucional brasileiro, por outro entende-se também que os autores analisados, embora provenham de distintos contextos jurídicos e famílias jurídicas, podem oferecer contribuições teóricas importantes para a compreensão da jurisdição constitucional brasileira, desde que suas teorias sejam efetivamente contextualizadas à realidade constitucional brasileira.

A transposição acrítica do debate jurídico analisado neste trabalho, contudo, é um resultado do 1) desapeço metodológico por parte dos teóricos do direito constitucional, que tendem a conceber que as realidades constitucionais brasileira e estadunidense são similares no campo da justiça constitucional, do mesmo modo que também demonstra 2) o subdesenvolvimento do campo dos estudos comparados do Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Em efeito, a academia brasileira pouco se abriu para os estudos comparados no campo jurídico, à medida que ainda são tratados como “perfumaria jurídica” e não com a devida atenção e

³³ Refiro-me, aqui, ao recrudescimento da extrema-direita ultraliberal-conservadora que se mostra paulatinamente crescente no cenário político brasileiro desde a metade do ano de 2013.

cuidado acadêmicos e metodológicos. Os estudos de comparação jurídica, que não se restringem à comparação de textos jurídicos, são de essencial importância para se compreender os respectivos contextos do nascimento das teorias jurídico-constitucionais e a importação – muitas vezes acrítica – de teorias estrangeiras dos países centrais aos cenários jurídicos da periferia global, do qual o Brasil faz parte.

É importante salientar que tanto as teorias “procedimentalistas” quanto as “substancialistas”, representadas pelas obras dos autores analisados, apresentam fragilidades e aberturas que podem servir para sua aplicação de forma contrária àquilo que propugna. Fato notório é a aplicação da teoria de Ronald Dworkin para justificar um “ativismo judicial” desmedido pelo Judiciário brasileiro. Para evitar esses erros que legitimam a perpetuação de “práticas constitucionais autoritárias” além do “senso comum teórico dos juristas” – em referência a Warat –, torna-se importante a contextualização da possibilidade de recepção de teorias alienígenas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A análise do modelo de justiça constitucional brasileiro, diante de sua intrínseca complexidade, exige, evidentemente, o diálogo profícuo com as mais diversas teorias do controle de constitucionalidade. O “diálogo”, no entanto, não pode implicar “importação acrítica”. É tarefa e responsabilidade dos juristas brasileiros, diante da pluralidade de teorias sobre a jurisdição constitucional, arquitetar uma teoria condizente com o modelo brasileiro. Neste processo, não há que se descartar todo o conteúdo destas outras teorias estrangeiras, mas, sim, com elas dialogar para que seja possível analisá-las criticamente, com o intuito de averiguar seu grau de adequação ao sistema constitucional brasileiro. É neste âmbito que as teorias sobre o controle judicial de constitucionalidade devem ser concebidas no âmbito da ciência jurídica. É somente levando este pressuposto à sério que se poderá construir teorias constitucionais adequadas à realidade jurídica brasileira.

7 REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. Virginia Law Review, 83, n. 4, p. 771-797, 1997.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Fapesp, 1997.
- ARENDRT, Hannah. *O que é política?* Trad. Reinaldo Guarany. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo, globalización e derecho*. In: CARBONELL, MIGUEL. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Frotta, 2003.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener : Batoche Books, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicolà; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora da UnB, 1998.
- BRUBACKER, Stanley. Fear of judging: a comementary on Ely’s theory of judicial review. *The Political Science Review*, v. 12, 1982.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade PUC-Rio*, v. 38, 2011.
- BURCKHART, Thiago; MELO, Milena Petters. Direitos de povos indígenas no Brasil: o “núcleo essencial de direitos” entre diversidade e integracionismo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 15, p. 1-28, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CORWIN, Edward. Marbury vs. Madinson and the doctrine of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 12, n. 7, 1914.
- COX, Paul. John Hart Ely, Democracy and distrust: a theory of judicial review. *Valparaíso University Law Review*, v. 15, n. 3, 1981.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachussets: Harvard University Press, 1977a.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977b.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho*, v. XIII, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- FERRAJOLLI, Luigi. *Por uma teoria do direito e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2012. *Anais [...]*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2012b.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. A teoria procedimentalista de interpretação constitucional de John Hart Ely. *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, v. 1, 2010.
- GRANO, Joseph. Ely's theory of judicial review: preserving the significance of political process. *Ohio State Law Journal*, v. 42, Issue 1, 1981.
- GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. *Nujs Law Review*, n. 15, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I e II.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, n. 36, 1995.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HUBNER, Conrado. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- HUNTER, Tina. Interpretative theories: Dworkin, Sunstein e Ely. *Bond Law Review*, v. 17, Issue 2, 2005.
- KARAM, Vera. *A filosofia jurídica de Ronald Dworkin com possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Democracia procedimental e jurisdição constitucional*. In: CONGRESSO NACIONAL DE CONPEDI, 16., 2007. Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- LEGRAND, Pierre. The Impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997.
- MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economic. *Review of Law and Economics*, 1994.
- MEDEIROS, Oriente Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 50, n. 200, out./dez. 2013.
- MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). *Constitucionalismo latino-americano*. Tendências contemporâneas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do Sistema Jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gladisa, 1997.
- ONIDA, Valerio. *La Costituzioni ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- POLI, José Vinícius. *Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra à teoria do diálogo*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo, 2012.
- RADKE, Rafael; TEIXEIRA, Anderson. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 155, jul./dez. 2017.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalistas e substancialistas. *Sequência*, Florianópolis, n. 65, 2012.
- SACCO, Rodolfo. *La circulation des modèles juridiques*. Rapports généraux. CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARE, 13., 1990. Montreal, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, 2013.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUSHNET, Mark. The inevitable internationalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49:4, 2009.

WATSON Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2003.

REFORMAS POMBALINAS E ADMINISTRAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA NA CURITIBA DO SÉCULO 18 (1769-1777)

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10386>

Recebido em: 20/3/2020

Aceito em: 12/8/2020

Vanessa Caroline Massuchetto

Universidade Federal do Paraná (UFPR). Praça Santos Andrade, 50 – Centro. Curitiba/PR, Brasil.
CEP 80060-000. <http://lattes.cnpq.br/2944927518844355>. <https://orcid.org/0000-0003-0390-7890>.
vanessa.massuchetto@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho buscou manter atenção a quais foram os reflexos na América Portuguesa das reformas empreendidas no Império Português durante o governo de D. José I, sobretudo sob mando do Marquês de Pombal. O objetivo fora o questionamento acerca do alcance dessas medidas, conhecidas enquanto racionalizadoras e modernizadoras dos aparatos jurídico-político-administrativos. Privilegiando-se o âmbito jurídico-administrativo, sobretudo as alterações intentadas pela Lei da Boa Razão (1769), buscou-se, na documentação da Câmara Municipal da Vila de Curitiba, reproduções dos elementos lançados enquanto inovadores ao período. O enfoque principal é dado às limitações interpretativas da cultura jurídica circulante no período, bem como a configuração de um modelo de administração político-jurídica mais ativa sobre a atuação dos oficiais locais. O recorte temporal é o período entre 1769 e 1777, compreendendo, pois, o ano de publicação da supracitada lei e o fim do reinado de D. José I.

Palavras-chave: Vila de Curitiba; período pombalino; Lei da Boa Razão.

POMBALINE REFORMS AND LEGAL-POLITICAL ADMINISTRATION IN 18TH CENTURY CURITIBA (1769-1777)

ABSTRACT

This article sought comprehend the reflexes of the reforms made in the Portuguese Empire by the Marquis de Pombal during the government of D. José I, and track which of them arrived in Portuguese America. The aim was to question the reach of these policies, widely known as rationalizing and modernizing of the legal-political-administrative apparatus. Focusing on the legal-administrative area, especially the changes made by the Law of Good Reason (1769), reproductions of the innovators were sought in the historical sources of the Curitiba's Council. The main focus is the interpretative limitations of the legal culture circulating in the period and the configuration of a more active political-legal administration model on the local performance of the officials. The temporal cut is between the years 1769 and 1777, comprising the year of publication of the aforementioned law and the end of the reign of D. José I.

Keywords: Village of Curitiba; pombaline period; Law of Good Reason.

1 INTRODUÇÃO

Em fins dos anos setecentos, as atitudes empreendidas pelo Marquês de Pombal¹, secretário de Estado² durante o reinado de Dom José I, intentaram alterar determinadas lógicas próprias da sociedade corporativa. O foco era a modernização e a racionalização do aparato político-jurídico-administrativo do Império Português, ensejando, entre várias consequências, a centralização política do poderio monárquico, a luta contra os poderes concorrentes, a burocratização do aparelho administrativo, a reforma das instituições de educação, a expulsão da Companhia de Jesus do território americano, o fomento à mercantilização e o desenvolvimento do poder de polícia. Não se pode descartar que a imposição dessas ideias direcionava a uma lógica então desconhecida e significou para o Império uma das grandes discontinuidades pelas quais o modernismo se apontava.

A presente pesquisa busca lançar olhares aos reflexos de algumas dessas reformas na prática jurídica e administrativa da América Portuguesa, selecionando especificamente a Câmara Municipal da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba. Por ser um território fronteiriço e configurar uma região que destoava da maioria por não ser localizada em área marítima (além de estar em um planalto de difícil acesso), a Vila de Curitiba é bastante significativa para a compreensão do funcionamento das redes de poder existentes no Antigo Regime Português. O foco privilegiado é dado aos aspectos tangentes à administração político-jurídica, sobretudo as balizas de seleção das fontes do direito intentadas pela Lei da Boa Razão e o direito de organização cidadina, sentidos pelo organismo jurídico-político-administrativo local.

Estabelecido o recorte temporal de 18 de agosto de 1769³ até 24 de fevereiro de 1777⁴, a pesquisa foi desenvolvida a partir da busca em correspondências, provisões, atas do Conselho, provimentos, ordens e outros documentos compilados por Francisco Negrão no Boletim do Archivo Municipal de Curitiba e as correspondências reunidas dentre os Documentos Interessantes para a História e Costumes de São Paulo. A investigação desenvolvida com o auxílio dos documentos compilados mantém foco no trânsito das políticas pombalinas (acompanhadas, ou não, de mudanças ou reformas) realizado pelos oficiais régios da Ouvidoria de Paranaguá e do Governo da Capitania de São Paulo em direção à Câmara Municipal da Vila de Curitiba. A gama de documentos existentes no Boletim do Archivo Municipal de Curitiba serve de guia, também, ao estudo da transmissão dessas políticas (e alguma possível imposição dessas reformas) pelos oficiais daquele Conselho Camarário aos moradores por intermédio de instrumentos que digam mais respeito à organização da Vila.

Cabe destacar que a perspectiva tomada pela presente pesquisa no que se refere ao tema das relações entre metrópole e colônia segue o caminhar da historiografia na última década, isto é, que não as fundamenta a partir do viés centralização-descentralização. É cediço que este formato de relações centro-periferia, clássico para a explicação dos fenômenos havidos na América Portuguesa, “não é mais suficiente para explicar a complexidade das redes e conexões que ligaram os diferentes domínios ultramarinos, entre si e com o centro da monarquia” (BICALHO, 2009, p. 91). O conceito de Império Marítimo Português (BOXER, 2008) surgiu na tentativa de se compreender o – amplo e plural – complexo conjunto de relações havidas na dinâmica ultramarina portuguesa, abarcando a lógica das redes imperiais, inter-relações tecidas entre as colônias portuguesas por meio de trocas de oficiais régios, trocas comerciais e, para além, trocas de aspectos culturais, de forma a conectar os locais do império ultramarino e manter tanto a flexibilidade quanto a rigidez desse sistema. A compreensão deste espectro traz à tona a evidência da porosidade do sistema como um todo, o que lhe conferia equilíbrio, possibilitando que essa situação perdurasse até a primeira metade do século 19 (BICALHO, 2009).

¹ Sebastião José de Carvalho e Melo foi nomeado Marquês de Pombal em 1769.

² Desde o ano de 1736, durante o reinado de Dom João V, os organismos de assistência real foram ordenados em três Secretarias de Estado: dos Negócios Interiores do Reino, dos Negócios da Marinha e Domínios Ultramarinos e dos Negócios Estrangeiros e da Guerra. Com a assunção de D. José I em 1750, foi atribuída a Sebastião José esta última Secretaria. Até 1756 o Marquês de Pombal, embora detivesse competência específica, influenciou em grau considerável âmbitos da administração portuguesa que não faziam parte do seu espaço de atribuições. Após a morte do secretário dos Negócios Interiores do Reino, a demissão do secretário dos Negócios da Marinha e Domínios Ultramarinos, ambas ocorridas em 1756, e a criação da Secretaria de Estado adjunta em 1759, foram esses cargos atribuídos a oficiais que fossem, de alguma forma, ligados a Sebastião José, proporcionando-lhe maior influência em todas as Secretarias (MARCOS, 2006).

³ Publicação da Lei da Boa Razão.

⁴ Morte de Dom José I e consequente retirada do Marquês de Pombal do organismo régio português.

2 TRAÇOS GERAIS DAS POLÍTICAS POMBALINAS

Embora grande parte das teorias que dão fundamento a uma nova ordem jurídica e social terem sido pensadas ao longo dos séculos 16 e 17, ou até mesmo no 18, a explosão dos efeitos práticos e a implicação de mudanças na realidade concreta, principalmente da Europa, ocorreram apenas em fins dos anos setecentos e de maneira desigual em cada *locus*. Na linha de Paolo Grossi (2007, 2008), esse caminhar dos desdobramentos modernos foi bastante lento, desembocando em consolidação desse processo em fins do 18, principalmente com as revoluções burguesas. Ao longo deste século houve, gradativamente, manifestações do que o autor denomina de iluminismo político-jurídico, trazendo à tona características modernas e formulação de discursos contrários à ordem político-jurídica do período anterior, a que se intentava suprimir.

As principais tendências do iluminismo político-jurídico mantinham fulcro na absoluta importância do direito. Todo o regramento do ordenamento jurídico passaria paulatinamente a ser posto na competência do Estado, uma vez que este seria o detentor do poder, construindo o discurso que intentava realizar uma vinculação visceral do direito com o poder, separando-o do social. Como consequência desta separação, haveria uma redução de complexidade do direito, atribuindo toda sua atividade à lei⁵, deixando, assim, ao Antigo Regime, a dimensão coletiva de sociedade (GROSSI, 2008).

Em Portugal a dispersão dessas ideias ocorreu por, basicamente, todo século 18, sobretudo na segunda metade (SILVA, 2000), com Dom José I e Sebastião José de Carvalho e Melo.⁶ As medidas nesse período empenhadas são normalmente enquadradas na moldura governativa do despotismo esclarecido, por manter uma “política de reforma disfarçada, como ditada pela prudência, por instituições e linguagens antigas” (MAXWELL, 1996, p. 10). A mentalidade do Marquês de Pombal era tendencialmente racionalista, o que o fez estimular a prática de algumas das ideias europeias pensadas no século 17, inaugurando, ao longo do século 18, conforme Rui Manuel de Figueiredo Marcos (2006, p. 11), algumas ideias novas, “um cotejo novo, mas cujos figurantes trajavam à antiga.”

No cenário político-jurídico-administrativo, as políticas pombalinas mantiveram foco principalmente em medidas que, ao período, representavam a racionalização dos aparatos de governo. Neste esforço, viriam a necessidade de centralização administrativa e o ímpeto de ordem social (MARCOS, 2006), fazendo com que os aparatos de governo do Império Português passassem gradativamente a exercer uma administração ativa, que, acreditando nas “razões do Estado”⁷, buscava uma organização da sociedade centrada na figura do rei (SUBTIL, 1998). Nesse empenho, houve tentativa de supressão de instituições e de submissão das esferas de poder aos mandos régios (ANTUNES, 2011).

Ancorado nesses fundamentos, houve o desenvolvimento do que Airton Cerqueira Leite Seelaender (2009) denomina de polícia do reino. Ou seja, uma noção que permeia um governo embasado na regulação da convivência, na repressão de comportamentos e na crença de que para proteção de uma “boa ordem” era aceitável que houvesse a relativização de direitos costumeiros e de privilégios, estamentos, municipalidades e corporações. A criação da Intendência Geral da Polícia, em 1760, e a criação de leis de polícia, demonstram a intenção de maior controle da sociedade portuguesa, na intenção de restaurar a boa ordem, proteger o território do Império, reforçar os exércitos, instituir companhias coloniais e fiscalizar os municípios. A Coroa passava, pois, da administração mais passiva a atuações mais ativas, assumindo várias políticas preocupadas com o crescimento populacional e com finalidade de maior arrecadação.

Essa característica de “Estado de polícia” teve intensos reflexos em uma perspectiva macro nos espaços ultramarinos. A tentativa de centralização atraiu à competência régia a supervisão a determinadas práticas administrativas das localidades, sobretudo àquelas referentes a saneamento, urbanismo e economia política. A tentativa de mudança – ou, como coloca Magnus Pereira (2003), de atualização – de certas formas de admi-

⁵ A era das codificações representou a concretização desse reducionismo. Nas palavras de Grossi (2008, p. 97): “O velho pluralismo jurídico, que tinha nos seus ombros mais de dois mil anos de vida, mesmo com várias vicissitudes, passa a ser estrangulado em um rígido monismo”.

⁶ Considerando-se que “Pombal deve ser entendido como um referencial para as mudanças amplas que tiveram lugar no reinado de D. José I.” (ANTUNES, 2011, p. 16).

⁷ O termo segue entre aspas para marcar sua historicidade.

nistração municipal, ou da maneira do viver em cidade, fez com que a Coroa interferisse principalmente nas questões de salubridade e em normas de abastecimento municipal (PEREIRA, M.; SANTOS, 2003).

Especificamente no que se refere à administração da justiça, Marcos (2006) identifica que a atividade legislativa pombalina, a partir de 1750, esteve mais direcionada no sentido de conter determinadas crises nos setores financeiro, militar e alfandegário do Império (portanto, sem práticas com grandes pretensões reformistas). Foi a partir de 1766 que se começou a trazer à tona a ideia de introjeção da racionalidade no aparato político-jurídico-administrativo português. Neste segundo movimento foi publicado um dos instrumentos mais emblemáticos da introdução de características modernas na administração da justiça do Império Português: a Lei de 18 de agosto de 1769 (PORTUGAL, 1829).

O maior esforço desta Lei foi a tentativa de uma reforma jurídica sobretudo nas fontes do direito. Esboçara uma espécie de guia com preceitos novos para interpretação do próprio direito, tendo como objetivo realizar uma reforma com base na revisão da hierarquia das fontes do direito para reduzir a complexidade própria do Antigo Regime por meio da mitigação da pluralidade (ANTUNES, 2011; MARCOS, 2006). Essa lógica já havia sido intentada anteriormente – assim como o foi posteriormente⁸ –, sendo uma destas medidas realizada pouco tempo antes, em maio de 1769, com o Alvará régio que determinava a interpretação das leis como atributo apenas da competência dos “Legisladores Supremos”. Igualmente, em 1768, com a Lei de 3 de novembro, houve tentativa de sobreposição do direito régio português a outros vigentes no reino, principalmente o direito romano.⁹

A Lei de 18 de agosto de 1769, pois, representou uma das mais ambiciosas, intentando balizar os modos de interpretação às fontes do direito, fixando o direito pátrio como hierarquicamente superior aos demais na leitura do direito vigente (COSTA, 1996). A pretensão era excluir as “interpretações abusivas, que offendem a Magestade das Leis” (PORTUGAL, 1829, p. 408). Excluía a aplicação dos comentários de Bártolo ao *corpus iuris civilis*, reservando o uso do direito romano somente em casos de omissão do direito pátrio e conforme a boa razão. Limitava a utilização do direito canônico aos tribunais eclesiásticos, e estabelecia aplicabilidade somente dos costumes com mais de cem anos de existência e que estivessem conforme as leis régias e a boa razão (SILVA, 2000). Uma outra providência desta Lei foi a inclusão da legislação das “Nações mais iluminadas” como instrumento fonte do direito (PORTUGAL, 1829, p. 408).

