

ISSN 2695-8597



# Actas

## II CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO

*Organización:*  
Gilvan Luiz Hansen  
Eder Fernandes Monica

*Editado en Ourense, España, por la  
Universidad de Vigo y Universidade  
Federal Fluminense*



INSTITUTO GILVAN HANSEN



Universidade de Vigo



**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL DE  
GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO**

**Eder Fernandes Monica**  
**Gilvan Luiz Hansen**  
(organizadores)

**ACTAS DEL II CONGRESO INTERNACIONAL DE  
GLOBALIZACIÓN, ÉTICA Y DERECHO**

*Editado en Ourense, España, por la  
Universidad de Vigo y Universidade  
Federal Fluminense*



INSTITUTO GILVAN HANSEN



Universidade de Vigo

M744 MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz (Orgs.).

ACTAS: II Congreso Internacional Globalización, Ética y Derecho.  
MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universida-  
de de Vigo, 2018  
771 p.

ISSN 2695-8597

1. Democracia 2. Derecho 3. Política 4. Ciudadanía  
I. Título. II. Autor.

CDD: 340  
CDU: (058)

## II CONGRESSO INTERNACIONAL GLOBALIZAÇÃO, ÉTICA E DIREITO

Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense – UFF  
Niterói, Rio de Janeiro – Brasil

### COORDENAÇÃO GERAL

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (PPGDIN/UFF)

Prof. Dr. Edson Alvisi Neves (PPGDIN/UFF)

Prof. Dr. Antón Lois Fernández Álvarez (PPGDIN/UFF)

### COMISSÃO CIENTÍFICA

Dr. André Hacl Castro (DeCiED)

Dr. Bruno Stigert de Sousa (UFJF)

Dr. Cândido Francisco Duarte Silva (UFF)

Dra. Célia Barbosa de Abreu (UFF)

Dra. Clara Isabel Fernández Rodicio (UVIGO)

Dr. Clóvis Ricardo Montenegro de Lima (IBICT)

Dr. Eder Fernandes Monica (UFF)

Dra. Fernanda Pontes Pimentel (UFF)

Dr. Fernando Gama de Miranda Netto (UFF)

Dr. Guillermo Suárez Blázquez (UVIGO)

Dr. José Ricardo Ventura Correa (DeCiED)

Dr. Luís Antonio Cunha Ribeiro (UFF)

Dra. Mariana Devezas R. M. de Menezes (UFF)

Dr. Ozéas Correa Lopes Filho (UFF)

Dr. Plínio Lacerda Martins (UFF)

Dr. Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão (UFF)

Dr. Rubens de Lyra Pereira (DeCiED)

Dr. Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (UFF)

Dr. Sérvio Túlio Vieira Santos (UFF)

ra. Tânia Márcia Kale (UNESA)

Dr. Virxílio Rodríguez Vázquez (UVIGO)

# SUMÁRIO

PRESENTACIÓN .....	09
A ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO ATRAVÉS DE UMA PERSPECTIVA FREUDIANA .....	11
A FORMA DE RESISTÊNCIA DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS DO ALTO DA BOA VISTA: DECLARAÇÃO DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA .....	27
A GOVERNAMENTALIDADE CONTEMPORÂNEA: A MORTE DE CRIANÇAS ATINGIDAS POR BALAS PERDIDAS NAS REGIÕES PERIFÉRICAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	58
A LINGUAGEM JURÍDICA COMO EMPECILHO AO ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA .....	76
A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO REALIZADA PELOS CARTÓRIOS CIVIS E SEUS DESDOBRAMENTOS .....	95
A MEDIAÇÃO ORGANIZACIONAL E O RESGATE DA AUTONOMIA POR MEIO DA AÇÃO COMUNICACIONAL .....	113
A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE AO POBRE PARA O PLENO EXERCÍCIO DE SUA CIDADANIA .....	132
A UNIÃO HOMOAFETIVA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.....	159
ACESSO À INFORMAÇÃO E CONFIANÇA NA MODERNIDADE: BREVE ANÁLISE CRÍTICA ENTRE BRASIL E HONDURAS NA ÓTICA DA LEI MODELO INTERAMERICANA.....	180
ACESSO À INFORMAÇÃO E DEMOCRACIA .....	201
ALIMENTAÇÃO E SAÚDE EM CONVERGÊNCIA: uma análise das obrigações correlativas do Estado na promoção do direito humano à ali- mentação adequada.....	220

ANALISE CRITICA DA ÉTICA NO COMPLIANCE: EMANCIPAÇÃO E CONFIANÇA INSTITUCIONAL .....	242
DISCURSO DE APLICAÇÃO NA TEORIA DE KLAUS GUNTHER: CRÍTICAS À TEORIA DE DWORKIN .....	261
DIVERSIDADE FAMILIAR.....	287
ECONOMIA DIGITAL: REGULAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E MARKETING VIRTUAL .....	306
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE MINAS GERAIS .....	327
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O COMBATE AO DESPERDÍCIO DE ALIMENTOS.....	355
MENINOS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL DOMÉSTICO: Uma análise dos dados da violência no município de São Gonçalo.....	376
O CUIDADO COMO UM VALOR ÉTICO DA HUMANIDADE E PRINCÍPIO UNIVERSAL DO DIREITO À VIDA E À UMA EXISTÊNCIA DIGNA .....	402
O DIREITO E OS INFLUENCIADORES DIGITAIS: COMO CONCILIAR O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS NOVAS FORMAS DE PUBLICIDADE .....	419
O DIREITO HUMANO À ÁGUA EM TEMPO DE ESCASSEZ: injustiça hídrica e o comprometimento do desenvolvimento de grupos vulneráveis.....	438
O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL E SUA COMPLEXA RELAÇÃO COM O ESPAÇO URBANO.....	462
O IMPACTO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS E ABUSIVAS DE CUNHO CONSUMERISTA NA ESFERA JUDICIAL BRASILEIRA .....	484
O MODELO DE DESENVOLVIMENTO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM INFRAESTRUTURA E CONSTRUÇÃO NO BRASIL .....	512
O PARADIGMA FAMILIAR E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO REPERSONALIZADO .....	546
O SUPERENDIVIDAMENTO E OS CONTRATOS BANCÁRIOS: CAUSAS E EFEITOS NO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO .....	567



OS DESAFIOS DA REFORMA TRABALHISTA .....	582
POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PARA MINORIAS: OS TRANSGÊNEROS .....	598
POSITIVISMO JURÍDICO EM Kelsen, NAZISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: RETROSPECTO E REFLEXÃO .....	618
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SOCIEDADE: Núcleo de Prática Ju- rídica como estímulo da autonomia por meio da mediação comunitária e alternativa à judicialização .....	630
SAÚDE PÚBLICA, MEIO AMBIENTE E SANEAMENTO BÁSICO NO EMBATE ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: uma análise do Recurso Especial nº 1.366.337/RS .....	648
“TODO DIA UM 7 A 1 DIFERENTE”: CONSUMISMO E CONTEMPORANEIDADE .....	670
TRABALHO DA GESTANTE NOS LOCAIS INSALUBRES: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA VISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE .....	689
O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO E OS DIREITOS SEXUAIS .....	709
DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA INTERNET DAS COISAS (IoT) NA CONSTRUÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES .....	727
AUTONOMIA PESSOAL E DIREITO NUMA PERSPECTIVA BIOPOLÍTICA .....	753

## PRESENTACIÓN

En 2017, comenzamos un proyecto académico con expectativas y temores, ya que queríamos generar buenos resultados con la creación de un evento científico internacional, pero al mismo tiempo no teníamos certeza sobre el éxito de la empresa. Sin embargo, el éxito del primer evento nos trajo la convicción de la decisión correcta y decidimos celebrar, ahora en 2018, el II Congreso Internacional sobre Globalización, Ética y Derecho (II CIGED).

El II CIGED emerge para ocupar un espacio de reflexión en la Universidad sobre temas contemporáneos que afectan a las sociedades de todo el mundo. Entre ellas se encuentran las situaciones derivadas del fenómeno de la globalización a nivel planetario que se ha visto afectado desde el siglo XX; esta discusión impregna los temas ético-morales y los enfoques jurídico-políticos de estos temas.

La importancia de este evento académico se centra en dos aspectos: en primer lugar, porque configura la preocupación de transformar la Universidad en un espacio institucional para la reflexión de los problemas sociales de manera multidisciplinaria, en diálogo permanente con las diversas instituciones que conforman la sociedad. En segundo lugar, porque busca discutir los temas motivadores del evento de manera colaborativa entre instituciones universitarias y organizaciones sociales de diferentes naciones, en una asociación que permite una visión más rica y holística de los fenómenos del mundo contemporáneo, evaluada y abordada desde perspectivas internacionales.

Es por eso que, en un intercambio de esfuerzos y proyectos de las Universidades brasileñas (Universidade Federal Fluminense e Universidade Estadual de Londrina) con instituciones universitarias españolas (Universidade de Vigo), continuamos la asociación, confiando en que podemos contribuir a las sociedades de todo el mundo, para que

puedan comprender mejor sus problemas y sus desafíos. Nuestro compromiso siempre ha sido contribuir a la construcción de sociedades democráticas, comprometidas con elementos éticos y morales; todo esto sobre los parámetros del estado de derecho moderno, destinado a promover la igualdad, la libertad y la solidaridad.

Esta publicación contiene los artículos definitivos que se prepararon a partir de los resúmenes presentados en el II CIGED. Este es, por lo tanto, el segundo paso de una trayectoria que tiene como objetivo hacer historia; que vengan nuevas ediciones de este evento.

Galicia, invierno de 2018

Antón Lois Fernández Álvarez

Elve Miguel Cenci

Gilvan Luiz Hansen

# A ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO ATRAVÉS DE UMA PERSPECTIVA FREUDIANA

## **ASSUMPCÃO, Daniel Brilhante de**

*Bacharel em Direito. Graduação em Negócios Imobiliários.*

*Especialização em Direito Empresarial.*

*mattosbrilhante@gmail.com*

## **MATTOS, Simone Brilhante de**

*Mestre do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito*

*da Universidade Federal Fluminense e advogada tributarista.*

*jusfederal\_brilhante@gmail.com*

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a Lei 12.318/10 no contexto do Direito De Família, ou seja, a questão da alienação parental na cultura da família brasileira. Dentro dessa perspectiva, será realizada uma análise da lei, questionando-se os motivos que levam esta prática a ser considerada comum entre os familiares no Brasil, valendo-se ainda da conjugação desses elementos com a percepção geral da família em uma visão freudiana.

**Palavras-Chaves:** Alienação Parental, prática familiar, cultura.

## **INTRODUÇÃO**

O instituto jurídico da alienação parental encontra sua origem nos Estados Unidos, nos escritos do psicólogo americano Richard A. Gardner, que por seu turno, observou esta síndrome em crianças cujos pais se encontravam em fase de separação e divórcio. No Brasil, é a lei nº 12.318/10 que dispõe sobre o tema especificamente, existindo, porém, outros diplomas aplicáveis de forma complementar e/ ou a *pari*

*pasu*, tais como o Código Civil, O Estatuto da Criança e Adolescente, bem como a Carta Magna.

Há registros, pelo IBGE, de haver no Brasil em torno de 60,8 milhões de crianças e adolescentes. Conforme pesquisa do Datafolha, 20 milhões são filhos de pais separados. Destes, 80% foram vítimas de alienação parental (SCARTON, 2014).

Trata-se, portanto, de uma forma grave de abuso emocional em face de criança, quando um dos pais, após a separação, desenvolve uma programação no filho para que repudie o outro genitor.

No Brasil o tema é destaque entre os fóruns e tribunais, locais erigidos pela família brasileira para exorcizar seus demônios, alimentando um sistema neurotizante. Acredita-se que o judiciário e a burocracia brasileira estão capacitadas para levar a missão de reestabelecer um equilíbrio perdido entre famílias e relacionamentos destroçados, nos quais o diálogo e o bom senso falharam.

A lei 12. 318/ 10 (BRASIL, 2010) surgem para confirmar o que a doutrina e a jurisprudência já afirmavam, visando a proteção da criança alienada e a restrição dos atos nos estágios ainda iniciais, razão pela qual se criou um rol exemplificativo, bem como a tramitação preferencial do processo determinando urgência, garantindo-se a convivência familiar, ainda que de forma assistida, para que não se rompa o vínculo familiar, protegendo esta de possíveis falsas acusações.

É cabível na seara deste estudo, salientar a necessidade de postura ética que deve permear as ações do profissional envolvendo as disputas de guarda sobre o tema da SAP, tais como os expertos que atuam no sistema judiciário, ou que desenvolvem suas atividades a ele atreladas ou a seu lado, como é o caso de psicólogos, advogados, peritos e Juizes. Neste sentido, no Brasil ainda inexistente um número considerável de pesquisas que realmente sejam aprofundadas quanto ao

tema, demonstrando plenamente as interações no campo jurídico/ psíquico.

Seu conceito pode ser encontrado no art. 2º da Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2010), contudo, esta se caracteriza quando quaisquer dos genitores passam a manipular o infante no intuito de romper os laços de afetividade com o outro, buscando-se plasmar na mente infantil sentimentos variados, tais como temor, raiva, medo, etc.

Muitas vezes guiada pelo inconsciente, a alienação parental apresenta-se sob a forma de vingança contra o antigo cônjuge e embora não intente prejudicar a criança, não raras vezes atingirá sua saúde psíquica, tornando-a fragmentada em meio aos pais.

## O JUDICIÁRIO COMO CONSULTÓRIO

Tornou-se comum que o processo seja visto pela sociedade brasileira como o refúgio para a solução de problemas de relacionamentos familiares, um fiorde em meio a um deserto, assim, não raramente se revela uma ilusão com efeitos traumáticos para os envolvidos, criando nada mais que um emaranhado de folhas ou o epíteto perfeito da burocracia, sem grandes contribuições para a dinâmica familiar.

Verifica-se infelizmente que em muitas dessas situações deposita-se não apenas no magistrado, como em profissionais e técnicos que atuam próximos à justiça, tais como peritos, a esperança de trazer a estabilidade anteriormente perdida nessas relações, pois é verdade que manter sociedades conjugais falidas, sob o ponto de vista emocional, poderá contribuir para problemas da prole em comum e para os consortes, por outro lado, é bem possível que, sob certas circunstâncias, sua dissolução também será capaz de gerar mazelas.

Logo, a Lei 12. 318/ 10 (BRASIL 2010) permite ao magistrado impor medidas protetivas à família, seja pela ampliação da convivên-

cia entre os genitores e a criança, seja pelo tratamento psicológico oferecido à mesma, dentre outras posturas necessárias e aplicáveis. Através da manutenção dos laços afetivos com ambos os genitores, a modalidade da guarda compartilhada usualmente é utilizada para coibir a nefasta prática alienativa.

Verificam-se na Lei em tela as medidas protetivas previstas que tem a função de manter a convivência familiar saudável para favorecer o desenvolvimento do descendente; portanto, sublinha a utilidade da citada legislação, resguardando a relação de amor que necessita ser desenvolvida entre ambos os genitores, zelando por sua integridade através de uma convivência familiar, ainda que imposta em primeiro momento.

Neste diapasão, deve-se garantir a dignidade do infante, através do afeto constante, cuidado e proteção, garantindo-lhe como sujeito de direitos e deveres.

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA FAMÍLIA**

Segundo pesquisas recentes realizadas no Brasil, há registros de uma queda no número de casamentos e aumento do número de divórcios nos últimos anos. É possível afirmar, neste panorama, haver uma proporção de 1 (um) divórcio para cada 3 (três) casamentos (CAMPOS, 2017). Logo, não é enganoso afirmar que divórcios e separações são frequentes na atualidade e implicam diversos desafios para os estudiosos do Direito. A experiência da separação poderá, em outros termos, resultar em grande impacto na esfera psíquica de pais e filhos, gerando até consequências psicológicas mais sérias.

Contudo, o término da relação conjugal não implica necessariamente o fim da família, posto ser possível verificar a transmutação da

chamada família nuclear em binuclear, o que seria o mais apropriado a ocorrer.

Nesta seara, é importante considerar que o divórcio não representa algo prejudicial para a criança, mas sim o comportamento dos cônjuges após a separação. O rompimento conjugal não é o causador da alienação parental, mas as posturas sim. Isto implica, porém, contar com a maturidade dos genitores em saber discernir o término da relação afetiva/ patrimonial do relacionamento que precisa existir para com a prole em comum, auxiliando esta a compreender a nova dinâmica, minimizando o máximo possível tais impactos para a boa aplicação do princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Em alguns casos, porém, o rompimento da relação amorosa vem acompanhada de sentimentos de vingança, almejando-se a destruição do outro, seja no nível simbólico ou fático. Tal desejo muitas vezes instrumentaliza o Poder Judiciário, que passa a servir como um mecanismo para viabilizar tais anseios.

Certo é que, quando um dos antigos cônjuges não aceita a separação, a situação se torna complexa, cria-se um processo litigioso, no qual uma das partes evidencia atitudes hostis contra o outro para inviabilizar seu contato com o filho em comum. Neste sentido, não é raro que os atritos entre antigos companheiros alcancem os filhos, levando aos infantes um inferno que não deveria a eles pertencer, vez que produzido pelos pais, como em muitos casos indiretamente pelos familiares destes.

Nesta hipótese, agem narcisicamente, sendo tiranos de uma infância sequestrada, causando abalos à psique do menor. Não é incomum que tais posturas ocorram até de forma inconsciente, na medida em que se valem da criança como instrumento de revanche.



O filho que deveria servir como vínculo de amor ou afeição é reduzido a um canal de ódio e sua condição de sujeito de direitos é desconsiderada. O alienador opera de forma silenciosa e sutil, visando a quebra de vínculo do filho com o outro genitor, levando a criança a uma dualidade entre o bom e o mau, ou obrigá-la a optar por um dos universos representados por cada genitor. Em outros termos, a inocência e a ingenuidade é deformada e usada para atacar o ascendente.

Há na doutrina, no campo de direito de família, de forma genérica, quem compreenda que os avós maternos ou paternos, bem como outros parentes, tais como tios, padrinhos, amigos da família, tutores, ou seja, pessoas que possuam a guarda da criança ou adolescente, ou que possam exercer influencia direta ou indireta sobre a criança, colaborem no processo de alienação.

Colocar sua experiência. É mais comum, porém, a alienação parental praticada por um dos genitores, afastando o outro do convívio com o filho. Verifica-se, infelizmente, que em considerável parte dos casos a mulher atua como principal agente perpetuador da alienação. Tal comportamento pode ser observado tanto sob prisma lógico quanto biológico, posto que nos primeiros anos de vida da criança, mãe e filho correspondem a uma completude, um duo. Tal parilha só é rompida na medida em que a genitora valoriza o papel do pai, partindo a díade inicial.

Também existem pesquisas que apontam que, quando realizada pela figura materna, o pai geralmente é estereotipado como traidor, ou como possível culpado por problemas familiares e pela própria separação. Embora a essência dos casos de alienação parental seja a mesma (separar e eliminar o ex-cônjuge e a família deste da convivência com o filho), as causas são múltiplas. Por tais razões, o tópico em debate é definitivamente contemporâneo, não apenas em termos cro-

nológicos, mas como um mal inerente à sociedade moderna e brasileira.

Em tais situações, os desmaliçados se tornam brinquedos nas mãos de adultos que agem como os verdadeiros acriançados, vez que seus filhos são reduzidos a um objeto para disputas que na maior parte das vezes ocultam sentimentos vários, tais como mágoas e contendas familiares, que podem abranger como pano de fundo lutas por prestígio, poder, bens, dominância, etc.

Tal constatação atesta não apenas a inabilidade ou falta de disposição de casais e familiares para discutir e resolver pendências emocionais entre si, como assevera a tendência de transferir para os órgãos públicos e para a prole em comum tais vicissitudes.

No que concerne propriamente à fala do alienador, esta causa sempre uma crise de lealdade na criança, levando-a a exprimir e a confundir emoções de maneira a desconstruí-la, de tal forma que esta não saberá mais quem é, senão a constituição/ desconstituição que o alienador a tornou.

Assim, este filho poderá se sentir obrigado a defender o alienador, adotando uma postura agressiva frente ao alienado, que passa a ser visto como vilão. Portanto, quando exclui o par parental, o alienador não pondera acerca das consequências de seu ato na formação do (s) filho (s), ou possíveis traumas que poderão surgir. O alienador é, pois, um narcisista inveterado.

Existe a possibilidade de que o indivíduo que passou pelo processo de alienação perceba o dano sofrido com o transcorrer do tempo, revoltando-se. Também é possível o desenvolvimento de neuroses ou psicoses, salvo se, apesar de tudo, a criança tiver constituído um ego forte, com uma boa formação de caráter, talvez um paradoxo em se considerando o cenário da alienação.

Contudo, educadores e familiares com boa índole podem suprir tais deficiências, haja vista que o indivíduo é o somatório de suas vivências e é herdeiro de si mesmo, facultando-lhe superar tais desordens. Contar, porém, com o acaso e a sorte não é a função do ordenamento jurídico quando o objetivo é tornar a sociedade equânime.

## NOVAS PERSPECTIVAS PARA O PODER JUDICIÁRIO

Os efeitos da alienação podem ser sentidos de diversas formas, variando conforme a idade do infante, personalidade, caráter, mecanismos de defesa, etc. Em síntese, há que se olhar cada caso por um viés subjetivo, pois cada indivíduo é fruto de uma história de vida, o que o torna singular.

Hodiernamente o Judiciário funciona como elemento de distanciamento entre pais e filhos, pois muitas das vezes o genitor alienado sofre com um contato monitorado, ficando à mercê das acusações infundadas do alienador. Tal distanciamento produz consequências negativas para os filhos, segregando-os daquele disposto a doar amor e a participar ativamente, o que é vital na formação da personalidade da criança. E conforme supramencionado, não é rara a instrumentalização do processo para vingança privada.

Como solução para tais constatações, indaga-se o quanto do sistema ou modelo disponibilizado pela justiça, serve para alimentar este ciclo, e qual seria, então, o papel de novos mecanismos para compor conflitos, como a arbitragem e a mediação, por exemplo, além da presença de profissionais ligados às áreas da terapia e psicologia, atuando de forma mais próxima à justiça, como um mecanismo pré - litígio e optativo aos casais.

Há, ainda, aqueles que defendem que a alienação parental precisa ser detectada e tratada com rapidez, para evitar efeitos mais sérios

no futuro. Na verdade, urge saber qual é o papel do judiciário brasileiro quanto a tais questões, se poderá efetivamente atuar como um mecanismo de resolução de conflitos ou se o seu papel será apenas o de retroalimentar litígios que tenham a alienação parental como força motriz, perpetuando conflitos.

São poucos, também, os trabalhos voltados para a influência que a comunidade exerce tanto sobre o casal, quanto sobre a criança. Ademais, é inegável haver um mercado neste segmento e, portanto, é perfeitamente lógico indagarmos o quanto de estímulo indireto é realizado para que se fomente este caldo cultural em nossa sociedade.

E aí cabe às mais diversas instituições atuarem positivamente de forma complementar ao Judiciário, como a própria mídia e os valores que decide conscientemente propalar.

A título de analogia, sem enfermos não existem médicos, sem doenças não há cura, sem guerra não se vendem armas e munições e assim sucessivamente. Portanto, deve-se indagar quanto ao tema aqui em tela, qual é o objetivo final do sistema jurídico em si mesmo considerado, como também os papéis da advocacia e do judiciário atuando como parceiros na resolução desta “síndrome”, vez que inegável o fato deste mercado girar em torno da eventual partilha de bens do casal, assim como do litígio.

Acredita-se que a integração entre a psicanálise e o Direito, com enfoque específico na visão freudiana, possam auxiliar no avanço e compreensão da questão da alienação parental. Tal empenho é importante, na medida em que a verdade, seja aquela defendida pelos contendores, ou aquela que brota como voz de Deus no Judiciário, tem se tornado a cada dia mais subjetiva e questionável no âmbito do Direito de Família.

Logo, os textos desenvolvidos por Freud encontram eco tanto na família brasileira, quanto no Poder Judiciário, funcionando como um reflexo no espelho, vez que Juízes são produtos do mesmo meio do qual emerge este retrato familiar que simboliza nossa nação.

## **A FAMÍLIA EM FREUD E SUA IMPORTÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Freud menciona o complexo de Édipo pela primeira vez em 1897, baseando-se na lenda grega que empresta o nome à Teoria Psicanalítica, conforme aponta o conjunto de sua obra.

O mito de Édipo Rei é uma tragédia grega, escrita por Sófocles por volta de 421 a. C. É citada pelo Filósofo Grego Aristóteles em sua Obra “Poética”.

O início dessa narrativa se dá quando Laio procria com Jocasta, sendo-lhe avisado, porém, existir uma profecia segundo a qual seu destino seria ser morto pelo seu próprio filho. Preocupado com a profecia, pede para que seus servos abandonem o bebê no Monte Citerão. Encontrado por um pastor, consegue sobreviver, sendo adotado pelo rei Corinto Pólipo, que passa a considerá-lo como filho (Schaub, 1996).

Depois de adulto, Édipo deixa Corinto e vai para Tebas e uma vez na cidade vai ter com o oráculo que o alerta de sua profecia (cometer parricídio e casar com a própria mãe). Conforme o previsto, mata o pai em uma encruzilhada, após discutir com este.

Encontra com uma esfinge na porta da cidade de Tebas (monstro mitológico metade mulher e metade leão), que lhe propõem um enigma, sob pena de, caso não o decifre, ser devorado por ela. O enig-

ma proposto pela esfinge foi: "Qual é o animal que de manhã tem quatro pés, dois ao meio dia e três à tarde?" Édipo informa que o animal é o homem em suas três fases da existência, bebê, adulto e idoso.

A esfinge, então, põe cabo de sua própria vida. Édipo torna-se um herói e é eleito pelo povo o novo Rei de Tebas, casa-se com sua mãe, sem suspeitar ser esta sua progenitora, com quem teve 02 filhas e 02 filhos. Ao tomar consciência da verdade, Jocasta se enforca, enquanto Édipo, envergonhado por seus atos, cega-se.

Com base na narrativa supra, há estudos antropológicos que afirmam ser o complexo de Édipo uma experiência humana que se manifesta de igual forma, em qualquer época e lugar.

Sendo assim, quando se admite a universalidade de uma estrutura edipiana de parentesco, Freud nos permite notar a natureza inconsciente das relações de amor e ódio entre homens e mulheres, pais e filhos, mas principalmente rearranjar a ordem patriarcal em torno da questão do desejo. Além do Complexo de Édipo, Freud abordou também em sua obra a chamada família totêmica.

*Totem e Tabu* é em princípio, uma leitura na qual se busca analisar e explicar questões da psicologia social, relacionando o totemismo aos vestígios da infância.

O texto de Freud relata a história da "comunidade primeva", formada por um pai tirano e seus filhos, os escravos. Tal relação impedia que os filhos tivessem qualquer forma de liberdade.

Havia um fator que distinguiu essa comunidade das demais, vez que o tirano tinha direito absoluto sobre as mulheres da comunidade. Mas em determinado momento essa assimetria gerou um desconforto entre os irmãos e estes começaram a considerar a injustiça da situação.

O complexo de Édipo já instaurado com a relação pai-filho estimula a organização dos irmãos, que ao fim se juntaram para aniquilar o elemento opressor cometendo o parricídio.

Neste processo, ao matar o pai, devoram-no em um banquete totêmico. Posteriormente, os filhos sentem a culpa pela morte daquele, pois ainda que tirano, protegia e provinha, alimentava a todos. Logo, surge a necessidade de restauração da representação desse pai, a restauração do totem.

Através desse mito, Freud é capaz de demonstrar a transformação do pai tirano em pai simbólico, que dita os códigos da lei moral através do cumprimento dos mandamentos e das regras sociais.

A noção de família em Freud passa, portanto, pela família toêmica e Edípica, desenvolvendo a noção de complexo e para a construção deste entendimento nas citadas obras.

A culpa e a lei moral são, pois, elementos que integram tal teoria, representando um fenômeno universal, centralizando-se nos desejos recalcados de incesto e parricídio (Freud, 1912-1913/1980), sendo, portanto, universal e fundador da sociedade humana. Freud traz, assim, uma teoria antropológica da família e da sociedade tendo como base os dois elementos: a culpa e a lei moral.

Essa transposição mostra um declínio necessário da antiga tirania patriarcal. Temos, para a psicanálise, uma concepção de família fundada no assassinato do pai pelo filho, na rivalidade deste em relação ao pai e no questionamento da onipotência patriarcal. Portanto, para fazer frente à irrupção da barbárie, com a dissolução da autoridade paternal, Freud reinventa o mito de Édipo, atribuindo ao inconsciente o lugar da soberania do pai (pai simbólico) e restabelece a lei da diferenciação: entre os sexos, entre gerações, e entre pais e filhos.

A invenção freudiana do Complexo de Édipo não busca nem a

restauração da tirania do patriarca, nem a do matriarcado, mas evita a abolição da família, dando conta da natureza do inconsciente e do desejo entre os seus membros, em que *reencena* a antiga ordem patriarcal. Como consequência do modelo edipiano, temos: a revolução da afetividade (amor-desejo-casamento), o lugar preponderante concedido ao filho e a prática da contracepção. Tais procedimentos levam a uma modificação intensa na dinâmica e estrutura das famílias dos séculos XX e XXI.

Crê-se pertinente indagar se tal estrutura encontra ressonância nos processos que tenham a alienação parental como tema e o quão útil poderá ser a integração da interpretação psicanalítica/ jurídica nestes processos.

## CONCLUSÃO

A aproximação entre o Direito e outras ciências humanas é inevitável, visto que a afinidade entre os diferentes ramos do conhecimento é inerente à sua própria existência.

O Direito comumente cuida de situações conflituosas e isto fica evidenciado em alguns ramos, nos quais a contenda se torna muito clara, conforme ocorre nos casos envolvendo Direito de Família e mais ainda naqueles em que se verifica a chamada alienação parental.

Tal proposta visa melhorar o sistema jurídico, pois, muito se fala sobre um judiciário abarrotado de processos e de gabinetes atolados em papéis e burocracia. Acredita-se que a maior integração entre direito e psicanálise possa contribuir para um sistema jurídico mais eficiente.

Acredita-se, desta forma, na interdisciplinaridade do Direito, que não pode operar isolado de outras ciências e estudos sociais, crê-se que nos tempos atuais a psicanálise desempenha ou poderá desempe-



nhar um importante papel no que tange ao sistema jurídico e litígios envolvendo famílias.

Ao contrário, uma eventual intersecção entre o sistema jurídico e outras ciências não o tornará inferior, este não perderá seu objeto de estudo ou será tratado como ciência menor, haja vista seu papel preponderante na estruturação de um país, de um território e de um povo.

É fato, porém, que as demandas submetidas ao Judiciário estão se tornando cada vez mais complexas e o desejo de resolver tais conflitos muitas vezes busca compreensão para além da letra pura da lei, ou seja, buscam-se fundamentos para tanto em outras áreas do saber.

Não se afirma, porém, que tal diálogo seja simples, ao contrário, acredita-se que o Direito precisa ser repensado, possibilitando maior integração à psicanálise, sem, contudo, perder seu objeto principal de estudos, ou seja, a lei. A interlocução entre psicanálise e direito já é bastante comum no Direito de Família. Freud e sua descoberta do inconsciente humano deve ser estudado com maior empenho, haja vista a influencia deste na vida da sociedade e de cada ser humano.

De fato, é verdade que o Direito visa tratar de forma objetiva e técnica as situações de conflito, o que se verifica no campo do Direito de Família, a exemplo de processos que envolvem divórcio, guarda de filhos, pensão de alimentos, visitação, divisão de bens, etc.

Contudo, não obstante tal tecnicidade, abaixo da superfície destes processos pulsa outra realidade, isto é, as relações humanas de querência que buscam nas salas de audiência soluções para seus conflitos emocionais, muitas das vezes transformando tal ambiente em um consultório para superar os conflitos psíquicos, ultrapassando os elementos meramente jurídicos.

Não se deve olvidar que o Direito cuida de material humano e a superada concepção de um ordenamento engessado e burocrático não colabora para o avanço da Ciência Jurídica. Há que se avançar para a humanização das relações jurídicas, haja vista que, não obstante a capacidade de programação do cérebro humano e sua semelhança com as máquinas, é fato que não somos robôs ou computadores. O Direito cuida, portanto, de seres complexos, dotados de sentimentos vários, os quais estão armazenados no inconsciente do indivíduo.

## REFERÊNCIAS

SCHWAB. Gustav. *As Mais Belas Histórias da Antiguidade Clássica- Os Mitos de Grécia e de Roma*. 3ª Reimpressão. Paz e Terra. Página 270 – 278.

FREUD. Sigmund. *Totem e Tabu e Outros Trabalhos* (1913- 1914). Volume XIII. Imago. Editora. <http://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/01/freud-sigmund-obras-completas-imago-vol-13-1913-1914.pdf>

ROSA. Luiz Alfredo Garcia. *Freud e o Inconsciente*. 24ª Edição. ZAHAR editora. Capítulo VIII.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª edição revista e atualizada. 2ª tiragem. 2011. Lei da Alienação Parental.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 5: direito de família/ Maria Helena Diniz. - 28. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2013.

CIVIL, Código. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em 20, set.2018.

*Lei 12. 318 de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em 21, set.2018.

\_TECMUNDO- *Cérebro Humano X PC. Como eles se comparam?* Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/ciencia/16846-cerebro-humano-x-pc-como-eles-se-comparam-.htm>. Acesso em 24, set.2018,

\_O que é logosofia? Disponível em: <http://www.oqueelogosofia.com.br/>. Acesso em 24, set.2018.

Net Saber- RESUMOS. Totem e Tabu.<http://resumos.netsaber.com.br/resumo-102718/totem-e-tabu> (resumo de totem e tabu)

Significado do Complexo de Édipo.  
<https://www.significados.com.br/complexo-de-edipo/> (significado do complexo de Édipo, conceito e definição).

Burocracia Toma 70% do Tempo e Emperra a Justiça- Matéria. Folha de São Paulo.  
<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2501200423.htm>

SCARTON, Susy. *Projeto de Lei Visa Acabar com Alienação Parental*.  
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfammidia/8652/Projeto+de+lei+busca+acabar+com+a+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental>

CAMPOS, Ana Cristina. AGÊNCIA BRASIL. *Brasil Registra Queda no Número de Casamentos e Aumento no Número de Divórcios em 2016*.  
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/brasil-registra-queda-no-numero-de-casamentos-e-aumento-de-divorcios-em-2016>

# A FORMA DE RESISTÊNCIA DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS DO ALTO DA BOA VISTA: declaração de especial interesse social como instrumento de regularização fundiária

**ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva**

*Doutoranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito  
da Universidade Federal Fluminense - UFF  
naty.alfaya@gmail.com*

**MEDA, Renata Vieira**

*Doutoranda junto ao Programa de Pós-Graduação em Direitos,  
Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense – UFF  
renatameda@hotmail.com*

**Resumo:** As discussões a respeito das áreas de conservação ambiental foram desenvolvidas desconsiderando as posições e necessidades específicas das comunidades tradicionais que ocupam tais espaços, o que torna os debates insuficientes. O objetivo do presente artigo é incorporar estas questões, focando especialmente na área pública municipal ocupada por quilombolas, na região do Alto da Boa Vista inserida na Unidade de Conservação de Proteção Integral – o Parque Nacional da Tijuca, Rio de Janeiro. Apresentando, ao final, como tentativa de conciliação de todos estes interesses, a formalização da área como área de Especial Interesse Social. Resguardando, assim, tanto as necessidades de conservação ambiental, como os direitos culturais dos povos quilombolas que tradicionalmente ocupam a área.

**Palavras-chave:** Unidade de conservação; populações tradicionais; Área de especial interesse social.

## Introdução

Com o processo da redemocratização do país, o sistema jurídico brasileiro reconheceu o conceito de socioambientalismo, passando então a influenciar a edição de normas legais. Nesse contexto, foi promulgada a lei que instituiu o SNUC<sup>1</sup>, relacionadas às comunidades tradicionais que residem em áreas nas quais sobreveio a iniciativa de criação de unidade de conservação de proteção integral, ganhando destaque conflitos socioambientais inerentes à disputas espaciais.

Pautadas em políticas de conservação que desconsideram o papel das comunidades tradicionais na conservação de seus habitats naturais, e simplesmente promovem a remoção destes grupos, estas questões vêm dificultando a efetividade dos direitos fundamentais ambiental com o cultural, tendo em vista aparente colisão de dois bens tutelados, por conseguinte, identificados em ações possessórias.

A partir desta perspectiva, põe-se a reflexão em torno de saber se condicionantes socioambientais implicam uma forma determinada do Estado Democrático de Direito, para implementar, de maneira concreta, os direitos previstos às populações tradicionais que preservam o meio ambiente.

O debate atual atinente à remoção de populações tradicionais em UC de Proteção Integral, nos remete à necessidade de incluir às políticas de conservação, caminhos pautados em condicionantes socioambientais que pressupõem uma interpretação sistemática dos direitos ambientais com os culturais, tendo em vista que no âmbito do Estado Democrático de Direito é incabível compreender a orientação literal que privilegia a conservação das espécies e do ecossistema, isoladamente, em detrimento, de vertente socioambiental.

---

<sup>1</sup> Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

O objetivo do trabalho, portanto, é identificar um possível caminho pautado em regularização urbanística fundiária em área pública municipal ocupada por quilombolas, particularmente na região do Alto da Boa Vista inserida na Unidade de Conservação de Proteção Integral – o Parque Nacional da Tijuca, cujas regras de conservação ambiental se sobrepõem às práticas cotidianas de uso daquele espaço.

A metodologia da pesquisa orienta-se por um método histórico-dedutivo, investigação teórico-científica aliada ao método de análise de caso, através de decisão judicial. A pesquisa limitar-se-á a fazer uma análise teórica sobre as populações consideradas como tradicionais que ocupam unidades de conservação de proteção integral, com identificação de conflito inerente às disputas espaciais, em especial as remanescentes de quilombos que residem na região do Alto da Boa Vista inserida no Parque Nacional da Tijuca.

Esta questão vem problematizando o direito fundamental ao meio ambiente e cultura; identificando-se, através do Plano Diretor, instrumento como o de declaração de zonas de especial interesse social, capaz de viabilizar a compatibilidade entre os direitos fundamentais ao meio ambiente, à cultura e o direito à moradia.

## **1. POPULAÇÕES TRADICIONAIS RESIDENTES EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO**

### **1.1 Espaços territoriais especialmente protegidos**

O paradoxo em que o ser humano necessita do meio ambiente equilibrado para ter uma vida digna e ao mesmo tempo é o seu maior degradador, indica a necessidade de se criar mecanismos que impeçam a ocorrência de um cenário de destruição. Dentre estes mecanismos, tem-se na metade do século XIX e início do século XX, a ideia de definir espaços territoriais especialmente protegidos em função de sua

relevância ambiental, como prevista no inciso III do §1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

A este propósito José Silva (2004) trabalha o conceito de espaços territoriais especialmente protegidos como porção geográfica do território nacional, sendo públicos ou privados, dotados de atributos naturais que requerem um regime jurídico de competência do Poder Público, no intuito de garantir a imodificabilidade e utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de toda a diversidade do ecossistema.

O autor (2004) também menciona que nem todo espaço territorial especialmente protegido se confunde com unidades de conservação, mas estas são também espaços especialmente protegidos. O que é ratificado por Santilli (2005) ao apontar os espaços especialmente protegidos como gênero das unidades de conservação.

Estabelecido no contexto do socioambientalismo, o conjunto de unidades de conservação está previsto na Lei federal nº 9.985/2000 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, verificando-se a interface entre biodiversidade e sociodiversidade, permeada pelo multiculturalismo e pela pluriétnicidade. Aqui vale ressaltar, que Santilli (2005) aponta duas importantes unidades de conservação socioambiental – as terras indígenas e as de quilombolas que foram excluídas do SNUC.

Inseridas que estão no SNUC, as chamadas unidades de conservação – UC's são entendidas como espaços territoriais públicos ou privados, que por ato do Poder Público, são destinadas ao estudo e à preservação, tendo em vista que são áreas protegidas, definidas geograficamente, para alcançarem objetivos específicos de conservação, conforme artigo 2º, inciso I da Lei federal nº 9.985/2000.

Estas áreas protegidas assim denominadas tecnicamente pela Lei nº 9.985/2000 dividem-se em dois grupos, quais sejam: Unidades de Proteção Integral, composta por Estação Ecológica; Reserva Biológi-

ca; Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre; e por outro lado: as Unidades de Uso Sustentável, composta por Áreas de Proteção Ambiental; Área de Relevante Interesse Ecológico; Floresta Nacional; Reserva Extrativista; Reserva de Fauna; Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural, compilando assim, 12 categorias de unidades de conservação – UC's.

A referida lei identifica a contribuição das populações tradicionais para a conservação e uso sustentável da diversidade biológica, no entanto, denominadas unidades de conservação não permitem a permanência de comunidades que ali residem. Estes assentamentos humanos caracterizam-se por já estarem ali situados há várias gerações e manterem práticas culturais e econômicas diretamente relacionadas com os elementos da Natureza.

## **1.2 Reconhecimento jurídico de populações tradicionais**

Um marco fundamental no reconhecimento dos povos tradicionais e no reconhecimento do direito ao território tradicionalmente ocupado, foi a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT que reconhece juntamente com os povos indígenas, outros grupos cujas condições sociais, econômicas e culturais os distinguem de outros setores da coletividade nacional, arrolando para todos um rol de direitos específicos.

A expressão 'comunidades locais' foi definida pelo inciso X do artigo 3º da Lei nº 11.284/2006, a qual dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a utilização sustentável, como "populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica". Identifica-se que tal diploma trata as comunidades locais como gênero que engloba populações tradicionais.



Em 22/12/2006 foi editada a Lei nº 11.428 que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma da Mata Atlântica, estabelecendo uma definição de população tradicional, em seu artigo 3º, inciso II, nos seguintes termos: “população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”. Verifica-se, que não houve menção à relevância da atuação destes povos para preservação da biodiversidade, embora os aspectos de estreita relação com o ambiente natural e dependência de recursos naturais para sua sobrevivência física e cultural, sejam encontrados em outras normas.

Posteriormente, em 07/07/2007 foi publicado o Decreto federal nº 6.040 versando sobre a instituição da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, estabelecendo a seguinte definição de populações tradicionais:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral, e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Dentre os juristas que abraçaram o tema, segundo Marés Souza Filho (2005) populações tradicionais são aquelas que vivem uma vida coletiva, praticando processos comunitários e tradições, convivendo com os elementos da natureza, remontando-se aos seus antepassados dos quais recebem ensinamentos cuja reprodução muitas vezes é desconhecida pela civilização ocidental.

O resultado da atribuição de direitos de cidadania diferenciados a grupos tão díspares, portadores de macroidentidades, foi a eclosão de uma nova clivagem discursiva o “segmento” segundo Lobão (2012, p.10). Esse segmento enuncia a recusa a direitos universais, mas

que reivindica direitos específicos - constitui-se por comunidades indígenas, os remanescentes de quilombos, os açorianos, os babaçueiros, os caboclos, os caiçairas, os caipiras, as quebradeiras de coco, os campeiros, os jangadeiros, os pantaneiros, os pescadores artesanais, os praiérios, os varjeiros, os seringueiros, dentre outros.

Portanto, se reconhece uma população tradicional quando verificados em grupos humanos de características sociais, culturais e econômicas diferentes de outros setores da comunidade nacional, haja vista, organizarem-se, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição, identificando-se num estilo de vida tradicional relevante à conservação da biodiversidade.

As autoras Leuzinger e Cureau (2008) apontam como características gerais destes povos: (i) grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural; (ii) tecnologia utilizada de baixo impacto ambiental; (iii) dependência da relação de simbiose entre a natureza, os ciclos e os recursos naturais renováveis com os quais constroem um modo de vida; (iv) importância das atividades de subsistência e reduzida acumulação de capital; (v) territorialidade, entendida como noção de pertencimento a determinado território, onde se reproduzem crenças, mitos, práticas, ancestrais ou não, que reatualizam e revivificam a memória coletiva; (vi) posse comunal e gestão compartilhada dos recursos naturais; e (vii) transmissão do conhecimento por meio da tradição comunitária intergeracional.

Verifica-se que a categoria populações tradicionais detém indígenas e os não indígenas, no entanto, ambos compartilham características comuns em relação à biodiversidade, mas diferenciam-se pelo fato de os indígenas terem uma história sociocultural diferenciada da sociedade nacional e línguas próprias. O que ocorre, todavia, é que se percebe que as populações tradicionais não indígenas receberam forte

influência indígena<sup>2</sup>, logo, a quantidade de dados sobre a população tradicional brasileira torna-se rarefeita, como afirmado por Lima (2002).

### **1.3 A noção de território para as populações tradicionais residentes em unidades de conservação**

Ao analisar a Lei do SNUC, identifica-se em diversos dispositivos, o papel e a contribuição das populações tradicionais para a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica, embora a lei não preveja tal definição. Observando-se os artigos 18 e 20 da referida Lei, identificam-se elementos a conceituar o termo “população tradicional”, quando a própria norma afirma que as populações tradicionais extrativistas baseiam-se na subsistência do extrativismo, na agricultura e na criação de animais de pequeno porte, e ainda, que o seu abrigo situa-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais, por consequência, desempenhando um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

A ocupação geográfica pelos povos tradicionais identifica-se com o predomínio do uso sustentável e de baixo impacto e gestão compartilhada dos recursos naturais, o que em função do tempo de ocupação, se traduz em espaço de reprodução física e cultural em função dos usos, costumes e tradições reproduzidos pelos povos tradicionais.

Little (2002) aponta que as populações tradicionais se inserem em dinâmicas e contextos históricos, quando afirma que as constantes

---

<sup>2</sup> Aqui se revelam influências de populações tradicionais indígenas incidentes sobre populações tradicionais não indígenas, tais como: diversas tecnologias patrimoniais de preparação de alimento, cerâmica, técnicas de construção e instrumentos de caça e pesca.

mudanças históricas são provocadas por processos seculares de fronteiras em expansão e pelos múltiplos tipos de territórios sociais que produziram, demonstrando que o termo tradicional refere-se a realidades fundiárias plenamente modernas, ou ainda pós-modernas do século XXI, portanto, o termo tradicional associa-se a tradições culturais que se mantêm e se atualizam mediante uma dinâmica de constante transformação.

Logo, a noção de território sobrepõe a ideia do localismo reducionista, em razão de que a própria história, as condições de vida existentes naquele espaço remetem a uma análise social do território segundo aponta:

A dimensão territorial ganha concretude justamente pelo seu aspecto intrinsecamente relacional, em decorrência não somente das relações sociais estabelecidas no lugar cotidiano, como também pela possibilidade de seu alcance com outras dimensões [...]. Pois a partir do território vai-se além da visão micro ou do localismo reducionista, tendo em vista que as próprias condições de vida do lugar remetem diretamente à relação entre populações e lugares, entre pedaço e outro da cidade, entre o lugar e a totalidade da cidade, entre a situação do lugar e as políticas que se direcionam à manutenção ou à transformação das condições de vida (Koga 2003, p. 55).

É nesse sentido de que a noção do território vai além do localismo reducionista, se traduzindo na manutenção e condições de vida de grupos de populações bastante antigas, as quais compreendem o território, sobretudo, como algo indispensável à sua reprodução física e cultural.

Segundo Costa Neto (2013) territorialidade para as populações tradicionais, se traduzem em um conjunto de fatores que transcendem o mero aspecto de ocupação geográfica, para expressar a existência de vínculos sociais e simbólicos, onde se predomina o uso sustentável e de baixo impacto dos recursos naturais, o desempenho de

práticas culturais não predatórias e a gestão compartilhada de recursos naturais.

Outrossim, corroboram Leuzinger e Cureau (2008) ao salientarem a importância da noção de território para os grupos tradicionais não reside na relação entre territorialidade e posse imaterial, tampouco em função do tempo de ocupação, mas em função dos “usos, costumes e tradições reproduzidos pelos povos tradicionais, em geral a partir da tradição oral, e que traduzem uma ocupação coletiva do espaço, onde prevalece o uso e a gestão compartilhada dos recursos naturais”.

Ademais, Juliana Santilli (2005) ao dissertar sobre as populações tradicionais e suas relações com o território afirma que o conceito de território deve ser compreendido como o espaço necessário à reprodução física e cultural de cada povo tradicional, considerando ainda as formas diferenciadas de uso e apropriação do espaço territorial.

Portanto, embora as populações tradicionais residentes em unidades de conservação não detêm título de propriedade, tem-se que o território físico em que habitam como elemento de extrema importância reproduzido na existência física, cultural e sobrevivência.

## **2. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL**

### **2.1 Parque Nacional da Tijuca**

Reconhecido como um fragmento do bioma da Mata Atlântica e parte integrante da Reserva da Biosfera no Rio de Janeiro, o Parque Nacional da Tijuca – PNT encontra-se inserido na zona urbana da cidade do Rio de Janeiro, correspondente a 3,5% da área do município, com seus 3.953ha de área dividido em quatro setores: Floresta da Tijuca, Serra da Carioca (Paineiras, Corcovado e Trapicheiros), Pedra Bonita/ Pedra da Gávea e Pretos Forros/Covanca.

Em 1844, conforme Plano de Manejo do PNT<sup>3</sup>, tem-se a iniciativa de conservação e restauração das matas, na qual o governo imperial ateve-se a um processo de desapropriação territorial em torno das nascentes que foram necessárias para o abastecimento da cidade do Rio de Janeiro, como a desapropriação do terreno ocupado por José Maciel, na Tijuca, regulamentada pelo Decreto nº 3.762, de 6 de julho de 1866, bem como a desapropriação do Sítio Taquara declarado por utilidade pública, conforme o Decreto nº 3.910, de 17 de julho de 1867. Portanto, identificou-se os primeiros processos de desapropriação territorial, ocorrido durante o império, na área onde se localiza o atual PNT.

Por outro lado, cabe mencionar, que ao final do século XIX verificou-se o aumento da procura da região do Alto da Boa Vista no maciço da Tijuca, em razão do turismo como atividade econômica, encontrando-se na montanha local salubre para esta nova perspectiva.

Previamente a nomenclatura atual Parque Nacional da Tijuca, o marco histórico da Unidade de Conservação ocorreu em 6 de julho de 1961 que instituiu o Decreto nº 50.923 com a criação do Parque Nacional do Rio de Janeiro, incorporando às florestas de domínio da União, conforme estabelecido pelo artigo 2º, quais sejam: Tijuca, Paineiras, Corcovado, Gávea Pequena, Trapicheiro, Andaraí, Três Rios e Covanca.

Em 27 de abril de 1967 o Parque Nacional da Tijuca, ainda denominado de Parque Nacional do Rio de Janeiro, foi tombado, com delineamento baseado na Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 948 de 1966, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico, com a inscri-

---

<sup>3</sup> ICMBio. *Plano de Manejo do Plano Nacional da Tijuca*. Histórico da criação do Parque Nacional da Tijuca. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/parna\\_tijuca\\_pm.pdf](http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/parna_tijuca_pm.pdf)>. Acesso em: 07/08/2014. p.142.

ção de nº 42, folha 10, protegido como Monumento Natural e Patrimônio Histórico da União, da categoria Patrimônio Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico.

O nome do Parque Nacional do Rio de Janeiro foi alterado para Parque Nacional da Tijuca em 8 de agosto de 1967 pelo Decreto nº 60.183 estabelecendo novos limites, haja vista que conforme aponta Plano de Manejo do PNT<sup>4</sup> a área referida estava sendo ocupada por particulares e sendo degradada, optando-se por posturas conservacionistas, excluindo-se a Floresta do Andaraí, chácaras da Bica e do Cabeça na Gávea, aproveitando apenas a parte alta das encostas já urbanizadas.

Sendo assim, o Parque Nacional da Tijuca abrange várias áreas da cidade do Rio de Janeiro, divididas em quatro setores, indo além da primeira área demarcada como parque, a chamada Floresta da Tijuca, na qual se localiza a região do Alto da Boa Vista. Portanto, o PNT é mais extenso e vai além da Floresta da Tijuca, tendo seu principal portão de acesso pelo Alto da Boa Vista, e tendo como uma de suas extremidades o Cosme Velho, e do outro lado mais extenso os bairros da Gávea, Horto, Jardim Botânico e Botafogo.

Relatada a significativa relevância do PNT e o seu reconhecimento científico e paisagístico face a representativa biodiversidade, a área tornou-se Unidade de Conservação de Proteção Integral, sofrendo pressões urbanísticas pela ocupação de populações não detentoras da posse legítima.

## **2.2 Populações tradicionais na região do Alto da Boa Vista no Parque Nacional da Tijuca**

---

<sup>4</sup> Idem. p.144.

Conforme registros demonstrados pelo Plano de Manejo do PNT<sup>5</sup>, a área permaneceu intocada praticamente até meados do século XVII, quando identificou-se a ocupação humana em razão da extração de madeira. A partir deste período, tem início a atividade agrícola referente ao plantio de cana-de-açúcar, café, maçã, uva, morango e baunilha.

Em 1760, o café introduzido na Tijuca prosperou, chegando até a Floresta e deixando suas marcas. Em 1808, a Família Real Portuguesa encontrou o café ocupando boa parte do Maciço da Tijuca. Em 1814 quilombolas foram capturados na floresta da Tijuca e Andaraí. Em 1828, mais quilombolas foram capturados no morro da Tijuca.

Neste efeito, hodiernamente reconhece-se conflitos instaurados no Parque Nacional da Tijuca, em especial região do Alto da Boa Vista que conta com famílias tradicionais residentes sujeitas a desocupar os imóveis federais, haja vista a categoria da unidade de conservação não permite a presença humana, conforme estabelecido pelo artigo 42 do SNUC.

Utiliza-se como caso concreto ambiental, a ocupação de família tradicional no Parque Nacional da Tijuca, no município do Rio de Janeiro, o que motivou o Ministério Público Federal a propor Ação Civil Pública sob autos nº 0007478-70.2012.4.02.5101<sup>6</sup>, em trâmite perante a 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em face de Leonor Dias Gomes, Município do Rio de Janeiro, entre outros, objetivando dentre outras condenações, a condenação da primeira requerida a desocupar o imóvel federal localizado na Estrada da Cascatinha, nº 850, casa 2, próximo a “Fazenda” no Bosque dos Esquilos, Alto da Boa Vista, loca-

---

<sup>5</sup> Idem, p. 137.

<sup>6</sup> RIO DE JANEIRO: Ação Civil Pública nº 0007478-70.2012.4.02.51.01. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. TRF2. Disponível em: <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>. Acesso em: 17/09/2018.



lizada no Parque Nacional da Tijuca, do Município, isto é, a desocupação de imóvel em área federal localizado no interior da UC de Proteção Integral, conforme arts. 8º, III, e 11 da Lei nº 9.985/2000, eis ser incompatível com a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No que tange à leitura dos comandos resultantes da decisão, vislumbra-se que a família ocupante apresentou, aos autos, Contestação pugnando pela improcedência do pedido de retirada, ressaltando que vive há mais de 43 anos no local.

Sem designação de audiência para possibilitar um acordo de harmonização dos objetivos, os autos foram conclusos para sentença, na qual o MM. Juiz decidiu pela procedência do pedido de desocupação, fundamentando que embora “datar a ocupação de longo tempo, ou na circunstância de ter-se, na origem, constituído regularmente e só depois se transformado em indevida, não purifica sua ilegalidade, nem afasta os mecanismos que o legislador instituiu para salvaguardar os bens públicos”<sup>7</sup> e que a primeira ré é “passível de gerar impactos ambientais negativos que afetam o equilíbrio da unidade de conservação de proteção integral, consistentes, sobretudo, na supressão da vegetação, bem como a poluição de recursos hídricos da região, oriunda principalmente do lançamento de esgotos”, logo, pugnou pela irregularidade da ocupação, exploração, e o uso que um dia foram regulares, mas que deixaram de sê-lo, impondo ao Município a obrigação de reassentar a família ocupante.

Portanto, o magistrado federal decidiu pela procedência do pedido para condenar a primeira requerida a desocupar o imóvel fe-

---

<sup>7</sup>Precedente jurisprudencial (RESP 200600060728, Herman Benjamin, STJ – 2ª Turma, DJE:04/05/2011 .DTPB:.) utilizado pela r.sentença proferida em 30/10/2013 referente à Ação Civil Pública nº 0007478-70.2012.4.02.51.01. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

deral, bem como a condenação do Município do Rio de Janeiro em reassentá-la em área localizada fora dos limites do Parque Nacional da Tijuca, por se tratar de Unidade de Conservação de Proteção Integral, nos termos do artigo 8º e 11º da Lei do SNUC.

A família não recorreu em sede de Apelação, somente o Município pela anulabilidade da sentença consistente na obrigação de realizar o reassentamento, por ausência de condições da ação, contudo, salientou que o pedido de reassentamento resultaria em premiação à família ocupante pela grave infração ambiental decorrida da ocupação, já que ela passaria à frente de milhares de pessoas desabrigadas que aguardam, há anos, a sua inclusão em programas habitacionais do Município. A Apelação foi provida pelo Desembargador Federal em 27/04/2016, os autos transitaram em julgado em 12/07/2016 e foram remetidos à 1ª instância. Atualmente os autos encontram-se suspensos no gabinete em 1ª instância, desde 12/09/2018.

A decisão judicial é emblemática em razão de se verificar que a atuação do Poder Judiciário brasileiro vem adotando um viés excessivamente preservacionista, em detrimento da tutela integrada dos direitos socioambientais. Isto porque, fora dada maior relevância aos argumentos da necessidade de se preservar o meio ambiente, cuja proteção se dera por meio da instituição de uma UC, em detrimento no sentido de se reconhecer a possibilidade socioambiental de convivência de populações tradicionais com os objetivos da UC.

Em um primeiro momento, atinente ao caso ambiental, deve-se observar no contexto do ordenamento jurídico complexo, a norma geral (Lei nº 9.985/2000) hierarquizou os direitos fundamentais ambiental e cultural, ao determinar a remoção da família tradicional da UC de proteção integral. Por seu turno, traz à baila aparente colisão de dois bens tutelados: de um lado, a proteção do meio ambiente, de outro lado, a proteção às populações tradicionais, isto é, um conflito

entre duas normas de igual envergadura: direito ao meio ambiente *versus* direito à cultura. Neste sentido, questiona-se como solucionar o conflito entre direitos constitucionais fundamentais se não há hierarquia entre eles?

Os direitos fundamentais para Hesse seriam os “direitos que visam a criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (1998, p. 225), sendo essencial, todavia, que tenham sido reconhecidos positivamente por ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional, constituindo direitos humanos positivados. Por outro lado, Miranda aponta que os direitos fundamentais vão muito além daqueles que estão propriamente positivados, “pois o âmbito dos direitos fundamentais vai muito além dessa fundamentação, tendo em vista que, sobretudo no século XX, os direitos tidos como fundamentais são tão vastos que não poderiam entroncar todos na natureza da dignidade” (1998, p. 8-10).

A atual CF/88 contém uma ampla previsão dos direitos humanos em todas as suas dimensões, com nítida influência dos Pactos Internacionais de 1966<sup>8</sup>. A Carta traçou um vasto rol de direitos fundamentais individuais e coletivos, em seu art. 5º, além de outros, econômicos, sociais, culturais e difusos, cuja previsão encontra-se em diferentes dispositivos, não se restringindo àqueles enunciados nos artigos contidos no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

---

<sup>8</sup> Dentre os direitos fundamentais classificados como culturais, enunciados, em 1966, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, encontra-se, em seu art. 1º, o direito ao respeito à cultura de cada povo ou região. Interessante destacar, todavia, que o Pacto Internacional de Direitos Humanos Cíveis e Políticos, adotado juntamente com o anterior, também enuncia, em seu art. 27, a proteção dos direitos das minorias à identidade cultural, religiosa e linguística, que configura, igualmente, um direito cultural.

Atinente à proteção ambiental, a positivação do direito ao meio ambiente equilibrado operou-se, no Brasil, com a edição da Lei nº 6.938/1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, cujo art. 2º tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

E, quando a norma em questão vincula a qualidade do meio ambiente à dignidade da vida humana, está declarando, ainda que implicitamente, existir um direito ao meio ambiente equilibrado, direito este que, por estar relacionado à qualidade de vida, é, necessariamente, um direito fundamental, conforme já havia sido anteriormente afirmado pela Declaração de Estocolmo, em 1972. Com a inserção, pela CF/88, de um capítulo destinado especificamente ao meio ambiente, alcançou este direito, finalmente, a categoria de direito constitucional.

Portanto, o direito ao meio ambiente equilibrado é considerado um direito fundamental em função de sua essencialidade a uma boa qualidade de vida, conforme expressamente previsto no art. 225 da CF/88, que determina a todos terem “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Também classificado como direito fundamental, tem-se os direitos culturais que incluem o direito de participar da vida cultural, o respeito à cultura de cada povo ou região, o direito das minorias étnicas, religiosas ou linguísticas de terem sua própria vida cultural e de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, enunciados nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966 e incorporados por CF/88 (arts. 215, 216, 231, art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Nos anos seguintes à promulgação da Constituição, os conceitos dos novos direitos passaram a permear a legislação infraconstitucional, rompendo com os paradigmas do excessivo formalismo derivado da tradicional dogmática jurídica, inserindo-se no contexto de novos paradigmas jurídicos, onde estão localizados os dispositivos constitucionais referentes ao meio ambiente, à cultura, aos povos indígenas e quilombolas e à função socioambiental da propriedade, devendo ser interpretados de forma sistêmica e integrados.

Identifica-se o reconhecimento do meio ambiente com patamar fundamental, por meio de percepção ampliada e holística, partindo-se do todo para se chegar aos elementos, e ainda instrumentos de implantação para a sua eficácia, como é o caso das áreas protegidas, prevista no III, §1º do art. 225 da CF, em que Benjamin (2011) denomina de “ordem pública ambiental constitucionalizada”.

Considerado o tratamento jurídico abrangente, a tutela do meio ambiente não foi aprisionada somente no art. 225 da Constituição, sendo que há normas de tutela ambiental encontradas difusamente ao longo do texto constitucional, que direta ou indiretamente, instituem normas que compõe a ordem pública ambiental. É neste sentido, que Benjamin (2011) aponta que a abordagem da constitucionalização do ambiente admite diversos enfoques, direcionando-se neste ensaio, essencialmente, para os aspectos técnicos da constitucionalização do meio ambiente.

O legislador utiliza-se da técnica do estabelecimento de direitos e deveres genéricos, conforme caput do art. 225 CF/88; de deveres especiais, segundo parágrafo 1º do art. 225 CF/88; de princípios, como o poluidor-pagador; e de instrumentos de execução, como é o caso das áreas protegidas, instituídas conforme inciso III do parágrafo 1º do art. 225 CF. Esses direitos, deveres e princípios poderão ser explícitos ou implícitos. Explícitos são aqueles incorporados, com nome e sobreno-

me, na regulação constitucional do meio ambiente, como exemplo tem-se, novamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente. E como implícitos, tem-se os direitos, deveres e princípios que defluem, via interpretação, da norma e do sistema constitucional de proteção social, como o direito dos povos indígenas.

Portanto, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enseja o aparecimento de outros direitos, de caráter implícito, no entanto, não deixam de ser menos fundamental, como por exemplo, o direito dos povos indígenas que além de assegurar proteção às terras tradicionais indígenas e aos recursos naturais existentes, assegura também a garantia aos seus costumes, línguas, crenças e tradições.

Marchesan (2007) considera presente na CF/88 que o ser humano é um ente dotado de um duplo estatuto: cultura e natureza, sendo que para atingir o ideal de qualidade de vida, é preciso que o homem se desenvolva em um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, estando presentes em condições de convivência três dimensões do ambiente usualmente definidas: rubricas do cultural, do natural e do artificial. Desta forma, “o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, Silva (1995, p. 2). Tal integração se revela, inclusive, no artigo 216 da Constituição, que, ao arrolar os bens que integram o patrimônio cultural brasileiro, expressamente inclui os “sítios ecológicos”.

Corroborando neste sentido, Souza Filho propõe a seguinte classificação: “os bens ambientais são gênero, do qual os bens culturais e naturais são espécies” (1997, p. 9); com base na adoção de tal classificação é que se pretende desenvolver a equiparação do direito ambiental ao direito cultural, tendo em vista a orientação adotada pelo texto constitucional de 1988, na qual preocupou-se em proteger tanto o pa-

patrimônio natural quanto o patrimônio cultural, logo, a visão holística e sistêmica do ambiente.

Essa integração, harmonia ou convivência de cultura e natureza por vezes é difícil de se concretizar, havendo situações de conflito entre cultura e meio ambiente, como é o caso das populações tradicionais removidas de áreas em que sobreveio a implantação de unidades de conservação de proteção integral, conforme decisão judicial apresentada neste trabalho.

O conflito retrata uma situação de atrito entre a cultura e o meio ambiente representando significativo exemplo de um caso de colisão de princípios<sup>9</sup> (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado x direito à cultura).

Assim, o debate atual atinente à remoção de populações tradicionais em UC's de Proteção Integral, nos remete à necessidade de incluir às políticas de conservação, uma interpretação sistemática dos direitos ambientais com os culturais, equiparando esses valores de tal forma que eles possam conviver, sendo a ferramenta para a manutenção desses povos tradicionais em unidades de conservação.

### **3. UMA NOVA FORMA DE RESISTÊNCIA ÀS POPULAÇÕES TRADICIONAIS EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL**

#### **3.1 A instituição de áreas de especial interesse social**

A decisão judicial apresentada é emblemática a este trabalho por tratar-se de categoria de unidade de conservação que não permite a presença de populações tradicionais, embasada pelo artigo 42 da Lei do SNUC que consagra um duplo direito a estas populações, qual seja primeiramente, o direito de serem indenizadas ou compensadas pelas

---

<sup>9</sup> "É possível verificar que os direitos fundamentais se revelam simultaneamente no texto normativo como princípios" Derani (1998, p.99).

benefitorias existentes, e, cumulativamente, o direito de serem reassentadas pelo Poder Público. Neste efeito, o §2º do mesmo dispositivo ainda ressalta que:

até que seja realizado o reassentamento das populações tradicionais, lhes serão estabelecidas normas e ações sem prejuízo dos seus modos de vida, das fontes de subsistência e locais de moradia, e inclusive sendo-lhes assegurada a sua efetiva participação na elaboração de tais normas e ações.

Identifica-se que a não permanência das populações quando da criação de unidades, somente se justificará constitucionalmente, segundo os artigos 215 e 216 da mesma lei, os quais pressupõem impactos pelas atividades praticadas por populações, quando o ecossistema local não puder suportar, logo, em casos específicos, a presença de populações implicará na disruptura do ecossistema, causando prejuízos a própria população que depende dos ciclos da natureza para a sua sobrevivência, conforme apontam Leuzinger e Cureau (2008). Como consequência da desapropriação dos territórios ocupados, as referidas autoras afirmam que a realocação das populações tradicionais, em local distinto do que tradicionalmente ocupavam, resulta, em geral, na dispersão de seus componentes tradicionais.

A realocação das populações tradicionais, ou ainda, a exclusão delas em unidades de conservação é fruto de políticas de conservação que desconsideram o seu papel na conservação de seus habitats naturais e promovem a discriminação social, e atribui a compensação social como forma de mitigar este efeito negativo:

A conservação da biodiversidade promove um bem coletivo, extensivo em princípio a toda a humanidade, mas o custo social e as restrições de conduta necessárias à sua promoção não se aplicam igualmente. Uma maneira de mitigar esse efeito negativo seria considerar seriamente a instituição de mecanismos de compensação social que buscasse ressarcir a sociedade regional pelo benefício concedido à coletividade. A definição da compensação



pelas perdas sociais infligidas deveria ser objeto de uma extensa negociação entre o órgão público e a população atingida (LIMA, 2002, p. 41).

A fim de buscar a harmonização dos direitos ambiental e social, contemplando dimensões físico-urbanística, jurídica, social e ambiental, tem-se proposta arquitetônica em manter as famílias da região do Alto da Boa Vista no local onde moram compatibilizando o uso e a ocupação propostos.

Preliminarmente, faz-se necessário realizar um breve prelúdio sobre o zoneamento, conforme afirma Silva (1981) como um procedimento urbanístico, de modo a realizar uma divisão física do solo em microrregiões ou zonas em que se promovem usos uniformes, tendo por objetivo regular o uso da propriedade do uso do solo e dos edifícios em áreas homogêneas no interesse coletivo do bem-estar da população.

O estabelecimento de zonas especiais para atender a determinados fins compete ao poder discricionário da Administração Pública, desde que a área seja de propriedade pública, e conforme aponta Antunes (2005), qualquer atividade a ser exercida naquele zoneamento estará submetida as normas vinculadas àquele zoneamento.

O próprio autor (2005) aponta os critérios a serem utilizados para o zoneamento, que são fixados unilateralmente pela Administração Pública, mediante ato próprio, ou consulta à população interessada, como é o caso das unidades de conservação que para ser criadas devem ser precedidas de estudos técnicos e consulta pública a fim de identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade; no entanto, para a criação de unidades de proteção integral como a Estação Ecológica e a Reserva Biológica, não se faz obrigatório a consulta, conforme parágrafos 2º e 4º da Lei n. 9.9985/2000.

Aos Municípios estão reservadas importante tarefa em matéria de zoneamento, como é o caso de organizar planos diretores, obrigatórios para cidades com mais de 20.000 habitantes, servindo este como instrumento da política de desenvolvimento e fixação de critérios jurídicos-urbanísticos para a correta ocupação do solo e do território, a fim de estabelecer zonas urbanas e rurais. Neste sentido, identifica-se que a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 182 que: “a política de desenvolvimento urbano, executado pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Assim, de acordo com o art.182, §1º da Constituição Federal, o plano diretor é uma lei municipal, aprovada pela Câmara Municipal, que consubstancia o “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. Esse capítulo da Constituição Federal, intitulado “Da Política Urbana” foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei 1057/01) que, em seu artigo 4º, prevê o plano diretor como um instrumento de planejamento municipal, sendo o plano diretor do Rio de Janeiro aprovado através da Lei Complementar nº111/11.

Neste cenário reconhece-se a previsão dos artigos 37, 70 e 205 no plano conforme Lei Complementar nº111/11, que passaram a prever e regular as chamadas Áreas de Especial Interesse - AEI, como instrumento de gestão de uso e ocupação do solo, nos seguintes termos:

Art. 37. São instrumentos de aplicação da política urbana, sem prejuízo de outros previstos na legislação municipal, estadual e federal e especialmente daqueles relacionados no Estatuto da Cidade e no Art. 430 da Lei Orgânica do Município:

III – de gestão de uso e ocupação do solo:

a) Instituição de Áreas de Especial Interesse.

[...]

Art. 70. Áreas de Especial Interesse, permanentes ou transitórias, são espaços da Cidade perfeitamente delimitados sobrepostos em uma ou mais Zonas ou Subzonas, que serão submetidos a regime urbanístico específico, relativo a implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano e formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para as Zonas e Subzonas que as contêm.

II - Área de Especial Interesse Social - AEIS é aquela destinada a Programas Habitacionais de Interesse Social – HIS, destinados prioritariamente a famílias de renda igual ou inferior a seis salários mínimos, de promoção pública ou a ela vinculada, admitindo-se usos de caráter local complementares ao residencial, tais como comércio, equipamentos comunitários de educação e saúde e áreas de esporte e lazer, abrangendo as seguintes modalidades:

a) AEIS 1, caracterizada por:

1. áreas ocupadas por favelas e loteamentos irregulares;
2. conjuntos habitacionais de promoção pública de interesse social e em estado de degradação;

b) AEIS 2, caracterizada por:

1. imóveis não edificadas, não utilizados e subutilizados em áreas infraestruturadas.

A Área de Especial Interesse Social - AEIS se destina a garantir as condições de sustentabilidade, tanto no aspecto social quanto no ambiental, pela manutenção das famílias no local onde moram, contabilizando o uso e a ocupação.

Dias<sup>10</sup> destaca que declarar a área agravada como AEIS ou ZEIS vai desde a elaboração de lei precedida de estudos de viabilidade técnica, jurídica e financeira da regularização até mecanismos jurídicos que serão utilizados para a declaração de determinada área como ZEI:

---

<sup>10</sup> DIAS, Solange Gonçalves. *Integração. Regularização fundiária em Zonas de Especial Interesse Social*. Integração (São Paulo), v. 53, p. 143-149, 2008. Disponível em: <[ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/143\\_53.pdf](ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/143_53.pdf)>. Acesso em: 26/08/2014. p. 146.

As ações de regularização são desenvolvidas pelo município em terras públicas ou particulares. A transformação de uma gleba em Zeis ocorre mediante a promulgação de lei específica que deve conter o perímetro da área, os critérios para a elaboração e a execução de um plano de regularização, as diretrizes para o estabelecimento de normas especiais de parcelamento, uso e ocupação do solo e de edificação e os institutos jurídicos que poderão ser utilizados para a legalização fundiária das áreas declaradas como Zeis. A elaboração da lei deve ser precedida de estudo de viabilidade técnica, jurídica e financeira da regularização (DIAS, 2008, p.146).

Declarada a área como AEIS, inicia-se o processo de elaboração do plano urbanísticos, em que se insere a forma de divisão e a ocupação dos lotes, bem como a necessidade de obra. Ocorre que, após a aprovação o plano de urbanização pelo Executivo, a Prefeitura procede as obras de urbanização do assentamento e em seguida remete ao Cartório de Registro de Imóveis competente, para o registro do parcelamento com as devidas matrículas, atribuindo a titulação da área às populações beneficiárias, por meio da Concessão de Direito Real de Uso – CDRU ou pela Concessão de Uso Especial para fins de Moradia – CUEM, segundo salientado por Dias (2008).

Neste ponto, estabelecida a área agravada como ZEIS, tais mencionados instrumentos de titulação são apontados por Castro (2011) de forma a não indicarem a transferência da propriedade plena do território para pessoa que habitou, mas somente o reconhecimento da simples posse do morador de baixa renda, não prevendo garantia de moradia efetiva, logo, a área ocupada continua sendo do Estado.

Diante de todo o exposto, a declaração de área agravada como ZEIS constitui avanço por viabilizar e promover a regularização fundiária em áreas já ocupadas ou que venham a ser ocupadas por população de baixa renda para fins de direito à moradia.

### 3.2 Declaração de Área Especial de Interesse Social para a região do Alto da Boa Vista

O Parque Nacional da Tijuca detém a ocupação por populações bastante antigas, situação esta incompatível com o estabelecido pelo artigo 42 da Lei Federal nº 9.985/2000, por tratar-se de Unidade de Conservação de Proteção Integral.

Mormente na região do Alto da Boa Vista, localizada no Parque Nacional da Tijuca, tem-se instaurado Ações Cíveis Públicas para viabilizar a desocupação, conforme anteriormente demonstrado, em razão da ocupação da sucessão de moradias por laços de parentesco versus preservação do meio ambiente. A referida região é de titularidade da União, conforme artigo 20 da Constituição Federal de 1988 e não existem títulos outorgados a terceiros, segundo a matrícula nº 115.655 no 11º Registro Geral de Imóveis.

A fim de assegurar a manutenção das populações residentes na área do Alto da Boa Vista, tem-se como ferramenta para a resistência, a Lei Complementar - LC nº 111/ 2011 a qual dispõe acerca da Política Urbana e Ambiental do Município e que instituiu o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro, confere dispositivos referentes a Áreas de Especial Interesse Social - AEIS.

Em análise a LC 111/2011 reconhece-se que artigo 205 dispõe sobre as soluções habitacionais que o Município poderá adotar, declarando área como AEIS, e destaca no § 2º a possibilidade de declaração de especial interesse social para áreas situadas em Unidades de Conservação Ambiental:

Art. 205. Para viabilizar soluções habitacionais de interesse social, o Município poderá adotar padrões diferenciados de exigências urbanísticas e de infraestrutura mediante a declaração de Áreas de Especial Interesse Social - AEIS, desde que sejam asse-

guradas as condições de segurança, higiene e habitabilidade das habitações, incluindo equipamentos sociais, culturais e de saúde, espaços públicos, serviço e comércio de carácter local.

[...]

§2o A declaração de Especial Interesse Social e o estabelecimento de padrões urbanísticos especiais para áreas situadas em Unidades de Conservação Ambiental, APAC ou em áreas frágeis de baixada e de encosta obedecerão aos parâmetros definidos pela legislação específica.

Remanescendo nesta senda, o artigo 243 da LC estabelece a iniciativa da regularização fundiária, de forma não restrita apenas ao Poder Público, de formar a abranger pessoas jurídicas ou físicas, o individual, o coletivo, entidades associativas, associação de moradores, enfim, a subjetividade apontada pela norma pressupõe a população *lato sensu* em solicitar a declaração de especial interesse social para a realização de obra de urbanização em consórcio com o Município.

Portanto, embora a região do Alto da Boa Vista esteja localizada Unidade de Conservação de Proteção Integral do Parque Nacional da Tijuca, é possível vislumbrar que a área intrínseca a UC, seja declarada como de Área de Especial Interesse Social, a fim de viabilizar a manutenção das populações residentes. Com isso além de pacificar conflitos habitacionais, desenvolve-se uma nova forma de preservação ambiental na integração entre natureza e cultura, admitindo-se a convivência socioambiental harmoniosa, a fim possibilitar a preservação da biodiversidade aliada à preservação da sociodiversidade; não dirimindo os componentes das comunidades residentes, pela efetivação dos direitos sociais, sendo-lhes atribuída a titulação da nova área para fins de moradia digna.

## Considerações finais

Mormente na região do Alto da Boa Vista, localizada no Parque Nacional da Tijuca, tem-se instaurado ações civis públicas para viabilizar a desocupação e o reassentamento de famílias tradicionais, em razão da ocupação da sucessão de moradias por laços de parentesco, como é o caso Leonor Dias Gomes.

As disputas judiciais seguem seu curso com um desfecho cada vez mais negativo no que tange a relação aos direitos culturais, dando maior relevância aos argumentos da necessidade de se preservar o meio ambiente, cuja proteção se dera por meio da instituição de uma UC, em detrimento no sentido de se reconhecer a possibilidade socioambiental de convivência de populações tradicionais com os objetivos da UC.

A fim de assegurar a manutenção das populações residentes na área do Alto da Boa Vista, vislumbra-se como forma de resistência, a proposta para fins de regularização urbanística e fundiária da área pública municipal ocupada, tendo como objetivo legalizar a posse das famílias que habitam ocupações informais e integrar definitivamente à cidade tais ocupações consolidadas há muito tempo.

A regularização fundiária de áreas públicas está apoiada em leis federais e municipais, conforme artigo 182 da Constituição Federal de 1988. A lei federal nº 10.257/2001 prevista no Estatuto da Cidade estabelece diretrizes e instrumentos utilizados para a organização da cidade, como é o caso da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia e Concessão de Uso Real. Ao lado, tem-se as leis municipais, que no caso do Município do Rio de Janeiro, identifica-se a Lei Complementar nº 111/2011 a qual dispõe acerca da Política Urbana e Ambiental do Município, conferindo dispositivos para declarar determinada área como Área de Especial Interesse Social, em que a prioridade é a urbanização, a regularização fundiária e a produção de moradias populares.

A declaração de uma área como de especial interesse social confere segurança na posse através da legalização do imóvel ocupado, o que, por consequência, decorre no acesso a serviços públicos essenciais, financiamentos habitacionais para melhoria do imóvel, e endereçamento oficial. Para integrar o Programa de Regularização a ocupação deverá ser anterior a 30 de junho de 1996, consolidada (infraestrutura, abastecimento de água, energia elétrica, coleta de esgoto, e moradias com bom padrão construtivo) e não apresentar situações que coloquem em risco de vida dos moradores. Após integrar o Programa de Regularização Fundiária de área pública, o título correspondente será emitido sendo ele Concessão de Uso Especial para fins de Moradia ou Concessão de Direito Real de Uso para fins de Moradia.

Estando a região do Alto da Boa Vista localizada Unidade de Conservação de Proteção Integral do Parque Nacional da Tijuca, é possível vislumbrar a proposta que a área intrínseca a UC, seja declarada como de Área de Especial Interesse Social, considerando atendidos todos os requisitos para a regularização fundiária, a fim de viabilizar a manutenção das populações residentes em área urbana pública, conforme §2º do artigo 205 da LC 111/2001.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Paulo Rabello de. *Galo cantou! a conquista da propriedade pelos moradores do Cantagalo*. Rio de Janeiro: Record: 2011.

COSTA NETO, Nicolao Dino. Conflito de interesses na criação de unidades de conservação e repartição de competências. In: *Revista de Direito Ambiental*. CAPPELLI, Sílvia; LECEY, Eladio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.105.



DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica, In: Guilherme José Purvin de Figueiredo (org.). *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, São Paulo, Max Limonad, 1998.

DIAS, Solange Gonçalves. Integração. *Regularização fundiária em Zonas de Especial Interesse Social*. Integração (São Paulo), v. 53, p. 143-149, 2008. Disponível em:< [ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/143\\_53.pdf](ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/143_53.pdf)>. Acesso em: 26/08/2014.

ESTERCI, Neide; LIMA, Deborah; LÉNA, Philippe (Eds.). *Boletim Rede Amazônia – Diversidade sociocultural e políticas ambientais*, ano I, n.1, Rio de Janeiro: 2002. Ética e política ambiental na Amazônia contemporânea. In: ESTERCI, Neide; LIMA, Deborah; LÉNA, Philippe (Eds.). *Boletim Rede Amazônia – Diversidade sociocultural e políticas ambientais*, ano 1, n. 1, Rio de Janeiro: 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ICMBio. *Plano de Manejo do Plano Nacional da Tijuca*. Disponível em:< [http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/parna\\_tijuca\\_pm.pdf](http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-planos-de-manejo/parna_tijuca_pm.pdf)>. Acesso em: 07/08/2014.

KOGA, Dirce. *Medidas de cidades: entre territórios de vida e territórios vividos*. São Paulo: Cortez, 2003, p. 55.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008.

LIMA, Ludmila Moreira. Retrospectiva das atividades desenvolvidas no contexto da pesquisa Mapeamento das populações extrativistas da Amazônia Legal. In: ESTERCI, Neide; LIMA, Deborah; LÉNA, Philippe (Eds.). *Boletim Rede Amazônia – Diversidade sociocultural e políticas ambientais*, ano 1, no. 1, 2002.

LITTLE, Paul E. *Territórios Sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2002.

LOBÃO, Ronaldo. *Tempos e Espaços dos Direitos - articulações do global ao local, sem vice-versa*. Humanidades (Brasília), v. 59, p. 70-79, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 1997.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, Tomo IV.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

RICHTER, Rui Arno. Omissão do Poder Público na gestão do patrimônio cultural. In: Encontro Nacional do Ministério Público da Defesa do Patrimônio Cultural, 1., 2003, Goiânia, *Anais...Goiânia*: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *et al. As Zonas Especiais de Interesse Social como instrumento da política de regularização fundiária*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, nº 30, novembro de 2006, pp. 3762-73.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: RT, 1981, p. 291.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

# A GOVERNAMENTALIDADE CONTEMPORÂNEA: A morte de crianças atingidas por balas perdidas nas regiões periféricas no estado do Rio de Janeiro

**SANTIAGO, Gilberto Lopes**

*Graduado em Direito pela UNISUAM, Rio de Janeiro, Brasil.*

*gilsantiagodir@gmail.com*

**Resumo:** O trabalho que se apresenta visa estabelecer uma aproximação entre os conceitos de poder e governamentalidade, expressos nas obras do filósofo Michel Foucault e no que o psicanalista Contardo Calligaris tratou em sua obra sobre a paixão de ser instrumento. A aproximação entre ambos os autores é feita com base na investigação da morte de crianças atingidas por balas perdidas nas regiões periféricas no Estado do Rio de Janeiro. Com isso, a ação dos sujeitos que atuam em nome do Estado na violação de direitos humanos foi analisada a partir da relação proposta entre os referidos autores a fim de se pensar o funcionamento da governamentalidade contemporânea.

**Palavras chave:** Governamentalidade; Poder; Morte; Instrumento.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa estabelecer um paralelo entre os conceitos de poder e governamentalidade, expressos nas obras do filósofo político francês Michel Foucault, destacadamente “nascimento da biopolítica” (2008) - “Segurança, Território e População”(2008) e “Microfísica do poder” (1992) - e a obra “Clínica do Social” com ênfase no texto escrito pelo psicanalista e dramaturgo italiano Contardo

Calligaris, (1991), como uma proposta de investigação a partir da morte de crianças atingidas por balas perdidas nas regiões periféricas no Estado do Rio de Janeiro. O presente trabalho aborda o paradigma da governamentalidade contemporânea, o poder em Foucault com a questão da paixão em ser um instrumento em Calligaris.

Foucault esclarece que o conceito de poder não é uma coisa específica. Em sua obra *Microfísica do Poder*, o filósofo francês, assevera “que o poder circula se utilizando de estratégias governando-se coisas” (FOUCAULT, 1979, p. 282). Esse movimento constante do poder faz com que ocorram ações praticadas pelas mais diversas instituições e até pelo próprio Estado na sociedade. Alerta o filósofo como não devemos fixar nossos olhos para as instituições e principalmente para o Estado etc. Nesse contexto, a figura do soberano é a materialização desse poder circulante, e é o que tentaremos expor neste trabalho. Uma investigação de como ocorre essa construção subjetiva dos agentes de segurança pública, que segundo Foucault, utiliza um critério, qual seja, “o bem comum de todos” (FOUCAULT, 1979, p. 283). Para aprofundar mais a temática, utilizaremos o conceito da “paixão da instrumentalidade”.

De outra banda, Calligaris nos esclarece “que o gozo das pessoas envolvidas no holocausto estava na obediência e não no prazer de matar” (CALLIGARIS, 1991, p. 115). Este trabalho se propõe a tentar investigar em qual categoria está apoiada a morte de crianças vítimas de “balas perdidas” nas comunidades faveladas no Estado do Rio de Janeiro. A investigação que se propõe a fazer é de como a biopolítica moderna através da governamentalização do Estado, do poder e também se apropriando de conceitos estudados na psicologia social, está criando esse ideário fascista nas agências de justiça criminal e de que forma ocorre essa subjetivação/adestramento.

Nesse sentido, insta delimitar o pensamento de Foucault sobre o que ele denomina a governamentalização do Estado:

Mas o Estado – hoje provavelmente não mais no que no decurso de sua história – não teve esta unidade, esta individualidade, rigorosa e direi até esta importância. A final de contas, o Estado

não é mais do que uma realidade compósita e uma abstração mistificada, cuja importância é muito menor do que se acredita. O que é importante para a nossa modernidade, para a nossa atualidade, não é tanto a estatização da sociedade, mas o que chamaria de governamentalização do Estado (FOUCAULT, 1979, p. 292).

Sobre o poder, Foucault adverte que não existe um macro poder centralizado no Estado, mas o que na verdade existe é uma microfísica do poder, o que ocasiona múltiplas formas de dominação que interferem nas construções subjetivas do sujeito. Governar, segundo ele, é conduzir alguém. A palavra governar pressupõe a existência de uma pessoa.

Se para Foucault o poder constrói as subjetivações, neste trabalho, iremos também analisar esse fenômeno social através da psicanálise, tema que está intimamente atrelado a uma investigação interdisciplinar sobre ações burocráticas dos agentes do sistema de justiça criminal que tem sua motivação através de uma ação consciente, deixando clara a natureza instrumental de que se servem as ações praticadas pelos indivíduos, uma espécie de instrumentalização burocrática consciente que até os dias está em voga, levando esses agentes a se tornarem os “guardiões do micropoder” (TEIXEIRA, 2017).

Diante desse cenário, o Estado do Rio de Janeiro vem nos últimos anos sofrendo com a morte de crianças vítimas de balas perdidas. Só neste ano morrerem oito crianças nessas condições. A mais recente vítima foi o menino Marcos Vinicius da Silva, de 14 anos, ferido durante um tiroteio na Maré no dia 20 de junho de 2018. As mortes abruptas e injustificáveis nesse empreendimento genocida ocorrem em boa parte em operações policiais, como ocorreu de fato a morte do menino Marcos Vinicius da Silva. E a questão que suscita atenção é como essa ferramenta de alienação consciente que reduz a dimensão do sujeito a uma conduta que adere a um discurso coletivo claramente equivocado que é o caso da guerra às drogas. Uma adesão subjetiva do coletivo atribuindo essa ação ao desejo das massas.

Contardo Calligaris recorre à análise da postura de um

oficial do regime nazista, o arquiteto Albert Speer, que segundo ele, “não dá para pensar que Speer seria portador de uma malignidade patológica, quando produzia instrumentos para matar” (CALLIGARIS, 1991, p.110).

Assim, com base na construção que Calligaris e do conceito da paixão da instrumentalidade, há, segundo ele, uma perversão, sendo uma patologia social e não sexual que ilustra a apropriação instrumental dos agentes de polícia, em especial, dos agentes da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), em se dissolver no desejo das massas (TIBURI; KEHL, 2016) e praticar atos de extrema covardia contra moradores de comunidades e ainda em nível mais elevado, produzir mortes de crianças e adolescentes em confrontos armados em uma localidade extremamente pobre e carente (CALLIGARIS, 1991, p. 114). A questão que vai nos unir à obra de Calligaris e ao contexto das mortes de crianças em comunidades no Estado do Rio de Janeiro está em como os agentes de polícia se filiaram a essa corrente neurótica e, com base nessa questão, traçar um paralelo na forma com que o nazismo cresceu e encontrou em Speer uma cumplicidade para suas ações, e em como o Estado encontrou formas de seduzir os policiais a esse empreendimento marcadamente orquestrado por uma montagem perversa onde todos dominam e são dominados pelo incremento substancial do poder soberano e das práticas discricionárias da atividade policial.

## 1. A GOVERNAMENTALIDADE E O PODER

Foucault analisou alguns dispositivos de segurança se utilizando de uma estrutura histórica para tentar entender como surgiu o problema da população e sua condução à questão do governo. Estudou a relação entre segurança, população e governo através de pesquisas na idade média e na Antiguidade greco-romana. Nesse tempo, existiam tratados que se apresentavam como regramento de forma a aconselhar o príncipe para, de certa maneira, influenciar em seu comportamento, estabelecer poder, amar e ser obediente a

Deus e, diante disso, ainda sim, ser respeitado pelos súditos. Segundo Foucault, a partir do século XVI até o final do século XVIII foi desenvolvido uma quantidade de tratados que modificaram a forma de tratamento da questão relacionada ao governo e foi instituída uma nova arte de governar. A nova mirada começaria a tratar de como se governar, como ser governado, como fazer para ser o melhor governante possível etc. Os tratados constituem diferentes formas de governar os outros e de governar a si mesmo (FOUCAULT, 1979, p. 277).

O autor elenca algumas ocorrências históricas, sendo especialmente marcante a que trata da problemática geral do governo, conforme se lê abaixo:

Todos estes problemas, com a intensidade de multiplicidade tão características do século XVI, se situam na convergência de dois processos: processo que, superando a estrutura feudal, começa a instaurar os grandes Estados territoriais, administrativos, coloniais; processo, inteiramente diverso, mas se que se relaciona com o primeiro, que, com a reforma e em seguida com a contra-reforma, questiona o modo como se quer ser espiritualmente dirigido para alcançar a salvação. Por um lado, movimento de concentração estatal, por outro de dispersão e dissidência religiosa: é no encontro destes dois movimentos que se coloca, com intensidade particular no século XVI, o problema de como ser governado, por quem, até que ponto, com qual objetivo, com que método, etc. Problemática geral do governo geral (FOUCAULT, 1979, p. 278).

A crítica de Foucault às obras que tratam da questão do Governo, segundo ele, extensa e monótona, tem seu eixo argumentativo e teórico nas mais adequadas formas de compreender a importância dessa múltipla forma de governar que consiste em analisá-las em oposição à obra *O Príncipe* (2002) de Nicolau Maquiavel (1469-1527) sobre a literatura do governo (FOUCAULT, 1979, p. 278).

Esclarece de pronto o autor que a obra “*O Príncipe*” foi imediatamente abominada, e diante deste cenário de rejeição, houve, porém, em um dado momento uma vasta literatura anti-Maquiavel,

uma série de livros que em sua generalidade são de origem católica. A título de exemplo, o texto de Ambrogio Politi, *Disputationes de Libris a Christiano detestandis*, de origem protestante, bem como o livro de Inocent Gentillet, *Dircours d'Etatsur de biengouvernercontre*, de Nicolas Machiavel, 1576, e outros, mencionados por Foucault, na obra "Microfísica do Poder", assumem uma posição velada, mas indo em oposição ao pensamento do autor florentino, que Foucault mencionou ser "um retrato negativo" do pensamento de Maquiavel.

Foucault, nesse momento, denuncia a fratura no pensamento do autor, que, segundo ele, os escritos da época da literatura anti-Maquiavel tratam a obra do historiador italiano como um tratado da habilidade do príncipe em conservar seu principado. Assegura Foucault que conservar seu principado não é de modo algum possuir a arte de governar, e é exatamente isto que a literatura anti-Maquiavel procura substituir por uma verdadeira arte de governar (FOUCAULT, 1979, p. 280).

Sobre o poder, Foucault adverte que não existe um macro poder centralizado no Estado, mas o que na verdade existe é uma microfísica do poder, o que ocasiona múltiplas formas de dominação que acarreta as construções subjetivas do sujeito. Governar, segundo ele, é conduzir alguém; a palavra governar pressupõe a existência de uma pessoa (FOUCAULT, 1979, p. 284).

Ao falar sobre o poder, Foucault analisa algumas questões:

O problema que se coloca nas pesquisas de que falo pode ser analisado da seguinte forma: em primeiro lugar, o poder está sempre em posição secundária em relação à economia, ele é sempre "finalizado" e "funcionalizado" pela economia? Tem essencialmente como razão de ser e fim de servir a economia, está destinado a fazê-la funcionar, a solidificar, manter e reproduzir as relações que são características desta economia e essenciais ao seu funcionamento? Em segundo lugar o poder é modelado pela mercadoria, por algo que possui, se adquire se cede por contrato ou por força, que se aliena ou se recupera, que circula que herda esta ou aquela região? Ou ao contrário, os instrumentos necessários para analisa-lo são diversos, mesmo se



efetivamente as relações de poder estão profundamente intrincadas nas e com as relações econômicas e sempre constituem com elas um feixe? Neste caso, a indissociabilidade da economia e do político não seria da ordem da subordinação funcional nem do isomorfismo formal, mas de outra ordem, que se deveria explicitar (FOUCAULT, 1979, p. 174).

Ao contrário de Maquiavel, segundo o qual somente o principado governa, dando uma característica de singularidade ao príncipe e exercitando o papel de manter, reforçar e proteger esse principado, esse liame frágil, conforme Foucault alerta, caracteriza a arte pedagógica de governar de Maquiavel. Para La Perrière, o termo “governante” é imputável a uma multiplicidade de agentes. Do verbo “governar”, entende-se por isso o governo do lar, das almas, das crianças, de uma província, um convento, uma ordem religiosa, uma família, inclusive o governo de si mesmo.

A pluralidade nas formas de governar são práticas múltiplas de governo no qual o príncipe se situa apenas em uma única modalidade de governo. Ele, o príncipe, é parte apenas de uma categoria de governo, sendo uma quando se apresenta, e múltipla no contexto geral na arte de governar. Portanto, todos estes governos se ocupam e se distribuem dentro do Estado ou da sociedade. Diante disso, as múltiplas formas e manifestações do poder como forma de governo denunciam a fratura entre a singularidade de Maquiavel e a multiplicidade dos autores anti-Maquiavel (FOUCAULT, 1979, p. 280). Considerando essa nova arte de governar é importante a colocação de Foucault no seguinte sentido:

Desde o século XVIII, vivemos na era da governamentalidade. Governamentalização do Estado, que é fenômeno particularmente astucioso, pois se afetivamente os problemas da governamentalidade, as técnicas de governo se tornaram a questão política fundamental e o espaço real da luta política, a governamentalização do Estado foi o fenômeno que permitiu ao Estado sobreviver. Se o Estado é hoje o que é, é graças a esta governamentalidade, ao mesmo tempo interior e exterior ao Estado. São as táticas de governos que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado o que é público ou

privado, o que é ou não estatal, etc; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir das táticas gerais da governamentalidade (FOUCAULT 1979, p. 292).

A partir da construção teórica que Foucault nos apresenta sobre governamentalidade, introduz-se então uma moderna arte de governar que rechaça a pedagogia do príncipe e que, por isso, faz redobrar a atenção nas múltiplas formas de manifestação do poder microfisicamente distribuídas no interior do Estado ou na sociedade.

## 2. A PAIXÃO EM SER INSTRUMENTO

Trataremos agora de um personagem do Holocausto chamado Albert Speer, que foi o primeiro arquiteto de Hitler e, mais tarde, ministro dos armamentos do Reich. Foi preso no fim da segunda guerra e condenado a 20 anos de prisão, anos que passou escrevendo sua autobiografia política (CALLIGARIS, 1991, p. 109).

A construção da personalidade de Speer, feita por Calligaris, partiu de um homem de excelente família, mas precisamente de uma família da aristocracia da média e alta burguesia, um excelente pai de família, um homem culto, sensível, que teria sido um bom amigo para todos nós (CALLIGARIS, 1991, p. 110). Calligaris adverte que Speer tinha tudo para ser um antifascista estético, mas não foi e se vinculou ao ideário de Hitler, tendo se tornado seu arquiteto e, em outro momento, ministro dos armamentos. Speer em seus escritos deixa claro que sua adesão ao nazismo desde cedo foi a sua preocupação com a carreira (CALLIGARIS, 1991, p. 110).

Nesse diapasão, Calligaris afirma que:

Minha hipótese é a seguinte: quando ele defende a idéia de que o que aconteceu foi uma consequência de desenvolvimento da técnica enquanto tal, está falando num certo sentido a verdade, mas evidentemente não toda a verdade. Talvez possamos juntar algo ao eu enunciado: o que chama triunfo da técnica, da

instrumentalidade, só é triunfo na medida em que os homens mesmos funcionem como parte integrante desta técnica, quero dizer, funcionem como instrumentos. Em outras palavras, onde fala de efeito da técnica, do desenvolvimento da técnica, acho que poderíamos falar do efeito do interesse e da paixão humana em sair do sofrimento neurótico banal, alienando a própria subjetividade, ou melhor, reduzindo a própria subjetividade a uma instrumentalidade (CALLIGARIS, 1991, p.110).

Considerando a realidade prática da cidade do Rio de Janeiro, na qual as operações em comunidades em algumas ocasiões costumam deixar vítimas, pensaremos esse cenário beligerante utilizando a aparato teórico de Calligaris quanto ao tratamento do conceito da paixão da instrumentalidade.

Tomemos por base as operações nas favelas do Estado do Rio de Janeiro e as mortes de crianças vítimas de “balas perdidas” em confrontos com organizações criminosas, cotidiano dos moradores há vários anos neste Estado.

A lógica instrumental que triunfa nos dias hoje já encerrou centenas de vidas ainda na idade infantil através de ações violentas que abarcam discursos equivocados na famosa e dolosa “guerra às drogas”. A pergunta que se propõe a fazer é como pessoas lúcidas como eu e você se filiam a uma jornada de constante guerra sem ao menos atentar em qual lógica está assentada esse enfrentamento.

Como vimos anteriormente neste trabalho o poder se utilizando de dispositivos que sempre são movimentados por estratégias de controle, captura o indivíduo e, sem dar-lhe uma titularidade singular, usa-o para o funcionamento da máquina biopolítica.

Resta claro, portanto, que esse modo de produção de subjetivação/adestramento, atinge os agentes da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro que são a principal frente de combate ao tráfico de drogas e também os grandes responsáveis por produzir o extermínio de crianças em territórios favelados.

Diante desse cenário, vale transcrever a relação de nomes

das crianças mortas vítimas de bala perdida no Rio de Janeiro até o dia 22 de junho de 2018, de modo a aclarar a questão:

EMILY SOFIA: 3 anos. Morreu no dia 6 de fevereiro após ser baleada, em uma tentativa de assalto, por criminosos na Rua Cardoso de Castro, em Anchieta, na Zona Norte.2. JEREMIAS MORAES: 13 anos. Baleado, também em 6 de fevereiro, na Maré, durante um confronto. O jovem estava jogando bola, na comunidade Nova Holanda, no momento em que foi atingido. Ele foi encaminhado ao Hospital Municipal Souza Aguiar, mas não resistiu aos ferimentos.3. MARLON DE ANDRADE: 10 anos. Atingido na cabeça, em 24 de fevereiro, por uma bala perdida enquanto brincava na laje de casa, no Cantagalo, na Zona Sul. Segundo a PM, no momento não havia confronto de agentes e criminosos na região. O menino foi socorrido para o Hospital Municipal Miguel Couto, na Gávea, mas não resistiu aos ferimentos.4. BENJAMIN: 2 anos. Atingido na cabeça por bala perdida no Complexo do Alemão, no dia 16 de março. Deu entrada na UPA da comunidade mas não resistiu aos ferimentos. Sua mãe está entre os quatro feridos no tiroteio, atingida na barriga e no braço. Segundo a avó do menino, eles estavam indo buscar um vestido para uma festa.5. LARISSA SOEIRO MAIA: 14 anos. Foi morta quando passava na Rua Beira Rio, no bairro Corbrex, em Nova Iguaçu, Baixada Fluminense. Ela chegou a ser levada para uma UPA, mas não resistiu aos ferimentos. De acordo com o 20º BPM (Mesquita), não houve registro de confrontos envolvendo policiais no local onde a menina foi baleada. 6. BRENDA VALENTINA ALVES OLIVEIRA ALEIXO. 2 anos. Foi morta em Conceição de Jacareí, distrito de Mangaratiba, na Região da Costa Verde, em 31 de março. Os pais passavam de carro perto do Morro do Catatau quando traficantes atiraram no veículo. Brenda foi atingida na cabeça.7. MARCOS VINÍCIUS DA SILVA. 14 anos. Morreu na noite desta quarta, após ser baleado no fim da manhã do mesmo dia durante operação da Polícia Civil com o apoio das Forças Armadas no Complexo da Maré, na Zona Norte. O menino estava internado no Hospital Estadual Getúlio Vargas, na Penha.8. GUILHERME HENRIQUE PEREIRA NATAL. 14 anos. Morto por tiros que partiram de dentro de um veículo cinza, desferidos contra pessoas que estavam na calçada da avenida Falcão da Frota,

próximo à comunidade da Vila Vintém, em Realengo, Zona Oeste. (O DIA, 2018)

Calligaris (1991, p. 115) afirma que “o gozo das pessoas envolvidas no empreendimento nazista estava na obediência funcional e não no ato de matar”. Ao afirmar isso o autor nos aproxima do cotidiano das comunidades faveladas do Rio de Janeiro e da alienação instrumental consciente dos agentes da Polícia Militar deste Estado. O que poderíamos chamar de fuga da consciência, ou seja, quando simplificamos a complexidade da questão e compramos o ideal do outro, o meu não saber se torna o saber do outro e eu me torno aliado daquele que já tem uma solução para aquela complexidade.

Reduzir a dimensão da fratura de consciência a uma instrumentalidade é o fator preponderante para chegarmos à conclusão de como se dão as mortes abruptas de crianças através do Estado. Uma saída da neurose, como afirma Calligaris, aderindo a um discurso coletivo renunciando a uma reflexão autônoma equilibrada (CALLIGARIS, 1991, p. 115).

Nesse sentido, cumpre destacar o funcionamento do conceito da paixão da instrumentalidade colocado por Calligaris:

Apesar de ter escolhido um exemplo no fundo do horror, considero que a paixão pela instrumentalidade é o ordinário da vida social, a sua inércia natural. A paixão da instrumentalidade, esta tentativa e tentação de saída da neurose, funciona no nosso cotidiano micro e macroassociativo: de fato parece que só conseguimos encontrar uma semelhança à condição humana de sair da neurose pelo lado da referência comum a um saber “sabido”, compartilhado, do qual possamos ser todos os instrumentos. Isso é patente na vida sexual cada vez que se tem uma relação sexual que aparentemente seja exitosa, mas é também patente na vida social. Com isso não estou fazendo uma crítica absurda de qualquer laço associativo. (CALLIGARIS, 1991, p. 115)

Para, além disso, importante observar que os policiais que são constantemente colocados em situação de risco, motivados com discursos materializadores de produção de verdade, como: “bandido

bom é bandido morto”, em sua maioria, advêm da mesma classe social das crianças que são alvo de suas operações. Ou seja, assim como as vidas ceifadas por eles são consideradas matáveis pelo Estado, as vidas deles também são. A consequência lógica deste mecanismo de produção de conduta resta claro quando analisamos que temos a polícia que mais mata e também a que mais morre (MARTIN, 2017).

Entretanto, o sujeito que se propõe a sua objetificação, tornando-se instrumento de um saber construído através de outrem, rompe com o cenário da alteridade e se coloca na posição de obediência, consumindo o produto da vez.

A paixão da instrumentalidade se estabelece no nazismo como um serviço ao país, e nessa perspectiva isenta o indivíduo de uma culpa autônoma, passando a sua ação integrar uma culpa coletiva fragmentada por ações individuais. O mal surge quando as condições do pensamento se misturam nas massas, seria uma espécie de adesão à ideologia autoritária se perfazendo em um novo corpo biopolítico.

O ideário fascista se constitui na subjetivação do indivíduo tratando de torná-lo vulnerável a obedecer a qualquer comando para então acender à montagem perversa (CALLIGARIS, 1991, p. 110) de condutas de eliminação do outro. É o que nos ensina Calligaris:

Que, para funcionar numa montagem deste tipo, o sujeito se transforme em um instrumento se um saber que o manda eventualmente matar milhares de pessoas, jogar crianças contra uma parede, queimar uma casa cheia de gente, este é o preço que talvez a maioria dos neuróticos esteja disposto a pagar para encontrar o alívio que a montagem promete. Mais exatamente, o preço, ou seja, as eventuais exigências do saber do qual nós faríamos os instrumentos, é que indiferente com respeito ao benefício esperado (CALLIGARIS, 1991, p. 114).

Hannah Arendt, ao analisar o julgamento de Eichmann em Jerusalém, cunhou a expressão “banalidade do mal”, e, a partir disso, percebe-se que ela se aproximou do conceito da paixão da instrumentalidade, conceito este que se estabelece em um critério de diferenciação subjetiva lógica. Ao afirmar que Eichmann era um

sujeito como qualquer outro e não aquele monstro psicótico que todos esperavam, a autora denunciou a fratura subjetiva que existia entre o monstro e o indivíduo que opera com bases instrumentais subjetivas diversas daquele que age sem acesso de uma experiência de divisão subjetiva. É o que trata Arendt na seguinte passagem:

A atitude de Eichmann era diferente. Em primeiro lugar, a acusação de assassinato estava errada: “Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não-judeu- nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei ordem para matar fosse um judeu fosse um não-judeu simplesmente não fiz isso”, ou conforme confirmaria depois: “Acontece [...] que nenhuma vez eu fiz isso”- pois não deixou nenhuma dúvida de que teria matado o próprio pai se houvesse recebido ordem nesse sentido. Por isso ele repetia incessantemente (algo que já declarara-nos assim chamados documentos Sassen, entrevistas dadas por ele em 1955 ao jornalista holandês Sassen, antigo homem da SS e também fugitivo da justiça, que depois da captura de Eichmann foram publicadas em parte pela revista *Life*, nos Estados Unidos, e pela *Stern*, na Alemanha) que só podia ser acusado de “ajudar e assisir” à aniquilação dos judeus, a qual declara ele em Jerusalém, fora “um dos maiores crimes da história da humanidade” (ARENDDT, 2016, p. 33).

Os fenômenos sociais que marcam e destroem famílias há anos no Estado do Rio de Janeiro e no Brasil utilizam uma dupla técnica de eliminação. Os seres matáveis são cotidianamente a classe pobre do país, atuando em diversas posições na sociedade. O policial militar em questão é o que possibilita ligar a ação de combate ao crime e a consequente eliminação de meliantes, moradores e da sua própria vida.

Em entrevista ao Jornal O Globo o comandante-geral da PMERJ, Coronel Luís Cláudio Laviano, foi claro ao justificar a morte de moradores de Favelas em situação de confronto, imputando a culpa aos marginais e, em alguns momentos, à própria vítima. Quando o Jornal O Globo lembrou ao comandante que entre os atingidos por balas perdidas existe um número considerável de crianças e estudantes como o adolescente Marcos Vinícius, atingido por tiros a caminho da

escola, na Maré, o militar respondeu que essas crianças e adolescentes deveriam estar na Escola (VELOSO, 2018).

Vejamos um trecho da entrevista do Comandante:

RIO — A mensagem do comandante-geral da Polícia Militar, coronel Luís Cláudio Laviano, não é animadora. Neste sábado, durante a inauguração da sede da Companhia Destacada da Polícia Militar na Mangueirinha, o comandante foi questionado por O GLOBO sobre o aumento do número de mortes por intervenção policial desde o início das atividades das Forças Armadas no estado e a morte por bala perdida, só neste ano, de oito crianças em todo o Rio de Janeiro. À frente da Pmerj desde março, ele condicionou a redução dos índices apenas à ação dos criminosos— Tem como (reduzir os índices de mortes por intervenção policial e de crianças por bala perdida). Quando começar a parar de entrar armamentos como fuzis no estado, no país. Quando esses marginais entenderem que o enfrentamento às forças de segurança não é o caminho. Quando essas quadrilhas, esses traficantes entenderem que disputar pontos de vendas de drogas com armamento com alto poder de letalidade não é o caminho. Aí vai reduzir — afirmou o coronel, que ao ser questionado se a ação da Polícia poderia mudar para impactar os índices, continuou: — Nós já tivemos várias iniciativas, várias ações para tentar. Nós realizamos alterações nos nossos horários de operações, buscamos alternativas nas nossas ações policiais, mas infelizmente essas pessoas insistem. Principalmente, esses jovens que estão muitas vezes evadidos do sistema de ensino. E quem responde por isso? Onde está a família desse jovem que não sabe muitas vezes onde esse jovem se encontra? Onde está o conselho tutelar que não sabe onde está esse jovem evadido da escola? Lugar de criança, de jovem é na escola. Entre março e maio deste ano, houve 352 mortes por intervenção policial no estado — uma taxa 17,3% maior do que a registrada em igual período do ano passado (300). O GLOBO lembrou ao comandante ainda que, entre as crianças vítimas de balas perdidas neste ano, havia estudantes, como o adolescente Marcos Vinícius, atingido por tiros no caminho da escola, na Maré, nesta semana.— Exatamente. Por jovens que deveriam também estar na escola — completou o comandante.



Ser instrumento requer um envolvimento burocrático e a participação dos adeptos no empreendimento biopolítico é imanente na defesa do ideal pronto e que não vai apresentar questionamentos: está posto.

Nesse sentido, cumpre destacar a crítica sobre a utilização desse critério elaborado por Calligaris quando trata de Rudolf Hoess, comandante do campo Auschwitz que escreveu em suas memórias para se justificar e talvez se defender durante o processo de Nuremberg:

É um texto interessante pela razão seguinte: ele tinha uma ideia precisa das acusações levantadas contra ele no processo, e, apesar disso, ele aparentemente não responde às acusações. A questão colocada aos criminosos de guerra era a mesma que nós ainda seríamos tentados a colocar, algo como: “Mas como você podia gozar matando assim, como este gozo foi possível?” Nós continuamos interrogando estes eventos na linha do que tradicionalmente se chamaria de uma perversão, como se a constituição singular dos sujeitos determinasse o fato de que eles acabem sendo criminosos de guerra. Neste caminho, acho que não encontraremos resposta, e, de fato, a resposta aparentemente inapropriada de Hoess se resume nessa frase: “Eu era um funcionário exemplar” (CALLIGARIS 1991, p. 114).

Forma-se neste caso uma lógica instrumental que o gozo está na obediência distanciado qualquer culpa autônoma na ação abandonando a singularidade e deixando-se captar.

## CONCLUSÃO

Tanto Foucault quanto como Calligaris apresentam um modelo de subjetivação dos sujeitos que tem plena aplicação nos dias de hoje. A afirmação de que o poder constrói as subjetivações e o estudo do conceito de governamentalidade reforçam a aproximação entre os conceitos do filósofo francês e a paixão da instrumentalidade, objeto da pesquisa de Calligaris.

Acreditamos, pelo exposto nesse trabalho, que as soluções,

mas se torna impossível quando fixamos nossos olhos apenas nas instituições, no Estado etc. A movimentação e a descentralização do poder é a principal via de acesso para entender como seres humanos podem praticar atos de pura maldade sem serem portadores de uma malignidade patológica.

O que se pretendeu especificamente foi investigar aqueles sujeitos que se encontram a serviço do Estado e que são tomados pela técnica instrumental como foi o caso de Speer e Eichmann, os quais se colocaram a serviço do nazismo, movimentando a engrenagem instrumental do poder e reduzindo a própria subjetividade à função de instrumento de uma cadeia neurótica banal.

Além disso, com base na filosofia política e na psicanálise, investigou-se a forma como se dá o processo de subjetivação dos sujeitos a partir de suas ações e a identificação das principais violações de direitos humanos nas operações policiais nas regiões periféricas do Estado do Rio de Janeiro.

Os agentes da Polícia Militar em particular a do Estado do Rio de Janeiro são partes do estudo que procuramos tratar neste trabalho. A filiação voluntária dos policiais a este empreendimento genocida, marcadamente orquestrado pela biopolítica moderna não foi esgotado aqui. Outras reflexões precisam ser feitas, mas a construção que aqui se pretendeu fazer, de alguma maneira, pode contribuir para uma possível forma de tratamento para a “tragédia” que são as mortes por balas perdidas que ocupam um papel de extermínio ante o discurso de combate à criminalidade. Essas mortes podem ser perfeitamente evitáveis, mas ainda ocorrem nas comunidades faveladas da cidade do Rio de Janeiro ainda.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

\_\_\_\_\_. *Estado de Exceção*. 2ª edição. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de Sítio).

\_\_\_\_\_. *Estado de exceção e genealogia do poder*- DOI: 10.9732/P.0034-7191.2014 v.108, p21.Revista Brasileira de Estudos Políticos n 108, 2014.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira Iraci. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CALLIGARIS, Contardo. *Sedução Totalitária*. In: ARAGÃO, Luiz Tarlei de. et al. *Clínica do Social: ensaios*. 1ª Ed. São Paulo: Escuta, 1991.

CASARA, Rubens. *Estado Pós Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1ª edição. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CRIANÇAS mortas vítimas de bala perdida do Rio de Janeiro em 2018. *O Dia*. 22 jun. 2018. Disponível em <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2018/06/5551494-numero-de-criancas-mortas-vitimas-de-bala-perdida-em-2018-chega-a-oito.html#foto=1>. Acesso em: 30/05/2018.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: GRAAL, 1992.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*. 1ª. Ed. São Paulo: MARTINS FONTES, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território e População*. 1ª. Ed. Curso dado no Collège de France, 1977-1978. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARTIN, Maria. No Rio, a polícia que mais mata é também a que mais morre. *El País*. 10 abr. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/04/politica/1491332481\\_132999.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/04/politica/1491332481_132999.html). Acesso em: 30/05/2018.

TEIXEIRA, Jacqueline Moraes. [Aula 4 - Parte 01/02] *Governamentalidade e Dispositivo do Poder Pastoral/ Michel Foucault*. 2017. Disponível

em: <https://www.youtube.com/watch?v=t2iI2AyfWeo&t=29s>. Acesso em: 27 jul. 2019.

TIBURI, Márcia; KEHL, Maria Rita. *Banalidade do Mal* • Marcia Tiburi e Maria Rita Kehl. 2016. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=aVSiNogb\\_Og&t=310s](https://www.youtube.com/watch?v=aVSiNogb_Og&t=310s). Acesso em: 27 jul. 2019.

VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VELOSO, Ana Clara. Comandante-geral da PM condiciona redução de mortes à ação de criminosos. O Globo. 23 jun. 2018, Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/comandante-geral-da-pm-condiciona-reducao-de-mortes-acao-de-criminosos-22814686>. Acesso em: 24/09/2018.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

# A LINGUAGEM JURÍDICA COMO EMPECILHO AO ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA

**MENDES, Andréia Almeida**

*Doutora em Linguística – UFMG,*

*E-mail: andreialetras@yahoo.com.br*

**ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas**

*Doutoranda em Justiça Administrativa - UFF,*

*E-mail: fernandafranklinseixas@gmail.com*

**SILVA, João Pedro Schuab Stangari**

*Graduando em Direito, FACIG/Manhuaçu,*

*E-mail: joaopedroschuab@gmail.com*

**Resumo:** O presente trabalho tem como objeto a linguagem jurídica e o acesso à justiça trabalhista, direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania, que deve proporcionar igualmente ao cidadão trabalhador integrar-se ao sistema jurídico em busca de efetivar um direito social ao qual é titular, tendo como escopo compreender como a complexidade da linguagem jurídica pode servir de obstáculo à efetividade da justiça social. Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa de revisão bibliográfica, analisando criticamente o papel da linguagem na organização do campo de lutas pelo capital simbólico, e de Miguel Reale (2000) fazendo uma abordagem descritiva e valorativa de como a linguagem forense é um pressuposto essencial para penetrar no mundo jurídico, podendo ser considerada condição intencional de exclusão de massa a direitos sociais e fundamentais e a própria plenitude da dignidade humana. Partiu-se do pressuposto de que o excesso de rebuscamento, formalismo e terminologias difíceis é uma forma de afastar os cidadãos que estão em busca de tutela jurisdicional o que dificulta a implementação de direitos e garantias tidos como fundamentais; isso tudo se constitui em uma barreira para a sociedade compreender o próprio Direito, impedindo o efetivo acesso à justiça.

## INTRODUÇÃO

O estado democrático de direito constitui-se, segundo HABERMAS (1994) pela fusão do direito e da política, uma vez que o direito deve regular conflitos interpessoais de ação e a política construir programas coletivos de ação, desempenhando, dessa forma, funções recíprocas entre si (HABERMAS, 1994, p. 166). Na construção de um Estado democrático de direito, no qual está inserida a democracia brasileira, faz-se necessária uma reconstrução intersubjetiva do significado de soberania, que está dispersa numa vasta rede de comunicação e atinge inclusive a esfera pública, na qual, através do poder comunicativo, é capaz de neutralizar o poder social dos grupos de pressão e assegurar os direitos das minorias, legitimando no direito moderno o processo democrático da legislação, mediando a integração social entre o mundo da vida e o sistema, na busca pelo respeito por todos a responsabilidade da solidariedade universal entre os cidadãos, revelando que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos (HABERMAS, 2003, v. 1, p.61).

Para o desenvolvimento da pessoa humana, tanto direitos individuais de liberdade e igualdade, quanto direitos de participação na esfera pública devem ser garantidos pelo Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV traz, como uma de suas premissas o direito fundamental de acesso à justiça, que é um dos pilares da cidadania plena, e tal direito necessita de contornos ainda mais específicos quanto ao acesso à justiça do trabalho, vez que trata-se de direitos sociais imprescindíveis à própria existência digna do trabalhador.

Partindo de tal premissa, BOURDIEU (2003) denomina *habitus* os hábitos e gostos mais corriqueiros, que são despercebidos pelo senso comum. Eles constituem uma posição social associada a uma posição de classe, que transformam estilos de vida reproduzidos por agentes já localizados em determinados grupos ou posição social. Já XAVIER (2002), diz que “O Direito é, por excelência, entre as que mais o sejam, a ciência da palavra. Mais precisamente: do uso

dinâmico da palavra", dessa forma, esse artigo irá relacionar a linguagem jurídica ao habitus produzido no Direito onde reforça o monopólio de atuação dos próprios juristas e levantando a problemática: Em que medida a linguagem jurídica dificulta ao trabalhador a busca de seus direitos?

Abordar-se-á a linguagem jurídica inteligível e sua importância na eficácia do acesso à justiça do trabalho, objetivando explicar que se torna um dos maiores empecilhos à efetivação do trabalhador ao acesso ao sistema judiciário. Para tanto, será realizada uma pesquisa teórico dogmática, qualitativa, trazendo como marco teórico às ideias de BORDIEU (2003), onde num primeiro momento será analisado o as relações entre o Direito e linguagem e o exercício de poder que segrega o conhecimento jurídico dos demais segmentos sociais.

Num segundo momento será trazido à baila o acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro cuja função é analisar e revelar o papel do discurso na reprodução da dominação entendida como o exercício do poder pelas elites, instituições ou grupos e de que resulta, dentre outras coisas, a desigualdade social.

Não obstante, também trará essa pesquisa uma análise sobre o estado democrático de direito e a, análise da posição de Bourdieu em "o poder simbólico", vez que Bourdieu vislumbrou o direito e a linguagem jurídica como uma forma de manifestação de poder e constatou que simples limitações às diversas formas de interpretação jurídica, representam, por si só, forma de controle social.

E por fim será mostrado dados sobre a Justiça Trabalhista Brasileira, como o próprio entendimento do Tribunal superior do Trabalho sobre a atuação do trabalhador perante a busca a seus direitos.

Utilizou-se a pesquisa como abordagem qualitativa, visando o aprofundamento da compreensão da linguagem perante o direito fundamental do acesso à justiça. O artigo baseia-se em revisões bibliográficas e documentais, em que se levantou referências já analisadas e publicadas. Quanto aos objetivos, abordou-se a pesquisa

explicativa, que identifica os fatos que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

## 1. ACESSO À JUSTIÇA

Em um contexto primitivo, as organizações Estatais desenvolviam poucas atividades em relação aos cumprimentos dos direitos proporcionados por elas, limitando-se a estabelecer os direitos, sem oferecer mecanismos para que os detentores dos mesmos pudessem realizá-los através da atividade estatal. Inicialmente, o conceito do que seria Acesso à Justiça no mundo jurídico era muito restrito, muitos interpretavam somente como o direito de propor a ação no Judiciário, não havia nessa época a preocupação de que esse mesmo Estado devesse propiciar formas de possibilitar aos que necessitassem recorrer à Justiça, o exercício pleno dos seus direitos para que pudessem defendê-los de forma eficaz, mas com o decorrer da evolução do conceito de estado, as constituições garantistas e o Estado Social, tivemos o sentido do acesso à justiça ampliado, que segundo CAPPELLETTI e GARTH (1988):

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos”.

Nesse sentido, apesar de ser importante ao reconhecimento dos direitos, sua conceituação ampla somente veio após o reconhecimento dos direitos humanos de segunda geração nas constituições sociais e garantistas<sup>11</sup>. Desta forma, nos dias atuais, o acesso à justiça é elencado como direito e requisito fundamental, como

---

<sup>11</sup> Capelletti nos mostra que os novos direitos humanos, os quais por exemplo ele cita o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, onde se previa direitos garantidos nas modernas constituições, como direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação, trouxeram a necessidade de ampliação do acesso à justiça, provocando ação positiva do Estado no sentido de assegurar o gozo dos direitos sociais básicos. (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10/11)



CAPPELLETTI e GARTH (1988) falam:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Realizando uma análise histórica, pode ser observado que quanto mais se avança no tempo, mais progressões em relação ao acesso à justiça são evidenciadas. Hoje, com o advento do conceito de Estado Social, que nas palavras de Ferreira (2002) pode ser definido como o governo do povo, garantido por pré-condições e limitado pelas leis e pelo direito, cuja finalidade principal é concretizar os interesses da coletividade que consideram obrigatoriamente – mas não apenas – as políticas de redistribuição e reconhecimento, voltadas destacadamente à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Prevalece que a função essencial do Estado é a realização dos valores humanos, pacificando assim, com a Justiça.

O artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica nos diz que Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Igualitariamente, a Constituição Federal buscou facilitar o acesso à justiça à todos os cidadãos, para que haja mais igualdade e principalmente seja vista a justiça social, como observamos no artigo LXXIV, in legis:

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral ou gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”, ou seja, além de oferecer o sistema judiciário para a prestação da justiça, o Estado oferta auxílio aos desfavorecidos.

No entanto, apesar do acesso amplo estampado na Constituição Federal, ainda são poucas as pessoas que tem um acesso

realmente pleno à justiça em igualdade de condições fáticas, por dois fatores principais: Pelo não conhecimento de que estão amparadas por esse recurso ou não possuírem entendimento de como chegar a esse recurso, o que tal artigo coloca em questão, chegando a percepção que apesar da evolução que temos em matéria de possibilitar o acesso à justiça, ainda não é suficiente para que a referida seja aplicada.

## 2. O ACESSO À JUSTIÇA RELACIONADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No antigo regime absolutista, o Estado era demasiadamente interventor, desrespeitando a liberalidade contratual e as regras de promoção humana, e diante de tal cenário, nasceu o Estado Liberal, que, consoante os ensinamentos de ROCHA e SUNDFELD, traz as seguintes características: não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais.

O descontentamento popular com tal regime era grande, principalmente nas questões mais básicas do cidadão. Com isso, o Estado torna-se o principal provedor na atividade pública de realização dos anseios sociais, e inclui o bem-estar social, nas funções primordiais do Estado.

E após o cenário da Segunda Guerra Mundial, a partir do momento em que o Estado Moderno começa a evoluir com o advento das novas constituições temos a noção que a intervenção estatal é necessária para o atingimento de igualdade material entre os cidadãos, e com isso cria-se um ideal de Estado estritamente vinculado à lei. Segundo MORAES (2003), é evidente a submissão do poder ao ordenamento jurídico, pois:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direi-

tos e garantias fundamentais (...) adotou o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo.

Atualmente, o Estado encontra-se diretamente ligado com as liberdades individuais, garantindo ao cidadão os meios indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade, e ainda pretendendo a limitar a seu próprio poder, e para chegar garantir a sociedade tal prerrogativa, o Estado deve proporcionar ao cidadão não somente o direito de ser ouvido pelo judiciário, mas além disso, ser tal direito realizado em tempo hábil e com eficiência, além de ter que proporcionar à sociedade uma Justiça entendível, onde todos tenham plena capacidade de entender e interpretar tanto a lei, como as decisões judiciais advinda dos casos concretos.

### 3. CONCEITO DE LINGUAGEM

PEREIRA (2002) diz que talvez seja impossível para qualquer estudioso, vislumbrar uma sociedade minimamente organizada, sem passar pela linguagem como forma de comunicação entre os povos.

O estudo da linguística estrutural começa em 1916, na Europa, com a publicação do Curso de Linguística Geral, de Ferdinand Saussure. Segundo Saussure (2006), o estudo da linguagem comporta duas partes: uma tem por objeto a língua (*langue*) e outra, a fala (*parole*); assim, a primeira seria social em sua essência, em contrapartida à segunda que se apresenta como parte individual da linguagem.

Bakhtin, contemporâneo de Saussure, antecipa a linguística moderna. Assim, para Bakhtin (1997), a língua vive e evolui historicamente na comunicação verbal concreta, não no sistema linguístico abstrato das formas da língua, tampouco no psiquismo individual dos falantes. Sendo que a substância da língua é constituída pelo fenômeno social da interação verbal realizada através das enunciações.

### 3.1 A LINGUAGEM E TERMINOLOGIA JURÍDICA

Presente em quase todos os atos da vida humana, a linguagem é de suma importância para o desenvolvimento da sociedade, e sem direito, às relações sociais se tornam praticamente inviáveis. Portanto segundo PEREIRA (2002) o Direito não é uma ciência exata, ele tem que ser interpretado à luz do seu tempo, e da situação que no caso lhe é peculiar, e para se interpretar o direito é necessário um conceito jurídico, que é antecedido por uma linguagem jurídica, que entretantes é vinculada há uma linguagem natural.

A linguagem jurídica é reconhecida como a forma de expressão escrita ou oral utilizada no universo jurídico, diferenciada de outras linguagens por seu acervo peculiar de termos técnicos e pela utilização de recursos de ornamentação e rebuscamento do texto.

A relação entre o Direito e a linguagem é essencial, um não existe sem o outro. REALE (2000), em Lições Preliminares de Direito coloca a linguagem jurídica como condição essencial para penetrar no mundo jurídico, e ainda fala que o Direito tem sua linguagem própria, sem a qual não há possibilidade de comunicação, nos trazendo a ideia de que a linguagem é utilizada por apenas aqueles que o conhecem, ou seja, no mundo jurídico, aqueles que têm o conhecimento da ciência se expressar irão a utilizar, não deixando espaço para o restante da população ter acesso, e ainda cita em seu livro que é natural que as ciências tenham “a sua maneira própria de expressar-se”.

Sendo a terminologia determinada como o conjunto de palavras técnicas pertencentes a uma ciência ou a uma arte, em se tratando de ciência jurídica, o uso de palavras para conseguir precisão e certeza serve para resguardar a segurança jurídica. O problema gerado com a terminologia jurídica é quando se escolhe palavras desconhecidas pelo público, deixando o texto pouco explicável para a maioria da população. Pois se a função do Direito moderno é a resolução de conflitos com eficiência, sem morosidade e por vias de fácil acesso, primando por princípios e valores necessários ao bem-estar coletivo, não se justifica o uso de terminologias que irão realizar o

contrário de harmonizar direitos e garantias fundamentais, não deixando a população entender tais textos.

### 3.2 A LINGUAGEM E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 no diz, in legis:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Com tal premissa de abertura de nossa carta Magna, o Estado Brasileiro regula a vida de todos os seus indivíduos, em nosso Estado Democrático de Direito, e para viabilizar o bem comum e proporcionar igualmente a todos as oportunidades e condições para que alcancem a felicidade é indispensável que, como o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro diz que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

O conhecimento da lei e de seus direitos é premissa indispensável para a existência de um Estado Democrático de Direito, como sua aplicação voltada aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como explana o artigo 5º da lei supracitada.

Não há de se falar em Democracia sem o largo e amplo Acesso à Justiça, e é clara a preocupação do legislador com a acessibilidade do texto legal, uma vez que ele não só estabelece as

características principais para sua redação, como também ensina a escrever de forma a contemplá-las, como está no artigo 11 da Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998, posteriormente alterada pela Lei Complementar 107 de 26 de abril de 2001, in legis:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de carácter estilístico;

Tal lei veio para complementar o parágrafo único do artigo 59 da nossa Constituição Federal que diz:

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

#### **4. JUSTIÇA TRABALHISTA BRASILEIRA E SUAS DEMANDAS**

A CF/88 preconiza em seu artigo primeiro, inciso IV, que são fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. De acordo com Fonseca (2006), o direito ao trabalho a que se refere a CF/88, diz respeito ao direito de ter um trabalho ou a possibilidade de trabalhar. Mas além da possibilidade de trabalhar, indo de acordo com o Princípio da dignidade da pessoa humana, o trabalhador deve ser respeitado e ter

um ambiente de trabalho adequado.

Após a conclusão que o direito ao trabalho e a um trabalho digno são fundamentais, começa-se a problemática de efetivação de tais direitos, e para isso, o cidadão tem o direito constitucionalmente resguardado de acionar a Justiça para ser ouvido.

O Estado Moderno surge na segunda metade do século XV, a partir da crise no feudalismo. Com ele surgem ideais, advindos principalmente da revolução francesa, tais como a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade. Tais ideais norteiam a base do nosso Estado como é hoje em dia e concorrendo com a ideia de Estado, as relações de trabalho cresceram e evoluíram. A Revolução Industrial e a mecanização construíram novas relações, nas quais muitas vezes a dignidade da pessoa humana é esquecida.<sup>12</sup>

A exploração da força de trabalho é um assunto extremamente denso, amplo e importante. Karl Marx em sua obra "O Capital" diz que:

O trabalho, como criador de valores-de- uso, como trabalho útil, é indispensável à existência do homem – quaisquer que sejam as formas de sociedade –, é necessidade natural e eterna de efetivar o intercâmbio material entre o homem e a natureza e, portanto, de manter a vida humana. (MARX, 2004b, p. 64-65)

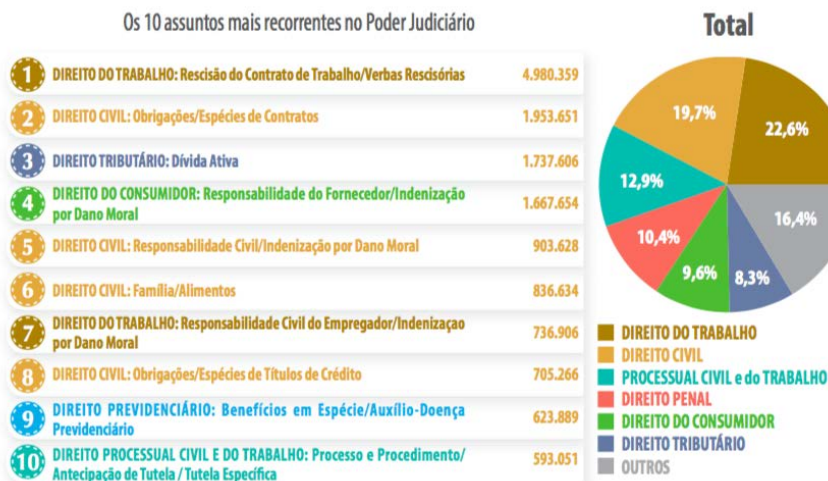
De acordo com o Conselho Nacional de Justiça em seu relatório anual, a maior demanda de judicialização é na área do Direito Trabalhista, o qual foi responsável por 22,6% das demandas judiciárias, segundo o relatório de 2016 com ano base 2015.

---

<sup>12</sup> Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), trabalho digno é assim conceituado: O conceito de trabalho digno resume as aspirações do ser humano no domínio profissional e abrange vários elementos: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; e igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens.

Figura 1 - Gráfico de Assuntos mais recorrentes no Judiciário Brasileiro

### Assuntos mais recorrentes



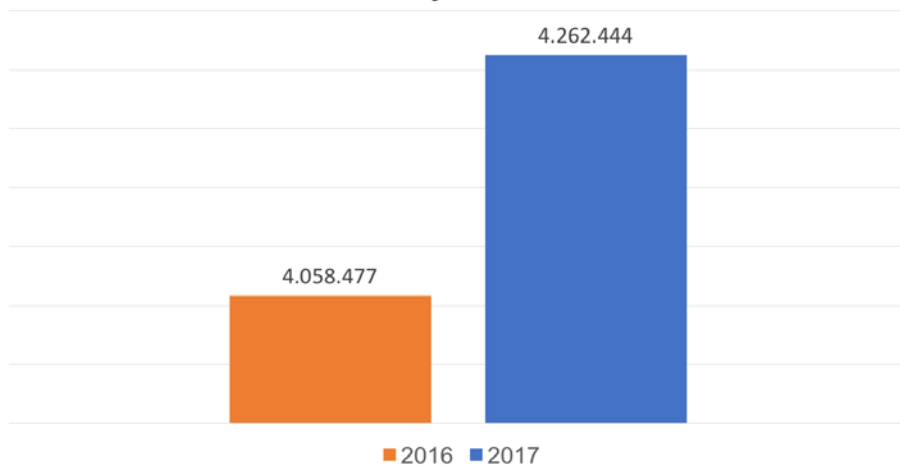
Fonte: CNJ, Justiça em números 2016 (ano base 2015).

O que observa também ao se analisar tal relatório, é que somente na Justiça Trabalhista houveram 4.262.444 casos novos em 2016, um aumento de 5,00% ao ano anterior.

Figura 2 - Gráfico "Novos Casos na Justiça do Trabalho Brasileira"



## Novos Casos na Justiça do Trabalho Brasileira



**Fonte: CNJ, Justiça em números - elaboração própria**

A percepção após a análise de tais dados é que o Direito de acesso à justiça na concepção de levar ao judiciário as demandas estão sendo efetivado, mas a indagação que se faz é a de que será se após adentrar ao mundo jurídico, o trabalhador terá condições de interpretar o processo?

Temos como um dos maiores princípios da Justiça Trabalhista brasileira o Princípio da proteção ao Hipossuficiente<sup>13</sup>. Há, no direito do trabalho, uma verdadeira rede de proteção ao trabalhador, abrangendo desde a elaboração das normas trabalhistas, passando pela interpretação jurídica e culminando em presunções próprias capazes de proteger o hipossuficiente.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup>Américo Plá Rodriguez nos diz que o princípio da proteção ou tutelar é peculiar ao processo do Trabalho. Ele busca compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto. *Vision critica Del derecho procesal Del trabajo*. In: GIGLIO, Wagner (coord.). *Processo do trabalho na América Latina: estudos em homenagem a Alcione Niederauer Corrêa*. São Paulo: LTr, 1992. p. 243-254.