A expressão “boa razão” não era, neste momento da publicação da Lei de 18 de agosto de 1769, nova. Antes disso, era utilizada em vários mandos régios e, inclusive, nas Ordenações Filipinas no sentido corrente de “razão natural” e de “justa razão”. Quando, entretanto, utilizada como condicional em vários aspectos da referida lei – a ponto de fazer com que os juristas do século 19 lhe dessem o nome de “Lei da Boa Razão” pelo maciço aparecimento da expressão –, passaria a reter um significado novo. Em um primeiro momento este novo sentido foi expresso na própria lei, e deveria ser

Ou aquella *boa razão*, que consiste nos primitivos principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, que a Ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural, formalizarão para servirem de Regras Moraes, e Civís entre o Christianismo: Ou aquella *boa razão*, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas: Ou aquella *boa razão*, que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantís, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Póvos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felices á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarcas, e Principes Soberanos: [...] (PORTUGAL, 1829, p. 411).

⁸ O que traça direcionamento a duas conclusões: (i) que a Lei da Boa Razão não obteve a eficácia pretendida ou (ii) que seu objetivo era puxar o gatilho de uma reforma que deveria ser feita pela reprodução de seus efeitos em legislação posterior (ANTUNES, 2011).

⁹ Essa medida tentou definir que apenas seria cabível recurso de revista de decisões judiciais que trouxessem manifesta nulidade ou justiça notória – até aqui as Ordenações já definiam – com relação ao direito estritamente português, excluindo a possibilidade de recurso com fulcro na violação de normas de direito romano (MARCOS, 2006).

Em 1772, os Estatutos Novos da Universidade de Coimbra trouxeram à tona uma definição mais específica.¹⁰ O que carregaram de mais inovador ao momento histórico em que foram publicados e passaram a reformular os estudos realizados na Universidade de Coimbra foram o método e a orientação de ensino (COSTA, 1996). Sob influência das universidades alemãs, o método proposto foi o “sintético-demonstrativo-compendiário”, em oposição ao silogismo, bastante comum no período.¹¹

O segundo livro dos Estatutos estabelecia o currículo das Faculdades de Leis e de Cânones juntamente com regras que intentavam guiar o modo como o ensino do direito deveria ser realizado. Sobre o direito natural, às leis pátrias e às leis das Nações Civilizadas foi exposto a referência ao “uso moderno”: “Indagarão o *Uso Moderno* das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hora habitam a Europa. E descobrindo, que Elas as observam, e guardam ainda no tempo presente;” (PORTUGAL, 1772, L. II, p. 272). Ainda, esclarecendo o que seria esse uso:

Para se instruírem no dito *Uso Moderno*, se aproveitarão os Professores do útil, e apreciável trabalho, que para o mesmo fim se acha já feito por grande número de Jurisconsultos em diferentes Livros; dos quais uns são escritos pela ordem, e serie dos Livros, e Títulos, e das Leis do *Direito Civil Romano*; e outros são formados por Metodos arbitrários: [...] De todos os sobreditos Livros extrairão os referidos Professores a Doutrina do dito *Uso Moderno* (PORTUGAL, 1772, L. II, p. 273-274).

Com base neste trecho, pode-se afirmar que a boa razão, inaugurada pela Lei de 18 de agosto de 1769, tinha ligação direta com as doutrinas dos grandes pensadores da escola alemã do *usus modernus pandectarum* (COSTA, 1996). De acordo com estes, a recepção do direito romano deveria ser realizada a partir de uma recepção prática, ou seja, os textos romanos teriam validade à tradição jurídica local na medida em que fossem úteis para resolver questões práticas. Em outros termos, seriam filtrados pela realidade por meio do instrumental disponível na experiência jurídica local (HESPANHA, 2005).

Assim, percebe-se que o foco principal das medidas postas em marcha a partir da década de 60 do século 18 era a maior difusão e aplicabilidade do direito régio. O objetivo da Lei da Boa Razão foi legitimar a lei régia como fonte principal do direito, salientando os princípios do direito natural, de forma a tentar uma maior aplicação, esforço este acompanhado dos Estatutos Pombalinos de reforma da Universidade de Coimbra em 1772 e a conseqüente introdução do estudo ao direito régio. Houve, pois, neste período, uma exaltação do direito natural e tentativa de formação da consciência de um direito “pátrio” (SILVA, 2000).

3 ADMINISTRAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA E OS ORGANISMOS INSTITUCIONAIS LOCAIS DA AMÉRICA PORTUGUESA

Passando-se aos organismos locais que receberam estes intentos racionalizadores e modernizadores, é importante mencionar que a estrutura local de administração da justiça ao longo de todo o Império Ultramarino na América Portuguesa era o Conselho Municipal, surgido nas comunidades locais portuguesas pela finalidade de proteção por meio do estabelecimento de uma ordem interna própria. Buscando uma espécie de extensão do poder central, a metrópole paulatinamente estabeleceu forais com esses Conselhos e passou a manter forças militares e serviços nas localidades, de forma a tornar o reino legítimo naquele *locus*. Assim, tornaram-se o espaço pelo qual os mandos régios eram difundidos ao longo das vilas do Império Ultramarino, contando normalmente com o auxílio e fiscalização de oficiais superiores aos Conselhos, sobretudo dos ouvi-

¹⁰ Estes instrumentos foram produtos da Junta de Providência Literária formada em 1770, cuja competência era analisar as causas da decadência do ensino universitário e propor medidas adequadas de reformas, e alcançaram extensa aplicabilidade prática, influenciando a produção doutrinal dos juristas do fim do século 18 e do 19. Desta Junta, ainda, houve a publicação do *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra*, em 1771, no qual houve a reafirmação de várias medidas contidas na obra de Luis Antonio Verney. Este *Compêndio* apontou como um dos graves defeitos do ensino jurídico a preferência absoluta que se realizava à aplicação do direito romano – neste inclua-se a interpretação extensa aos comentários de Bártolo e ao método bartolista – em detrimento dos direitos pátrio e natural (COSTA, 1996).

¹¹ Neste ponto, a obra de Verney influenciou bastante para a passagem do estilo de ensino por meio da retórica para um enfoque no modo de falar mais conciso e sintético, uma vez que era por intermédio deste formato que seria possível sair do âmbito das especulações infundadas e adentrar ao território da razão experimental. Isto é, o enfoque principal era um método que a boa razão indicasse ser útil para atingir a “verdade” (CARVALHO, 2005).

dores (MONTEIRO, 2001)¹². Nessa perspectiva, os municípios foram se tornando organismos estruturais ao Império, posto que, ao mesmo tempo em que mantinha, ao menos simbolicamente, o braço real na localidade, assegurava a autonomia nas decisões locais (SANTOS; SANTOS, 2003).

Segundo Maria Fernanda Bicalho (2001), as câmaras significaram – sobretudo em virtude da uniformidade institucional posta por meio das atribuições dos oficiais estabelecidas nas Ordenações (SANTOS, 2000) –, um órgão fundamental à sistemática de governo do Antigo Regime português no que se refere à sua construção, manutenção e continuidade.¹³ Os personagens que compunham o Conselho eram, geralmente, “cidadãos comuns, não treinados nos caminhos da lei, que se dispunham a servir a comunidade por um ano” (SCHWARTZ, 2011, p. 30-32), contudo frequentemente os oficiais eram reconduzidos aos seus cargos, o que lhes permitia permanecer por mais de um ano no exercício.¹⁴

Com essa configuração, e considerando a ideia de que as relações entre a metrópole e a América Portuguesa baseavam-se numa rede de interdependência, pode-se afirmar que o direito praticado conforme as particularidades locais configuravam um pluralismo efetivo, tendo em vista que as Ordenações – conhecidas como as leis “gerais” do Império – não impunham a totalidade normativa, nem caminhavam a esta pretensão (PEREIRA, 2009). Nesse viés, a montagem do Império Português ultramarino era feita com a construção de centros periféricos de poder concentrados nesses Conselhos Municipais, detentores de autonomia e poder de negociação com a coroa (BICALHO, 2009). Nos termos da perspectiva de Schwartz (2011), os órgãos administrativos instalados na América Portuguesa tentavam reproduzir as construções existentes em Portugal, mesmo que repletos de antagonismos. A colônia não era uma organização exatamente nos termos do que pautava a Coroa à metrópole, dando espaço à alteridade (FURTADO, 2009). Não se pode acreditar em uma autonomia absoluta dessas instituições, muito menos que eram completamente independentes da metrópole; o que se verifica é uma amplitude nas atribuições conselheiras e na autonomia para que a instituição de ordens régias fosse feita conforme os interesses locais, configurando uma autonomia relativa.

4 REFLEXOS DAS REFORMAS JURÍDICAS POMBALINAS NA VILA DE CURITIBA

Criada formalmente em 1693 a partir de um requerimento jurídico elaborado pelos membros da povoação¹⁵, a Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba foi comprada pelo rei de Portugal no início do século seguinte, em 1711. Nesse caminho, foi ao longo do século 18 que a Câmara seguiu, gradativamente, tomando forma de organismo de administração ativa, e, em razão disto, é, em grande medida, representativa do desenvolvimento urbano de várias outras localidades da colônia que, de igual maneira, obtiveram estruturação de aparatos político-jurídico-administrativos neste século. Insta salientar o caráter paulatino, mesmo porque, segundo sustentado por Magnus Pereira, até os anos setecentos as atribuições camarárias não eram voltadas à realização de serviços “públicos” à população da Vila, tanto que sua estrutura não fora preparada para tal execução (PEREIRA; SANTOS, 2003).

¹² Os ouvidores, por terem maior conhecimento da legislação (uma vez que detinham necessariamente a formação bacharelesca) e maior contato com conselhos régios, confrontavam algumas vezes os juizes ordinários. Para além, o espaço de exercício dos Conselhos camarários estava limitado, igualmente, pelos Tribunais da Relação (instância superior recursal), e também cabe citar a justiça privada, ou justiça senhorial, jurisdições que estavam fora do alcance da câmara municipal e normalmente eram regidas pelo mandonismo rural (WEHLING; WEHLING, 1999).

¹³ Inclusive, foram essas as principais instituições administrativas da colonização que construíram e mantiveram, até pelo menos o século 18, estrutura de administração ambígua do Império Ultramarino (BICALHO, 2001).

¹⁴ A ausência de treinamento, conforme “o caminho da lei”, significava a falta do bacharelado em direito, o que não remete a esses oficiais a característica necessária e indissociável da rusticidade. Embora desprovidos da formação teórica, consoante defende Luís Fernando Lopes Pereira (2009), o exercício prático usualmente fornecia aos oficiais dos conselhos modos de apreensão das técnicas da instituição. Ou seja, em que pese não detivessem características de “letrados”, não significa que seriam ignorantes quanto aos regramentos do Império, rústicos ou, até mesmo, analfabetos.

¹⁵ As origens do povoamento de Curitiba ocorreram em meados do século 17 em razão de notícias de existência de ouro nestes territórios. Neste momento houve concessão de terras da região a título de sesmarias e a instalação de pequenos povoados, sendo a tomada de posse, com elevação do povoado à condição de vila e levantamento do pelourinho por Gabriel de Lara em nome de Marquês da Cascais (donatário de quase a integralidade das terras meridionais da América Portuguesa), realizada apenas em 4 de novembro de 1668. Posteriormente, a requerimento dos moradores do povoado – fundamentado nas Ordenações Filipinas –, em 1693 houve a eleição do *Concelho Municipal da Vila de Curitiba* e a criação das justiças (NEGRÃO, v. I, 1906).

No que se refere à circulação de regramentos régios nas práticas camarárias, Luis Pereira (2013) expõe que, entre os documentos atinentes às receitas e despesas da Câmara Municipal de Curitiba, compilados no Boletim do Archivo Municipal de Curytiba, identificam-se pagamentos realizados em razão da compra, pelo Conselho, de uma coleção dos livros da referida legislação régia em 1704 (NEGRÃO, v. VI, 1908), bem como entre 1706 e 1709. Este contato com a legislação imperial pode ser comprovado, também, pela documentação mantida no acervo do Arquivo Público do Estado do Paraná, quais sejam, os processos judiciais formalizados desde, pelo menos, 1697¹⁶, além de a documentação constante do Boletim do Archivo Municipal de Curytiba conter várias menções de Francisco Negrão aos inventários formalizados já desde 1693. Isso traz evidências contrárias às características da oralidade, da “rusticidade” (de oficiais leigos) e da aplicação isolada dos costumes e tradições locais direcionados a localidades fronteiriças, relacionando ao que Pereira salienta sobre o considerável grau de tecnicidade reproduzida nos atos institucionais da vila. Por mais que desprovidos, num primeiro momento, do conhecimento técnico letrado, os oficiais “vão a eles se familiarizando com o tempo, aprendendo a manejar as técnicas e a respeitar os procedimentos da esfera judicial que se montava nas Câmaras.” (PEREIRA, 2013, p. 592).

É salutar que seja ressaltada a importância do que foram as fontes da Câmara Municipal de Curitiba para contradizer a crença de que a aproximação dos oficiais desta Vila para com o direito régio e a burocratização própria dos aparatos administrativos imperiais portugueses, teria vindo tão somente com a correição do ouvidor Pardino em 1721. Os provimentos de correição deixados por este ouvidor não foram, pois, o primeiro contato dos oficiais camarários da Vila de Curitiba com os regramentos do Império português, todavia reconhece-se a importância desta correição, uma vez que “foram elementos centrais na difusão dos procedimentos cabíveis às Câmaras e regulamentados pelas Ordenações” (PEREIRA, 2013, p. 598).¹⁷

Nomeado ouvidor da Capitania de São Paulo pela administração jurídico-política régia em 1717, o Ouvidor Raphael Pires Pardino promoveu correições em toda sua jurisdição ao longo dos primeiros anos a partir da data em que tomou posse do cargo.¹⁸ Em 1720 compareceu à Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba e deixou seus Provimentos em 26 de janeiro de 1721, contendo, em carta ao Rei de Portugal, suas impressões comparativas ao restante das vilas do Império. Em várias passagens expressou que os oficiais camarários não realizavam determinadas atribuições de acordo com o que normalmente se fazia em outras vilas do Império, por exemplo, o costume de não se abrir devassas¹⁹, ou nas que foram abertas não havia culpados em razão da suposta “malícia dos juízes”. Isto é, os membros camarários tinham conhecimento das atribuições no que diz respeito ao processamento de crimes, mas talvez existissem interesses locais relacionados a determinadas causas que os fizessem acreditar ser mais vantajoso ou sem necessidade o seguimento dos regramentos nos exatos termos conforme expostos nas Ordenações. Nesse sentido, o Ouvidor demonstrou, já ao início de seus provimentos, a preocupação em deixar minuciosidades acerca do padrão havido no Império Português, mesmo porque era a primeira correição realizada nestas localidades e, em tese, existiria a necessidade de deixar “com mais extensão estes capítulos, para que observando os evitem as desordens em que até agora alguns tropeçavam por ignorância, e os maliciosos, não tenham já a desculpa de ignorantes. (Esta é a primeira correição)” (NEGRÃO, v. VIII, 1924, p. 6).

Em geral, pode-se afirmar que o objetivo dessas correições era manter uma coerência no tocante à organização (administrativa, judicial, política, urbanística, etc.) e aos aspectos da vida cidadina (até mesmo no que

¹⁶ Como os autos de inventário de Balthazar Carrasco dos Reis, mantido no acervo do Fundo do Poder Judiciário Estadual sob o código BR PRAPPR PB045 PC01.1.

¹⁷ É importante mencionar que estes mesmos provimentos foram repetidos em seu conteúdo até o século 19, quando ocorreu a mudança nos organismos de administração jurídico-política pela legislação imperial (SANTOS, 2000).

¹⁸ Embora tal correição localize-se numa temporalidade que extrapola os limites do recorte selecionado para o presente trabalho, cabe manter saliência de que foram reproduzidos pela maioria dos ouvidores posteriores ao Pardino. Inclusive, nos períodos em que a Vila de Curitiba restou sem correições, eram tais provimentos relidos pelos oficiais camarários ao início de cada ano (NEGRÃO, v. VIII, 1924).

¹⁹ Quanto a este mando específico, o ouvidor exemplificou os procedimentos que deveriam ser seguidos e ressaltou a importância e se tirarem devassas gerais a cada início de ano, as denominadas janeirinhas. Embasando-se neste provimento, pode-se resgatar o viés de Mario Sbriccoli, segundo o qual a justiça criminal passava a ser visualizada como um importante fator social e, portanto, deveria ser trazida para o interior dos aparatos régios de administração da justiça para que fossem solucionadas, retirando da esfera puramente privada (NEGRÃO, v. VIII, 1924; PEREIRA, 2013; SBRICCOLI, 2009).

se refere à obrigatoriedade das festas católicas, determinando o comparecimento dos oficiais e moradores a estes eventos) (NEGRÃO, v. VIII, 1924); para além, buscava também aproximar simbolicamente o poderio régio dos cidadãos (ARAÚJO, 2011). A busca era por uma padronização, conforme os mandos régios, entre as vilas da jurisdição, principalmente no que diz respeito às justiças e à administração, deixando suas provisões às câmaras municipais (PEREIRA, 2013). Ou seja, não era uma preocupação, neste momento, o controle da vila com objetivos de centralização político-jurídico-administrativa na metrópole portuguesa; era muito mais uma atitude simbólica que intentava disseminar no sertão da América Portuguesa os costumes e regramentos cultivados em Portugal e nas vilas mais centrais da colônia.

Particularmente à obrigatoriedade das festas religiosas, é possível entrever a estruturação prática da convivência cidadina da sociedade corporativa de Antigo Regime ligada ao imaginário religioso. Isso representa, em grande medida, a vinculação às relações de pertencimento desses povoados ao Império Ultramarino Português. Isto é, a religiosidade estimula não só a presença simbólica do rei em todos os territórios de conquistas²⁰, estabelecia, ainda, uma linguagem comum construída administrativamente por uma monarquia pluricontinental: a disciplina social católica, o que conferia uma espécie de “uniformidade” ou “apadronamento” entre as localidades.

Em que pese cada local reproduzir costumes e práticas específicos, a dinâmica religiosa, numa espécie de disciplina social, conferia certa dinâmica social assemelhada em todo o império. Ou seja, a religião atua também como uma espécie de regramento de condutas sociais, gerando a reprodução de comportamentos semelhantes entre as vilas e comarcas mesmo que distantes. Não se exclui que a característica de autogoverno bem como as hierarquias sociais costumeiras, traçam histórias sociais diferentes para cada região, mas pode-se afirmar que, por mais diversas que sejam essas trajetórias, têm determinados pontos de conexão. Conforme a perspectiva de João Fragoso e Roberto Guedes (2014, p. 14), “Aqui, não custa insistir na ideia de obediência, pois ela era capaz de exercer o papel dos mecanismos de controle [...]”. Essa disciplina, em grande medida, era o que possibilitava, ao mesmo tempo em que fosse mantida a reverência e a subordinação (simbólica e política) ao rei, confundidas com o temor a Deus, ser exercido, no âmbito da localidade camarária, o autogoverno como base dessa monarquia corporativa.

Pode-se afirmar que, a partir do momento em que a Vila de Curitiba passou a fazer parte do Império Ultramarino Português, a comunidade local obteve um considerável crescimento urbano. Sugere-se que o fato de o rei – após noticiado pelo ouvidor em 1720 a respeito da extrema pobreza em que sobreviviam as vilas localizadas no extremo sul da América Portuguesa – ter permitido o comércio com a colônia do Sacramento, e, conseqüentemente, com a região de Buenos Aires (sobretudo de madeiras, cal de ostras, telha, tijolos e demais frutos da terra), auxiliou em grande escala o desenvolvimento urbano da região (NEGRÃO, v. II, 1906).²¹

Logo após as correções de Pardinho, em 1723, foi criada a Ouvidoria de Paranaguá²², com a finalidade de retirar a competência da Ouvidoria de São Paulo pela parcela sulista da colônia. Assim, foi dividida a Capitania de São Paulo em duas comarcas, instituída a nova Ouvidoria com jurisdição sobre Curitiba, Paranaguá, Cananéia, Iguape, São Francisco, Laguna e, ao longo do século 18, foram elevadas à condição de vila e incorporadas à jurisdição as povoações de Desterro (1726)²³, Lages (1771), Guaratuba (1771), Castro (1789) e Antonina (1797) (PEGORARO, 2007).

A respeito do vínculo da Vila de Curitiba à Capitania de São Paulo, cabe citar que entre 24 de agosto de 1748 e 8 de agosto 1765²⁴, o governo “autônomo” de São Paulo foi extinto e permaneceu esta Capitania, constituída pelas Comarcas de São Paulo e Paranaguá, vinculada ao governo do Rio de Janeiro. Nesse período, “O Governador militar da Praça de Santos teve seus poderes ampliados e a sua jurisdição se estendeu a comarca

²⁰ Uma vez que a noção de sociedade corporativa trazia a ideia de que a ordenação natural das coisas era dada por Deus e a pessoa que receberia o dom máximo de toda essa sociedade era o rei.