<sup>14</sup> No âmbito da Justiça Trabalhista, muitos são os mecanismos criados para auxiliar a parte fragilizada a alcançar a igualdade pretendida pelo texto constitucional. Giglio (2000) nos diz que "(...) a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária

A partir dessa premissa, o legislador introduziu, no Art. 791 da CLT, o conceito do Jus Postulandi, in legis:

Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

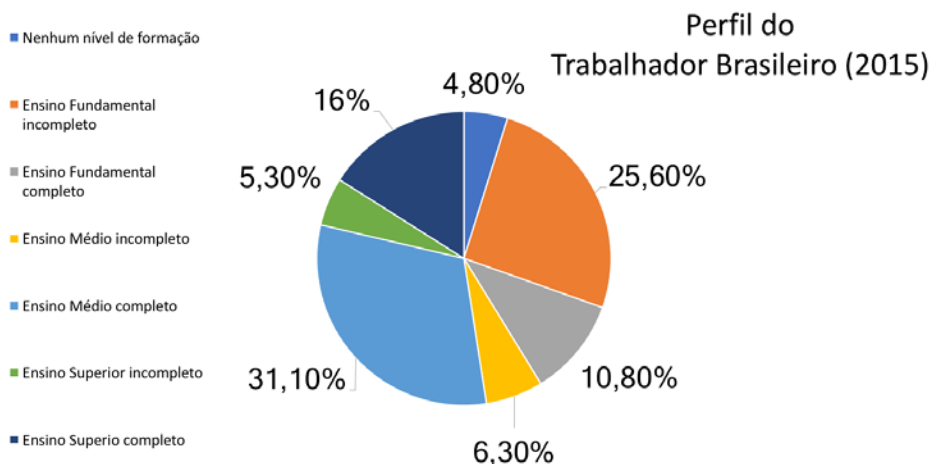
Sob a ótica do artigo em questão, o instituto do jus postulandi representa a alternativa concedida ao empregado e empregador de demandar na Justiça Trabalhista sem a necessidade de Advogado ou figuras equivalentes detentoras de capacidade postulatória.

Nesse contexto, a possibilidade de adentrar ao mundo jurídico sem a presença de um advogado foi possibilitada pela lei, mas a seguinte problemática é levantada, será que o trabalhador teria condições de penetrar no mundo jurídico? De acordo com a matéria publicada pela revista EXAME que mostrou a pesquisa divulgada pelo IBGE, apenas 16% dos trabalhadores brasileiros têm ensino superior completo, 25,6% possuem Ensino Fundamental Incompleto e 31,1% têm o Ensino Médio Completo.

---

gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente ao empregador; o impulso processual ex officio beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado e não auferir proveito da decisão: na melhor das hipóteses deixa de perder". Não obstante, o art. 844 da CLT ainda prevê que o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato.

**Imagem 1 - Gráfico do Perfil do Trabalhador Brasileiro (2015)**



**Fonte: Revista Exame - elaboração própria.**

Perante tal rede de proteção que a Consolidação das Leis Trabalhistas colocou ao trabalhador brasileiro, dando a ele o jus postulandi para conseguir entrar no judiciário com suas demandas, será que o cidadão está preparado para tal ato? Com apenas 16% dos trabalhadores com Ensino Superior Completo, teria o brasileiro condições para interpretar a linguagem jurídica?

Em que pese à importância do instituto do Jus Postulandi no que se refere democratização do acesso à justiça e o respeito aos seus defensores, podemos notar que apesar da intenção avaliada por tal instituto de proporcionar a parte adentrar ao mundo jurídico sem dificuldades, não se perfaz na seara trabalhista de forma efetiva, vez que a possibilidade da parte atuar pessoalmente, desassistida de causídico a torna mais vulnerável do que a parte que postula com patrocínio de advogado. o Tribunal Superior do Trabalho, em 2010 editou a Súmula 42515, ora in verbis:

---

<sup>15</sup> Súmula nº 425 de 30 de Abril de 2010. Jus Postulandi na Justiça do Trabalho. Disponível em

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE (Res. 165/2010). O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Ora, o próprio Tribunal Superior do Trabalho suprimiu a aplicação do jus postulandi em sua área de atuação. Isto porque, de acordo com o princípio do devido processo legal e seus sucedâneos princípios do contraditório e ampla defesa, direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, dissertam que a relação jurídica processual deve se desenvolver e se manter com observância da paridade de armas. Culminando assim que quando uma parte postula em juízo sem a representação de um técnico das ciências jurídicas e a outra com, o sistema de garantias processuais cambaleia e o ambiente fica propício para prática de injustiças, tanto é que indo de acordo com tal pensamento, o próprio TST, concordando que o Trabalhador não tem condições de interpretar a Justiça sozinho, limitou o instituto às justiças de primeiro grau.

## CONCLUSÃO

Nesse diapasão, é possível perceber que a linguagem jurídica é, com suas peculiaridades e características, uma área da linguagem natural que se destina a regular o mundo jurídico ao qual está contextualizada. Para tanto, que se conota como condição essencial para se adentrar ao judiciário.

Nesse desenvolvimento, conclui-se que com tais características a linguagem muitas vezes dificulta ao trabalhador brasileiro, que como mostrado perante dados não tem qualificação necessária para interpretar, conseguir buscar seus direitos perante à justiça. A argumentação que se construiu nesse trabalho foi de que o acesso à Justiça é direito resguardado pela constituição ao cidadão

---

<[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-425](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425)> .

brasileiro e que o uso da linguagem jurídica clara, acessível e objetiva, como o próprio legislador colocou em lei complementar, é determinante para a efetivação desse direito.

O processo trabalhista tem se tornado mais complexo nos últimos anos, principalmente após o advento do Processo Judicial eletrônico, com as premissas da celeridade processual, a importância de um profissional habilitado para postular em juízo é de suma importância para alcançar o direito pleiteado pela parte.

A relevância do advogado nas causas laborais é evidente, Martins (2011) relata que essa assistência deveria ser fornecida pelos sindicatos ou pelo Estado na impossibilidade daqueles, de forma gratuita, tal como ocorre no Juízo Criminal na figura do Defensor dativo, que poderia ser realizada por advogados recém-formados para adquirirem experiência enquanto ajudam os necessitados.

Nesse contexto, principalmente se priorizado a função pública do advogado defendida constitucionalmente, além da natureza alimentar dos dissídios trabalhistas, o instituto do Jus Postulandi não tem servido com o seu fim pretendido, representando uma completa aplicabilidade ilusória.

## REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. *Pacto de San José de Costa Rica*. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 8 ed. São Paulo: Hucitec, 1997.

BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. Elementos para uma sociologia do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. *O Poder Simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de Fevereiro de 1998*. Brasília, 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm)>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 10 jul. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números: 2017 (ano base 2016)*. Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números: 2016 (ano base 2015)*. Brasília: CNJ, 2016.

FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito: História, direitos fundamentais e separação dos poderes*. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2018.

GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, Karl. *O Capital*. Vol. 1/1. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. *Linguagem Jurídica e Acesso à Justiça*. Disponível em <[http://revistapensar.com.br/direito/pasta\\_upload/artigos/a121.pdf](http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a121.pdf)>. Acesso em 10 out. 2017.

Organização Internacional do Trabalho. *Trabalho Digno: A chave do progresso social*. Disponível em: [http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_02\\_pt.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm). Acesso em: 10 ago. 2018.

PEREIRA, Ricardo Souza. *A Linguagem Jurídica*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-linguagem-juridica,36008.html>>. Acesso em 10 ago. 2017.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SAUSSURE, F. de. *Curso de lingüística geral*. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Isidoro Blikstein. 28 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SOUZA, Beatriz. *Só 16% dos trabalhadores têm ensino superior completo*. Revista EXAME, publicado em 26/02/2015. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/so-16-dos-trabalhadores-tem-ensino-superior-completo/>>. Acesso em 02 ago. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4º ed. 7ª tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo.

XAVIER, Ronaldo Caldeira Xavier. *Português no Direito: Linguagem Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

# A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO REALIZADA PELOS CARTÓRIOS CIVIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

**Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes**

*Doutoranda em Justiça Administrativa, UFF, rosanadvogada@gmail.com*

**João Pedro Schuab Stangari Silva**

*Graduando em Direito, FACIG - Manhuaçu; joaopedroschuab@gmail.com*

**João Victor Augusto Caetano de Carvalho**

*Graduando em Direito, FACIG - Manhuaçu, joaovictorrccfm@gmail.com*

**Resumo:** A mediação e conciliação vem sendo reconhecida como importantes mecanismos para a resolução de conflitos e promoção da justiça. É nesse diapasão que o direito brasileiro se propõe a realizar esses métodos nos cartórios de registros e notas do país. O presente trabalho versa sobre o estudo da expansão e do alcance dos métodos alternativos de solução de conflitos, proporcionado por intermédio do provimento 67 da Corregedoria Nacional de Justiça, garantindo aos cartórios a possibilidade de realizar a mediação e a conciliação judicial. Analisar-se-á se a mera facilitação aos meios pode se mostrar frustrante ao fomentar a resolução consensual de impasses extrajudiciais, haja vista que o fator preponderante para se alcançar a autocomposição das partes é a formação e habilidade do profissional que a coordena no uso do método adequado a cada caso concreto. Para tanto, o presente estudo, apropriar-se-á de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, visando o aprofundamento da atual compreensão processual perante a nova possibilidade.

**Palavras-chave:** Mediação; Conciliação; Código de Processo Civil; Resolução de conflitos.



## INTRODUÇÃO

A conciliação e a mediação têm ganhado relevante atenção dos juristas e legisladores nos últimos anos. A Resolução 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 13.140/2015 vem contribuindo para o uso desses métodos consensuais em nosso ordenamento jurídico, tendo como mais recente incremento o Provimento 67, de 26 de março de 2018, editado pelo corregedor nacional da Justiça, ministro João Otávio de Noronha, dispondo sobre os procedimentos de conciliação e mediação nos cartórios notariais e de registro do Brasil.

O trabalho justifica-se frente ao neoprocessualismo, o sistema multiportas e a autonomia das partes nos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, que assentam a nova roupagem dada ao sistema processual civil pátrio, mas, a facilitação ao acesso e incentivo de métodos de resolução de conflitos, ainda encontram mais alinhados com o projeto do que com a própria implantação, uma vez que, à não criação e/ou implantação de centros judiciários de solução consensual de conflitos em número condizente ao necessário para atender à população até a presente data, aos cartórios civis foi estendida a autorização para a utilização dos métodos de Mediação e Conciliação.

Para tanto, o presente estudo, apropriar-se-á de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, visando o aprofundamento da atual compreensão processual perante a nova possibilidade advinda do provimento, utilizando-se do método analítico, para definir a atuação dos atores processuais nos cartórios perante o que se espera dos mediadores e conciliadores.

## 1 HISTÓRICO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL - CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil em 2015 o ordenamento jurídico brasileiro recebeu uma inovação nos métodos de solução de conflitos, como a introdução colaborativa dos métodos consensuais de resolução de conflitos, onde consta o instituto da Mediação e conciliação, recebendo significativos dispositivos.

Os métodos alternativos de solução de conflitos não são nem uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de ser inusitado no CPC de 2015. Com o anseio de buscar resultados efetivos e aprimorar a técnica processual, além do objetivo principal de promover, facilitar e ampliar o acesso à justiça, exatamente nesse contexto é que se inicia o estudo dos métodos alternativos de resolução de conflitos como ferramenta de ampliação do acesso à justiça.

É sabido que a solução consensual de conflitos não é nem uma novidade, a negociação, bem como outras técnicas, existe desde o surgimento das relações sociais. Nesse sentido, surgiu no Brasil como uma grande inovação, para revolucionar o sistema processual brasileiro, em um contexto de congestionamento do judiciário.

As técnicas consensuais de solução de controvérsias, aparecem no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do CPC de 1973, ainda de forma bem precária e pouco trabalhada pelo diploma legal. Já existia previsões legais sobre as relações extrajudiciais, como na constituição de 1824, contudo é na década de 70 que se efetiva no direito brasileiro.

A autocomposição, como também é chamada, surgiu no país com o intuito de solucionar os problemas de acesso à justiça existentes.

Por fim, encontra-se especificamente os institutos da conciliação e da mediação no Código de Processo Civil 2015, que traz uma grande expectativa para resolução da crise do judiciário ao garantir

um maior acesso à justiça, buscando uma significativa redução na quantidade de processos no judiciário brasileiro.

## 2 A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário deve buscar formas de coordenar e orientar, para coibir essas tentativas de resolução de conflitos relativos às relações sociais ilícitas. A educação, para o exercício dos próprios direitos, deve ser orientada por servidores capacitados, atendendo ao valor da liberdade, à preservação do ordenamento jurídico e à atuação da vontade concreta para atender seus interesses (ARAÚJO CINTRA, 1995).

Sabe-se que em um processo sempre haverá um que sairá insatisfeito em face de outro, seja quem emitiu a demanda do processo ou a parte que foi chamada, quer dizer que o fato de ser autor de um processo não significa que será a parte correta, nem que se for o réu significa que está errado, e foi pensando nisso que houve a necessidade de uma criação de um mecanismo para tentar diminuir o número de processos, que os métodos consensuais veio à tona, tentando colocar na cabeça da sociedade, que nem sempre instaurar um processo é a maneira mais viável de solucionar uma lide, mas indo ao lado teórico daquele dito popular que diz assim, “Tudo conversado é entendido.” e é justamente a e que entra a mediação e a conciliação tentando provar que tem como solucionar o conflito, de forma rápida e eficaz, onde ambas as partes saiam satisfeitas.

Com a criação dos juizados especiais, o processo de judicialização ficou mais fácil para a sociedade, com justiça gratuita e sem formalismos. Porém, o que se viu nos últimos tempos foi um abarrotamento de processos, sendo computadas mais de 25 milhões de causas novas em todos os seus órgãos e segmentos. Em face disso, tornou-se preocupante a saída da justiça de maneira adequada, mas tentando resol-

ver os conflitos, não apenas “matar processos” (BACELLAR, 2003). Todavia, isso demonstra a facilidade do acesso à justiça. Operou-se, por meio dos juizados especiais, o resgate das linhas de comunicação entre o povo e o juiz. Disso, advém uma prestigiação do Poder Judiciário, que volta seus olhos ao povo. Como comentado, muitas das relações ilícitas, como são praticadas e aceitas pelo grupo populacional, passaram a ser judicializadas. Por exemplo, cobrança de jogo, cobrança de dívida oriunda de agiotagem, comprar produtos piratas e manifestar a pretensão de exigir a troca, etc.

Com efeito, estudos apontam que os mecanismos de resolução de conflitos tornam-se menos acessíveis à medida em que se apresentam mais formais e oficiais e que os indivíduos preferem instrumentos de resolução de conflitos mais informais, de raiz comunitária, mais próximos de si cultural e geograficamente (SANTOS, 1996, p.47), como são, de regra, mecanismos alternativos de resolução de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. A esse propósito, João Pedroso registra a necessidade de um sistema de justiça mais próximo do cidadão e a urgência de se proceder à adaptação do acesso à justiça às pessoas e conflitos que se encontram excluídos dos tribunais (PEDROSO, 2006, p.264).

### **3 O NEOPROCESSUALISMO E A JUSTIÇA MULTIPORTAS NA FORMAÇÃO DOS NOVOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

É possível identificar a partir do direito moderno, diversas críticas ao conceito neoconstitucionalismo. Daniel Sarmento indica que, pensadores das mais variadas escolas com posicionamentos contrários ao tema, aos quais, até mesmo pelos estritos contornos dessa pesquisa, não serão abordados. Do mesmo modo, os processualistas divergem sobre este conceito, no tocante, ao disposto por CAMBI (2006, p.662),

nomeie-o “neoprocessualismo”; outros, como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, apresentam-no como “formalismo-valorativo”; outros, portanto, defina-o como Fredie Didier Júnior (2011, p.30) (embora sem adotar tais concepções), nomeiam-no de “neopositivismo” ou “positivismo reconstruído”.

No passado se dizia que o encargo da jurisdição era aplicar a vontade concreta da norma (CHIOVNEDA, 1903, p.35) ou, até mesmo, solucionar os conflitos concretos (CARNELUTTI, 2000), hoje é possível analisar que ela visa à “tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes” (GRECO, 2009, p.73), com a finalidade de que o mecanismo possa “ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais” (MARINONI, 2010, p.412-413).

As oportunidades são incomuns, que tiveram ou terão os processualistas em seu tempo de vivenciarem a modificação de uma lei da importância do Código de Processo Civil, porque as alterações desta norma não importam apenas à aplicação do direito privado, havendo reflexos, em maior ou menor medida, para todo o direito processual. A sedimentação desta regra na sociedade, na doutrina e na jurisprudência poderá levar muito tempo.

Dessa forma, conceberia uma ousadia extravagante pretender tecer as mais elaboradas conjunturas sobre o Código de 2015, fazer os principais comentários doutrinários ou criar as mais absurdas teorias sobre algo que nem se começou a sentir o sabor.

A partir da consolidação do movimento neoprocessualista, principalmente com o advento do Código de processo civil de 2015, surgem mecanismos que visam proporcionar mais eficiência a resolução dos conflitos, ainda que não represente o controle estatal por meio

do judiciário na sua forma de poder tradicional, na busca da harmonia social.

Nesse contexto, os processualistas propõem o conceito de uma justiça “multiportas”, que trata em síntese, de uma triagem pré processual, ou preliminar dos litígios, na forma de diagnosticar e analisar os conflitos por meio de profissionais capacitados em um centro especializado (CALMON, 2007, p.181). Alguns especialistas apontam que a última porta seria a instrução do processo, o judiciário.

O sistema multiportas tem como principal atribuição, identificar a técnica mais apropriada para a resolução do conflito. O sistema surge no contexto neoprocessual, no intuito de promover um efetivo acesso à justiça, apresentando novas possibilidades para a resolução do conflito, além da jurisdição estatal, mesmo sendo um sistema desenvolvido pela estrutura judiciária, que proporciona maior economia de tempo e financeira.

O fato, no entanto, diante da ótica neoprocessualista em que surge um grande interesse em conciliar o direito processual e os princípios constitucionais, em especial o acesso à justiça, o sistema multiportas aparece, na verdade como um conceito que visa a difusão da da necessidade de uma técnica alternativa para a solução dos conflitos. Sendo assim, a proposição de um sistema que parte de uma política pública que se coloca entre o judiciário e o cidadão, com a finalidade de demonstrar que a técnica judicial não é singular na resolução de conflitos, nem mesmo a mais eficiente, apesar de ser apresentada como a universal e a mais acessível (CAPELETTI, 1994, p.84-90).

#### **4 A AUTONOMIA DAS PARTES E OS MEIOS ALTERNATIVOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS**

Hodiernamente, é notório que a autocomposição está ganhando espaço no sistema normativo brasileiro. Isso acontece pelo interesse

dos próprios litigantes, sendo por meio de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário. Sendo assim, a autocomposição pode ser entendida como a autonomia das partes em identificar uma saída para a resolução do conflito, em conjunto ou isoladamente (TARTUCE, 2008 p.47).

Neste diapasão, as sessões dos métodos consensuais de solução de litígios, além do respeito à autonomia das partes, estas deverão ser conscientizadas de todas as disposições para o prosseguimento sessão, quais são as possibilidades de transigir e as consequências de cada proposta. Conforme propõe Fernanda Tartuce (2015):

O condutor da autocomposição, antes de iniciar a comunicação sobre o mérito da disputa, deve se certificar se os litigantes estão devidamente informados sobre as possibilidades de sucesso na demanda e sobre o direito envolvido; se for o caso, deve também advertir sobre a necessidade de que se informem com um profissional. Essas iniciativas são importantes para que não venham a ser celebrados “pseudo-acordos”; sem haver consentimento genuíno e informado, podem advertir avenças inexistentes no plano jurídico é ineficaz em termos de cumprimento espontâneo, sendo completamente danosas ante a falta de informações relevantes. (TARTUCE, 2015, p.193)

Vale destacar, que a autocomposição proporciona a possibilidade que os métodos de solução de conflitos sejam aplicados no âmbito exclusivo da sociedade civil (extraprocessual) e no interior do processo judicial (endoprocessual), propiciando às partes a autonomia para decidir o método mais oportuno.

A autocomposição, assim como a autotutela, é uma forma de solução de conflitos em que ocorre a imposição do sacrifício do interesse de umas das partes pela outra, sendo conduzida oportunamente pela coação (CALMON, 2008, p.29), destacava-se como o outro meio de resolução de conflitos nos sistemas primitivos e sua presença perdura no direito moderno. Caracteriza-se pelo ajuste de vontades das

partes, na qual uma delas ou ambas abrem mão de seu interesse ou parte dele.

No direito moderno, a autonomia das partes se verifica através dos métodos autocompositivo e da autotutela, sobretudo, através dos meios consensuais de resolução de conflitos, especificamente três principais: a negociação, mecanismo em que os conflitantes conversam diretamente, sem a participação de terceiros; a mediação, que se caracteriza como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro neutro e imparcial; e, por fim, a conciliação, que pode ser definida como uma forma de negociação com a presença de um terceiro que auxilia as partes a chegarem a um acordo. Cabe salientar, que a autotutela desse modo, não é utilizada com frequência uma vez que o método está proibido no sistema processual brasileiro, por se considerado violento. Destarte, cumpre aprofundar o estudo dos métodos elencados como possibilidade eficaz para alcançar a harmonia social.

#### 4.1 A NEGOCIAÇÃO

A negociação é o mais comum dos meios alternativos de solução de controvérsias, estando presente no cotidiano das pessoas. Todavia, existe uma peculiaridade entre a negociação e os demais métodos, nela não existe a figura de um terceiro, ou seja, a negociação e desenvolvida pelos próprios interessados, podendo esta ser direta (feita pelos conflitantes) ou assistida (feita por representantes eleitos) para a defesa dos interesses individuais (SANTOS, 2012, p.94).

Na lição de João Roberto da Silva (2004):

(...) o mediador somente auxilia na discussão, não decidindo nada. Na negociação, ocorre ao contrário. Age uma pessoa em respeito e atenção aos interesses de seu contratante, ou seja, o negociador irá do início ao final do processo de negociação ater-se apenas aos interesses de seu contratante, de modo que terá efetuado um bom serviço se seu cliente sair satisfeito, pouco importando a satisfação ou não da parte adversa. (SILVA, 2004, p.17)



Na concepção de FISHER, URY E PATTON (1994, p.15) “a negociação faz parte da vida das pessoas”, para os autores todo ser humano é de natureza um negociador, uma vez que ela faz parte da vida de todos, seja nas relações de comércio ou nas relações sociais.

É importante salientar, mesmo que dispensável, a participação do advogado importante, para que o direito das partes seja resguardado não abrindo espaço para qualquer ato ilegal. é sabido que o bom negociador deve se preocupar em desenvolver o método com criatividade e inovação tornando o acordo mais benéfico aos sujeitos, todavia, é possível que o ato não esteja dentro da legalidade, podendo nesse sentido, ser evitado pelo profissional do direito, mesmo que este não participe diretamente do ato, apenas um espectador do negócio.

Enfim, é importante conhecer os sujeitos da negociação e suas atribuições. O negociador deve se portar de boa argumentação e persuasão, o bom discurso conduzirá a finalidade mais benéfica as partes, propiciando ao fim fidelidade ao que foi acordado. WALKINS (2012) preleciona que o negociador deve estar bem preparado, identifica os interesses das partes com criatividade para elaborar conclusões satisfatórias à todos, é imparcial, e cria ao fim boa reputação (WALKINS, 2012, p.172-173)

## 4.2 MEDIAÇÃO

A mediação importa a solução de conflitos que se dispõe transformar uma circunstância adversarial em colaborativa, cuja as parte se responsabilizarão pelas decisões voluntariamente, com auxílio de um terceiro podendo existir uma relação anterior entre as partes.

Na opinião de Petrônio Calmon (2007):

(...) mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz 23 mediante um procedimento

voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado. (CALMON, 2007, p. 119)

A mediação tem por fim preservar a relação social das partes, desse modo o terceiro auxiliará as parte na busca da solução da contenda, devendo prevenir a reincidência da controvérsia ou a formação de um novo conflito.

Além disso a mediação tem como princípio a voluntariedade das partes conflitantes para a resolução da controvérsia, podendo escolher o terceiro (mediador) que participará do feito ajudando os envolvidos a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. o papel do mediador é facilitar o diálogo entre as partes, resguardando as partes a oportunidade de exporem os fatos e chegarem em um consenso por si mesmos.

Cintra, Grinover e Dinarmarco destacam as semelhanças e diferenças entre esses dois meios consensuais de resolução de conflitos:

A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2012, p.36)

Dessa forma, cada técnica possui suas peculiaridades, a conciliação, a mediação e negociação em síntese se diferem pela ausência de um terceiro no caso da negociação, assim, a mediação e conciliação, por outro lado, o terceiro (conciliador) pode intervir no feito para chegar a solução do conflito e pela existência de uma relação anterior entre as partes no caso da mediação. Como é exposto ademais.

#### 4.3 CONCILIAÇÃO

Como terceiro mecanismo alternativo de solução de conflitos, autocompositivos, a conciliação. A técnica apresenta uma forma de solução alternativa para os conflitos de interesses, o qual um terceiro (conciliador) auxiliará as partes em alcançar a melhor solução para o litígio, podendo opinar na negociação, se oportuno.

Nas palavras de Petrônio Calmon (2007):

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes (CALMON, 2007, p.144)

Nesse sentido, a técnica se apresenta como a mais adequada, a partir da autonomia das partes, como meio consensual de resolução de controvérsias, como um método não adversarial, ao qual as partes não possuíam relação anterior, cujo o único vínculo entre eles é a busca pela satisfação do litígio.

Portanto, é possível identificar a conciliação como um método eficiente para solução de conflitos novos e pragmático, que não envolvam vínculo ou relação entre os sujeitos, contudo, existe a possibilidade do uso da conciliação nas mais diversas relações conflituosas.

A partir da visão técnico-processual a conciliação se concretiza em um processo sequencial, desde a abertura, coleta de informações, criação de possibilidades e negociação (BRAGA NETO et al, 2007, p.65), a técnica possibilita duas modalidades em sua aplicação endo-processual (judicial) e extraprocessual ou extrajudicial, conduzindo as partes a um acordo mútuo e voluntário.

Nesse sentido o conciliador surge como um terceiro imparcial não pendendo para nem uma das partes, devendo agir com confiden-

cialidade e desse modo alcançar a confiança dos envolvidos. O conciliador, em via de regra, é um auxiliar da justiça, primando pela pacificação social, todavia, este poderá apenas opinar no acordo, devendo preservar a soberania da autonomia das partes, livre de qualquer vício de consentimento.

Para tanto, o conciliador terá elementos técnicos a serem respeitados, além de boa argumentação e bom senso o terceiro que conduzirá o feito deverá ter notório conhecimento técnico do método bem como jurídico e processual, tendo no mínimo formação em direito, para evitar uma eventual lesão ao direito das partes.

#### 4.4 AS TÉCNICAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O código de processo civil de 2015 apresentou diversas inovações para o direito moderno, além de prever a possibilidade do usucapião extrajudicial, propôs ainda, uma das maiores maiores mudanças do diploma legal que é a possibilidade de autocomposição para resolver os conflitos de interesses individuais e coletivos, aplicando como uma das principais normas do processo o dever do Estado como incentivador da solução consensual de controvérsias.

Para tanto, o Código predispõe que os tribunais deverão oferecer centros especializados para a resolução consensual dos litígios, através da conciliação e mediação<sup>16</sup>. Bem como, incentiva o uso das técnicas consensuais e autocompositivas no meio extrajudicial, por

---

<sup>16</sup> Art. 165 - Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 10.05.2015, 2015, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> acessado em 23/09/2018.

meio de profissionais independentes ou órgãos institucionais.<sup>5</sup> O professor Didier Jr.(2016) se posiciona:

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição com ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (art. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190) (DIDIER Jr., 2016, p.271).

O autor objetiva demonstrar de forma clara que na formação de um direito processual moderno, o Código de Processo Civil traz uma gama de institutos preconizando os solução voluntária e extrajudicial dos conflitos, induzindo que o judiciário não seja a primeira porta, mas a última para o acesso à justiça.

Cada vez mais torna-se imperativo que o cidadão seja conscientizado a resolver seus conflitos de forma consensual, abstando-se da cultura da litigiosidade. A valorização dos métodos autocompositivos principalmente a conciliação e a mediação, especialmente extrajudicial, importa na aproximação das partes, na presença de um terceiro imparcial, e os defensores, permitido que os próprios interessados cheguem a uma solução de maneira mais eficiente, econômica e simplificada.

Para Ada Pellegrine Grinover (1990), apontando a desformalização do processo bem como a desconstrução do conflito:

A vertente jurisdicional, com a tentativa de descomplicação do próprio processo, tornando-o mais ágil, mais rápido, mais direto, mais acessível, com relação à qual se fala em desformalização do processo. E a vertente extrajudicial, buscando-se por ela a desformalização das controvérsias, pelos equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo. É nesta segunda perspectiva

que se insere a revisitação da conciliação (autocomposição) e da arbitragem (heterocomposição) (GRINOVER, 1990, p.175).

Assim pode-se entender que o Estado se preocupou em com a implementação de alternativas para promover de forma descomplicada e eficiente o acesso não só ao judiciário, mas à justiça, promovendo a quebra do monopólio do judiciário.

Nesse contexto, o legislador introduziu no direito moderno, a possibilidade dos notários, tabeliães e registradores atuarem como particulares em colaboração com o Estado, na forma de promoverem a realização dos métodos autocompositivos como a mediação e conciliação nos cartórios, colocando-se à disposição do Estado para concretização das políticas de consensualização e desjudicialização.

## **5 A REALIZAÇÃO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM CARTÓRIOS**

A formação de políticas públicas que favorecem a desjudicialização, bem como a concretização de mecanismos que auxiliem a alteração da cultura da litigiosidade, surge a partir de importantes mudanças legislativas que transferem para os cartórios extrajudiciais procedimentos para alcançar direitos que anteriormente só seriam alcançados pela via judicial.

Na aplicação das serventias extrajudiciais, os notários, tabeliães e registradores, a partir do provimento 67/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, assumirão a função de conciliadores e mediadores, atuando como facilitadores para a consensualização, favorecendo a resolução dos conflitos de interesses. Desse modo, pode-se afirmar que a criação do provimento esteja atrelada a qualquer especialidade cartorial, mas sim proporcionar confiabilidade e fé pública ao resultado da autocomposição.

A prática da desjudicialização não é tão recente, já a alguns anos que o sistema judiciário se preocupa em introduzir mecanismos extrajudiciais, no intuito de promover o desafogamento do judiciário, principalmente com o advento do CPC de 2015. Como exemplo dessa inclinação a desjudicialização alguns mecanismos já tem obtido êxito em sua aplicação como, a possibilidade do processo de usucapião em cartórios, assim como a investigação homoparental dentre vários outros que vem dando certo.

A novidade trazida pelo provimento 67 da CNJ dispõe sobre a realização da conciliação e mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Todavia, surgem indagações sobre como ocorrerá esse procedimento, se os cartórios possuem estrutura para receber essas demandas. As questões foram resolvidas pela Corregedoria Nacional de Justiça que trataram de sanar os empecilhos antes da edição do provimento, garantindo a padronização e estruturação necessária para implementação do serviço, se comprometendo com a fiscalização dos procedimentos.

A edição do provimento se tornou possível a partir da reivindicação dos notários e registradores, com o anseio de promover a pacificação social dos conflitos, através da conciliação e mediação, objetivando oferecer a resolução das controvérsias em ambientes seguros e nas mais diversas localidades não contempladas pelas câmaras de autocomposição judicial ou extrajudicial, que ainda não é uma realidade para todas as comarcas.

Portanto, não resta dúvida sobre a possibilidade da conciliação e mediação nos cartórios de registros e notas do Brasil. Contudo, é mister que haja desde então um acompanhamento da realização dos feitos, bem como uma fiscalização, na forma de resguardar a eficácia e eficiência da possibilidade extrajudicial em cartórios desse modo cumprindo todos os requisitos exigidos pela legislação que rege o proce-

dimento da conciliação e mediação. Possibilitando, assim, que os cartórios contribuam para a pacificação social e fomentem a cultura da desjudicialização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de suma importância a avaliação da origem e a forma das composições extrajudiciais brasileiras e no caso em questão a mediação e conciliação. Os benefícios são inúmeros, pois objetivando enraizar a cultura da pacificação dos litígios através de meios autocompositivos, as mudanças impostas pelo Novo Código de Processo Civil contribuem para que as partes tenham consciência de que uma solução construída por eles mesmos é mais benéfica do que uma imposta por um terceiro, alheio ao conflito e a realidade em que o mesmo está inserido.

Todavia, ainda há um caminho extenso para que se possam alcançar as disposições do novo diploma processual, a completa compreensão dos resultados das mudanças legislativas expostas serão obtidas com a prática, o passar do tempo e a forma como a população e os operadores do direito se adaptarão ao código, apesar de ser inegável que a mudança legislativa é imperativa para que se abra espaço para a mudança na cultura processual brasileira para um sistema judiciário multipartas.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Rosana Maria de Moraes e Silva. *Interiorização do acesso à justiça: Câmara de Mediação e Conciliação Municipal no CPC 2015*. Niterói, 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.



BRASIL. *Lei nº 13.105 de 10.05.2015*, 2015, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> acessado em 23/09/2018.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, v. 1, p. 368-383, maio 2017.

CAMBI, Eduardo. “*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*”, in FUX, Luiz; NERY

JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça*. *Revista do Processo*. São Paulo: RT, nº. 74, ano 19, p. 82-97, abril-junho/1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18 ed. Salvador: Jus Podvim, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

# A MEDIAÇÃO ORGANIZACIONAL E O RESGATE DA AUTONOMIA POR MEIO DA AÇÃO COMUNICACIONAL

**PEREIRA, Rubens de Lyra**

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais na  
Universidade Federal Fluminense (UFF)  
herrubens@gmail.com*

**NASCIMENTO, Verônica Batista**

*Doutoranda em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF)  
adv\_veronica30@hotmail.com*

**Resumo:** Os conflitos que naturalmente surgem no cotidiano das sociedades precisam encontrar um freio, ao menos, que minimize a sua dimensão para que haja um equilíbrio que se direcione à pretensão de paz social. Assim, faz-se importante a abordagem sobre uma das formas de resolução de conflitos, a mediação que é baseada na autonomia dos envolvidos em conflitos e maior comunicação, mais especificamente a um tipo de mediação dentre vários já existentes, que é a mediação organizacional. Tal forma pode ser utilizada no meio institucional público ou privado, e em relação a este último trazemos menção de caso em que o uso desse modo de resolução foi e tem sido adequado e eficaz.

**Palavras-chave:** Mediação; Organização; autonomia; comunicação.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar a mediação de conflitos do tipo organizacional com suas especificidades, relacionando-a com a autonomia que se busca resgatar na atualidade, por meio de uma ação comunicacional. Pretende-se observar se esse

mecanismo tem logrado êxito, e se de fato, tem gerado uma efetiva diminuição da conflituosidade.

Tem a intenção de restringir o campo de observação para as relações institucionais, por ser uma das áreas nas quais a mediação tem fortes desafios, já que os indivíduos possuem uma proximidade e convívio diário, fazendo com que a busca pela melhor solução seja feita pelos próprios envolvidos.

Pretende-se também, voltar o olhar para um importante ator da mediação, que é o mediador, observando princípios e sua possibilidade de agir.

No viés de análise da mediação enquanto meio alternativo de resolução de conflitos é fundamental o estudo das teorias de Habermas do agir comunicativo e da inclusão do outro, somado a outros estudiosos do tema Mediação na teoria e na prática para analisar e discutir a pretensão da mediação organizacional, partindo-se, portanto, da análise bibliográfica.

## A MEDIAÇÃO

As diversas sociedades nem sempre foram regidas por normas positivadas, mas sim por costumes que possibilitavam uma organização no convívio entre diferentes pessoas. O que existia era a necessidade, até mesmo por sobrevivência e conservação, de, por si só, resolverem eventuais conflitos surgidos nesse convívio social, por meio de uma conciliação.

No entanto, ao longo do tempo, foi-se verificando que a conciliação nem sempre era possível ou não bastava fazer com que os envolvidos se concilhassem, surgindo assim a mediação como forma de um terceiro auxiliar no diálogo e na negociação entre as pessoas envolvidas em um conflito.

A mediação, tal como a conciliação, não conseguiu o intento desejado por falta de coercibilidade e consequente ausência de efetividade nessa forma de solução de contendas. Assim, o Estado

tomou para si a responsabilidade de dizer o Direito, dando o provimento jurisdicional por meio do Estado-juiz, visando com isso obter a pacificação social, que é o fim maior.

Ocorre que, com as diversas mudanças políticas, culturais, econômicas e morais surgidas na sociedade, vieram o aumento considerável dos conflitos e, em consequência, uma maior procura pela jurisdição, a fim de encontrar uma resposta e solução por parte do Estado para as controvérsias causadas pelos conflitos de interesses.

Diante disso, o Estado, por intermédio de órgãos próprios e como único meio formal de solução de conflitos, sentiu a necessidade de criação de outros meios que pudessem auxiliar nessa atividade. Houve um resgate de métodos anteriormente utilizados como alternativa de resolução de controvérsias, no sentido de incentivar a autocomposição, beneficiando tanto os litigantes quanto o Estado, que poderá julgar com mais celeridade outras demandas.

Ao que tudo indica não houve um retrocesso, mas sim uma evolução, no sentido de resgate de algo positivo, ou seja, da capacidade das pessoas de conseguirem, por si só, resolverem suas desavenças.

Na comparação entre a mediação e a jurisdição, esta frequentemente adotada para resolver os conflitos, é inegável que a mediação é muito mais vantajosa em vários aspectos como tempo, investimento, sigilo, relações pessoais, obrigatoriedade, interesse das partes, decisão autodeterminada, flexibilidade, dentre outros. (MUSKAT, 2008).

De acordo com Luiz Antunes Caetano, em sua obra intitulada Arbitragem e Mediação hoje, o instituto da mediação foi potencialmente e definitivamente reconhecido pelos Estados Unidos em 1970, sendo o primeiro a incorporar no seu sistema estatal a mediação, inclusive como instituto obrigatório antes de qualquer processo judicial, visando a celeridade e a economia. (CAETANO, 2006).

Os meios alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos tornaram-se objeto de cursos de Direito visando difundir a sua importância, já que o acesso à Justiça naquele país é visto como um problema social, antes de simplesmente como um direito. Posteriormente, outros países aderiram à mediação também como forma de resolverem os conflitos, tais como França, Canadá, China e outros vários países da Europa. Na América Latina a Mediação já é tratada há algum tempo nas Universidades. Na Argentina a Lei Federal n. 24.573/96 regulamentou a aplicação da mediação, colocou-a como pré-requisito para ajuizar ação em certos casos e descreveu a atividade do mediador sobre ética da profissão, dentre outras questões. (AMARAL, 2007).

No Brasil, o instituto da mediação também já está inserido no ordenamento jurídico. Historicamente, a técnica da mediação foi normatizada no âmbito trabalhista pelo Decreto 88.984/83, que criou o Sistema Nacional de Mediação e Arbitragem dentro das relações de trabalho, sendo seu procedimento regulamentado pela Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.112/1988. A mediação recebeu destaque na legislação com a Resolução 125 do CNJ e posteriormente com a reforma do Código de Processo Civil, lei 13.105/2015 e com a edição da lei própria de mediação 13.140/2015.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz em seu preâmbulo “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, veio a possibilidade de novos meios de iniciativas de acesso à justiça. Meios esses, alternativos à Jurisdição para a resolução de casos em conflito, dando ensejo, portanto, ao surgimento de métodos consensuais que permitem que os envolvidos escolham o caminho a seguir, opções que não sejam necessariamente o tradicional sistema do Judiciário.

A Constituição serviu de fonte para o surgimento de algumas legislações específicas importantes, visando implementar instrumentos mais simples e céleres de resolução de conflitos como os

Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por meio da Lei n. 9.099 de 1995 e da Arbitragem, com a Lei n. 9.307 de 1996.

Mediação, portanto, é um meio adequado de resolução de conflitos, em que os envolvidos de valem de suas autonomias para se submeterem a um método de autocomposição, mediado por um terceiro que deve juntamente com esses interessados seguir princípios que nortearão a busca de uma solução pacífica e menos impactante do que quase sempre é a heterocomposição por meio da jurisdição.

## **MEDIAÇÃO ORGANIZACIONAL**

Vivemos em uma sociedade conflituosa e de interesses, que, de certa forma é incentivada a promover o litígio, o que pode ser a causa das estratégias nas interações sociais. O local de trabalho é também um espaço em que surgem vários conflitos, com ou sem caráter hierárquico, ou seja, nas relações interpessoais verticais e/ou horizontais.

Em razão do grau de complexidade das organizações é normal que os conflitos, que de fato existem nesse âmbito, sejam administrados a fim de serem solucionados na tentativa de se evitar prejuízos de toda ordem. A comunicação é o fator a ser trabalhado, tendo em vista as diversas circunstâncias que podem ocorrer dentro de uma organização, movidas por vaidades, ciúmes, competições, rivalidades e crises existenciais.

O agir comunicativo é uma forma encontrada de dar novo sentido para a razão na modernidade, por meio da intersubjetividade comunicativa, tendo a linguagem como procedimento, propondo soluções racionais para o conflito.

De acordo com o sociólogo Renato Mafra, são três os tipos de conflitos que podem surgir em uma organização: os internos, que afetam o andamento das tarefas atingindo negativamente o resultado da empresa; os externos, que ocorrem entre clientes, empresas parceiras ou fornecedores (e que se não forem administrados podem ocasionar o fim dessas inter-relações, inviabilizando o bom andamento

da empresa); e, por fim, os conflitos trabalhistas, que podem acarretar desequilíbrio no orçamento financeiro da instituição, uma vez que terá que arcar com custos muitas vezes altos e inesperados na Justiça de Trabalho. (MAFRA, 2016).

Dentre vários tipos de mediadores, existe o mediador organizacional também chamado de consultor.

O papel de um consultor dentro de uma organização é o de administrar conflitos que naturalmente existem em razão da convivência entre os indivíduos. Utiliza para tanto, técnicas de conciliação e de mediação para tentar transformar as relações. A comunicação é o fator a ser trabalhado, tendo em vista as diversas circunstâncias que podem ocorrer dentro de uma organização, movidas por vaidades, ciúmes, competições, rivalidades e crises existenciais. Sobre essa espécie de mediador, Ester Malvina a explica da seguinte forma:

O mediador poderá atuar nas organizações como consultor ou como “desenhador de processos”. O desenhador de processos é um agente/mediador que entra na organização com fins preventivos para evitar disputas por meio de um novo desenho de organização das relações interpessoais existentes, sempre em benefício das pessoas e da organização (...) por intermédio da mediação de conflitos, utilizada pelo desenhador ou mediador, os conflitos gerados na dinâmica interna da organização são resolvidos dentro dela. (MUSZKAT, 2008).

Dentre os objetivos da existência da mediação organizacional está o de melhorar a qualidade de vida das pessoas, ampliando a produtividade e o nível de satisfação dos sujeitos, bem como sua realização pessoal. Aumenta a confiança nas relações, melhorara a imagem pública da organização, integraram-se as pessoas de forma preventiva, reduzem-se passivos trabalhistas, promove-se o reconhecimento interno e externo da responsabilidade social e permite-se a reflexividade crítica das práticas profissionais. (MUSZKAT, 2008).

Assim, os conflitos dentro de uma organização podem ser evitados e para isso devem ser identificadas as causas e as mesmas tratadas, verificando as necessidades e expectativas, controlando as

tensões, trabalhando os fatores emocionais como ansiedade, espírito cooperativo e solidário.

Um exemplo de sucesso na utilização dessa prática de mediação é o da multinacional alemã Wurth do Brasil, do ramo de autopeças. A empresa diminuiu consideravelmente os problemas internos de afinidades e divergências entre funcionários e gerentes, passando a evitar várias demissões que geravam desfalques na empresa, especialmente de pessoas experientes. A empresa contratou consultores para treinar funcionários, capacitando-os a serem mediadores. Esses ouvem os dois lados contendedores e os fazem encarar o conflito e chegarem a uma solução pacífica. A medida passou a ser adotada nas 81 filiais dessa empresa no país e atualmente está alinhada com as melhores práticas de administração empresarial. (CRISTINA, 2016).

Os mediadores em uma empresa, portanto, podem ser os próprios funcionários identificados e escolhidos dentre os que tenham mais aptidão para mediar, treinados por um consultor, por exemplo, a utilizar técnicas que levem os envolvidos em conflitos a um entendimento por meio do diálogo. O mediador será o facilitador dessa comunicação, que deve saber gerenciar de forma imparcial.

Vemos que, embora a mediação seja mais usual na área de família, o setor empresarial acabou por entender a importância do diálogo em suas relações contratuais e vem utilizando esse recurso interpessoal. Na área corporativa, que envolve relação de parceria, não é bom que uma parte ganhe e outra perca, pois isso prejudica a qualidade dessa relação. Por essa razão, antes de submeter uma contenda à arbitragem ou à Jurisdição, a mediação organizacional é um ótimo método para resolver controvérsias, por possibilitar, por meio do diálogo, soluções e mútuos benefícios.

## O RESGATE DA AUTONOMIA

A mediação vem sendo estimulada no ordenamento jurídico brasileiro, como forma alternativa de solução de conflitos, no intuito de desafogar o judiciário. No entanto, deve ser vista como um



mecanismo de igual importância ou mesmo superior à jurisdição. Esta última forma é que deveria ser alternativa à solução das contendas, porém, a cultura da litigiosidade instalada leva tradicionalmente a uma interpretação contrária.

A consequência pode ser o desafogamento do Poder Judiciário, com uma menor judicialização das questões sociais conflituosas, mas não deve constituir sua precípua finalidade. Isto porque o mecanismo da mediação deve servir aos envolvidos nos conflitos e não servir à máquina estatal judiciária.

Para tanto, é indispensável pensar a mediação como meio capaz de proporcionar aos envolvidos a capacidade de percepção e exercício de sua autonomia, tanto em optar por não judicializar uma questão conflituosa, quanto em resolvê-la da forma como melhor lhes aprouver, evitando, assim, desgastes de toda ordem. Possibilita-se uma maior aquiescência e satisfação, já que o conflito é resolvido pelos próprios envolvidos.

Para estabelecer a noção de autonomia, Habermas interpreta o imperativo categórico kantiano, diferenciando a liberdade presente na tradição empirista da liberdade inerente ao conceito de autonomia. Destaca-se do pensamento exposto pelo autor:

No caso da liberdade subjetiva, a vontade é determinada por máximas de prudência, pelas preferências ou motivos racionais, digamos, que uma determinada pessoa tem. Nesse caso, o ato da liberdade surge como parte da consciência de um único sujeito. No caso da autonomia, porém, a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização. A vontade de uma pessoa é determinada por motivos que deveriam igualmente ser levados em conta por todas as outras pessoas (na medida em que são vistas como membros da comunidade moral). (HABERMAS, 2007).

Habermas propõe uma adequada interpretação do imperativo categórico, rechaçando, inclusive, a afirmação de que estaria reinterpretando a máxima moral kantiana. Defende que a moralidade de Kant é calcada na noção de autonomia e essa só se dá a partir da inserção dialógica e intersubjetiva das práticas morais.

## A LINGUAGEM COMO BASE DA COMUNICAÇÃO

A mediação é o grande papel da filosofia moderna e partindo-se de uma teoria social da mediação, reconhece-se a importância de se estimular a comunicação entre os mediados, impulsionando-os a prosseguir com o diálogo, já que é por intermédio de uma genuína ação comunicacional livre que se pode chegar ao consenso desejado. E o pressuposto inerente da mediação é a linguagem, que nada mais é do que a base da comunicação.

A ética do discurso foi desenvolvida por Habermas a partir da diferença entre atos de fala ilocucionários e perlocucionários estabelecida por Austin.<sup>17</sup> (PEREIRA, 2016). Os atos perlocucionários, segundo Habermas, estão relacionados com a ação estratégica em que uma pessoa utiliza outra como meio para obter êxito em seu próprio interesse, com o uso do artil, do engano, da manipulação. A linguagem se volta para o entendimento, isto é, no uso comunicativo da linguagem o entendimento se dá pela clareza das intenções dos participantes, de forma livre.

Para Habermas, a verdadeira liberdade será a que conduz para a construção da autonomia. Essa autonomia, só se dará através da prática relacional coletiva, que irá fundamentar a construção da intersubjetividade verdadeira. Mesmo a subjetividade dita individual, para se exteriorizar e ser validada no mundo da vida, dependerá da aceitação dos demais concernidos, sendo os seres humanos pessoas

---

<sup>17</sup> "O projeto teórico dos atos de fala desenvolvida por John L. Austin reivindica para as asserções uma tripla e simultânea essência. Todo ato de fala seria ao mesmo tempo locucionário, ilocucionário e perlocucionário. Locucionária é a dimensão do ato de falar que analisa estritamente as palavras de determinada língua e seu emprego de acordo com as regras gramaticais aplicáveis (...) ilocucionário é o aspecto do ato de fala que é tido como central para a teoria. Essa dimensão se apoia na existência de uma performance em todo tipo de asserção formulada (...) por fim, a dimensão perlocucionária é afeta às consequências do ato do falante em relação aos sentimentos e ações do ato de ouvir ou de dar atenção aquele que fala. Trata-se da dimensão do ato de fala, pois todo ato é realizado com alguma intenção, objetivo ou propósito...".

que se individualizam pela socialização.

Dessa forma, entendendo a democracia e a solidariedade como elementos basilares e indissociáveis para a construção da verdadeira autonomia, Habermas indica possíveis caminhos para a criação de procedimentos que transcendam os limites e as deficiências dos modelos social e liberal, já constatados como ineficientes para a justa solução dos conflitos e tensões atuais.

Segundo a teoria habermasiana, há um sentido racional capaz de promover uma nova forma de integração social e ações humanas, sendo a razão comunicativa e intersubjetiva o fio condutor para compreender a modernidade, em suas transformações e, ainda, como possível solução para a anomia social.

A teoria do agir comunicativo propõe o lugar da razão como uma nova construção de relações voltadas ao entendimento, capaz de produzir novos resultados, e não como instrumento de dominação.

A sociedade civil é profundamente marcada pela desigualdade natural, sobretudo pelas habilidades dos indivíduos, condicionadas pelo “capital” e por “circunstâncias contingentes”. Resultado disso é o predomínio de interesses particulares e de grupos que faz dela (da sociedade civil) um lugar de conflitos e contradições. Contudo, isso é próprio de uma estrutura e que respeitam as diferenças. Sem isso não se pode falar em exercício da liberdade e da autonomia. Estas requerem alternativas. Não é mais como indivíduo que se realiza a liberdade, mas como “membro de”. Ele só tem “realidade efetiva” se entrar numa particularidade determinada; se for membro de uma classe e dentro dela uma corporação. Portanto, a satisfação das necessidades e interesses (vontades) passa pela mediação das vontades dos outros. Essa mútua dependência, ao mesmo tempo em que limita interesses, garante e protege direitos e liberdades. (WEBER, 2013).

Os conflitos que surgem da complexidade das relações da sociedade moderna, desagregam a ordem social e causam desarmonia, produzindo interações sociais estratégicas, embora também possam

servir para amadurecer as relações e os indivíduos envolvidos, promovendo uma integração social.

A sociedade se utiliza da aplicação do Direito para dirimir o conflito, por meio de normas e princípios, que nem sempre alcançam o sentimento de justiça dos jurisdicionados. A jurisdição cria a figura do vencedor e perdedor ao impor uma decisão na análise do processo, o que estimula um agir estratégico, em detrimento de um agir comunicativo. Por isso, muitas decisões não são capazes de pôr fim a determinados conflitos.

A Teoria do agir comunicativo de Habermas, mostra que a mediação pode ser uma ferramenta fundamental e transformadora dos laços de afetividade e equilíbrio, em situações específicas de uma comunidade. O diálogo é capaz de criar e fortalecer laços de convivência preservando o convívio, com a solução de controvérsias de forma pacífica e em comum acordo.

A comunicação é mais que um simples diálogo, é se colocar no lugar do outro, facilitando uma compreensão das razões de resistência e discórdia com o outro. No discurso adotado, não há o ardil, mas sim uma nova construção de relações, voltadas ao entendimento e capazes de produzir novos resultados.

Na mediação, o diálogo é a nova forma de se pensar o conflito, como modo de interação social e pacificação, o que possibilita a construção de soluções mais justas e, principalmente, legitimadas pelas partes, por meio de um agir comunicativo.

Havendo soluções consensuais, a convivência social é preservada pela harmonia e pelo entendimento, sem vencedores ou vencidos, o que põe, verdadeiramente, fim ao conflito, desconstruindo a ação estratégica na modernidade.

Ao empregar tal meio de solução de conflito, dentro da perspectiva Habermasiana, é importante que o terceiro, responsável pela mediação, compreenda os valores, hábitos e crenças dos envolvidos na contenda, para que fatores externos à comunidade não influenciem nas decisões tomadas por aqueles que estejam em

divergência. A compreensão dos valores e hábitos não autoriza o mediador a intervir heteronomamente na composição, mas sim a conhecer os conflitos que surgem na comunidade, por estar próximo à mesma e, ainda, ter a confiança dos envolvidos.

O agir comunicativo, proposto por Habermas é pautado no entendimento mútuo, no qual as partes buscam harmonizar suas pretensões com a formação de consensos, através de interação comunicativa, sem finalidade estratégica ou de manipulação do interlocutor.

A interação estratégica se pauta nas pretensões pessoais do indivíduo, preponderando desproporcionalmente os desejos particulares, enquanto o agir comunicativo é a visão que considera o olhar do outro, entendendo as razões de sua resistência.

A mediação é um mecanismo de solução de controvérsias que possibilita um novo caminho para a sociedade moderna, desde que tenha como elemento central a comunicação intersubjetiva, intencionada na solução racional do conflito. Torna-se, portanto, um instrumento eficaz de pacificação social e democratização do acesso à justiça.

O diálogo proposto na mediação possibilita a projeção da solução do conflito de forma bilateral, proporcionando às partes a possibilidade de dirimirem os conflitos de forma célere e evitando a relação triangular da jurisdição.

No contexto de emancipação e verdadeira autoafirmação da cidadania humana, a mediação, usada então como etapa inicial, geraria renúncias recíprocas de certas questões do conflito. A jurisdição seria a última alternativa. Mas não é isso que ocorre na sociedade moderna, que tornou cultural a busca pela jurisdição para solucionar seus conflitos.

Na mediação desenvolvida sob os pressupostos expostos ao longo deste trabalho, há autonomia dos envolvidos no conflito, uma vez que o mediador é apenas um facilitador na busca pela solução por meio do consenso. Como nos mostra a teoria do agir comunicativo, a

mediação deve buscar sobretudo o diálogo, traduzido como principal ferramenta para flexibilizar o rigor do recurso à jurisdição.

As relações são encaradas com mais importância que o conflito, considerado circunstancial e temporário. A mediação se torna ideal para estabelecer uma relação duradoura entre os envolvidos em uma determinada relação social intersubjetiva, como explicitado nos exemplos de mediação elencados anteriormente.

Muitos são os desafios para a adoção substancial das práticas de mediação. A intersubjetividade voltada para a capacidade de convivência, diálogo e unidade na diversidade não é fácil, especialmente na modernidade tardia, permeada por uma cultura do litígio. Reconhece-se a diminuição dos espaços de comunicação e a reificação humana intensificada pela sociedade de consumo. O que era para ser o último caminho, o indivíduo busca como primeiro e único, entregando ao Estado a responsabilidade de resolver seus problemas. Fuga, comodismo ou descrença dos que recusam a possibilidade de solução dos conflitos por si mesmos.

Para se ter a autonomia pretendida, é preciso maturidade dos indivíduos. Busca-se o esclarecimento coletivo, estimulando o pensamento livre para o reconhecimento da possibilidade de resolução dos conflitos pelos próprios envolvidos nas controvérsias, sem que haja uma decisão imposta. (HABERMAS, 2000).

Esses conflitos podem ser vistos de forma negativa e positiva na sociedade. Na primeira acepção são vistos como desarmonia, já que rompem com expectativas ideais de consenso social. Na segunda são vistos positivamente, uma vez que há o amadurecimento da sociedade ao buscar lidar com as soluções para uma convivência mais pacífica. Mais que a busca por consenso, a ação comunicativa tem como ponto de partida a recorrência do dissenso, conflitualidade natural ao convívio em sociedade e que deve ser tratada sob o paradigma da racionalidade e da intersubjetividade de pretensões de validade.

O uso da mediação pode ser apontado como um meio eficaz de se demonstrar o amadurecimento de determinado grupo social. Em muitos países, buscar a jurisdição significa um certo fracasso, in-

competência dos indivíduos em resolverem os próprios problemas. Teóricos norte-americanos conceituam a mediação como um meio alternativo de solução de controvérsias, enquanto alguns estudiosos europeus acreditam que a jurisdição é que constitui um meio alternativo. (WATANABE, 2003).

A mediação pode ser entendida ainda como forma de validar permanentemente, por intermédio da ação comunicacional, os paradigmas basilares do estado democrático de direito. Tal metodologia valoriza essencialmente a autonomia da vontade, que está ligada à dignidade e à liberdade, pois permite que os envolvidos na controvérsia decidam o que farão na busca do que seria mais justo, viabilizando um consenso. A propósito:

Autonomia e dignidade são indiscutivelmente os dois pilares de um Estado Democrático de Direito. São conquistas da história. Guerras, negociações e acordos sempre foram necessários para que eles fossem universalmente reconhecidos, embora não plenamente efetivados (...) A liberdade é o conceito-chave para explicitar ou, em outras palavras, uma vontade livre é equivalente a uma vontade autônoma. Este é o único princípio da moralidade. Vontade autônoma é vontade livre e vontade livre é a que obedece a lei moral que ela mesma se dá. Desse modo, vontade livre é a vontade submetida e autora das leis morais; é a vontade sujeita a si mesma. (WEBER, 2013).

O mediador também deve ser livre e autônomo o suficiente a possibilitar que as decisões dos envolvidos sejam respeitadas, mas, ao mesmo tempo, deve atentar-se para o possível desequilíbrio que pode haver entre os envolvidos a depender de suas decisões, ou seja, ser sensível a verificar se realmente as decisões destas foram livres e autônomas ou se algum deles se valeu de algum subterfúgio, agindo de modo egoístico para levar vantagem e fugindo, dessa forma, do espírito cooperativo.

Isto porque, diferentemente da jurisdição, onde um perde e outro ganha, na mediação, ambos os envolvidos ganham, não há perdedor, pois, a solução se dá pela vontade livre dos mesmos.

Fundamental, portanto, que se observe se esta vontade está viciada. Assim, o mediador tem que saber se comunicar e conduzir as pessoas ao diálogo, apoiando-se na prática comunicacional habermasiana que nos remete aos princípios universalizantes, o que é realmente central para a interação que viabiliza o entendimento mútuo e a intersubjetividade. Habermas aponta como requisitos para uma ação comunicacional verdadeira que:

- (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se;
  - (1.2) Todo o falante que aplicar um predicado F a um objeto A tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a A sob todos os aspectos relevantes.
  - (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. [...]
- 
- (2.1) A todo o falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
  - (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. [...]
- (3.1) É lícito a todo o sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.
  - (3.2)
    - a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.
    - b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.
    - c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.
  - (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2). (HABERMAS, 1989).

O diálogo é um ato humano e ao mesmo tempo humanizador, pois é nele que apreendemos também a ouvir o outro. Por essa razão deve o mesmo ser estimulado sempre para desenvolver nos indivíduos o entendimento de sua importância, a capacidade de



sentir empatia para além de conseguir ser ouvido e compreendido, poder escutar, gerando uma mútua satisfação.

A comunicação direta e sincera, onde há presença e espontaneidade pode levar a uma maior efetividade com a compreensão do problema, pois é um momento de vulnerabilidade e exposição, sem as amarras de sentimento de orgulho, de egoísmo, de intolerância e de incompreensão.

Na modernidade vivemos um momento em que o contato com o outro se torna cada vez mais raro. As redes sociais nos agrupam ao mesmo tempo em que nos isola, gerando uma comunicação fria e improdutiva, sem que possamos ver e perceber as reações do outro, sem a impressão que nos é passada no contato direto, no “olho no olho”, no “cara a cara”.

Não se pode negar a importância da tecnologia e os avanços dos meios de comunicação. No entanto, com o entusiasmo e a sedução veio a introspecção. Por essa razão, não podemos nos descuidar da responsabilidade de serem ensinados valores fundamentais para as próximas gerações no intuito de se evitar as consequências danosas.

A ausência de diálogo na atualidade é um problema que pode ser resolvido, e se mostra extremamente necessário. A recuperação da conversação se dá pelo reconhecimento de que é possível ensinar as habilidades de escutar e falar com mais atenção, com a prática em família, na escola ou no trabalho.

Para uma verdadeira mudança de cultura é preciso que haja um resgate da comunicação e da solidariedade, fazendo com que os indivíduos passem a ser mais colaborativos e recuperem os valores mais fundamentais como seres humanos. É preciso aprender a escutar, a tomar decisões por si mesmos, a negociar com os outros e também a participar de debates públicos exercendo o papel de cidadãos de uma democracia mais participativa e não apenas formal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência de diálogo na atualidade é um problema que pode ser resolvido, e se mostra extremamente necessário. A recuperação da conversação se dá pelo reconhecimento de que é possível ensinar as habilidades de escutar e falar com mais atenção, com a prática em família, na escola ou no trabalho.

Destarte, compreende-se que, ante à precária efetividade da tutela jurisdicional e das barreiras que as pessoas encontram para ter acesso à justiça, emergem outras técnicas de solução extrajudicial de litígios, dentre as quais mereceu destaque a mediação, por intentar, por meio do restabelecimento da comunicação entre os litigantes, uma transformação social e um novo paradigma para a resolução de controvérsias.

Na mediação a prioridade é estabelecer um diálogo e não o acordo em si. É importante que se parta de tal premissa, ainda que o acordo possa ser visto como consequência provável e natural de um diálogo amistoso onde os envolvidos têm grandes chances de chegar a um consenso.

Especificamente no âmbito das relações nas organizações de trabalho, a implantação do mecanismo de resolução de conflitos como a mediação pode proporcionar uma melhora considerável no bem estar dos indivíduos dentro do local de trabalho, melhorando não apenas o desempenho e produtividade, mas também a satisfação pessoal enquanto seres humanos capazes de exercerem a autonomia. Para proporcionar um ambiente harmônico em que os indivíduos possam estabelecer a comunicação, o mediador é também parte importante na mediação dentro das organizações que vem sendo proposta como um método alternativo eficaz.

Faz-se necessário, seja qual for o tipo de mediação ou mediador, que todos saibam os limites de sua atuação. Para tanto, o mediador deve respeitar os princípios norteadores da mediação e atuar sempre com vontade cooperativa junto aos envolvidos em um conflito, auxiliando, conseqüentemente, toda a sociedade.

Além de respeito aos princípios basilares de sua atividade, cabe aos mediadores o esclarecimento aos envolvidos, de forma simples e natural, sobre o que vem a ser indispensável para o êxito do diálogo. Trata-se de prestígio às decorrências da autonomia dos envolvidos, traduzidos em confiança recíproca, sinceridade e voluntariedade. Cientes de que a mediação ocorre se os envolvidos quiserem, descarta-se a possibilidade de qualquer coação.

Para uma verdadeira mudança de cultura é preciso que haja um resgate da comunicação e da solidariedade, fazendo com que os indivíduos passem a ser mais colaborativos e recuperem os valores mais fundamentais como seres humanos. É preciso aprender a escutar, a tomar decisões por si mesmos, a negociar com os outros e também a participar de debates públicos exercendo o papel de cidadãos de uma democracia mais participativa e não apenas formal.

## REFERÊNCIAS

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação hoje**. Livro II. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2006, p. 191.

AMARAL, Alan et al. **Mediação familiar como alternativa de acesso à Justiça**. Artigo científico. Atlântico Sul: Pelotas, 2007, p. 16.

CRISTINA Lia. Relacionamento Interpessoal nas Empresas com foco em Administração de Conflitos. **Artigo disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/61590>**.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Org. e introdução de Patrick Savidan. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

\_\_\_\_\_. **Discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sergio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 437.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos em famílias e organizações**. 3. ed. São Paulo: Summus, 2008.

MAFRA, Renato. **Consultoria em gestão de conflitos**. Disponível em [http://www.rh.com.br/Portal/Grupo\\_Equipe/Artigo/4201/consultoria-em-gestao-de-conflitos.html](http://www.rh.com.br/Portal/Grupo_Equipe/Artigo/4201/consultoria-em-gestao-de-conflitos.html).

PEREIRA, Rubens de Lyra. **A imoralidade do direito de mentir em procedimentos criminais**. 1. Ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2016, p. 102 e p. 103.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade da Mediação**. Seminário *Mediação: um projeto inovador*, Brasília: CJF, 2003, p. 42.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

# A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE AO POBRE PARA O PLENO EXERCÍCIO DE SUA CIDADANIA

**RIBEIRO, Alexander Lacerda**

*Doutorando em Direito, UBA  
alexanderchequer@yahoo.com.br*

**ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas**

*Doutoranda em Direito, UFF  
fernandafranklinseixas@gmail.com*

**COSTA, Rosinete Cavalcante da**

*Mestre em direito, FACIG Manhuaçu – MG  
prof.rosinete@gmail.com*

**Resumo:** O presente texto procurou verificar a necessidade de concessão da gratuidade ao pobre para o pleno exercício de sua cidadania, não somente no âmbito do judiciário, mas em várias outras áreas, como educação, saúde e transporte. Buscando-se identificar quais as legislações têm estes direitos garantidos, se os atos públicos e as certidões ditas como gratuitas realmente estão ao alcance do indivíduo pobre. Viabilizando o estudo através de uma abordagem qualitativa, através de uma pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de códigos, leis, decretos e doutrina, legislações, já são reconhecidos gratuitamente ao indivíduo considerado pobre. Tendo alcançado como resultado a percepção que se faz necessária a concessão da gratuita ao indivíduo considerado pobre em vários âmbitos do direito para que o mesmo possa alcança uma cidadania plena.

**Palavras-chave:** Cidadania; dignidade; gratuidade; Justiça; direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa determinar se a concessão da gratuidade para a prática de determinados atos da vida pública é necessária para o pleno exercício da cidadania pelo indivíduo considerado pobre. Assim, deve ser a gratuidade analisada em seu sentido amplo e não somente restrito, para que se determine a necessidade da concessão da gratuidade ao indivíduo pobre de forma que ele realmente exerça a cidadania em sua plenitude. Com isso, espera-se alcançar o intuito de definir que se faz necessária a concessão a determinadas pessoas da gratuidade oferecida em vários âmbitos do direito, como saúde, medicações, transporte, entre outros, e, não somente quanto à assistência judiciária gratuita, pois, exemplificando, se o indivíduo pobre ao precisar dar entrada em um processo no judiciário, não conseguir antes ter acesso aos documentos considerados necessários a sua propositura, por não ter condições de arcar com os custos e taxas cobradas pelos órgãos para sua confecção, em nada adiantará a concessão da gratuidade judiciária, haja vista que o processo estará fardado ao fracasso, por não atender aos requisitos quanto aos documentos que devem ser apresentados.

Para isso, foram analisadas algumas leis para verificar atos públicos e certidões que já têm ou deveriam ter reconhecidas a sua gratuidade pelo indivíduo considerado pobre. Bem como outros benefícios que poderiam ser concedidos gratuitamente pelos órgãos públicos e/ou privados a partir da elaboração e publicação de lei voltada ao propósito de auxiliar a compor a dignidade da pessoa humana considerada pobre.

Destarte, este trabalho pode ser socialmente considerado relevante por compor um levantamento, mesmo que mínimo, dos tipos de direitos possíveis de serem acessadas de forma gratuita pelo indivíduo pobre junto aos órgãos públicos, caso o mesmo tivesse conhecimento deste direito, por já haver lei que o sanciona. Pois este conhecimento pode dar a este indivíduo condições para pugnar por diversos direitos que a ele não são entregues pelo Poder Público, facilitando o exercício pleno de sua cidadania no dia a dia em sociedade.

Haja vista que, o que se verifica é a ignorância do indivíduo pobre sobre os seus direitos gratuitos, e a inércia do agente público de repassar-lhe a informação.

E academicamente relevante por estarem as diversas modalidades de gratuidade informadas em várias legislações esparsas, não havendo uma referência englobando todos os atos, documentos, certidões e benefícios, que deveriam ser ao pobre propiciado e por ele utilizados. De forma que, o presente texto pode ajudar a informar pessoas carentes sobre direitos que elas podem requerer gratuitamente para facilitar e auxiliar o pleno exercício de sua cidadania.

Para alcançar o resultado do estudo, foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica, fazendo uso das referências teóricas publicadas em livros e leis. Feita a partir de uma abordagem qualitativa ao buscar compreender as informações repassadas pela bibliografia estudada a partir do questionamento proposto. Tendo por natureza uma pesquisa aplicada ao ter visado gerar conhecimentos que possam ser utilizados na prática do dia a dia do estudioso do direito e do cidadão que poderá necessitar requerer o benefício da gratuidade, a partir de uma familiaridade maior com o problema apresentado.