²¹ Sem olvidar o caráter paulatino sustentado por Pereira e Santos (2003).

²² Por Carta Régia de 17 de junho de 1723 a partir de proposta deste mesmo ouvidor (NEGRÃO, v. VIII, 1924). A Ouvidoria da Comarca de Paranaguá foi mantida até 1812, ano em que a sede da comarca foi transferida para Curitiba.

²³ Em 1738 houve a instalação do governo da Ilha de Santa Catarina, e, em 1749, Desterro foi elevada à condição de cabeça de comarca, saindo da jurisdição da Ouvidoria de Paranaguá (PEGORARO, 2007).

²⁴ Data de acordo com a primeira ordem de Luiz Antônio de Souza, governador da Capitania de São Paulo (NEGRÃO, XIV, 1925).

de Paranaguá e seu districto.” (NEGRÃO, v. XII, 1925a, p. 31). Verifica-se que a este governador foram encaminhados instrumentos de administração da justiça, evidência retirada da “Carta Regia sobre collecções das Leis expedidas para Ultramar” de 9 de abril de 1754:

Faço saber a vos governador da Praça de Santos, que por ter mandado formar hua coleção de todas as Leys, Regimentos, e ordens q’ se tem expedido p.^a ultramar, e ser conveniente p.^a este fim saberse as q’ tem ido p.^a esse Governo. Me pareceo ordenarvos, p.^a com a mayor brevidade remetais ao meu conselho ultramarino hũ treslado autentico de todas as ditas ordens, Leys, Regimentos, e Alvarãs q’ desde o principio desse Governo se expedirão p.^a elle, tanto p.^a a bõa administração de minha Fazenda, como da justiça, as quais se hão de achar registadas na Secretaria desse Governo, e repartições de minha Fazenda, ou se consarôm nas ditas partes, e nos Senados da Camera desse Gov.^o cuja delligencia vos hey por m.^{to} recomendado. [...] (NEGRÃO, v. XIII, 1925b, p. 33-34).

Em agosto de 1765 à Capitania de São Paulo, que voltou a possuir governo autônomo, foi nomeado Luiz António de Souza como governador. A este retorno do governo de São Paulo, Francisco Negrão atribui méritos às políticas pombalinas²⁵, colocando a ação como objetivo à ocupação da região meridional do território da América Portuguesa.

Neste particular, de fato observam-se, nos Documentos Interessantes para a História e os Costumes de São Paulo, volumes relativos às expedições ao Iguatemy, a Guarapuava e a Tibagy, revelando esforços militares para a ocupação do sertão de Curitiba. Além da coordenação dos movimentos de expedições para o povoamento de novas regiões a oeste, foi também o governador competente em levar às localidades sob sua jurisdição os ensejos metropolitanos.

Remeto a vossas merces a colleção impressa e autentica que comtem a Lei de seis de Mayo do anno proximo preterito de mil sete centos e secenta e sinco, por que Sua Mag.^{de} que Deus g.^{de} declarou obrepticios, subrepticios e de nenhum efeito pello que pertence aos seos Reinos e Dominios hum breve de nova conformação do Instituto da Suciedade denominada de Jesus e os seos exemplares: A petição de tecer e o do Procurador da Coroa sobre a matéria decedida na referida Ley. E a carta passada no Real Nome de Sua Magestade a 4 de Mayo do sobredito anno de 1765 em virtude de Alvara de trinta de Abril do referido anno expedido a inztancia do mesmo procurador da Coroa, e imcorporado na dita carta sobre a identidade de forma contextura eteor de cinco Provizois de quatro Loto de outros tantos Regulares da dita Suciedade de que nella se faz menção. [...] E he Sua Mag.^{de} que Deus guarde Sevido, que vossas merces em observância do Alvara de trez de Setembro de 1752 mandem resistar a referida Colleção nos livros de Registo dessa Camera com toda a brevidade, e da mesma sorte que esta dita sem lhe diminuir nem acreçentarcouza alguma e depois ma fação remeter a Secretaria deste Governo pera ser Registada nas mais Cameras por ser a perpetuidade da mesma muito conveniente ao serviço de Deus e de Sua Magestade, e ao Bem comum e tranquilidade publica destes Reinos e suas conquistas [...] Sam Paulo a 31 de Outubro de 1766. Dom Luiz Antonio de Souza. (NEGRÃO, v. XVI, 1925c, p. 37-38).

No particular das relações entre a Câmara da Vila de Curitiba e os ouvidores de Paranaguá, insta expor que, no período de 1769 a 1777, foram ouvidores Jeronimo Ribeiro de Magalhães (PEGORARO, 2007), nomeado em 1754, e Antonio Barbosa de Matos Coutinho, chancelado em 8 de abril de 1772 e exercente nos anos de 1774 a 1783. Segundo as fontes compiladas no Boletim do Archivo Municipal de Curytiba, Ribeiro de Magalhães teria assumido a ouvidoria de Paranaguá em 10 de maio de 1755 (NEGRÃO, v. XII, 1925a), no entanto

²⁵ “O grande ministro e extraordinario estadista que foi o Marquez de Pombal, de prompto percebeu a situação política e o grave erro que seus antecessores haviam praticado e o corrigio, restabelecendo o Governo de S. Paulo, com o que integralizou o Brasil já em parte em poder dos Castelhanos. D. Luiz de Souza ao ser investido do cargo de Governador trouxe a missão de fazer a integralização do hinterland da parte meridional do Brasil que se achava em poder, em grande parte, dos hespanhóis. As expedições a Guarapuava e ao Iguatemy, como a fortificação do littoral, fizeram parte do vasto problema politico de Pombal, e as expedições militares de então não tiveram outro caracter.” (NEGRÃO, v. XII, 1925a, p. 31).

seu nome já aparece registrado como ouvidor em documento de 1751, escrito pelo doutor sindicante João Tavares de Abreu.²⁶

Oficial português letrado, Ribeiro de Magalhães, conforme documentação contida no Boletim do Arquivo Municipal de Curitiba, trouxe ao conhecimento das Vilas sob a jurisdição da Ouvidoria de Paranaguá, a íntegra de determinados atos legislativos editados pelo rei. Assim, dava publicidade aos mandos de D. José I, conforme os Registros de Carta Precatória datados de maio de 1755, e os Provimientos Régios, de outubro de 1754 (NEGRÃO, v. XII, 1925a). Por meio desses documentos, pode-se concluir que a Câmara da Vila de Curitiba recebia, ao menos neste período, notícia das leis e provisões régias. Assim, nessa oportunidade foram publicadas, e direcionadas aos juizes da Câmara de Curitiba, legislações que evidenciam tentativas de mudanças quanto à organização da justiça. É possível identificar nesta passagem, que já havia sido publicada em 19 de outubro de 1754, uma medida que tentou reformar a justiça nos domínios do Império Português.

O Doutor Jeronimo de Magalhães do dezembargo de sua Magestade, que Deus Garde, e seu Ouvidor Geral nesta Comarca de pernagua com alçada pello dito senhor, agora Juiz sindicante do Baxarel Na.¹⁰ Pires da Silva e Mello Porto Carreiro Ouvidor que foi da mesma Comarca &. Faço a saber a todos os senhores Doutores Corregedores, Ouvidores, Provedores, Juizes de fora e ordinario e mais pessoas e oficiais de justiça destes reinos e senhorios de portugal em que elles perante quem os coais esta minha carta precatoria for apresentada, e o verdadeiro conhecimento della se pedir e requerer por calquer forma ou rezão que seja a todos em geral e cada hum em particular em suas jurisdicoins e em especial aos senhores Juizes ordinarios da villa de Coretiba desta Comarca em como sua Magestade que Deus guarde foi servido em o dia 19 de Outubro de 1754 por mulgarhua Lei sobre a declaração e estenção do para gafôcatorse da re formação da Justiça para se praticarem em todos os seus domínios, ordenandome faça resistar publicar em todas as Cameras desta Comarca e rezistar em a correição della remetendo a sertidão em como asim o cumprio, [...]. Ley por que V. Mag,^{de} ha por bem e manda que a providencia dada no paragrapho 14 da lei e reformação da Justiça para que nos Cazoz que provados merecem pena de morte natural poção prenderce antes de culpa formada etc. Para V. Magestade ver. Seguem-se os respectivos Registros. E nam se continha em a dita precatoria que eu a qui bem e fiel mente a fiz tresladar do proprio original ao que me Reporto e vai na verdade sem cauza de Duvida faça.

Coritiba 27 de Maio de 1755 annos (NEGRÃO, v. XII, 1925a, p. 45-47; v. VIII, 1924, p. 82-95).

A atuação de Magalhães, no entanto, durou apenas até meados da década de 60 do século 18, pois teria sido preso em razão das arbitrariedades que cometera enquanto ouvidor (PEGORARO, 2007). Segundo Francisco Negrão (v. VIII, 1924, p. 82), “Administrou a justiça despoticamente pelo que houveram contra elle diversas representações da Camara de Paranaguá e do Povo.”

Nestes termos, as aparições de Ribeiro de Magalhães como ouvidor ao longo das fontes compiladas no Boletim, ocorrem até o início de 1760²⁷, mas já em 25 maio do mesmo ano há o nome de Alexandre de Moraes Franco atuando nesse ofício (NEGRÃO, v. XIII, 1925b). Também, em novembro de 1765, Christovão Pinheiro França (NEGRÃO, v. XVI, 1925c) e em março de 1766, João da Silva Pinheiro (NEGRÃO, v. XVI, 1925c). Não foram encontradas, porém, correições movidas por estes oficiais, posto que, entre os Provimientos de Ribeiro de Magalhães e António Barbosa, há:

Seguem-se doze certidões de terem sido lidos os Provimientos aos Juizes e Officiaes da Camara, passadas a e de Junho de 1761, 17 de Setembro de 1762 e 31 de Outubro de 1763 pelo Escrivão Manoel Borges de Sam Payo; de 5 de Janeiro de 1765 e 5 de Janeiro de 1766 pelo Escrivão João Pereira de Azevedo; a 16 de Janeiro de 1767, 2 de Janeiro de 1768, 4 de Fevereiro de 1769, 10 de Janeiro de 1770, 3 de Agt.^o de 1771, e de Janeiro de 1772 e 23 de Janeiro de 1773 passadas pelo Escrivão António Francisco Guimaraes, e que por falta de interesse não se reproduzem. F. N. (NEGRÃO, v. VIII, 1924, p. 95).

²⁶ “V.^o em residencia do Ouvidor Jeronimo Rib.^o de Mag.^{es} Como S. Mag.^{de} foi servido mandar publicar e registrar Regimento dos Selarios e emolumentos p.^a as justisas se regularem na q’ podia o sindicato apartarse da sua detreminação por se q.^{ef} introduzir outro abuso e irracionável costume q’ o d.^o regimento excluiu, e por esta rezão deve restituir o escrivão e meirinho que tem obrigação de não aseitarem mayores sportulas, nem outras que lhe não da a ley a quantia de 9\$600 que levarão e se mostra a fls. 110 e 113 repondo as na Camera da Villa de Coretiba. He m.^{to} preciso examinarsse se p.^a esta nova freguesia, Parocho, separação cobra dos *Moradores de S. José* do d.^o da villa de Coretiba houve para ella resolução e ordem de S. Mag.^{de} sem o que se não deve consentir. Pernaguá 4 de Novembro de 1751. Abreu” (NEGRÃO, v. VIII, 1924, p. 94-85).

²⁷ As aparições de Magalhães ocorrem no v. XIII, p. 34, 34-35, 39, 39-40, 40-41, 42, 46 do Boletim.

No período posterior, de 1774 a 1783²⁸, exercia a função Antonio Barbosa de Matos Coutinho (PEGORARO, 2007). Os provimentos de Barbosa, feitos em 1774, foram, em maioria, no sentido da fixação dos preços, da organização física da Vila e fixação dos rendimentos dos oficiais camarários.

Diante da documentação exposta²⁹, o posicionamento tem sido sedimentado no sentido de que, na prática da administração da justiça da localidade da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba, havia a circulação de uma cultura jurídica de nível técnico e sofisticado tanto quanto em vilas maiores e comarcas de importância para a metrópole imperial. Obviamente a aplicabilidade e os estilos não são configurados nos exatos mesmos termos entre o Conselho local e aparatos político-jurídicos de vilas e cidades mais importantes no complexo ultramarino, todavia é possível entrever os esforços dos oficiais locais.

As medidas reformistas mais perceptíveis ao longo da análise da documentação, para além da expulsão dos jesuítas³⁰, ocorreram no âmbito administrativo da cidade, principalmente na organização física (predial) da Vila, na instituição de medidas para saneamento e na atuação da polícia, conforme o bando encaminhado pelo governador Luiz António de Souza em 4 de dezembro de 1766:

Dom Luiz Antonio de Souza Mourão digo de Souza Butelho Mourão Morgado de Matheus Fidalgo da Casa de S. Mags.^{de} [...] Governador e Capitão General da Capitania de Sam Paulo. [...] Fasso saver que havendo Sua Magestade que Deus guarde conçiderado o grande numero de vadios e vagabundos que por toda aparte dos Dominios desta America andão grassando ou cometendo horrosos insultos sem temos de Deos nem das justissas de S. Magestade e transportandoçe de humas Capitancias peras outras pera não poderem ser presos ou vivendo nos Matos sem domicillio certo, ou em citios volantes, onde a maneira de membros podres ou paralictos de corpo humano não são uteis pera o bem comum, nem pera sy tomando este negocio na sua Real consideração fuy servido mandar observar em todos os seus Dominios as Leiz da Pulicia de vinte e cinco de Junho de mil e sete centos e secenta [...] (NEGRÃO, v. XVI, 1925c, p. 33-36).

Também no âmbito econômico, observa Magnus Pereira (2003, p. 21-23), houve estímulo do mercado livre (com os preços dos alimentos sendo tabelados). A exemplo disto, o primeiro provimento da correição do ouvidor António Barbosa de Matos Coutinho, em 15 de janeiro de 1774, estabelece uma padronização dos preços de determinados gêneros alimentícios vendidos na Vila.

Proveo e' de oje em diante não possão os mercadores e Tavernr^{os} [...] de azeite, vinho, vinagre e aguas ardentas vender por outras que não sejam reguladas pelo novo Padrão q' de presente tenho introduzido na cabeça desta Comarca porq' assim se evite a venda de frascos tão prejudicial ao povo, [...] (NEGRÃO, v. VIII, 1924, p. 96).

O mesmo ouvidor determinou aos almotacés medidas de vigilância dos preços, estabelecendo o critério do “racionável” para a fixação desses valores. Ainda, atribuiu ao mesmo oficial a vigilância da limpeza das ruas da Vila, salientando que o cargo camarário da almotaçaria é voltado exatamente às questões de “administração” da Vila no que se refere ao cuidado do espaço físico.

Aos Almotaseis encarrego a observancia do Capitulo 1.^o sobre a *limpeza das ruas, porq' ser este o fim p.^a q' são creados como membros da Camera* e a ellesp.^{ar}m.^{te} tocar a provid.^a das limpezas das mesmas ruas, assim como de reverem as lojas e fazerem s suas Almotaçarias com regularidade atendendo ao racionavel, preço porq' as coizas se devem vender e não levandosse de paixõens, e efeitos, porq' legd.^a a experiencia me mostra ha muito pouco zelo nesta parte, porq' deichão vender tudo como *a vond.^{te} do dono*, e vendedor o que praticar pagando os Pobres por hum preço como em alguns dos gêneros se me fez ver, e os ricos pagão pello que querem ou comodam.^{te} se ajustão e p.^a evitar este dannoja se deve respeitar em bem comum são creadas os Almotaces, Assim lho encarrego em observancia de sua obrig.^{ao} penna de lhes aver em culpa toda a omissão.

Barbosa (NEGRÃO, v. VIII, 1924, p. 98).

²⁸ Conforme Francisco Negrão (v. VIII, 1924), o ouvidor António Barbosa de Mattos Coutinho foi ouvidor de Paranaguá de 1776 a 1783.

²⁹ E, também, com embasamento em outras pesquisas desenvolvidas pela autora.

³⁰ A título de exemplo, há correspondência datada de 3 de setembro de 1768 de Luiz António de Souza encaminhada à Câmara de Paranaguá, ordenando eleição de novo ouvidor, uma vez que o oficial ocupante de tal cargo era padre da Companhia de Jesus e, segundo lei régia de 28 de agosto de 1767, era proibido que jesuítas ocupassem cargos públicos (ARQUIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO, v. LXVIII, 1944).

Note-se que, neste mando, o ouvidor utiliza a ideia do “racional” como critério para a fixação dos preços na Vila. Em certa medida, pode ser um reflexo da tentativa de impressão de uma nova compreensão acerca da racionalização nos aparatos administrativos, uma vez que a noção da razão não aparece em passagens anteriores. O critério de ponderação, utilizado anteriormente, é, como excertos já aqui reproduzidos, o bem comum, a saúde e o equilíbrio do reino corporativo.

Esses aspectos do crescimento urbano, entretanto, conforme salienta Pereira (2003), não podem ser confundidos com a introdução na câmara de um embrião iluminista. O direcionamento camarário continuou sendo político, permeado pela moralidade, com representação dos moradores locais, com espaço para que estes realizassem discussões acerca da Vila nos termos das limitações dos regimentos camarários (dos almotacés), elucidados pela mentalidade de ordem conforme a tradição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa prestou a tentativa de, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, verificar ao menos uma parcela do enlace havido entre as características mais importantes entre aquelas reproduzidas no âmbito macro do Império Português e o direcionamento das atuações dos oficiais na colônia. Neste entre-meu, tentou-se verificar de que forma se deu essa recepção, bem como se houve repasse às vilas – incluindo questões de como, quando, porque houve recepção e quais foram os motivos da presença ou ausência dos seus reflexos. Imerso no contexto de um encadeamento de fatores existentes no espaço e no tempo recortado, buscou-se o que, de fato, produziu efeito e o que não produziu.

Diante do exposto, é possível afirmar, portanto, que as reformas pombalinas na administração da justiça não ensejaram rupturas na prática do aparelho político-jurídico-administrativo da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba nos períodos de 1769 a 1777. A título de explicação dessa questão, levanta-se um posicionamento: o modo da administração da justiça em Curitiba não sofreu rupturas no período pombalino por estar concentrado num organismo conselho que, imerso no imaginário e no simbolismo de pertencimento ao Império Ultramarino Português, buscou estar na mesma esteira do que se acreditava ser aplicado no restante do Império. Ou seja, a tentativa de estar de acordo com o que se imaginava estar correto em relação à metrópole, fez com que os oficiais camarários da Vila prestassem grande parte de suas ações em consonância com as Ordenações, com a legislação extravagante e com os mandos régios de que tinham conhecimento por meio da Ouvidoria de Paranaguá e do governo da Capitania de São Paulo. Ainda, neste auxílio, havia leitura anual dos Provimientos deixados pelo Ouvidor de São Paulo, Raphael Pires Pardinho, o que vem ao encontro do pensamento de que, de fato, os oficiais buscavam estar em consonância com o padrão imperial. Revela-se, assim, uma região na qual as regras gerais e o direito consuetudinário se inter-relacionavam.

A forma pulverizada de colonização, embasada em instituições locais, no modelo monárquico corporativo (HESPANHA, 1994) – impresso nele o simbolismo atrelado à imagem do rei – trazido à América Portuguesa, fez com que o vínculo estabelecido entre os súditos e o rei fosse forte de tal forma a remoldar uma organização social, em que os detentores de ofícios da justiça eram de grande importância ao governo corporativo do ultramar português (SCHWARTZ, 2011).³¹

Por derradeiro, registre-se que esta exposição não ensejou o esgotamento do tema, sobretudo no que se refere às leituras da documentação histórica disponível. Embora ainda existam caminhos em aberto a serem percorridos, o apontamento a que se direciona até o presente momento é o de que o braço, formalmente considerado, das reformas na administração da justiça, não alcançara de modo abrupto e direto a região colonial em que se situava a Vila de Curitiba. Não se pode olvidar, todavia, que, politicamente, mesmo que de forma bastante indireta e paulatina, a reprodução de atividades no sentido de uma administração mais ativa da vida cidadina se fez sentir na região colonial da Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba.

³¹ A própria configuração da sociedade corporativa de Antigo Regime era muito vinculada às relações de pertencimento desses povoados ao Império Ultramarino Português, estimuladas pela presença simbólica do rei em todos os territórios de conquistas. Ainda, havia uma linguagem comum construída administrativamente por uma monarquia pluricontinental: a disciplina social católica, o que conferia uma espécie de “uniformidade” ou “apadronamento” entre as localidades. Isto é, em que pese cada local reproduzir costumes e práticas específicos, a dinâmica religiosa, numa espécie de disciplina social, conferia certa dinâmica social assemelhada em todo o império. Isso possibilitava que a subordinação às autoridades, e especialmente ao rei, “fosse confundida com o amor a Deus. Mas também possibilitava que o autogoverno dos municípios fosse a base da monarquia polissinodal e corporativa” (FRAGOSO; GUEDES, 2014, p. 21).

6 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, A. de A. Pelo rei, com razão: sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 452, p. 15-50, 2011.
- ARAÚJO, D. R. W. *A Almotaxaria e o direito na Vila de Curitiba (1737-1828)*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2011.
- ARCHIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Publicação de documentos interessantes para a história e costumes de S. Paulo*. São Paulo: Tipografia do Globo, 1940. V. LXV, LXVIII, LXXVII.
- ARCHIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Publicação de documentos interessantes para a história e costumes de S. Paulo*. São Paulo: Typographia Andrade & Mello, 1944. V. LXVIII.
- ARCHIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Publicação de documentos interessantes para a história e costumes de S. Paulo*. São Paulo: Typographia Andrade & Mello, 1954. V. LXXVII.
- BICALHO, M. F. B. As câmaras ultramarinas e o governo do Império. In: FRAGOSO, J. (org.). *O antigo regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- BICALHO, Maria Fernanda. Da colônia ao império: um percurso historiográfico. In: BICALHO, Maria Fernanda; FURTADO, Júnia Ferreira; SOUZA, Laura de Mello e (orgs.). *O governo dos povos*. São Paulo: Alameda, 2009.
- BICALHO, M. F. B.; FURTADO, J. F.; SOUZA, L. de M. e (org.). *O governo dos povos*. São Paulo: Alameda, 2009.
- BORGES, J. N. Das justiças e dos litígios; a ação judiciária da Câmara de Curitiba no século XVIII (1731-1752). 2009. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Curitiba, 2009.
- BOXER, C. *O Império marítimo português: 1415-1825*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- CARVALHO, E. T. de. *Verney e a questão do Iluminismo em Portugal*. 2005. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Humanas Letras e Artes, Curitiba, 2005.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1996
- FRAGOSO, J. L. R.; GUEDES, R. Apresentação: notas sobre transformações e a consolidação do sistema econômico do Atlântico luso no século XVIII. In: FRAGOSO, J. L. R.; GOUVÊA, M. de F. *O Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. V. 3.
- FURTADO, Júnia Ferreira. Diálogos oceânicos: Minas Gerais e as novas abordagens para o império marítimo português no século XVIII. In: BICALHO, Maria Fernanda; FURTADO, Júnia Ferreira; SOUZA, Laura de Mello e (org.). *O governo dos povos*. São Paulo: Alameda, 2009.
- GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GROSSI, P. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, R. M.; SEELANDER, A. C. L. (org.). *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2008.
- HESPANHA, A. M. *Às vésperas do Leviathan: instituições e poder político*. Portugal – séc. XVII. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- MARCOS, R. M. de F. *A legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.
- MAXWELL, K. *Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- MONTEIRO, N. Trajetórias sociais e governo das conquistas: Notas preliminares sobre os vice-reis e governadores-gerais do Brasil e da Índia nos séculos XVII e XVIII. In: FRAGOSO, João (org.). *O antigo regime nos trópicos; a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1906. V. I.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1906. V. II.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1908. V. VI.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Livraria Mundial, 1924. V. VIII.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1925a. V. XII.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Imprensa Paranaense, 1925b. V. XIII.

- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Impressora Paranaense, 1925c. V. XVI.
- NEGRÃO, F. (ed.). Boletim do Archivo Municipal de Curytiba. Documentos para a história do Paraná. Curitiba: Impressora Paranaense, 1927. V. XXXI.
- PEGORARO, J. W. Ouvidores régios e centralização jurídico-administrativa na América portuguesa: a Comarca de Paranaguá (1723-1812). 2007. Dissertação (Mestrado em História) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.
- PEREIRA, L. F. L. Estruturas político-jurídicas na América Portuguesa: entre centro e periferia. *Primer Encuentro Latino Americano de Historia del Derecho y la Justicia*. Cidade do México: Historia del Derecho y la Justicia, 2009.
- PEREIRA, L. F. L. *O Império Português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica*. In: FONSECA, R. M. (org.). *As Formas do Direito*. Ordem, Razão e Decisão. Curitiba: Juruá, 2013.
- PEREIRA, M. R. de M. O direito de almotaçaria. In: PEREIRA, M. R. de M.; NICOLAZZI JR., N. F. (org.). *Audiências e correições dos almotacés* (Curitiba, 1737 a 1828). Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2003.
- PEREIRA, M. R. de M.; SANTOS, A. C. de A. Códigos de posturas municipais. In: PEREIRA, M. R. de M. (org.). *Posturas municipais – Paraná, 1829 a 1895*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2003.
- PORTUGAL. *Estatutos da Universidade de Coimbra do ano de 1772*. L. II. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772.
- PORTUGAL. Lei de 18 de agosto de 1769. In: PORTUGAL. *Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*, redigida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1763 a 1774. Lisboa: Typografia Maignense, 1829.
- PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. 14. ed. (Recompiladas por Candido Mendes de Almeida). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- SANTOS, Antonio Cesar de Almeida (org.). *Provimientos do ouvidor Pardinho para Curitiba e Paranaguá (1721)*. Curitiba: Monumenta, 2000.
- SANTOS, Rosângela Maria Ferreira dos; SANTOS, António Cesar de Almeida (org.). *Eleições da Câmara Municipal de Curitiba (1748 a 1827)*. Curitiba: Aos Quatro Ventos, 2003.
- SBRICCOLI, M. Giustizia criminale. In: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e dela giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. Tomo I.
- SCHWARTZ, S. B. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEELAENDER, A. C. L. A “polícia” e as funções do Estado. Notas sobre a “Polícia” do Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 49, 2009.
- SILVA, N. J. E. G. da. *História do Direito Português*. Fontes de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- SUBTIL, J. Governo e administração. In: MATTOSO, J. (dir.); HESPANHA, A. M. (coord.). *História de Portugal Vol. IV. O antigo regime (1620-1807)*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.
- WEHLING, A.; WEHLING, M. J. *Formação do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

REPENSANDO A DEMOCRACIA: Uma Crítica Garantista à Atual Configuração do Estado de Direito

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12089>

Recebido em: 26/2/2021

Aceito em: 3/3/2021

Williem da Silva Barreto Junior

Autor correspondente. Centro Universitário FG – UNIFG. Avenida Pedro Felipe Duarte, 4911 – São Sebastião. Guanambi/BA, Brasil. CEP 46430-000. <http://lattes.cnpq.br/6745290713947534>.
<https://orcid.org/0000-0002-3519-7793>. williem.adv@hotmail.com

Sérgio Urquhart de Cademartori

Universidade La Salle. Canoas/RS, Brasil.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a crítica garantista à atual configuração do estado constitucional. No seu desenvolvimento, são apresentadas inconsistências das dimensões formal e substancial da democracia, assim como as soluções sugeridas pelo teórico italiano, Luigi Ferrajoli, para debelá-las. Conclui-se pela necessidade de um redimensionamento estrutural do estado de direito, sob as seguintes premissas: a) limitação aos poderes públicos/privados desregulados; b) fortalecimento dos partidos políticos enquanto instâncias independentes de representação; c) reforma da teoria tripartite, de Montesquieu; e d) reforço e ampliação da zona de influência dos quatro postulados garantistas básicos. Para tanto, numa abordagem qualitativa, emprega-se o método bibliográfico, com pesquisas realizadas em livros, teses e artigos acadêmicos publicados em periódicos de prestígio.

Palavras-chave: Estado constitucional de direito; dimensão formal da democracia; dimensão substancial da democracia; garantismo.

RETHINKING DEMOCRACY: A GUARANTEE CRITICISM TO THE CURRENT CONFIGURATION OF THE RULE OF LAW

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the guaranteeist critique of the current configuration of the constitutional state. In its development, inconsistencies of the formal and substantial dimensions of democracy are presented, as well as the solutions suggested by the Italian theorist, Luigi Ferrajoli, to overcome them. It concludes by the need for a structural resizing of the rule of law, under the following premises: a) limitation to deregulated public / private powers; b) strengthening of political parties as independent representation bodies; c) reform of Montesquieu's tripartite theory; and d) strengthening and expanding the area of influence of the four basic guarantee postulates. For this purpose, using a qualitative approach, the bibliographic method is used, with research carried out on books, theses and academic articles published in prestigious journals.

Keywords: Constitutional rule of law; formal dimension of democracy; substantial dimension of democracy; guarantee.

1 INTRODUÇÃO

O estado legal de direito apresentou-se ao mundo com o advento das revoluções liberais do século 18, que estabeleceram um relevante corte paradigmático na história ocidental, impondo limites ao estado absoluto, prevalente durante o antigo regime¹. Liberalismo e democracia materializaram-se como mecanismos concessores de relativa liberdade e participação política aos cidadãos que, por meio dos seus representantes, passaram a deliberar soberanamente sobre questões de interesse social.

Para que uma lei fosse considerada válida, bastava a formal tramitação junto ao parlamento, independentemente do seu conteúdo. A onipotência da representatividade popular, no entanto, revelou-se problemática, por fomentar a atuação das chamadas “ditaduras das maiorias”, que, em diversos momentos, agiram para sabotar legalmente o próprio sistema democrático, a exemplo do ocorrido com a trágica ascensão do nazismo e do fascismo.

Em meados do século 20, como mudança paradigmática, os pressupostos formais do estado legal de direito foram integrados a um sistema de limites e vínculos substantivos. Desse modo, as constituições adquiriram força normativa e passaram a condicionar a validade das normas a uma prévia concordância com os seus conteúdos, o que fez surgir o estado constitucional de direito, um aprimoramento da sua versão legal.

Embora o estado constitucional tenha significado uma evolução histórica, o teórico Luigi Ferrajoli² sustenta que a sua atual configuração apresenta expressivas incongruências. Tal realidade decorre, sem prejuízo de outras causas, do processo globalizante em curso no planeta, que tem posto em xeque o clássico modelo das soberanias nacionais, incapazes de frear a atuação dos poderes privados, em especial os de matriz econômica³.

Seguindo essa linha de intelecção, o objetivo deste artigo é expor e discutir as críticas da teoria garantista ao estado de direito, bem como elencar as propostas para uma reforma das dimensões formal e substancial da democracia. Numa abordagem qualitativa, emprega-se o método bibliográfico, com pesquisas realizadas em livros, teses e artigos acadêmicos publicados em periódicos de prestígio.

2 O REDIMENSIONAMENTO DA DEMOCRACIA FORMAL: A CRÍTICA GARANTISTA À TEORIA TRIPARTITE DE MONTESQUIEU

O redimensionamento da democracia formal⁴ reclama uma redefinição estrutural dos poderes político/econômico, público/social, de governo/de garantia, que hoje têm atuado desordenadamente. Para fazer frente a esse danoso desequilíbrio, é imperativo delimitar o alcance das referidas potestades, mas não segundo a velha teoria tripartite de Montesquieu⁵, que concede tratamento exclusivo aos poderes públicos; daí o modelo iluminista clássico revelar-se insuficiente para exercer sobre eles o necessário controle (FERRAJOLI, 2014, p. 183).

¹ Ver TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

² Luigi Ferrajoli é o arquiteto maior da teoria geral do direito intitulada garantismo. Com a sua clássica obra *derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, fincou as bases para a concepção de uma teoria do garantismo penal, que, posteriormente, foi ampliada para as demais áreas do direito, com a edição da *trilogia principia iuris*, na qual o jurista italiano apresenta as teorias gerais garantistas do direito e da democracia. Para além das produções citadas, convém ressaltar outras, como *constitucionalismo más allá del estado, democracia y garantismo, la democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, manifiesto por la igualdad e poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, todas referenciadas ao final.

³ Ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

⁴ A democracia formal emergiu após o advento das revoluções liberais do século 18, baseadas nos postulados iluministas contrários ao domínio aristocrático e à concentração de poder político, observados durante o antigo regime. Com a ideia de limitação do poder do Estado, a democracia foi fomentada como meio de participação popular nas decisões estatais por representantes, cujas deliberações tinham natureza soberana. Pode-se falar em onipotência do poder político durante a sua vigência, na medida em que as resoluções do legislador não sofriam limitações externas. Ver mais em STRECK, Lenio; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

⁵ A teoria tripartite orientou a organização política do estado de direito desde os seus primórdios, estruturando-o a partir da atuação de poderes teoricamente harmônicos e independentes, que deveriam limitar-se mutuamente. Ver MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

Inicialmente, urge estabelecer uma clara separação entre os poderes políticos e os econômicos, bem como entre os poderes políticos e os sociais. A referida providência é fundamental para limitar a amplitude dos direitos civis de autonomia⁶, qualificando-os como poderes e não como liberdades (COPETTI NETO, 2016, p. 72), e também para blindar os direitos políticos, numa tentativa de reversão da crise de representatividade em curso nas democracias contemporâneas.

Outra importante separação restringe-se aos poderes públicos, e reforça a conclusão de que o clássico recorte, embasado nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, resta ultrapassado. Em tal contexto, deve-se diferenciar as funções de governo das administrativas e legislativas de garantias primárias, estas últimas relacionadas à tutela e à satisfação dos direitos originalmente atrelados à dimensão substancial da democracia, não abarcados pelo velho paradigma liberal (FERRAJOLI, 2014, p. 184).

A separação entre poderes políticos e econômicos é crucial, de forma que a economia se submeta às determinações estatais, ao revés do que se observa hodiernamente, quando o dinheiro tem sido sistematicamente usado para viabilizar aspirações pessoais específicas em prejuízo da lógica democrática (VITALE, 2010, p. 84). A política precisa prevalecer sobre a economia por sua natureza heterônoma, originariamente relacionada ao bem-estar da coletividade, em oposição à autonomia dos interesses econômicos, que servem a grupos específicos (FERRAJOLI, 2011, p. 53).

Os direitos de liberdade⁷, ou de primeira dimensão⁸, são universais, indisponíveis, inalienáveis e possuem natureza negativa, ou seja, o estado não está autorizado a agir para violá-los. Já o direito de propriedade, a partir do qual se assenta a atividade econômica, não é universal, é disponível e pode ser alienado. Assim, os direitos relativos à autonomia da vontade, em especial o direito à propriedade, constituem-se em direitos-poderes, porque sempre são exercidos mediante intervenção na vida de outrem (FERRAJOLI, 2011a, p. 426).

A compreensão de que a autonomia da vontade e a propriedade são direitos-poderes, e de que as liberdades negativas correspondem a liberdades jurídicas, é fundamental para o entendimento do constitucionalismo garantista, que fixa restrições de ordem pública ao âmbito negocial e atua sobre territórios tradicionalmente mal regulados, como o trabalho, a família e a propriedade privada (COPETTI NETO, 2016, p. 64).

Por outro lado, vê-se que a dissociação entre propriedade e liberdade vem sendo constantemente ignorada, como se depreende do livre-desenvolvimento dos mercados, pouquíssimo regulados/limitados. Tal realidade reforça os postulados capitalistas, que contribuem, por exemplo, para o aumento das desigualdades sociais e da intensidade de poluição do meio ambiente, ante a ânsia por mais geração de riquezas (HOBBS-BAWN, 2006, p. 3).

Para alterar esse quadro, é importante a adoção de medidas que busquem inibir a corrupção, como a proibição do *lobby*, a imposição de penas mais severas pela prática de crimes de colarinho branco, a incompatibilização política dos que lidam com interesses economicamente relevantes, e a vedação de financiamento privado para campanhas eleitorais (FERRAJOLI, 2018, p. 50). As referidas resoluções contribuiriam para o fortalecimento dos direitos políticos e civis, cada qual em seu âmbito de alcance

Há também que separar os poderes políticos dos sociais, tratando mais especificamente da relação entre os partidos políticos e a representação popular na esfera estatal. Os partidos afiguram-se aparelhados e muito comumente servem aos interesses das tradicionais oligarquias que os controlam, estabelecendo-se uma danosa conexão entre aspirações pessoais e o exercício do mandato público (FERRAJOLI, 2011, p. 58).

Ocorre que os partidos deveriam ser instituições independentes, espaços utilizados para discussões programáticas, cuja orientação levasse à escolha dos candidatos mais afinados com o respectivo projeto de atuação política. Os representantes partidários, entretanto, têm sido legitimados por projetos individuais de poder, atrelados ao fisiologismo e à promessa de favorecimento futuro. Da desmobilização partidária decorre

⁶ Diferem dos direitos de liberdade pois, não sendo universais, dependem da capacidade de agir do indivíduo, funcionando como direitos fundamentais secundários ou instrumentais, vinculados à autodeterminação jurídica da vida civil. Ver CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Campinas: Millenium, 2006.

⁷ Os direitos de liberdade são comumente reconhecidos como direitos de primeira geração (em especial civis e políticos), e caracterizam-se por exigir do Estado que não interfira em seu exercício. Ver BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2013.

⁸ Ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

a personalização da política, reflexo do processo de controle direto das massas pelos detentores de cargos públicos, que levam a cabo a tarefa de tornar acéfalos os partidos (SALVI; VILLONE, 2005, p. 38), e isso ocorre, sobretudo, nos países que adotam o voto em lista.

Na medida em que os partidos são providencialmente enfraquecidos, as eleições transformam-se em jogos de cartas marcadas, meros concursos eleitorais nos quais as propostas dos candidatos afiguram-se quase idênticas, em regra atreladas aos limites impostos pela lógica da governabilidade. Esta é sinônima da onipotência política ante a sociedade e seus direitos, necessária para instituir um abismo entre o povo e o poder, assim como para atender às determinações impostas pelos agentes econômicos, em evidente inversão hierárquica dos poderes sociais (FERRAJOLI, 2018, p. 75).

Para se minar a figura prejudicial do político que vive da política, e não para ela (WEBBER, 1967, p. 95), é de se pugnar pela absoluta incompatibilização entre o exercício de cargos diretivos em âmbito partidário e os mandatos eletivos. Ademais, faria bem o emprego de um sistema de sufrágio proporcional, associado ao modelo parlamentarista de governo, o que inibiria o fortalecimento dos chamados “chefes” populistas (FERRAJOLI, 2011, p. 47), que prestam um desserviço à democracia, pondo em descrédito as instituições (AZZARRITI, 2008, p. 55).

Por outro lado, recorde-se que o modelo garantista defende uma profunda reformulação do velho modelo tripartite de poderes, elaborado há séculos por Montesquieu (2014), tendo em vista a complexidade assumida pelas relações humanas na contemporaneidade. Nesse particular, Ferrajoli (2014) afirma que a separação dos poderes contemporânea deveria se fundar na complementariedade de competências entre instituições de governo e de garantia (p. 189).

Dado que num mundo internacionalizado, no qual as clássicas soberanias internas se revelam discrepantes, é de se constatar a falência do modelo em que decisões coletivas são exclusivamente baseadas na clássica representatividade democrática. Desse modo, caberia tão somente às instituições de governo a tutela de questões insculpidas na chamada esfera do decidível⁹, diretamente legitimadas pela representação popular. Dentre essas atribuições, destacam-se as atividades legislativa (criação de leis e outros atos normativos) e executiva (administração da máquina pública, realização de obras, etc.) (FERRAJOLI, 2018, p. 51).

As instituições de garantia, por sua vez, ficariam incumbidas de tratar matérias alusivas à esfera do não decidível¹⁰, com legitimação diretamente extraída do texto constitucional. Seriam de sua alçada, além da função jurisdicional, as atribuições administrativas e legislativas especificamente voltadas para a promoção dos direitos sociais (FERRAJOLI, 2008, p. 102).

A tripartição clássica de poderes tem atravancado o pleno desenvolvimento do estado constitucional, sobretudo por conta da excessiva burocracia que lhe é inerente. Esse novo modelo da organização democrática, proposto por Ferrajoli, institui uma função administrativa específica, desvinculada do inchado Poder Executivo tradicional, cujo objetivo é assegurar a aplicabilidade dos direitos sociais em conjunto com a atuação da jurisdição (garantias secundárias) (FERRAJOLI, 2014, p. 190).