Para tanto, como dantes dito, foram pesquisados diversas legislações entre Estatuto, Decretos e Leis, desde Leis de 1941 até Leis publicadas ainda este ano. Utilizando-se para fundamentá-las doutrinadores na linha constitucionalista como Bonavides, Carvalho, Lenza e Pardilha, entre outros.

## **1. OS DIVERSOS BENEFICIÁRIOS DA GRATUIDADE**

Antes de falarmos sobre os beneficiários da gratuidade, faz-se mister que se faça colocações sobre o que seja beneficiário, que em termos de sua significação é que recebe ou usufrui algum benefício ou vantagem, podendo elas serem a partir de determinado grupo jurídico. Como, por exemplo, podemos destacar o conceito de beneficiário para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), para o qual segundo Kertzman (2010, p. 323): "[...] é todo aquele que pode ser contem-

plado com algum benefício previdenciário. São, então, os segurados e os seus dependentes".

Assim sendo, cabe ressaltar os diversos indivíduos que em nossa legislação são definidos como beneficiários de alguma espécie de gratuidade, diversos grupos sociais, entre eles as crianças, adolescentes, jovens, estudantes, idosos, pessoas de baixa renda, pessoas com deficiência, etc.. Destarte, antes de adentrarmos ao estudo dos diversos tipos de gratuidade e a sua relação direta com o eficaz exercício da cidadania pelo pobre, faz-se necessário também uma breve conceituação de cada um destes beneficiários.

É considerada criança e adolescente, conforme o art. 2º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e Adolescente - ECA) "[...] a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

E jovem, pelo § 1º, do art. 1º, da Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013 (Estatuto da Juventude), são "[...] as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade". Enquanto jovem de baixa renda pelo Inciso I, do art. 2º, do Decreto nº. 8.537, de 5 de outubro de 2015, que regulamentou o Estatuto da Juventude, é "[...] pessoa com idade entre quinze e vinte e nove anos que pertence à família com renda mensal de até dois salários mínimos, inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico".

O Decreto nº. 8.537/2015, também definiu estudante, em seu Inciso II, do art. 2º, como sendo a "[...] pessoa regularmente matriculada em instituição de ensino, pública ou privada, nos níveis e modalidades previstos no Título V da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional".

E a pessoa idosa, conforme o art. 2º, da Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e o art., 1º, do Estatuto do idoso, é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Pessoa com deficiência, para este Decreto, em seu art. 2º, Incisos III e IV, é "[...] pessoa que possui impedimento de longo prazo



de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com outras pessoas". E acompanhante " [...] aquele que acompanha a pessoa com deficiência, o qual pode ou não desempenhar as funções de atendente pessoal".

E, por fim, podemos definir quem seja pobre na acepção legal, utilizando para tanto o disposto no § 1º, do artigo 32, do Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, que assim declara: "Considerar-se-á pobre a pessoa que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família". Podemos a ele incluir o art. 98, do Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que afirma que é pobre "A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei". Posicionamento este já julgado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso de "Habeas Corpus", sob o nº 56.325, publicado às páginas 6179, do DJU, de 25.8.78.

Enfim, a nossa legislação tem um rol não taxativa de indivíduos que podem ser considerados beneficiários de atos e/ou serviços gratuitos.

## **2. DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DOS ATOS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

A Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, regulamentou o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que diz que "[...] são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania". E, mesmo que nela não esteja descrito em sua introdução, também há de ser considerado que regulamentou o inciso LXXVI do mesmo artigo, que reconhe-

ceus serem gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei "[...] o registro civil de nascimento e a certidão de óbito".

Sendo todos estes direitos considerados direitos fundamentais, e, estes, como dito por Pardiilha (2011, p. 177) "[...] são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual", e, portanto, protegidos pela cláusula pétrea definida no inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF/88. Tendo esta lei disposto de forma mais minuciosa sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, em conformidade com os incisos acima citados, sendo eles considerados como tal:

I - os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição;

II - aqueles referentes ao alistamento militar;

III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;

IV - as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude;

V - quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público.

VI - O registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. (Incluído pela Lei nº 9.534, de 1997)

E, apesar da Constituição Federal de 1988, nada dizer sobre a entrega gratuita da certidão de casamento, em seu art. 206, determina que a família é a base da sociedade, determinando que ela tenha especial proteção do Estado, e que caso haja o casamento, pelo § 1º, do artigo citado, ele é civil e gratuita a sua celebração, não confundindo-se celebração com certidão, contudo, para os declaradamente pobres, não há dúvidas de que a mesma deve ser concedida gratuitamente, conforme o parágrafo único, do art. Art. 1.512, que assim determina: "A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza

for declarada, sob as penas da lei". E, mesmo que a Constituição Federal, em seu art. 206, enfoque o casamento, nos §§ 3º e 4º, define a mesma proteção a união estável entre o homem e a mulher, por reconhecê-la como entidade familiar, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Sendo o dispositivo legal do art. 206, da CF/88, como dito acima, repetido no art. 1.512 do Código Civil, com o acréscimo do parágrafo, que deixou claro a entrega da certidão de casamento gratuita para as pessoas declaradamente pobres. Portanto, o pobre também tem assegurado o direito de ter a sua primeira certidão de casamento emitida de forma gratuita.

A gratuidade do registro civil de nascimento e do assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva, foram ainda garantidos aos reconhecidamente pobres pelo § 1º, do art. 30, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), a partir de uma alteração feita pela redação da Lei nº 9.534, de 1997. Esta lei, também garantiu aos reconhecidamente pobres a isenção de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil. Podendo ser aplicada aos oficiais de Cartórios de Registro Civil, conforme o § 3º da Lei de Registros Públicos - incluído pela Lei nº 9.812/99 -, as penalidades previstas nos arts. 32 e 33, da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que caso não surtam efeito, havendo novo descumprimento, pode ser aplicado o disposto no art. 39, da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Deixando claro o § 3º-C, da Lei nº 6.015/73, Incluído pela Lei nº 11.802, de 2008, que as informações sobre a gratuidade nela prevista, devem ser afixadas "[...] em local de grande visibilidade, que permita fácil leitura e acesso ao público".

E ainda, quanto ao registro civil de nascimento, a Lei nº 9.465, de 7 de julho de 1997, em seu § 1º determinou que o registro extemporâneo de nascimento também deve ser fornecido de forma gratuita, não havendo incidência "[...] de emolumentos ou multas no registro de nascimento efetuado fora do prazo, quando destinado à obtenção de Carteira do Trabalho e Previdência Social".

Fora o registro de nascimento gratuito, as crianças e adolescentes, têm de acordo com o art. 102, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e adolescente), como medida de proteção o direito a regularização do seu registro civil. E para esta regularização, conforme o § 2º, do art. 102, do Estatuto da Criança e Adolescente, os registros e certidões necessários, serão isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade. Benefícios que também são concedidos na inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento, bem como "[...] a averbação requerida do reconhecimento de paternidade no assento de nascimento e a certidão correspondente", conforme os §§ 5º e 6º, incluídos no Estatuto pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.

## 2.1 DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE NO JUDICIÁRIO

Existem diversos tipos de gratuidade, como acima avençadas, não tão divulgadas quanto à da Assistência Judiciária Gratuita praticada no judiciário brasileiro, tanto estadual quanto federal, que é concedida pela Lei nº 1.060/1950, que teve diversos artigos alterados pelo atual CPC, Lei nº 13.105/2015, que em seu art. 98, § 1º, elenca nove incisos que descrevem várias despesas e custas processuais das quais a pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos, pode vir a ter direito, tais como:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

E, para tanto, para que haja a concessão da assistência judiciária gratuita, em relação à pessoa física, que é o nosso enfoque, conforme o § 3º do artigo supra citado, a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por ela, presume-se verdadeira até que haja prova em contrário, podendo ser deduzida a qualquer momento do processo.

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Inciso IV, do art. 111, assegura ao adolescente entre outras garantias, a "[...] assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei". Sendo a toda criança e adolescente, pelo art. 141, garantido o acesso "[...] à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos". Devendo, conforme os §§ 1º e 2º, do art. 141, do Estatuto, ser prestada a assistência judiciária gratuita, "[...] aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado [...]", havendo isenção custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé, nas ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude. Havendo o mesmo tipo de recomendação no parágrafo único, do art. 206, da CF/88.

E, na esfera penal, em caráter específico, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), tutela a assistência judiciária gratuita a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Tendo todos os indivíduos considerados pobres o direito de serem orientados e defendidos, caso necessário, pela Defensoria Pública, que pelo art. 134, da Constituição Federal de 1988, sendo ela considerada função essencial da justiça e instrumento do regime democrático. Sendo fundamental para isso "[...] a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal".

E, na ausência do defensor público, a Lei nº 6.465, de 14 de novembro de 1977, que deu nova redação ao artigo 14 da Lei nº 1.060/50, fez com que houvesse nele a determinação de que os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, seriam obrigados ao seu respectivo cumprimento, sob pena de pagamento de multa, sem prejuízo da sanção disciplinar cabível, de forma que o indivíduo pobre não ficasse desamparado nos processos, podendo conforme seu § 1º "Na falta de indicação pela assistência ou pela própria parte, o juiz solicitará a do órgão de classe respectivo".

E, enfim, a justiça do trabalho, regula a assistência judiciária, através da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, deixando claro em seu art. 14, que ela será prestada pelo sindicato da categoria profissional ao qual o trabalhador pertencer, sendo estipulado em seu § 1º que ela será devida:

[...] a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Estando estes benefícios em consonância com o determinado pelo Inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", sendo, a gratuidade

no judiciário também um direito fundamental, que visa proporcionar um princípio de dignidade da pessoa humana.

## 2.2 DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE NA EDUCAÇÃO E CULTURA

O art. 6º, da CF/88, define que a educação é um direito social, sendo ela considerada no art. 205, da CF/88, como um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. De forma que, a sua efetivação também é um dos direitos necessários para que o indivíduo se desenvolva e seja preparado plenamente a exercer sua cidadania, e não somente para a qualificação para o trabalho. Devendo ela ser ministrada, com base no princípio descrito no inciso IV, do art. 206, também de forma gratuita, nos estabelecimentos públicos oficiais, para aqueles que assim desejarem, como bem ratificou Carvalho (2010, p. 1501):

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tendo por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu amparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

Sendo pelo inciso I, do art. 208, da CF/88, dever do Estado garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, e pelo inciso II a progressiva universalização do ensino médio também gratuito. Incluindo nesta gratuidade, conforme o inciso III e IV, do artigo aqui citado, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino e educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Pelo Inciso VII, do art. 208, da CF/88, é dever do Estado também propiciar as condições adequadas ao indivíduo que pretende

obter uma educação formal de qualidade, com atendimento "[...] em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde". Deixando claro ser um direito público subjetivo do educando o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, e que o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Sendo o direito à educação, conforme o art. 227, da CF/88, um direito constitucional que deve ser assegurado à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade pela família, sociedade e Estado.

Não havendo dúvidas de que a criança e ao adolescente, são assegurados o direito à educação gratuita e também próxima a sua residência, pois além deste direito está amparado constitucionalmente, ele veio instituído pelo inciso V, do art. 53, do Estatuto da Criança e Adolescente. Sendo visado por este Estatuto o "[...] pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho".

E, por ensino obrigatório e gratuito, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 54 entende ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental, estendendo o direito ao ensino médio, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria. Sendo o acesso a este direito, pelo § 1º, do art. 54, considerado um direito público subjetivo, assim, como o direito à obtenção de certidões gratuitas é limitado à situação pessoal.

Direito este que também não há dúvidas de que deve ser assegurado ao jovem, - que pelo § 1º, do art. 1º, da Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013 (Estatuto da Juventude). Sendo um direito a ele instituído além de constitucionalmente, também pelo art. 7º, do Estatuto da Juventude, que em seu art. 10 também determina que deva ser assegurado "[...] ao jovem com deficiência, um atendimento educacional especializado gratuito, preferencialmente, na rede regular de ensino".



E, culturalmente, pelo Estatuto da Juventude, em seu art. 23, aos jovens pertencentes a famílias de baixa renda e aos estudantes, na forma do regulamento, deve ser assegurado:

[...] o acesso a salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses, eventos educativos, esportivos, de lazer e entretenimento, em todo o território nacional, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares, mediante pagamento da metade do preço do ingresso cobrado do público em geral.

Sendo este benefício estendido a qualquer pessoa que esteja na condição de estudante regularmente matriculado nos "[...] níveis e modalidades de educação e ensino previstos no Título V da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional", devendo os mesmos comprovarem "[...] sua condição de discente, mediante apresentação, no momento da aquisição do ingresso e na portaria do local de realização do evento, da Carteira de Identificação Estudantil - CIE", documento este cuja gratuidade é garantida " [...]" para estudantes pertencentes a famílias de baixa renda [...]", tendo este direito sido regulamentado pelo Decreto nº 8.537/2015. Direito este, que conforme o direito de ter um atendimento educacional especializado gratuito, também é concedido à pessoa com deficiência, pois o art. 6º, do Decreto nº 8.537/2015, determina no Inciso I e II, do art. 6º, que elas têm "direito ao benefício da meia-entrada mediante a apresentação do cartão de Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social da pessoa com deficiência, no momento da aquisição do ingresso e na portaria ou na entrada do local de realização do evento, direito que, caso a pessoa com deficiência necessite de acompanhamento, é estendido ao acompanhante.

### 2.3 DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE NA SAÚDE

O direito à saúde conforme exposto no art. 6º da CF/88 é um direito social, assim como a educação, como já discutido, 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. Sendo, conforme o art. 196, da CF/88, um dever do Estado, que deve garantir "[...] políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Considerado um direito que deve ser concedido gratuitamente a todos, através do Sistema Único de Saúde (SUS).

### **2.3.1. Da concessão da gratuidade na saúde para crianças, adolescentes e jovens**

Apesar da gratuidade saúde ser direito de toda a sociedade, efetivada através do SUS, as crianças e adolescente têm um amparo legal diferenciado, sendo a eles assegurado pelo art. 11, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e Adolescente), a partir da redação dada pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, o "[...] acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde", tendo o poder público ficado incumbido de:

[...] fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

Assim como a criança e o adolescente, como toda a sociedade, estão amparados pelo SUS, contudo, tendo alguns benefícios diferenciados, o jovem conforme o Estatuto da Juventude, em seu art. 19, também tem o direito ao acesso gratuito ao SUS e a serviços de saúde humanizados e de qualidade que respeitem as suas especificidades.

### **2.3.2. Da concessão da gratuidade na saúde aos maiores de 60 (sessenta) anos**

Como dito anteriormente, constitucionalmente, no art. 230, é previsto que "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". Nesta diretriz foi instituída a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do idoso), que conforme o seu art. 1º foi "[...] destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos". Sendo recentemente, com a inclusão do § 2º, no art. 3º, pela Lei nº 13.466, de 12 de julho de 2017, sido assegurado aos idosos maiores de 80 (oitenta) anos prioridade especial "[...] atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos", Determinando o art. 3º que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A prioridade de atendimento aos idosos maiores de 80 (oitenta) anos, foi ratificada pela inclusão do § 7º, no art. 15, do Estatuto do idoso. Sendo que, pelo seu § 2º, incumbe ao Poder Público "[...] fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação". Sendo-lhe assegurada a atenção integral à saúde, por intermédio do SUS, que pelo § 4º do artigo citado deve dar aos idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante atendimento especializado, pois, segundo Lenza (2010, p. 965):

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Assim, em consonância com o Estatuto do idoso, no âmbito da saúde, foi implantada em 2004, por iniciativa do Governo Federal, a Farmácia popular, feita em cumprimento as diretrizes da Política Na-

cional de Assistência farmacêutica, aprovada pela Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004.

Tendo ela sido realizada através do programa do Ministério da Saúde implementado no Brasil em 2004, através da Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, que autoriza a Fundação Oswaldo Cruz - Fio-cruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, visando, conforme o seu art. 1º, a assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo. E logo em seguida, regulamentada pelo Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, que deixou claro que o programa considerava a necessidade de implementar ações que promovessem a universalização do acesso da população aos medicamentos e a necessidade de proporcionar diminuição do impacto causado pelos gastos com medicamentos no orçamento familiar, ampliando o acesso aos tratamentos. Este programa inicialmente diminuiu o custo para aquisição dos medicamentos na farmácia, não tendo implementando a gratuidade. Contudo, em 2010, o Programa ampliou o elenco dos medicamentos indicados para o tratamento da hipertensão e passou a atender novas doenças, incluindo-se a entrega de fraldas descartáveis para idosos a partir da inclusão da incontinência urinária no elenco dos medicamentos.

Esse Programa passou a disponibilizar os medicamentos indicados para o tratamento da hipertensão e do diabetes sem custos aos usuários, a partir da campanha denominada “Saúde Não Tem Preço” (SNTP) e pela Portaria 184/2011, assinada em 03 de fevereiro de 2011, a partir de 04 de junho. O Ministério da Saúde (MS) também passou a disponibilizar para a população, por meio do SNTP, três medicamentos para o tratamento da asma, disponíveis em oito apresentações de forma totalmente gratuita. Tendo a campanha "Saúde Não tem preço" o objetivo de disponibilizar, gratuitamente, medicamentos indicados para o tratamento de hipertensão, diabetes e asma nas farmácias e drogarias credenciadas no “Aqui Tem Farmácia Popular”. E, em 2016, a Portaria 184/3011 foi alterada pela Portaria nº 111, de 29 de janeiro de 2016, que passou a dispor sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil (FFPB).

E para quem tem idosos na família com complicações na saúde, não tendo uma renda elevada, sabe como é importante este suporte dado pelo governo na aquisição de fraldas descartáveis, sendo elas itens indispensáveis no dia a dia do paciente, bem como os remédios contínuos para o tratamento. Devendo o paciente para obtenção do benefício, ser maior de 60 (sessenta) anos, apresentar na Farmácia Popular o seu CPF, nome, endereço residencial, e, prescrição médica datada, com a informação do número de inscrição do médico no Conselho Regional de Medicina (CRM), assinatura e endereço do consultório. E se o idoso estiver com algum tipo de incapacidade física, que interfira em sua locomoção, a sua presença fica dispensada, devendo ser apresentado documentos pessoais do representante legal (RG, CPF ou Certidão de Nascimento), que assumirá a responsabilidade pela compra junto ao estabelecimento comercial.

#### 2.4. DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS

O Estatuto da Juventude, em seu art. 31, garantiu ao jovem o "[...] direito ao território e à mobilidade, incluindo a promoção de políticas públicas de moradia, circulação e equipamentos públicos, no campo e na cidade", garantindo ao jovem com deficiência a acessibilidade e as adaptações necessárias. E para isso, o Inciso I, do art. 32, determina que no sistema de transporte coletivo interestadual, seja reservada 02 (duas) vagas gratuitas por veículo para jovens de baixa renda, e 02 (duas) vagas por veículo com desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os jovens de baixa renda, a serem utilizadas após esgotadas as vagas previstas no inciso I.

Que conforme o art. 13 do Decreto nº 8.537/2015, que regulamentou a Lei nº 12.852/2013 (Estatuto da Juventude), as reservas das vagas gratuitas, bem como as com descontos de cinquenta por cento, no mínimo, no valor das passagens, serão feitas em cada veículo, comboio ferroviário ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros. E, para tanto, conforme o § 2º do art. 13,

deste decreto, para o jovem fazer uso das vagas gratuitas ou com desconto de cinquenta por cento deverá:

[...] solicitar um único bilhete de viagem do jovem, nos pontos de venda da transportadora, com antecedência mínima de três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial da linha do serviço de transporte, podendo solicitar a emissão do bilhete de viagem de retorno, observados os procedimentos da venda de bilhete de passagem.

Este benefício, também é concedido ao idoso através do § 2º do art. 230, da CF/88, acima citado, determina que "Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos" com vista a auxiliar a sua participação na comunidade. Tendo este direito sido mais bem trabalhado no Estatuto do idoso em seu art. 39 que determinou "Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares". E, para ter acesso a essa gratuidade, conforme o § 1º "basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade". Enquanto que no sistema de transporte coletivo interestadual, conforme os Incisos I e II, do art. 40, assim como no caso do jovem de baixa renda, é aos idosos assegurada a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo e desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, em ambos os casos para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

### **3. DA SIMPLIFICAÇÃO DO ATENDIMENTO PRESTADO AOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Não bastava que vários benefícios fossem garantidos ao indivíduo considerado pobre, para que ele conseguisse fazer uso do pleno exercício da cidadania, pois, estas pessoas, em sua maioria, têm dificuldade de entender a complexidade das exigências requeridas quanto a apresentação dos documentos que devem apresentar para requisição do benefício.

Assim, neste ano, foi sancionado o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, que dispôs sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos. Ratificou a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País. Instituiu a Carta de Serviços ao Usuário, que conforme o § 1º, do art. 11, "tem por objetivo informar aos usuários dos serviços prestados pelo órgão ou pela entidade do Poder Executivo federal as formas de acesso a esses serviços e os compromissos e padrões de qualidade do atendimento ao público". Determinou em seu art. 1º, que os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal nas relações entre si e com os usuários dos serviços públicos, deveriam efetuar o compartilhamento de informações, bem como a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido, fazendo uso de uma racionalização em relação as exigência e troca de informações.

Deixando claro o Decreto, em seu art. 5º, que a partir do sancionamento desta nova lei, os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal, no atendimento aos usuários dos serviços públicos, que pelo parágrafo único do art. 1º, são as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, diretamente atendidas por serviço público, devem obedecer a práticas como a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, nos termos da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, havendo sanções definidas para o caso de descumprimento pelo servidor público ou militar, previstas respectivamente, na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, podendo o usuário do serviço público que tiver os seus direitos garantidos no Decreto nº 9.094/2017 desrespeitados, representar ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, pois cabe a eles e aos órgãos integrantes do sistema de controle interno do Poder Executivo federal, conforme o art. 17 do Decreto, "[...] zelar pelo cumprimento do disposto neste Decreto e adotar as providências para a responsabilização dos servidores públicos e dos militares, e de seus superiores hierárquicos, que praticarem atos em desacordo com suas disposições".

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação ao pleno exercício da cidadania pelo indivíduo considerado pobre, faz-se mister entender o que seja cidadania no contexto do presente estudo, que se atrela ao entendimento de Carvalho (2010, p. 692), ao considerar que a concepção de cidadania não se restringe ao ideia do cidadão eleitor, mas vai além disso na atual evolução da sociedade, projetando-se para vários outros instrumentos jurídicos-políticos imprescindíveis para viabilizá-la. De forma que venha a significar em uma visão mais ampla, a participação do indivíduo no Estado Democrático de Direito em sua plenitude, com conhecimento de causa, com cabeça erguida, de posse de todos a sua dignidade, entendendo-se este termo como dito pelo Carvalho (2010, p. 693) "[...] o respeito que merece qualquer pessoa".

Sendo que para o exercício das prerrogativas próprias da cidadania, é mister que o princípio da dignidade da pessoa humana realmente se faça eficaz, e não há como falar em eficácia deste princípio se para o indivíduo pobre faltar condições para a sua locomoção, de forma a exercer o seu direito constitucional de ir e vir, bem como se não tiver acesso a uma educação de qualidade, e acesso aos seu documentos básicos por não ter condições de arcar com os custos.

Por isso há necessidade de que não somente os atos acima descritos como gratuitos fossem efetivamente permitido o seu acesso aos pobres, mas também que outros atos fossem a eles acrescentados, pois somente com acesso aos atos inerentes ao exercício da cidadania de forma gratuita, dando condições ao pobre de apresentar-se perante os outros de forma digna, é que poderemos falar em dignidade da pessoa pobre que faz uso pleno de sua cidadania, pois obedecendo-se o princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, é que se constrói uma sociedade que alcance o sentido de uma sociedade democrática, que tenha, como dito por Bonavides (2010, p. 375), como nas Constituições democráticas, os direitos fundamentais como seu oxigênio.

Não havendo dúvidas de que princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, estão diretamente atrelados aos direitos de personalidade, de forma que, se o indivíduo não conse-



que ter acesso ao mínimo junto aos órgãos públicos de forma gratuita, em vários momentos, a sua personalidade estará afetada, por infringência direta aos seus direitos de personalidade, como por exemplo, os atrelados ao seu nome, que em tudo para serem exercidos faz-se necessária a apresentação de documentos, que em geral são emitidos pelo Estado, mediante pagamento de taxas e emolumentos, de forma que, deve-se deixar claro, que o direito deste cidadão pobre, não é de somente ter cópia gratuita dos documentos necessários ao exercício de cidadania, mas, atentar-se que, como dito por Carvalho (2010, p. 892) "[...] O direito de certidão compreende o direito à transparência documental, ou seja, o de vista e consulta a procedimentos e transcrição de documentos".

Tendo a CF/88, assegurado o direito de petição, isentando o cidadão do pagamento de taxas, por visar ela uma defesa contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como os desvios de finalidade de um ato administrativo. Assim conforme dito por Araújo e Nunes (2008, p. 176) "[...] não é demasiado afirmar que o direito de petição também serve de instrumento de participação individual na vida política do Estado, pois por meio dele podem exercer prerrogativas próprias da cidadania".

Estas medidas preservam o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. E, em relação aos idosos, fortalece-os, garantindo-lhes uma vida com conforto, digna, inerente a dignidade da pessoa humana, que segundo Gonçalves (2010, p. 190) "[...] encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade".

Observar-se que, em geral, a concessão da gratuidade judiciária é conhecida pelo indivíduo pobre ou é a ele informada quando de sua necessidade, ou até mesmo concedida pelo Juiz de ofício. Contudo, sobre outras modalidades de gratuidade, como as das certidões, saúde, medicações, aparelhos e utensílios necessários ao tratamento médico, transporte urbano e interestadual, ainda é precário o seu conhecimento pela sociedade.

Concluindo-se que a gratuidade deve ser entregue ao cidadão pobre em mais de um âmbito legal para que possa exercer plenamente a sua cidadania, pois, o cidadão pleno, conforme afirmado por Carvalho (2010, p. 733) "[...] é aquele titular dos três direitos, quais sejam, civis, políticos e sociais [...]".

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Rev. e atual. 2008.

BRASIL. **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

BRASIL. **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9094.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9094.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 13.466, de 12 de julho de 2017. Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13466.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13466.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. **Ministério da Saúde**: Gabinete do Ministro. Portaria nº 111, de 28 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/janeiro/29/portaria-nova-11-16.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Decreto nº 8.537, de 5 de outubro de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013, e a Lei nº 12.933, de 26 de dezembro de 2013, para dispor sobre o benefício da meia-entrada para acesso a eventos artístico-culturais e esportivos e para estabelecer os procedimentos e os critérios para a reserva de vagas a jovens de baixa renda nos veículos do sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8537.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8537.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Ministério da Saúde:** Conselho Nacional de Saúde. Portaria no

- 184, de 3 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil. Disponível em:

<<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/junho/18/portaria184.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 11.802, de 4 de novembro de 2008. Acrescenta § 3ª-C ao art. 30 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11802.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2008.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004. Autoriza a Fundação Oswaldo Cruz -

Fiocruz a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, e dá outras providências. Disponível em:

<<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/fevereiro/26/lei10858.pdf>>. Acesso em: 12 ago 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil", e dá outras providências. Disponível em:

<<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/fevereiro/26/decreto5090.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

**BRASIL. Ministério da Saúde:** Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004. Disponível em:

<<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/17/Resolucao-338-06052004.pdf>>. Acesso em: Ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10741.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. Dá nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os arts. 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Disponível

em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9534.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9534.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 9.465, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre fornecimento gratuito de registro extemporâneo de nascimento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9465.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996. Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9265.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9265.htm)>. Acesso em: 13 ago 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 6.465, de 14 de novembro de 1977. Dá nova redação ao Artigo 14 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6465.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2017.

**BRASIL. Presidência da República:** Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos jurídicos.

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. **Portal da Saúde**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sctie/farmacia-popular>>. Acesso em: 13 ago 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte civil. 1. v. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KERTZMAN, Ivan. **Curso de direito previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2010, p. 323.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. Rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2010..

PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito constitucional sistematizado**. Rio de janeiro: Forense, 2011.

# A UNIÃO HOMOAFETIVA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

**SILOVA, Denis Franco**

*Doutor em Direito pela PUC-Rio e Professor da UFJF.*

*denisfrancosilva@yahoo.com.br*

**COSTA, Ramon Silva**

*Mestrando em Direito pela UFJF.*

*ramoncostta@outlook.com*

**Resumo:** O artigo investiga o acesso à justiça e o reconhecimento de direitos de uniões homossexuais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A metodologia empregada é a de análise de decisões, conjuntamente com a revisão bibliográfica. Partindo-se do pressuposto que a maioria dos sujeitos utiliza serviços de advocacia privada e levando-se em conta a ausência de decisões voltadas para um reconhecimento complexo dessas relações familiares, há a proposta de mecanismos iniciais que respaldem a pluralidade do grupo LGBTI, assim como analisa o papel da Defensoria Pública em um processo de reconhecimento efetivo e plural do Judiciário acerca das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

**Palavras-Chave:** União Homoafetiva; Defensoria Pública; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; LGBTI; Pluralidade.

## INTRODUÇÃO

O Estado democrático de Direito e a efetivação dos direitos humanos enfrentam os desafios da realidade por meio da doutrina e da jurisprudência que são constantemente perpassadas pelos conflitos e sociabilidades gerados pela crescente complexidade da vida contem-



porânea. Nesse campo, podem ser citadas a diversidade sexual e as múltiplas configurações familiares, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo, que configuram uma realidade expressiva no Brasil, mas que enfrentam obstáculos para um reconhecimento efetivo e plural (DIAS, 2000).

No processo de reconhecimento de direitos para as famílias homoafetivas ocorreram decisões judiciais de destaque, como o julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal que conferiu o direito à união estável para casais homossexuais por meio da aplicação analógica do art. 1.723 do Código Civil. Contudo, tal fato não encerrou a demanda por reconhecimento destas relações e restou em novos desafios para a efetivação de direitos deste grupo. Assim, tais direitos ainda geram um relevante debate sociopolítico (CARDINALI, 2018).

Nesse sentido, a questão posta em evidência é: de que forma a Defensoria Pública pode contribuir para o reconhecimento plural das uniões homoafetivas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro? Dessa forma, o artigo investiga como ocorre o acesso à justiça e o reconhecimento de direitos de pessoas em relações homoafetivas neste tribunal, levando-se em conta a expressiva participação da advocacia privada nesses processos, além de indicar os conteúdos decisórios que se reiteram no tribunal e que indicam um panorama judicial afastado de debates presentes em outras ciências sociais e humanas no que tangem questões de gênero e sexualidade. Nesse sentido, objetiva propor mecanismos iniciais que podem ser implementados para que ocorra um reconhecimento destas uniões, levando-se em conta a pluralidade do grupo LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexos<sup>18</sup>) e o papel da Defensoria Pública Brasileira.

Salienta-se que a sigla LGBTI utilizada para definir os indivíduos presentes no grupo social aqui estudado, foi escolhida em virtude da comum utilização por grupos e movimentos civis no trata-

---

<sup>18</sup> A letra "I" faz referência aos intersexos, que podem ser entendidos como os indivíduos que nascem com uma anatomia reprodutiva e/ou sexual não condizente com uma condição típica de sexo feminino ou masculino.

mento de temas relacionados a estes sujeitos. No entanto, cabe destacar que as reflexões aqui exercidas acerca dos contextos vivenciados por pessoas em relações homoafetivas expandem-se para qualquer pessoa que se identifique com tal condição, não se restringindo à sigla LGBTI.

Sendo assim, o texto estrutura-se a seguir, pelo tópico 1 que apresenta a metodologia utilizada na coleta da amostra de decisões retiradas do TJRJ, apresentando brevemente os resultados, assim como apontando demais processos metodológicos utilizados na elaboração do artigo. Já o tópico 3 destaca a judicialização das demandas do grupo LGBTI, dando ênfase para o percurso judicial de reconhecimento da união homoafetiva até o direito a sua conversão em casamento civil. Em seguida, o tópico 4 traz uma análise acerca do acesso à justiça no TJRJ por casais homoafetivos, que ocorre majoritariamente pela advocacia privada, salientando o papel da Defensoria Pública nesse cenário. O tópico 5 aborda aspectos da argumentação contida nas decisões que se reiteram e indicam uma desconexão com debates acerca da diversidade sexual. Posteriormente, o tópico 5 trata da pluralidade social, econômica e cultural que constituem os indivíduos em questão, traçando observações acerca da efetividade do reconhecimento de direitos para casais homoafetivos. Por fim, são apresentadas as considerações finais (tópico 6) acerca da pesquisa empreendida e das intervenções teóricas que moveram a constituição deste trabalho na busca por contribuições em torno de um reconhecimento efetivo das uniões homoafetivas e seus arranjos familiares no âmbito do Judiciário.

## 1. METODOLOGIA

A metodologia se constitui na análise qualitativa e quantitativa de uma amostra de casos levados ao TJRJ, entre maio de 2011 e maio de 2018. Os dados analisados nesta pesquisa foram coletados no sítio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ([www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)), por meio da busca por termos como “união homoafetiva”; “casamento homoafetivo”; “união civil entre pessoas do mesmo sexo”; “ADI

4.277"; "ADPF 132". Foram encontradas 211 decisões entre acórdãos e decisões monocráticas.

Além disso, há um processo exploratório de teorização crítica por meio de pesquisa bibliográfica de um material constituído por livros, artigos, dados e relatórios sobre as demandas oriundas de uniões homoafetivas, com enfoque em um estudo interdisciplinar com os demais campos das ciências sociais e humanas para um panorama amplo do contexto social das lutas por reconhecimento de direitos desta população.

A análise das decisões encontradas na pesquisa, preocupou-se em observar nos conflitos judiciais as questões inerentes à realidade LGBTI, com ênfase para um estudo crítico das decisões que abarcasse as demandas e direitos suscitados por essa população na busca pelo reconhecimento de suas relações familiares. Assim em um primeiro momento observou-se quantitativamente quais processos da amostra tinham os autores representados pela advocacia privada e quais eram patrocinados pela Defensoria Pública e posteriormente observou-se qualitativamente o uso de termos dispostos no conteúdo das decisões e o alinhamento destas com um debate sobre diversidade sexual, levando-se em conta contribuições de outras ciências sociais e humanas acerca da temática.

## **2. A JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS LGBTI E O PERCURSO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL**

O Poder Judiciário possui uma atuação expressiva no processo legislativo e na elaboração de políticas públicas, constituindo um papel decisivo para a eficácia de leis e podendo restringir previamente as alternativas políticas disponíveis para o Poder Executivo e Legislativo, no momento da estruturação de programas. Nesse sentido, o Judiciário pode ser como uma autoridade política (TAYLOR, 2007).

A partir da democratização brasileira, os tribunais judiciais, por suas características institucionais próprias, conceberam-se como uma arena aberta à manifestação política de interesses individu-

ais e coletivos. Assim, tribunais e seus juízes constroem um processo de mapeamento de demandas e aspirações sociais sobre questões coletivas, dentre elas, a busca pelo reconhecimento efetivo de direitos para a população LGBTI (VILHENA, 2004).

De acordo com Gohn (2011), os movimentos sociais representam ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que promovem formas distintas de busca por efetivação de demandas, no caso do Movimento LGBTI, os indivíduos clamam por direitos humanos basilares, dignidade pública e políticas sociais que contemplem a esfera que os circundam. No Brasil os conflitos gerados por estas demandas estão evidenciados no Judiciário e nos movimentos sociais (RIOS, 2011; SIMÕES, FACCHINI, 2009).

A constante judicialização dessas questões, indica em algum nível a valorização da seara judicial pelos movimentos LGBTI, em detrimento de outras vias, o que se relaciona com os obstáculos encontrados no legislativo para a inserção dos debates propostos por esses indivíduos. Assim, o Judiciário passa a ser um local propositivo e de inclusão das pautas LGBTI, visto que, os espaços políticos majoritários estão restritos às suas demandas, tornando-se o judiciário, a via política para o debate e reconhecimento de direitos para este grupo social (AGUIÃO, VIANNA, GUTTERRES, 2014).

As decisões estipuladas em tribunais e órgãos administrativos têm sido meios constantemente utilizados pela população LGBTI na promoção de alguns direitos e efetivação de outros já existentes. Nesse sentido, os tribunais promovem interpretações que evocam princípios constitucionais e normas de direitos humanos para determinarem a existência e a necessidade de direitos a estes indivíduos (RIOS, 2013).

Os dados coletados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período de 2011 a 2018 evidenciam que grande parte dos conflitos judiciais acerca de relações homoafetivas se trata de ações de reconhecimento da vida em comum, através da instituição da união estável. As decisões afastam a necessidade do caráter “diversidade entre os sexos” para configurar uma união estável. Assim, os tribunais têm

reconhecido a união estável de pessoas de mesmo sexo, por uma interpretação extensiva ou analógica do art. 1.723 do Código Civil, desde que sejam demonstrados: convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família e ausência dos impedimentos ao casamento previstos no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

As uniões homoafetivas têm como marco para seu reconhecimento o momento em que suas ações passaram a ser julgadas pelas varas de família e pelas câmaras especializadas em Direito de Família, o que passou a acontecer nos anos 2000, pois até então as uniões entre pessoas do mesmo sexo tinham os juizados cíveis como competentes para julgá-las e eram tratadas como sociedades de fato, ou seja, vinculavam-se as uniões homossexuais aos acordos civis de conteúdo estritamente patrimonial. Ressalta-se ainda, o informativo 0366 do STJ de 2008, que admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (RIOS, 2011).

O julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, formalizou a família homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro ao estender o regime jurídico da união estável às uniões homossexuais em todos os estados da federação brasileira. As ações se fundamentaram em princípios constitucionais e defenderam que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implicaria em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput), e da proteção à segurança jurídica. O STF entende que o art. 3º, inciso IV veda as discriminações odiosas ao afirmar o dever de: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; o princípio da segurança jurídica foi citado pela ADI nº 4.277/2011 e ADPF nº 132/2011 para conferir a possibilidade dos casais homoafetivos disporem de direitos e garantias constitucionais de forma satisfatória.

A concepção de segurança jurídica fortalecida nesses processos possibilitou posteriormente a exigência de que os cartórios de registro civil registrassem a declaração de união civil entre pessoas de mesmo sexo. No entanto, mesmo com a autorização do registro da união estável ainda havia questões acerca de sua conversão em casamento. Nesse sentido, surge a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabeleceu que os cartórios de todo o País não poderiam mais recusar-se à conversão da união civil em casamento e permitiu a celebração de casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo (LOPES, 2014).

A partir do reconhecimento da união estável e do casamento civil homossexual, observa-se no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ações sobre dissolução das uniões e a consequente meação dos bens, guarda de filhos, pensão aos cônjuges entre outras questões inerentes ao fim dessas relações. Na maioria dos casos analisados, os juízes concederam o direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, ainda que eles tenham sido registrados em nome de apenas um dos parceiros, não se exigindo a prova do esforço comum, o que demonstra um respaldo ao informativo nº 0472 do Superior Tribunal de Justiça que estipulou tal entendimento.

No que tange os processos envolvendo direitos previdenciários, as decisões referentes à pensão pós-morte seguem o determinado pela Instrução Normativa nº 25 de 07/06/20006, regulada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que garante o direito à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, tal entendimento foi ratificado definitivamente pela Instrução Normativa do INSS nº 45, de 2010, em seu art. 25, que determinou que por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, companheiros ou companheiras homossexuais inscritos no Registro Geral da Previdência Social integram o rol dos dependentes, restando apenas comprovar a vida em comum, assim como concorrem, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais elencados no inciso I, do artigo 16,

da Lei nº 8.213/1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 05 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal (INSS, 2010).

Ainda na seara previdenciária, percebe-se uma interpretação do TJRJ correlata com a Lei nº 12.873, de 24 de Outubro de 2013, que concede direitos de licença maternidade equiparados entre homens e mulheres e que ratificou um entendimento jurisprudencial que já existia acerca do benefício de licença maternidade/paternidade, o qual teve sua interpretação estendida por analogia aos pais solteiros e pais homossexuais, a partir da Lei 12.010/2009 que dispõe sobre a adoção e que conferiu direito à licença para adotantes. Assim, tal direito foi estendido e consolidado na jurisprudência para homens solteiros e homens homossexuais, baseando-se nas evoluções dos conceitos de família, ao incluir os arranjos familiares monoparentais e homoparentais e priorizando os princípios da dignidade humana e de proteção à infância.

Todas essas vertentes decisórias vistas nas ações relacionadas às uniões homossexuais no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro demonstram uma certa reconfiguração positiva do panorama dessas questões em aspectos judiciais, mas resta a questão acerca da efetividade desse reconhecimento, sobre como a tutela legal observada na jurisprudência pode, efetivamente, respaldar as configurações familiares homoafetivas, levando-se em conta suas múltiplas facetas e arranjos plurais?

### **3. O ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Dentre os diversos aspectos da pluralidade brasileira que podemos visualizar efeitos na realidade das relações entre pessoas do mesmo sexo, a pesquisa empreendida indica um contraponto no acesso ao TJRJ relacionado a fatores socioeconômicos que incidem sobre os sujeitos em questão. Destaca-se como resultado retirado da amostra que os autores das ações foram patrocinados pela advocacia privada na maioria dos processos. Assim, a advocacia privada assume papel majoritário no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em casos

envolvendo uniões homossexuais.

Os dados demonstram que em 139 processos houve o patrocínio da advocacia privada, já em 43 processos, os direitos homoafetivos foram tutelados pela Defensoria Pública e nos 29 processos restantes, não foi possível identificar as partes devido ao segredo de justiça, ou por ausência de tais especificações nas informações oferecidas pelo sítio do TJRJ.

Nesse sentido, adentra-se no aspecto da Defensoria Pública Brasileira como agente transformador da realidade social e ao qual incumbe a defesa de direitos às minorias marginalizadas, visto que, a Defensoria Pública no Brasil foi criada dentre outras finalidades, para a implementação de políticas inclusivas como estipula a Constituição Federal em seu art. 5º, que assegura a igualdade entre todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se direitos como a liberdade e igualdade. O inciso LXXIV do mesmo artigo ainda afirma que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

No que tange a definição de indivíduos hipossuficientes, entende-se sem recursos financeiros, bem como abrange a insuficiência organizacional para implementação dos direitos de categorias que do ponto de vista estrutural são hipossuficientes. Pode-se afirmar então, que a Defensoria Pública também é um meio pelo qual o indivíduo conhece e reconhece seus direitos e suas obrigações, abrangendo assim, assistência e consultoria, o que nutre os aspectos democráticos no meio jurídico, como prevê a Carta Magna.

Dessa forma, a Defensoria Pública tem como missão a orientação jurídica, a promoção dos direitos fundamentais e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados. Assim, a Defensoria Pública deve expandir seu papel, no sentido de cumpri-lo da forma mais ampla possível no processo de reconhecimento de direitos e garantias para pessoas LGBTI.

Um dos instrumentos que podem ser utilizados pela Defensoria para a implementação destes direitos é a tutela coletiva, disposta na Lei 11.448/2007, que oferece legitimidade para que o órgão



proponha ações civis públicas em prol dos necessitados economicamente, bem como àqueles necessitados do ponto de vista organizacional. Nesse sentido, ressalta-se que a Defensoria Pública pode atuar como um instrumento de efetivação do próprio direito material e levando-se em conta que a Instituição tutela direitos de grupos e sujeitos vulneráveis, ao assegurar condições fáticas e jurídicas para sua atuação, estrutura-se um processo de respaldo aos direitos das pessoas mais vulneráveis (BOSON, 2013).

Portanto, movimentos como a constituição de grupos especializados nas Defensorias, comprometidos com o debate e observação das demandas advindas de relações LGBTI, assim como uma postura institucional que respalde direitos de casais homoafetivos como direitos sucessórios e familiares, sinalizam passos iniciais para uma atuação mais expressiva da Defensoria Pública na tutela dos direitos de casais homossexuais. Tal processo carece de um posicionamento da Instituição que instrua os Defensores Públicos a estarem atentos para a proteção do direito ao casamento, o direito à constituição de união estável e sua conversão em casamento, o direito à escolha do regime de bens, o direito ao divórcio, o direito à filiação, à adoção e ao uso das práticas de reprodução assistida, o direito à proteção contra a violência doméstica ou familiar, o direito à herança, ao direito real de habitação e ao direito à concorrência sucessória, bem como direitos previdenciários e toda gama de direitos basilares que perpassam as uniões homoafetivas.

#### **4. AS DECISÕES ACERCA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E O DEBATE SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL**

Ao observamos as decisões sobre a concretização de direitos às uniões homoafetivas no TJRJ e ao destacarmos o processo de inserção das mudanças legislativas e jurisprudenciais acerca desses direitos, percebemos a importância de um debate que inclua as questões inerentes à diversidade sexual para o enfrentamento de ações que deslegitimam essas conquistas, assim como para ampliá-las e torná-las efetivas de forma democrática e plural.

Em se tratando do casamento igualitário, o reconhecimento do instituto do casamento civil para pessoas de mesmo sexo enfrenta recepções sociais negativas, especialmente pelo extrato sociocultural brasileiro permeado por normatividades como o casamento católico-romano heterossexual, a necessidade de procriação, dentre outros reflexos sociais que são perpetuados como princípios morais, os quais desembocam em práticas e comportamentos de negação a diversidade sexual e opressão das identidades e práticas vistas como destoantes de um padrão heteronormativo (LOURO, 2008).

No entanto, é dever do Estado afastar de suas políticas e do Judiciário, ações discriminatórias contra minorias, devido ao princípio político da laicidade. Contudo, mesmo diante dos progressos legislativos e judiciais acerca das uniões homoafetivas, ainda persiste uma concepção sexual acerca das relações familiares que resguarda a associação entre sexualidade, conjugalidade e reprodução, a idealização de um casal exclusivo e o mais homogâmico possível em termos raciais, classistas, religiosos, educacionais, etc, além das normas de gênero que impõem representações entendidas como masculinas para homens e como femininas para mulheres (MELLO, et al. 2012).

Nesse contexto, é essencial um entendimento acerca das construções sociais de gênero e sexualidades, assim como dos mecanismos de reprodução de uma heteronormatividade binária, que determinam arcabouços de invisibilidade social sobre identidades e práticas desviantes das expectativas construídas sobre os corpos. Pois assim, torna-se perceptível que a sexualidade é uma realidade socialmente construída como aponta Foucault (2004) e Weeks (2001) e Rubin (1989), que entendem a sexualidade como um produto humano como são as formas de trabalho e produção e até mesmo as formas de opressão.

Todavia, a análise feita sobre as 211 decisões pesquisadas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, indica uma totalidade de decisões afastadas de argumentações voltadas para um campo interdisciplinar entre o direito e demais ciências sociais e humanas, sendo os argumentos elencados nas decisões voltados exaustivamente para

princípios basilares como a igualdade e liberdade, assim como para o uso expressivo de menções ao conteúdo do julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, além do uso de termos como homossexualismo<sup>19</sup> no lugar de homossexualidade, ou “opção sexual” ao invés de orientação sexual. Tais fatores demonstram a reiteração de uma estrutura argumentativa comum entre os casos envolvendo demandas acerca das uniões entre pessoas LGBTI que não contemplam um debate acerca da diversidade sexual, não havendo direcionamentos dos juízes para um reconhecimento complexo e a efetivação um processo decisório que dialoga com as realidades multifacetárias dispostas pela diversidade.

Os aspectos observados na argumentação da amostra de decisões do TJRJ, coincidem com a estrutura argumentativa presente nos votos dos ministros do Supremo ao julgarem conjuntamente a ADI 4.277 e a ADPF 132, no qual utilizaram de forma substancial uma interpretação conforme à Constituição, no sentido de que a negativa de direitos aos homossexuais constitui afronta ao disposto na lei constitucional, não encontrando guarida nesta (COACCI, 2014). Assim, o Supremo Tribunal Federal, como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, encontra a resposta para a problemática acerca da união homoafetiva no próprio texto constitucional, que, se interpretado adequadamente, já detém a solução para a controvérsia que foi decidida pelo Supremo em 2011 e que ecoa nas decisões analisadas do TJRJ.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reproduz o julgamento do STF que tem a liberdade de resolver litígios sociais, por meio de uma interpretação congruente com à Constituição Federal, entendendo que os mesmos já estavam resolvidos no própria Lei Magna, restando apenas uma interpretação correta. Nesse sentido, ao decidir sobre uniões homoafetivas com argumentação restrita ao campo jurídico, utilizando como referência o julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, os juízes do TJRJ reproduzem o feito dos ministros do Supremo, camuflando seus decisionismos, sob o argumento de aplicação dos

---

<sup>19</sup> Homossexualismo era o termo usado no passado para designar a orientação sexual homossexual como um distúrbio mental. O sufixo “ismo” na palavra acabou recebendo estigma de condição patológica, mas em 1990 a Organização Mundial da Saúde retirou a homossexualidade do rol de distúrbios mentais.

preceitos constitucionais. Dessa forma, estão apenas exercendo funções precípua, quais seja, a guarda da Constituição, o respeito ao princípio da legalidade e à decisão da Suprema Corte. (MAUS, 2000).

Em contrapartida, a simples concessão jurídica do pedido não garante o real reconhecimento de indivíduos em relações homossexuais, sendo as argumentações utilizadas pelos juízes caracterizadas pelo isolamento jurídico, não havendo qualquer menção a uma perspectiva que compreenda a posição social desviante e oprimida da homossexualidade, a realidade vivenciada por essas relações, ou a pluralidade que as constituem. Nesse sentido, a insuficiência na tutela de direitos para uniões homossexuais acaba por respaldar uma negação do status familiar para essas relações, o que fragiliza a intimidade desses casais, ao passo que a proteção desvinculada de um reconhecimento complexo, dificulta a construção de uma relação afetiva e o seu desenvolvimento (HARVARD LAW REVIEW, 1990). Assim, tais fatores revelam o quanto o princípio constitucional da igualdade é violado pela exclusão da igual proteção pelo direito das uniões entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento das configurações familiares homoafetivas deve ainda observar o princípio da sociabilidade e o respeito ao pluralismo, que são elementos substanciais da concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito e de defesa da dignidade humana. Com efeito, um reconhecimento plural das relações homossexuais, requer não só a ausência de invasões ilegítimas das esferas individuais, mas depende de uma promoção positiva das condições de desenvolvimento da liberdade e da personalidade do grupo LGBTI (NOVAIS, 1987).

## 5. O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE

A ideia de reconhecimento ocorre pela declaração de existência desses direitos. Todavia, a efetivação dos mesmos depende de um contexto mais complexo, assim como Walzer (2003) destaca, uma simples concepção de sociedade de iguais é insatisfatória, sendo necessária uma igualdade complexa, que alcance o pluralismo social e que

nos leve a estratégias diferenciadas, locais e subjetivas, para a solução de problemas oriundos da diversidade cultural.

A precariedade vivenciada por indivíduos nas estruturas sociais está estritamente ligada às normas de gênero, uma vez que aqueles que não cumprem as expectativas heteronormativas e não vivem seu gênero de formas inteligíveis estão expostos a um risco mais elevado de assédio, patologização e violência, o que leva ao questionamento acerca da proteção legal, pois, há uma tendência institucional de privação de direitos civis e estigmatização para indivíduos não heteronormativos, o que ocasiona, por exemplo, em barreiras para assistência à saúde perante a lei e invisibilidade de relações íntimas e de parentesco (BUTLER, 2018).

Nesse sentido, o reconhecimento evidencia-se como uma questão de justiça. A luta de grupos através dos movimentos como o LGBTI; o “reconhecimento da diferença” emergiu como o principal conflito contra a dominação cultural do século. Nesse contexto, concebe-se duas formas de compreensão da injustiça: a primeira seria a injustiça econômica, estabelecida na estrutura política e econômica da sociedade; e a segunda, a injustiça cultural ou simbólica, contida nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação (FRASER, 2006, 2007).

Diante da complexidade que tal reconhecimento envolve, as reflexões sobre as demandas pelo reconhecimento da diferença ocorrem por meio do caso a caso, o que acaba por considerar identidades específicas e as particularidades dos indivíduos. Assim, torna-se essencial a construção de um paradigma de justiça que recupere padrões institucionalizados de reconhecimento e de valorização cultural, com o objetivo de assegurar a real igualdade de oportunidade de estima social. Trata-se da “condição intersubjetiva” de paridade participativa, no intuito de excluir normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas (FRASER, 2007).

Em casos de grupos historicamente oprimidos, como os LGBTI, direitos diferenciados de proteção e de benefício configuram-se

como estratégias necessárias, e podem ser legitimados no intento de equilibrar desigualdades historicamente constituídas, para dar espaço social a esses indivíduos, com a devida visibilidade de suas questões e, por conseguinte, acesso aos bens sociais. Sendo assim, estes direitos diferenciados se justificariam em um novo sentido de justiça, estritamente correlacionado com uma política verdadeiramente democrática, orientada para uma dissolução das desigualdades historicamente institucionalizadas que determinam a opressão distributiva (YOUNG, 2000).

Nesse contexto, urge-se o pluralismo como valor constitucional que informa e resguarda a proteção da dignidade humana e a relaciona com o caráter familiar das uniões homossexuais (PÉREZ-CANOVAS, 1999). Com efeito, o respeito ao pluralismo é condição essencial para a preservação da dignidade humana e para o desenvolvimento pessoal, na medida em que sem o respeito às diferenças individuais não há a possibilidade da construção de um meio social que dê espaço para a subjetividade e para a constituição das identidades pessoais (KAPLAN, 1997).

As interações entre as sociabilidades e o pluralismo demonstram que a intimidade requer não apenas o direito negativo de estar só, mas também a possibilidade de estabelecer espaços de privacidade e condições sociais para o exercício das escolhas pessoais sobre com quem se firmará e se manterá relações sexuais e afetivas. Nesse sentido, entende-se que, a autonomia individual sexual e o respeito ao desenvolvimento da personalidade são de particular importância para o grupo LGBTI, uma vez que a expressão de suas vidas e a vivência de suas uniões é constantemente ameaçada, desafiando-os constantemente na tarefa da afirmação pessoal (TRIBE, 1988).

Assim, a constituição de uma política democrática que insira pessoas LGBTI por meio de manifestações, esforços legislativos ou demandas por políticas públicas precisam fazer reivindicações em nome desses sujeitos, mas este processo não pode ocorrer sem uma atitude crítica, que desnaturalize a ideia de sujeito político como descritivo de uma essência previamente dada, e que reconheça o caráter

contingente de sua construção, salientando as exclusões que perpassam a constituição desses sujeitos (BUTLER, 1998, 2002).

Os agrupamentos sociais, movimentos políticos, assim como as relações familiares e expressões sociais compostas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos compõem um conjunto complexo de sujeitos políticos que procuram lidar com essa pluralidade e se afirmar como sujeitos de direitos e integrantes dessa comunidade mais ampla, composta pelos cidadãos brasileiros. Nenhuma dessas duas comunidades pode atualmente ser imaginada como algo homogêneo e é com esse fato que tanto o Estado quanto o movimento LGBTI procuram lidar (ANDERSON, 1991).

Nesse contexto, a sociedade exerce papel primordial na manutenção ou rompimento da subalternidade nas relações de poder. O reconhecimento das minorias sociais requer a visibilidade dos antagonismos. A opressão do grupo LGBTI é uma lógica de hierarquização oriunda de discursos hegemônicos que conduzem os sujeitos não heterossexuais a se posicionarem de forma subalterna, seja pela lógica da excentricidade e/ou pelo preconceito, o que alinhado a demais contextos opressivos vivenciados na pluralidade social impõe a ultrapassagem de barreiras opressivas interseccionadas que atuam de forma conjunta sobre estes indivíduos (PRADO, MACHADO, 2008).

## CONCLUSÃO

A população LGBTI busca pela efetivação de direitos no âmbito do Poder Judiciário e no plano normativo com o objetivo de combate às discriminações oriundas de um extrato sociocultural heteronormativo que implicam em conflitos que se evidenciam no Judiciário. Nesse sentido, as uniões homoafetivas ganharam destaque nas decisões do TJRJ, porém a amostra de dados demonstra o problema da desigualdade no acesso à justiça e real efetivação de direitos, pois, ainda enfrentamos a disparidade socioeconômica e a injustiça cultural.

Diante das análises, estudos e reflexões feitos a partir da amostra de decisões coletadas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,

compreende-se que um reconhecimento complexo e plural da diversidade LGBTI e de suas relações familiares pelo Judiciário necessita inicialmente das contribuições construídas em estudos de gênero e sexualidade, para que haja uma real compreensão das questões que estão embutidas em suas realidades não só de forma objetiva e em termos de proteção legal, mas para que ocorra um olhar crítico sobre as posições sociais desses indivíduos, assim como das violências vivenciadas pelo grupo e de suas múltiplas características que muitas vezes acabam lhes conferindo formas de opressão interseccionadas, seja por questões étnicas, raciais, culturais, socioeconômicas ou até mesmo por suas particularidades e subjetividades.

Portanto, o reconhecimento auferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro carece de um olhar crítico, no intuito de verificar a real efetividade concedida às uniões homoafetivas. Assim, torna-se crucial a busca pela igualdade complexa, que alcance o pluralismo social e que nos leve a estratégias diferenciadas, locais e subjetivas como a redistribuição de renda, o controle democrático do investimento, o reconhecimento e a valorização da diversidade sociocultural. Sendo uma via inicial, a extensão do papel da Defensoria Pública para a solução de problemas oriundos da pluralidade, a partir da promoção de um acesso igualitário à justiça, por meio de um atendimento especializado e do comprometimento da Instituição com seus deveres de tutela das populações mais vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

AGUIÃO, Silvia; VIANNA, Adriana; GUTERRES, Anelise. Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais. In: LOPES, José Sérgio Leite; HEREDIA, Beatriz (orgs.). *Movimentos sociais e Esfera pública: o mundo da participação*. Rio de Janeiro, CBAE, 2014, pp. 238-269.

ANDERSON, Benedict. *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. Londres: Verso, 1991[1983].



BOSON, Érik Palácio. A defensoria pública como instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento. Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública da União, 2013, p. 14.

BRASIL. Constituição Federal de 1988 .Disponível em: < [http :// www .planalto.gov .br/ ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 13 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional do Seguro Social. Instrução Normativa nº 25, de 07 de Junho de 2000. **Diário Oficial [da] União**. 08 de Junho de 2000. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-DC/2000/25.htm>. Acesso em: 11 de Setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional do Seguro Social. Instrução Normativa N°45, de 06 de Agosto de 2010. **Diário Oficial [da] União**. 11 de Agosto de 2010. Disponível em: [http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-PRES/2010/45\\_1.htm#cp1\\_s2](http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/INSS-PRES/2010/45_1.htm#cp1_s2). Acesso em: 11 de Setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 8.213 de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diária Oficial [da] União**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 12.010 de 03 de Agosto de 2009. Dispõe sobre a adoção. **Diário Oficial [da] União**. 04 de Dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 11 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.873 de 24 de Outubro de 2013. Altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, [...]. **Diário Oficial [da] União**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12873.htm)>. Acesso em: 10 de Julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 06 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 0366. Disponível em: <<http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2008/12/informativo-stj-366-superior-tribunal.html>>. Acesso em: 12 de Julho de 2018

BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo. Cadernos Pagu, Campinas, n. 11, p. 11-42, 1998.

\_\_\_\_\_. Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”. Buenos Aires: Paidós, 2002, p. 38-42.

\_\_\_\_\_. Corpos em Aliança e a Política das Ruas: Notas para uma teoria performativa de assembleia. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 41-43.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 26-45.

DIAS, Maria Berenice. A União Homossexual: Preconceito e Justiça. Porto Alegre: Advogado Editora, 2000.

COACCI, Thiago. Do homossexualismo à Homoafetividade: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e STF de 1989 a 2012. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Ética, Sexualidade, Política*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era "Pós-socialista". *Cadernos de Campo*, 14(15), p. 13-82, São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento Sem Ética. *Lua Nova*, 70(1), p. 101-138, São Paulo, 2007.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, 16(47),333-361, São Paulo, 2011

HARVARD LAW REVIEW. *Sexual Orientation and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 96.

KAPLAN, Morris B. *Sexual Justice: Democratic Citizenship and the Politics of Desire*. London: Routledge, 1997, p. 134.

LOURO, Guacira Lopes. *Um Corpo Estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627\\_judiciario\\_como\\_superego.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2018.

MELLO, Luiz; et al. Políticas Públicas para a População LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. *Cadernos Pagu* (39), p. 403-429, Campinas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1987, p. 210-212.

PÉREZ-CANOVAS, Nicolas. Homosexualité et unions homosexuelles dans le droit espagnol. In: BORRILLO, Daniel (org.). *Homosexualités et droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 236.

PRADO, M. A. M.; MACHADO, F. V. Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade. São Paulo: Cortez, 2008.

RIOS, Roger Raupp. As Uniões Homossexuais e a “Família Homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>. Acesso em: 02 de setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Direitos sexuais, uniões homoafetivas e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132-RJ e ADI 4.277). In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Homossexualidade e Direitos sexuais: reflexões a partir da decisão do STF*. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 69-113.

RUBIN, Gayle. Reflexionando sobre el sexo: notas para uma teoria radical de la sexualidade. In: VANCE, Carole. (org.) *Placer y peligro: explorando la sexualidade feminina*. Madri, Revolución Madri, 1989, p. 113-190.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, vol. 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2ª ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 1434.

VILHENA, Óscar Vieira. Supremocracia, *Revista Direito GV*, 8(2), p.441-464, São Paulo, 2004.

YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la Política de la diferencia*. Madrid: Cátedra, 2000.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEEKS, Jeffrey. O Corpo e a Sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes. (org). *O Corpo Educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte, Autêntica, Belo Horizonte, p 35-82.

# ACESSO À INFORMAÇÃO E CONFIANÇA NA MODERNIDADE: BREVE ANÁLISE CRÍTICA ENTRE BRASIL E HONDURAS NA ÓTICA DA LEI MODELO INTERAMERICANA

**SILVA, Fábio Machado da**

*Mestre em Direito no programa PPGJA -UFF  
profadm2001@yahoo.com.br*

**Resumo:** O presente trabalho é fruto das reflexões durante o curso de Mestrado Direito da Universidade Federal Fluminense. O objetivo geral foi iniciar reflexões e analisar de forma breve os diversos sistemas de Acesso à Informação no mundo com um destaque para o comparativo entre as diversas legislações da Europa e dos países da América Latina, com base na Lei modelo interamericana. Nesse artigo focaremos um breve comparativo entre a Lei de Acesso à Informação do Brasil e de Honduras, com base na lei modelo interamericana. Para tanto, partimos da análise crítica de alguns pontos da Lei de Acesso à Informação no Brasil (Lei 12.527/2011) e da Lei correspondente em Honduras (Lei de transparência e acesso à informação pública – Decreto nº.170-2006). Com essas análises, refletimos como tais legislações encontram pontos positivos e negativos no parâmetro da lei modelo interamericana. Nessa linha de ideias, estabelecemos discussões sobre os pontos comuns e divergentes entre as leis dos países aqui tratados.

**Palavras-chave:** Acesso à Informação, Direito, Justiça Administrativa, instituições.

## Introdução

A presente proposta de artigo se apresenta com o título *Acesso À Informação: Breve Comparativo Entre Brasil E Honduras Na Ótica Da Lei Modelo Interamericana*, sendo resultado das reflexões desenvolvida

durante o curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal Fluminense.

Na análise dos diversos sistemas de Acesso à Informação no mundo, optamos por dar destaque para o comparativo entre as diversas legislações da Europa e dos países da América Latina, com base na Lei modelo interamericana. Nesse artigo focaremos um breve comparativo entre a Lei de Acesso à Informação do Brasil e de Honduras, com base na lei modelo interamericana e as implicações institucionais no que se refere à confiança da modernidade, segundo base teórica em Giddens.

Para tanto, partimos da análise crítica de alguns pontos da Lei de Acesso à Informação no Brasil (Lei 12.527/2011) e da Lei correspondente em Honduras (Lei de transparência e acesso à informação pública – Decreto nº.170-2006). Com essas análises, refletimos como tais legislações encontram pontos positivos e negativos no parâmetro da lei modelo interamericana no cenário de modernidade tratada por Giddens.

Nessa linha de ideias, estabelecemos algumas discussões como, os pontos comuns e divergentes entre as leis dos países aqui tratados, em que medida tais legislações representariam expressão de modernidade, como tal legislação impacta no modo tradicional da vida em sociedade, em que medida representaria -a lei de acesso à informação - um sistema perito de confiança, como as práticas informacionais da atualidade se encaixam com os comportamentos informacionais tradicionais.

O artigo tem como objetivo geral contribuir para uma reflexão à respeito da Lei de Acesso à Informação no mundo e no Brasil após o surgimento da Lei nº 12.527/2011. O objetivo específico é debater em que medida podem se relacionar com a noção de confiança no sistema democrático à respeito das guarda informações com as difusão acesso dessas informações.

Com tais objetivos, espera-se auxiliar a atividade de gestão pública na regulamentação do Acesso à Informação com base no referencial teórico dos estudos de Sommermann (2014) e dados do Global

Right to Information Rating (RTI Rating), que possui uma classificação dos mecanismos legais de proteção ao direito de acesso em cada um dos países.

A lei de Acesso à Informação no Brasil veio no contexto mundial de orientação de acesso de todos à dados e informações de órgãos públicos. Os diplomas legais estão ligados à justificativas relacionadas: Ao Direito Universal de Acesso à Informação considerando que a informação; À Declaração Universal dos Direitos Humanos; Ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; À Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção; Declaração Interamericana de Princípios da Liberdade de Expressão, entre outras.

O aspecto jurídico será trazido com as obras e legislação que tratam do assunto e o aspecto filosófico terá como base o conceito de confiança trabalhado por Giddens. Entendendo a funcionalidade, compreendendo como o Estado trata o Acesso à informação, observada criticamente em uma plataforma jurídica e filosófica, será ainda possível verificar em que medida se relaciona com a noção de confiança na modernidade baseada em Giddens (1991) .

Acredita-se que com tal análise será possível contribuir para melhor compreensão das leis de Acesso à Informação no Brasil e no mundo, bem como analisar a possibilidade de definir parâmetros norteadores de adequações e modernização no acesso à informação.

### **A Lei De Acesso A Informação Brasileira**

A lei de Acesso à Informação no Brasil veio no contexto mundial de orientação de acesso de todos à dados e informações de órgãos públicos. Os diplomas legais estão ligados à justificativas relacionadas: Ao Direito Universal de Acesso à Informação considerando que a informação “produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público”; À Declaração Universal dos Direitos Humanos que registrou no artigo 19: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e

transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”; Ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que “determina que toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, incluídos os direitos de liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”; À Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção; Declaração Interamericana de Princípios da Liberdade de Expressão, entre outras.

Algumas fontes pesquisadas indicam que a primeira lei discorrendo sobre o direito de acesso à informação seria datada de 1766 (Suécia). As mesmas fontes<sup>20</sup> indicam que em 1990, apenas 13 países haviam adotado leis de acesso à informação e que atualmente diversos países em todo o mundo já adotaram alguma norma regulamentando tal direito.

No Brasil, em 18 de novembro de 2011 o Brasil adotou a lei federal nº 12.527 (Lei de Acesso à Informação Pública) que regulamenta, entre outros, o inciso XXXIII do artigo 5º da Carta Magna. A Lei de Acesso à Informação Pública, como resultado de uma necessidade de transparência, para mudar o cenário passado de deficiências do sistema de informação, conforme registram SOMMERMANN in PERLINGEIRO (codificação do direito à informação na América Latina1A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014) os autores:

Deste modo, a transparência do poder público é um elemento essencial na estratégia de restabelecer a confiança no sistema democrático e de resguardar o Estado de Direito em uma realidade sempre mais complexa; em corolário lógico, a retenção ou ocultação de informações que poderiam indicar deficiências de um sistema público são hoje consideradas características de um regime ditatorial e com problemas de legitimação.

Nesse contexto surgiram organizações para avaliar a legislação de países no que se refere o acesso à informação, como, por exemplo as organizações *Access Info Europe* e *Centre for Law and Democracy* e lançaram uma análise detalhada das condições legais para o exercício do

---

<sup>20</sup> <http://ferramentas.artigo19.org/historico> acesso em 18-02-2016



direito de acesso à informação em aproximadamente 90 países, sendo criado o *Global Right to Information Rating* (RTI Rating), uma classificação dos mecanismos legais de proteção ao direito de acesso em cada um dos países. Com uma pontuação máxima de 150, ficando o Brasil com 108 pontos, ocupando o 18º lugar:

<b>Brazil</b>		
<b>Section</b>	<b>Max Score</b>	<b>Score</b>
<a href="#">Right to Access</a>	6	6
<a href="#">Scope</a>	30	29
<a href="#">Requesting procedures</a>	30	19
<a href="#">Exceptions</a>	30	16
<a href="#">Appeals</a>	30	22
<a href="#">Sanctions</a>	8	3
<a href="#">Promotional measures</a>	16	13
<b>TOTAL</b>	<b>150</b>	<b>108</b>

O site<sup>21</sup> onde está disponível o trabalho explica a metodologia:

É importante notar que a Avaliação RTI é limitada a medição do quadro legal, e não medir a qualidade de implementação. Em alguns casos, os países com leis relativamente fracas podem, contudo, ser muito abertos, devido aos esforços de implementação positivos, enquanto até mesmo leis relativamente fortes não pode garantir a abertura, se não forem implementadas adequadamente. [...] O primeiro passo para a Avaliação RTI foi desenvolver os indicadores em torno do qual toda a metodologia Avaliação gira. Os indicadores foram desenvolvidos através da análise de uma ampla gama de padrões internacionais sobre o direito à informação, bem como o estudo comparativo das numerosas leis de direito a informação de todo o mundo. O próximo passo foi

<sup>21</sup> <http://www.rti-rating.org/by-section> acessado em 18 de janeiro de 2015.

desenvolver uma ferramenta de pontuação padronizada, com base nos indicadores, para garantir que os pontos em cada indicador foram alocados de forma consistente em diferentes países. [...] Uma vez que a ferramenta de pontuação ter sido desenvolvido, foi aperfeiçoada de duas maneiras. Primeiro, AIE e CLD realizou uma aplicação-piloto em um número de países de todo o mundo, adaptando-os para resolver quaisquer problemas que surgiram. Em segundo lugar, um Conselho Consultivo \* de especialistas de renome sobre o direito à informação fornecida informação detalhada a AIE e CLD no desenvolvimento dos indicadores.[...] A ferramenta de pontuação foi então aplicado a cada um dos 89 países que, a partir de setembro de 2011, tinham leis RTI sobre os livros. Este trabalho foi realizado por pesquisadores da CLD e AIE. Para verificar essas avaliações, e para ter certeza de que o contexto legal mais amplo foi tida em conta, peritos jurídicos locais foram convidados a analisar e comentar sobre as avaliações iniciais, e esses comentários foram então integradas na pontuação.

A lei Brasileira traz digno de registro nesse trabalho o princípio da publicidade como preceito geral (artigo 3º, I), bem como o chamado acesso de informação ativo e passivo, e ainda conceitos, procedimentos, recursos, prazos e a polêmica guarda de informações de interesse público (as exceções da lei para não permitir o acesso à informação).

A lei brasileira inspirada também na Lei Modelo está dividida em 06 capítulos da seguinte forma: CAPÍTULO I (disposições gerais); CAPÍTULO II (do acesso a informações e da sua divulgação); CAPÍTULO III (do procedimento de acesso à informação) e Seção I (Do Pedido de Acesso), Seção II (Dos Recursos); CAPÍTULO IV (das restrições de acesso à informação) e Seção I (Disposições Gerais), Seção II (Da Classificação da Informação quanto ao Grau e Prazos de Sigilo), Seção III (Da Proteção e do Controle de Informações Sigilosas), Seção IV (Dos Procedimentos de Classificação, Reclassificação e Desclassificação), Seção V ( Das Informações Pessoais); CAPÍTULO V (das responsabilidades); CAPÍTULO VI (disposições finais e transitórias).

Interessante registrar que mesmos entes públicos podem requerer tal direito para outro ente, conforme interessante caso registra-

do no STF, que deixou registrado ainda o princípio republicano como justificador de tal direito:

EMENTA Direito constitucional. Direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral. Recurso extraordinário que se funda na violação do art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Pedido de vereador, como parlamentar e cidadão, formulado diretamente ao chefe do Poder Executivo, solicitando informações e documentos sobre a gestão municipal. Pleito que foi indeferido. Invocação do direito fundamental de acesso à informação, do dever do poder público à transparência e dos princípios republicano e da publicidade. Tese da municipalidade fundada na ingerência indevida, na separação de poderes e na diferença entre prerrogativas da casa legislativa e dos parlamentares. Repercussão geral reconhecida." RE 865401 RG / MG - MINAS GERAIS REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): **Min. DIAS TOFFOLI**  
**Julgamento: 14/08/2015**

De modo geral a lei brasileira contempla os parâmetros da Lei Modelo, e o principal pano de fundo, ao nosso sentir, é como na prática está sendo implementada, porque são muitas as situações que somente o caso concreto poderá analisar. Previu ainda as chamadas *transparência Passiva*<sup>22</sup> e a *transparência Ativa*<sup>23</sup>.

Nessa linha o fortalecimento de uma justiça administrativa poderá evitar aumento de demandas surgidas pelos questionamentos das decisões administrativas analisadas em cada caso. Além disso, parece ser importante um fortalecimento de como essas decisões administrativas serão produzidas para garantir o máximo de proteção ao acesso à informação, porém observando as múltiplas hipóteses em que o acesso indiscriminado à dados ou informações poderá prejudicar direito ou interesses de terceiros privados e do próprio interesse estatal, o que demanda um estudo à parte.

---

<sup>22</sup> O Estado fornece informações específicas solicitadas por pessoas físicas ou jurídicas;

<sup>23</sup> O Estado concede proativamente, de ofício, sem necessidade de requerimento, amplo acesso a informações de interesse coletivo e geral, divulgando-as, principalmente, em seus sítios eletrônicos na Internet

## Lei De Acesso A Informação De Honduras

O território hondurenho está localizado na América Central situado entre a Guatemala, Nicarágua e El Salvador. O país possuiu instabilidade política existente na América Central e passou por situações difíceis até o início dos anos 1990 quando são efetivadas negociações com os movimentos guerrilheiros para começar um novo momento para o país e o fortalecimento do processo democrático.

Nesse contexto de fortalecimento democrático, que de uma forma ou de outra, os países da chamada América Latina, também passaram, surgiram garantias aos cidadãos e também no contexto mundial a implementação da Lei de Acesso a Informação. O *Global Right to Information Rating (RTI Rating)* - classificação já mencionada - Honduras ficou com 83 pontos, ocupando o 53º lugar:

<b>Honduras</b>		
<b>Section</b>	<b>Max Score</b>	<b>Score</b>
<a href="#">Right to Access</a>	6	2
<a href="#">Scope</a>	30	23
<a href="#">Requesting procedures</a>	30	13
<a href="#">Exceptions</a>	30	12
<a href="#">Appeals</a>	30	18
<a href="#">Sanctions</a>	8	2
<a href="#">Promotional measures</a>	16	13
<b>TOTAL</b>	<b>150</b>	<b>83</b>

A lei Hondurenha traz digno de registro nesse trabalho as explicações para aplicar a lei no país, de forma resumida, por ser um estado de direito, a necessidade de transparência das contas públicas, o direito à informação, participação do cidadão na democracia e ainda as justificativas seguintes em seus “considerandos”<sup>24</sup>,

CONSIDERANDO: Que Honduras es un Estado de Derecho en donde los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la Ley y que tienen la obligación de cumplir sus funciones con eficiencia, ética y responsabilidad social;

CONSIDERANDO: Que la transparencia y la rendición de cuentas son garantías para un mejor desempeño del servidor público y del gobierno en general y, además, condiciones necesarias para una efectiva participación ciudadana en la construcción de una auténtica democracia;

CONSIDERANDO: Que el derecho de acceso a la Información Pública es garantía de transparencia para que los ciudadanos puedan fiscalizar y exigir cuentas a los servidores públicos, a cada paso del proceso y en cualquier momento, y, además, constituye un medio eficaz contra la corrupción;

CONSIDERANDO: Que cuanto mayor sea el conocimiento de los ciudadanos sobre la acción pública, mayor será su participación en la toma de decisiones y su confianza en la función gubernamental;

CONSIDERANDO: Que el pueblo hondureño tiene el derecho de acceso a la información, así como a la transparencia y rendición de cuentas de la gestión pública y, que además, el Estado ha ratificado la Convención Intermedia contra la Corrupción en la que se reconocen expresamente estos derechos;

A lei Hondurenha – Decreto nº.170-2006 inspirada também na Lei Modelo está dividida em 08 capítulos da seguinte forma: CAPÍTULO I (disposições gerais); CAPÍTULO II (o instituto de acesso à informação pública); CAPÍTULO III (sistema nacional de informação);

---

<sup>24</sup> <http://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/Honduras.pdf> acesso em 18-02-2018

CAPÍTULO IV (o exercício de direito de acesso à informação); CAPÍTULO V (dados pessoais e habeas data); CAPÍTULO VI (procedimentos, infrações e sanções); CAPÍTULO VII (órgão de vigilância e sistema); CAPÍTULO VIII (disposições transitórias);

De modo geral a lei brasileira contempla os parâmetros da Lei Modelo, e os três pontos fortes, ao nosso sentir, são: a criação de um “sistema de Acesso à Informação”, “criação de um órgão\instituto independente de Acesso à Informação” e, por fim, a previsão expressa de um artigo indicando a “promoção de uma cultura de transparência”.

A criação de um sistema de informação pode propiciar uma melhor sistematização entre outros sistemas jurídicos, contábeis, legislativos, incentivando uma unidade e evitando, por outro lado, contradição entre os diversos sistemas existentes.

A criação de um órgão independente pode auxiliar uma melhor sistematização das informações, requerimentos, dúvidas, decisões, aumentando a capacidade de melhor pesquisa dos resultados e necessidades da Lei de Acesso à Informação.

O outro ponto importante é o estabelecimento legal da promoção de cultura de transparência. Nos parece de fato que os vários dispositivos burocráticos do Estado, incluindo seus agentes, herdaram um cenário estatal de compartimentação da informação, por diversos motivos que a história registrou decorrente da guerra, estado de exceção, ditadura e outras atrocidades de violação aos direitos humanos e fundamentais.

Honduras parece caminhar bem ao estabelecer o órgão autônomo, sobretudo para o fortalecimento de uma justiça administrativa, evitando aumento de demandas surgidas pelos questionamentos das decisões administrativas analisadas em cada caso, que poderá ser feita

e finalizada pelo próprio órgão. Nesse sentido, vale registrar a sempre abalizada opinião de PERLINGEIRO (2014)<sup>25</sup>:

Comportar-se como parte integrante de um verdadeiro segundo Poder de Estado...orientar-se pelos direitos fundamentais... atuar mediante decisões administrativas precedidas de procedimentos dotados das garantias do devido processo legal (due process of law)... procedimentos administrativos nos quais democraticamente os cidadãos tenham possibilidade de influir no resultado...Enfim, tudo isso exige em favor das autoridades públicas condições mínimas,de modo que sua atuação não seja meramente formal. Nesse particular, refiro-me a uma das técnicas de solução de conflitos administrativos que é a de valer-se de autoridades públicas independentes, de modo que as demandas sejam decididas por quem não esteja subordinado a superiores. As prerrogativas que asseguram essa independência em relação às autoridades públicas tendem a aproximar-se das prerrogativas dos tribunais e juízes, quais sejam: (i) as prerrogativas institucionais, como a autonomia administrativa e financeira em favor dos órgãos decisórios; (ii) as prerrogativas pessoais, como a inamovibilidade e a remuneração justa àqueles investidos na função de decisão, os quais deveriam ser nomeados após um critério de seleção transparente.Com efeito, a solução de conflitos baseada na técnica de autoridades administrativas independentes é oportuna aos procedimentos destinados ao direito de acesso à informação oficial, nos quais a vulnerabilidade ao risco de interferência política é ainda mais alta. (Artigo professor Ricardo Perlingeiro - A codificação do direito à informação na América Latina)

Uma grande polêmica surgiu em Honduras em 2014 quando foi publicada a **Lei de Segredos Oficiais e Desclassificação da Informação Pública**, aprovada discretamente<sup>26</sup> pelo congresso de Honduras em 13 de janeiro, colocando em risco o acesso à informação pública

---

<sup>25</sup> Adaptação do texto da palestra ministrada no Congresso (Sistematização e Codificação da Legislação sobre Informação), em Moscou, nos dias 13 e 14 de março de 2014.Professor Dr. Ricardo Perlingeiro.

<sup>26</sup> <https://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/00-14993-lei-de-informacao-secreta-em-honduras-coloca-em-risco-o-direito-de-acesso-informacao-p>, acesso em 12-01-2016

dos hondurenhos e a transparência conforme registrou a reportagem á época ( já referida):

Segundo a nova legislação, o presidente e seus ministros têm a faculdade de classificar a informação oficial restringindo seu acesso público por diferentes períodos de tempo segundo sua categoria, informou o diário britânico The Guardian. No caso, a informação poderia ser classificada em quatro categorias: reservada, com prazo de sigilo de 5 anos; confidencial, cuja publicação poderia “originar risco iminente ou ameaça direta contra a segurança e defesa da ordem pública”, restrita por 10 anos; a denominada secreta, por 15 anos; e a ultrassecreta, por até 25 anos. Após a publicação no diário oficial La Gaceta, a lei seria submetida a recursos de inconstitucionalidade perante instâncias nacionais e internacionais, assegurou Omar Rivera, diretor-executivo da ONG hondurenha Grupo de Sociedad Civil, ao jornal El Tiempo. “É uma lei que dá todas as condições para que os funcionários públicos façam o que quiserem com o erário nacional”, ressaltou Rivera. Segundo a RSF, a lei de informação secreta contempla que “reservada, é toda aquela informação, documentação, ou material, que se refira ao âmbito estratégico interno dos entes do Estado e cuja revelação pode produzir efeitos institucionais não desejados, contra o efetivo desenvolvimento das políticas do Estado ou do normal funcionamento das instituições do setor público. Esta classificação é faculdade própria do titular de cada ente do Estado”. Rivera destacou que um dos objetivos da lei é suprir o papel do Instituto de Acesso à Informação Pública (IAIP), entidade responsável por fazer cumprir a lei de transparência e informação pública que o congresso hondurenho aprovou em 2006. A competência do IAIP ficaria nas mãos de funcionários responsáveis das entidades governamentais, “que poderão impor o sigilo sem ter de prestar contas”, explicou RSF. A norma é vista com preocupação pelas organizações civis nacionais e estrangeiras por ser Honduras um país onde o exercício jornalístico oferece um alto risco. Na última década, foram assassinados 38 jornalistas.

Assim, da mesma forma que a lei brasileira, parece ser importante analisar, conhecer, pesquisar, como as decisões administrativas envolvendo o Acesso à Informação são produzidas para garantir o



máximo de efetividade da lei, refletindo sobre as diversas hipóteses em que o acesso indiscriminado à dados ou informações poderá prejudicar direito ou interesses de terceiros privados e do próprio interesse estatal, o que demanda um estudo à parte, conforme ficou registrado neste trabalho.

### **Breves Anotações Comparativas Na Lei De Acesso A Informação**

A chamada Lei modelo surgiu de uma sequência de reuniões e trabalhos ligados à relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Esta CIDH é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Tem sua sede em Washington, D.C. O outro órgão é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, Costa Rica. Dessas reuniões surgiu a chamada Lei Modelo de Acesso à Informação conforme constante no sítio do ente:

Relatoria Especial foi criada pela CIDH em outubro de 1997, durante o seu 97º Período de Sessões, por decisão unânime de seus membros. A Relatoria Especial foi estabelecida como um escritório permanente e independente que atua dentro do marco e com o apoio da CIDH [...] Em matéria de acesso à informação, a Assembleia Geral realizou diversos pronunciamentos respaldando o trabalho da Relatoria Especial, e instou à adoção de suas recomendações” [...]AG/RES. 2607 (XL-O/10) LEI MODELO INTERAMERICANA SOBRE O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA (Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 8 de junho de 2010) A ASSEMBLÉIA GERAL, RECORDANDO a resolução AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), Acesso à informação pública: Fortalecimento da democracia, a qual recomenda a elaboração de uma lei modelo sobre o acesso à informação pública e um guia para sua implementação, em conformidade com as normas internacionais nessa matéria; RECORDANDO TAMBÉM que o Plano de Ação da Terceira Cúpula das Américas, realizada na Cidade de Québec em 2001, assinala que os governos assegurarão que suas legislações nacionais sejam aplicadas de igual maneira a todos, respeitando a liberdade de expressão e o acesso de todos os cidadãos à informação pública; RECORDANDO

AINDA que na Declaração de Nuevo León da Cúpula Extraordinária das Américas, realizada na Cidade de Monterrey, em 2004, os Chefes de Estado e de Governo manifestaram seu compromisso de estabelecer os quadros jurídicos e normativos, bem como as estruturas e as condições necessárias para garantir o direito de acesso à informação pública; LEVANDO EM CONTA que a Secretaria-Geral, a fim de cumprir o mandato constante da resolução AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), estabeleceu um grupo de peritos, do qual participaram representantes da Comissão Jurídica Interamericana, da Relatoria Especial sobre Liberdade de Expressão, do Departamento de Modernização do Estado e Boa Governança (cujo nome atual é Departamento de Gestão Pública Efetiva) e do Departamento de Direito Internacional, bem como peritos em acesso à informação de alguns países e da sociedade civil; e ACOLHENDO a apresentação da Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação e seu guia de implementação à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente, em 29 de abril de 2010, RESOLVE: 1. Tomar nota da Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação, documento CP/CAJP-2840/10 corr. 1, que faz parte desta resolução, bem como de seu guia de implementação, constante do documento CP/CAJP-2841/10. 2. Reafirmar, no que for aplicável, os mandatos constantes da resolução AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), Acesso à informação pública: Fortalecimento da democracia. Nesse sentido, dispor que na sessão especial programada para o segundo semestre de 2010 sejam consideradas a Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública e as observações dos Estados membros relativas a essa Lei.

A AG/RES. 2607 (XL-O/10) Lei Modelo Interamericana Sobre O Acesso À Informação Pública, veio trazendo diretrizes para os países que implementem a lei, sobretudo com base no estudo feito na Relatoria Especial<sup>27</sup>, que na apresentação do relatório registrou.:

---

<sup>27</sup>

<http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf> acesso em 27 de dezembro de 2015.

El acceso a la información constituye una herramienta esencial para combatir la corrupción, hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de nuestras democracias, signadas por una cultura de secretismo y por organismos públicos cuyas políticas y prácticas de manejo físico de la información no están orientadas a facilitar el acceso de las personas a la misma. El reconocimiento del acceso a la información como derecho humano ha ido evolucionando progresivamente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. El sistema interamericano de derechos humanos ha cumplido en ello un rol fundamental. Hace menos de un año la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Claude Reyes y otros, marcó un hito jurisprudencial al constituirse en el primer tribunal internacional en reconocer que el acceso a la información es un derecho humano que forma parte del derecho a la libertad de expresión. Previamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión venían impulsando avances en la materia a través de sus diferentes mecanismos de trabajo. El objeto del presente Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, es contribuir a facilitar la comprensión del derecho de acceso a la información, su alcance y sus límites y constituirse en una herramienta útil de trabajo en las actividades de promoción del derecho de acceso a la información. Es fundamental que funcionarios públicos, particulares, organizaciones no gubernamentales, periodistas, medios de comunicación, estudiantes universitarios y demás actores sociales conozcan en profundidad el alcance de este derecho y las implicaciones nacionales e internacionales de su reconocimiento como derecho humano. Difundir los avances sobre la materia es un paso esencial para la construcción de sociedades en donde el acceso a la información sea, además de un derecho humano reconocido, un derecho efectivo en la práctica democrática cotidiana. Asimismo, esperamos que este estudio pueda ser utilizado por los Estados como una fuente a tomar en cuenta para adoptar o modificar sus legislaciones y prácticas sobre la materia, así como para crear programas de capacitación para funcionarias y funcionarios públicos y usuarios de las instituciones estatales. Hago constar mi agradecimiento al compro-

metido personal de la Relatoría Especial que colaboró de manera entusiasta en la realización del presente trabajo.

A lei Modelo está dividida em 08 grande partes da seguinte forma: PARTE I (definições, alcance, finalidade, direito de acesso e interpretação); PARTE II (medidas de promoção da abertura do acesso); PARTE III (acesso à informação e poder das autoridades públicas); PARTE IV (exceções); PARTE V (apelações); PARTE VI (a comissão de informação); PARTE VII (medidas de promoção e cumprimento); PARTE VIII (disposições transitorias);

As leis do Brasil e de Honduras contemplam, de uma maneira geral, os parâmetros da Lei Modelo, onde os dilemas que merecem análises tratam de aspectos políticos, administrativos e jurídicos, bem registrado no trabalho de MICHENER (2011)<sup>28</sup>,

O Dilema Político Embora os custos financeiros da liberdade de informação sejam consideráveis, em geral se reconhece que ela economiza bem mais dinheiro público ao evitar o desperdício, a ineficiência e condutas ilegais do que é necessário para a sua operação. Assegurar os recursos adequados depende de encorajar o compromisso dos líderes.[...] O Dilema Administrativo O dilema administrativo primário consiste em volumes impressionantes de trabalho relacionado à informação pública. Os desafios podem ser descomunais: na Índia os cidadãos deram entrada em cerca de dois milhões de solicitações, nos primeiros dois anos e meio subsequentes à promulgação da lei de acesso à informação. O acúmulo de pedidos pendentes leva a atrasos no fornecimento das informações aos solicitantes e prejudica a utilidade dos sistemas de acesso à informação pública. De acordo com alguns especialistas, a tecnologia agravou o problema. Da mesma maneira, especialistas insistem que a culpa do acúmulo se deve, em parte, a sistemas de processamento de informação antiquados e desarticulados, em contraste com o número de solicitações.[...]O

---

<sup>28</sup> Liberdade de Informação: uma Síntese dos Dilemas de Conformidade suas Possíveis Soluções, Greg Michener Ph.D. em Ciência Política pela Universidade do Texas, Austin, disponível e acessado em 23 dezembro de 2015, [http://artigo19.org/doc/Estudos%20em%20Liberdade%20de%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20\(web\).pdf](http://artigo19.org/doc/Estudos%20em%20Liberdade%20de%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20(web).pdf)

Dilema do Solicitante As leis de liberdade de Informação foram projetadas para satisfazer as necessidades dos cidadãos. As críticas dos ativistas do direito à informação, com relação à legislação de divulgação, são bem conhecidas; a maior parte da literatura sobre conformidade é escrita por defensores. Mas os solicitantes também devem partilhar parte da culpa pelo fracasso de políticas de acesso. A queixa mais comum sobre os solicitantes é que eles não fazem a lição de casa. Eles fazem solicitações ambivalentes ou excessivamente amplas.[...] Os Dilemas dos Órgãos de Supervisão A supervisão assegura que as leis de acesso funcionem adequadamente e encorajam o reconhecimento da transparência como prioridade. Embora os modelos de supervisão híbridos estejam se tornando cada vez mais comuns, três tipos principais de modelos de supervisão são os mais preponderantes [..]

Utilizando-se do índice do *Global Right to Information Rating (RTI Rating)* - classificação já mencionada - percebe-se que Honduras ficou em um cenário mais desfavorável à implementação de Acesso à Informação do que o Brasil.

Apesar dos pontos destacados como, a criação de um “sistema de Acesso à Informação”, “criação de um órgão/instituto independente de Acesso à Informação” e, por fim, a previsão expressa de um artigo indicando a “promoção de uma cultura de transparência”, Honduras reflete nossa discussão sobre a necessidade de analisar a prática de como é feita.

Ao nosso sentir, formalmente a lei de Honduras parece contemplar situações de maior efetividade ao acesso da informação, o que não ocorre na prática.

Por outro lado, o Brasil possui amplo detalhamento sobre situações excepcionais de quando não dá o acesso à informação, o que, em linha de princípio poderia sugerir um retrocesso, o que, na prática, não é, de acordo com os índices que utilizamos para este trabalho.

Nos quadros abaixo é possível verificar uma proposta de análise comparativa entre as legislações de acesso a informação. O tema ainda merece estudos e maiores reflexões, no entanto, os diversos desafios já enfrentados de alguns estudos devem ser levados em conside-

ração. A importância do tema Acesso à Informação é por demais relevante, guardando íntima relação com princípios republicano e democráticos, senão vejamos o gráfico abaixo.

<b>Brazil</b>		
<b>Section</b>	<b>Max Score</b>	<b>Score</b>
<a href="#">Right to Access</a>	6	6
<a href="#">Scope</a>	30	29
<a href="#">Requesting procedures</a>	30	19
<a href="#">Exceptions</a>	30	16
<a href="#">Appeals</a>	30	22
<a href="#">Sanctions</a>	8	3
<a href="#">Promotional measures</a>	16	13
<b>TOTAL</b>	<b>150</b>	<b>108</b>

Assim, Honduras e Brasil implementaram a Lei de Aces-

<b>Honduras</b>		
<b>Section</b>	<b>Max Score</b>	<b>Score</b>
Right to Access	6	2
Scope	30	23
Requesting procedures	30	13
Exceptions	30	12
Appeals	30	18
Sanctions	8	2
Promotional measures	16	13
<b>TOTAL</b>	<b>150</b>	<b>83</b>

so à Informação, e ambos com os seus dilemas próprios. Neste cenário, parece importante verificar como a intenção democrática pode ser implementada na esfera pública, como bem registro GILVAN (2012)<sup>29</sup>:

Em períodos de profundas transformações como esses hoje vividos, o melhor caminho para uma sociedade mais digna e justa passara pela viabilização de espaços para a participação de democrática de todos os concernidos, num incentivo à cidadania ativa e a participação de todos nas deliberações, implementações e na fiscalização dos programas de ação, dos projetos e das normas.

Nesse conjunto de ideias e reflexões, a sociedade buscará em cada tempo o seu equilíbrio do pêndulo, utilizando-se a expressão de autores como Ana Paula Barcelos<sup>30</sup>, para em cada momento estabelecer o equilíbrio entre o acesso da informação e o respeito a outras situações públicas e privadas.

### Considerações Finais

Acreditamos que esse trabalho pode colaborar para o início ou sequência de reflexões tratando dos temas que abordamos. Ficaram as reflexões sobre as causas das dificuldades, decorrente dos dilemas, dificuldades e pontos positivos da lei em ambos os países. A lei de Acesso a Informação no Brasil e em Honduras veio no contexto mundial de orientação de acesso de todos à dados e informações de órgãos públicos, onde explicamos neste artigo o contexto de surgimento de organizações para avaliar a legislação de países no que se refere o acesso à informação, como, por exemplo, as organizações *Access Info Europe* e *Centre for Law and Democracy*.

A criação de um sistema de informação pode propiciar uma melhor sistematização entre outros sistemas jurídicos, contábeis, legis-

---

<sup>29</sup> GILVAN Hansel, "Conhecimento, verdade e sustentabilidade: Perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos In *Incursões Interdisciplinares*: , In Ricardo Perlingeiro, Sandra Lucia Rabel, Rosa Ines de Novaes, Pensamento Brasileiro, 2012.

<sup>30</sup> [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2424](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2424)

lativos, incentivando uma unidade e evitando, por outro lado, contradição entre os diversos sistemas existentes.

Esperamos, por fim, que tenhamos contribuído para discussão sobre as discussões envolvendo o Acesso à Informação. Com essa contribuição esperamos que as instituições iniciem uma promoção de cultura do Acesso à Informação como modelo e consequência de um estado democrático de direito e com base no princípio Republicano.

Direito à informação é prevista em lei, e existem uma vontade internacional de inspirar códigos que de um lado fortalece o encaixe – na terminologia de Giddens- democrático (fé na democracia, inspiração de valores morais) aumentando confiança nas instituições elevando o nível moral de uma sociedade no sentido de criar padrões de bem viver em sociedade.

O acesso informação parece ser acompanhado, em suas leituras, com ritmo de mudança nítido que a era da modernidade põe em movimento, de acordo com a natureza das instituições modernas, que trata Giddens.

Em verdade, o mundo em que vivemos hoje é um mundo de informações que trafegam com rapidez, muitas das vezes podendo ser carregado e perigoso. Isto não pode servir para enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura, também mencionado por Giddens, ocasionando uma perda da crença no "progresso".

A ampliação e criação de metodologias democráticas, republicanas, transparentes, discursivas, não racionalizadas de forma irresponsável, das questões ligadas ao Acesso a Informação cria um cenário de confiança que impulsiona a evolução da sociedade atual.

## REFERÊNCIAS

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.



HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

\_\_\_\_\_. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro:

PERLINGEIRO, O Devido Processo Legal Administrativo E A Tutela Judicial Efetiva Um novo olhar?, Revista dos Tribunais on line. 2012

SOMMERMANN in PERLINGEIRO (codificação do direito à informação na América Latina) A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014

# ACESSO À INFORMAÇÃO E DEMOCRACIA

## **ALBUQUERQUE, André Lobianco de**

*Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense.*

*andre\_lobianco@id.uff.br*

## **GIGLI, Matheus Araujo**

*Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense.*

*matheusgigli@id.uff.br*

## **RAMADA, Paula Cristiane Pinto**

*Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense.*

*paularamada13@terra.com.br*

**Resumo:** O presente artigo tem como tema central o direito fundamental à informação oficial como instrumento para concretização do regime democrático. Nesse sentido, faz-se uma avaliação a respeito do papel do direito à informação, garantia jurídica indispensável aos cidadãos, na construção da democracia. Examina-se em que medida o acesso à informação governamental viabiliza o controle democrático das atividades prestadas pelo poder público, a fim de que se mantenham sólidos os princípios de democracia e transparência dos Estados Democráticos de Direito.

**Palavras-chave:** 1. Direito à informação 2. Democracia 3. Acesso à informação.

## INTRODUÇÃO

O direito à informação é o direito humano<sup>31</sup> fundamental de buscar e receber informações do Estado.<sup>32</sup> Trata-se de um expoente do direito à liberdade de expressão e pensamento, que estão previstos na Constituição Federal Brasileira<sup>33</sup> e são essenciais ao sistema democrático, em que o pluralismo de opiniões e a formação da vontade livre são vitais (MENDES, 2011).

De acordo com o Comitê Jurídico Interamericano (CJI) da Organização dos Estados Americanos (OEA):

O acesso à informação é um direito humano fundamental que estabelece que todos os cidadãos podem acessar a informação detida por órgãos públicos, sujeito somente a exceções limitadas, de acordo com uma sociedade democrática e proporcionais ao interesse que as justifique. Os Estados devem assegurar o respeito ao direito de acesso à informação, adotando legislação apropriada e colocando em prática os meios necessários para a sua implementação.<sup>34</sup>

Uma vez qualificado como um direito humano fundamental, urge destacar a disposição de direitos dessa natureza no ordenamento internacional e a forma como essa designação contribui para ampliar os efeitos desse instituto legal. Os direitos humanos são entendidos como direitos essenciais ao ser humano e têm sua motivação na missão garantidora do Estado – e do Direito – de proteger a liberdade dos cidadãos frente às transformações sociais impostas pela cons-

---

<sup>31</sup> Paulo Siqueira Junior e Miguel Oliveira comenta que “os direitos humanos são aquelas cláusulas básicas, superiores e supremas que todos indivíduo deve possuir em face da sociedade em que está inserido. São os oriundos das reivindicações morais e políticas que todos ser humano almeja perante a sociedade e governo. Nesse prisma, esses direitos dão ensejo aos denominados direitos subjetivos que em cada momento histórico concretiza as exigências de dignidade, igualdade e liberdades humanas”. (SIQUEIRA JR.; OLIVEIRA, 2009).

<sup>32</sup> Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 19. Disponível em: <https://bit.ly/1O8f0nS>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1998. Art. 5, IV. Disponível em: <http://bit.ly/1blJ9XW>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>34</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 1.

tante alteração da realidade na qual determinada sociedade se insere. Essas condições nas quais se inserem os direitos humanos salientam sua aplicação gradual e, muitas vezes, perene, posto que só encontram base forte para se solidificar quando acompanhados de adesão aos movimentos sociais que os reivindicuem (FONSECA, 1999), em atenção às necessidades de cada época da história. Dessa forma, verifica-se a determinação dos direitos humanos de acordo com sua correlação e interdependência com a democracia e o desenvolvimento humano, em um cenário jurídico-político no qual o principal sujeito de direito é o indivíduo, e, não mais, o Estado (KOERNER, 2003).

É possível ainda traçar um paralelo entre o direito à informação<sup>35</sup> e as três principais gerações de direitos humanos. Na esfera da primeira geração de direitos humanos, por exemplo, o direito à informação se faz presente mediante a garantia do indivíduo se expressar e emitir opiniões. Na segunda geração, por sua vez, este instituto é observado sob a ótica do dever estatal de difundir informações de forma rotineira e proativa. Por fim, na terceira geração, o direito à informação se exprime pela garantia do direito do cidadão de dispor dos meios para buscar e requerer informações do governo através das vias possíveis (BARROS, 2008).

O direito à informação é, à vista disso, um direito basilar, tido como uma garantia jurídica indispensável para que os cidadãos possam exercer sua participação nas tarefas públicas. Esse fundamental, ademais, está associado à transparência da gestão pública e visa à formação de uma opinião pública livre, que, por sua vez, é um dos pilares de uma sociedade democrática.

É importante destacar também que para o Comitê Jurídico Interamericano, “o direito fundamental de acesso à informação se refere a toda informação significativa, cuja definição deve ser ampla, inclu-

---

<sup>35</sup> Evolução histórica legislativa do direito à informação: primeira nação a introduzir a legislação sobre liberdade de imprensa e direito à informação foi a Suécia em 1766; segunda nação a introduzir a legislação sobre a liberdade de informação foi a Colômbia em 1888; a terceira nação a introduzir legislação de liberdade de informação foi a Finlândia em 1919; a quarta nação a introduzir legislação de informação foi os Estados Unidos em 1966 (LAMBLE, 2002).

indo toda aquela que é controlada e arquivada em qualquer formato ou meio”<sup>36</sup>.

No Estado brasileiro, o acesso à informação está consagrado na Constituição Federal como um direito fundamental autônomo,<sup>37</sup> posto que independe de outros direitos fundamentais.

## 1. A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA<sup>38</sup>

Na história das sociedades contemporâneas<sup>39</sup>, como foram constituídas ao longo do tempo, a informação, de modo geral, sempre figurou como elemento importante para a administração do governo e manutenção não só do controle, mas também do poder social. Somado a isso, o modo como a parcela da população detentora do poder gerenciava e disseminava a informação aos demais membros da sociedade sempre foi, em certa medida, um fator determinante no que diz respeito ao grau de maturidade democrática à qual a nação estaria submetida, posto que o compartilhamento de informações expressa o compartilhamento de poder.

Sobre a democracia representativa, Norberto Bobbio comenta exemplificativamente alguns problemas, como: a globalização, o poder invisível e fato que os cidadãos não foram educados para a democracia. A globalização transformou-se mais complexa na socie-

---

<sup>36</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 3.

<sup>37</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, XXXIII; 37, §3º, II e 216, §2º. Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Art. 37, § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII. Art. 216, § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

<sup>38</sup> Modelo democrático adotado pelo Brasil, pela Constituição da República de 1988.

<sup>39</sup> A medida que os novos meios de comunicações passam a ser utilizada rotineiramente pelos Governos, disponibilizando um aumento de informações, possibilidade o crescimento da participação do cidadão e da viabilidade da Sociedade de Informação.

dade por meio do desenvolvimento tecnológico, dessa forma, surgindo um conflito entre a democracia e a tecnologia, em que somente podem participar do governo e tomar decisões quem possuir conhecimento específico. No poder invisível, as ações dos governantes permanecem secretas e alheias aos governados, de modo que não há recursos para fiscalizar os atos dos governantes. Na última problemática, permanecem indiferentes à política, sem se ater a real importância da participação ativa e consciente nos moldes da democracia (BOBBIO, 2000).

A estreita relação entre o direito à informação – segundo o qual, em resumo, todos os cidadãos podem acessar as informações detidas por órgãos públicos – e a democracia se enfatiza quando se observa os atributos desse regime político, a exemplo do respeito aos direitos políticos dos cidadãos, exigindo o cumprimento das prerrogativas de transparência; e da submissão do Estado ao poder democrático da sociedade, figura legítima para averiguar a gestão dos investimentos e gastos públicos. Nesse sentido, Leidiane Jardim argumenta que a sustentação do regime democrático está sujeita à prática dos fundamentos da liberdade e da igualdade. Segundo a autora: “o conceito a ser dado aos ideais de liberdade e igualdade passa pelo conceito de cidadania, de forma que a democracia só será realmente vivenciada se houver uma cidadania incondicional. E essa cidadania implica em uma maior participação popular” (LEIDIANE, 2018). Por certo, a democracia representativa propicia uma maior participação do povo na política, por meio da qual os cidadãos detêm a liberdade de escolher, por intermédio do voto, os governantes que exponham as propostas que sejam capazes de contribuir para com os interesses da coletividade.

A associação entre os elementos caracterizadores da democracia e o acesso à informação oficial torna-se, sob essa perspectiva, ainda mais clara. Isso porque, em regra, é inconcebível a concepção de um governo em que a população detenha a soberania nacional sem que os cidadãos disponham de informações acerca da Administração Pública, de modo a fiscalizar suas atividades. Nesse viés, à sociedade deve ser oportunizada, por exemplo, a observância dos objetos dos gastos públicos e a relação de providências de caráter legislativo, como

forma de garantir à população uma maior segurança quanto às práticas dos governantes, legitimando, assim, a representação política.

Nesse contexto, a democracia, sob a ótica liberal consolidada nos dois últimos séculos, propõe, conforme disciplina Manuel Castells:

[...] respeito aos direitos básicos das pessoas e aos direitos políticos dos cidadãos, incluídas as liberdades de associação, reunião e expressão, mediante o império da lei protegida pelos tribunais; separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário; eleição livre, periódica e contrastada dos que ocupam os cargos decisórios em cada um dos poderes; submissão do Estado, e de todos os seus aparelhos, àqueles que receberam a delegação do poder dos cidadãos; possibilidade de rever e atualizar a Constituição na qual se plasmam os princípios das instituições democráticas. E, claro, exclusão dos poderes econômicos ou ideológicos na condução dos assuntos públicos mediante sua influência oculta sobre o sistema político (CASTELLS, 2018).

É relevante acentuar também que, para o autor, a prosperidade da democracia requer a preservação da relação entre governantes e governados. Em vista disso, nota-se que o vínculo desejado entre o povo e seus representantes políticos está sujeito à efetivação de direitos fundamentais, a exemplo do direito à informação.

## 2. DESTINATÁRIOS DO DEVER DE ATENDER AO DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito de acesso à informação estende-se a todos os órgãos públicos, incluindo-se autoridades, legisladores, tribunais e entidades. Também estão vinculadas ao direito fundamental organizações que exercem funções públicas ou atuam em prol da Administração,<sup>40</sup> uma vez que persiste o dever de prestar informações sempre que forem recebidos e utilizados recursos públicos.

---

<sup>40</sup> Principles on the right of access to information. Ponto resolutivo 2.

A Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública, aprovada em 2010 pela Assembleia-Geral da OEA, prescreve que o dever de informação alcança:

Toda autoridade pública pertencente a todos os poderes do governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) e em todos os níveis da estrutura governamental interna (central ou federal, regional, provincial ou municipal); aplica-se também aos órgãos, organismos ou entidades independentes ou autônomos de propriedade do governo ou por ele controlados, atuando por poderes outorgados pela Constituição ou por outras leis e se aplica também às organizações privadas que recebem fundos ou benefícios públicos substanciais (direta ou indiretamente), ou que desempenham funções e serviços públicos, mas somente com respeito aos fundos ou benefícios públicos recebidos ou às funções e serviços públicos desempenhados. Todos esses órgãos deverão ter sua informação disponível [...]41

Vale ressaltar que, uma vez que inspirada na Lei Modelo Interamericana, da mesma forma configura-se a lei de acesso à informação do Brasil.<sup>42</sup>

É dever da Administração Pública, ainda, difundir informações sobre suas funções e atividades, independentemente de solicitações. Essas informações de interesse público devem ser concedidas de ofício, em uma base de rotina proativa, de modo a viabilizar o acesso compreensível à informação.<sup>43</sup>

### 3. PRINCÍPIO DA MÁXIMA DIVULGAÇÃO

---

<sup>41</sup> Model Inter-American Law on Access to Information. Art. 3º.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Arts. 1º e 2º. Disponível em: <http://bit.ly/1eKDwfY>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>43</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 4. Art.8º da Lei 12.527.



O direito fundamental à informação se baseia no princípio da máxima divulgação da informação por parte da gestão estatal. Nesse sentido, a transparência e o acesso à informação devem ser a regra geral, sujeita a reduzidas exceções,<sup>44</sup> necessárias em uma sociedade democrática. Paula Lúcia Martins esclarece que:

O direito de acesso à informação impõe duas obrigações sobre os governos. Primeiro, existe a obrigação de publicar e disseminar informações essenciais sobre o que os diferentes órgãos públicos estão fazendo. Segundo os governos têm a obrigação de receber do público pedidos de informação e respondê-los, disponibilizando os dados solicitados e permitindo que o público tenha acesso aos documentos originais indicados ou receba cópias dos mesmos (MARTINS, 2011).

Embora as leis brasileiras não se refiram expressamente ao princípio basilar da máxima publicidade, este deverá prevalecer na interpretação do direito à informação. Isso porque, no regime democrático, o poder público deve se sujeitar aos princípios implícitos de transparência e publicidade, que devem ser a regra de toda a atuação administrativa.

Neste norte, Guilherme Peña de Moraes leciona:

A atividade administrativa deve ser caracterizada pela transparência. A todos é assegurado o direito à obtenção de informações e certidões, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal, assim como o remédio do habeas data, para conhecimento ou retificação de dados pessoais, bem como anotação, contestação ou explicação, nos assentamentos de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (PEÑA, 2015).

Urge apontar, ainda, que a informação pública, posto que é produzida e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade, é entendida como um bem público que todo cidadão tem a garantia de acesso.

---

<sup>44</sup> Lei 12.527. Art. 3º, I. Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

O direito à informação figura, sob essa ótica, como um mecanismo para fortalecer o entendimento do Estado enquanto prestador de serviços ao cidadão, de modo que os órgãos públicos têm, em geral, o dever primordial de divulgar a informação.

#### 4. LIMITES DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Para o Comitê Jurídico Interamericano da OEA, as exceções ao direito de acesso à informação devem ser claras e fixadas por lei.<sup>45</sup> Trata-se do princípio da reserva legal, em que as restrições ao direito à informação, como todo direito fundamental, devem estar estabelecidas mediante lei formal como garantia de que não decorram do arbítrio do poder público. Desse modo, em razão do princípio da máxima divulgação, todas as informações são, em geral, públicas, exceto os casos expressamente definidos na legislação.

Cabe salientar, além disso, que o legislador deve ser o mais detalhado possível ao elaborar as exceções ao direito fundamental de acesso à informação, evitando normas genéricas ou vagas, de forma a reter a interpretação dos magistrados e evitar interpretações em poder das autoridades administrativas.

O ônus da prova para justificar qualquer negativa de acesso à informação deve caber à autoridade pública à qual a informação foi solicitada.<sup>46</sup> Dessa forma, a autoridade deverá, em suma, demonstrar e comprovar que a exceção é legítima e necessária numa sociedade democrática. Não está ao arbítrio das instituições do Estado, portanto, negar a outorga de uma informação. Os julgadores devem fundamentar a eventual negativa de prestação da informação, fornecendo as razões a favor de suas decisões e sustentando-as na Lei.<sup>47</sup> Se o requerente não concordar com a obstrução do acesso, deve ser previsto, ainda, um procedimento simples e célere para a apelação.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 6.

<sup>46</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 7.

<sup>47</sup> Lei 12.527. Art. 7º, §4º.

<sup>48</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 8.

Não obstante à preocupação do legislador em esclarecer o dever do Estado de prover o acesso às informações oficiais e justificar a eventual negativa – caso trate-se de uma hipótese de exceção – ainda podem ser observadas, no dia a dia, algumas práticas empregadas para manipular essa obrigação (BARROS, 2008). Sob a forma das chamadas “razões de Estado”, certas manobras, eticamente reprováveis, acabam se justificando sob o viés político. O Estado mente nas informações publicitadas com o objetivo de garantir o menor dos males. Essa prática da “mentira pública” requer, certamente, um controle posterior por parte do próprio governo, de modo a determinar se esse recurso foi empregado como estratégia política para evitar o pânico social ou, apenas, tendo como objetivo se preservar de interesses e requerimentos de terceiros.

Vale ressaltar também o emprego de dois procedimentos atribuídos à manipulação estatal: a desinformação e, sua antítese, o excesso de informação. A desinformação pode ser entendida como o fornecimento intencional de informações parciais ou, até mesmo, errôneas. De modo a exemplificá-la sob um recorte histórico, vale mencionar o período da Guerra Fria, em que, reciprocamente, as agências responsáveis pela espionagem dos Estados Unidos da América e da extinta União Soviética se dedicavam a propagar informações erradas sobre o adversário. O excesso de informação, a seu turno, figura como o extremo oposto da desinformação, sendo caracterizado pelo excesso em relação a informação solicitada pelo requerente, de modo a dificultar e inviabilizar a obtenção dos dados específicos reclamados (LINHARES, 2011).

## 5. O PAPEL DO DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

É importante apontar de início que o acesso à informação pública é uma importante ferramenta para o exercício da democracia, porquanto, é inviável construir um governo democrático se as infor-

mações de interesse da sociedade, permanecem sob sigilo dos governantes<sup>49</sup>. Nota-se, diante dessa premissa, que a circulação da informação conduz a uma maior transparência, contribuindo para aumentar a eficiência do poder público e diminuir a corrupção. Somado a isso, em um sistema democrático representativo e participativo a população exerce seus direitos constitucionais – a exemplo do exercício pleno do direito ao voto – mediante, especialmente, o livre acesso à informação.

De fato, o acesso à informação viabiliza o controle democrático dos atos emanados pelo poder público. Tobel, já em 1999, sustentava que:

A informação é o oxigênio da democracia. Se as pessoas não sabem o que está acontecendo em sua sociedade, se as ações daqueles que as governam forem ocultadas, então eles não podem tomar uma parte significativa nos assuntos da sociedade. Mas a informação não é apenas uma necessidade para as pessoas é uma parte essencial de um bom governo. Um mau governo precisa do segredo para sobreviver. Ele permite que a ineficiência, o desperdício e a corrupção prosperem. Como Amartya Sen, economista ganhador do prêmio Nobel, observou, não há fome em um país com governo democrático e uma imprensa relativamente livre. A informação permite que o cidadão possa escrutinar as ações do governo e é a base para um debate adequado e informado sobre tais ações (MENDEL,2018).

É preciso esclarecer que os Estados Democráticos de Direito imputam aos órgãos públicos o dever de atender ao Direito à informação e garantir os princípios da publicidade e transparência na Administração, como uma condição necessária para organizar a república democrática (PERLINGEIRO; DÍAZ; LIANI, 2016). Através do acesso à informação é possível tomar ciência da administração da máquina pública e, assim, participar de forma eficaz do processo democrático. Nesse viés, explica Rogério Gesta Leal que a difusão da informação no cotidiano seria a “única maneira legítima de propiciar ao cidadão se constituir como ator decisivo no espaço público” (LEAL, 2011).

---

<sup>49</sup> O artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura a liberdade de expressão e informação.

O direito fundamental à informação é entendido, sob essa égide, como um instrumento para a realização da democracia, posto que possibilita ao cidadão tomar conhecimento dos assuntos de interesse público e, dessa forma, emitir juízos críticos sobre o governo e as políticas públicas por ele empreendidas, viabilizando uma melhor escolha quanto aos seus representantes. Por isso, para que a sociedade possa cobrar e monitorar o poder público, é preciso que os cidadãos desfrutem, com qualidade, do acesso à informação oficial. Outrossim, as informações disponibilizadas devem ser claras e objetivas, ao entendimento de todos os cidadãos, para que a participação não seja restrita para um grupo determinado de pessoas.

É adequado pontuar ainda que, nos rankings internacionais, os países menos desenvolvidos figuram, de modo geral, entre os que apresentam leis de acesso à informação oficial mais bem elaboradas, ao passo que os mais desenvolvidos figuram entre os que possuem leis menos elaboradas. Prova disso, de um total de 110 estruturas legais, a lei da Alemanha foi avaliada na 104<sup>ª</sup> posição e a da Libéria na 8<sup>ª</sup> posição.<sup>50</sup> A lei brasileira de acesso à informação, por sua vez, foi avaliada em 22<sup>º</sup> lugar. Verifica-se, com isso, que há uma distinção entre a qualidade das normas de acesso à informação e a qualidade de aplicação das mesmas, o que gera desconfiança nas instituições e enfraquecimento da democracia, posto que o acesso compreensível à informação é um instrumento do regime democrático. Nesse contexto, Ricardo Perlingeiro salienta que “é igualmente fundamental que as leis gerais de acesso à informação, ao serem criadas, venham, simultaneamente, acompanhadas das referidas políticas públicas, sob pena de o direito à informação não passar de uma euforia efêmera” (PERLINGEIRO, 2016). Salienta-se, portanto, a necessidade de mecanismos promotores da efetivação da legislação, sob pena desta se tornar inócua.

Em resumo, o acesso à informação representa para o cidadão em uma forma de participar das decisões que lhe prejudicam de

---

<sup>50</sup> Centre for Law and Democracy. Global Right to Information Rating. Nova Scotia: CLD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2ghlTei>. Acesso em: 14 nov. 2018.

modo a fiscalizar a atuação de seus procuradores e também emitir opiniões, não ficando sua participação circunscrita à época das eleições. Trata-se de um exercício pleno dos direitos civis, políticos e sociais, objetivando combater com eficácia a corrupção e consolidar o Estado Democrático de Direito.

## 6. A LEI BRASILEIRA DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Com fundamento na substancial necessidade de acesso à informação, o Estado brasileiro caminhou no sentido da transparência governamental e constituiu sua legislação quanto ao acesso às informações oficiais, a Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011, quando estabeleceu ser a publicidade a regra e o sigilo, a exceção. Nesse contexto, a lei de acesso à informação do Brasil, que entrou em vigor no dia 16 de maio de 2012, figura como um importante instrumento de exercício da cidadania e fortificação do regime democrático, vez que viabiliza o controle das atividades prestadas pelos agentes públicos no exercício de suas atribuições, possibilitando uma maior participação da sociedade na vida política do país.<sup>51</sup> A referida lei garante a qualquer pessoa, física ou jurídica, de forma gratuita e sem exigência de motivo, a possibilidade de requerer informações relacionadas aos atos praticados pela Administração Pública, direta ou indireta, por qualquer dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e ainda pelas entidades privadas sem fins lucrativos que utilizem recursos públicos<sup>52</sup>, ressalvadas as hipóteses de sigilo legalmente estabelecidas.

---

<sup>51</sup> Lei 12.527. Art. 3º, V. Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

<sup>52</sup> Lei 12.527. Arts. 1º e 2º. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei: I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controla-

Nesse sentido, a lei brasileira de acesso à informação proporciona uma maior efetividade da gestão pública, visto que determinou aos órgãos públicos a obrigação de utilizar-se de todas as formas legítimas disponíveis para assegurar o acesso, sendo imprescindível manter informações de interesses públicos em sistemas oficiais da rede mundiais de computadores. Isso porque o acesso à informação oficial possibilita não só o monitoramento dos representantes políticos, como também a análise da eficácia das políticas públicas, dado que para garantir os direitos essenciais – como os direitos à saúde e educação – é preciso ter conhecimento, por exemplo, de como são definidos os orçamentos.

É importante destacar também que a lei determinou a criação do Sistema de Informação ao Cidadão, que está instalado nos vários órgãos e entidades públicas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Esse canal permite que qualquer interessado encaminhe um pedido de informação, acompanhe o prazo e receba a resposta da solicitação realizada. Trata-se de um insumo muito importante para a participação popular, ainda que a sociedade civil brasileira, em geral, não tenha o costume de demandar do Estado.

A fim de garantir a eficácia das normas relativas ao acesso à informação, o texto legal estabelece que cada órgão ou entidade da administração pública federal direta e indireta designará autoridade que lhe seja diretamente subordinada para assegurar o cumprimento do disposto na lei.<sup>53</sup> Vale analisar ainda que na ausência de autoridade

---

direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no **caput** refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

<sup>53</sup> Lei 12.527. Art. 40. No prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da vigência desta Lei, o dirigente máximo de cada órgão ou entidade da administração pública federal direta e indireta designará autoridade que lhe seja diretamente subordinada para, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, exercer as seguintes atribuições: I - assegurar o cum-

des dessa natureza, todo o arcabouço normativo e principiológico poderia vir a ruir.

A vasta amplitude do escopo da lei brasileira de acesso à informação – que se aplica ao Executivo, ao Legislativo, ao Judiciário, aos estados e municípios e às empresas estatais – é razoável na medida em que, na hipótese de exigibilidade de motivação aos requerentes ou de imposição de tarifas para a divulgação de informação pública, por exemplo, o direito à informação, a soberania popular e o sistema democrático estariam sendo violados.

Não se pode, à vista disso, negar a transcendental importância do direito e do dever de informação no atual contexto político-econômico brasileiro, especialmente enquanto forte mecanismo de combate à corrupção.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica claro, portanto, que o direito fundamental de acesso à informação fortalece o regime democrático. Sob tal perspectiva, o acesso à informação a respeito de dados governamentais é substancial para a busca de uma sociedade participativa e democrática, em razão de permitir aos cidadãos exercer sua participação nas tarefas públicas e exercitar plenamente seus poderes que emanam da soberania popular.

É evidente que existe uma relação de interdependência entre democracia e direito à informação, na qual o acesso à informação assume papel de vital importância na consolidação do sistema demo-

---

primento das normas relativas ao acesso a informação, de forma eficiente e adequada aos objetivos desta Lei; II - monitorar a implementação do disposto nesta Lei e apresentar relatórios periódicos sobre o seu cumprimento; III - recomendar as medidas indispensáveis à implementação e ao aperfeiçoamento das normas e procedimentos necessários ao correto cumprimento do disposto nesta Lei; e IV - orientar as respectivas unidades no que se refere ao cumprimento do disposto nesta Lei e seus regulamentos.



crático. Nesse contexto, o acesso à informação é não só um direito humano fundamental, mas também uma condição substancial ao sistema democrático, no qual é essencial a observação do princípio da máxima divulgação por parte do Estado. Se as ações daqueles que governam forem ocultadas, a população, como titular da soberania nacional, não poderá exercer seu controle democrático e ter um papel ativo no governo.

Dessa forma, é dever dos Estados promover políticas públicas visando fomentar o desenvolvimento da cultura de acesso à informação<sup>54</sup> – tanto do ponto de vista das autoridades administrativas, quanto dos cidadãos – e salientar a importância desse direito entre as pessoas, devendo garantir sua proteção. Os Estados devem, ainda, adotar medidas para implementação apropriada desse direito fundamental e ajustar as normas jurídicas às determinações deste. Assim, o acesso à informação pode realmente cumprir o seu papel de controle democrático da atuação dos entes públicos.<sup>55</sup>

A efetivação do direito fundamental à informação, expressamente previsto na Constituição brasileira<sup>56</sup>, mostra-se, pela análise realizada, como uma ferramenta essencial à construção da democracia.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Lucivaldo. *O Estado (IN)TRANSPARENTE: limites do direito à informação socioambiental no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad.de Marco Aurélio Nogueira. 10.ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani.6.ed. Rio de Janeiro:Campus, 2000.

---

<sup>54</sup> Lei 12.527. Art. 3º, IV.

<sup>55</sup> Principles on the right of Access to information. Ponto resolutivo 10.

<sup>56</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Arts. 5, XXXIII; 37, §3º, II e 216 §2º.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1998. Disponível em <http://bit.ly/1blJ9XW>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://bit.ly/1eKDwfY>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: A crise da democracia liberal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Centre for Law and Democracy. Global Right to Information Rating. Nova Scotia: CLD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2ghITei>. Acesso em: 14 nov. 2018.

COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. Principles on the right of Access to information. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). 7 de agosto de 2008. Disponível em: <http://bit.ly/1nSf3fu>. Acesso em: 14 jun. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: <https://bit.ly/1O8f0nS>. Acesso em: 17 set. 2018.

FONSECA, Maria Odila. *Informação e direitos humanos: acesso às informações arquivísticas*. Ciência da Informação, Brasília, v. 28, n. 2, p. 146-154, 1999.

JARDIM, Leidiane Mara Meira. *Os pilares do estado democrático de direito em Âmbito Jurídico*, Rio Grande, maio de 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2NJWY0>. Acesso em: 12 jul. 2018.

KOERNER, Andrei. O papel dos Direitos Humanos na Política Democrática: uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, v. 18, n. 53, p.143-157, out. 2003.

LAMBLE, Stephen. *Freedom of Information, a Finnish Clergyman's Gift to Democracy*. *Freedom of Information Review*, n.97, p.2-8, fev. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/2QUdh8i>. Acesso em: 9 set. 2018.

LEAL, Ricardo Gesta. A difícil relação entre o direito fundamental à informação e o acesso aos documentos produzidos pelo regime militar brasileiro. *Revista de Direito Brasileira*, Brasília, v. 1, p. 141-172, 2011.

LINHARES, Fernando Moura. *Direito de Acesso às Informações Públicas na Sociedade Contemporânea*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito

Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MARTINS, Paula Lígia. *Acesso à informação: Um direito fundamental e instrumental*. Acervo: Rio de Janeiro.

MENDEL, Toby. *The Public's Right to Know. Principles on Freedom of Information Legislation*. London: ARTICLE 19, 1999. Disponível em: <http://bit.ly/11YHR4n>. Acesso em: 17 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Érica de Lourdes. A lei de acesso à informação como instrumento de fortalecimento da democracia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3872, 6 fev. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2OnEQtG>. Acesso em: 14 jun. 2018.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional – 7. Ed.* – São Paulo: Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Model Inter-American Law on Access to Information. AG/RES. 2607 (XL-O/10). 8 de junho de 2010. Disponível em: <http://bit.ly/1nrF2hU>. Acesso em: 14 jun. 2018.

PERLINGEIRO, Ricardo. Euforia e preocupações sobre as tendências do direito à informação oficial na América Latina. *Revista CEJ (Brasília)*, v. 70, p. 130-135, 2016.

PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016.

RUE, Letícia de La. *A lei de acesso à informação no poder legislativo brasileiro dentro do contexto da sociedade informacional: perspectivas para a democracia*. Disponível em: <https://bit.ly/2pzfwfW>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SIQUEIRA Jr., Paulo H. S.; OLIVEIRA, Miguel A. M. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

# ALIMENTAÇÃO E SAÚDE EM CONVERGÊNCIA: uma análise das obrigações correlativas do Estado na promoção do direito humano à alimentação adequada

## **Daniela Juliano Silva**

*Doutora (2015-2018) e Mestra (2013-2015) em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense*  
*danjulsil@yahoo.com*

## **Tauã Lima Verdan Rangel**

*Doutor (2015-2018) e Mestre (2013-2015) em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense*  
*taua\_verdan2@hotmail.com*

**Resumo:** É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Em âmbito internacional, a partir de 1994, com a Declaração de Roma, o direito à alimentação passou a figurar como direito humano e pautado no trinômio disponibilidade, acessibilidade e adequação. Em relação à disponibilidade do alimento, destaca-se que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Pressupõe-se, em relação à disponibilidade alimentar, que o direito reclama uma alimentação natural, com o mínimo de acréscimo de pesticidas e similares, tal como o combate aos transgênicos. No debate acerca dos alimentos transgênicos, sobretudo sua utilização na afirmação do direito em comento, há defensores que entendem que aqueles serviriam para subsidiar a materialização do direito em comento, porquanto seriam capazes de colocar

fim à fome, em especial nos países em que essa é extrema e alcançam índices alarmantes, tal como poderá influenciar diretamente no barateamento dos gêneros alimentícios. Ocorre, porém, que o direito à alimentação não deve ser encarado como sinônimo de utilização de qualquer fonte alimentar, mas sim gêneros que sejam quantitativamente e qualitativamente detentores de condições mínimas, residindo em tal debate o artigo proposto.

**Palavras-chave:** Segurança Alimentar e Nutricional. Direito Humano à Alimentação Adequada. Efetivação.

## INTRODUÇÃO

Josué de Castro (2003, p. 79), sobre a fome, especificamente na região nordeste do país, já discorreu que ela não atua apenas sobre os corpos das vítimas da seca, consumindo sua carne, corroendo seus órgãos e abrindo feridas em sua pele, mas também atua sobre seu espírito, sobre sua estrutura mental, sobre sua conduta moral. Mais que isso, há que se destacar que nenhuma calamidade pode desagregar a personalidade humana tão maciçamente e num sentido tão nocivo quanto à fome, quando alcança os verdadeiros limites da inanição. Sobre a influência da imperiosa necessidade de se alimentar, os instintos primários são despertados e o homem, como qualquer outro animal faminto, demonstra uma conduta mental que pode parecer das mais desconfortantes. Jean Ziegler (2013, p. 32), em mesmo sentido, já colocou em destaque que “dolorosa é a morte pela fome. A agonia é longa e provoca sofrimentos insuportáveis. Ela destrói lentamente o corpo, mas também o psiquismo”.

Inexoravelmente, a questão da fome fundamenta-se em conceitos de incidência específicos, desdobrados na *fome aguda* e na *fome crônica*. A primeira equivale à urgência de se alimentar, a um grande apetite, e não é relevante para a discussão proposta no presente. Dou-

tro aspecto, a fome crônica, permanente, a que subsidiará a pesquisa apresentada, ocorre quando a alimentação diária, habitual, não propicia ao indivíduo energia suficiente para a manutenção do seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. A fome crônica e permanente é capaz de provocar um sofrimento agudo e lancinante no corpo, produzindo letargia e debilitando, gradualmente, as capacidades mentais e motoras. Trata-se da marginalização social, perda da autonomia econômica e, evidentemente, desemprego crônico pela incapacidade de executar um trabalho regular. Inevitavelmente, conduz à morte. Ao lado disso, cuida ponderar que Oliveira *et all* sustentam que a fome crônica “é um fenômeno que possui elementos socioeconômicos e culturais: insatisfeita, prolongada ou apenas parcialmente saciada, cria vulnerabilidades e muitas vezes se traduz em importantes patologias” (2009, p. 415).

A complexidade do tema, segundo Maluf (2003, p. 53), fomenta maior discussão quando se estabelece como pilar inicial o fato de que a alimentação humana se dá em uma interface dinâmica entre o alimento (natureza) e o corpo (natureza humana), realizando-se integralmente apenas quando os alimentos são transformados em gente, em cidadãos e cidadãs saudáveis. A situação é agravada, sobretudo no território nacional, em decorrência do antagonismo existente, pois, conforme aponta Oliveira *et all* (2009, p. 414), o Brasil, na proporção que, sendo um dos maiores produtores de alimentos do mundo, ainda convive com uma condição social em que milhões pessoas se encontram, já que não tem plenamente assegurado o direito humano à alimentação adequada.

## **1 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL**

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares.

Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia, portanto, o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segu-



rança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Alimentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome. Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais. Estruturou-se, ainda, o ideário de que a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar, logo, apenas um desenvolvimento sustentável seria capaz de promover sua erradicação, melhorando, por consequência, o acesso aos alimentos.

É possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca

responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que “ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade” (2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. “Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2011, p. 11). Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos do conceito de segurança alimentar e nutricional foram se ampliando e passam, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o

entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersectorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Em tal cenário, verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se para o controle da base genética do sistema agroalimentar.

O diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Destaca Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. A locução supramencionada compreende a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais.

A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população. Está inserido na rubrica em análise a produção de conhecimento e

o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. A visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64/2010 responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento.

## **2 AS OBRIGAÇÕES CORRELATIVAS NA PROMOÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se apresenta apenas como uma obrigação moral dos Estados, mas substancializa uma obrigação de cunho jurídico, alicerçada nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o PIDESC. Ao contrário do que se verifica no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo reconhecimento e efetivação dão-se de imediato, de acordo com o §1º do artigo 2º e artigo 3º, os direitos contidos no PIDESC serão assegurados progressivamente pelos Estados. Assim, em relação à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, Flávia Piovesan acena para o desafio da construção de um paradigma, em que “o imperativo da eficácia econômica seja conjugado à exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2007, p. 47).

As obrigações correlativas dos Estados, a exemplo do direito humano à alimentação adequada, não se encontravam definidas no momento da adoção do PIDESC. Golay, porém, enfatiza que “elas o foram desde então, principalmente graças aos trabalhos de A. Eide, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Relator especial sobre o direito à alimentação” (GOLAY, 2009, p. 14). No Comentá-

rio Geral nº 12 foi retomada a definição apresentada pelo CDESC e acrescentou-se vários elementos sobre a definição de aludidas obrigações. As obrigações correlativas dos Estados encontram-se divididas em *jurídicas gerais*, previstas nos artigos 2º e 3º do PIDESC, e as obrigações *jurídicas específicas* dos Estados de respeitar, de proteger e de fazer cumprir esses direitos.

Ao se tornarem partes do PIDESC, os Estados assumem, igualmente, as obrigações preconizadas nos artigos 2º e 3º daquele, compreendendo a obrigação de garantir que o direito humano à alimentação será exercido sem discriminação<sup>57</sup> e de modo igual entre o homem e a mulher<sup>58</sup>, bem como a obrigação prevista no §1º do artigo 2º<sup>59</sup>. A obrigação de não discriminação foi definida pelos Princípios de Limburgo sobre a aplicação do PIDESC. O §2º do artigo 2º do Pacto foi reconhecido como de aplicação imediata e requer uma garantia explícita por parte de cada um dos Estados-Partes, bem como os motivos de discriminação mencionados na redação daquele dispositivo não são exaustivos. Em seu §37<sup>60</sup>, os Princípios de 1986 estabelecem que “al

---

<sup>57</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966b, p. 02. Artigo 2.º [omissis] 2. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação.

<sup>58</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966b, p. 02. Artigo 3.º Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar o direito igual que têm o homem e a mulher ao gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 02. Artigo 2.º 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

<sup>60</sup> *Idem*. Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2-6 junio de 1986, Maastricht, Países Bajos. Disponível em: <[http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/desc\\_07.pdf](http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/desc_07.pdf)>.

ratificar el Pacto, los Estados eliminarán *de jure* la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”

Golay (2009, p. 15), ainda, afirma que a obrigação de não discriminação *de jure* é cumprida fundamentalmente por medidas legislativas. Assim, no que atina ao DHAA, ela exige que os Estados promovam uma revisão em sua legislação com o objetivo de assegurar que ela não possua disposições discriminatórias em matéria de acesso à alimentação ou aos meios e aos serviços que viabilizem sua obtenção. Os Estados, portanto, deverão adotar leis específicas para promover o combate à discriminação, tal como abster de qualquer prática discriminatória. Tem-se, assim, que essa faceta da não discriminação substancializa a denominada isonomia formal, ou seja, garantia legislativa de ausência de discriminação entre os indivíduos.

Os Princípios de 1986, em seu §38, aludem que “se debería poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación *de facto* que resulte de una desigualdade en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recurso u otros factores”<sup>61</sup>. A obrigação da não discriminação *de facto* implica que os Estados deverão adotar medidas positivas para garantir um exercício isonômico do DHAA às pessoas ou aos grupos de pessoas histórica e socialmente discriminados. O §38 dos Princípios de Limburgo traz à tona a ideia de uma isonomia material, ou seja, a promoção de medi-

---

Acesso em 04 ago. 2018, p. 05. [...] ao ratificar o Pacto, os Estados eliminarão *de jure* a discriminação mediante a abolição imediata de toda legislação, regulação ou prática discriminatória (incluindo ações de omissão e comissão) que afetam o disfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais (tradução nossa).

<sup>61</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986, p. 05. [...] dever-se-ia colocar fim com toda a rapidez possível a qualquer discriminação *de facto* que resulte de uma desigualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais devido a uma escassez de recursos e outros fatores (tradução nossa).

das que, diante do caso concreto e considerando variáveis peculiares (sociais, históricas, econômicas, de gênero ou de etnia) inerentes a determinados grupos de pessoas, reclamem uma postura positiva para assegurar, no plano concreto, a prática.

Em complementação, o §39, de maneira expressa, clarificou a ideia de isonomia material supramencionada, estabelecendo que não se considerará discriminação a adoção de medidas especiais cujo único fim seja assegurar o progresso adequado de determinados grupos ou indivíduos que requerem a proteção necessária para assegurar a ditos grupos ou indivíduos igualdade no desfrute dos DESC. “Se uma proteção legislativa não existir contra a discriminação em relação às mulheres, essa proteção deverá ser elaborada e adotada” (GOLAY, 2009, p. 15). Além disso, o §39 ressalva que essas medidas devem ser empregadas enquanto perdurar a situação de desigualdade, logo, alcançados os objetivos planejados e eliminada a desigualdade, é essencial a abolição das medidas isonômicas materiais, com o objetivo de evitar uma situação de discriminação.