Assim, reputa-se salutar a não legitimação das funções de garantia pela maioria, porque estas concorrem para a tutela dos interesses dos sujeitos singulares, titulares de direitos que são, pertencentes ou não a grupos majoritários. Com base nessa perspectiva, busca-se a superação do atual estado burocrático, rumo a um eficiente estado constitucional de direito, em que não haja espaço para a onipotência das majorias, sempre perigosa (BOBBIO, 2013, p. 58).

⁹ A esfera do decidível trata de questões vinculadas à representatividade democrática, não alcançando o patamar dos direitos fundamentais, que estão além das aspirações políticas das majorias. Ver mais em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.

¹⁰ O âmbito do não decidível contempla os direitos fundamentais, que se colocam como fragmentos de soberania popular e, como tais, não podem ser objeto de disposição política, por se colocarem como mecanismos de equilíbrio social e proteção das minorias. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.

3 O REDIMENSIONAMENTO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: OS QUATRO POSTULADOS DO MODELO GARANTISTA

A dimensão substancial da democracia¹¹ alterou sobremaneira a estrutura do estado de direito. Esse contexto não abarca apenas a subordinação do poder legislativo à legalidade, mas a submissão da política aos direitos fundamentais, previstos nas constituições e sobrepostos à atuação das maiorias políticas eventuais. Assim, emergiu um cenário de integração entre as condições de validade do direito e as suas fontes de legitimidade democrática, adstritas à consagração dos princípios constitucionais (CADEMARTORI, 2006, p. 18).

O paradigma constitucional garantista, decorrente dessa mudança na estrutura do estado de direito, pode ser descrito com base em quatro postulados, que se referem às garantias primárias/secundárias¹², e, nominalmente, são: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da plenitude deontica; c) o princípio da jurisdicionalidade; e d) o princípio da acionabilidade. Esses elementos descrevem o estado democrático a partir de regramentos disciplinadores da produção jurídica, cuja violação enseja o surgimento de um direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2014, p. 57-60).

Os dois primeiros princípios mantêm relações normativas e lógicas nos vários níveis de estruturação do paradigma constitucional. Desse modo, tendo em vista que as liberdades negativas fixam proibições de lesão, e os direitos sociais pressupõem atuação estatal de cunho positivo, a legalidade e a plenitude atuam nas esferas lógica e teórica, com o fulcro de imporem ao direito uma necessária coesão, que, na prática, nem sempre se observa (FERRAJOLI, 2014, p. 61).

Já os postulados da jurisdicionalidade e acionabilidade são exclusivamente teóricos, implicadores da legalidade e da plenitude sob o prisma lógico, e têm por objetivo assegurar a efetividade destes últimos na vida prática. Atuam subsidiariamente, concorrendo para a reparação das antinomias e lacunas decorrentes das violações dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2014, p. 61).

Esses quatro princípios interligam-se simbioticamente, tanto no plano lógico quanto no normativo, pois a acionabilidade pressupõe a jurisdicionalidade, que reclama a plenitude deontica, a qual se ampara na legalidade. A bem de um projeto que fomente a prevalência do constitucionalismo garantista, impõe-se o redimensionamento da democracia substancial, a partir do reforço e expansão da zona de influência dos citados postulados, com base na força normativa das constituições (HESSE, 1991, p. 88).

3.1 O princípio da estrita legalidade

O *princípio da legalidade* vincula todos à observância da lei. Constitui princípio de não contradição, funcionando como elemento de referência para a identificação de antinomias e/ou lacunas no ordenamento (BOBBIO, 1980, p. 111). Quando vigente o estado legislativo de direito, instituído após as revoluções liberais do século 18, tal postulado não atuou em sua plenitude, porque a atividade legislativa tinha ascendência sobre a aplicação administrativa e judicial do direito, ante a existência de uma verdadeira onipotência do poder político (FERRAJOLI, 2014, p. 57).

Mediante a ascensão do paradigma constitucional, em meados do século 20 a legalidade tornou-se mais relevante e complexa, como princípio lógico-normativo. Assim, passaram a atuar mais fortemente as normas primárias, formais e substanciais (novidade), com o fulcro de impor limites e vínculos ao exercício dos poderes. O constitucionalismo garantista defende o avanço do espectro de influência do princípio da legalidade,

¹¹ A dimensão substancial da democracia, adicionada à clássica dimensão formal, trouxe à tona um conjunto de limites e vínculos aplicável à totalidade das espécies de poderes, públicos e/ou privados. Assim, todas as ações com repercussão jurídica passaram a se submeter ao controle material de constitucionalidade empreendido pelo Poder Judiciário, que atua para repelir atos contrários ao texto constitucional, em especial aos direitos fundamentais. Ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹² Son éstas las garantías no ya simplemente de la rigidez constitucional, sino inmediatamente de los principios y los derechos constitucionalmente establecidos: por un lado, las garantías primarias consistentes en las prohibiciones de lesión de los derechos individuales y en las obligaciones de satisfacción de los derechos sociales; por el otro, las garantías secundarias consistentes en la reparación de las violaciones de las garantías primarias. (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria do direito e da democracia 2. Teoria da democracia. Madri: Trotta, 2013. p. 92-93).

sobretudo no sentido de frear as forças econômicas privadas e/ou supranacionais, comumente inalcançadas pelas legislações dos estados soberanos, restritas aos seus territórios (FERRAJOLI, 2013, p. 37).

O princípio da legalidade, inobstante essencial para a subsistência do estado de direito, encontra-se imerso numa permanente crise em razão de múltiplos fatores. Dentre eles, destaca-se a reiterada utilização de manobras legislativas, tendentes à redução do nível de precisão dos textos legais, daí porque urge refundar a legalidade ordinária para que seja restabelecida a dignidade legislativa, abalada pela ausência de limites práticos aos legisladores (FERRAJOLI, 2008, p. 258).

A atividade de elaboração das leis deve estar condicionada pela metanorma intitulada *princípio da estrita legalidade*, cujo fulcro é compelir o legislador a produzir o conteúdo mais simples possível, com base em um rigoroso processo de economia. A estrita legalidade tem a atribuição de cancelar a validade das leis, que se baseia na adequação de forma e conteúdo legal às pertinentes prescrições contidas na constituição (FERRAJOLI, 2009, p. 76).

A metanorma em questão constitui reação ante a um visível e evolutivo processo de degradação da linguagem legal, atuando para assegurar a sua precisão semântica, como princípio de racionalização da gramática jurídica. Desse modo, a lei pode efetivamente vincular os intérpretes à sua estrita aplicação, na medida em que os conteúdos apresentem as máximas exatidão e precisão possíveis (STRECK, 2017, p. 192).

As intervenções indesejadas do legislador concentram-se majoritariamente nos âmbitos do direito penal/processo penal, quando a crescente inflação legislativa de emergência tem concorrido para o ocaso do princípio da legalidade. Ferrajoli, opondo-se ao fenômeno citado, apregoa a substituição da mera reserva de lei, atualmente vigente, pela reserva de código, mediante a introdução de dispositivos constitucionais que impossibilitem inovação, em direito penal e processual penal, fora do respectivo código (FERRAJOLI, 2008, p. 216-217).

Trata-se de uma proposta recodificadora do direito penal/processual penal, com base na metagarantia da estrita legalidade, que se presta a frear os abusos advindos de legislações especiais e a endossar a integração/coerência do respectivo conjunto de normas. Os códigos, sendo simples e claros, funcionariam como centralizadores da legislação, mantendo-a a mais coesa possível e tutelando os direitos dos cidadãos perante o arbítrio e à volatilidade do legislador (FERRAJOLI, 2000, p. 69).

A estrita legalidade, condicionante da validade das leis à sua coerência com espécies normativas hierarquicamente superiores, sem dúvida concorreria para o aprimoramento da linguagem legal. Esse fenômeno aclararia diversas outras questões fundamentais à adequada aplicação da norma penal/processual penal, tais como garantias relativas aos elementos constitutivos dos delitos, materialidade e culpabilidade do autor, só para citar alguns exemplos (FERRAJOLI, 2009, p. 498).

A atuação da estrita legalidade, ao impor maior coerência ao sistema jurídico em âmbito global, corre para o redimensionamento da relação entre jurisdição e legislação, além de referendar uma atuação jurisdicional idônea, compatível com o sistema de direitos e garantias insculpidos na constituição. Nessa perspectiva, o garantismo visa a assegurar o respeito às liberdades e aos direitos sociais por meio da atuação das respectivas garantias (GUASTINI, 1993, p. 174).

3.2 O princípio da plenitude deôntica

O *princípio da plenitude deôntica* tutela a efetivação das garantias primárias, cujos objetivos são proibir lesão a direito, no âmbito das liberdades negativas, e/ou efetivar os direitos sociais. Trata-se de um postulado lógico-normativo, pois evidencia a normatividade dos princípios constitucionais e direitos por eles resguardados, que redundam em expectativas negativas e/ou positivas, das quais decorrem vedações e obrigações (FERRAJOLI, 2014, p. 58).

A plenitude deôntica assume particular importância para a expansão do paradigma constitucional, porque reforça garantias primárias relativas às quatro classes de direitos: os civis, os políticos, os sociais e as liberdades negativas. No âmbito das liberdades, a plenitude exerce um papel central, sobretudo junto ao direito e ao processo penal, pois, nessas searas, se faz necessária a introdução de rígidas garantias, que concorram

para a preservação da integridade do cidadão sob investigação, acusação ou mesmo quando condenado pelo Estado (FERRAJOLI, 2011a, p. 139).

Ainda no campo do direito/processo penal, em atenção à temática das penas, tendo em vista que os centros de custódia, em geral, impõem privações mais gravosas que as originalmente fixadas aos condenados¹³, é adequada a redução das penas privativas de liberdade ao mínimo possível (BECCARIA, 2011, p. 281). Outras deliberações, tais como a extinção da prisão perpétua e a descriminalização das contravenções penais, também são medidas que se impõem, por serem condizentes com o reforço ao princípio da plenitude aplicado às liberdades negativas (FERRAJOLI, 2009, p. 195).

Segundo Ferrajoli (2008), a privação de liberdade deve ser utilizada somente quando constatado o vilipêndio a bens sociais realmente relevantes, tal qual com a atuação da criminalidade organizada/prática de crimes contra o patrimônio público, pois, em tais casos, ocorre uma afetação da estabilidade social¹⁴.

A mais gravosa decorrência do desrespeito ao princípio da plenitude guarda relação com a incipiência das garantias destinadas a efetivar os direitos sociais, em especial os mais triviais, o que redundará num altíssimo grau de ilegitimidade dos ordenamentos jurídicos teoricamente democráticos, não apenas em âmbito supranacional, quando a ausência de garantias é quase absoluta, mas também nos regulares ordenamentos jurídicos dos estados nacionais, que, não raro, sequer contêm mecanismos de preservação das garantias sociais existentes (FERRAJOLI, 2014, p. 199).

Credita-se a progressiva extinção dos direitos sociais ao seu custo, como se os sistemas políticos visassem a auferir lucro. É fato que o passivo social, decorrente da inexistência de direitos primários, é muito mais elevado que mantê-los, pois a economia cresce tanto mais quanto os cidadãos possuam melhores condições de vida, o que lhes concede acesso a rendimentos mais expressivos e a uma maior cota de participação no mercado consumidor (FERRAJOLI, 2019, p. 68).

Os países europeus, que estabeleceram prioridade para os direitos sociais após a Segunda Guerra, vislumbraram grandiosos índices de pujança econômica, realidade que vem em decadência já há algumas décadas em razão do abandono de tal política. Não coincidentemente, a crise econômica veio tão logo os direitos sociais passaram a ser cerceados, com o corte de investimentos públicos em setores sociais estratégicos (saúde e educação, por exemplo), bem como a eliminação de direitos trabalhistas (FERRAJOLI, 2014, p. 200).

Na sociedade contemporânea, sobreviver não depende apenas de aspirações pessoais. Assumiu, pois, contornos de artificialidade, na contramão do teorizado por Locke (2014, p. 45), que, num momento histórico, totalmente diverso do vivenciado atualmente, considerou o trabalho uma faculdade humana. Diante desse quadro de incerteza, o Estado deve, ao menos, promover a instituição de uma renda básica universal que assegure a todos uma existência minimamente digna (FERRAJOLI, 2018, p. 32).

A renda básica deve responder ao progressivo aviltamento das relações laborais, que acaba por forçar o indivíduo a sujeitar-se a qualquer *status* de trabalho, mesmo degradante, dada a sua premente necessidade de sobrevivência (BRONZINI, 2011, p. 38). A renda básica apresenta-se sob duas modalidades: uma devida somente aos que demonstrem não possuir meios para a subsistência, e outra incondicional, legalmente assegurada a todos os cidadãos, estando estes dispensados da apresentação de qualquer prova para fazer jus ao benefício (CARBONELL, 2008, p. 185).

A segunda modalidade é a recomendada, por preservar a dignidade dos cidadãos necessitados, deles retirando o estigma de mendigos ou incapazes de trabalhar. Ademais, a adoção da renda básica reduz a degradação das relações laborais, pois as pessoas, já dispostas de um rendimento mínimo, terão como optar pelos vínculos nos quais os seus direitos sejam efetivamente respeitados, consoante o ideário de trabalho enquanto valor constitucional. Essa perspectiva é qualificada, por Ferrajoli (2019), como constitucionalismo de terceira geração (p. 170).

¹³ Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁴ Com esses ajustes, a política penitenciária existente no Brasil, que apenas concorre para o encarceramento dos pequenos criminosos, poderia deixar de fomentar a segregação social desde muito observada. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 176.

3.3 O princípio da jurisdição

O respeito ao *princípio da jurisdição*, que se ocupa das garantias secundárias, é requisito sem o qual os princípios da legalidade e plenitude não podem cumprir os seus desideratos. Estado de direito e jurisdição estão conectados por um liame biunívoco¹⁵, a partir do qual a existência daquele consiste na sujeição do poder ao direito, momento em que a jurisdição assume importante e ativo papel (FERRAJOLI, 2014, p. 219).

Durante a vigência do estado legislativo, o rol de limites e vínculos impostos ao poder público era muito restrito, dada a sua mínima atuação, limitada à garantia da ordem interna. Ademais, a política, então onipotente, não estava sujeita a qualquer controle de legalidade por parte do Poder Judiciário, que, em regra, cumpria um papel protocolar, como mera “boca da lei” (FERRAJOLI, 2011a, p. 128).

Sob a égide do paradigma constitucional, a jurisdição deixou a condição de mera coadjuvante do poder político para ser alçada à de garantidora de direitos, funcionando como detratora de ilegalidades/inconstitucionalidades, à luz da metanorma da estrita legalidade. Operou-se uma articulação entre as inúmeras instâncias de jurisdição, com o estabelecimento de um sistema de limites e vínculos a todos os poderes, públicos e privados (FIGUEROA, 2008, p. 516).

Observou-se, também, uma relativa expansão jurisdicional para além das fronteiras nacionais, a partir da instituição de diversos tribunais internacionais, com destaque para o tribunal penal internacional (CÁR-COVA, 2016, p. 91). Em que pese o surgimento destes órgãos, ante a carência de garantias que permeiam o direito internacional, a sua efetividade, até o momento, é praticamente nula, sobretudo junto aos países de poderio econômico-militar mais expressivo.

A jurisdição tem servido, ainda, como válvula de escape para os titulares dos direitos, quando a política falha no cumprimento do seu papel de assegurá-los, tendo não raro atuado em pautas relevantes, como as alusivas ao meio ambiente, aos direitos dos imigrantes e à bioética. Essa expansão do alcance jurisdicional relaciona-se diretamente com a proeminência do paradigma garantista, que está ancorado em um conjunto de limites que vincula os poderes sob a égide do princípio da legalidade (IBÁNEZ, 2007, p. 42).

O processo de expansão jurisdicional deve se desenvolver indefinidamente, projetando-se para o futuro, posta a necessidade de reformulação das relações entre os poderes e, sobretudo, de diminuição do vazio de direito público observado em âmbito internacional. Por outro lado, é fulcral que o Poder Judiciário se mantenha fiel à aplicação da lei, tal qual concebida pelo legislador, sob pena de se intrometer ilegalmente em questões legítimas, colocando em risco a confiabilidade do sistema (FERRAJOLI, 2014, p. 225).

Deve o Poder Judiciário orientar-se pela concepção garantista de constitucionalismo, que rejeita a abordagem dos direitos fundamentais enquanto princípios confiados à ponderação e ao ativismo. Nessa esteira, cabe aos aplicadores das leis a responsabilidade e, sobretudo, a consciência institucional acerca de qual o seu papel enquanto intérpretes.

3.4 O princípio da acionabilidade

A existência da jurisdição reclama maneiras de ativá-la, daí a razão de ser do *princípio da acionabilidade*, postulado que permite aos sujeitos violados em seus direitos o acesso às correspondentes garantias secundárias, consubstanciadas na intervenção do estado-juiz (FERRAJOLI, 2011a, p. 192).

Desse modo, o acesso à justiça deve ser reputado direito universal em duplo sentido: como vetor de garantia de direitos fundamentais a todas as pessoas, e em segurança de todos os direitos eventualmente desrespeitados. Assim, apresenta especial relevância, sobretudo em países da América Latina, a defensoria pública, na condição de facilitadora do acesso à justiça pelos que não podem pagar por serviços advocatícios (FERRAJOLI, 2014, p. 227).

Outro órgão importante para o processo de universalização do acesso à justiça é o Ministério Público que, além de exercer o seu tradicional *munus* acusatório, tem a prerrogativa de mover ações visando à observância dos direitos fundamentais, em especial os sociais. Também a natureza pública da ação penal representa evolução, na medida em que se reputa insuficiente a existência de um sistema acusatório privado, especialmente quando o delito em discussão ofende a sociedade (FERRAJOLI, 2009, p. 455).

¹⁵ Ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.

O Ministério Público, como representante da coletividade em ações penais, é uma decorrência da obrigatoriedade de atuação das garantias secundárias dos direitos, bens e interesses tutelados. Esse reflexo não atinge apenas os direitos de liberdade, estendendo-se para os sociais, que são leis de proteção do cidadão mais frágil, cujo apoio exige a presença de garantias, efetivadas a partir da atuação do *parquet* (FERRAJOLI, 2014, p. 229).

Para além das atividades das referidas instituições, tem-se observado uma contínua expansão do princípio da acionabilidade. Esse fenômeno ocorre, sobretudo, pela atuação de órgãos públicos do Poder Executivo e entidades de interesse público independentes, a quem as constituições têm atribuído legitimidade para o acionamento da justiça constitucional em casos de inconstitucionalidades, revestindo-se do *status* de verdadeiras instituições de garantias (FERRAJOLI, 2014, p. 230).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Luigi Ferrajoli tem feito críticas coerentes ao atual estado constitucional e às dimensões formal e substancial da democracia. Para o teórico italiano, os Poderes, em especial de matriz econômica, encontram-se desregulados, o que alimenta perigosos processos desconstitutivos do estado de direito, dentre eles o mais grave: a submissão da política a interesses privados em prejuízo da coletividade. Some-se a isso o enfraquecimento do modelo das soberanias nacionais vigentes, cujo exercício é restrito aos territórios dos respectivos países, enquanto a globalização assegura ao capital a mais ampla liberdade de circulação.

Essa incapacidade de os Estados apresentarem soluções para conter a livre-atuação dos Poderes desregulados, para além de suas fronteiras, tem concorrido para o endêmico aumento dos níveis de desigualdade social, do emprego da guerra como recurso para a resolução de conflitos e da intensa poluição ao meio ambiente, fatores que, certamente, trarão prejuízos irreversíveis para o planeta a médio e longo prazos.

Para que o redimensionamento da democracia formal seja exitoso, é fundamental separar os poderes políticos dos econômicos, de forma que a política, com a sua natureza heterônoma, imponha limites à atuação da economia. Desse modo, é importante compreender que a autonomia da vontade e a propriedade são direitos-poderes e não liberdades jurídicas fundamentais, podendo ser legalmente limitadas.

A desmobilização partidária, reflexo do processo de controle direto das massas pelos detentores de cargos públicos, tem executado a tarefa de tornar acéfalos os partidos políticos. Estes, por sua vez, precisam retornar à condição de instituições independentes, espaços voltados para discussões programáticas, pertinentes ao respectivo projeto de atuação institucional.

Por outro lado, urge uma reformulação do clássico modelo tripartite de Poderes, elaborado há muito por Montesquieu (2014), porque as relações sociais adquiriram um grau de complexidade muito maior no mundo contemporâneo. Por isso, a teoria garantista afirma que a separação dos Poderes deveria ganhar uma nova roupagem, fundando-se na complementariedade de competências entre instituições de governo e de garantia.

No plano da democracia substancial, Luigi Ferrajoli (2014) propõe a estruturação do estado democrático a partir dos quatro postulados/princípios suprarreferidos, que referendam a supremacia dos direitos fundamentais e a sua expansão para além das fronteiras nacionais. Recorde-se que tais princípios interligam-se simbioticamente, tanto no plano lógico quanto no normativo, e agem para assegurar o respeito às leis conforme concebidas, vedando eventuais malabarismos jurídicos.

Em resumo, a bem de um projeto que fomente uma reformulação do estado constitucional de direito, impõe-se o redimensionamento da democracia em suas duas esferas – formal e substancial –, mediante: a) o combate aos Poderes desregulados de quaisquer espécies (reforço à democracia formal); e b) a ampliação da zona de influência dos postulados garantistas básicos, anteriormente tratados (reforço à democracia substancial).

5 REFERÊNCIAS

AZZARRITI, Gaetano. *Critica della democrazia identitaria*. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo. Roma: Laterza, 2008.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos e de las penas*. Madri: Trotta, 2011.

- BOBBIO, Norberto. *Formalismo jurídico y formalismo ético, en contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2013.
- BRONZINI, Giuseppe. *Il reddito di cittadinanza*. Una proposta per l'Italia e per l'Europa. Turin: Abele, 2011.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Campinas: Millenium, 2006.
- CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.
- CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Teorías pós-positivistas*. Belo Horizonte: Letramento, 2016.
- COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoria do direito e da democracia 2. Teoria da democracia. Madri: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Sulla crisi della legalita penale. Una proposta: la riserva di codice. *Revista Democrazia e Diritto*. Roma, n. 2, p. 67-79, 2000.
- FIGUEROA, Alvaro Garcia. Entrevista a Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo, em GIANFORMAGGIO, L. (org.). *Le ragioni del garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HOBBSBAWN, Eric. *Il trionfo della borghesia*. 1848-1875. Roma: Laterza, 2006.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andres. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Edipro, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- SALVI, Cesare; VILLONE, Massimo. *Il costo della democrazia*. Eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica. Milão: Mondadore, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- STRECK, Lenio; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- VITALE, Ermanno. *Difendersi dal potere*. Per una resistenza costituzionale. Roma: Laterza, 2010.
- WEBBER, Max. La política como vocación. In: WEBBER, Max. *El político y el científico*. Madrid: Alianza, 1967.

O LABOR NANOTECH E A NECESSÁRIA METAMORFOSE JURÍDICA: Como as Atuais Sociedades de Risco Podem se Valer de um Ambiente Regulatório Pluralista para a Garantia do Não Retrocesso à Dignidade Humana do Trabalhador¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.10312>

Recebido em: 5/3/2020

Aceito em: 19/4/2021

Wilson Engelmann

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Raquel von Hohendorff

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Isabelle de Cássia Mendonça

Autora correspondente. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Av. Unisinos, 950 – Cristo Rei. São Leopoldo/RS, Brasil. CEP 93022-750. <http://lattes.cnpq.br/9736144655399384>. <https://orcid.org/0000-0002-3052-824X>. isabelledecassiamendonca@hotmail.com

RESUMO

A evolução tecnocientífica pós-modernista conquistou níveis moleculares de manipulação. Tal constatação é verificada com o advento da “Revolução Nanotecnológica”, isto é, a interação e a produção de nanopartículas – estas correspondentes à bilionésima parte do metro. Dessa maneira, indubitavelmente, o campo laboral faz-se alvo dessa inovação que cresce consideravelmente – e sem qualquer certeza quanto às consequências da interação nano com os seres vivos. Surgem, por conseguinte, preocupações no campo jurídico-trabalhista, principalmente na falta de marcos regulatórios específicos. O objeto do presente estudo, portanto, está na demonstração da importância da atuação de diferentes atores para a proteção da dignidade humana do trabalhador, isto é, a esfera governamental e a esfera particular, diante da inércia do Poder Legislativo. Para tanto, o método utilizado foi o sistêmico-constructivista, assim como revisões bibliográficas, por meio de pesquisa de bases que não compõem o Direito tradicional. Assim, a harmonização de diferentes polos faz-se de suma importância, uma vez que se considera a necessidade do não retrocesso na dignidade humana dos trabalhadores. Ademais, fontes formais e informais atuando, conjuntamente, estão a se consolidar, principalmente diante de uma sociedade de risco e que se caracteriza pelo caráter líquido dos conceitos clássicos – em especial, o próprio Direito (objeto de análise).

Palavras-chave: Nanotecnologias; direito do trabalho; princípio do não retrocesso; pluralismo jurídico; dignidade humana.

THE NANOTECHNOLOGICAL WORK AND THE NECESSARY LEGAL METAMORPHOSIS: HOW CURRENT RISK SOCIETIES CAN USE A PLURALISTIC REGULATORY ENVIRONMENT TO ENSURE THAT THE WORKER DOES NOT FALL BACK ON HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

Postmodernist techno-scientific evolution has achieved molecular levels of manipulation. Such finding is verified with the advent of the “Nanotechnological Revolution”, that is, the interaction and the production of nanoparticles - these corresponding to the billionth part of the meter. In this way, undoubtedly, the labor field becomes the target of this innovation that grows considerably – and without any certainty as to the consequences of the nano interaction with living beings. Consequently, concerns arise in the legal-labor field, mainly in the absence of specific regulatory frameworks. Therefore, the object of the present study is to demonstrate the importance of the performance of different actors for the protection of the human dignity of the worker, that is, the governmental sphere and the private sphere, in the face of the inertia of the Legislative Power. For that, the method used was the systemic-constructivist, as well as bibliographic reviews, through research of bases that do not compose the traditional Law. Thus, the harmonization of different poles is of paramount importance, since the need for non-retrogression in the human dignity of workers is considered. Also, formal and informal sources acting together are consolidating, mainly, in the face of a risk society that is characterized by the liquid nature of classic concepts - in particular, the Law itself (object of analysis).

Keywords: Nanotechnologies; labor law; principle of non-setback; legal pluralism; human dignity.

¹ Este trabalho é o resultado parcial das pesquisas realizadas pelos autores no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa: a) Edital 02/2017 – Pesquisador Gaúcho – PqG: Título do Projeto: “A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos”, com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – Fapergs; b) Chamada MCTIC/CNPq Nº 28/2018 – Universal/Faixa C, projeto intitulado: “Nanotecnologias e Direitos Humanos observados a partir dos riscos no panorama da comunicação entre o Ambiente Regulatório e o Sistema da Ciência”; c) “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital Fapergs/Capes 06/2018 – Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS; d) “Transdisciplinaridade e Direito: construindo alternativas jurídicas para os desafios trazidos pelas novas tecnologias”, com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – Fapergs – Edital 04/2019, Auxílio Recém-Doutor. Ademais, o presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Jusnano (www.jusnano.blogspot.com – instagram: @jusnano.unisinos - facebook: /JusNanoUnisinos).

1 ÁTRIO²

Eis a recepção de um novo mundo.

Quando os gregos poderiam imaginar que o pátio central do desenvolvimento humano iria além dos átomos de Leucipo e Demócrito? Nas últimas décadas a humanidade reformou, construiu e reconstruiu a recepção do conhecimento – já não se faz, nem ao menos incognoscível, a manipulação molecular. Não é em vão que, recorrendo às figuras pós-modernistas, Bauman (2001) compreende que estamos diante de um mundo liquefeito. Nada é para durar. O mundo se faz fluído e volátil. Os átrios bombeiam em uma frequência incontrolável.

O novo mundo deságua em uma “Revolução Nanotecnológica”. Assim como a queda de Constantinopla marcou o fim da Idade Média e o início da “Era Renascentista”, o advento da nanotecnologia, em meados da década de 50 do século 20, propôs um marco para uma nova “Era” na história da humanidade tecnocientífica. A conquista do “Império molecular”, a interação e a produção de nanopartículas nos laboratórios mundiais, revolucionou (e revoluciona) a vida humana e os diferentes campos do conhecimento – destacadamente, como aqui será trabalhado, o campo do Direito.

Tamanha apresenta-se a expansão do mercado nanotecnológico global, que os números estão para exceder a marca de US\$ 125 bilhões em 2024 (GLOBAL, 2018), o que corresponde ao aumento crescente de empresas que investem nessa tecnologia. Nesse sentido, indubitavelmente o trabalhador recebe os reflexos da inovação, o que faz de suma importância as “lentes” jurídico-trabalhistas voltarem seus olhos a esta inovação. A afirmação atemporal do jurista romano Ulpiano faz-se contundente diante de tal “Revolução Nano”, em que “onde está a sociedade, lá estará o Direito”.

Insta salientar, inclusive, que a inovação se faz alvo de pesquisas que ressaltam o alto índice de dano aos seres vivos. Logo, ainda que na falta de marcos regulatórios, principalmente no que concerne aos solos tupiniquins, uma empresa não pode ser “entendida como um tipo de máquina, orientada exclusivamente para a obtenção do benefício material, mas como um grupo humano, que se propõe a satisfazer necessidades humanas com qualidade”, consoante doutrina Engelmann (2019, p. 390).

Logo, garantias e direitos não poderão ser ceifados pela falta de um suporte fático, de uma legislação, diante da produção nano. Dessa forma, as diferentes fontes do Direito necessitam atuar, veementemente, integradas com as “novas orientações” e externas aos “caminhos convencionais” da esfera jurídica.

Nesse sentido, tal problemática será abordada ao longo deste artigo, levando o leitor a compreender que, diante de tal sociedade laboral – denominada “de risco”, devido às inúmeras incógnitas e às adversidades sobrestadas pelo desenvolvimento humano –, há uma necessária metamorfose no Direito ante a “Revolução Nano”. Um casulo que se faz pela cocriação de antigos e novos atores para o espetáculo final: a lagarta em uma memorável borboleta trabalhada com as mais honorárias garantias e com a mais perfeita saudabilidade.

Esses novos atores compõem o que Gunther Teubner (2005) denomina de Pluralismo Jurídico, utilizando-se de fontes informais – mas reguladas por aquelas que asseguram a proteção humana – na ausência de fontes estatais; situação que se faz de extrema contundência diante das nanotecnologias e a relação com os direitos dos trabalhadores – considerando a presença desta inovação nas atividades laborais e a falta da atuação legislativa. Tem-se, portanto, a possibilidade de garantir o não retrocesso à dignidade humana do trabalhador.

Assim sendo, as etapas seguintes abordarão os seguintes temas: “O trabalhador em tempos de Revolução Nanotecnológica”; “Uma sociedade de risco e a incongruência na espera do suporte fático de Pontes de Miranda”; “Levantando as travas antirretorno de Prieur: a analogia do direito ambiental para as montanhas do direito do trabalhador”; e “Diante de uma governança policêntrica: a questão do ambiente regulatório pluralista (há direitos e garantias em crise?)”.

² Utilizou-se, aqui, da mesma sinonímia empregada pela doutrinadora Clarissa Tassinari (2019, p. 47). Uma introdução muito se aproxima do pátio central do grande arcabouço de uma obra literária.

A presente abordagem utilizará o método sistêmico-constructivista, que considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação, assim como revisões bibliográficas, por meio de pesquisa de bases que não compõem o Direito tradicional, considerando a transdisciplinaridade do campo de estudo, a fim de observar como as bases jurídicas poderão ser desenvolvidas e comunicadas independente da sua conexão com o Poder Legislativo.

2 O TRABALHADOR EM TEMPOS DE REVOLUÇÃO NANOTECNOLÓGICA

A “Revolução Nano” instaurou-se na pós-modernidade sem uma certeza científica sobre a atuação de seus produtos no meio ambiente e sem que a área jurídica tenha construído um marco regulatório específico para estas novas tecnologias. Sua inserção industrial, no entanto, é considerável, e o trabalhador encontra-se à mercê das incógnitas científicas e sem qualquer embasamento legislativo – como se verifica no Brasil.

Antes, todavia, do aprofundamento do tema “nano” e sua relação com o ambiente laboral, faz-se necessário a conceituação do termo nanotecnologia. Trata-se, portanto, de uma ciência que pode ser entendida como “o estudo, a manipulação, e/ou a construção de materiais, substâncias, dispositivos, objetos que estão normalmente na escala nanométrica (1 nanômetro = 10^{-9} do metro)” (BRASIL, 2019a).

Insta salientar que a inovação nano demonstra-se extremamente presente. Ainda que não haja uma regulação tradicional formal e legislativo-estatal, mais de 2 mil indústrias, distribuídas por 60 países, utilizam-se de nanotecnologia – uma parcela dessas indústrias, inclusive, está presentes no Brasil. Segundo levantamento de dados realizado na manhã do dia 26 de fevereiro de 2020 na *Nanotechnology Products Database* (STATNANO, 2019), existem 8.958 produtos que são produzidos por 2.400 empresas espalhadas por 61 países. Os principais setores em que esses produtos são desenvolvidos são: agricultura; automotivo; construção; cosméticos; eletrônicos; aplicações no meio ambiente; alimentos; aparelhos domésticos; medicina; petróleo; impressão em 3D; aplicações em energias renováveis, esportes e fitness e têxteis (STATNANO, 2019).

A atuação desta nova tecnologia é de extrema utilidade no ambiente pós-modernista, principalmente na indústria de vestuário – com roupas impermeáveis – e na indústria dos cosméticos –, tendo em vista a maior eficiência de penetração dos produtos na pele humana.

Há, todavia, pesquisas que demonstram, concomitantemente, que o uso e a presença no ambiente nanotecnológico pode causar danos irreversíveis à saúde humana (BRAND; VAN KESTEREN; OOMEN, 2019). Nesse sentido, cita-se o estudo realizado pelo programa nacional suíço de pesquisa (NATIONALES, 2017) *Chancen und Risiken von Nanomaterialien* (NFP64), isto é, “Oportunidades e Riscos dos Nanomateriais”, lançado em 2010 e concluído em 2017, que realizou mais de 150 publicações, utilizando-se de pesquisas interdisciplinares sobre o tema “nano”.

Os estudos da “NFP64” demonstraram que durante o processo de fabricação, quando há nanopartículas livres, assim como durante o uso ou descarte dos produtos com nanomateriais, há um considerável potencial de perigo para os seres vivos. Esses danos, a exemplo, podem ser o acúmulo de partículas nas águas e peixes causando toxicidade ou sendo a causa de doenças neurodegenerativas em seres humanos devido às partículas ultrapassarem a barreira hematoencefálica do sistema nervoso central.

Nesse sentido, este é o cenário a que o trabalhador pós-moderno está exposto. É nessa realidade, extremamente incerta, que os empregados estão a conviver – sem, novamente, nenhum amparo regulamentador “convencional”. É pertinente, portanto, a próxima seção, que trará a lume a evidente sociedade de risco e as hipóteses de soluções diante de uma inércia legislativa.

3 UMA SOCIEDADE DE RISCO E A INCONGRUÊNCIA NA ESPERA DO SUPORTE FÁTICO DE PONTES DE MIRANDA

Vive-se uma fase em que o desenvolvimento da sociedade encontra-se com “riscos sociais, políticos, econômicos e individuais (que) tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial” (BECK, 1997, p. 25). Acentua-se o que Bauman (2001) denomina de “caráter líquido dos conceitos clássicos”, que é exemplificado no seguinte excerto de Leite e Belchior (2010, p. 293): “tudo que

é sólido desvanece no ar. E esta insegurança e incerteza estão se espalhando por todos os ramos de conhecimento, inclusive o Direito”.

A nanotecnologia desenvolve-se em diversos setores industriais sem marcos regulatórios específicos... não, somente, em âmbito internacional, mas, também, em solos nacionais, como explanado anteriormente. O nível de insalubridade – e, porque não, periculosidade – está presente nos trabalhadores, sem, nem ao menos, muitos conhecerem o dano que isso pode gerar em seus organismos.

Nesse sentido, embora espera-se uma “regulação tradicional” diante dos riscos inerentes ao mundo nano, faz-se necessário salientar que, diante de uma sociedade de risco, há novas necessidades – características próprias de um desenvolvimento global fluído; isso porque, não somente em questões físico-químicas as nanopartículas e os nanomateriais modificam-se – e o objetivo regulamentador, talvez, torna-se inalcançável ao seu objeto –, mas a volatilidade que há nas mudanças tecnológicas não acompanham o processo legislativo brasileiro, por exemplo, o que torna retrógrado o *codex* orientador.

Assim sendo, há apenas dois Projetos de Lei no Brasil: Projeto de Lei Complementar nº 23, 2019, buscando alterar a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que dispõe sobre incentivar a pesquisa e desenvolvimento da Nanotecnologia no Brasil (BRASIL, 2019b); e o Projeto de Lei n. 880, de 2019, que trata sobre estímulos ao desenvolvimento científico entre outras providências e institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados (BRASIL, 2019c). Não há, portanto, regulação legislativa sobre o tema nanotecnológico no Brasil.

Nesse sentido, questiona-se: há a necessidade de manter o que o doutrinador Pontes de Miranda (2012, p. 457) lecionava sobre a existência de um suporte fático, isto é, uma previsão no texto da lei (situação abstrata) para se moldar ao caso concreto, e, portanto, o Estado tutelar seus governados?

Claramente a resposta se faz negativa, levantando-se, portanto, a “incongruência pontiana” na “Era nano”. O Direito, no caminho do que Bauman alerta, necessita de uma metamorfose, e as lentes do passado não podem servir de guia para os desafios presentes e futuros, para a espera da consequência e, após o conhecimento dela, uma prevenção por meio dos diplomas legais. Isso porque, como antes salientado, os riscos se fazem extremamente preocupantes à saúde humana e ambiental.

Logo, aguardar por uma previsão legal para regulamentar o “labor nano” trata-se de um aceite, muito provável, irreversível à saudabilidade do trabalhador. Nesse sentido, utilizando-se de uma hermenêutica de prevenção, há as demais fontes do Direito, e outras não convencionais – como será explanado posteriormente –, para assegurar a proteção à dignidade humana do trabalhador.

4 LEVANTANDO AS TRAVAS ANTIRRETORNO DE PRIEUR: A ANALOGIA DO DIREITO AMBIENTAL PARA AS MONTANHAS DO DIREITO DO TRABALHADOR

Em matéria ambiental, o jurista Michel Prieur (2011) defende, vorazmente, a trava antirretorno nas conquistas ecológico-jurídicas. Compreende que – assim como um alpinista utiliza de instrumentos de segurança para realizar sua escalada com precisão e sem retrocessos – os passos precisos em direção à proteção plena do meio ambiente também necessitam de travas por intermédio das fontes do Direito, para a salvaguarda de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tal analogia muito se aproxima do trabalhador e suas garantias. Não se pode retroceder no que o Direito já tenha proporcionado (ou venha a proporcionar) ao ambiente laboral. Logo, há suma necessidade de materiais para impedir a “queda jurídica trabalhista”.

Aliás, faz-se necessário mencionar que, inclusive, o “meio ambiente” salientado por Prieur – e exarado na Constituição Federal brasileira, fundamentalmente, em seu artigo 225 –, está além da constituição biota, isto é, além do solo, da água, do ar, da fauna e da flora – além do denominado “meio ambiente natural”. Há, nas diversas facetas de “ambiente”, que necessitam de tutela, a inclusão do meio ambiente do trabalho (FIGUEIREDO, 2007).

Quanto ao não retrocesso, o artigo 7º da Constituição Federal expressa “natureza progressiva” (MELO, 2010, p. 67) referente à questão laboral: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que

visem à melhoria de sua condição social.” Esses direitos, exemplificativos proporcionam a listagem de direitos sociais aos obreiros – resguardando os já alcançados e aqueles que, ainda, possam ser conquistados.

Nesse sentido, as normas hão de “traduzir somente confirmações ou avanços civilizatórios no plano interno a que se dirigem, não podendo prevalecer caso signifiquem diminuição de padrão protetivo em contraponto com as regras internas” (DELGADO, 2017, p. 65).

Tal diminuição de padrão protetivo poderá ser, inclusive, a plena inércia, omissão no tratamento com o trabalhador.

Nesse contexto, voltando-se ao lume da presente pesquisa, as observações de não retrocesso são indispensáveis no contexto nanotecnológico para as atuais e futuras gerações laborativas. Isso porque a produção e manipulação “nano” apresenta-se sem amparo regulamentador, consoante já aludido em raciocínios anteriores.

Ademais, a incognoscibilidade em relação às consequências e aos danos nos trabalhadores (assim como, em uma visão macro, ao próprio ecossistema), faz-se um imperativo para a sustentação de travas ao retrocesso de garantias e de direitos dos trabalhadores expostos a “nanoambientes”.