Os Princípios de 1986, em seu §45, ao estabelecer a interpretação a ser conferida a redação do artigo 3º do PIDESC, apontam para ter atenção ao conteúdo da Declaração e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, os outros instrumentos pertinentes e a as atividades realizadas pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, conforme dita a Convenção. A obrigação aludida pelo §1º do artigo 2 do PIDESC comporta uma abordagem tridimensional, a saber: (i) a obrigação de agir por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas; (ii) a obrigação de agir em vista de assegurar progressivamente o exercício pleno do DHAA; e (iii) a obrigação de agir, tanto por seu esforço próprio quanto pela assistência e pela cooperação internacionais, até o máximo dos recursos disponíveis.



O primeiro aspecto da obrigação, consistente em “adotar medidas [...] por todos os meios apropriados, inclusive em particular a adoção de medidas legislativas”, estabelece que todos os Estados têm a obrigação de começar, de maneira imediata a adotar medidas que persigam a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto. Os Estados utilizarão de todos os meios apropriados em nível nacional, o que inclui medidas legislativas, administrativas, judiciais, econômica, sociais e educacionais, coerentes com a natureza dos direitos, com o fim de cumprir as obrigações cominadas pelo PIDESC. O §18 dos Princípios de 1986<sup>62</sup>, ao promover a interpretação da primeira dimensão da obrigação, reconhece que as medidas legislativas, por si só, não são suficientes para assegurar o cumprimento do PIDESC. Contudo, é oportuno anotar que, de acordo ainda com o §1º do artigo 2º do Pacto, as medidas legislativas serão imprescindíveis quando a legislação em vigor violar as obrigações contidas no PIDESC.

A segunda dimensão da obrigação, “para assegurar progressivamente [...] a plena efetividade dos direitos”, requer que os Estados atuem com toda a rapidez possível para lograr a efetividade dos direitos. “Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad”<sup>63</sup>. A obrigação para “assegurar progressivamente” existe independentemente de qualquer aumento de recursos; requer, porém, a utilização eficaz dos recursos que estejam disponíveis. Golay, ainda, sustenta que “a obri-

---

<sup>62</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986, p. 03. 18. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto. Sin embargo, se debe de notar que conforme al artículo 2(1) a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viola las obligaciones adquiridas bajo el Pacto.

<sup>63</sup> *Ibid.* Sob nenhuma circunstância será interpretado de maneira que implique aos Estados terem o direito de adiar indefinidamente os esforços concebidos para assegurar a plena realização [dos DESC] (tradução nossa).

gação de realização progressiva implica ainda que toda medida regressiva seja dificilmente compatível com as obrigações do PIDESC” (GOLAY, 2009, p. 15). O §14 do Comentário Geral nº 12 afirmou que:

[...] A obrigação principal é aquela de adotar medidas para que se alcance, de forma progressiva, a total realização do direito à alimentação adequada. Isto impõe a obrigação de que isto seja feito de forma tão rápida quanto possível. Cada Estado fica obrigado a assegurar que todos que estão sob sua jurisdição tenham acesso à quantidade mínima, essencial, de alimento, que seja suficiente, nutricionalmente adequada e segura, para garantir que estejam livres da fome (CDESC, 1999, p. 03).

Os Estados têm, deste modo, a obrigação de agir de forma deliberada, concreta e trabalhando, de maneira rápida e eficazmente possível, para assegurar o pleno exercício do DHAA. Independentemente dos recursos e o nível de desenvolvimento do Estado, este deverá adotar medidas para assegurar o direito fundamental de estar ao abrigo da fome. Logo, há violação ao PIDESC quando um Estado não assegura o mínimo essencial necessário para que o indivíduo esteja ao abrigo da fome.

Em relação à segunda dimensão da obrigação, “até o máximo dos recursos que disponha”, os Estados têm a obrigação independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico, de assegurar o respeito aos direitos de subsistência mínima de todas as pessoas. A locução “até o máximo dos recursos de que disponha” se refere aos recursos próprios que o Estado possui, como também os recursos advindos da comunidade internacional, mediante cooperação e assistência internacional, como estabelece o §26 dos Princípios de 1986. “Se um Estado quiser alegar que limitações em matéria de recursos o colocam na impossibilidade de fazer cumprir o direito à alimentação, ele deverá demonstrar que não poupou nenhum esforço na utilização de todos os recursos” (GOLAY, 2009, p. 16), que se encontravam disponíveis para o cumprimento da obrigação.

De igual modo, o Estado deverá também demonstrar que se empenhou para obter um apoio internacional para garantir a disponibilidade e a acessibilidade da alimentação. Extrai-se, assim, que a dimensão da obrigação tem como ponto maior a cooperação e a assistência internacionais, ao qual estão submetidos os outros Estados Parte do PIDESC. A obrigação de cooperação e de assistência internacionais é impositiva para a realização do DHAA, que é o direito que os Estados mais se comprometeram a cooperar em direito internacional. O §30 dos Princípios de Limburgo afirma que a cooperação e a assistência internacionais devem se orientar para o estabelecimento de uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades previstos no PIDESC possam lograr sua plena realização. No Pacto, os Estados reforçam tal compromisso por três passagens distintas, a saber: no §1º do artigo 2º e nos §§1º e 2º do artigo 11.

Parcela considerável dos indivíduos que lutam para assegurar o acesso à alimentação o fazem empregando seus próprios recursos, individualmente ou em grupos. Partindo-se de tal cenário, surgiram as obrigações jurídicas específicas dos Estados de respeitar e proteger o acesso à alimentação. Assim, com o objetivo de auxiliar os indivíduos que ainda não possuem acesso a tais recursos e que, independentemente de sua vontade, não pode acessá-los, os Estados são detentores das obrigações de facilitar e garantir o DHAA, isto é, assegurar o seu cumprimento. Eide<sup>64</sup> foi responsável por estabelecer a tipologia das obrigações dos Estados de *respeitar, proteger e fazer cumprir* o direito à alimentação, sendo, posteriormente, retomada pelo CDESC e pelos Estados nas diretrizes sobre o DHAA.

---

<sup>64</sup> EIDE, Asbjørn. E/CN.4/Sub. 2/1999/12, de 28 de junio de 1999: El derecho a una alimentación adecuada y a no padecer hambre: Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide em cumplimiento de la decisión 1998/06 de la Subcomisión. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/138/16/PDF/G9913816.pdf?OpenElement>>. Acesso em 26 jul. 2017.

Em relação à obrigação de *respeitar*, Ziegler (2001, p. 07) sustenta que a governo não deve privar, de maneira arbitrária, as pessoas do DHAA, ou, ainda, estabelecer dificuldades para o acesso aos alimentos. Golay (2009, p. 17) assinala que a obrigação de *respeitar* é essencialmente uma obrigação de abstenção, logo, é a obrigação dos Estados de se absterem de tomar medidas que tenham efeito de privar os indivíduos de seu acesso à alimentação. “Abstenerse de realizar intervenciones que afecten las posibilidades de que las personas o las comunidades produzcan sus alimentos o accedan de manera legal, física o económica a los mismos”<sup>65</sup>. A obrigação de *respeitar* não implica, em um primeiro momento, a qualquer previsão orçamentária por parte do Estado, estando limitada à postura absenteísta e não intervencionista daquele em relação ao indivíduo ou a grupos sociais.

Como formar de violação à obrigação de *respeitar*, pode-se fazer menção ao governo que desaloja ou desloca, de maneira arbitrária, as pessoas de sua terra, em especial quando a terra é o meio fundamental de subsistência. Ziegler (2001, p. 07), ainda, afirma que configura violação se o Estado suprimir as disposições relativas à segurança social sem assegurar que as pessoas vulneráveis disponham de meios alternativos para alimentar-se ou, ainda, se o governo introduzir, de maneira consciente, substâncias tóxicas na cadeia produtiva alimentar, eis que o DHAA preconiza que o acesso a alimentos deve compreender àqueles livres de substâncias nocivas.

Já a obrigação de *proteger* reclama uma postura positiva, devendo o Estado zelar para que empresas ou pessoas não privem os indivíduos do acesso a uma alimentação adequada. Eide aponta que “es obligación del Estado ofrecer una activa protección contra otros

---

<sup>65</sup> JUSIDMAN-RAPOPORT, 2014, p. 89. Abster-se de realizar intervenções que afetem as possibilidades das pessoas ou das comunidades de produzirem seus alimentos ou acessarem de maneira legal, física ou econômica aos mesmos (tradução nossa).

elementos más vigorosos o combativos – o contra intereses económicos más poderosos”<sup>66</sup>. Trata-se, portanto, de um comportamento que impele ao Estado adotar uma postura de combate à fraude, a um comportamento contrário à ética nas relações comerciais e contratuais e contra a comercialização de produtos perigosos ou contaminados, em especial quando se considera que o DHAA requer o acesso a alimentos aptos ao consumo humano.

Golay (2009, p. 18) diz que essa obrigação se assemelha à obrigação de proteger os direitos civis e políticos, porquanto ela implica que os Estados implantem um quadro legislativo e institucional e um sistema judiciário apropriados para ofertar proteção ao DHAA. A função protetora assumida pelo Estado é ampliada, no que concerne ao DHAA, sobretudo em decorrência das obrigações advindas das obrigações contraídas no Pacto. No §15 do Comentário Geral nº 12, é explicitado que “a obrigação de proteger requer que medidas sejam tomadas pelo Estado para assegurar que empresas ou indivíduos não privem outros indivíduos de seu acesso à alimentação adequada” (CDESC, 1999, p. 03). Assim, a obrigação de *proteger* significa que o Estado atue em duas frentes distintas: (i) promulgar leis para evitar que pessoas ou organizações poderosas comprometam o DHAA; e (ii) estabelecer órgãos para investigar e proporcionar recursos eficazes para combater a violação do direito.

A obrigação de *fazer cumprir*, por sua vez, é aquela que mais se aproxima da obrigação preconizada no §1º do artigo 2 do PIDESC, consistente em agir, até o máximo de seus recursos disponíveis, com o objetivo de assegurar progressivamente o exercício pleno do DHAA por todos os meios apropriados, inclusive adoção de medidas legisla-

---

<sup>66</sup> EIDE, 1999, p. 17. [...] é obrigação do Estado oferecer uma ativa proteção contra outros elementos mais vigorosos ou combativos – ou contra interesses econômicos mais poderosos (tradução nossa).

tivas. “La obligación de satisfacer significa que el gobierno debe adoptar medidas positivas para individualizar a los grupos vulnerables y aplicar políticas para velar por que tengan acceso a una alimentación suficiente facilitando su capacidad de alimentarse por sí mismos”<sup>67</sup>. Para os Estados e para o CDESC, a obrigação significa que os Estados devem, em um primeiro momento, *facilitar* a realização do direito à alimentação, estabelecendo um ambiente que propicie ao indivíduo e aos grupos e alimentarem por seus próprios meios.

Em segundo lugar, os Estados devem *realizar* o direito à alimentação daqueles que não são capazes de se alimentarem, por razões independentes de sua vontade, promovendo a distribuição de alimentos ou implantando programas de proteção social. “Os Estados têm ainda a obrigação de *realizar* o direito à alimentação daqueles que não têm à (*sic*) longo prazo nenhuma possibilidade de ter acesso por seus próprios meios a uma alimentação adequada” (GOLAY, 2009, p. 18). Há que reconhecer que a obrigação vale para as pessoas detidas e para as crianças em situação de abandono. “Sempre que um indivíduo ou grupo está impossibilitado, por razões além do seu controle, de usufruir o direito à alimentação adequada com os recursos a sua disposição, os Estados têm a obrigação de satisfazer (prover) o direito diretamente” (CDESC, 1999, p. 03).

Assim, os Estados promoverão a implantação de sistemas de seguridade social, a fim de apoiar os membros mais vulneráveis da sociedade, a exemplo das pessoas idosas, as pessoas em emprego ou as pessoas deficientes (GOLAY, 2009, p. 18). Os sistemas de proteção social poderão ser elaborados sob formas monetárias ou alimentares. A obrigação de *realizar* deve existir em situações de desastres naturais ou,

---

<sup>67</sup> ZIEGLER, 2001, p. 07. A obrigação de satisfazer significa que o governo deve adotar medidas positivas para individualizar os grupos vulneráveis e aplicar políticas para zelar que tenham acesso a uma alimentação suficiente, facilitando sua capacidade de alimentar-se por si mesmo (tradução nossa).

ainda, provocados por causas diversas. Assim, os Estados deverão enviar um auxílio alimentar com maior rapidez possível às pessoas vulneráveis, sozinhos, ou, caso não disponham de mecanismos para isso, com o auxílio dos outros Estados, das agências das Nações Unidas e das ONG nacionais e internacionais.

## CONCLUSÃO

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e de maneira regular, a fim de que haja concretização do ideário de dignidade que reveste a vida humana. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional e direito humano à alimentação adequada. Denota-se que está se valendo da premissa de acesso de alimentos, o que é diferente de disponibilidade de alimentos, já que esses podem estar disponíveis, mas as populações mais pobres podem não ter acesso a eles, em decorrência da renda ou outros fatores.

Como conclusão, reconhece-se que as obrigações correlativas contraídas pelo Estado, ao se tornar signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais de 1966, desempenham especial importância na promoção dos direitos de cunho progressivo. Especialmente, tais obrigações asseguram que o direito humano à alimentação adequada, nas múltiplas órbitas, seja passível de oponibilidade ao Estado na função de garantidor e promotor de direitos humanos.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011.

CASTRO, Josué. *Fome: um tema proibido*. CASTRO, Ana Maria de (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. *Geografia da Fome*. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

CDESC. *Comentário Geral número 12: O Direito Humano à Alimentação* (art. 11). 26 abr.-14 mai. 1999, Genebra. Disponível em: <<http://www.sesc.com.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all*. Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. *Ciências e Saúde Coletiva*, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em 04 ago. 2018.

EIDE, Asbjørn. *E/CN.4/Sub. 2/1999/12, de 28 de junio de 1999: El derecho a una alimentación adecuada y a no padecer hambre: Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide em cumplimiento de la decisión 1998/06 de la Subcomisión*. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org>>. Acesso em 26 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *El derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre*. Disponível em: <<http://www.fao.org>>. Acesso em 04 ago. 2018.

GOLAY, Cristophe. *Direito à Alimentação e Acesso à Justiça: Exemplos em nível nacional, regional e internacional*. Roma: FAO, 2009. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/016/k7286p/k7286p.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2018.

HIRAI, Wanda Griep. *Segurança Alimentar: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas*. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

JUSIDMAN-RAPOPORT, Clara. El derecho a la alimentación como derecho humano. *In: Salud Publica de Mexico*, Ciudad de Mexico, v. 56,



supl. 1, 2014, p. 86-91. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx>>. Acesso em 04 ago. 2018.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. In: \_\_\_\_\_; WILKINSON, John (org.). *Reestruturação do Sistema Agroalimentar*. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

\_\_\_\_\_. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e Sociedade*, v. 12, n. 1, p. 51-60, jan.-jun. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

MOSS, Bob. *Genetically Modified Organisms (GMOs): Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology*, 2008. Disponível em: <<http://www.nature.com>>. Acesso em 04 ago. 2018.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. *Revista Nutrição*, n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <<http://www.scielo.br>> Acesso em 04 ago. 2018.

OLIVEIRA, Juliana Souza *et all*. Insegurança Alimentar e estado nutricional de crianças de São João do Tigre, no semi-árido do Nordeste. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, a. 12, n. 3, p. 413-423, 2009. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em 04 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso 04 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturales*. 2-6 junio de 1986, Maastricht, Países Baixos. Disponível em: <<http://www.derechos.org.ve>>. Acesso em 04 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução nº 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2018a.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembléa Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br>>. Acesso em 04 ago. 2018b.

PODESTÁ, O. P. G. de. *Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Município de Anchieta-ES*. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito Fundamental Social à Alimentação Adequada: Análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ZIEGLER, Jean. *Destruição em massa: geopolítica da fome*. PAULO NETTO, José (trad.). São Paulo: Cortez Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *E/CN.4/2001/53, de 7 de febrero de 2001: El Derecho a la Alimentación*. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc>>. Acesso em 04 ago. 2018.

# ANALISE CRÍTICA DA ÉTICA NO COMPLIANCE: EMANCIPAÇÃO E CONFIANÇA INSTITUCIONAL

**SILVA, Fábio Machado da**

Mestre em Direito no programa PPGJA -UFF  
profadm2001@yahoo.com.br

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de realizar uma análise crítica do instituto da *compliance* sob a ótica da emancipação social e da confiança. Para tanto, devemos compreender que a *compliance* pode ser concebida como um sistema abstrato de integridade que envolve múltiplas éticas e interesses. Com essa compreensão, passaremos a refletir, como esse sistema abstrato pode, de um lado, ocultar lógicas do mercado e outros sistemas e, de outro lado, proporcionar uma universalização de procedimento ético empresarial. Nessa linha de idéias, estabeleceremos discussões para conhecimento de como o *compliance* poderá inovar na construção e ampliação dos programas de integridade empresarial, resultando em uma colaboração para conhecimento do instituto e sua relação com as instituições administrativas públicas.

**Palavras-chave:** Direito, *compliance*, instituições.

## Introdução

O presente artigo se apresenta com o título A Função Compliance: Emancipação e Confiança Institucional e é parte de um projeto em construção relacionado ao tema. Por essa razão o leitor pode se deparar com algumas passagens fazendo referências a projeto e dados que não necessariamente estarão neste artigo, em razão de ainda não ter sido finalizada a análise dos dados coletados.

Isso não impede de o leitor ter as primeiras impressões do instituto, dentro da nossa proposta de trabalho, que ainda em fase de análise dos dados e pedido de informações complementares nos sítios de acesso a informação.

O instituto da compliance pode ser entendido como práticas e ações necessárias para o cumprimento dos regimentos exigidos por instituições, com base em leis e regulamentos.

Tal instituto, segundo Coimbra (2010) consiste em métodos de auditoria, previsão de conduta e valores de forma positiva. Os programas de compliance mapeiam os valores éticos de uma instituição e indicam se são condizentes com o cumprimento dos estatutos pré-estabelecidos. Em geral, tais programas possuem um rol de protocolos tais como, canal de denúncias, ouvidorias e outros recursos para minimizarem riscos de atitudes denominada anti-éticas.

Tal programa, embora recente no Brasil, é decorrente de melhorias verificadas em outros países como, por exemplo, os EUA, inicialmente na melhoria de condutas éticas.

No Brasil o compliance foi implementando por meio da Lei nº 12.683/12, nominada como Lei Anticorrupção, ao prever no seu artigo 7º, VIII a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Nessa linha, surgem alguns problemas que merecem ser discutidos na proposta deste artigo como, por exemplo, a indagação de como são elaboradas juridicamente as normas de condutas éticas para este programa.

Além disso, sob a ótica filosófica, cabe a reflexão a respeito dos parâmetros éticos discutidos entre todos os concernidos definidos pela legislação e repetidas nos programas de *compliance*.

É importante, da mesma forma, debater como a lei coloniza o mundo da vida para impor parâmetros éticos em tais programas.

Por fim, é necessário conhecer como tais programas de condutas éticas se apresentam para a conquista da confiança nas instituições, bem como os limites e possibilidades de representarem emancipação social de valores éticos de uma sociedade.

## ***Compliance*: Reflexões iniciais de um projeto em andamento**

O artigo tem como objetivo geral contribuir para uma reflexão à respeito da funcionalidade do processo de formação dos programas de *Compliance* no Brasil após o surgimento da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. O objetivo específico é debater em que medida podem se relacionar com a noção de confiança nas instituições e podem representar elemento de emancipação social.

Com tais objetivos, espera-se auxiliar a atividade de gestão pública na regulamentação dos programas de *compliance* de acordo com a nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), com base na conclusão da discussão travada sob a ótica da Ação Comunicativa e da Ética do Discurso de Habermas (1989).

Embora os programas de *compliance* sejam um instituto jurídico, este parece remeter às reflexões de ordem jurídico-filosófica para elaborar discussões em dois principais aspectos que estão interligados.

O referencial teórico a ser utilizado primeiro é o relacionado à confiança em Giddens (1991), e o segundo aspecto, ligado à emancipação social na plataforma de Habermas (1989).

O instituto da *compliance* pode ser entendido como práticas e ações necessárias para o cumprimento dos regimentos exigidos por instituições, com base em leis e regulamentos.

Tal instituto consiste em métodos de auditoria, previsão de conduta e valores de forma positiva. Os programas de *compliance* mapeiam os valores éticos de uma instituição e indicam se são condizentes com o cumprimento dos estatutos pré-estabelecidos. Em geral, tais programas possuem um rol de protocolos tais como, canal de denúncias, ouvidorias e outros recursos para minimizarem riscos de atitudes denominada anti-éticas.

Tal programa, embora recente no Brasil, é decorrente de melhorias verificadas em outros países como, por exemplo, os EUA, inicialmente na melhoria de condutas éticas.

No Brasil o *compliance* foi implementando por meio da Lei nº 12.683/12, nominada como Lei Anticorrupção, ao prever no seu artigo 7º, VIII a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Em breve síntese, são obrigações das instituições alertarem em detectar quaisquer atos ilegais contra a administração pública, objetivando prevenir corrupção, evitar problemas jurídicos e construir um cenário institucional/corporativo mais ético.

Na sequência vieram alguns diplomas legais, tais como a Lei nº 12.846.2013, a Lei da Empresa Limpa. Partindo da premissa que o *compliance* representa um programa de boas condutas, uma ferramenta que trata de definição de padrões éticos para as instituições surge alguns problemas de ordem jurídico-filosófico, cujas respostas poderão inovar no conhecimento de tal programa.

Nessa linha de problemas que devem ser discutidos vem, por exemplo, a indagação se como são elaboradas as normas de condutas éticas para este programa. Além disso. Surge a indagação de qual seria o limite a possibilidade de aplicação deste programa para órgãos público, tendo em vista que a lei trata inicialmente da aplicação para empresas privadas.

Tais indagações são importantes sob a ótica filosófica, tendo em vista que é necessário compreender em que medida os parâmetros éticos definidos pela legislação e repetidas nos programas de *compliance* foram discutidos entre todos os concernidos. Além disso é importante e inovador investigar como a lei coloniza o mundo da vida para impor parâmetros éticos. Da mesma forma é necessário conhecer como tais programas de condutas éticas se apresentam para a conquista da confiança nas instituições, bem como os limites e possibilidades de representarem emancipação social de valores éticos;

Nesta linha, investigar tais formas de colonização do mundo da vida com a noção de confiança e emancipação social é uma possibilidade que se apresenta.

Para a tarefa deste trabalho, o estudo da chamada ética cognitiva em Habermas parece ser um sólido caminho para análise do tema, considerando que sobre tal teoria existem farto material para análise e observação do instituto sob este viés filosófico.

De fato, não se encontra na teoria habermasiana o tratamento dos programas de *compliance*, no entanto, é uma opção de base filosófica para olhar o tema em questão.

Além da visão filosófica, as indagações jurídicas também são importantes, considerando a necessidade de colher elementos jurídicos debatidos sobre os programas de *compliance*. Um problema que surge é a viabilidade de ampliar o programa de *compliance* para os órgãos públicos considerando que vem crescendo sua utilização para esfera privada até o momento. A outra questão é como ocorreria um procedimento, sob a ótica habermasiana, para legitimar como válido e verdadeiro um programa de *compliance*.

Tais problemas podem ser solucionados buscando-se a resposta a tais indagações, partindo-se de uma plataforma jurídico-filosófica em habermas. O caminho para tais respostas é viável utilizando-se uma metodologia científica para análise que busquem inovação da análise com base na plataforma habermasiana, face à carência de estudos neste sentido, resultando em uma contribuição para a ciência.

A partir de uma visão jurídico-filosófica, procuramos compreender como funciona o processo de formação dos programas de *Compliance* no Brasil, levando-se em conta que os tais programas se constituem em mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, formando uma espécie de comportamento ético das instituições.

O termo *compliance*<sup>68</sup> é relacionado ao verbo inglês *to comply*, podendo ter a compreensão de estar em conformidade às normas in-

---

<sup>68</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013, p. 303

ternas e externas preestabelecidas pelo titular do poder. Surge como uma necessidade de existir um padrão de condutas éticas das instituições para prevenir desvios de corrupção e, de outro lado, avaliar melhor o grau de responsabilidade em caso de corrupção de alguém da instituição.

Tal procedimento tem como função principal garantir o cumprimento de processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração. A instituição que possui um programa de *compliance* acaba recebendo uma identidade de instituição mais ou menos ética, que interfere internamente e também no mundo externo.

Com essa interferência interna e externa do programa acaba surgindo os problemas de saber se reflete uma espécie de cultura ética das pessoas envolvidas no programa. Além disso, resta a necessidade de conhecer se a prática dos programas de *compliance* resultam em uma repetição de atitudes corretas que ingressam na identidade daqueles que participam ou integram o programa. Outra questão a ser respondida e se essa cultura de práticas corretas representam um fator de emancipação social.

Para o projeto que ora registramos nesse artigo trabalharemos com os programas de *compliance* da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

O trabalho se justifica em razão de um déficit na bibliografia encontrada, uma vez que os estudos acessados sobre o tema não lidam de modo adequado na investigação dos programas de *compliance* da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), sob o aspecto da filosofia de Habermas. O que parece resultar em problemas porque é importante o conhecimento de como tais programas impactam na confiança das instituições e na emancipação social.

Nessa linha, conjugar a análise do formato dos programas de *compliance* com alguns conceitos filosóficos de Habermas, especialmente no que diz respeito à confiança e emancipação social, provocará reflexões para melhor compreensão do instrumento anticorrupção.



A viabilidade da presente investigação ocorre porque todos os elementos presentes para a análise da formação da Colaboração Premiada podem ser encontrados na teoria habermasiana, tais como a noção de esfera pública, emancipação social, conformidade legal, colonização do mundo da vida, entre outras noções.

Embora os programas de *compliance* sejam um instituto jurídico, este parece remeter às reflexões de ordem jurídico-filosófica conforme explicamos acima. Tais questões envolvem a discussão sobre esfera pública, democracia, bem como sobre as questões ético-morais imbricadas no processo de construção deste programa.

Pretendemos, portanto, analisar o assunto dos programas de *compliance* em dois principais aspectos que estão interligados. O primeiro aspecto, relacionado à confiança e um segundo aspecto, ligado à emancipação social.

O primeiro aspecto relevante que surge para discussão objetiva investigar como os parâmetros éticos, condutas de funcionários servidores, e diversos outros elementos, encontram relação com a representação de confiança em uma instituição.

Outra reflexão que também surge nessa linha, que serão analisadas neste trabalho seria investigar como esses padrões éticos podem incorporar em uma cultura de atitude ética representando uma emancipação social do próprio mundo colonizado por outros padrões comportamentais.

Como é possível observar com as reflexões acima, discutir a o programa de *compliance* implica em analisar o próprio conceito e as teorias que o tema envolve.

A conclusão poderá indicar se é possível, e em que medida, utilizar tais programas para influenciar na confiança das instituições e emancipar os padrões éticos de uma sociedade

Para realizar o proposto neste trabalho e melhor compreender as questões então suscitadas, foi necessário utilizar a metodologia de pesquisa baseada em levantamento bibliográfico relacionado ao tema e analisar pontos conflitantes e convergentes entre os argumentos da

doutrina sob o tema. Além disso será necessário, a depender da evolução da pesquisa, de realização de entrevistas nas empresas instituições que já possuem inserido em sua rotina o programa de *compliance*.

A justificativa de tal metodologia é por conta da fundamentação teórica que tem como fio condutor a utilização das chamadas éticas intersubjetivas para a construção discursiva do almejado equilíbrio entre a necessidade de definição de parâmetros éticos e sua importância para o programa de *compliance*.

Para tanto foi utilizada, entre outras, obras de Jünger Habermas, aproveitando algumas noções como a noção de esfera pública, direito, legitimidade e ética-moral.

Para a tarefa pretendida com esta metodologia, sugerimos que o o trabalho seja dividido em três grandes partes. A primeira, onde será apresentado o instituto da *compliance*, partindo de uma análise estritamente jurídica, que poderá ser dividida em subitens, que contenha a origem, o ingresso e funcionamento no Brasil, bem como alguns dados numéricos sob os efeitos até agora surgidos com o programa.

Na segunda parte, poderão ser trazidas algumas leituras da *compliance* com análise de entrevistas e modelos, e como são formados os procedimentos de condutas éticas pelo *compliance*.

Por fim, no terceiro capítulo coube a reflexão da *compliance* sob dois ângulos, o da confiança e o relacionado a valores ético-morais para emancipação social, com base na leitura habermasiana.

Acredita-se que com tal averiguação será possível melhor entendimento do instrumento da *compliance*, bem como analisar a possibilidade de definir parâmetros ético-morais nos discursos norteadores da relação presente no programa de *compliance*.

A análise jurídico-filosófica da *compliance* é justificada pela necessidade de colher elementos para reflexões com base em conceitos postulados por Habermas em sua teoria. Esses conceitos de Habermas contribuem para análise da *compliance*, nos moldes proposto neste trabalho.

A justificação acima é reforçada pelo conhecimento trazido por Habermas sobre democracia, legitimidade e ato moral-ético em sua teoria. Acredita-se que a *compliance* envolve discussões sobre aspectos democráticos, da legitimidade e relacionados a ato ético-moral.

Vale registrar que a perspectiva apresentada não é a única abordagem possível do tema, mas apenas um recorte que ora se apresenta em nossa percepção como reflexão útil para avaliação de estudiosos da atualidade, com potencial de resultado positivo para a sociedade.

### **Uma proposta de reflexão filosófica no estudo da *Compliance*:**

O artigo tem como objetivo geral contribuir para a compreensão da funcionalidade do processo de formação dos programas de *Compliance* no Brasil após o surgimento da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

O objetivo específico é averiguar a fundamentação teórica dos programas de *Compliance*, bem como verificar em que medida se relacionam com a noção de confiança nas instituições e podem representar elemento de emancipação social.

Com tais objetivos, espera-se auxiliar a atividade de gestão pública na regulamentação dos programas de *compliance* de acordo com a nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), com base na conclusão da discussão travada sob a ótica da Ação Comunicativa e da Ética do Discurso de Habermas.

A reflexão filosófica justifica-se ainda porque a filosofia não é exclusiva do filósofo e seus conceitos são meios de apropriação para reconstruções de um conhecimento científico formando o que Habermas chama de “*poliglottismo da filosofia*” (HABERMAS, 1997a, p.9), que serve para tornar transparente alguns conceitos fundamentais, dentre os quais o que se trata nesse artigo.

Reforça a justificativa o fato de a filosofia trazer importantes estudos sobre a razão moral. Embora seja um tema com muitas variáveis

e um arcabouço de discussões, estudar como a moral pode ser domesticada por um senso institucional é importante para conhecer e evitar a repetição de horrores de uma “*não razão*” como ocorreu no último século, conforme explica Habermas (1997a, p.12).

Questiona-se a efetividade da definição prévia de padrões de conduta dos programas de *compliance* justificada pela dificuldade de definição de todas as hipóteses. A infinidade de casos e problemas que possam surgir pode ser relegada ao casuísmo e à livre deliberação de uma Ouvidoria ou de um departamento de comunicação social. O problema da construção discursiva dos posicionamentos verdadeiramente Morais é brilhantemente relatado por Habermas, como pode ser verificado a seguir (HABERMAS, 1997, p. 223-227):

Os discursos éticos e morais, por outro lado, não pressupõem posições dadas de antemão, mas um intercâmbio entre os cidadãos que constituem a opinião pública e seus delegados nos corpos legislativos, pois os interesses e referências de valores podem modificar-se discursivamente através do fluxo de informações e razões.

Dessa forma, a principal fundamentação teórica e o enfoque da pesquisa serão na utilização das chamadas éticas intersubjetivas para a construção discursiva do almejado equilíbrio entre a necessidade de existência dos programas de *compliance* e como são formados.

No que tange à utilização das éticas intersubjetivas citadas, nos valeremos também da utilização de conceitos afetos à ética Kantiana, mas a proposta em questão se fundamentará essencialmente no intersubjetivismo proposto por Habermas, essencialmente dialógico e que substituí o conceito monológico de razão prática proposto por Kant. Para efetivação do agir comunicativo Habermas propõe uma mudança de paradigma: da filosofia da consciência para a teoria da interação e da razão reflexiva para a razão comunicativa de ação comunicativa real. Os pressupostos da ética do discurso que se mostram pertinentes, enquanto procedimentos e processos a serem valorizados e garantidos na prática, podem ser assim resumidos (HABERMAS, 1989, p. 110-112):

- (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se;
- (1.2) Todo o falante que aplicar um predicado F a um objeto A tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a A sob todos os aspectos relevantes.
- (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. [...]
- (2.1) A todo o falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
- (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. [...]
- (3.1) É lícito a todo o sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.
- (3.2)
  - a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.
  - b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.
  - c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.
- (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).

O assinalado acima traduz uma possível forma de tornar o procedimento da compliance um parâmetro ético-moral. Nesse sentido, vale a noção de moral para HABERMAS<sup>69</sup>

Tendo como ponto de referência uma comunidade comunicativa alargada de forma ideal, a teoria moral abandona também todos os conceitos pré-sociais de pessoa. A individuação é apenas o reverso da socialização. Só por meio de relações de reconhecimento recíproco é que uma pessoa pode constituir e reproduzir sua identidade. Até o âmago mais interior da pessoa está internamente ligado à periferia mais externa de uma rede extremamente ramificada de relações comunicativas. A pessoa só se torna idêntica a si própria em proporção à sua exposição comunicativa. As

---

<sup>69</sup> \_\_\_\_\_ . Comentários à ética do discurso. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.HABERMAS

interações sociais que formam o Eu também o ameaçam-através das dependências em que ele se implica e das contingências a que ele se expõe. A moral actua como fonte de equilíbrio para esta susceptibilidade inerente ao próprio processo de socialização. (HABERMAS, 1991, p. 96).

De outro lado a questão da ética é explicada por LIRA (2016):

Os estudos sobre ética e moralidade dividem-se normalmente a partir de dois grandes grupos: as éticas atrativas e as chamadas éticas imperativas. As éticas atrativas atribuem prioridade ao conceito de bom. Por conseguinte, embora não desconsiderem as obrigações do sujeito para com os outros, as têm como secundárias, priorizando o sucesso e a realização pessoal. Exemplo de ética atrativa pode ser encontrado nas concepções advindas do aristotelismo. Da atratividade com a busca pela vida bem-sucedida extrai-se a noção de virtude, o que inclui o controle e a disciplina, direcionando o agir adequado para o alcance de uma vida boa. No segundo grupo, das éticas imperativas, nega-se que a legitimidade das ações individuais seja ancorada apenas no ideal de realização pessoal. Vale ressaltar que as éticas atrativas, para que possam pertencer à ética em geral, também reconhecem as obrigações morais para com os outros. Apesar disso, partem de um pressuposto de que o ideal de realização pessoal tem prioridade, com a possibilidade de pretensão de validade geral e objetiva, desde que discutido racionalmente [ ...] Os dois principais tipos de éticas imperativas são as chamadas deontologistas e as consequencialistas. Ambas se fundam primeiramente no referencial coletivo, tornando secundários os interesses pessoais. Assim, o conteúdo das ações obrigatórias” O deontologismo moral é precipuamente representado na modernidade pelo pensamento do filósofo Immanuel Kant.

A relação entre Direito e Moral explica ainda LIRA:

As discussões sobre as relações entre o direito e a moral são extremamente férteis no âmbito da filosofia do direito. Há autores que defendem uma inevitável vinculação entre direito e moral. Outros, ao revés, abominam a dependência que limita o direito à moralidade. Por fim, há aqueles que preconizam uma relação de complementariedade recíproca, destacando-se os posicionamen-

tos de Jürgen Habermas. Dentre os autores que defendem uma separação absoluta entre o direito e a moral, podemos destacar os sistemas filosóficos de Hans Kelsen, Herbert Hart, Norberto Bobbio, Niklas Luhman, Richard Posner<sup>172</sup> e, curiosamente, de autores ligados aos movimentos ditos garantistas, tais como Luigi Ferrajoli<sup>173</sup>. Em sentido oposto, muitos são os pensadores que defendem na modernidade a interdependência do jurídico e do moral. Para alguns, a Moral será fundamentadora do Direito através da prescrição das bases sobre as quais as normas hão de se sustentar.”

Isto posto, não há sentido em apartar o direito da moral na sistemática kantiana, visto que o direito só se constitui para preservar a moralidade coletiva diante das ações dos que, agindo sem liberdade (livre das inclinações) e racionalidade, se pautam pelos arbítrios das inclinações e, conseqüentemente, podem atentar contra a liberdade de terceiros. Na introdução à metafísica dos costumes, Kant diz expressamente que as leis jurídicas seriam uma subespécie das leis morais. Afirma o filósofo que: As leis da liberdade se chamam, para serem distinguidas das leis da natureza, morais. Na medida em que se estendem apenas a meras ações externas e à sua conformidade a leis (*Gesetzmafiigkeit*), chamam-se jurídicas; mas se elas exigem também que elas [as leis] mesmas sejam as razões determinantes das ações, então elas são éticas, e dizemos conseqüentemente que a concordância com as primeiras é a legalidade (*Legalität*), a concordância com as segundas a moralidade da ação

O intento em questão é o de ser implementada ação comunicativa real entre todos os integrantes do corpo social a fim de serem definidos os parâmetros para a elaboração de proposta verdadeiramente consensual para os programas de *compliance*.

Nisso reside, em alguma instância, analisar criticamente a própria sociedade, e na leitura de HABERMAS colocar o direito no DIVÃ e a sociedade e fazer as correções:

A ideia de um direito auto-reflexivo traz em pauta a noção de corrigibilidade, que parece ser a mais importante característica exigida ao direito na pós-modernidade, nas palavras de Eduardo Bittar: “(...) é a corrigibilidade permanente que estabelece o direi-

to como sendo o que é. (...) Isto significa que não é distintivo do direito o fato de se manter a regra escrita pelo legislador (ainda que injusta), a todo preço e a todo custo, mas a possibilidade de corrigir a injustiça legislada através dos sistemas institucionais de controle e correção do próprio poder (...)" . Bittar, "A Discussão do Conceito de Direito: uma reavaliação a partir do pensamento habermasiano". In. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, 2005, p. 820 (grifos nossos). Cf. também, Habermas, Era das Transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 162. Em Naturalismo e Religião (2005:298-299), Habermas apresenta uma necessidade de auto-reflexão do direito no seguinte sentido: "A individuação de pessoas naturais ocorre pelo caminho da socialização. E indivíduos socializados desta maneira só conseguem formar e estabilizar sua identidade no interior de uma rede de relações de reconhecimento recíproco. Esse fato tem conseqüências para a proteção da integridade da pessoa de direito – e para uma ampliação intersubjetivista do próprio conceito, que até o momento era tecido de uma forma por demais abstrata (e talhado conforme as dimensões de um individualismo possessivo)

Escrevendo sobre isto um autor registrou<sup>70</sup> :

No entanto, para que o direito possa assumir essa função, como todo indivíduo que pretende ser um analista, entende-se que ele próprio precisaria passar por um processo de autocritica semelhante ao de uma terapia psicanalítica. Esse processo que significaria, ao final, o que este artigo pretendeu denominar o direito no divã, ao qual se sugerem, como esforço programático último para ser futuramente aprofundado, as seguintes reflexões sobre o direito que combinam os pensamentos de Freud e Jung.

---

<sup>70</sup> Vitor Souza Lima Blotta O DIREITO NO DIVÃ: POR UMA DISCURSIVIZAÇÃO DO GOZO NO TELESPAÇO PÚBLICO Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. EM [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2025.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2025.pdf)



No que tange às críticas aventadas sobre suposto relativismo a que se chegaria através da elaboração de proposta meramente consensual à cerca do que venha a ser moralmente aceito, temos que a ética discursiva articula-se nos dois princípios que sempre constituíram o corpo da questão da moralidade: a justiça e a solidariedade.

A justiça se obtém buscando através dos processos argumentativos, conduzidos pelos integrantes do discurso prático, a norma que defenda a integridade e invulnerabilidade da pessoa humana.

Esse objetivo ou valor, buscado processualmente, só se efetiva no grupo social, que através da solidariedade recíproca assegura o bem estar de todos. A dignidade da pessoa só pode ser realizada no grupo que concretizar o respeito mútuo e o bem estar de cada um, assim como a autonomia do sujeito depende da realização da liberdade e da solidariedade de todos.

Por todo o exposto, recorreremos, como citado à intersubjetividade ética proposta por Habermas em suas concepções morais, para a fundamentação de uma ética do discurso que fundamente a formulação constante e consensual do que venha a ser o correto agir nos programas de *compliance*.

### Considerações finais

As reflexões tratadas neste artigo se mostram adequadas e aderentes à linha de pesquisa "Relações econômicas", visto que a área citada se propõe exatamente à análise das instituições, empresas e sociedade, direito, inovação e tecnologia, regulação, economia.

A análise citadas sobre *compliance* é relevante e atual porque possui problemas a serem investigados e que possuem potencialidade de universalização, de acordo as necessidades acadêmicas existentes e atuais. Isso porque é importante avaliar experiências de organizações jurídicas, empresariais e sociais que merecem ser partilhadas e refletidas plural e coletivamente, relacionado ao tema *compliance*.

Acredita-se na importância de qualquer estudo de pesquisa tratando da *compliance* e, no presente artigo, investiga-se uma racionalidade subjacente ao próprio objetivo em estudo, da qual derivam concepções de Estado e, em decorrência, políticas públicas e parâmetros legais, que são geradoras de tensões no âmbito das relações sociais e jurídicas.

Os reflexos destas tensões poderão ser observados nos conflitos de interesses sociais que se traduzem em demandas jurídicas de caráter administrativo, penal, empresarial, constitucional, cível, com reflexos processuais. Haverá a possibilidade ainda de analisar o modo como o Estado e a própria sociedade encaram o papel das empresas e do Poder Judiciário, pelo espaço que destinam a eles na construção das relações sociais.

O artigo também teve como um dos objetivos a produção de conhecimento em Direito, Justiça Administrativa e Sociedade, proporcionando uma reflexão crítica sobre o campo das relações institucionais do Poder Judiciário com as demais esferas estatais e com as atividades empresariais, considerando o objeto de pesquisa escolhido e de abordagens teóricas e metodológicas possíveis que se propõem.

Pretendeu-se com o presente artigo apoiar a comunidade científica para o desenvolvimento de outras reflexões de pesquisa relacionados ao tema *compliance*, contribuindo para a conscientização, no interior da Universidade e na opinião pública, dos problemas decorrentes envolvendo a *compliance* e sua relação Direito-Poder Judiciário-empresa-sociedade sobre a população brasileira.

Nesse artigo foi possível analisar o sentido moral por meio de argumentos que forneçam uma impressão de legitimidade, como é o caso da Lei e discursos jurídicos, a despeito da necessidade de um debate deliberativo para um procedimento de existência da *compliance*..

Nesse sentido foi possível refletir alguns conceitos habermasianos para a questão *compliance*, analisando como é possível utilizar mecanismos discursivos estritamente jurídicos para justificarem valores morais intrínsecos na *compliance*, num entrelaçamento entre direito e moral.

A reflexão filosófica tratada parece importante por trazer relevantes estudos sobre a razão moral, apesar das diversas variáveis e arcabouço de discussões possíveis.

Nessa linha, os estudos de Habermas auxiliam a compreender como a sociedade moderna apresenta contingências que necessitam da razão procedimental, auxiliando e permitindo avaliar até que ponto os processos jurídicos abrem “espaço para argumentação” ou “simplesmente distorcem o jogo da argumentação através de limitações externas”.

No que se refere a questão da *compliance*, foi possível analisar como os processos de construção de procedimento éticos empresárias, por meio do direito e discursos jurídicos podem subjugar o verdadeiro sentido da lei prevendo de forma ampla e subjetiva esse procedimento. Nesse sentido os conceitos de Habermas permite uma compreensão de que é importante uma discussão entre todos os que são atingidos por uma decisão ou, na palavras do autor, “é possível, ao menos, precisar a questão quando se parte da idéia de que os processos públicos de comunicação são tanto mais isentos de distorções quanto mais estiverem entregues a uma sociedade civil oriunda do mundo da vida”(1997b, p.61)

Com esta análise foi possível aplicar um recorte jurídico-filosófico sobre *compliance* no Brasil, refletindo como o direito pode limitar a questão moral na *compliance*..

Os registros trazidos no presente artigo constituem idéias em construção e que poderão abrir diálogo para contribuição crítica da comunidade. Essa contribuição crítica pode refletir sobre o lado positivo de novas oportunidades discursivas da sociedade moderna, porém, por outro lado, a racionalização do próprio direito ao longo do tempo, aspecto da modernidade que poder sintetizada por Giddens (1991, p.13) no trecho abaixo:

O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernida-

de tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual.

Foi possível ainda perceber que uma emancipação com base apenas em aspectos legais pode não representar uma emancipação verdadeira, ou legítima, mas por outro lado, uma emancipação ilegítima baseada em comportamentos dos atores envolvidos, como bem pode ser inferido de Habermas (1997b, p.90) no trecho:

a emancipação ilegítima do poder social e administrativo, que se afasta do poder comunicativo, gerado democraticamente, poderá ser anulada na medida em que a periferia for: a) capaz de e b) tiver razões para farejar problemas latentes de integração social (cuja elaboração é essencialmente política), identificá-los, tematizá-los e introduzi-los no sistema político, passando pelas portas do complexo parlamentar (ou dos tribunais), fazendo com que o modo rotineiro seja quebrado.

Acreditamos que esse trabalho possa colaborar para o início ou sequência de reflexões tratando dos temas que abordamos. Ficaram algumas reflexões sobre as causas das dificuldades, decorrente dos dilemas, desafios e pontos positivos da lei que trata do tema analisado.

A criação de um sistema discursivo de informação pode ser uma idéia de emancipação para propiciar uma melhor sistematização entre outros sistemas jurídicos, legislativos, incentivando uma unidade e evitando, por outro lado, contradição entre os diversos sistemas existentes.

Esperamos, por fim, que tenhamos contribuído para discussão sobre as discussões envolvendo *compliance*. Com essa contribuição verificamos que é possível também que as instituições iniciem uma promoção de valores positivos de bem viver em sociedade.

A proposta não tem a pretensão de esgotar o assunto mas contribuir com algumas reflexões que auxiliem a compreensão do tema, inspirando um sentido de confiança como ensina Giddens, ou seja “uma forma de “fé” na qual a segurança adquirida em resultados prováveis expressa mais um compromisso com algo do que apenas uma compreensão cognitiva.” (Giddens, 1991, p.29)

Espera-se contribuir com algumas reflexões que auxiliem a compreensão e acredita-se que tais reflexões estão na linha da IV Jornada Internacional sobre Ética, Justiça e Gestão Institucional, e ao GT (Grupo de Trabalho) que se propôs justamente a trazer ao debate dos assuntos atinentes ao tema em um dos Grupos de Trabalho.

Com isso, propicia-se a discussão sobre aspectos ligados à gestão das instituições contemporâneas, com ênfase nas questões ético-morais e jurídicas, bem como abrindo o diálogo para contribuição crítica da comunidade com vistas à sequência das reflexões

## REREFÊNCIAS

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

\_\_\_\_\_. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 – Série Estudos Alemães).

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. In: Indret 1/2012, Barcelona, Enero de 2012. Tradução de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra. Disponível em <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260786/347968>, acesso em 15/05/2018

# DISCURSO DE APLICAÇÃO NA TEORIA DE KLAUS GUNTHER: CRÍTICAS À TEORIA DE DWORKIN

**BOULHOSA FILHO, Ernesto Feio**

*Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito,  
Instituições e Negócios do PPGDIN/UFF.  
boulhosajus@gmail.com*

**Resumo:** O intuito deste trabalho é explicitar o conceito de discurso de aplicação de Klaus Gunther, situando-o no contexto do debate a respeito do positivismo jurídico anglo saxão, nos termos de Hart e Dworkin, será explicado como ele se posiciona em relação à problemática da indeterminação do direito. Gunther realizando uma reinterpretação da teoria de Dworkin defenderá que é necessária uma teoria que associe moral com o direito a fim de preservar a pretensão de uma resposta correta face à textura aberta do direito. Entretanto, incorporando pressupostos habermasianos, defenderá a necessidade de uma teoria da resposta correta que também seja sensível ao problema do pluralismo cultural e da complexidade das sociedades contemporâneas em que o intérprete juiz possui tempo e saber limitado para resolver as demandas. O discurso de aplicação de Gunther tentará responder a essas problemáticas por meio de uma teoria das condições formais e dialógicas da argumentação em que o juiz e as partes sejam sensíveis a todos os aspectos relevantes do caso concreto.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito; Teoria do Direito; Filosofia.

## INTRODUÇÃO

O intuito deste trabalho é explicitar, de maneira propedêutica, alguns aspectos da teoria de Klaus Gunther. Uma vez reconhecida a complexidade e a extensão da teoria de Gunther, como fio condutor para realizar tal empreendimento, será utilizada a teoria de Dworkin, principalmente quanto ao debate regras e princípios, para demonstrar como Gunther, se utilizando de um pano de fundo da teoria habermasiana, se posiciona em relação a esta problemática.

Problemática esta relacionada a uma teoria da legitimidade de uma decisão jurídica justa para o caso concreto.

Klaus Gunther vai defender que o debate em relação à teoria dos princípios, tal como construído por Hart e Dworkin, não pode se situar somente em relação a estrutura da norma. Ela vai defender uma concepção argumentativa da discussão da norma, naquilo que ele chama de “condições da ação”, no sentido de avaliar como o processo de interpretação e aplicação do direito no caso concreto não é um processo “monológico” ou “solitário”, mas um processo dialógico (GUNTHER, 2004, p.392).

Dialógico no sentido de que, existem regras prévias de cunho racional e procedimental que vão determinar em que condições as argumentações devem ser realizadas. Nesse viés, tendo como principal regra prévia o princípio da universalização, Gunther vai demonstrar como para uma norma ser aplicada de maneira legítima no caso concreto, é necessário um procedimento de adequação em que devem ser levados em conta todos os aspectos do caso concreto (GUNTHER, 2004; GUNTHER, 1995).

Tal estratégia teórica está relacionada a um pano de fundo teórico no qual afirma que o direito não poder ser compreendido somente nos seus aspectos convencionais, mas também nos seus aspectos morais (DWORKIN, 2011, p.89-91).

Ao mesmo tempo, uma vez levado em conta que o direito se institucionaliza nos seus aspectos morais, Gunther também vai

problematizar a questão de como identificar seus aspectos morais, sem reduzi-los a contextos culturais locais, incapazes de ganhar universalidade (GUNTHER, 2004, p.412-414).

É nesse viés, que será apresentado este trabalho. Apresentar a teoria de Klaus Gunther, em cotejo com a teoria de Dworkin, como apresentando uma teoria da legitimidade do direito que defende a importância da análise caso concreto, se posicionando em relação ao problema do contextualismo ético e ao problema do positivismo no direito.

## **DUAS PROBLEMÁTICAS DA TEORIA DE DWORKIN**

Este capítulo tem como intuito explicar estas duas problemáticas: o ideal de norma perfeita pregado pelo positivismo e o contextualismo ético de Dworkin. No primeiro momento será explicado o ideal de norma perfeita no ponto de vista da tradição de debate Hart e Dworkin. Será demonstrado que, apesar de Hart e Dworkin não defenderem uma teoria da norma perfeita; e desenvolverem uma teoria sofisticada das divergências do direito; para Gunther, somente uma teoria dialógica baseada numa teoria da argumentação pode oferecer garantias filosóficas de uma teoria da legitimidade do direito para as sociedades contemporâneas.

No segundo momento, será explicitado como Gunther se posiciona em relação à teoria de Dworkin em relação ao problema do contextualismo ético. Em sociedades complexas marcadas por diferentes modos de vida culturais somente condições formais da argumentação ancoradas numa teoria pragmática universal da linguagem é capaz de dar lastro para argumentações que sejam capazes de transcender os saberes locais.

## **A TEORIA DE DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO**



Tanto Hart quanto Dworkin incorporam perspectivas interpretativas na sua teoria. Hart incorpora um sentido interno na sua teoria das regras sociais e uma perspectiva da linguagem jurídica instituída por regras para demonstrar que os intérpretes do direito reproduzem o direito por meio de práticas dotadas de sentido (HART, 2007, p.99-100).

A teoria das regras sociais, com um sentido interno, foi desenvolvida tendo em vista a postura de Hart de se opor as teorias coercitivas e imperativas do direito. Teorias estas os quais, respectivamente, afirmavam que o direito é caracterizado por ser coercitivo, ao contrário da moral e da etiqueta; e que o direito é instituído pela vontade de um soberano (HART, 2007, p.92).

Se opondo a tais teorias Hart vai afirmar que, o direito não pode ser compreendido somente no seu aspecto coercitivo; e que o direito não se institucionaliza pela vontade de um soberano. O Direito é constituído tanto por um sentido externo e interno nos quais aspectos coercitivos e sociais estão presentes nas suas práticas. O que caracteriza o direito (esta é a grande novidade de Hart) são as suas regras.

No ponto de vista da adjudicação, Hart vai desenvolver uma teoria do poder discricionário no qual vai afirmar que, em caso de lacunas jurídicas, o juiz poderá exercer um poder criador para preencher tal déficit jurídico. Tal ideia tem como pano de fundo uma teoria do direito como textura aberta onde a linguagem jurídica, pelo fato de ser indeterminada, possui uma capacidade de regulação (revisão) dos casos concretos, mas ao mesmo tempo, possui um “defeito” intrínseco de ser incapaz de regular todos os casos (HART, 2007, p.159).

Dworkin se posicionando em relação a esta problemática vai desenvolver uma complexa resposta para a teoria de Hart. Vai realizar dois tipos de críticas, todas relacionados a uma atestação de que a teoria de Hart não oferece uma teoria adequada das divergências do direito.

As posições de Dworkin a respeito de Hart vão ser importantes para se compreender a teoria de Gunther, porque este, na perspectiva deste trabalho, vai incorporar muito dos pressupostos do

autor norte americano. Gunther vai concordar com as críticas de Dworkin de que o direito não é somente constituído por regras, mas também por princípios jurídicos. E também vai concordar com Dworkin, algo que está implícito na teoria deste último, que uma teoria principiológica do direito está relacionada a uma concepção de normas jurídicas não somente como divergências empíricas, no sentido de divergências conceituais a respeito da adequação ou não de regras ao caso concreto; mas a uma teoria de moralidade política.

Entretanto, dará um passo além da teoria de Dworkin afirmando que as teorias de moralidade política não podem ser discutidas somente em abstrato, mas devem ser interpretados de maneira dialógica e levando em conta todas as perspectivas do caso concreto.

Neste viés este tópico será estruturado em 3 (três) partes: (1) primeiro será explanado a teoria dos princípios de Dworkin; (2) segundo como na segunda fase da teoria de Dworkin foi associado uma teoria dos princípios a uma concepção de divergências teóricas de moralidade; (3) e, por fim, de como Dworkin idealizou um juiz Hércules para de maneira monológica reinterpretar o direito.

Dworkin começa realizando sua crítica a teoria de Hart afirmando que sua teoria possui uma concepção inadequada das divergências do direito. Inadequada tendo em vista que Hart concebe uma regra de reconhecimento para dizer quais as normas jurídicas estão presentes no ordenamento jurídico.

A regra de reconhecimento é importante no ponto de vista de Dworkin, visto que ela é responsável por dizer quais tipos de normas e quais tipos de argumentação são jurídicas. No caso uma vez que os direitos modernos possuem uma regra de reconhecimento, aqueles tipos de normas que não estão previstas por tal regra, sofrem o perigo de não serem consideradas jurídicas ou serem consideradas extra jurídicas (DWORKIN, 2011, p.59).

Dworkin vai afirmar que se for aceito essa última ideia, se corre o perigo de que o juiz em caso de determinadas lacunas, pode se utilizar de argumentos extra jurídicos os quais estão fora do controle argumentativo dos participantes, além de poder afetar a divisão dos

três poderes, no sentido de que o juiz estaria criando uma norma não prevista pelo legislativo (DWORKIN, 2011).

A fim de se posicionar em relação a estas questões, Dworkin vai afirmar que o direito já possui mecanismos internos para lidar com a problemática das lacunas do direito e com a tensão entre criação e aplicação do direito no caso concreto. O direito não é constituído por uma regra de reconhecimento, haja vista que nenhuma regra de reconhecimento é capaz de prever princípios jurídicos, que possuem uma lógica diferente da lógica das regras. Dworkin investigando casos do direito norte americano e inglês vai considerar três diferenças entre regras e princípios (DWORKIN, 2011, p.36).

Uma diferença em relação ao modo de aplicação, modo de confronto e qual a utilidade das normas no sistema jurídico. As regras são aplicadas no tudo ou nada enquanto os princípios são ponderados no caso concreto. Quando duas regras entram em confronto somente uma delas pode continuar existindo no ordenamento jurídico, enquanto os princípios podem coexistir. As regras possuem uma utilidade funcional para o direito, enquanto os princípios possuem algum ideal de moralidade política (DWORKIN, 2011, p.37-43).

O que será importante nesse viés é que, num primeiro momento a teoria de Dworkin realizará uma crítica ao positivismo no ponto de vista da diferença entre regras e princípios. Como se essas normas tivessem uma diferença estrutural.

No outro momento da teoria de Dworkin, este desenvolve uma crítica mais sofisticada a teoria de Hart. Tal crítica se posicionará menos em relação à diferença entre estrutural entre princípios e regras; e mais em como o positivismo é incapaz de diferenciar divergências teóricas e divergências empíricas.

Em o *Império do Direito* Dworkin explicita uma diferença entre proposições jurídicas e fundamentos do direito. As proposições jurídicas são um conjunto de juízos ou alegações que se remetem a uma determinada situação jurídica que a lei determina ou autoriza. Tais proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas. Já os fundamentos são as raízes que subjazem tais proposições e que podem se

expressar numa lei formulada pelo legislador ou num precedente judicial (DWORKIN, 2007, p. 06-07).

Neste viés existem dois tipos de divergência sobre o direito: divergência teórica e divergência empírica. A divergência empírica compreende as controvérsias judiciais como questões de fato, verbais ou históricas a respeito daquilo que fora decidido por instituições do passado. Já as controvérsias normativas são ilusórias e exigem uma separação entre o que o direito deve ser e o que ele é (DWORKIN, 2007, p.38).

As teorias semânticas são um exemplo de teorias que compreendem o direito como caracterizado por divergências empíricas. Visto que, segundo estas teorias, os debates judiciais são debates sobre o significado verbal da norma, no sentido de que as divergências dizem respeito a quais critérios linguísticos ou convencionais servem para determinar qual o significado da norma no caso concreto (DWORKIN, 2011, p.40-41).

Consequentemente, as teorias semânticas possuem o vício caracterizado como “agulhão semântico”. Tal vício é preceituado pelo fato de que determinadas teorias possuem uma concepção inadequada das controvérsias judiciais, no sentido de que serem incapazes de compreender as controvérsias teóricas do direito, e resumir tais debates a questões empíricas (DWORKIN, 2007, p.54-55).

A teoria positivista de Hart, na perspectiva de Dworkin, padece desse vício. Haja vista que resume as divergências jurídicas a problemas de moralidade convencional; e não é sensível para a problemática de moralidade de convicção subjacente ao direito norte americano e inglês (DWORKIN, 2011).

Dworkin formulará uma teoria que sirva como alternativa ao positivismo de Hart no viés de que explicita de maneira mais adequada como se dão as controvérsias jurídicas, os quais são teóricas e não factuais; e ao mesmo tempo, explicita como se relaciona uma teoria do direito como uma teoria moral.

O que será importante neste momento é afirmar, como Dworkin já prevê uma teoria da norma que é crítica aquele ideal de norma perfeita pregado pelo positivismo clássico. No próximo tópico será explicado a teoria de moralidade de Dworkin presente na sua teoria da Integridade e depois será explanado a sua teoria da decisão judicial.

## A TEORIA DE DWORKIN E O CONTEXTUALISMO ÉTICO

Uma vez explanado a crítica ao positivismo jurídico e a concepção de princípios e de divergências teóricas é necessário agora explicar algumas características da teoria de Dworkin tendo em vista a relação da sua teoria da interpretação entre justiça e ética.

Para se compreender tal problemática entre justiça e ética é necessário apresentar alguns aspectos da interpretação construtiva de Dworkin.

A interpretação construtiva de Dworkin vai trazer uma perspectiva da interpretação jurídica como um caso de uma teoria mais geral da interpretação, onde os agentes sociais constroem seu mundo social por meio da linguagem (DWORKIN, 2007, p.64).

Nesse viés, serão nas práticas de linguagem que constituem uma comunidade política ideal, confeccionadas por laços de igualdade, é que Dworkin irá encontrar uma forma de conciliar divergências éticas a respeito dos modos de vida das pessoas e possibilidades filosóficas de imparcialidade social (DWORKIN, 2007).

Porém, no ponto de vista da teoria de Gunther, Dworkin desenvolveu mal essa perspectiva política, visto que, ele extrai tais princípios de igualdade dos contextos éticos da tradição norte americana e inglesa; enquanto Gunther tendo como pano de fundo a teoria de Habermas, vai extrair tais fundamentos de uma teoria pressupostos universais da linguagem voltada para o entendimento.

Assim esse tópico vai apresentar essa problemática da eticidade versus justiça na teoria da Integridade da Política de Dwor-

kin e no próximo tópico será apresentado as repercussões de tal problemática na teoria da decisão de Dworkin.

Na perspectiva de Gunther, uma vez que Dworkin não é capaz de apontar perspectivas de justiça na sua teoria da integridade na política, ele não será capaz de oferecer uma teoria da decisão jurídica que oferece uma teoria da imparcialidade judicial.

Tal teoria da imparcialidade não pode se resumir a reconstrução narrativa de uma tradição jurídica, mas necessita de procedimentos dialógicos para superar os contextos éticos dos participantes.

A teoria de Dworkin desde a sua crítica inicial ao positivismo tem acentuado o papel da linguagem e da interpretação. De certa maneira, a problemática dos princípios é uma crítica ao positivismo de ser insensível teoricamente de perceber a dimensão interpretativa e argumentativa das normas jurídicas.

Entretanto, na segunda fase do seu pensamento a problemática da interpretação ganha contornos mais radicais. A crítica interpretativa tenta se situar como uma mudança de paradigma do direito, no sentido de que para se compreender os fenômenos jurídicos não se pode prescindir da problemática da interpretação e da linguagem (DWORKIN, 2007).

A teoria de Dworkin estabelece a interpretação como uma faceta central para se compreender as práticas sociais e jurídicas. Na perspectiva dele, existem formas de práticas sociais e interpretativas que possibilitam que as pessoas criem entidades sociais distintas delas próprias, no sentido de que estão além das suas intenções. Tais objetivações sociais, como a moralidade e o direito, ganham contornos objetivos e as pessoas lidam com essas objetivações impondo propósitos a estas práticas a fim de torná-las as melhores possíveis (DWORKIN, 2007, p.61-64).

Quando as pessoas constroem ou reconstróem suas práticas sócias, elas não realizam tal ato ignorando o sentido inerente de tais dimensões institucionais. No ponto de vista de Dworkin existem constrangimentos narrativos prévios inerentes das práticas sociais que

entram em conflito com os propósitos das pessoas. Desta maneira, percebe-se que há uma tensão constante entre a adequação e justificação das práticas sociais (DWORKIN, 2007, p.64).

É nesse viés que Dworkin vai pensar a teoria da legitimidade do direito. Como um conjunto de práticas interpretativas e sociais os quais estão sempre reconstruindo os consensos de fundo de moralidade. Mas para ficar mais clara esta ideia é necessário entender como este modelo interpretativo é passado uma ideia de legitimidade da política e como tal legitimidade é associada a uma legitimidade do direito.

É no ponto de vista de uma teoria da legitimidade da política associada a uma teoria da legitimidade do direito que se pode compreender a tensão entre ética e justiça na teoria de Dworkin.

Para se compreender tal relação entre ética e justiça esse trabalho apresentará por meio do conceito de obrigações associativas. As obrigações associativas será uma perspectiva teórica apresentado por Dworkin no qual ele afirmará que, as comunidades políticas para serem verdadeiras comunidades devem pressupor laços de solidariedade, em forma de reconhecimento mútuo de igualdade entre os cidadãos. Tais laços de solidariedade também vão se estender as autoridades, no sentido de que, as autoridades políticas podem ser vistas como agente moral que, assim como os cidadãos possuem responsabilidade entre si, o estado possui responsabilidade com seus cidadãos (DWORKIN, 2007, p.242).

Aplicada tal ideia para as comunidades políticas norte americanas e inglesas, Dworkin vai preceituar que existe um princípio de integridade justamente fundamentado neste ideal de comunidade política. Este princípio vai preceituar que as autoridades políticas só serão legítimas se forem coerentes no tratamento de seus cidadãos (DWORKIN, 2007, p. 254).

A grande questão aponta por Gunther é que a perspectiva de legitimidade política de Dworkin extrai diretamente os ideais políticos da integridade da tradição jurídica no qual Dworkin está inserido. E para Gunther isso é inadequado, uma vez que no ponto de

vista filosófico não estão presentes estruturas linguísticas e sociais que são capazes de transcender os respectivos contextos culturais.

E no ponto de vista da adjudicação preceituará que o juiz Hércules não pode transcender seu mundo cultural.

## A TEORIA DE DWORKIN: PROCEDIMENTO MONOLÓGICO E CONTEXUTAL DE APLICAÇÃO DA NORMA

Uma vez explanada as críticas ao positivismo jurídico e as estratégias de legitimidade da política de Dworkin, neste tópico será demonstrado como a teoria da decisão judicial do autor norte americano, incorpora estas duas perspectivas.

Gunther irá se apropriar deste debate, porém, realizará suas próprias perspectivas críticas. Sua criticará se concentrará principalmente em relação a formulação da teoria do juiz Hércules. Para Gunther a teoria de Hércules é uma teoria frágil no ponto de vista argumentativo, uma vez que defende um procedimento monológico e inadequado para as condições de pluralismo cultural presentes nas sociedades modernas, uma vez que não oferece condições de imparcialidade que transcendam os contextos éticos.

O intuito deste tópico será explicar como Dworkin desenvolve uma teoria do juiz Hércules, tendo como pano de fundo uma teoria do romance em cadeia que incorpora uma crítica ao positivismo jurídico e uma fundamentação da legitimidade política contextual.

Como já explicado Dworkin desenvolve uma teoria das divergências teóricas do direito e uma teoria da moralidade política. Além disso, desenvolve uma teoria da interpretação social no sentido preceituar como a sociedade é constituída linguisticamente e socialmente.

Dworkin irá transpor essa ideia de interpretação social para o direito. Irá afirmar que, o direito pode ser concebido como uma prática interpretativa construída em forma de narrativa. Narrativa uma vez que será uma reconstrução das práticas de moralidade, de



igualdade, presentes nas comunidades norte americanas e inglesas. Percebe-se que tais práticas de igualdade serão as mesmas que constituirão as comunidades políticas (DWORKIN, 2007, p.277-278).

As práticas de interpretação social e do direito tem com pressuposto, como já explicado, que qualquer objeto social é construído de maneira interpretativa, entretanto, os indivíduos não podem construir o direito a se bel prazer, haja vista que tais práticas possuem sentidos objetivados que podem servir como um constrangimento narrativo para a interpretação social dos agentes.

É esta ideia que Dworkin transporá para o direito. Que o direito possui uma estrutura narrativa, em forma de moralidade, o qual é construída pelos operadores do direito, mas ao mesmo tempo, tais estruturas possuem sentido prévios que condicionarão e imporão limites a interpretação dos juristas. Se utilizando como exemplo dos precedentes, Dworkin demonstram como esses constituirão um conjunto de tradições os quais o juiz não pode ignorar (DWORKIN, 2007, p.277-278).

Nesse viés, os juízes ao interpretarem o direito devem partir do pressuposto de que as interpretações realizadas pelos membros da comunidade jurídica não foram criados individualmente, mas é necessário concebê-los como partes de uma prática de uma comunidade personificada enquanto agente moral que possui um dever de coerência para com seus cidadãos (DWORKIN, 2007, p.272).

Tal ideia se elucida por meio do conceito de romance em cadeia. Esta teoria afirma que um juiz deve compreender as práticas jurídicas realizadas pela Jurisdição com um grande romance em que cada juiz possui o dever de reconstruir o direito, com capítulos literários, da melhor maneira possível (DWORKIN, 2007, p.275-277).