Assim sendo, referente à visão do comando internacional, a Organização Internacional do Trabalhador (OIT), em seu artigo 4º, na Convenção nº 155 (BRASIL, 1994), ratificada pelo Brasil, determina a adoção de uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

Utilizando-se, ainda, do arcabouço raciocínio de Prieur como viés para os lindes trabalhistas, pode-se afirmar que, em matéria de Direito do Trabalho, também “há sólidos fundamentos éticos, políticos e constitucionais, legais e jurisprudenciais no Brasil e em outras Nações a garantir o não retrocesso das conquistas jurídicas, na esteira do que também se observa no terreno dos direitos humanos” (PRIEUR, 2011. p. 25).

Nesse sentido, em plena harmonia com a dignidade humana, posto que se está a tratar da saudabilidade do trabalhador, fortalecer a não regressão nas salvaguardas trabalhistas é estar a proteger o labor digno. Insta salientar que “nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a finalidade desses direitos é a de *favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida*”. Ademais, a não regressão prevista nos direitos humanos “é mais que implícita, ela é ética, prática e quase judiciária” (PRIEUR, 2011. p. 26).

Embora não haja o suporte fático para embasar as causas envolvendo trabalhadores e nanotecnologias, consoante salientado nos raciocínios anteriores, não se faz palatável o aceite, indiscriminado, de uma inovação é incógnita, inclusive, para cientistas. Nesses termos, a seguir proceder-se-á à análise de um ambiente plural regulatório, valendo-se do caminho “convencional” das fontes jurídicas, assim como do suporte de “fontes particulares”, sem dirimir e colocar em perigo o papel do Leviatã no Contrato Social (HOBBS, 2006).

5 DIANTE DE UMA GOVERNANÇA POLICÊNTRICA: A QUESTÃO DO AMBIENTE REGULATÓRIO PLURALISTA (HÁ DIREITOS E GARANTIAS EM CRISE?)

Cogitar influências externas ao sistema do Direito pode levar à conclusão do enfraquecimento, substancial, do padrão legislativo e das demais fontes do ordenamento, influenciando, inclusive, na dirimção de direitos e de garantias fundamentais e humanos. Faz-se necessário, todavia, compreender a ideia de policentricidade do direito e até que ponto este estandarte é viável em nossa realidade.

O Pluralismo Jurídico compreende “a multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito” (TEUBNER, 2005, p. 25), e visa a

[...] concentrar a sua atenção em processos “espontâneos” de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram – independentemente de um direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial (TEUBNER, 2005, p. 11).

Gunther Teubner apresenta tal hipótese, que se faz necessária diante dos novos desafios que se apresentam em uma sociedade de risco. Há a necessidade de “outros atores de produção do jurídico e Fontes do Direito que até então sempre estiveram à sombra do texto da lei, mormente na estrutura normativista do Direito, consolidada a partir de Hans Kelsen” (ENGELMANN, 2012, p. 312) e diante da realidade nanotecnológica.

Estes atores não são normas avessas ao Direito. O pluralismo, aqui defendido, trata-se da utilização de fontes informais que se manifestam sob o baluarte das fontes formais do ordenamento, assegurando o não rompimento da proteção humana; em especial, sob o crivo do princípio do não retrocesso – tematizado no presente artigo.

Para esta seguridade, a doutrina denomina *autorregulação regulada*, isto é, a “intervenção dos entes privados no processo de regulação, de forma subordinada aos fins de interesse público estabelecidos pelo Estado” (BREIER; CARRIL, 2013)³. Essas fontes informais podem se tratar de organizações nacionais e internacionais, agências regulatórias e ONGs.

Em especial, para o caso em comento, em relação às nanotecnologias e o ambiente laboral, cita-se os “órgãos privados que estabelecem padrões normativos, mecanismos e instrumentos que são adotados por um grande número de países, tal como as normas ISO” (SILVA; SANTOS, 2016, p. 362).

Nesse sentido, em especial destaca-se o Comitê 229 da Organização Internacional de Padronização, que “atua na elaboração de normas técnicas para auxiliar no processo de harmonização e regulação das nanotecnologias” (BRASIL, 2019a). Tais normas, portanto, viabilizariam que os empregadores atuassem de maneira a preservar a dignidade humana dos seus colaboradores, mesmo que aqueles utilizem, em suas empresas, uma inovação que não está, ainda, regulamentada sob o âmbito do padrão legislativo.

Ademais, é importante salientar a observação de Engelmann e Martins (2017, p. 92):

Há que se observar que se trata de normas (ISO) de adoção voluntária, todavia, de reconhecimento internacional no âmbito de organizações privadas e instituições ou órgãos de governos, que buscam demonstrar boas práticas de gestão e tornarem-se mais competitivos no mercado interno e externo. Assim, não são postas pelos Estados, mas são por eles reconhecidas através das instituições ou órgãos aos quais foram outorgadas competências, no caso brasileiro, a ABNT. De sorte que é viável considerar que integram o ordenamento jurídico, ainda que possuam status normativo regulatório técnico.

Pode-se questionar, todavia, se, ao possibilitar-se a atuação de particulares em uma esfera, propriamente de atuação estatal, não se estaria se dando um aval à supressão de direitos e garantias, considerando que os próprios particulares estariam coordenando seu modo de atuação. Insta, entretanto, observar tal raciocínio:

[...] Ao adotar uma abordagem pluralista e descentralizada da regulação, que utiliza uma série de técnicas regulatórias [...] os atores não estatais podem contribuir de diversas maneiras para esses desafios especiais. [...] A confiança e a desconfiança do público na regulação do risco são cruciais para garantir a viabilidade da estrutura de controle, até porque o pluralismo regulatório frequentemente prevê a cooperação entre o Estado e a indústria. No entanto, o envolvimento de atores não-estatais, incluindo a indústria, é importante se o marco regulatório não for para impedir o desenvolvimento tecnológico ou expor o público a riscos inaceitáveis⁴ (ABBOT, 2012, p. 392, 242).

Ademais, há consideráveis benefícios quando atores privados e públicos estão em harmonia, inclusive destacando-se um controle de qualidade rigoroso na atuação de empresas que já se valem desse mecanismo de regulamentação – como é contundente tal observação em âmbito internacional⁵:

[...] Na maior parte das economias da União Europeia, houve uma mudança completa dos mecanismos de construção da regulação, refletindo o desejo de melhorar a qualidade da regulação, reduzindo a carga administrativa para os requerentes e apoiando um maior enfoque na mitigação dos riscos [...] A colaboração público-privada na construção da regulação tem mostrado resultados positivos, incluindo uma melhor conformidade com os regulamentos, um controle de qualidade mais rigoroso durante todo o ciclo de vida do projeto

³ Mais informações: Engelmann (2019, p. 381) e Ogus (2011).

⁴ Tradução Engelmann (2019, p. 384).

⁵ Nesse sentido, além da contribuição das normas ISO, salienta-se a Agência Europeia para a Saúde e Segurança do Trabalho (OSHA), o Instituto Nacional de Saúde e Segurança Ocupacional dos Estados Unidos (NIOSH) e o Institute for Health and Consumer Protection – European Commission (GÓES; ENGLEMANN, 2015, p. 207).

e melhor eficiência de processamento. [...] Um sólido regulamento de construção pode salvar vidas humanas, melhorar a saúde e a segurança e apoiar um setor e uma economia prósperos e sustentáveis⁶ (THE WORLD BANK, 2018. p. 48-49).

Pode-se estender ao raciocínio a clara “governança” que se apresenta para a organização e para a gestão da sociedade, uma vez que somente o comando estatal não atenderá às demandas complexas nos novos desafios pós-modernistas. Nesse sentido, uma rede de novos atores se faz presente e necessária (AVEN; RENN, 2019, p. 3). Logo, a atuação colaborativa público-privada possibilita uma atuação categórica para a proteção humana. Nisso se vale, portanto, a necessária metamorfose no Direito, título da presente obra. O casulo que prepara uma nova perspectiva do ordenamento. Jamais insegura, jamais regressiva, mas o necessário processo da antiga lagarta para a ascensão da mais nova borboleta, a “governança policêntrica”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou da relação laboral com o atual cenário nanotecnológico e os desafios que tal realidade proporciona ao Direito do trabalho. Em especial, ressaltou-se a falta de marcos regulatórios específicos em relação à “revolução nano” e, portanto, a iminência à mácula a direitos fundamentais e humanos dos trabalhadores, sendo necessário, portanto, o uso de outras fontes para a tutela daqueles.

Nesse sentido, compreendeu-se que o aparato protetor que se pode utilizar, considerando a sociedade de risco, trata-se da harmonização de fontes, isto é, a atuação de atores formais e informais (o pluralismo jurídico, objeto de estudo do autor Gunther Teubner) na elaboração de regras de atuação e manipulação de nanopartículas no ambiente laboral.

Buscou-se, desse modo, evidenciar quão importante e necessário se faz a instituição do pluralismo jurídico, que pode ser representado pela autorregulação regulada.

Ainda que incerto o verdadeiro efeito da nanotecnologia – e a inércia legislativa –, as normas, aqui salientadas, estão sob o júbilo do princípio do não retrocesso, que exige respeito aos direitos e às garantias que estão e que serão assegurados aos trabalhadores, sem a possibilidade de retroceder nas conquistas do Direito brasileiro.

Ademais, os raciocínios, aqui depreendidos, não são meras discussões literárias, restritas ao mundo das ideias. Conforme evidenciado, os Estados tendem a utilizar novas formas de normatização, sem a atuação “meramente estatal”, conforme o excerto de Abbot (2012, p. 242): “um controle de qualidade mais rigoroso durante todo o ciclo de vida do projeto e melhor eficiência de processamento”. Os dados vêm a demonstrar e assegurar, portanto, a possibilidade de convivência de “regramentos particulares” – como a própria norma ISO – com a Magna Carta e demais fontes do Direito.

Nesse liame, com base nos raciocínios aqui depreendidos, salienta-se a urgência na atuação de atores privados e de entes públicos para assegurar a dignidade laboral em ambientes nano. É imprescindível compreender que, adaptando a frase de Rubem Alves, “não haverá borboletas se o Direito não passar por longas (e audíveis) metamorfoses”.

Assim sendo, conforme salienta Hohendorff (2019, p. 293), considerando que se tratam de “riscos abstratos, invisíveis, globais, transtemporais, retardados e irreversíveis, na medida em que (as nanotecnologias) evidenciam enorme potencial de risco”, uma vez que diz respeito a “uma nova ciência, [...] nunca antes estudada”, o Direito deverá compor sua devida metamorfose, uma nova reestruturação consequente do caráter líquido dos conceitos clássicos, de uma “sociedade nano” de risco, sem qualquer amparo legislativo. Logo, um ambiente regulatório pluralista proporcionará o avanço à dignidade humana do trabalhador, esta que se trata “do sustentáculo de qualquer trabalho humano” (DELGADO, 2006, p. 207).

⁶ Tradução Engelmann (2019, p. 374).

7 REFERÊNCIAS

- ABBOT, C. Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology. *Journal of Law and Society*, 39, 3, p. 329-358, Sep. 2012.
- ALVES, Rubem. *Entre a Ciência e a Sapiência: o dilema da educação*. 21. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999. p. 24.
- AVEN, T.; RENN, O. Some foundational issues related to risk governance and different types of risks. *Journal of Risk Research*, p. 1-14, 2019.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, U. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.
- BRAND, W.; VAN KESTEREN, P. C. E.; OOMEN, A. G. Potential health risks of nanomaterials in food: a methodology to identify signals and prioritise risks [Mogelijke gezondheidsrisico's van nanomaterialen in voedsel: een methode om risico's te signaleren en te prioriteren]. *RIVM letter report 2019-0191*. Disponível em: <https://www.rivm.nl/bibliotheek/rapporten/2019-0191.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2020
- BRASIL. *Decreto nº 1.254*, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm Acesso em: 30 jan. 2020.
- BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. *Benefícios e riscos das nanotecnologias*. Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais (CNPEM). 2019a. Disponível em: https://innano.cnpem.br/wp-content/uploads/2019/10/SEPARATA-CNPEM-02_Benef%C3%ADcios-e-riscos-das-nanotecnologias.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.
- BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 23, 2019*. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 a fim de incentivar a pesquisa e desenvolvimento da Nanotecnologia no Brasil. 2019b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135203>. Acesso em: 26 fev. 2020.
- BRASIL *Projeto de Lei nº 880, 2019*. Institui o Marco Legal da Nanotecnologia e Materiais Avançados; dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação nanotecnológica; altera as Leis nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. 2019c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135353>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- BREIER, R.; CARRIL, R. *Autorregulação impacta direito penal empresarial*. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-28/autorregulacao-produz-impactos-direito-penal-empresarial>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- DELGADO, G. N. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- ENGELMANN, W. Estruturando um ambiente regulatório pluralístico a partir da gestão dos riscos nanotecnológicos e da responsabilidade empresarial. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado, n. 15. São Leopoldo: Karywa; Unisinos, 2019.
- ENGELMANN, W. O diálogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. *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: Ed. Unisinos, 2012.
- ENGELMANN, W.; MARTINS, P. S. A ISO, suas normas e estruturação: possíveis interfaces regulatórias. In: ENGELMANN, W.; MARTINS, P. S. *As Normas ISO e as nanotecnologias: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico*. São Leopoldo: Karywa, 2017.
- FIGUEIREDO, J. G. P. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GLOBAL Nanotechnology Market (by Component and Applications). Funding & Investment, Patent Analysis and 27 Companies Profile & Recent Developments – Forecast to 2024. *iGATE Research*, Apr. 2018.
- GÓES, M. C.; ENGLEMANN, W. *Direito das nanotecnologias e no meio ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.
- HOHENDORFF, R. As categorias de risco e perigo na teoria de Niklas Luhmann: caracterizando risco e perigo de modo a posicionar o direito em um cenário de complexa distinção frente aos desafios das novas tecnologias. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado, n. 15. São Leopoldo: Karywa; Unisinos, 2019.

- LEITE, J. R. M.; BELCHIOR, G. P. N. B. O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. *Seqüência*, n. 60, p. 291-318, jul. 2010.
- MELO, G. M. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010.
- NATIONALES, F. NFP 64. *Chancen und Risiken von Nanomaterialien: Ergebnisse, Erkenntnisse und Perspektiven – Schlussbrochure*. Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF). 2017. Disponível em: http://www.nfp64.ch/SiteCollectionDocuments/Schlussbroschuere_NFP64_D.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.
- OGUS, Anthony. Self-regulation. In: PARISI, F. *Production of Legal Rules*. Encyclopedia of Law and Economics. 2. ed. [S.l.]: Edward Elgar, v. 7, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PRIEUR, M. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 11-56.
- SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 355-373, 2016.
- STATNANO. *Nanotechnology Products Database (NPD)*. 2019. Disponível em: <http://product.statnano.com/>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- TASSINARI, C. A relação direito e política em tempos de protagonismo judicial: elementos introdutórios sobre a dinâmica entre os três poderes. In: BRAGATO, F. F.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*, n. 15. São Leopoldo: Karywa; Unisinos, 2019.
- TEUBNER, G. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Ed. Unimep, 2005.
- THE WORLD BANK. *Doing Business 2018: reforming to create jobs*. Washington: International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2018. p. 48-49.

A IDEIA DE CONTROLE SOCIAL NA SOCIOLOGIA COMPREENSIVA DE EDWARD ALSWORTH ROSS

The Idea of Social Control in Edward Ross' Comprehensive Sociology

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2021.56.12367>

Recebido em: 27/5/2021

Modificações solicitadas em: 23/6/2021

Aceito em: 26/8/2021

André Copetti

Autor correspondente. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui)
– Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Rua do Comércio, 3000 – Bairro Universitário. Ijuí/RS, Brasil.
CEP 98700-000. <http://lattes.cnpq.br/5126982210763673>. <http://orcid.org/0000-0003-1087-1195>.
andre.co.petti@hotmail.com

Diulia Binello

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui). Ijuí/RS, Brasil.

RESENHA DE ARTIGO

ROSS, Edward Alsworth. *Social Control*. *American Journal of Sociology*, v. 1, n. 5, p. 513-535, mar. 1896.

De acordo com o sociólogo Franco Garelli (1994), por controle social entende-se o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados pela sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, impedindo e desestimulando os comportamentos contrários às mencionadas normas, buscando restabelecer condições de conformação também em relação a uma mudança do sistema normativo.

De um modo geral, a ideia de controle dos comportamentos e ações dos indivíduos por entidades que os transcendam, já está bem destacada no pensamento e nas concepções institucionais dos contratualistas. A limitação do agir individual na sociedade encontra-se, por exemplo, na teoria do Estado de Hobbes, para quem o fim do Estado é salvaguardar a paz, protegendo a vida dos indivíduos que a ele pertencem. Para a execução deste fim, segundo Hobbes é preciso instituir um poder suficientemente grande, pois, assim não sendo, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas na sua própria força e capacidade, como proteção contra os outros (HOBBS, 1999). Um poder comum que os mantenha em respeito e que dirija suas ações no sentido do benefício comum (HOBBS, 1999). A única maneira de instituir um tal poder comum é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou uma assembleia de homens, que possa reduzir as suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Utilizando as próprias palavras de Hobbes, é como se cada homem dissesse a cada homem: “Cedo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de maneira semelhante todas suas ações” (HOBBS, 1999, p. 146). Assim, o Estado constitui-se quando os homens renunciam a fazer uso da força individual, transferindo esta possibilidade ao soberano.

Também em Locke podemos encontrar a ideia de controle social quando faz a contraposição entre liberdade natural e liberdade social. Para Locke, a liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas por ter por regra apenas a lei da natureza. Com um sentido distinto, a liberdade do homem em sociedade,

para Locke, resume-se em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento (LOCKE, 1998).

Com Rousseau não foi diferente. Ele se interessou pelo problema da justificação do poder. No Contrato Social ele critica o direito do mais forte, a superioridade do forte e do rico, julgando-os privados de legitimidade. Como fundamento do direito, ele identifica a vontade do povo, o ser coletivo que nasce da livre-associação de todos os homens que renunciam, dessa forma, “a exercer a própria vontade particular”. Há, assim, como forma de controle social, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade (ROUSSEAU, [1989?]).

Ainda nas ciências sociais europeias, é imprescindível destacar a positividade, sem assim denominar, da ideia de controle social no pensamento de Emile Durkheim. Em sua “Regras do Método Sociológico”, aponta Durkheim (2019), há uma ordem de fatos que apresentam características muito especiais que consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõem a ele. Por conseguinte, eles não poderiam se confundir com os fenômenos orgânicos, uma vez que consistem em representações e em ações; tampouco com os fenômenos psíquicos, os quais só têm existência na consciência individual e por meio dela. Esses fatos, para ele, constituem, portanto, uma espécie nova, e é a eles que deve ser dada e reservada a qualificação de sociais. A ideia de fato social, em Durkheim, encerra, concomitantemente, uma concepção de controle social.

Sucessivamente, no contexto americano, alguns autores retomaram e reformularam o conceito de previsão. Entre estes recordamos Lester Frank Ward (1902), que considera a previsão capacidade de controle, Franklin Henry Giddings (1896, 1922), para quem a história representa um processo de construção da sociedade, e Franz Oppenheimer (1927), que trata dos processos de autocivilização das sociedades.

De forma explícita, a nomenclatura e o conceito de controle social aparecem, pela primeira vez, nas formulações teóricas do sociólogo americano Edward Alsworth Ross, no fim do século 19, com a publicação do artigo “Social Control”, no volume 1, número 5, do American Journal of Sociology, publicado em março de 1896. A partir deste artigo, Ross publica outros 13 artigos com diferentes abordagens sobre o tema do “controle social”. Isto o coloca não só como um dos precursores deste tema, mas, sem dúvida, também como o criador desta expressão. À resenha deste primeiro artigo de Edward A. Ross dedicaremos este trabalho, o qual atende a duas razões: a primeira, pela importância desta pesquisa inicial de Ross na abertura de caminhos temáticos importantes para a sociologia moderna; a segunda, por não haver traduções do trabalho de Ross para a língua portuguesa.

Ross trabalha, neste artigo, duas importantes acepções de “controle social” que dominaram por muito tempo o debate sociológico: pela primeira acepção entendem-se todos os processos que, ao determinar, na interação, as relações entre os vários indivíduos, levam a regular e a organizar o comportamento do homem e estabelecem condições de ordem social; pela segunda acepção entende-se o controle exercido por um grupo sobre os próprios membros ou por uma instituição ou grupos de pressão e classes sociais sobre a população de uma sociedade ou parte dela.