Tal Romance em Cadeia é elaborado em dois vieses: um de adequação e outro de justificação. Na adequação o juiz formulará hipóteses interpretativas que expliquem e se adequem as práticas jurídicas em vigor. O objetivo é dar uma visão geral dessas práticas. Já na justificação o juiz deve procurar quais interpretações justifica melhor todos os aspectos da tradição jurídica. O objetivo é reconstruir critica-

mente o direito segundo a melhor convicção do juiz (DWORKIN, 2007, p.277-278).

Para realizar tal objetivo Dworkin formula um juiz denominado de Hércules, com capacidades sobre humanas e dotado de tempo livre para cumprir tal tarefa. Ele tem um conhecimento amplo da tradição jurídica, conhecendo todos os princípios e objetivos válidos para a justificação do direito (DWORKIN, 2007, p.294).

O grande problema de tal perspectiva é que Dworkin idealiza tal perspectiva interpretativa de maneira monológica. Dworkin não se preocupa em apresentar o ponto de vista de reconstrução do direito em formas de argumentações jurídicas nos quais pressupõem diferentes pontos de vista. Ao contrário, é somente o juiz Hércules que realiza tal tarefa.

Uma teoria da argumentação será importante visto que é ela que não somente pode lidar melhor com as divergências teóricas do direito como também demonstrar capacidade de transcendência dos contextos éticos.

## A TEORIA DE KLAUS GUNTHER FACE À TEORIA DE DWORKIN

Este trabalho vai apresentar a teoria de Gunther na perspectiva de que está inserindo no debate Dworkin e Hart. Gunther já partirá do pressuposto que de maneira implícita uma teoria das divergências do direito não pode se resumir a uma divergência empírica, mas também deve ser concebida como uma divergência teórica.

Nesse viés, apesar da teoria trabalhar com o binômio princípios e regras, Gunther será crítico a uma concepção de divergências baseados numa teoria da norma; e apostará numa concepção de divergência do direito em que, os participantes oferecerão diferentes perspectivas argumentativas seja em forma de regras ou princípios, nos quais, importará menos a estrutura da norma; e mais o procedimento dialógico de discussão das diferentes perspectivas normativas e análise das diferentes perspectivas de construção do caso concreto.

Além disso, Gunther possuirá uma teoria mais sofisticada sobre a relação entre ética e justiça, tendo como pano de fundo uma teoria universal dos pressupostos racionais da linguagem e da moral.

Duas ideias que serão apresentadas neste tópico.

### O IDEAL DE NORMA PERFEITA: A NECESSIDADE DOS DISCURSOS DE ADEQUAÇÃO.

Tendo em vista se posicionar em relação à tradição da problemática da legitimidade do direito e da indeterminação do direito, Gunther utiliza como fio condutor de seu debate o conceito de coerência e o problema da norma perfeita.

O conceito de coerência é um conceito que está para além da consistência ou do princípio da não contradição. Tais dimensões estão relacionadas a contradições lógicas que podem ser aplicadas as normas jurídicas (GUNTHER, 1995, p.274).

Tais tipos de problemáticas podem ser associados a divergências empíricas do direito, uma vez que este último tipo de divergência prega uma concepção de divergência normativa no ponto de vista “analítico” ou “conceitual”. Uma teoria da coerência vai além destes pressupostos demonstrando que, uma problemática normativa está associada também uma questão moral e ética o qual os partícipes e as normas jurídicas estão inseridas.

Tal perspectiva de divergência está relacionado ao método de Dworkin de que, uma interpretação jurídica é um tipo de reconstrução de sentidos de moralidade profundos presentes nos contextos éticos e jurídicos do operador do direito. E em tal reconstrução, existe a possibilidade de um cotejo entre aquilo que está presente como algo objetivo e geral num ideário social e político; e aquilo que é reconstruído de maneira concreta pelos indivíduos (GUNTHER, 1995, p.274)

Essa tensão entre o particular e o geral vai ser uma ideia importante na teoria de Gunther. Uma vez que, ele vai pensar uma ideia de coerência como um procedimento harmônico entre aquilo que é singular e aquilo que é universal.

Esta tensão vai ser importante porque na perspectiva de Gunther é justamente o problema da abstração que vai permear o seu trabalho. Uma teoria da coerência tem que pregar uma perspectiva harmônica da moral e do direito. Entretanto, uma vez que as sociedades são permeadas por diferentes modos de vida culturais e as próprias pessoas possuem diferentes perspectivas de mundo, como conciliar tais perspectivas já que é impossível as pessoas abdicarem de seus preconceitos mais profundos de maneira total?

Gunther vai dizer, utilizando uma ideia semelhante a de Dworkin que o direito deve ser concebido dentro de uma teoria moral vista como um empreendimento coletivo no qual um operador do direito deve reconstruir o sentido moral das práticas e documentos jurídicos partindo do pressuposto de que, já existe um consenso pré-estabelecido. Isso facilita a interpretação jurídica, uma vez que o operador do direito não começará do zero, mas sim a partir do ponto que os outros construíram.

Porém, diferente de Dworkin que, preceitua um juiz ideal para reconstruir os sentidos simbólicos do direito, Gunther vai preceituar uma estrutura argumentativa ideal no qual os participantes devem cumprir determinadas regras argumentativas para interpretar o direito.

Coerência nesse viés, consiste numa estrutura argumentativa que absorve determinadas sentidos pré-simbólicos do direito como normas não problematizadas, e por meio de uma argumentação jurídica, determinadas normas específicas são construídas justamente tendo em vista resolver o caso concreto (GUNTHER, 1995, p.276).

A fim de elucidar esta ideia Gunther começa problematizando o ideal de norma perfeita. Norma perfeita é aquele tipo de norma capaz de prever sua própria aplicação. Isso significa que aquela indeterminação entre norma e fato, o problema de que o direito é cons-

tituído linguisticamente e por ser linguagem sempre possui um pouco de indeterminação, na perspectiva da norma perfeita é abolida. A norma é capaz por si só de prever sua aplicação.

Em termos morais, seria uma norma nos quais as pessoas em determinadas condições de igual participação e sem coação, além de um tempo infinito e saber ilimitado, poderiam formular uma norma no qual seria previsto todas as suas exceções ou efeitos colaterais (GUNTHER, 1995, p.279).

Para Gunther a feitura de tal norma é absolutamente irrealista visto que, é impossível que os participantes tenham condições de saber ilimitado e tempo infinito. Nesse viés, Gunther pensa que para sociedades complexas nos quais é impossível prever todas as possíveis aplicação da norma jurídica é necessário um procedimento de aplicação da norma (GUNTHER, 1995, p.279).

Gunther afirma que existe uma diferença entre colisões internas e externas. As colisões internas são tipos de normas que na sua própria feitura são contraditórias entre si, no sentido de que estabelece um interesse ou um preceito não generalizável. São tipos de normas, tais como “se pode quebrar uma promessa, sempre que te propor uma vantagem”, nos quais os interesses das pessoas que querem suas promessas resguardadas possuem um tipo de norma que sempre vai violar seus interesses.

As colisões internas sempre vão afetar a validade da norma em si. Já as colisões externas só podem ser identificadas em situações de aplicação (GUNTHER, 1995, p.281).

As colisões externas já partem de situações em que duas normas válidas são aplicáveis ao caso concreto. Por exemplo, uma norma preceitua que as pessoas devem cumprir promessas. Outra norma preceitua que amigos devem ajudar pessoas próximas em necessidade (GUNTHER, 1995, p.281).

Essas normas podem entrar em conflito, se um amigo descumprir uma promessa de ir ao aniversário de outro amigo, tendo em vista a mãe passar mal e ter que leva-la para o hospital.

Gunther vai afirmar que, para poder lidar com as colisões de norma externas é pertinente desenvolver uma teoria sobre discurso de aplicação. Tal discurso de aplicação vai partir do pressuposto de que as normas são somente *prima facie* aplicáveis e que, dependendo da argumentação jurídica de cada caso é que, se poderá dizer qual norma é aplicável ao caso concreto (GUNTHER, 1995, p.283-284).

O que será interessante na perspectiva de Gunther é que tais discursos de aplicação serão pensados dentro de paradigmas jurídicos nos quais uma série de preconceitos e valorações serão condições de possibilidade da interpretação jurídica. Com tal modelo Gunther critica de vez o ideal de norma perfeita defendendo a necessidade de um modelo dialógico para o caso concreto.

No próximo tópico será apresentado o modelo discursivo de Gunther, mais indo em direção a como ele se posiciona em relação à tensão entre ética e justiça nas sociedades contemporâneas.

#### O IDEAL DE IMPARCIALIDADE: A NECESSIDADE DE UMA JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DA MORALIDADE PARA OS CASOS CONCRETOS.

Uma vez explicitado alguns aspectos da teoria de Gunther quanto as suas críticas ao ideal de norma perfeita, neste tópico será realizado uma ênfase em como Gunther vai desenvolver uma teoria discursiva do direito que lida com a tensão entre a ética e justiça nas sociedades contemporâneas.

Gunther vai desenvolver uma teoria argumentativa do direito, seguindo os moldes da ética do discurso de Habermas, em que vai partir do pressuposto de que existem pressupostos racionais universais presentes na linguagem humana, do qual se podem inferir regras de argumentação tendo em vista a fundamentação de normas morais.

O princípio da universalização será uma regra de argumentação no qual servirá como um princípio ponte para fundamentar raciocínios morais. Klaus Gunther vai ser um intérprete que vai se

posicionar em relação ao princípio da universalização e vai afirmar que, ao seguir o princípio da universalização não é somente necessário fundamentar de maneira válida as normas morais, mas também oferecer uma argumentação adequada para os casos concretos.

Ao mesmo tempo, inserido na tradição da ética do discurso Gunther vai pensar num modelo de fundamentação das normas morais, e posteriormente, vai associar tal modelo de fundamentação dentro um modelo de direito.

Gunther vai pensar o direito como eminentemente associado com a moral. No sentido de que, a racionalidade ou validade do direito está relacionada com a validade da moral. O direito se diferencia da daquela tendo em vista que ele possui recursos para fazer cumprir empiricamente suas decisões, e ao mesmo tempo estabelece critérios institucionais, associados à moralidade, para fazerem válidas as suas normas (GUNTHER, 2004, p.367).

Uma vez que o direito está relacionado com a moral, o principal critério para a legitimidade é o da reciprocidade ou imparcialidade, no sentido de que o direito deve ser sensível aos interesses dos participantes. E pode adiantar que, tal sensibilidade vai exigir também um sentido de imparcialidade que seja sensível a construção do caso concreto de maneira dialógica (GUNTHER, 2004, p.367).

Assim com Dworkin, Gunther vai estabelecer certa relação entre os tipos de moralidade que legitimam uma comunidade política e a moralidade que legitima o direito. Entretanto, não vai derivar sua teoria da moralidade de princípios de igualdade constituintes da comunidade política norte americana e inglesa; mas de pressupostos de socialização universais dos quais se afirma que um indivíduo no próprio processo de socialização já incorpora a perspectiva do outro generalizado. Nesse viés, a tese dos fundamentos do direito já parte de uma perspectiva intersubjetiva mais radical que Dworkin (GUNTHER, 2004, p.412-413).

A principal consequência do ponto de vista de uma teoria da decisão jurídica é que, Gunther vai pensar o método reconstrutivo de interpretação das normas, assim como dos seus sentidos pré-

simbólicos não como realizados por um juiz Hércules; mas por meio de interações sociais seguindo regras argumentativas necessárias para uma argumentação moral racional e, dentro de mediações ética e institucionais, em forma de paradigmas, que aliviam, antecipam e possibilitam discussões jurídicas realizadas por operadores do direito em ambientes de divergências complexas (GUNTHER, 1995, p.293).

Neste viés, o intuito deste tópico será apresentar alguns aspectos da teoria da argumentação de Gunther em relação à ética do discurso e a uma estratégia universal de fundamentação das normas morais. E, demonstrar como Gunther vai desenvolver sua teoria da legitimidade realizando uma diferença moralidade e eticidade.

Será concluído que, a teoria da argumentação de Gunther, quando incorpora um discurso de aplicação e a teoria dos paradigmas jurídicos tem como intuito justamente uma lida com a tensão entre eticidade e justiça. E que, a teoria da norma jurídica o qual aposta em procedimentos de argumentação e não numa descrição da estrutura da norma, é uma teoria mais sensível para os debates éticos os quais envolvem preconceitos de modos de vida culturais.

Gunther desenvolve sua teoria dentro da problemática habermasiana no qual tenta retomar a problemática da verdade relacionada às questões morais. Isso significa que se oporá a uma série de abordagens não cognitivistas. Esta última ideia significa uma teoria que defende que as questões normativas como a moral e o direito podem ser discutidas racionalmente (HABERMAS, 1989, p.62).

Tal tipo de teoria realizará uma fundamentação e revigoramento de uma ideia fundamental de moralidade: a ideia de imparcialidade. Para a tradição habermasiana existem pressupostos racionais presentes na linguagem e nas formas de sociabilidade humana, voltados para o entendimento, que podem servir como um potencial de fundamentação para as argumentações práticas.

Isso significa que, por trás de um mundo da vida já constituído em que existem pré-conceitos e modos de vida culturais, existem pretensões racionais de fala. (HABERMAS, 1989, p.78-79).



Desenvolvendo uma teoria das interações comunicativas, Habermas afirma que as pessoas podem regular suas ações sociais, estabelecendo acordos, nos quais as validades desses acordos serão medidos pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões levantadas. Nesse viés, as pessoas podem realizar uma argumentação para a constituição do seu mundo social, a respeito de questões normativas (HABERMAS, 1989, p.78-79).

As questões normativas, relacionadas ao âmbito da moral e do direito, são estruturadas no ponto de vista da teoria de Habermas, por pretensões corretivas nos quais a todo momento podem ser problematizadas. Isso significa que uma norma estabelecida é instituída por meio de razões nos quais os partícipes podem sempre problematizar (HABERMAS, 1989, p.82-83).

O que será importante desta ideia das pretensões normativas como racionais ou corretivas é compreender a natureza dessa racionalidade. A racionalidade argumentativa no qual Habermas vai se inserir será crítica em relação aqueles tipos de raciocínio normativo no qual afirmam uma lógica dedutiva para o raciocínio jurídico. Se inspirando em Toulmin Habermas afirmará que, as argumentações morais são estruturadas por meio de uma lógica informal, no qual a relação entre observações universais e acontecimentos singulares é mediada por princípios pontes. Isso significa regras de argumentação o qual permitem a relação entre uma afirmação universal e uma afirmação singular (HABERMAS, 1989, p.84).

Tal princípio moral é compreendido de uma forma em que exclui como inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis (HABERMAS, 1989, p.84). Isso significa que, em termos regra de argumentação, uma argumentação moral só pode ser válida se os integrantes de um diálogo moral serem capazes de assumir a postura de todos outros (HABERMAS, 1989, p.86).

Tal ideia consiste no princípio da universalidade. O princípio da universalidade vai afirmar que uma norma moral só poderá ter assentimento se as consequências e os efeitos colaterais que

previsivelmente resultam da obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo podem ser aceitos sem coação por todos (HABERMAS, 1989, p.116).

Neste viés, uma vez estabelecido o princípio da universalidade, Habermas formula sua ética do discurso, tendo como pano de fundo as pretensões normativas de um discurso prático, justamente para defender uma perspectiva cognitivista das discussões morais.

A ética do discurso afirmará que, só podem encontrar validade as normas que encontrarem o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático (HABERMAS, 1989, p.116).

É desse princípio que Gunther vai desenvolver a sua teoria do discurso. Gunther vai reinterpretar este discurso afirmando que, deve haver uma diferença entre fundamentação e aplicação da norma.

Mas antes de explicitar como Gunther desenvolve uma diferenciação entre justificação e aplicação da norma é necessário realisar algumas considerações sobre a estratégia filosófica de Habermas de extrair regras universais para a argumentação moral.

Seguindo o caminho de Apel Habermas renova as estratégias de fundamentação transcendental por meio de uma pragmática universal (HABERMAS, 1989, p.102).

Por meio da contradição performativa se descobre alguns pressupostos racionais que são necessários para toda a argumentação moral. Nesse caso um acervo mínimo de regras, tais como o princípio da não contradição, iguais chances de participar de uma argumentação e condições de argumentar sem violência ou coerção, no qual predomina a força do melhor argumento. Regras essas que, se não estão presentes, simplesmente não há argumentação (HABERMAS, 1989, p.107-108).

Para Gunther existe uma série de insuficiências no princípio da universalidade de Habermas. Isso porque, tal princípio uma vez estabelecido um procedimento para a feitura de o qual exige a

consideração de todos os interesses envolvidos, sofre o perigo de formular uma ideologia da norma perfeita.

Isso significa, como foi explicado no tópico passado, que por meio de um procedimento de feitura da norma seguindo os moldes da ética do discurso tal como elaborado por Habermas, existe o perigo de os participantes acreditarem que podem formular normas que podem prever todas as consequências e efeitos colaterais quando aplicadas para o caso concreto.

Entretanto, tendo em vista que as normas morais são elaboradas em tempo limitado e saber incompleto é necessário, atendendo a ideal de imparcialidade e universalidade exigir que na aplicação da norma seja estabelecido um procedimento dialógico especial de como os indivíduos em concreto serão afetados (GUNTHER, 2004, p.75-80).

Tal discurso de aplicação vai exigir que a norma quando seja aplicada sejam avaliadas todas as circunstâncias da situação (GUNTHER, 2004).

Nesse viés, Gunther vai realizar uma diferença entre procedimentos de justificação da norma e adequação da norma (GUNTHER, 2004).

A justificação está relacionada à formulação da norma. Se ela é feita no interesse de todos, no sentido de respeitado o sentido recíproco da perspectiva de todos, ela será válida. Porém, uma vez que se possui conhecimento e tempo limitado para se prever todas as consequências da aplicação de uma norma, com todos os efeitos sobre os indivíduos, é necessário também um novo discurso, o discurso de adequação (GUNTHER, 2004, 75-80).

O discurso de aplicação vai exigir um procedimento dialógico no qual se avalie todas as perspectivas de construção do caso concreto. Justamente para avaliar como uma norma jurídica quando aplicada ao caso concreto, afetará o interesse dos indivíduos.

Tal ideia de Gunther tem relação com a forma como Habermas lida com a tensão entre ética e justiça.

Habermas seguindo a estratégia de Apel irá apostar em determinados pressupostos racionais da linguagem para pensar num programa de fundamentação das argumentações morais, como já foi demonstrado.

Entretanto, diferente de Apel, o status das regras racionais extraídas da lógica pragmática da linguagem são hipotéticos. Uma vez que Habermas, não se contenta com regras o status de regras transcendentais da linguagem, haja vista segundo seus pressupostos, isso não já não é mais possível (HABERMAS, 1989, p.119).

Nesse viés, Habermas vai desenvolver um método das ciências reconstrutivas no qual serão combinados pressupostos filosóficos e material empírico das ciências sociais para encontrar pressupostos para as argumentações morais. É nesse viés, que entrarão os estágios de desenvolvimento moral de Kohlberg (HABERMAS, 1989).

Inserindo a sua teoria da argumentação moral na sua teoria do agir comunicativo Habermas vai dizer que as sociedades modernas, no qual possui um mundo da vida, passaram por um processo de racionalização. No caso da moral, esta surgiu como uma esfera diferenciada, da arte e da verdade, por exemplo, no qual pressupõe como pano de fundo uma cultura de reflexão, em outras palavras, uma cultura de vida racional com essas questões (HABERMAS, 1989, p.130).

Sobre o pano de fundo do mundo da vida as certezas cotidianas estão presentes no bem viver das pessoas de maneira não problematizada. Nesse viés Habermas realiza uma diferença entre modos de vida culturas, de bem viver e questões morais que podem ser decididas racionalmente. As questões de bem viver ficam circunscritas ao modo de vida local. Já as questões morais possuem a capacidade de superar o horizonte cultural posto em questão (GUNTHER, 2004, p.131).

Somente as regras argumentativas extraídas dos pressupostos universais do entendimento são capazes de oferecer uma fundamentação adequada para as argumentações de moralidade. E somente elas podem transcender de maneira dialógica os determinados contextos culturais.

Algumas consequências serão aplicadas a teoria de norma de Gunther. Gunther vai partir do pressuposto de que, uma vez que as normas são sempre condicionadas um procedimento de aplicação imparcial, elas possuirão um caráter *prima facie*. Isso significa que as normas sempre ficarão numa “ordem transitiva”, no sentido de que, elas serão válidas uma vez passaram por um procedimento de justificação da norma, porém, necessitarão de interpretação e diálogo para serem aplicadas ao caso concreto (GUNTHER, 2004, p.305).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi nesse viés que foi apresentado este trabalho. O intuito foi apresentar de maneira propedêutica, tendo como fio condutor as críticas de Gunther à teoria de Dworkin, como Gunther desenvolve uma teoria da legitimidade do direito o qual é crítica a maneira como Dworkin se posiciona em relação ao ideal de norma perfeita pregado pelo positivismo e ao contextualismo sinalizado por Dworkin.

Para Gunther é somente por meio de um procedimento dialógico de aplicação das normas, no qual leve em conta todos os aspectos do caso em concreto, tendo como pano de pressupostos universais para uma argumentação racional é que, se pode oferecer uma teoria da legitimidade do direito que supere o problema da norma perfeita e transcenda os preconceitos e contextos de vida culturais.

## REFERÊNCIAS

DOUZINAS, Costas; MCVEIGH, Shaun; WARRINGTON, Ronnie. **Is Hermes Hercules’ Twin? Hermeneutics and Legal Theory**. In: HUNT, Alan (Org.). **Reading Dworkin Critically**. New York: Oxford, Berg, 1992.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010, 233 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia Política) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo.

GUEST, S. **Ronald Dworkin Jurists: Profiles in Legal Theory**. Edinburg University Press, 1997.

GUNTHER, Klaus. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, Doxa, v. 17-18, pp.271-302, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da Ação e Racionalização Social**. Volume I. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAHONEY, J. **Interpretation and Rights: a critique of Dworkin**. Law and Philosophy, Vol.23, No.2, pp.187-222, 2004.

RABINOW, P.& SULLIVAN, W. M. **Interpretive Social Science: a Reader**. Berkeley: University of California. (eds.).1979

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**. de H. Hart y Ronald Dworkin. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: A short guide for the perplexed**, working paper n.77, march 2007, The Social Research Network Eletronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=968657>.

DE VITA, ÁLVARO. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo:  
Editora UNESP, 2000.

## **Flávia Monteiro Carvalho Barbosa**

*graduada pela Universidade Veiga de Almeida,*

*pós-graduanda em Direito de família e Sucessões monteiroflavia3@gmail.com*

## **Leonora Roizen Albek Oliven**

*Doutora em Direito e mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Docente na UVA e no IBMEC.*

*leonora.oliven@gmail.com*

**Resumo:** O trabalho analisa as transformações e pluralismo nas relações familiares e a efetividade da tutela constitucional nesses novos arranjos. Parte-se da premissa que a multiplicidade atuou modificando a estrutura social brasileira, rompendo com o modelo tradicional da família advinda tão somente do casamento, ressignificando o conceito jurídico das famílias. Sendo plurais, admitem novas relações de gênero, de parentalidades e de afetos, reorganizando-se para acomodar os laços, funções e valores das entidades familiares. As respostas jurídicas contemporâneas demandam o enfrentamento pela historicidade do direito, com pesquisa fundamental e explicativa, usando procedimentos bibliográfico e documental, considerando os textos legais e literatura específica.

Palavras-chave: diversidades; famílias; solidariedade; pluralismo

## **INTRODUÇÃO**

O princípio do pluralismo familiar, aliado ao da afetividade, possibilitou a pertinência de direitos aos novos arranjos familiares. A proteção da pessoa humana e a função instrumental para os interesses existenciais e afetivos de seus membros são nortes nessa reorganização jurídica. A diversidade das entidades familiares, admitidas em especial a partir da Constituição Federal de 1988, tem estruturas diferencia-



das de relacionamentos, como a união estável, as famílias monoparentais, as homoafetivas, recompostas, socio afetiva, além da matrimonial, e cada uma, a seu tempo e ritmo, conquistará espaço jurídico.

Se de um lado o princípio do pluralismo ocasionou mudanças na estrutura institucional, rompendo com o modelo tradicional da família heteronormativa, acredita-se que de outro lado o que possibilitou a sua concretização foi exatamente a própria reestruturação familiar. Em sistema que não apenas se retroalimenta, mas expande, ela agrega novos sujeitos. As famílias se impuseram por fáticas, concretas, fixando ao direito a concretização pela tutela constitucional. A sociedade contemporânea modifica a maneira de se organizar, tornando, cada vez mais fortes os laços afetivos, e reivindica a solução às questões que vão se apresentando nessa reorganização.

Diante de tantas transformações, o artigo, resultado de pesquisa contínua, tem como objetivo investigar e analisar o pluralismo das relações familiares em ambiente diversificado. O que até o momento se observou permite supor que o rompimento ao modelo tradicional da família advinda do casamento para admitir direitos aos novos arranjos familiares impôs demandas jurídicas para a acomodação histórico-social.

O trabalho se desenvolve para relatar e decompor como o direito reagiu a essas passagens e como ele se reestruturou. As modificações de funções e de valores das entidades familiares não surgem com os novos direitos, eles são anteriores e exigiram validação. A aquisição de cada um dos direitos das famílias não é ser linear, como não o são as conquistas, e as instituições são permanentemente provocadas a dar respostas jurídicas. Elas são mais ou menos conservadoras, ora arrancam, ora estagnam, e refletem as lutas identitárias da sociedade.

A historicidade das famílias se faz presente na pesquisa, permitindo a visualização de cada configuração nas mais diferentes épocas,

tendo como eixos as legislações nacionais, comportando a análise, comparação e crítica a partir desses elementos. A pesquisa é fundamental e considera a complexidade de sistemas familiares. Será realizada com duplo objetivo, descritivo e explicativo, com abordagem qualitativa, e como procedimento, as fontes bibliográficas e documentais, normativas e literatura específica, darão suporte na construção de argumentos que credenciem os significados das novas famílias.

### **Em nome da lei, vos declaro casados**

Durante muito tempo, as principais preocupações do legislador acerca da família voltavam-se especialmente para o ato mais solene do direito civil, o casamento, e seus efeitos jurídicos. E que tempo foi esse? Se for o tempo do Direito, da sociedade ou das religiões, a todos eles a família reage para a realização dos afetos. Ele seria a única forma de instituir a família matrimonial, legítima e capaz de gerar consequências para o casal e para os filhos nascidos sob a sua compleição.

A legitimidade dos filhos, categoria relevante por considerar a perpetuação do nome e do patrimônio, era fonte de atenção e exigia a fidelidade e o recato. Tornar certa a paternidade era um valor a ser preservado pelo recato, pela intolerância e pela mitigação de direitos em condições estruturais que assentavam ou mantinham as mulheres em escala de subserviência. A política do patriarcado colocava o casal um de costas para o outro, e os filhos compunham uma classe de satisfação de interesses dos pais, inclusive pelo próprio casamento.

Os direitos típicos e próprios das famílias, como o nome, a filiação, regimes de bens, proteção filial e direito sucessório só seriam implantados para a família legalmente constituída, ficando os demais à margem dessas garantias. As demais não eram consideradas relações familiares, não recebiam as proteções e orbitavam em um lugar híbri-

do do direito civil, buscando no direito das obrigações, na responsabilidade civil e até mesmo nos direitos reais algum tipo de suporte e apoio jurídico para proteção nos tribunais.

A sociedade respondia a essas exigências cumprindo-as e até mesmo impondo aos seus e aos demais a satisfação do rito, não tão coincidentemente semelhante ao religioso. Ele reproduzia de alguma forma as formalidades e as pompas, correlacionadas à aceitação e organização social. Dando início à conjugalidade civil, revestia as repercussões jurídicas de dotação secundária sopesando a importância da cerimônia, ainda que simbólica.

Essa perspectiva, advinda do direito canônico e do português, foi seguida pela primeira codificação brasileira. Ela refletia o Brasil de 1916, recém-republicano, arraigado em costumes advindos do regime monárquico e escravagista. A sociedade então conservadora, interessada na insipiente industrialização, tinha como prioridade a proteção à propriedade privada e de meios de produção que permitissem mantê-la nas mãos dos mesmos grupos econômicos e familiares. Para tanto, era necessária uma estrutura jurídica garantidora das famílias patriarcais, mas que também recepcionassem o grande número de emigrantes europeus que chegaram no pós-guerra, transformando a economia e a sociedade brasileira.

O diploma legal sobreviveu por todo o século XX e inicialmente negava o diálogo com as novas famílias que já vinham se desenhando. Fáticas, circulavam no entorno da (i)legalidade, pois o conceito de família remetia ao modelo convencional matrimonial e heteroparental, evidenciando um núcleo de reprodução biológica garantidora da transmissão genética e patrimonial.

As inovações advindas do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, repercutem nas famílias. A retomada da higidez da capacidade civil, o fim da autorização marital ao trabalho extra domicílio, a possibilidade,

ainda que limitada, de gestão da entidade familiar, são conquistas que ativam a luta pela igualdade em direitos.

O STF teve uma importante decisão em 1964, ao adotar, pela súmula 380<sup>71</sup>, a partilha de bens no concubinato puro como sociedade civil, semelhante ao que posteriormente nomeou-se como união estável. Ao possibilitar a partilha de bens adquiridos onerosamente na constância da relação concubinária, acolheu a existência de organizações familiares informais. Ao conferir direitos, ainda que atípicos, pois eles estavam no campo do direito civil patrimonial e não existencial, não de família, houve avanços. A jurisprudência se abria e observava os fatos sociais como reforço incipiente à consolidação da pluralidade familiar.

Outro ponto de arranque se deu com a luta pelo divórcio. Considerando como um movimento de longa duração, permitiu diversas reflexões e embates sobre a função e formação das famílias. A possibilidade de dissolução do vínculo conjugal pela vontade, concretizado pela Emenda do Divórcio em 1977, contribuirá para romper com a exclusividade da família sacramento e revelar a importância na realização das afeições. A oportunidade em dispor da própria conjugalidade e a liberdade na escolha abrem caminhos para outros ideais das famílias.

O divórcio permite que muitas famílias reorganizem as suas relações jurídicas através de novos casamentos. A luta não tratava de um comportamento antimatrimonial, mas de outros elementos, como a liberdade de escolhas na vida. O casamento será objeto de lutas e de realizações jurídicas em afetos, em sexualidades, em possibilidades e pluralizações.

---

<sup>71</sup> Teor da SUM 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". Publicado no DJ de 12-5-1964.

## Pluralismo familiar

A Constituição Federal de 1988 vai orientar o modelo inclusivo e alargar o conceito de famílias. Para além do expresso no art.226 da Constituição da República, são abarcadas as demais possibilidades de organismos familiares que se formam não apenas quando da sua promulgação, mas ao longo do percurso nas reorganizações familiares. Exatamente nessa dimensão se reconhece o carácter exemplificativo do comando, admitindo a inclusão de outras possibilidades de ajustes. A expansão avalia que “a família não pode se enquadrar numa *moldura rígida*, em um suposto rol taxativo (*numerus clausus*), como aquele constante do Texto Maior. Em outras palavras, o rol constante do art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*)” (TARTUCE, 2018, p.40), e de cada movimento social pode advir proposta de inclusão.

Trata-se de um documento marcado pelo carácter democrático, igualitário e humanista. O Estado se compromete a garantir a dignidade da pessoa humana, se apresenta como tendo esse valor como estruturante da sociedade e torna possível a inclusão das famílias reconfiguradas. A proteção aos direitos das personalidades de cada um dos indivíduos resguarda “o espaço da família, na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiados para o desenvolvimento da pessoa humana” (CHAVES e ROSENVALD, 2017, p.41) como elemento ao crescimento pessoal e de segurança familiar.

A reformulação do conceito de família o torna inclusivo, afetivo, de realização e expansão das personalidades. Reconhecer que os “ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana” (GAMA, 2003, p.101) reforça a inclusão para que cada um dos membros possa buscar a sua realização pessoal.

As escolhas e organizações são pessoais. Cada um dos atores é necessário e complementa o todo, sendo a “família-instituição foi substituída pela família- instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a proteção pelo Estado” (DIAS, 2016, p.234). A pluralidade familiar torna-se um princípio constitucional e o reconhecimento, ainda que lento e paulatino, das mais diversas possibilidades de organizações familiares reforça o alargamento conceitual.

A Constituição Federal é marco legislativo de inclusão e o reconhecimento como entidade familiar de casais homoafetivos pelo STF em 2011 (MADALENO, 2019, p.36). São conquistas de direitos insuscetíveis de serem submetidos a um legislativo retrógrado, como no projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 6583/2013 que pretende definir a entidade familiar tão comente “como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, em franco retrocesso social, o que, por si só, macula a proposta por inconstitucional.

Não há como desconsiderar o pluralismo e a liberdade de escolhas pessoais para as formações familiares, direitos constitucionais garantidos que impõem respeito, pois “o legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências” (DIAS, 2016, p.84). Esse é a atmosfera de realização das famílias contemporâneas, de independência e autonomia, que se fortalece em ideais libertários.

O pluralismo se revela nas diferenças, não nas igualdades. Ne-las reside o fundamento que permite o exercício das escolhas, do res-

peito e da realização. Não há crise de identidades, elas são peculiares, cada qual com as suas características jurídicas, mas sem hierarquia.

### A reorganização

A segunda codificação trouxe outros aspectos a serem observados, acomodando temas já conquistados e que possivelmente deveriam ter sido não apenas incorporados, mas aprimorados. Compreender as famílias como se propõe na contemporaneidade, fortalecendo a caráter existencial das afinidades, pluralizada e democrática, implica em abrir espaço para as composições socio afetivas, hetero e homoparental. Distanciando do perfil tradicional para construir novas relações, o projeto não as incluiu claramente, deixando brechas para interpretações literais e refratárias a mudanças, que ainda dividem e conduzem ao anacronismo.

A luta pelas igualdades, para além da jurídica, encontrará a mulher no comando das entidades familiares sem hierarquia de gêneros. O *pater familiae* foi sepultado. É o fim do pátrio poder e a consagração do poder familiar, da autoridade parental como dever-função a ser exercitada em favor dos interesses e cuidados dos filhos. Há um deslocamento da posição jurídica da criança de objeto do empenho paterno, a quem incumbia as decisões sobre a vida e o patrimônio dos filhos, para o de sujeito de direito, com o bem-estar e cuidados com a infância se sobrepondo aos dos pais.

A família, mesmo diante das profundas transformações sociais, continuará sendo o núcleo essencial de constituição do sujeito e da sociedade. A diferença está na forma como ela será constituída, agora plural, e reconhecida, legal. Eudemonista, ela busca no afeto a sua realização e nos valores fundantes do Estado a sua proteção, não julgamentos.

Tendo como princípios basilares a sociabilidade, eticidade e operabilidade, o Código Civil de 2002 revela mudanças na estrutura jurídica. O interesse e a função social dos institutos jurídicos superam a era individualista, e pretende-se que as relações sejam ajustadas a partir da ética e da boa-fé nas relações humanas e negociais. A operabilidade de um lado simplifica os institutos, facilitando a sua compreensão e aplicabilidade, e de outro os aproxima da realidade fática, impondo maior compreensão sobre os mais diversos espectros, no caso, das famílias, efetivando o alargamento conceitual por meio de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados.

Para as famílias, essa dinâmica aproxima a codificação da realidade nas composições, flexibilizando, inserindo, e não apenas impondo uma única modalidade. Esse aspecto atua em conformidade com as transformações sociais e com a diversidade familiar. Refletindo a expansão das categorias, reflexo da Constituição Federal de 1988, “a expressão direito das famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver.” (DIAS,2016, p.49).

Romper com o legalismo conservador exigiu interpretação acorde com a constitucionalização do direito, aplicando nos casos em concreto a elocução que melhor acomoda o texto constitucional. A performance judicial acolheu as atualizações sociais, validando uma nova cultura jurídica. A ingerência estatal, de menor intervenção e efetiva proteção, ainda se desenha para tornar a família cada vez mais democrática, aonde “a tomada de decisão deve ser feita através da comunicação, através do falar e do ouvir. Entre marido e mulher, busca-se atingir o consenso; entre pais e filhos, a conversa e o diálogo aberto” (BODIN, 2005, p.52).

A lei não enumera cada uma das possibilidades de organização de estruturas familiares e exatamente aí reside a importância das cláusulas



sulas abertas em direito das famílias. Essa amplitude evita o engessamento de conceitos e sendo a família plural, as novas constituições que se revelarem poderão ser envolvidas pelo direito.

É possível falar em família formada pela união estável por conquista em percurso de longa duração. A Lei do Divórcio, de 1977, permitindo pela primeira vez a dissolução do vínculo conjugal pela manifestação da vontade, admitiu a regularização de outras famílias a partir da dissolução do vínculo anterior e autorizando o remaridar. Mesmo antes da lei, as pessoas procuravam as suas próprias soluções e estabeleciam novas relações afetivas e de longa duração, ainda que a legislação não apoiasse ou concedesse os direitos pretendidos.

Era necessário consolidar normas que protegessem as composições fáticas como entidades familiares, já estruturadas, mas com o manto da invisibilidade. Em 1988 o concubinato puro perde parcialmente os defeitos e ocupa o espaço até então das sociedades civis, ainda sem a integralização de direitos das famílias. Dependendo de normas complementares, de leis especiais<sup>72</sup>, apenas em 1996 houve a inédita igualdade jurídica entre as famílias matrimonializadas e as informais, com a atribuição de direitos a alimentos, a regimes de bens e a direitos sucessórios, esses em especial posteriormente reduzidos pela nova codificação. Ela não enfrentou abertamente os avanços e insistiu nas tradições de um modelo clássico já conhecido pela sociedade. Ao manter as diferenças injustificadas em direitos dos companheiros, informava a sua dificuldade em transpor os ritos da sacralização. As correções advieram somente em 2017, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu<sup>73</sup> com repercussão geral não haver hierarquia entre

---

<sup>72</sup> A lei nº 8971/1994 e a lei nº 9278/1996 vão atribuir direitos sucessórios, de regimes de bens e protetivos para os companheiros de forma similar aos dos cônjuges como disposto no Código Civil de 1916.

<sup>73</sup> Em maio de 2017, O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida,

as famílias formais, havidas pelo casamento, e as decorrentes da união estável.

A família permanece monogâmica, ao menos no que se refere aos princípios infraconstitucionais. Acredita-se que seja uma forma de garantir o direito de propriedade, subordinando-as ao poder econômico, garantindo o nome e a transmissão hereditária. Junte-se ainda o argumento da fidelidade, como se unilaterais fossem as relações amorosas, para repelir a importância das famílias simultâneas, paralelas.

A união de uma pessoa casada deve ser analisada pelo aspecto da posse efetiva de estado de casado e não apenas da manutenção do vínculo matrimonial. Ainda que ele exista, se o casal não mais mantém vida em comum e encontra-se separado de fato, é possível configurar uma união estável com outra pessoa sem que haja a configuração de descumprimento aos deveres do casamento ou a comando legal. No entanto, caso a pessoa permaneça na sociedade conjugal, é caracterizado como concubinato e o direito, em regra, recusa efeitos jurídicos familiares a essas relações. Diferente solução se apresenta na união estável-concubinato putativo, na qual um dos conviventes desconhece o impedimento para a conformação da união, tendo a sua boa-fé força suficiente a atribuir direitos patrimoniais às três pessoas, criando uma triação (MADALENO, 2018, p.8). O tema demanda controvérsias que se referem não apenas ao dever de lealdade inerente às uniões estáveis ou de fidelidade de que trata o casamento, mas de uma reestruturação social para admitir mais de uma relação afetiva e sexual de forma concomitante.

A poligamia tem sido colocada em pauta na medida em que o princípio do pluralismo familiar cada vez mais se fortalece. Argumenta-se também que a dignidade da pessoa humana envolve a liberdade

---

equiparou o regime sucessório entre cônjuges e companheiros, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

em escolhas e que ao Estado não caberia delimitar as formas de amar, mas sim buscar algumas soluções jurídicas a essas novas ações. Avaliar como hipótese o exercício dos afetos em uma única relação que comporte mais de uma pessoa ao mesmo tempo instituiria o poliamor, formalizado pelo trisal, de forma consensual. Não são relações duais concomitantes, mas uma única família formada de forma plural por três parceiros, o que parece causar certo estranhamento social.

Essa dimensão fez com que o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinasse em junho de 2018 a proibição à lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva. Na medida em que elas têm fé pública, elas poderiam confundir os declarantes e fazê-los crer que estariam constituindo uma família sem que o direito as reconheça. O CNJ estaria exigindo e até mesmo rejeitando a acomodação jurídica para um fato social.

Acredita-se que as escrituras declaratórias que porventura já tenham sido realizadas têm relevante conteúdo probante e declaratório. A decisão sobre a força constitutiva delas para atribuir os efeitos de entidades familiares em poliamor serão oportunamente debatidas e avaliadas em técnicas e regras hermenêuticas por uma sociedade mais ou menos madura, mais ou menos esclarecida. Há diferenças e um longo percurso para essas famílias transporem os padrões materializados.

As lutas são constantes para as famílias. As homoafetivas apenas em 2011 tiveram reconhecidos os direitos típicos e próprios das famílias e em decorrência da atuação do Supremo Tribunal Federal<sup>74</sup>. Mesmo após o reconhecimento da união estável para os casais homossexuais, houve oposição de cartórios de registro civil ao casamento

---

<sup>74</sup> Em maio de 2011, o STF, com repercussão geral, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

direto. Se havia dúvidas sobre o procedimento ou preconceito em realizá-los, a solução adveio da edição da portaria nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça<sup>75</sup>. As recusas em celebrar o casamento, exigindo dos casais que passassem pela união estável e as convertessem em matrimônio, revelam a resistência à modificação do estado das coisas. Impor o percurso por ambos os institutos era a resposta dos conservadores, que apostavam na demora e dificuldades como forma de obstar as conquistas e se valiam de injusta rejeição em validar as mudanças sociais e a inclusão de direitos às famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

O exercício da parentalidade também é revisitado, ou renovado. A perspectiva que acolhe a socioafetividade, a relação na qual se abrigam os amores, as afeições e especialmente a responsabilidade para com as crianças e adolescentes, ainda que não haja vínculo consanguíneo ou civil, modifica as famílias. Surge uma nova forma de parentesco que se encaixa no conceito aberto de parentesco do Código Civil e que além de desbiologizar a filiação, dará novo giro ao poder familiar, ressignificando as funções parentais.

As funções paternas e maternas não são apenas as naturalizadas como ações do pai ou da mãe. A interlocução com o saber psi vai oportunizar o conhecimento das funções na construção identitária do pequeno sujeito. Há atividades de cuidados contingentes e outras de instituições de regras e normas a serem internalizadas que não dependem do gênero ou da sexualidade dos pais.

Elas podem ser satisfeitas em diversos desenhos e não apenas de forma nuclear como até então se acreditava. O protótipo triangular

---

<sup>75</sup> A Resolução N° 175 de 14/05/2013 do CNJ dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

pai-mãe-filhos é superado inicialmente pela atribuição de direitos às famílias monoparentais, representadas por um de seus genitores e os seus filhos. A importância na admissão envolve direitos civis em diálogos diretos ou periféricos, caso da impenhorabilidade do bem de família legal deferida às monoparentais. Superando opiniões apegadas à trilogia familiar, relativiza a prevalência da família matrimonial como único núcleo de reprodução e indica o giro do Direito para uma família autônoma e plural. Ela também antecipa a decisão do Superior Tribunal de Justiça(STJ) que em 2009<sup>76</sup> ampliou a proteção a todas as pessoas, identificando o fundamento no direito à moradia e na garantia ao patrimônio mínimo existencial necessário a esse exercício.

O modelo bi-nuclear ganha relevo e fortalece as famílias reconstituídas. Perceber que o par parental poderá desenvolver núcleos diferentes entre si isoladamente, com um ou dois núcleos maternos, paternos ou binários, polinuclear, acolhe os novos atores que as recompõem. A família mosaico, *ensamblada*, se faz presente em novos arranjos quando o casal, ou apenas um deles, ingressa na nova relação já com filhos de outros realcionamentos. Cria-se uma nova e terceira história familiar, inclusive com outros filhos em comum e desvendando parentalidade caso haja vínculo forte o suficiente com os padrastos-madrastas cuidadores.

Observando o afeto a valor jurídico, a parentalidade socioafetiva é relevante na dinâmica das famílias. Ela aponta para as novas parentalidades, que consideram mais as responsabilidades entre pais e filhos e os interesses de proteção aos afetos como suficientes a gerar efeitos jurídicos. Essa contingência permite o desenvolvimento de valor central na dignidade da pessoa humana. O amor promove laços

---

<sup>76</sup> Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça editou o SUM 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

que se desenvolvem pela identificação (FREUD, 1921), aspecto de formação nos sujeitos com o investimento no mundo externo e interno. Acredita-se que a filiação socioafetiva seja um incentivo ao desenvolvimento da personalidade humana, ainda que inexista originariamente a formalização da parentalidade.

A existência de posse do estado de filho considera o tratamento, o nome e a reputação do filho pela opinião pública como pertencente à família de seus pais (CASSETARI, 2015, p.35). Acredita-se que a sociofiliação possa transcender a esses aspectos, focando nos objetivos que impulsionam as famílias nas relações interpessoais.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu no tema 622<sup>77</sup>, fixando a tese com repercussão geral, não haver classificação por ordem de filiação. Ao admitir que as paternidades biológicas e socioafetiva tenham o mesmo valor jurídico, com os efeitos pertinentes ainda que sem o registro civil, avançou e admitiu a concomitância delas, concluindo pela multiparentalidade. Ela informa a filiação plural, com mais de um genitor no mesmo polo, independentemente da sexualidade. Não se trata da conjugalidade, mas da parentalidade.

O instituto reforça a paternidade responsável como a fonte do sistema de parentalidade jurídico, compostos pelos cuidados, deveres e funções inerentes ao seu exercício, e psíquico, sendo “produto do parentesco biológico e do tornar-se pai e mãe” (Féres-Carneiro e Magalhães, 2011, p. 117). A análise do sistema familiar que agora se instituiu dará a dimensão dos novos vínculos.

A relevância que se dá aos interesses e assistência conjunta entre os membros de uma família é relevante a ponto de considerar a entidade que não tem unidade parental. As pessoas desenvolvem jun-

---

<sup>77</sup> Tema 622, decidido pelo Supremo Tribunal Federal: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

tas os seus interesses e não incluem nesses aspectos a sexualidade ou a filiação, sendo a fraternidade o ponto de inferência. O vínculo ultrapassa a amizade. A unidade anaparental não tem conexão de descendência ou de ascendência, mas de laços emocionais que aliados à responsabilidade recíproca possibilitaria a caracterização.

É uma família diferente da parental, na qual as pessoas se unem especificamente com a finalidade de terem filhos, independentemente de conjugalidade ou de sexualidade, considerando as técnicas de reprodução assistida (RA) disponíveis na contemporaneidade. Importante aspecto na realização das famílias se encontra em analisar com os efeitos distintos os decorrentes da paternidade, como ora se observa da inexistente conjugalidade.

A importância em atribuir o status de família a cada uma delas revela superação e a conquista dos efeitos jurídicos decorrentes dessa condição familiar. Ela supera a categoria de sociedade civil, na qual se observava mais os efeitos econômicos, como se houvesse lucros e prejuízos, do que os existenciais, e reestabelece a posição e vantagem do ser humano como eixo central e em torno de quem se estrutura o direito.

### **Considerações finais**

A pesquisa traça um caminho histórico e descritivo da normativa brasileira enfrentando respostas sociais e jurídicas na resistência e na formação de organismos familiares. Identificou-se nessa trajetória que ainda há oposições a expansão de direitos, com famílias que precisam confirmar essa condição. Em outras, investir na manutenção e na aquisição de direitos, pois as soluções não são necessariamente satisfatórias, em risco constante de retrocessos sociais.

Foi possível verificar que valores sociais e a desbiologização das famílias também interferiram no avanço de conquistas, em especial a partir do fim do século XX. A relevância nas relações de igualdade familiar e de afeto no desenvolvimento funcional das famílias se consolida pela via da Constituição Federal 1988, inaugurando a constitucionalização do direito civil para modificar o papel e a aplicabilidade do direito privado na conexão com as liberdades individuais. Ela possivelmente demonstra uma nova ordem jurídica, que ora se lança para realizar os direitos da personalidade, assegurando o desenvolvimento pessoal e familiar, ora é freio para garantir o funcionamento dessas mesmas liberdades.

Os fundamentos e as justificativas a cada uma das modalidades de grupos familiares exemplificados no presente trabalho se estruturaram no ordenamento jurídico, na ordem constitucional. Ao promover a proteção integral da criança e do adolescente, ao menos buscando resguardar e fomentar o seu pleno desenvolvimento, o direito se abre para cada uma das famílias que acolhe os filhos, o que pode ou não se dar em cada uma de suas diversas formações. Ao evidenciar a responsabilidade com os direitos existenciais e patrimoniais dos casais nas mais diversas particularidades, os elementos se integram e aumentam a capacidade de expansão pessoal. Não se trata de rigidez ou de flexibilização, mas de compreender a extensão de sua funcionalização e a real importância de sua existência para o desenvolvimento pessoal e social.

O equilíbrio que se busca está na prática da personalidade de cada um dos membros que a compõe de forma individual, mas também coletiva. Conhecer a dinâmica de cada relação intrafamiliar e mergulhar nos sistemas de desenvolvimento exige do direito transitar por outros ambientes, abrindo espaço para alargamentos conceituais.



A contribuição se dá também por tirar da invisibilidade a reflexão sobre a permanente necessidade de vigília, de lutas e de defesas das famílias. A atenção ao estado das coisas, que por vezes naturaliza e renova os discursos binários de papéis e identidades da sexualidade e de gênero, tenham a validação pretendida. A luta pelo direito é maior e mais complexa do que os preconceitos e a luta das famílias face de revelação.

A diversidade é um exercício de amor e de compreensão, mas também de respeito e garantia de direitos humanos e fundamentais, havendo razões objetivas e subjetivas para a ampliação dos conteúdos protetivos típicos e próprios das famílias. Os vínculos familiares se estabelecem sob as diversas modalidades, não sendo razoável a criação e tabelas de acreditação para tornar-se uma unidade mais ou menos satisfatória. O critério de observação para o reconhecimento dos direitos é jurídico e o próprio ordenamento determina o cumprimento dos princípios constitucionais referentes às famílias.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil, Lei No 3071, de 1ª de janeiro de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

BRASIL. Lei nº 8971 de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm)

BRASIL. Lei nº 9278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm)

BRASIL. *Código Civil, Lei No 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>.

BRASIL. Resolução Nº 175 de 14/05/2013 do Conselho nacional de Justiça. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>

BODIN de MORAES, Maria Celina. *A família democrática*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1314, p. 47-70, 2005.

CHAVES, Cristiano; ROSENVOLD, Nelson. *Direito da Famílias*, Salvador: Jus Podium, 2017.

CASSETARI, Christiano; *MULTIPARENTALIDADE E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA EFEITOS JURÍDICOS*, São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2015.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 11ª ed., 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Féres-Carneiro, T., & Magalhães, A. S. (2011). A parentalidade nas múltiplas configurações familiares contemporâneas. In L. V. Moreira, & E. P. Rabinovich, *Família e parentalidade: Olhares da Psicologia e da História* (pp. 117-134). Curitiba: Juruá.

FREUD, S. *Psicologia das Massas e a Análise do Eu*. ESB, vol.XVII. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1990(1921).

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*, volume 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 5: Direito de Família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

# ECONOMIA DIGITAL: REGULAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS E MARKETING VIRTUAL

**CORRÊA, Camila Braga**

*Mestranda em Justiça Administrativa – PPGJA/UFF*  
*camilabragacorrea@gmail.com*

**COÊLHO, Diego Henrique Damasceno**

*Mestrando em Justiça Administrativa – PPGJA/UFF*  
*diego\_coelho@id.uff.br*

**OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de**

*Mestre em Direito Empresarial - Faculdade de Direito Milton Campos*  
*leonidasmansur@yahoo.com.br*

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo apresentar os aspectos mais relevantes acerca da tributação e regulação de criptomoedas e do marketing digital, contextualizando aspectos econômicos, sociais e políticos destes novos setores de circulação financeira e de mercadorias (como produtos e serviços), cruzando e correlacionando informações, consultadas em bases físicas e virtuais, tendo em vista o caráter hipotético-dedutivo, e pelos métodos investigativo, comparativo e questionador, sob o prisma das perspectivas mundiais mais influentes quanto a pontos polêmicos ainda não normatizados adequadamente em muitos países, além de comentar os principais marcos regulatórios no Brasil, elaborados principalmente no biênio 2016-2017 e no primeiro semestre de 2018, mas que já representam uma nova forma de pensar da economia digital, face aos inevitáveis impactos jurídicos e processuais que Estado possivelmente enfrentará, caso procrastine na criação dos parâmetros de cunho legislativo.

**Palavras-chave:** economia digital; regulação; tributação; criptomoeda; marketing virtual

## INTRODUÇÃO

As ferramentas de comunicação digital vêm, desde meados dos anos 90, do século XX, sendo aperfeiçoadas e oferecidas em massa à população. O desenvolvimento de um novo campo para a economia oportunizou o estabelecimento de novas formas de comércio e de intervenção de mercado, fortemente relacionadas à globalização e fundamentadas numa rede aberta e democrática - um fenômeno socioeconômico que transformou o modo de vida, de pensamento e de produção. Neste novo cenário, a fluidez do consumo e a ausência de limites para a inovação são as principais características (BAUMAN, 2001, p.18).

A Economia Digital compõe setor autônomo e campo recente, abrangendo tanto os mercados tradicionais quanto os digitais. A via para que os bens de consumo sejam apresentados aos potenciais consumidores é a publicidade, costumeiramente tratada como “marketing virtual” neste novo espaço de compras, vendas, trocas e prestações de serviços (TAPSCOTT, 1997, p. 64). Assim, diversos produtos, físicos e virtuais, podem ser atualmente comercializados pela internet, em moedas nacionais ou através das chamadas “criptomoedas” ou “webcoins”, já perfazendo um montante de cerca de 20% da economia global a transitar pelas vias digitais (CABRAL; YONEYAMA, 2001, p. 35).

A regulação da economia digital ainda é um tema pouco discutido em projetos de Lei e Agências de Regulação, tanto no Brasil quanto em demais países, de modo a não prever a tributação de publicidade virtual, sobre as negociações de produtos e no mercado de moedas digitais, produzindo evasões fiscais diárias, muitas vezes passando despercebidas, entre outros problemas. Desta forma, o presente estudo tem por objetivo promover a contextualização de alguns pontos polêmicos e ainda pouco discutidos, ocorridos principalmente no biênio 2016-2017 e no primeiro semestre de 2018, mas que já representam uma nova forma de pensar a tributação e a regulação da economia digital, já em franco aquecimento e mudando o eixo das relações financeiras e sociais, bem como acarretando impactos jurídicos sem previsão legal.

A literatura revista até o presente momento buscou situar o problema frente aos mais recentes avanços das posturas adotadas em países que já pensam numa legislação tributária de parametrização da economia digital.

Desta forma, buscou-se comparar a caminhada no Brasil, correlacionando informações econômicas apresentadas pelos órgãos afetos à Administração, bem como utilizando consultas a bases físicas e virtuais e cruzamento de informações, considerando o caráter hipotético-dedutivo, por um viés investigativo, comparativo e questionador, quantificando a eficácia, aplicabilidade e os obstáculos correlatos. Portanto o trabalho contextualiza o tema mostrando, principalmente, as discussões e mudanças no campo da tributação e da regulação, com os valores aproximados da circulação de criptomoedas e marketing digital, na busca por compreender os horizontes da normatização de tais setores da economia, face ao pensamento econômico tradicional e as implicações jurídicas acarretadas pela falta de normas específicas das searas em comento.

## 1. BASES DA ECONOMIA DIGITAL

Os três elementos de maior destaque no campo dos negócios digitais são: Sociedade da Informação, Internet e Economia Digital.

Em 1973, o sociólogo estadunidense Daniel Bell (1973, p. 41), cunhou o conceito de “Sociedade da Informação” para delinear o agrupamento social onde o eixo das relações de trabalho e o consumo ocorrem com base em conhecimentos teóricos, de modo que outros elementos de produção perdem a relevância. Assim, o conhecimento teórico (know-how) passa a ser fonte de poder dentro da sociedade da informação, preterindo os modelos tradicionais de poder religioso, econômico ou sobre a terra.

A Internet representa o ambiente natural onde ocorrem as relações digitais dentro da “sociedade da informação”, sendo formado por um conjunto descentralizado de redes de comunicação interconec-

tadas utilizando protocolos TCP/IP, de modo a garantir redes físicas heterogêneas em funcionamento como uma única rede lógica de alcance global, também figurando como a maior plataforma com arquitetura aberta para troca de informações (BOSTROM, 2014, p. 48-49).

Estas novas ferramentas proporcionaram o surgimento e expansão da Economia Digital (WALDFOGEL; PEITZ, 2012. p. 34), como sendo um dos setores de macroeconomia. Com características inovadoras sobre a forma de produção e negociação e mediante procedimentos simplificados, a economia digital também minimiza o emprego de materiais físicos e papeis, pois gera informações eletrônicas, em formas de “bits” armazenados em nuvens de dados, cujo acesso ocorre na velocidade da luz.

As trocas multidisciplinares entre pessoas e organizações, promovem a criação de novos modelos de negócios e a geração de riquezas em escala global, bem como exigem a adequação de sistemas normativos balizadores das novas relações financeiras digitais.

## 1.1 MERCADO FINANCEIRO

Por muito tempo visto como um setor onde o conservadorismo e a burocracia pautavam as decisões, o atual cenário do mercado financeiro, formado por bancos e instituições de capital econômico, tem buscado certa modulação face aos horizontes ampliados pelo mercado digital e às demandas de clientes (TOLEDO FILHO, 2006, p. 25).

Assim, os próprios modos de consumo e administração econômica dos países passam por severas transformações, dados pela crise mundial (2008-2017) e na busca por adequação e integração às novas exigências da chamada “4ª Revolução Industrial”. Sob tal prisma, conforme ensina Schwab:

A quarta revolução industrial, no entanto, não é apenas sobre máquinas e sistemas inteligentes e conectados. Seu escopo é muito mais amplo. Ocorrendo simultaneamente, há ondas de novos

avanços em áreas que vão desde o sequenciamento de genes até a nanotecnologia, desde as energias renováveis até a computação quântica. É a fusão dessas tecnologias e sua interação entre os domínios físico, digital e biológico que tornam a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das revoluções anteriores.” (SCHAWAB, 2017, p. 12, tradução nossa)<sup>78</sup>.

Algumas das inovações onde resultados apresentam lucratividade exponencial são:

- Fintechs: combinação de “financeira” (finanças) e “technology” (tecnologia), são empresas que aliam tecnologia e finanças, realizam investimentos, incluindo manutenção de carteiras de criptomoedas em bancos digitais;

- Robôs investidores: utilizando sistemas e programas, estas formas de inteligência artificial (IA) automatizam atividades produzidas em massa e, comparam históricos de dados, por meio do uso de métricas, produzindo resultados quantificados e gerando alertas sobre oscilações.

## 1.2 CRIPTOMOEDAS E “A CRIAÇÃO DE DINHEIRO”

A utilização das criptomoedas é fruto da globalização das relações promovida pela internet e criou novos paradigmas para a economia. As moedas virtuais são ativos digitais que usam a criptografia como instrumento de segurança (ULRICH, 2014, p. 37). Criptomoedas são usadas majoritariamente em compras e vendas de bens e serviços.

Características marcantes são: o pseudonimato (quase anonimato) das carteiras de bitcoins, ou contas, onde os titulares são identi-

---

<sup>78</sup> The fourth industrial revolution, however, is not only about smart and connected machines and systems. Its scope is much wider. Occurring simultaneously are waves of further breakthroughs in areas ranging from gene sequencing to nanotechnology, from renewables to quantum computing. It is the fusion of these technologies and their interaction across the physical, digital and biological domains that make the fourth industrial revolution fundamentally different from previous revolutions.

ficados apenas por números; compras em modelo ponta-a-ponta (peer-to-peer) onde há exclusão de agentes financeiros intermediários e; transações internacionais seguindo o modelo descentralizado de dados (blockchain).

Além do uso de criptomoedas para a compra de bens e serviços, também existe a possibilidade de criação de “contratos inteligentes”, onde os acordos são formulados por meio de códigos virtuais. Atualmente, mais de 1.000 espécies de criptomoedas, também chamadas de “altcoins”; já foram criadas e disponibilizadas. As de maior destaque são: Bitcoin, Ether & Ethereum, Litecoin, Dash, Zcash e Monero.

### 1.2.1 Blockchain

O “blockchain” figura como a principal inovação tecnológica trazida pelo “Bitcoin”, sendo o sistema de registro das transações financeiras feitas em rede e cujo escopo é a descentralização de dados como medida de segurança. Este formato de distribuição mantém bases de registros de dados distribuídos e compartilhados dentre vários servidores e constantemente atualizados (SWAN, 2015, p. 28). O intuito é produzir continuamente um registro global de todas as transações ocorridas neste mercado.

As redes de “blockchain” estão em expansão geométrica e independente, sempre quando blocos completos são adicionados ao sistema, através de algum novo conjunto de registros em modo linear e cronológico. Conforme leciona Wattenhofer (2016, p. 2), um “blockchain” é um construto digital onde são armazenados dados semipúblicos em um espaço de contêiner linear (o bloco).

Qualquer pessoa pode verificar se houve alteração de informações, pois o contêiner registra as assinaturas, e somente o usuário (ou um programa) pode desbloquear o que está dentro do contêiner, utilizando chaves particulares de acesso a tais dados, com segurança. Logo, o “blockchain” se comporta quase como um banco de dados,



exceto por parte da informação armazenada, o “cabeçalho do registro”, ser público.

Os dados armazenados podem ser um “token” de valor ou um saldo de dinheiro criptografado. Assim, o “blockchain” atua como um sistema alternativo de transferência de valores que nenhuma autoridade central ou terceiros mal-intencionados podem adulterar, pois está baseado no binômio público/privado, que é o fiel de balança em “blockchain”: visibilidade pública, mas inspeção privada(TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 22).

### 1.3 MARKETING VIRTUAL

O marketing virtual, ou Webmarketing (FORTUNA, 2010, p. 561), é a forma de publicidade que utiliza a internet como ferramenta básica. Mediante a utilização de imagens interativas, e-mails, vídeos, compra de espaço em redes sociais e outras formas de customização publicitária, o setor de Marketing Digital se tornou o centro das atenções das variadas estratégias de marketing das empresas.

Através de mecanismos diversos e até pouco ortodoxos, como a aquisição de informações de clientes em potencial mediante técnicas como “phishing”, e-mails de massa e spams automáticos, dentre outros, a interatividade entre vendedor e comprador acontece em tempo real, assim que o indivíduo se conecta à rede. Deste modo, o consumo tornou-se disponível a qualquer momento, retirando do comércio “de rua” a única maneira de consumir bens, produtos e serviços (ARAÚJO JÚNIOR; CORMIER, 2000, P 532).

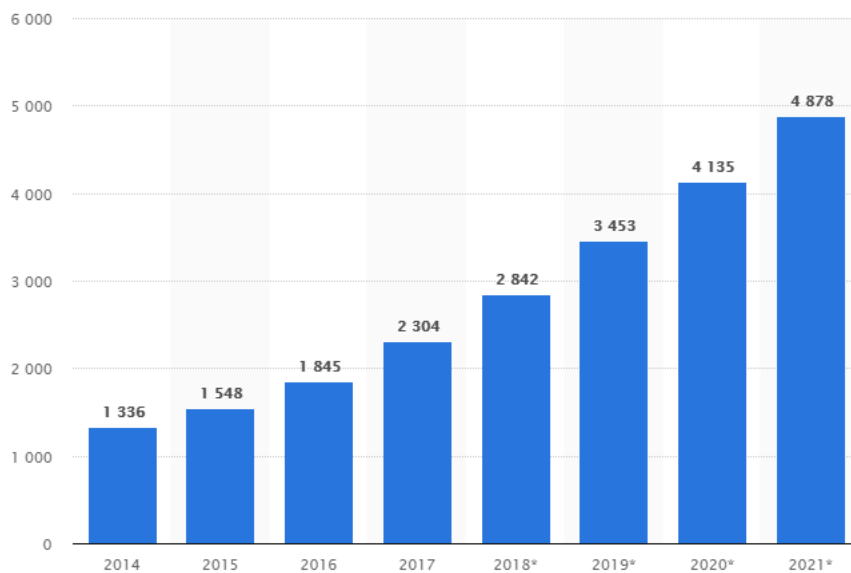
Este segmento da economia, que já lucra bilhões, está aliado às inteligências artificiais e conta com patrocínio das maiores empresas do planeta, indicando que nos próximos anos os serviços de assessoria de imprensa, marketing digital e geração de conteúdo vão se consolidar e expandirem-se ainda mais.

### 1.3.1 Comércio eletrônico ou “e-commerce”

O mercado e a economia virtuais, baseado por meio da internet, propiciaram a ampliação da circulação de produtos, bens e serviços, mediante comércio eletrônico, também conhecido como “E-commerce”, ou EC (ANGHERN, 1997, p. 364). As transações virtuais envolvem moedas tradicionais, criptomoedas e dados, podendo ocorrer das seguintes formas: produtor para produtor, produtor para consumidor, consumidor para consumidor, consumidor para produtor.

O crescimento exponencial do comércio eletrônico tem levado analistas, economistas e consumidores a estudarem as adequações de mercados on-line, prevendo a paulatina redução de lojas físicas do varejo tradicional ((MISTRY; DHAVALÉ, 2011, p. 94). O quadro a seguir apresenta dados já obtidos, conjuntamente à projeção futura de vendas e lucros no varejo digital.

VALORES MUNDIAIS E ESTIMATIVA DE VENDAS NO VAREJO E-COMMERCE EM BILHÕES DE DÓLARES - 2014 A 2021



## 2 HORIZONTES E DESAFIOS À REGULAÇÃO E TAXAÇÃO: DIMENSÃO INTERNACIONAL

Em 2017, o Bitcoin cresceu mais de 1.900 por cento, bem como atingiu valor próximo a US \$ 20.000, além de ter ganhado visibilidade suficiente, a ponto de se tornar um investimento “mainstream” acessível a vários estratos sociais. A publicidade virtual está tão sedimentada, que já consta como disciplina em muitos cursos de graduação, reafirmando o mercado milionário onde nasce, além da duplicidade de abordagem ao consumidor, mediante veículos físicos e digitais.

A adesão de massas a tais meios requer a estruturação de políticas governamentais em relação às criptomoedas, não limitadas apenas ao Bitcoin, bem como à publicidade virtual. A imagem produzida em todo o mundo é irregular. Enquanto alguns países enxergam a necessidade de regulação e taxaço, outros Estados optam por esperar maiores avanços antes de promover qualquer discussão normativa. Fato inequívoco é o pouco diálogo ainda conferido ao tema, tanto no campo da economia, quanto dos estudos acadêmicos, que enxergam a pauta ainda com reservas e, por vezes, pitadas de preconceito e pessimismo.

O marco mais notável a favor da utilização de criptomoedas advém, por exemplo, do Japão, com a aprovação de uma lei aceitando o Bitcoin como moeda legal; a Austrália removeu criptomoedas das políticas de dupla tributação, também permitindo que o Bitcoin seja utilizado apenas como dinheiro. A Espanha vem fazendo esforço para estabelecer um marco regulatório com os países da União Europeia, e não cobram impostos sobre criptomoedas, as quais são utilizadas tanto no comércio eletrônico quanto no virtual.

Zona cinzenta, os Estados Unidos concentram os maiores números de usuários, volumes de moedas, caixas eletrônicos e negociações de Bitcoin, alguns estados apoiam, outros não são favoráveis à regulamentação de criptomoedas. Os Emirados Árabes estão promovendo uma revisão de um projeto de lei regulamentador.

No outro extremo do espectro, Bangladesh aprovou uma lei em 2014 afirmando que qualquer pessoa identificada como usuário (consumidores ou negociadores, por exemplo) fazendo circular a moeda virtual, pode ser presa sob as rigorosas leis contra a lavagem de dinheiro do país. A Venezuela impôs prisões e torturas a pessoas utilizando criptomoedas. Assim, temos o panorama a seguir:

Legalidade do Bitcoin em 2017 - Mapa Regulatório



Fonte: CoinDesk

Dois mecanismos muito influentes no modo de se pensar a regulação e a taxação não só de criptomoedas e publicidade virtual, mas de toda a expansão eletrônica exercem grande influência nos diálogos regulatórios. O primeiro deles é o “Programa de Economia Criativa”, da Organização das Nações Unidas – ONU, cujo escopo é gerar informações econômicas utilizando uma lente comercial e promover a compreensão do comércio baseada em dados em bens e serviços criativos, propriedade intelectual, com enfoque nas áreas de publicidade, arquitetura, artes e artesanato, design, moda, cinema, vídeo, fotografia, música, artes cênicas, publicação, pesquisa e desenvolvimento, software, jogos de computador, editoração eletrônica e TV / rádio.