Inicialmente, Ross (1896) realça a importância de delinear o que é exatamente “sociedade”. O autor observa a existência de dois tipos de vida humana amplamente distintos: o *isolado* e o *associado*. Entre esses diferentes tipos de vida e entre os indivíduos que os lideram, existem contrastes relevantes devido à presença ou ausência de associação. Pela diferença entre o homem isolado (que admite somente a família) e o homem socializado é que se pode avaliar o problema sociológico. A presença de “sociedade” na humanidade pode ser percebida por sinais de um poder transformador na vida individual.

Segundo Ross (1896), o conceito orgânico de sociedade leva-nos a considerar a ajuda mútua, a divisão do trabalho, a formação de grupos industriais, a especialização e intercâmbio com suas instalações para comunicação e o transporte, como as características fundamentais da sociedade, correspondentes ao crescimento distinto de órgãos e funções, interdependência das partes e unidade vista nos corpos vivos. Relacionando-os, contudo, ao nosso novo ponto de vista, essas características falham em explicar tal supremacia. A prática da ajuda mútua por si só não causa mudanças relevantes nos indivíduos cooperantes, nem a estratégia de unir forças para a realização de uma determinada tarefa, uma vez que esta poderia ser realizada com mais sucesso individualmente, em “isolated state”. Na medida em que os intercâmbios/trocas desenvolvem-se e a distância

entre os sujeitos envolvidos nesses processos aumenta, surge a necessidade de empregar meios de transmitir mensagens e bens, e assim se estabelece um sistema de comunicação e transporte. Esse fenômeno trivial, rebatizado de “circulatory system”, “internuncial apparatus”, “social nervous system”, pretende abrir um vasto campo de visão nas profundezas da filosofia social.

Ross (1896) assevera que se sem mudança de motivos, objetivos ou finalidades, indivíduos ingressem e vivam em “associated state”, meramente para conseguir alcançar seus fins com mais facilidade, a agregação então formada é mecânica, nem um pouco mais orgânica que um grupo de indústrias e consiste em um mecanismo morto.

De acordo com Ross, a vida associada (*associated life*) é capaz de fazer muito mais com o indivíduo no momento em que a vida social se estabelece. Quando isso ocorre, permite-se acesso a um conhecimento maior proporcionado pela divisão do trabalho e expansão do lazer, a ser integrado pela ajuda de um sistema de comunicação. Esse processo, passando de geração em geração, dá vida a um conjunto de ciências e artes como o resultado do trabalho de incontáveis indivíduos através de centenas de anos. Então, por intermédio do contato com um conjunto de conhecimentos sociais, todo o seu mundo intelectual é transformado, inclusive suas ideias sobre o mundo, sobre si mesmo e sobre as relações e posições referentes a ele, que são revolucionadas, e, por conseguinte, suas atividades são novamente transformadas e seus esforços redirecionados.

Apesar disso, ele não é diretamente transformado no homem social. O indivíduo pode beneficiar-se do conhecimento transmitido a ele, usufruir do trabalho de especialistas, integrar-se mais ao estabelecer relações com mais pessoas, mas, se com isso ele persegue incansavelmente seus objetivos egoístas, fazendo uso do conhecimento socialmente acumulado e transmitido apenas para alcançar mais rapidamente sua meta, ele está fazendo da sociedade uma mera conveniência. Difícilmente poderíamos dar o nome de “sociedade” ao fenômeno.

Quando o julgamento de um indivíduo acerca do valor das coisas é modificado pela sabedoria originada da associação, percebe-se uma mudança mais profunda. O esclarecimento em relação às propriedades e leis das coisas não só o ajudam a atingir suas metas, mas conhecimento acerca de si mesmo, sua mente e seu corpo; em relação ao curso da vida de um homem, frequentemente afeta sua escolha de objetivos. A oportunidade de comparar experiências e gratificações leva à reavaliação de valores e altera a intensidade com a qual certas metas são perseguidas. O intercâmbio acorda desejos adormecidos, sugestão e imitação multiplicam vontades, o leque de escolhas é expandido e o homem inteiro é reconstruído. Essa reavaliação de experiências, que é acarretada pela vida em associação, impacta mais profundamente na natureza humana que qualquer fenômeno que já cogitamos, e deve ser considerada uma das mais contundentes consequências do estado social (ROSS, 1896).

A mais fantástica transformação do indivíduo ocorre quando, finalmente, seu próprio desejo é alterado em sua direção fundamental. O âmago do ser humano não é constituído por suas atividades, opiniões, pensamentos, mas, sim, por seus sentimentos, considerados um todo (ROSS, 1896). Se observarmos no desenvolvimento social que esses sentimentos são compatíveis aos do homem isolado, pode-se duvidar de que haja na associação algo verdadeiramente orgânico. Se o desejo for algo intocável, então a associação humana seria uma mera tática econômica utilizada por aqueles que fazem parte dela.

Ross (1896) afirma categoricamente que a evolução social traçada por ele não é cronológica, mas lógica. Pode-se observar que, nas civilizações primitivas, a interação entre os indivíduos em grupos estava muito mais relacionada às festividades e jogos do que ao trabalho em conjunto. Dessa forma, pode-se afirmar que a influência do grupo é muito mais decisiva em aspectos psíquicos, como gostos e aversões, do que nas atividades dos indivíduos. Nesse sentido, Ross critica o fato de que os efeitos da associação têm sido exclusivamente atribuídos ao fenômeno da agregação econômica, negligenciando-se as consequências de ordem interna e psíquica.

Para Ross (1896), uma agregação pode receber o nome de “sociedade” no momento em que o grupo consegue alterar o curso de vida definido por um indivíduo em prol de seus interesses coletivos, independente da presença de divisão do trabalho ou intercâmbio. Isso ocorre porque é na modulação dos desejos e sentimentos de um indivíduo, de forma que se adequem às necessidades do grupo, que a vida associada se mostra presente, realiza seu feito de maior dificuldade e demonstra seu maior poder.

Essa modulação dos desejos e sentimentos dos indivíduos deve-se a dois fenômenos: em parte à influência social e em outra parte ao controle social. Os dois fenômenos conjuntamente podem ser chamados de “Social Ascendency”. A influência social é aquela exercida sobre o indivíduo por todos aqueles presentes no ambiente em que o indivíduo está inserido, como as aspirações que o imigrante adota do povo de seu novo país, por exemplo; caracteriza-se por uma tendência que o indivíduo não pode originar, embora resulte da interação de diversos homens enquanto indivíduos.

Por outro lado, controle social é entendido por Ross (1896) como aquele exercido sobre as metas e ações do indivíduo no interesse do grupo. Essa influência parte tanto de órgãos formais e definidos, mantidos pela vontade da sociedade, quanto de organizações espontâneas, que servem aos interesses da sociedade quer de forma consciente ou inconsciente, sob supervisão de outros órgãos. O autor destaca que os dois processos se diferenciam profundamente. Enquanto o controle social é uma função social essencial e consiste em um sistema desenvolvido a desafiar explicações e avaliações analíticas, a influência social é um simples incidente de associação e consiste em um termo coletivo para certo fenômeno da vida social.

Outra questão fundamental, para Ross (1896), consiste em diferenciar o controle social e a coordenação social, uma vez que ambos objetivam impor certas regras e padrões. O controle social ocupa-se de regular metas e ações incompatíveis, à medida que as regras de coordenação social regulam ações essencialmente harmoniosas em prol de sua perfeita adequação.

Ross (ROSS, 1896) afirma que o estudo do sistema de controle social pertence à sociologia estática e não à dinâmica, uma vez que o processo de socialização humana está mais relacionado à vida do que à sociedade. Para ele

O sistema de controle, como o sistema educacional, está encarregado não de revisar a estrutura ou funções da sociedade, mas de moldar os indivíduos. Não visa ao crescimento, mas ao equilíbrio, perpetuamente perturbado pelas mudanças no pessoal da sociedade e, portanto, perpetuamente necessitado de ser restaurado pelo esforço consciente do grupo. Embora nossa ideia quanto ao melhor equilíbrio mude de época para época, e embora haja progresso na escolha dos meios para assegurar o feliz equilíbrio de interesses, este é um movimento fora do sistema de controle e sobreposto a ele (p. 521).

De acordo com Ross, portanto, o controle social é como a defesa, um processo que deve ser continuamente exercido, e, por buscar objetivos estáticos, pertence à sociologia estática.

Nessa perspectiva, Ross entende que há aqueles que admitem a existência do homem insociável, mas sustentam que eles sejam poucos e que a massa da população responda por si própria às exigências da vida social. O aparato do controle, todavia, enquanto necessário para proteção do grupo dos poucos indivíduos de disposições maldosas, não alcança com sua influência tão profundamente a vida em comunidade, e não é um dos maiores sistemas dos órgãos sociais. Aqueles que têm esse ponto de vista entendem por “controle” meramente as restrições impostas pela lei e pelo sentimento público. Suas unidades sociais dotadas de crenças religiosas, distinções morais, um vasto código ético, entre outros, todos dos quais, longe de serem instintivos, são produtos da educação e por sua presença provam que os mais delicados dispositivos de controle têm feito tão bem sua tarefa que o mais vigoroso mecanismo não necessita ser colocado em funcionamento. Seria precipitado dispensar todas as distinções relativas ao valor moral dos tipos de conduta, todo senso de dever, todo orgulho e reverência a si mesmo, e empreender na construção de uma sociedade ordenada e estável baseada unicamente nas simpatias espontâneas e instinto social dos homens.

Ross (1896) assevera a especial função exercida pela “sympathy” (empatia) em três diferentes dimensões sociais: na família, na comunidade e na vida econômica. Na família, a simpatia, oriunda das relações parentais e sexuais, renova as relações familiares de geração em geração. Ela desenvolveu-se no interesse da prole eras antes do surgimento da associação, e ainda hoje desempenha o papel principal na formação da família. A simpatia mostra-se também de grande utilidade ao grupo, na medida em que fomenta a ajuda mútua e ameniza as dificuldades da vida individual. Além disso, equilibra o *status* legal conferido aos indivíduos mais vulneráveis, expandindo o alcance da lei às suas necessidades. No plano econômico, a simpatia incentiva o cumprimento dos termos dos contratos avençados.

Apesar de tudo isso, não se pode negar que a simpatia (empatia) é inadequada às exigências do mundo moderno. Do cumprimento da tarefa específica de cada homem, confiante de que os outros farão determinadas atividades de certa forma, depende o bom funcionamento da organização social. Essa confiança não funcionaria se fosse baseada na afeição. Nas palavras do próprio Ross (1896):

Além disso, as tarefas impostas a diferentes indivíduos são tão diferentes em relação às adversidades e as recompensas concedidas são tão desiguais que a empatia tem tanta probabilidade de se dissolver quanto de fortalecer a ordem social (p. 525).

Pode-se concluir, portanto, que o grau de suavidade que entrelaça as complexas relações da organização social atual deve-se a outro fenômeno, e não à empatia.

A empatia pode ser vista, segundo Ross (1896), a partir de duas diferentes concepções: “Olhando de cima, a empatia aparece como compaixão, o impulso de ajudar o outro negando a si mesmo. Olhando de baixo, parece inveja, o impulso de aliviar a angústia compartilhando a sorte de outro.” (p. 525). Em condições de extrema desigualdade, surgem sentimentos tendentes a amenizar essa desigualdade, como aquele que impede que se retire o lar de uma viúva, mas que, contudo, não impede que um sujeito acumule riquezas às custas da pobreza de outros. Disso conclui-se que o comércio e a indústria não podem ser movidos pela empatia. O grupo econômico preponderante não pode ser impulsionado por sentimentos espontâneos ou seria esmagado entre a compaixão e a inveja, mas deve pautar-se pela lei e pela moralidade, que formam a estrutura óssea da ordem social, enquanto a empatia consiste em seu tecido conjuntivo.

A empatia, na forma de compaixão e bondade, protege um círculo de pessoas mais próximas de cada indivíduo (exemplo: família e um círculo de amigos), mas não restringe um homem de praticar certos atos em relação a um grupo indeterminado de pessoas pelo qual ele sinta apenas indiferença. Nesse sentido, a empatia demonstra sua inadequação exatamente onde o bem-estar do grupo deve ser defendido ante seu interesse particular, pois o desenvolvimento social é caracterizado por tornar as relações pessoais justamente mais superficiais e transitórias.

Diante do exposto, portanto, Ross (1896) conclui que,

rejeitando como devemos a hipótese do Sr. Kidd de que toda reflexão racional levará alguém ao egoísmo absoluto, e francamente reconhecendo a sociabilidade enraizada na natureza do homem por uma família e seleção social de longa data, ainda estamos justificados em afirmar que este dom é não o fundamento da ordem social. O que sustenta o edifício social não é a boa vontade inata, mas uma composição artificial de sentimentos proporcionados pela sociedade por meio de seu sistema de controle (p. 527).

Então, após estabelecer a necessidade do controle social, Ross passa a investigar a tendência desse controle e qual o caráter dessas vontades humanas. É preciso inquirir os tipos de condutas mais compatíveis com a vida e o bem-estar do grupo social e verificar o conteúdo dos códigos legais e morais a fim de determinar em que direção a vontade do indivíduo é modificada pela sociedade.

Há certas condições que são necessárias para a continuidade do grupo. A tolerância e o respeito pela propriedade e pelo casamento são os fundamentos da vida em grupo. Desse modo, deve haver, em primeiro lugar, uma tolerância que afaste a intolerância gratuita com a vida, saúde, bem-estar ou liberdade dos outros. Deve haver respeito à propriedade, fazendo com que o objeto que alguém fez ou se apropriou não seja por outro tomado. Além disso, deve haver certas observâncias em relação aos sexos. A família é mais velha que a própria sociedade e tem suas particulares condições de vida e saúde. Se isso é largamente desrespeitado em um grupo, tanto o grupo quanto a família fracassam (ROSS, 1896).

De acordo com Ross (1896), o conflito é um elemento que fornece as bases de um verdadeiro processo seletivo. Além disso, revela importantes características acerca do grupo vitorioso, e este grupo determinará o próximo desenvolvimento das relações internas. A guerra desafia não só a excelência da organização social, mas também a solidariedade do grupo, e demonstra a quantidade de coesão social desenvolvida. A indiferença de indivíduos em relação ao destino dos demais, os desentendimentos internos, entre outros, podem levar um grupo em conflito à derrota, e são enfrentados, então, pelo controle social.

Além das condições de continuidade do grupo, há as condições de bem-estar e felicidade do grupo. Honestidade, generosidade, obediência à lei são condições que parecem ser observadas por qualquer homem sábio e fomentadas em prol da comunidade. Por outro lado, é visto que ganância, hipocrisia e insubordinação induzem a antagonismo e desperdício de energia, e, portanto, deveriam ser reprimidas. Assim, pode-se perceber que os esforços do grupo, no sentido de direcionar o comportamento dos indivíduos, visam sempre a algumas das condutas aqui expostas.

Essa teoria da direção do controle pode ser verificada pelo exame dos fatos. Os códigos legais, morais ou sociais, atualmente vigentes em uma sociedade, expressam a vontade social, posto que são produtos coletivos e pretendem regular a conduta. O estudo deles, então, revela o direcionamento do controle social.

Se nós estudarmos sociedades não desenvolvidas, não se encontram formulações da vontade social desse tipo. Se estudarmos as sociedades mais avançadas, encontramos a vontade social formulada em princípios e proposições tão gerais que sua verdadeira tendência não fica visivelmente percebida. Torna-se necessário, portanto, examinar os códigos no momento de sua maior expansão, quando a vontade do grupo é registrada não em formas gerais, mas em múltiplos comandos concretos.

Tomando o Código de Moisés como exemplo, as leis contidas podem ser assim classificadas:

1. Leis no interesse do indivíduo que as observa.
2. Leis de interesse das pessoas com quem o sujeito se relaciona.
3. Leis no interesse de um órgão indefinido – o público.
4. Leis de interesse das instituições da comunidade.
5. Leis no interesse do sistema de crença que fornece ao código sua sanção principal.
6. Leis no interesse do sistema de cerimonial destinadas a promover a obediência ao código.
7. Leis no interesse da aplicação do código e prescrevendo penalidades e recompensas.
8. Leis no interesse da pureza, perpetuidade e autoridade do próprio código.
9. Leis no interesse de uma classe.
10. Leis de significado desconhecido (ROSS, 1896, p. 529).

Ross acredita que, deixando-se de lado o aspecto extrínseco, o qual, muitas vezes, encobre os verdadeiros propósitos de um código, todos os conjuntos de exigências sociais podem ser classificados nas categorias supradescritas. Dessa forma, confirma-se a conclusão da teoria acerca da direção do controle social. Em relação à classificação acima, destaca-se que: com exceção dos grupos 1, 9 e 10, todos os outros grupos referem-se a normas que intentam, direta ou indiretamente, assegurar as condições de felicidade e continuidade do grupo mencionadas anteriormente. De fato, à medida que o grupo 1 parece reconhecer bem-estar individual como bem-estar do grupo, dos demais grupos infere-se divergência de interesse e objetivam resguardar o interesse do grupo em detrimento da liberdade individual. Enquanto os grupos 2 e 3 buscam isso diretamente, o grupo 4 persegue o mesmo indiretamente. Já os grupos 5, 6, 7 e 8 referem-se ao sistema de controle pelo qual a obediência é garantida e as ordens precedentes são efetivadas.

O autor aponta, então, outra tarefa necessária: determinar a posição do estudo das exigências sociais e do controle social ante a ética.

Primeiramente, Ross não reconhece a ética como uma ciência. Para ele, ética social, ou o estudo da conduta, do ponto de vista social, é reconhecida como um departamento da sociologia e seu estudo pertence à sociologia estática.

A sociologia, contudo, não está fadada a estudar a conduta e seus efeitos ao grupo, negligenciando o estudo de sua influência em relação ao indivíduo em si mesmo. A sociologia engloba o estudo do equilíbrio entre os custos das restrições individuais de um lado, e, de outro, dos benefícios usufruídos por essas restrições pelo próprio indivíduo. Nesse sentido, a ética não assistiria à sociologia em sua conclusão.

Existe, ainda, outro ramo da ética que extrapola o objeto da conduta para o estudo da vida, de como viver e como aproveitá-la ao máximo. Trata-se de uma ciência hedonística, que foca no ponto de vista do indivíduo. Esses cientistas ignoram importantes aspectos da sociedade e não são nada mais do que “apóstolos da ordem social” (ROSS, 1896, p. 532).

Por fim, resta classificar os fatos concretos no controle social. Uma classificação baseada no tipo de instituição não seria adequada, uma vez que não há um corpo de instituições específicas destinadas a esse fim. Segundo Ross (1896)

O controle social, como mostrarei, é exercido por meio de todos os tipos de instrumentos, por sua vez – por meio de organizações religiosas, governamentais e profissionais, por meio de massas amorfas de pessoas, por meio de indivíduos e por meio de produtos superorgânicos, como folclore, tradição, cerimonial, poesia e obras de arte (p. 534).

Outra classificação pauta-se no modo como a sociedade impõe supremacia sobre os indivíduos. Tendo em vista que restringimos certas ações por meio do estímulo de determinados sentimentos, pode-se classificar o controle de acordo com o tipo de estímulo usado. Segundo esse princípio de classificação, pode-se dividir o controle em modificações de vontade, de sentimentos e de julgamento. Quando um desejo por certa experiência é enfraquecido, tem-se uma modificação de sentimentos. Quando a crença de que determinado ato levará a certa experiência é modificado, tem-se uma modificação de julgamento. Finalmente, quando o desejo e a crença permanecem as mesmas e a conduta é controlada por atos relacionados à dor ou ao prazer por intermédio de recompensas e punições, tem-se uma modificação de vontade.

REFERÊNCIAS

- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. Tradução Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2019.
- GARELLI, Franco. Controle Social. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. Brasília: UnB, 1994.
- GIDDINS, Franklin Henry. Principles of Sociology. AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCES. 1896. *Annals* [...]. July 1896.
- GIDDINS, Franklin Henry. *Studies in the Theory of Human Society*. New York: The Macmillan Co., 1922.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Brasília: Imprensa Nacional Casa da Moeda; Editora Nova Cultural, 1999.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- OPPENHEIMMER, Franz. The Idolatry of the State. *Review of Nations*, n. 2, 1927, p. 13-26.
- ROOS, Edward Alsworth. Social Control. *American Journal of Sociology*, v. 1, n. 5, mar. 1896, p. 513-535.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, [1989?].