O segundo é o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, conhecido como Regula-

to Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE), que estabelece as regras relativas ao tratamento e exportação, por uma pessoa, uma empresa ou uma organização, de dados pessoais relativos aos cidadãos da UE. O RGPD tem como objetivo dar aos cidadãos e residentes formas de controlar os seus dados pessoais e unificar o quadro regulamentar europeu.

### 3 MARCOS REGULATÓRIOS NO BRASIL

No dia 20 de setembro de 2017, o Ministério do Desenvolvimento, Planejamento e Gestão concluiu a consulta pública sobre a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (EBTD), cujo escopo é a elaboração de uma Lei de Proteção de Dados, a qual também preveja a instituição de uma autoridade reguladora.

Como passo seguinte, foi publicada a Portaria nº 107, de 2 de Maio de 2018, do mesmo Ministério, que aprovou a versão revisada da EBTD para o período 2016-2019 e atribuiu à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação a competência para coordenar a formulação, o monitoramento, a avaliação e a revisão da Estratégia de Governança Digital da Administração Pública – EGD, instituída pela Portaria nº 68, de 7 de Março de 2016. Segundo a EBDT, é importante amparar os setores da economia, atualmente retardados pela insegurança jurídica gerada pela ausência de legislação específica no Brasil. Assim, um dos grandes desafios se refere à privacidade e proteção de dados, cujos impactos podem se estender a campos como: Saúde, Mercado Financeiro, Educação e Governo, entre outros.

A EBTD também traça diretrizes e determinações, para nortear a transformação digital de diferentes setores, incluindo novas atribuições a órgãos afetos, planos e ações estruturantes, no âmbito de diferentes Ministérios, mediante criação e a atualização de marcos regulatórios adequados. No segmento de infraestrutura, por exemplo, o plano de ação inclui formas de uso do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações (SGDC), construído em parceria com o Ministério

da Defesa, que permitirá o fornecimento de internet de banda larga em todo o território nacional. E a revisão do marco regulatório das Telecomunicações.

O passo regulatório mais recente em vigor é o Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018, que instituiu o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabeleceu a estrutura de governança e a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. O referido Decreto é voltado para a proteção de dados públicos, bancários e oficiais, de registro de informações, tendo por objetivo o maior controle e poder de fiscalização e modernização dos sistemas e aparatos eletrônicos e virtuais dos órgãos ligados à Administração Pública.

### 3.1 ANTAGONISMO SOBRE CRIPTOMOEDAS: BACEN X BNDES

A ausência de legislação ou norma que parametrize as percepções acerca da circulação, regulamentação e taxação de criptomoedas no Brasil, tem possibilitado o posicionamento de diversas autoridades, em órgãos de relevância da Administração Pública Federal.

Com o atual cenário de crise econômica ainda atingindo muitos países, a tendência dos governos é a de manter cautela quanto a setores pouco estruturados. O Banco Central do Brasil (BACEN ou BCB) é um dos principais adversários de moedas digitais, valendo-se de normas de aconselhamento para esclarecer aos cidadãos o seu ponto de vista. Um exemplo dos embargos sofridos pelas criptomoedas é o Comunicado nº 31.379, de 16/11/2017, que alerta aos compradores de moedas virtuais quanto a riscos e variações de preço, perdas patrimoniais, utilização em atividades ilícitas e falta de segurança durante as transferências internacionais. Deste modo, o Banco Central coloca-se isento de responsabilidades referentes à regulação ou supervisão, conforme o parágrafo 4º, a saber:

4. As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco

Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais.

De modo extraoficial, os críticos das criptomoedas no Brasil, acusam a sua utilização de viabilizar uma série de crimes cometidos mundialmente e que a ausência de um Banco Central nacional garantindo a estabilidade e a taxaço de valores, torna o investimento extremamente arriscado. Desta forma, é possível prever a não regulamentação da matéria, no Brasil, numa perspectiva tão próxima. A postura tácita do BCB assemelha-se à de outros Bancos Centrais, optando por aguardar o possível desenvolvimento e a consequente estabilização do mercado de criptomoedas, para então intervir.

Na contramão, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES anunciou no mês de maio de 2018, uma criptomoeda própria, calculada em Real, na proporção de 1:1, baseada no modelo da moeda “Ethereum”, a ser utilizada nas operações de crédito do banco. A criptomoeda nomeada como “TruBudget” possui tecnologia similar à do Bitcoin, mas com um sistema de blockchain privado, desenvolvido em parceria com o banco KfW, da Alemanha, como uma ferramenta de fluxo de trabalho, em operações financeiras.

### 3.2 MARKETING VIRTUAL E ISS: SEGURANÇA E ONEROSIDADE

O marketing virtual prossegue, mesmo sem fortes perspectivas de regulamentação e taxaço. O atual cenário apresenta um mercado ainda bastante obscuro em relação aos lucros obtidos, como também aos resultados alcançados por anunciantes, não sendo possível quantificar com liquidez e exatidão critérios como rentabilidade ou eficácia, ainda que a publicidade digital esteja presente na esmagadora maioria de sites nacionais e internacionais.

Um mecanismo importante de orientação para a publicidade em geral, no Brasil, é o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual fornece orientações sobre a formatação de anúncios publicitários. Entretanto, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, organização não governamental, criada em decorrência da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965 a qual também lhe atribui capacidade para, junto a autoridades da Administração, fiscalizar e denunciar, ainda não efetuou nenhum adendo ao seu Código, no sentido de parametrizar as propagandas “online”.

O cenário atual apresenta, no campo tributário, uma opção já prevista pela Lei Complementar nº 116/2003, mediante cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), por municípios, até então impossibilitados de exigir o ISS sobre as receitas obtidas em razão de marketing digital tais como: portais, sites de compras busca, redes sociais, blogs, e-mails, dentre outros. Este dispositivo legal foi recentemente alterado pela Lei Complementar nº 157/2016, pela nova limitação do anexo, “in verbis”:

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

[...]17.25 – Inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).

A extensão de competência tributária aos municípios para cobrança do ISS sobre os serviços de marketing digital, entretanto, carece de previsão em leis orgânicas municipais, onde esteja especificado o serviço como tributável, obedecendo à regra constitucional da anterioridade, pela qual o novo imposto somente pode ser exigido no exercício tributário seguinte ao da publicação da lei.

A tributação via ISS ou imposto especialmente criado para o campo do marketing virtual apresenta nuances práticas. Apesar da onerosidade aumentada, a relação de consumo torna-se vinculada e, portanto, pode vir a ser tornar melhor fiscalizada e policiada, dando



margem de segurança e confiabilidade maiores a consumidores e usuários “online”.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO DE CASOS

Como a normatização e a tributação envolvendo moedas digitais e publicidade virtual ainda estão em fase de observação e discussão, não é juridicamente possível enquadrar os objetos em tela dentro de institutos processuais que garantam discussões de direitos.

No tocante às criptomoedas, este trabalho elencou dois possíveis cenários, para ilustrar possibilidades que em breve estarão nos tribunais. A primeira refere-se aos direitos de sucessão civil, em casos de herança onde o “de cujus” possuía ativos financeiros em criptomoedas e estas devam ser partilhadas entre os herdeiros. Considerando o sistema de privacidade e transferências de “blockchain”, o primeiro obstáculo seria localizar aplicações financeiras que não estivessem declaradas (em documento de registro ou testamento indicativo).

Em seguida, conseguir acesso a tais carteiras de criptomoedas, cujo acesso é definido apenas para uso do titular dos ativos. Outro ponto seria a divisão correta do montante, tendo em vista taxas de câmbio e a vinculação por parte dos sucessores a criar contas para onde seriam transferidos tais valores. Mas, para qual destinatário o Juiz expediria a ordem? Muitas outras questões também vêm à tona, como nas ocorrências de separações e divórcios.

O segundo prisma refere-se à evasão de divisas. Como se já não bastassem as dificuldades durante um processo de execução, a insolvência do executado pode sofrer simulação (para não dizer fraude), valendo-se da compra de criptomoedas e a pulverização e transferência de tais valores, de modo a transparecer uma falta de liquidez muito além das possibilidades de constrições judiciais.

Se de um lado ainda falta aos juízes conhecimentos sobre esta nova forma de economia, por outro faltam instrumentos capazes de

efetuar consultas a base de dados momentaneamente intangíveis. Mesmo já havendo um “software” de cruzamento de dados em “base centers”, criado pelo Grupo Bitcoin Banco, nos moldes das ferramentas “Bacenjud”, do Banco Central, “Renajud”, do Departamento Nacional de Trânsito e “Infojud”, da Receita Federal, a falta de regulamentação é o principal obstáculo para que os ativos financeiros em criptomoedas possam ser localizados e trazidos aos processos.

Na esfera criminal, os casos apresentados podem ser enxergados também como ocultação, feita de modo doloso ou meramente conjuntural, dada a configuração do sistema de moedas virtuais. Nesta ótica, o patrimônio transformado em criptomoedas não é declarado e, por vezes, pode ser adquirido através de fontes ilícitas (lavagem de dinheiro), sendo agravado o fato típico, pois o dinheiro é transferido internacionalmente.

No campo do marketing virtual, o cuidado é redobrado, pois a maioria dos casos já possui alguma forma de enquadramento, caso o conteúdo veiculado seja impróprio ou abusivo, que incitem crimes, violência e práticas racistas ou preconceituosas. Com a democratização ao conhecimento dos direitos sociais, muitas situações podem ser aplicadas por analogia, aos ilícitos de cunho cível e/ou criminal, também cabendo danos morais e responsabilização civil aos anunciantes e aos hospedeiros de sítios eletrônicos.

## CONCLUSÃO

As criptomoedas e o marketing virtual representam a transformação do capital e o deslocamento dos setores tradicionais, para o mundo da internet. Somente a extinção desta última seria capaz de frear tantas mudanças sociais e econômicas. Este é o motivo principal para discussão de uma agenda regulatória imparcial, que balize os riscos e a legalidade de atos, sem desencorajar a inovação.

Ao final da redação, restou demonstrado que apesar da ausência de legislações, muitos países utilizam criptomoedas. Ademais, a

publicidade na internet tem movimentado grandes somas de capital. Juntos, criptomoedas e marketing digital fomentam quantias expressivas para as economias dos países e esta soma ainda não pode ser tributada, representando perda considerável para a Administração Pública local, bem como um lapso informativo importante para cálculos em projeções econômicas.

No Brasil, as criações regulatórias e normativas têm se destinado aos setores básicos da transformação, em construtos legais voltados para facilitação da Administração Pública, dados pro meio da promoção da segurança digital, modernização do setor público e utilização de tecnologias para garantir maior efetividade na fiscalização das relações comerciais, tributárias e previdenciárias, pautadas nos modelos tradicionais de se pensar a economia, além de promover tímidas transformações digitais em diferentes setores da economia nacional, os quais são bastante estratégicos para a modernização científica, face aos países desenvolvidos.

O uso de criptomoedas e o marketing digital são apenas alguns dos novos produtos e serviços que a economia digital está propiciando e, junto com os aplicativos, representam as maiores fontes de renda, para quem quer investir, promover e consumir empregando tecnologias. Assim é imprescindível que os governos realmente se reestruturem, no intuito de conhecer a sua economia de modo claro, contando com este novo modelo, que já representa força e diferenciação de mercados bastante específicos e substanciais.

Ademais, num sistema administrativo de jurisdição una, como é o caso do Brasil, todas as questões com implicações jurídicas serão encaminhadas à solução pelo Judiciário. E, do ponto de vista da lógica jurídica, é um anátema complexo conhecer relações jurídicas equiparadas a direitos econômicos ou de consumo, mas sem previsão regulatória específica, tanto para julgamento, quanto para efeitos de cálculos sobre impostos.

Certo é que o as estruturas legislativas honestas detêm a autoridade, o poder e o compromisso de estarem atentas às demandas sur-

gidas em decorrência dos novos exercícios sociais e não devem se manter inertes ou alheias às discussões de fenômenos que são produtos do próprio capitalismo e da política neoliberal de muitos governos. O desinteresse e a insegurança de estruturar planos econômicos para setores de livre negociação talvez se traduzam na possibilidade de concorrência e ascensão de novos atores econômicos, num cenário de economia globalizada, onde governos criam, historicamente, normas para legalizar confiscos e desvalorizar moedas. Nas palavras de Keynes, citado por Hayek:

Não há meio mais sutil nem mais seguro de subverter a ordem social do que o aviltamento da moeda. Trata-se de um processo que mobiliza todas as forças ocultas da lei econômica a favor da destruição, e o faz de maneira tal que em um milhão de pessoas não há uma só que seja capaz de fazer um diagnóstico (HAYEK, 2011, p. 27).

## REFERÊNCIAS

ANGEHRN, A.A. **Designing mature internet business strategies: the ICDT model**. European Management Journal. Oxford, Blackwell, v. 15, n.4, p.361-369, Aug. 1997.

ARAÚJO JÚNIOR, Rogério Henrique de; JEANNE CORMIER, Patricia Marie. **Inteligência em marketing: o marketing de permissão como ferramenta para a fidelização de clientes**. Revista de Biblioteconomia de Brasília, Brasília, v. 23/24, n. 4, p. 527-544, 1999/2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, 255p.

BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Cultrix, 1973.

BRASIL. **DECRETO Nº 9.319, DE 21 DE MARÇO DE 2018**. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a

Transformação Digital. Brasília: Diário Oficial da União - Seção 1 - 22/3/2018. 2018.

**BRASIL. LEI Nº 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965.** Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4680.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4680.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

**BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 116, DE 31 DE JULHO DE 2003.** Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm). Acesso em: 29 jun. 2018.

**BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 157, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2016.** Brasília. 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp157.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

**BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Planejamento e Gestão. Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-DIGITAL).** Brasília, 2018. 107 p. Disponível em:<<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/estrategiadigital.pdf/view>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

**BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Planejamento e Gestão. PORTARIA Nº 107, DE 2 DE MAIO DE 2018** Aprova a versão revisada da Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal para o período 2016-2019 e atribui à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação a competência que especifica. Brasília, 2018. Disponível em:<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=03/05/2018&jornal=515&pagina=70>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

**BOSTROM, Nick. Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies.** 1ª ed. Oxford, RU: Oxford University Press, 2014.328 p.

CABRAL, Arnaldo Souza. YONEYAMA, Takashi. **Economia digital**. São Paulo: Atlas, 2001. 246 p.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo. 1980. Disponível em: <  
<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro: produtos e serviços**. 17<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010.

HAYEK, Friedrich August von. **Desemprego e Política Monetária**. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2011.68 p.

MISTRY, Jamshed.; DHAVALE, Dillep. **Application of balanced scorecard in e-commerce environment**. Journal of Knowledge Globalization, v. 4, n. 2, p. 91-113, 2011.

ONU/UNDP/UNESCO. **Creative Economy Report 2013 – Special Edition: Widening Local Development Pathways**. Nova York: ONU, 2013.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. Nova York, NY: Crown Business Publisher, 2017. 192 p.

SWAN, Melanie. **Blockchain: Blueprint For a New Economy**. Sebastopol, CA: O'Reilly Media Inc. Publisher. 2015. 134 p.

TAPSCOTT, Don. **Economia Digital**. São Paulo: Macron Books, 1997.

TAPSCOTT, Don. TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World**. Nova York, NY: Penguin Random House. 2016.

TOLEDO FILHO, Jorge. Ribeiro. **Mercado de capitais brasileiro: uma introdução**. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.p.45.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia**. Bruxelas, Jornal Oficial da EU - L119, 4 de maio de 2016, p. 1–88. 2016.

WALDFOGEL, Joel. PEITZ, Martin. **The Oxford Book of Digital Economy**. Nova York: William Morrow, 2012. 624 p.

WATTENHOFER, Roger. **The Science of The Blockchain**. Zurique Inverted Forest Publishing, 2016.

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE MINAS GERAIS

## **TEMER, Milena Cirqueira**

*Especialista em Direito Público, mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento Social; professora e advogada*  
*milenatemer@hotmail.com*

## **SILVA ANTUNES, Rosana Maria de Moraes**

*Especialista em Processo do Trabalho e Direito do Trabalho, Mestre em Justiça Administrativa e Doutoranda em Justiça Administrativa*

## **ALVIM, Thaysa Kassis de Faria**

*Mestre em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local; professora e advogada*  
*thaysaalvim@yahoo.com.br*

**Resumo:** A saúde hoje é tema bastante discutido na jurisprudência brasileira e em especial na justiça mineira. O crescente número de processos envolvendo saúde no Estado de Minas Gerais encontra relação em óbices administrativos por parte do SUS, inviabilizando a dignidade humana e a própria saúde do paciente, direitos estes previstos na Constituição Federal do Brasil. As políticas públicas voltadas à saúde são eficientes, mas os gestores, os recursos financeiros e mesmo o nosso ordenamento jurídico, causam entraves e aumento das discussões em âmbito nacional, local e estadual. Os NATs têm atuação interdisciplinar, auxiliando os magistrados nas decisões judiciais de saúde, quando a expertise em saúde é exigida do juiz da causa e este não o tendo, procura ajuda dos profissionais peritos no assunto retratado nos autos do processo. O trabalho teve como objetivo analisar as decisões colegiadas na judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais. O tipo de estudo documental com dados secundários extraídos do site do TJMG, no período de 2014 a 2017. Os desfechos das decisões colegiadas na judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais decorrem do acesso à justiça, princípio este expressamente previsto na nossa Constituição Federal, a garantir os interesses dos cidadãos/usuários do



SUS. Contudo, ainda que as decisões judiciais sejam justas, legais e constitucionais, as políticas públicas em matéria de saúde encontram entraves na obrigatoriedade de recorrer por parte das Fazendas Públicas em casos de decisões condenatórias de valores acima de 100 salários mínimos, na forma do que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 496, bem como da ausência de recursos públicos, todavia, sem a respectiva prova da falta deles a custear o direito do paciente/cidadão.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde; Políticas Públicas; Medicamentos; Dignidade Humana.

## INTRODUÇÃO

A saúde é hoje um dos assuntos que mais é discutido no âmbito judicial. O elevado número de processos judiciais relacionados à saúde é também visto em diversos países do Hemisfério Sul, da África do Sul e da América Latina. Nesses, em maior parte em decorrência dos crescentes números de pacientes portadores do vírus HIV (LAMPREA, 2017, p. 18.1).

Em todo o mundo, há considerável número de pessoas à procura da efetivação de prerrogativas contidas na Constituição de cada país, de forma que a judicialização pode ser entendida como “a procura do Judiciário pela população para que o Poder Executivo seja compelido, através de uma demanda judicial, a implementar políticas públicas deficitárias”, em especial no tocante à saúde (SILVA, 2013, *online*).

No Brasil, a judicialização da saúde teve significativa ascensão como reflexo do desequilíbrio financeiro voltado para área da saúde e os recursos dispostos e utilizados para tal (LAMPREA, 2017, p. 18.1).

O caminhar para a efetivação dessas prerrogativas não tem sido capaz, sob os olhares dos brasileiros, de garantir, eficazmente, o seu direito à saúde na forma do que a nossa Constituição Federal de 1988 (CR/88) prevê. Assim, o que antes poderia ser visto como uma exceção, passou a ser a regra, já que o crescente aumento da judicialização da saúde vem assombrando o Judiciário desde a redemocratização trazida pela nossa Carta Magna de 1988 (SILVA, 2013, *on-line*).

O que essas demandas em matéria de saúde visam resguardar é o direito à vida, à saúde, à integridade física do indivíduo e à sua dignidade humana, por meio de pedidos de medicamentos administrativamente negados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sob os mais diversos fundamentos, que será objeto de estudo (LAMPREA, 2017, p. 18.3).

Contudo, mesmo diante da previsão expressa desse direito, a sua realização ainda é motivo de muita discussão, tendo em vista as falhas de execução de política pública para a proteção da saúde em seus aspectos individuais e coletivos (MARINHO, 2013, *on-line*).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, “a judicialização intensificou-se no Brasil, uma vez que foi criado um arcabouço jurídico capaz de legitimar as ações judiciais relativas à promoção do direito à saúde” a afastar as falhas de gestão, de execução inadequada das políticas públicas em matéria de saúde (CALSAVARA, 2017, p.17).

Nas lições de Perlingeiro (2012), a judicialização da saúde tem como fundamentos “a constitucionalidade ou a legalidade de um comportamento comissivo ou omissivo do poder público sobre políticas de saúde” (PERLINGEIRO, 2012, p.186).

Ela sofre indagações sob o aspecto ético, legal, técnico, bem como da viabilidade da imposição do Judiciário de decisões sobre polí-

ticas públicas por parte de juristas, gestores públicos e profissionais da saúde.

Contudo, merece ponderação aqui, no momento em que o Judiciário é instado a se pronunciar, não o deve fazer sem critérios, ou seja, deve pautar-se em atos normativos dos mais diversos, inclusive do Sistema Único de Saúde (SUS), a sopesar interesses coletivos e individuais (SUS, *on-line*; SILVA, 2013, *on-line*).

Ainda, o Judiciário não pode atuar sozinho, sob pena de fazer (in) justiças casuisticamente, ou seja, deve atuar de forma mais abrangente, abarcando outras áreas, a fim de evitar disparates dos mais diversos tipos (SILVA, 2013, *on-line*).

Por essas razões, as políticas públicas em matéria de saúde são de extrema importância para garantir a efetividade das normas fundamentais e dos direitos da coletividade e a busca da vida, da saúde e da dignidade do cidadão individualmente analisado (BRASIL, 1988; SILVA, 2013, *on-line*).

Além disso, a importância de presente estudo é permitir uma descrição da judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais, contribuindo para a compreensão regional do problema.

## **1 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A SAÚDE E O PROCESSO JUDICIAL QUE ENVOLVE A PROTEÇÃO A TAL DIREITO CONSTITUCIONAL**

A saúde é direito constitucional previsto expressamente em nossa Constituição Federal de 1988 e, como tal, merece toda a proteção de todos os três poderes, Legislativo, Executivo e Judicial.

Contudo, mesmo diante da previsão expressa desse direito, a sua realização ainda é motivo de muita discussão, tendo em vista as

falhas de execução de política pública para a proteção da saúde em seus aspectos individuais e coletivos (MARINHO, 2013, *on-line*).

A judicialização da saúde sofre indagações sob o aspecto ético, legal, técnico, bem como da viabilidade da imposição do Judiciário de decisões sobre políticas públicas por parte de juristas, gestores públicos e profissionais da saúde.

No Brasil, a judicialização da saúde teve significativa ascendência como reflexo, em especial, do desequilíbrio financeiro voltado para área da saúde e os recursos dispostos e utilizados para tal (LAMPREA, 2017, p. 18.1).

Não obstante as indagações da adequação para proteção de direito à saúde, os fundamentos fáticos das demandas decorrem de falhas de gestão, entraves como ausência do medicamento listado na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), a escassez financeira desse SUS, a falta de previsão legal contida na Lei nº 8.080/90, dentre outros instrumentos legais vigentes, o alto custo ou mesmo por ausência de estudos do(s) princípio(s) ativo(s) medicamentoso(s), dentre outros, são bastante evidentes quando se analisa o tema no âmbito nacional brasileiro (STF, 2018).

Não obstante as críticas ao processo de judicialização da saúde, os tribunais superiores e juízos em geral são favoráveis à concessão de pretensões dos demandantes em saúde, independentemente da ausência de recursos ou outra limitação material que se possa alegar, para resguardar o direito à saúde.

Como um início de uma busca de efetividade nas soluções da judicialização em saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, convocou audiência pública (AP) para discutir assuntos afeitos à saúde, com base nos processos que lá se encontravam tramitando, com fins à compreensão, orientação das decisões Judiciais, coleta de opini-

ões e propostas para permitir mais eficiência na execução da política pública de saúde e redução da litigiosidade da saúde no Brasil (STF, 2009).

Os temas discutidos pelo STF na AP foram, dentre outros, a responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS e fraudes ao SUS, tendo sido apurado, num primeiro momento, uma análise geral de âmbito nacional, em que se concluiu que há falhas na aplicação dos princípios do SUS e que a judicialização deve ser considerada como última *ratio* (GOMES, 2014).

Como desmembramento da Audiência realizada no STF no ano de 2009, o Conselho Nacional de Justiça, em 2010, editou a Recomendação n. 31 e a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, oportunidade em que foram discutidas e planejadas medidas decorrentes das políticas públicas em saúde, fruto de discussões diversas e de legalização do direito invocado (PERLINGEIRO, 2012, p. 184-203).

Como direito social e constitucional que o é, a saúde é um direito protegido por todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a trazer efetividade e proteção a ele.

Assim, os três poderes, ao longo dos anos, foram editando normas, resoluções, portarias e leis, a proteger a vida, bem maior que o cidadão tem, a refletir diretamente na sua saúde.

Durante anos, o Brasil viu, na judicialização, um aumento de despesas, sob o viés das Fazendas Públicas Municipais e/ou Estaduais; mas em contrapartida, trouxe efetividade ao texto constitucional, protegendo o cidadão sob a ótica da saúde e da vida.

Todavia, há barreiras na sua efetividade, uma vez que os entraves gerenciais, financeiros e econômicos impedem a sua fruição normal, já que, nas lições de Canotilho, “os direitos sociais às prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem em direitos à prestações financiadas pelos cofres públicos” (CANOTILHO, 2004 apud MARINHO, 2013, on-line).

De outro lado, o Brasil vem caminhando para uma concreta efetivação da proteção do direito à saúde do indivíduo, após inúmeros processos, resoluções expedidas, o STF, em Audiência Pública de nº 4, nos autos da Suspensão da Tutela Antecipada 175 (STA 175), chegou-se à conclusão de que há políticas públicas em matéria de saúde não envolvendo inconstitucionalidades, mas são de pouca aplicação prática, necessitando, pois, de políticas públicas mais efetivas e aplicando a legislação já existente (STF, 2010).

Em 2011, o Poder Legislativo fez diversos ajustes com reflexos diretos no poder Executivo, podendo aqui exemplificar a edição e a publicação da Lei Federal n. 12.401/2011 e da Lei Complementar nº 141/2011 (GOMES, 2014; BRASIL, 2011).

Ainda que haja leis diversas sobre o tema da saúde em nosso ordenamento jurídico, a judicialização traz grandes impactos na Administração Pública, uma vez que há, além do aumento dos gastos, a “imprevisi-

sibilidade, a disfuncionalidade da prestação jurisdicional, risco à continuidade das políticas de saúde pública, desorganização da atividade administrativa e impedimento de alocação racional dos escassos recursos públicos” (BARROSO, 2008 *apud* CALSAVARA, 2017, p. 17-18).

Somado a isso, a jurisprudência do STJ, em julgamento proferido pelo Ministro Benedito Gonçalves, já bem atual, fez interpretação da legislação então vigente, Lei nº 8.080/90, decidindo que:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. (STJ; Recurso Especial nº 1657156/RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, com data de Julgamento 25/04/18 e publicação no DJE do dia 04/05/2018)

Diante disso, não é só a ausência de políticas públicas efetivas na área de saúde, mas também da falta de expertise do magistrado ao julgar os casos concretos que vem até ele para serem decididos (TJMG, 2017; STF 2009).

O que se vê, nas palavras de Silva (2013), “é a (algumas vezes) deliberada fuga aos conhecimentos naturais do Judiciário, com tomada de decisões atinentes a searas outras”, ou seja, é a atuação do juiz em áreas que desconhece, proferindo decisões por vezes pouco condizentes com o caso concreto analisado, bem como ferindo o direito dos demais, da coletividade, sob o aspecto orçamentário, dentre outros (SILVA, 2013, *on-line*).

Dessa feita, pode-se assim dizer “Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz

de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico”. Assim, “por exemplo, o melhor é que as decisões sejam avaliadas por médicos ou gestores qualificados; a escolha de um remédio ou tratamento em detrimento de outro foge a sua esfera de conhecimentos” (SILVA, 2013, *on-line*).

Assim, o que se percebe é que, frente a um caso concreto, a *expertise* jurídica do magistrado encontra barreiras importantes, cuja solução, no Estado de Minas Gerais, ainda que parcial, vem caminhando para uma concretização desde 2016, com a criação dos Núcleos de Assistência Técnica em Saúde (NATS), como reflexo das políticas públicas em saúde no Estado, minimizando, assim, os efeitos de uma decisão injusta do ponto de vista da coletividade, da economia e, principalmente, do direito à saúde do indivíduo (TJMG, 2016).

Especificamente, no Estado de Minas Gerais, a judicialização da saúde também é significativa, podendo ser percebida pelos dados obtidos e extraídos do próprio tribunal, no endereço eletrônico [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br).

Com os NATS, o judiciário encontrou um auxiliar técnico que lhe ajuda a evitar disparates em suas decisões, por vezes decidindo em resguardar o direito da parte na forma e no modo como pleiteado judicialmente, por vezes de forma diversa, mas garantindo a efetividade do direito pleiteado em total equilíbrio com os direitos da coletividade.

Cumprir esclarecer que não se ignora que o direito à saúde, como um direito social que o é, não pode deixar de lado o indivíduo em detrimento de toda a coletividade, devendo alcançar o maior número possível de pessoas, sem, contudo, descuidar do direito de preferência daqueles que aguardaram nas filas públicas de espera, sob pena de ofensa à igualdade, à isonomia (LAMPREA, 2017, p.18.4).



Complementando, a ponderação de valores, juntamente com uma equipe técnica e o magistrado, conseguirão dar mais efetividade aos pedidos judiciais em matéria de saúde, sopesando princípios individuais e coletivos, bem como políticos, jurídicos e financeiros.

Todavia, não se devem desprestigiar os critérios técnicos, jurídicos e políticos do administrador, que orientaram a escolha de determinados tratamentos e procedimentos para serem disponibilizados à população e a ordenação das filas públicas de espera, salvo se, no caso concreto, existir prova da ineficácia da atuação estatal ou, a depender da ponderação dos princípios envolvidos - efetivação do direito à saúde, garantidor da dignidade da pessoa humana *versus* racionalização orçamentária, denominada reserva do possível - houver relevantes razões para o deferimento do tratamento pleiteado (TJMG; Agravo de Instrumento Cível n. 0711846-43.2017.8.13.0000/1.0443.16.004443-6/001, de relatoria do Des. Bitencourt Marcondes, com data de julgamento 28/11/2017 e publicação no DJE do dia 07/12/2017).

Mas o que seria do indivíduo, da sua vida e da sua dignidade se não houvesse essa interferência judicial a fim de garantir a efetivação desses direitos? (CALSAVARA, 2017, p. 17-18)

Logo, as políticas públicas em matéria de saúde visam obter solução mais célere, eficiente, a satisfazer a demanda individual, de um lado, sopesando os direitos da coletividade, de outro, a resguardar o sistema público de saúde.

## 2 RESULTADOS

Foram coletadas apenas decisões colegiadas proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, somando um total de 38 (trinta e oito) acórdãos.

As decisões de mérito foram enfrentadas por meio dos recursos de Apelação e/ou Remessa/Reexame Necessário, de forma que, pelos resultados colhidos, a sentença contra a qual houve a impugnação à 2ª Instância, manteve-se no seu inteiro teor.

**Tabela 1:**

<b>Recurso/Ano</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>Total</b>
Agravo de Instrumento	02	-	03	13	18
Apelação/Reexame Necessário	10	03	01	06	20
Agravo Interno	-	-	-	-	00
<b>TOTAL</b>	<b>12</b>	<b>03</b>	<b>04</b>	<b>19</b>	<b>38</b>

**Tabela 1:** Recursos interpostos nos anos compreendidos entre 2014 a 2017, em Minas Gerais, Brasil, 2018.

**Fonte:** Dados extraídos pela pesquisadora a partir do site do TJMG, em 2018.

Das decisões proferidas e analisadas, percebeu-se que, somente em 2017, os Núcleos de Assistência Técnica em Saúde (NATS) tiveram relevância e utilização nos julgados. Isso significa que a ferramenta é utilizada pelos magistrados a contribuir com os fundamentos e as razões de decidir dele, contudo, ainda de utilização tímida.

**Tabela 2:**

NATS	2014	2015	2016	2017
Nº acórdãos	-	-	-	2
<b>Total</b>	-	-	-	2

**Tabela 1:** Utilização do NATS em 2014 a 2017, em Minas Gerais, Brasil 2018.

**Fonte:** Dados extraídos pela pesquisadora a partir do site do TJMG, em 2018.

Analisando cada um dos acórdãos pesquisados, identificaram-se 08 (oito) fundamentos judiciais alegados pelas partes, chamando-se atenção para a questão orçamentária sob o denominado princípio da reserva do possível que, em que pese sua relevância, não trouxe qualquer reflexo nos desfechos pesquisados.

**Tabela 3:**

<b>Fundamentos e as razões de decidir</b>
Utilização das notas técnicas emitidas pelos NATS
Uso <i>off label</i> do medicamento
Incapacidade financeira do requerente/paciente:
Relatório médico de profissional não credenciado pelo SUS
Readequação do prazo para cumprimento da liminar
Liminar deferida e fixação de multa por eventual descumprimento
Legitimidade do Estado e/ou Município para responder à demanda
Insuficiência orçamentária pelo Estado e Municípios – princípio da reserva do possível

**Tabela 3:** Fundamentos judiciais alegados pelas partes, em 2014 a 2017, em Minas Gerais, Brasil 2018.

**Fonte:** Dados extraídos pela pesquisadora a partir do site do TJMG, em 2018.

### 3 DA ANÁLISE DOS DADOS E AS QUESTÕES PRÁTICO-JURÍDICOS QUE ENVOLVEM SAÚDE

A decisão provisória liminar foi a de maior número, o que fez com que o recurso de Agravo de Instrumento tenha sido o mais julgado, sendo o Agravo Interno o de menor número (Tabela 1). O Agravo de Instrumento foi o recurso com maior número dentre os acórdãos analisados, demonstrando que as decisões provisórias de 1ª Instância e de caráter liminar, não foram acolhidas pelas partes, ou seja, houve impugnação do ali decidido, seja para manter o deferimento da liminar e, conseqüentemente, garantida a dispensação do medicamento, seja para indeferir, negando, pois, sua dispensação.

As decisões de mérito foram enfrentadas por meio dos recursos de Apelação e/ou Remessa/Reexame Necessário, de forma que, pelos resultados colhidos, a sentença contra a qual houve a impugnação à 2ª Instância, manteve-se no seu inteiro teor, garantindo, pois, a dispensação do medicamento na forma do pleiteado judicialmente e, conseqüentemente, condenando o Município e/ou o Estado a custeá-lo.

Ainda, as medidas liminares tiveram destaque, assim como os Agravos de Instrumento, o que corrobora com os estudos feitos por Travassos e Gomes, o que demonstra que essas medidas liminares são urgentes, necessitando, pois, de análise célere por parte do Judiciário a fim de resguardar o direito à saúde e à vida do demandante (TRAVASSOS, 2013; GOMES, 2014).

As demandas em saúde, na maior parte das vezes, versam sobre a discussão judicial do acesso a medicamentos, observando-se essa situação não só no Estado de Minas Gerais, mas também nos demais Estados da Federação, motivados pela divergência entre a prescrição médica e as indicações constantes nos Protocolos Clínicos e Diretrizes

Terapêuticas do SUS (PCDT/SUS) (DINIZ, 2014; TRAVASSOS, 2013; BIEHL J, 2016).

Destaca-se que as razões dos recursos interpostos foram:

**a) Insuficiência orçamentária pelo Estado e Municípios – princípio da reserva do possível:**

O argumento predominante entre o Estado e os Municípios é a falta de recursos financeiros suficientes para custear a saúde pleiteada pelos cidadãos. Contudo, em nenhum deles foi feita prova de tal alegação, ou seja, prova a afastar o dever de prestar o medicamento ou de realizar determinado procedimento médico.

A falta orçamentária é princípio da reserva do possível, de acordo com Ana Franco (2017), que destaca o que segue:

(...) consubstancia aquele em que o Estado, para a prestação de políticas públicas – que incluem os direitos sociais e prestacionais – deve observar, em cada caso concreto, os três elementos ditos acima: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço. Conforme será visto, o Poder Público encontra-se limitado economicamente, não tendo condições de atender toda a população indistintamente (NASCIMENTO, 2018, online).

Diante disso, caso a demanda esteja em desconformidade com esse princípio, o Poder Público estará obrigado a prestar o serviço adequadamente, a fazer jus ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Todavia, somente o caso concreto será capaz de trazer informações tanto da necessidade do demandante quanto da possibilidade financeira pelo demandado ou demandados, sopesando os direitos individuais e os coletivos.

**b) Competência do ente federativo Estatal ou Municipal para a dispensação do medicamento:**

Outro argumento analisado dentre os acórdãos pesquisados foi a legitimidade ou ilegitimidade do Poder Público Estadual ou Municipal de responder pelo fornecimento do serviço pleiteado.

Tal questionamento se dá em razão do disposto na Constituição, em seus artigos 23, II<sup>79</sup> e 196<sup>80</sup>, que dispõem que é solidária entre os entes federados, ou seja, respondendo ambos, Estados ou Municípios.

E como solidariedade quer dizer a possibilidade de se exigir a prestação de qualquer ente, na sua totalidade, a discussão aqui não teria lugar.

Contudo, o fundamento encontraria guarida quando requerido medicamento de alto custo, o que seria de competência dos Estados, o que, ainda assim, não seria capaz de afastar a competência dos demais entes federativos, na forma do que dispõe o texto constitucional.

Todavia, em razão da solidariedade entre os entes federativos, quanto à matéria de saúde, demonstrou-se que cabe à parte paciente, ou seja, ao cidadão, escolher contra quem demandar, inclusive sob a ótica do melhor interesse dele e da forma que menos lhe onerar, a satisfazer mais prontamente o seu direito.

Assim, buscar a responsabilidade do ente federativo não traz qualquer problema na dispensação do medicamento pleiteado pela parte/paciente para sua utilização imediata e diminuição do seu agravo à saúde.

---

<sup>79</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

<sup>80</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

**c) Liminar deferida e fixação de multa por eventual descumprimento:**

Deferida liminar determinando o fornecimento ou a realização do procedimento de forma imediata, o Poder Judiciário impõe multa em casos de eventual descumprimento.

Referida multa serve tão somente para garantir efetividade à decisão, garantindo, em consequência, a vida, a saúde e a dignidade do cidadão. Contudo, o argumento não teve reflexo nos resultados encontrados na pesquisa.

**d) Readequação do prazo para cumprimento da liminar:**

Em razão da liminar deferida nos autos, o Poder Público necessita de tempo suficiente para fornecer o medicamento ou para realizar o procedimento, não cabendo única e exclusivamente a ele o cumprimento. Assim, por vezes, há necessidade de prazo maior para cumprimento da decisão a garantir, pois, a sua efetividade, sem qualquer prejuízo ao ente deferativa e, logicamente, à parte requerente.

Diante disso, a questão não se exaure no deferimento ou indeferimento do medicamento, mas na forma e do como será dispensado, ocasião em que o ente federado responsável pelo fornecimento pode vir a encontrar óbice quando do cumprimento da determinação judicial, seja no exíguo tempo para comunicar formalmente o laboratório e o produto chegar até o requerente/paciente, seja na falta de matéria prima para a produção daquele.

**e) Relatório médico de profissional não credenciado pelo SUS:**

Uma das questões abordadas nos acordões face às Fazendas Públicas Municipais e/ou Estaduais é a necessidade do laudo médico ter sido proferido por médico credenciado pelo SUS.

No entendimento do TJMG, a capacidade técnica do profissional médico para fazer a indicação do medicamento demandado ao paciente independe da sua vinculação laboral ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Inclusive, o laudo médico é essencial, independentemente de quem o confeccionou, única e exclusivamente para fornecer dados precisos do paciente, como a doença acometida, o estado em que se encontra, os tratamentos anteriormente utilizados e sua eficácia ou não, bem como ausência de outras terapias para solução da doença.

O STJ, por meio do julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, já decidiu que é suficiente a “Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente”, a descrição tanto do tratamento “assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS” (STJ, 2017, *on-line*).

Assim, o fundamento do recurso não teve relação direta com o pedido ou, mesmo com as provas constantes dos autos, a confirmar a necessidade do paciente quanto ao fármaco pleiteado ou mesmo ao tratamento pretendido, em consonância com os laudos médicos juntados aos autos, bem como ausência de outras alternativas terapêuticas para o paciente ou mesmo o uso não indicado para o paciente com determinada doença, mas com indicação médica para tanto.

#### **f) Incapacidade financeira do requerente/paciente:**

Em demandas de saúde, o requerente/paciente, em sua maioria, é pessoa hipossuficiente financeiramente, não podendo custear com medicamento indicado pelo médico por ser ele de alto custo e único indicado para o tratamento, não sendo fornecido pelos Municípios, mas sim, pelos Estados.



Assim, o que se discutiu nos autos é a possibilidade de fornecimento de medicamento alternativo e de baixo custo, indicado para tal moléstia, que já se encontra autorizada a dispensação para a moléstia acometida pelo paciente.

Também no mesmo sentido dos julgados proferidos nos acórdãos analisados, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou entendimento de que a “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito” pelo requerente/paciente é um dos requisitos a legitimar o requerimento pela via judicial, na forma e modo como prescrito pelo médico (STJ, 2017, *on-line*).

Necessário também que se tenha feito prova da ausência, pelo requerente, de outras alternativas médicas com os fármacos ou procedimentos previstos e autorizados pelo SUS, o que tornaria inviável a ministração de fármaco diverso do prescrito no laudo médico.

**g) Uso *off label* do medicamento:**

Considerando o pedido do fármaco na forma e modo prescritos pelo médico, as Fazendas Públicas Municipais e/ou Estaduais alegam a impossibilidade da sua dispensação ao argumento de que o uso daquele medicamento não era o indicado para a doença a que se encontrava acometido o paciente, seja porque a bula não indica tal uso, seja porque os NATS atestaram a sua ineficiência para o caso apresentado pelo paciente.

Contudo, em decisão também do STJ, nos autos dos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, restou decidido que o médico é o profissional capacitado, técnico e suficiente para indicar ou não o medicamento para a doença, ainda que tal moléstia não se encontre prevista na bula do medicamento, desde que registrado na ANVISA.

Decidiu-se que o medicamento deve estar registrado na ANVISA, conseqüentemente, o paciente tem direito de “ter acesso a utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro” (STJ, 2018, *on-line*).

#### **h) Utilização das notas técnicas emitidas pelos Núcleos de Assistência Técnica em Saúde (NATS):**

Em razão das notas técnicas solicitadas pelos juizes de 1ª instância e respondidas pelo corpo técnico médico e farmacêutico, nota-se que foram poucos os acórdãos que se utilizaram de tal ferramenta a fundamentar a decisão.

Isso quer dizer que, com uso ainda tímido pela sua recente existência e implementação no dia-a-dia do judiciário, mostrou-se capaz de elidir pedidos exorbitantes da esfera pública, a resguardar os interesses da coletividade em detrimento do direito individual do paciente.

Ademais, os pedidos dos medicamentos cujas notas técnicas tiveram parecer desfavorável, o foram em razão da ausência de significativa melhora com o tratamento solicitado em detrimento de outros fornecidos pelo SUS, não fazendo parte da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), bem como da listagem de componentes especializados de assistência farmacêutica do Estado, o uso não era indicado para a doença a que acometia o paciente, o que caracteriza o seu uso *off label* e/ou porque era de alto custo, o que inviabilizaria a sua dispensação.

Considerando que dignidade da pessoa humana é a “expressão da realização da solidariedade social como elo que deve cimentar as relações entre as pessoas” e que “constitui fundamento de todos os direitos, tais quais os da liberdade, da igualdade, da justiça e da paz no mundo e deve nortear inclusive os direitos e deveres de regulação so-

cial”, deve, foi e deverá ser sobrelevada a direito constitucional, na forma do que hoje se retira do texto da Constituição do Brasil, datada de 1988 (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948; BRASIL, 1988).

Diante disso e do caso levado à análise, a dignidade humana é e sempre será norteadora dos fundamentos jurídicos a embasar a decisão judicial, ou seja, a relação médico paciente é de suma importância não só para relatar e descrever a cronologia da doença a que acomete o paciente, bem como se a prescrição médica deve prevalecer sobre o PCDT do SUS em atenção aos direitos fundamentais daquele (TJMG, 2017).

Demonstra-se, com isso, que as divergências de PCDT’s do SUS e as prescrições médicas, estas sempre prevalentes sobre aqueles nos casos estudados trazem como possíveis consequências o risco à saúde do impetrante por não haver prova científica quanto à adequação e à eficácia do fármaco e/ou serviço e/ou procedimento para o tratamento da necessidade em saúde do paciente, a exigir o sopesamento do magistrado quando das suas razões de decidir (TJMG, 2017).

Isso quer dizer que o Judiciário é legítimo para atuar na área da saúde quando provocado, o que, de certo modo, balizou a atuação do Estado-juiz na efetivação das políticas públicas de saúde. Essa atuação resultou, segundo dados do Conselho Nacional de Saúde (CNJ), até 2014, em mais de meio milhão de processos, distribuídos entres os diversos tribunais de justiça e tramitando em todas as instâncias conforme dados do CNJ (AVANZA; 2017, p.38).

Sob outro aspecto, a intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas em Saúde não se mostra uma verdadeira intervenção por si só, “mas tão somente a determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas ofertadas, inclusas e existentes no SUS”, o que já fora decidido, inclusive pela nossa corte maior, o Supremo Tribunal Fede-

ral (STF), quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº45<sup>81</sup> (AVANZA; 2017).

Essa participação do Poder Judiciário, ainda que de grande expressão, não é vista de forma negativa. Muito pelo contrário, ela é vista como uma forma de reduzir as violações de direito cometidas contra o cidadão pelo próprio Estado e, nesse sentido, é entendido como um avanço em relação a efetivação dos direitos de cidadania (AVANZA, 2017).

O que se vê com a judicialização, portanto, é que:

O processo de judicialização das políticas públicas não só facilitou o acesso à Justiça como também aproximou as Cortes Judiciais dos problemas e dificuldades da população. Tornou conhecida as situações de extremo risco e as fragilidades da gestão pública de saúde (AVANZA, 2017, p. 38).

Inclusive, já em 2010, com o fim de dar mais segurança às decisões judiciais proferidas em matéria de saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31, de 30 de outubro, permitindo aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, assegurando maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, dentre elas, a adoção de núcleos de assistência técnica em saúde e que os fundamentos das decisões se baseassem também em evidências científicas (BRASIL, CNJ, 2010; FERREIRA, 2013, p. 219-240).

---

<sup>81</sup> Arguição de preceito de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implantação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “Reserva do Possível”. Necessidade de preservação e, favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos constitucionais de segunda geração).

Com o crescente número de processos judiciais em que se discute o direito à saúde, a limitação técnica dos magistrados encontra suporte nas políticas públicas mais atuais em que permitiu, por meio dos NATS, maior discussão das conseqüentes decisões a serem proferidas pelos magistrados amparados em tal ferramenta, juntamente com os fatos narrados e as provas produzidas nos autos.

E são exatamente os pedidos de fornecimento de medicamentos os que mais precisam de preparo dos magistrados, advogados e defensores públicos (AVANZA, 2017, p. 48).

A judicialização da saúde não pode ser fator prejudicial à sociedade e à concessão judicial de serviços, insumos e procedimentos em saúde com observância do PCDT's o SUS, já que as decisões judiciais podem ser fundamentadas em notas técnicas emitidas pelos núcleos de assistência técnica em saúde e em evidências científicas, que são critérios objetivos e firmes para prover a universalidade, integralidade e equidade do SUS.

O que aqui se registrou é que o NATS, por ser uma ferramenta de auxílio dos magistrados, criado em 2010, somente se viu presente no Estado de Minas Gerais em 2016, ou seja, ainda com pouca utilização por esses magistrados, o que torna qualquer conclusão a seu respeito ainda precária.

O que se pode concluir, então, é que as políticas públicas voltadas para a saúde têm se aproximado muito do Judiciário, tornando um diálogo mais efetivo e próximo entre os 03 (três) poderes, a fim de buscar menores impactos tanto para a coletividade quanto para o indivíduo.

Esse discurso deve ser de fato e de direito efetivo a fim de proporcionar maior efetividade ao texto constitucional, bem como à ga-

rantia de manutenção dos direitos individuais e coletivos, não só na área da saúde, mas em todas elas.

## CONCLUSÃO

As decisões judiciais colegiadas sobre saúde no Estado de Minas Gerais decorrem do texto constitucional que concede, ao cidadão, o amplo acesso da justiça para fins de resguardar seus direitos contra quem quer que seja.

Sob esse aspecto, tem-se que a judicialização da saúde, além do viés constitucional, tem também o viés orçamentário, econômico, que em que pese sua existência, mostrou-se irrelevante quando se trata de direito constitucionais da vida, da saúde e da dignidade humana.

Dessa feita, conclui-se que mencionados direitos individuais são constitucionais e se sobrepõem a quaisquer questões de cunho orçamentário e com reflexos diretos e indiretos nos direitos da coletividade.

## REFERÊNCIAS

AVANZA, Clenir. *Judicialização das políticas públicas de saúde, surgimento, causas e consequências*. Disponível em: <[http://www.emescam.br/arquivos/pos/stricto/dissertacoes/2017/11\\_Clenir\\_Avanza.pdf](http://www.emescam.br/arquivos/pos/stricto/dissertacoes/2017/11_Clenir_Avanza.pdf)>. Acesso em: 18 de mar. 2017.

BIBLIOTECA DIGITAL DO TJMG. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br>>.

BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda. *Acesso a medicamentos: impasse entre saúde e o comércio*. Disponível em:

<[https://scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2017001200301&lang=pt#](https://scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001200301&lang=pt#)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BIEHL J; SOCAL, MP; AMON, JJ. *The judicialization of health and the quest for state accountability: Evidence from 1,262 lawsuits for access to medicines in Southern Brazil*. Health and human rights. 2016; 18(1): 209. Disponível em:

<<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5070692/>>. Acesso em: 30 de set. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm)>. Acesso em :10 mar. 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 107, de 6 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução e resolução das demandas em saúde. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_107\\_06042010\\_11102012191858.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

<[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012*. Regula-

menta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BUCCI, MPD; DUARTE, CS. (Coord.) *Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo*. 1ª. Saraiva. São Paulo: 2017. p. 552.

CALSAVARA, Márcia Valéria. *Jurisprudência mineira acerca da judicialização da saúde pública*. Disponível em: <[http://repositorio.ufla.br/bitstream/1/13273/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_Jurisprud%C3%Aancia%20mineira%20acerca%20da%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica.pdf](http://repositorio.ufla.br/bitstream/1/13273/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_Jurisprud%C3%Aancia%20mineira%20acerca%20da%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica.pdf)> . Acesso em: 01 abr. 2018.

DECS. *Descritores em Ciências da Saúde*. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em: <<http://decs.bvs.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; MARCHETTO, Patricia Borba Marchetto; JUNIOR, Helio Veiga. *Judicialization of Health: The Brazilian case and a bioethical review*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20085>> Acesso em: 18 de out. de 2018.

FERREIRA, SL; COSTA, AM. *Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais*. Revista SJRJ. Rio de Janeiro. 2013; 20(36), p. 219-240.

FLEURY, Sonia. *Judicialização pode salvar o SUS*. Saúde em Debate. 2012;36(93):159-162. Disponível em: <[http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A\\_judicializacao\\_pode\\_salvar\\_o\\_SUS\\_Saude\\_em\\_Debate.pdf](http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf)>. Acesso em: 18 mar.



2018.

GOMES, Dalila F.; SOUZA, Camila Rufino; SILVA, Felipe Luiz da; PÔRTO, Juliana Alves; MORAIS, Indyara de Araújo; RAMOS, Maíra Catharina; SILVA, Everton Nunes da. *Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?*. *Saúde em Debate*. 2014; v. 38, n. 100, p. 139-156.

Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010311042014000100139&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010311042014000100139&script=sci_abstract&tlng=pt)> . Acesso em: 14 mar 2018.

GONÇALVEZ, MVR. *Direito processual civil esquematizado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Coleção Esquematizados/Coordenador Pedro Lenza).

LAMPREA, Everaldo. *The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective*. *Review in Advance*. v.1, p. 18.1-18.15. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3059628](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059628)> Acesso em: 01 maio 2018.

MARINHO, Tiago de Lima. *Direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal: mudanças de posicionamento quanto ao fornecimento de medicamentos*. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013.

Disponível em:

<[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13813&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13813&revista_caderno=9)> Acesso em: 01 maio 2018.

MESSETTI, Paulo André Stein; DALLARI, Dalmo de Abre. *Human dignity in the light of the Constitution, human rights and bioethics*. *Journal of Human Growth and Development*. 2018. Disponível em: <

<http://dx.doi.org/10.7322/jhgd.152176>>. Acesso em: 23 de fev. 2019.

MULLACHERY, Pricila; SILVER, Diana; MACINKO, James. *Changes in care health inequity in Brazil between 2008 and 2013*. Disponível em:

<<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5112635/>> Acesso em: 12 de out. 2018.

NASCIMENTO, Ana Franco do. *Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível*. disponível em <

<https://www.conjur.com.br/2017-fev-12/ana-franco-direito-saude-visto-face-reserva-possivel>>; Acesso em 12 de out. de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 23 de fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE; Disponível em: <<https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 04 de jan. 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, p.184 a 203, de jul/dez 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>> Acesso em: 01 maio 2018.

SILVA, Liliane Coelho da. *Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável*. Revista *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Acesso em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13182&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9)> Acesso em: 18 mar. 2018.

SOPELSA, Mariani; MOTTER, Fabiane Raquel; BARCELLOS, Nê-mora Tregnano; LEITE, Heloísa Marquardt; PANIZ, Vera Maria Vieira. *Perfil farmacoterapêutico dos usuários com medicamentos de alto custo em BRASIL*. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil, 2014. Disponível em: <[https://scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2237-96222017000400759&lang=pt](https://scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222017000400759&lang=pt)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 01 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01 abr. 2018.

TRAVASSOS, DV; FERREIRA, RC; VARGAS, AMD; MOURA, RNVD; CONCEIÇÃO, EMDA; MARQUES, DDF; FERREIRA EF. *Judi-*

*cialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros*. 2013; 18. *Ciência & Saúde Coletiva*, 3419-3429.

TREVISAN, LM, et al. Access to treatment for phenylketonuria by judicial means in Rio Grande do Sul, Brazil. *Ciência & saúde coletiva*. 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 18 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

VIDAL, Thaís Jeronimo; MORAES, Elaine Lazzaroni; RETTO, Maelly Peçanha Favero; SILVA, Maria Jorge Sobreira da. *Demandas judiciais por medicamentos antineoplásicos: a ponta de um iceberg?*. Disponível em:

<[https://scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141381232017000802539&lang=pt](https://scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232017000802539&lang=pt)> . Acesso em: 18 mar. 2018.

# LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O COMBATE AO DESPERDÍCIO DE ALIMENTOS

**GOMES, Fábio da Costa Batista**

*Graduando em Direito, FACIG,  
fabiocbg1@gmail.com*

**ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas**

*Doutoranda em Justiça Administrativa, UFF,  
fernandafranklinseixas@gmail.com*

**ANTUNES, Rosana Maria de Moraes e Silva**

*Doutoranda em Justiça Administrativa, UFF,  
rosanadvogada@gmail.com*

**Resumo:** O presente artigo traz uma abordagem crítica a respeito dos impactos da atual legislação brasileira no combate ao desperdício de alimentos. No cenário atual de um Brasil colapsado em que se vive, essa pesquisa se inseriu com a intenção de valorar a eficácia da norma jurídica em combater o desperdício, ou, no fracasso desta, quais alterações deveriam ser feitas para maximizar os resultados e estimular a doação destes víveres para pessoas que se encontram em situação de miséria ou insegurança alimentar. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica com revisão integrativa da literatura, artigos científicos, notícias e dados estatísticos, além de avaliar projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e legislações estrangeiras sobre o assunto. Tudo isso convergiu para o entendimento de que há necessidade urgente de atualizar o arcabouço jurídico brasileiro, pois a situação atual mostra a dificuldade para combate ao desperdício de alimentos, com leis que vão de encontro a doação de excedentes e que se transformam em verdadeiros gargalos legislativos.

**Palavras-chave:** Desperdício de Alimentos; Doação de Alimentos; Combate à fome; Legislação Arcaica; Direitos Fundamentais.

## INTRODUÇÃO

Desde o século passado, esta pátria foi classificada pelo célebre slogan da Era Vargas como “celeiro do mundo”, e aceita pelas entidades internacionais como tal devido à sua produção em larga escala de produtos agrícolas. No entanto, essa ideia de fartura se encontra restrita ao alto escalão do empresariado brasileiro e suas exportações.

Na verdade, muitos brasileiros não têm garantido nem mesmo o mínimo existencial, que são garantias de condições mínimas para a sobrevivência da população mais vulnerável. No Brasil, Pontes de Miranda (1933), se refere à existência de um direito público subjetivo à subsistência, dentre eles, o direito à alimentação, como o mínimo vital absoluto:

O direito à vida implica a assistência obrigatória como produzirá outras medidas. E não se diga que é metaphysica a natureza delle; poucos vivem tão nítidos na consciência social e poucos têm a defendê-los tão poderosas forças congregadas (...). Se qualquer sociedade não vê e não evita a morte dos indivíduos que aos poucos se debilitam por falta de agasalho no inverno ou de comida durante a calamidade de clima ou escassez de trabalho, não pode ela pretender que assegure o direito à existência (PONTES DE MIRANDA, 1933, p. 28-30)

Ingo Wolfgang Sarlet lembra-nos nessa perspectiva que: “negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência, pode significar, em última análise, condená-lo à morte, por inanição, por falta de atendimento médico, etc.”.

A Revista de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná levantou em 2016 o posicionamento majoritário do STF sobre o mínimo existencial, que se agrega à linha de pensamento do Direito Alemão. Este nos ensina que:

Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de

1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. (INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS, p. 6)

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal e o Direito Alemão convergem para o entendimento de que a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial abrangem mais do que a mera sobrevivência física; sustenta-se, nesse sentido, que uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana. A vida humana não pode ser reduzida à mera existência, mas sim elevada a um patamar mínimo de justiça social.

Além disso, existem diversos fatores que contribuem para o aumento da fome no Brasil, como a instabilidade da economia, a corrupção, além das causas naturais como seca, inundações e, um em especial, que representa um verdadeiro paradoxo: o desperdício de alimentos.

## LEGISLAÇÃO E DESPERDÍCIO

O desperdício de alimentos no Brasil ocorre desde sua produção no campo até o abastecimento do varejo, consumo e manuseio destes pelos consumidores. Entretanto, como evidenciou a consultoria legislativa do Senado, em um boletim publicado em 2016 sobre desperdício de alimentos:

Embora o problema da perda e desperdício de alimentos ocorra ao longo de toda a cadeia produtiva, da produção agrícola ou pecuária até o consumo final, estudos demonstram que só é possível promover alterações legislativas ou inovações no marco regulatório relativo ao processo de doação de alimentos. Porque,

em tese, as cadeias produtivas já têm os incentivos necessários para promover boas práticas de produção, comercialização, industrialização que levariam à redução de perdas (PEIXOTO, 2017, p.1).

Nessa perspectiva, o impasse está na arcaica legislação brasileira voltada para a doação de alimentos que, quando não omissa, regulamenta a doação de excedentes de produção industrial, sobras de restaurantes e supermercados, produtos na iminência de ultrapassarem o prazo de validade, entre outros, de forma que desestimula a doação destes víveres a famílias que se encontram em situação de miséria ou insegurança alimentar. Tal fato se dá pela responsabilização civil e penal que terá o doador caso o beneficiário dessa ação tenha algum problema de saúde, conta destes alimentos, isto, independentemente de dolo ou culpa na esfera civil, e por culpa na seara penal.

Por esse ângulo, expõe o professor Sérgio Sauer, da Universidade de Brasília (UnB):

No Brasil, temos uma situação muito estranha: restaurantes, empresas processadoras de alimentos não podem doar alimentos que sobram, porque a responsabilidade é delas, se houver qualquer tipo de problema de saúde. É uma legislação que vai no sentido do desperdício, porque impede o reaproveitamento

A responsabilidade penal, que se manifesta como o meio mais pesado de punição do aparelho estatal, neste tema já se viabiliza, pela legislação atual, quando incorrer em culpa, ou seja, sem a intenção de causar dano, se enquadrando no artigo 129 do Código Penal:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 6º Se a lesão é culposa: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Pena - detenção, de dois meses a um ano

Sobre a lesão corporal culposa, vale destacar:

O Código Penal não define a culpa, mas o art. 18, II, do Codex nos traz as suas diversas modalidades, quais sejam: a imprudência, a negligência e a imperícia. A lesão corporal culposa deve ser analisada em combinação com esse dispositivo legal. Assim é que estaremos diante de uma lesão corporal culposa sempre que o evento morte decorrer da quebra do dever de cuidado por parte do agente através de uma conduta imperita, negligente ou imprudente, cujas consequências do ato descuidado, que eram previsíveis, não foram previstas pelo agente, ou, se foram, ele não assumiu o risco do resultado. Ao contrário das lesões corporais dolosas, o Código Penal não faz distinção quanto à gravidade das lesões, ou seja, se leves, graves ou gravíssimas. Assim, aquele que culposamente provoca um pequeno machucado no braço da vítima, deverá sujeitar-se às mesmas penas de quem deu causa à amputação de um braço. A gravidade das lesões deverá ser levada em conta no momento da fixação da pena-base pelo juiz, pois dizem respeito às consequências do crime (CP, art. 59).” (CAPEZ, Fernando, p.189)

No que se refere à responsabilização civil, hoje, o entendimento é de que basta uma responsabilidade objetiva para existir o dever de indenizar. Por responsabilidade objetiva entende-se aquela que prescinde da culpa. A teoria do risco é o aspecto fundamental dessa espécie de responsabilidade, sendo compactada por Sergio Cavalieri nas seguintes palavras: “Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137).

O Código Civil brasileiro de 1916 era essencialmente subjetivista. O Código de 2002 moldou-se a evolução da responsabilidade, e apesar de não ter se desvinculado da responsabilidade subjetiva, inovou ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 927: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvi-



da pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Já o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, expõe que o fornecedor e o fabricante serão responsáveis objetivamente, nos termos dos artigos 12 e 14:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”” (BRASIL, 1990)

O fundamento da responsabilidade objetiva, intimamente relacionado à teoria do risco, segundo Rizzatto Nunes (2009. p. 167), nos diz que:

Sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada teoria do risco criado e do risco benefício. O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona (VENOSA, 2003, p. 13).

A partir desse conceito, nota-se claramente que essa aplicação não deveria ser feita na doação de alimentos, visto que não há vantagens ou benefícios adquiridos pelo doador.

Assim, os chamados gargalos legislativos se manifestam como uma enorme barreira que inviabilizam, por conta de pesadas consequências jurídicas, a doação de alimentos no Brasil.

As consequências estabelecidas pelo ordenamento jurídico inviabilizam a doação de alimentos, isso ficou demonstrado nas pesquisas nacionais em relação ao tema. Essa realidade fica ainda mais perceptível em tempos de crise, como a atual situação do Brasil, onde a fragilidade da força regulatória estatal fica evidente.

Um levantamento feito pelo Instituto Akatu, uma organização não governamental sem fins lucrativos, que trabalha pela conscientização e mobilização da sociedade para o consumo consciente, revelou que cerca de 40 mil toneladas de alimento são desperdiçadas por dia no país. De acordo com Camila Kneip, coordenadora de nutrição da ONG Banco de Alimentos, esse excedente é capaz de alimentar 225 milhões de pessoas.

Em contrário sensu, dados do IBGE demonstram que 13 milhões de pessoas passam fome no Brasil, ou seja, há alimentos sendo desperdiçados, mas como a maioria dos recursos no Brasil são mal geridos, e ainda, somados a legislação brasileira ultrapassada, o resultado desta equação é a estagnação nesta área.

Uma mensuração feita pelo Centro de Excelência contra Fome, parceria entre o Programa Mundial de Alimentos das Nações Unidas e o Governo do Brasil, revelam que o país já desperdiça normalmente 1/3 de todos os alimentos produzidos para consumo humano. O dado é igual ao desperdício global de alimentos, que também é de 1/3 da produção. O prejuízo anual global com o desperdício de alimentos é de US\$ 750 bilhões.

De acordo com o diretor do Centro de Excelência contra a Fome, o desperdício de alimentos no Brasil não é a causa da fome, apesar de contribuir para ela. A fome tem causas complexas, mas o desperdício de alimentos é um indício de um sistema alimentar desbalanceado, nos níveis local, regional e global. Nesse contexto, o desperdício de alimentos é um problema moral, ético, financeiro e ambiental.

## DEFASAGEM ESTRUTURAL NAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO

Segundo a Pesquisa de Informações Municipais (MUNIC), realizada em 2013, levantando que levantou informações referentes a 2012, pouco mais de 17% das prefeituras brasileiras (986 municípios) efetivaram em 2012 um plano de segurança alimentar e nutricional:

Esse instrumento serve para promover a produção sustentável de alimentos, o abastecimento e garantia de acesso da população a eles, além de programas de assistência às populações vulneráveis e em situação de risco social, contribuindo para o combate à fome. O estudo aponta também que das 5.565 prefeituras do país, 60,7% não possuíam qualquer estrutura organizacional para tratar da política de segurança alimentar e municipal. Das cidades que criaram estruturas voltadas a esta área, apenas 2,8% das prefeituras têm uma secretaria exclusiva para este tema. A maioria (78,1%) prefere o tema subordinado a outra pasta. Já 14,1% dos municípios possuem lei de segurança alimentar e nutricional. Em 0,8% deles havia projetos em trâmite em 2012. (g1.globo.com)

Outrossim, o estudo investigou também a participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas locais por meio de conselhos municipais, sejam eles de caráter deliberativo, normativo ou consultivo. De acordo com o IBGE, “os conselhos municipais são considerados instrumentos práticos para provocar ações efetivas na área, além de auxiliarem no monitoramento e fiscalização da atuação das prefeituras.”

O resultado da pesquisa mostrou que:

Em 2012, 27,1% (1.501) dos municípios brasileiros informaram a existência de um conselho deste porte. Deste total, 73,2% (1.103) dos conselhos se reuniram nos últimos 12 meses e 30,5% (459) receberam recursos orçamentários do governo municipal para apoiar suas atividades. (g1.globo.com)

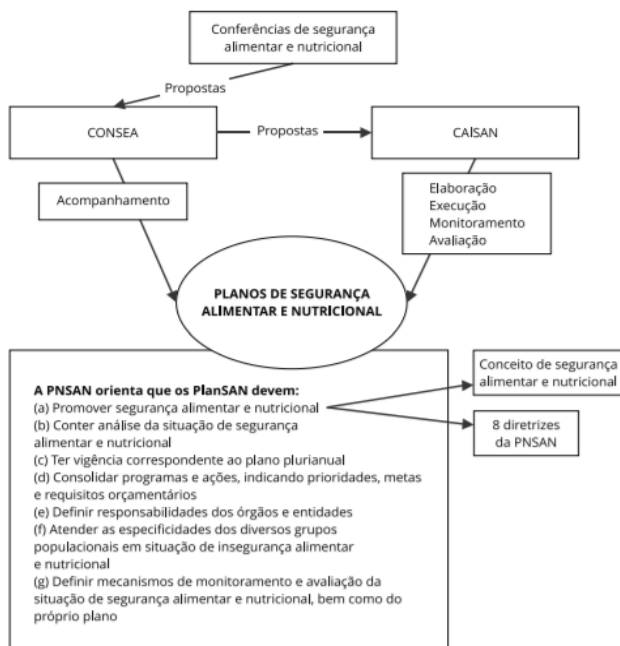
Sobre o orçamento direcionado ao financiamento de políticas que envolvem segurança alimentar e nutricional, foi informado que, em 2012, apenas 16,4% das prefeituras brasileiras disponibiliza-

ram recursos para tal finalidade. A região do país que mais disponibilizou verbas para este setor foi o Sudeste (20,9% dos municípios), seguido do Nordeste (16,1%) e do Sul do Brasil (13,7%).

Sendo a décima edição dessa pesquisa envolvendo a esfera municipal, esta foi a primeira vez que foi adicionado ao questionário suplementos sobre o tema segurança alimentar e nutricional. O objetivo principal do IBGE foi analisar a estrutura, o funcionamento e a dinâmica das instituições públicas municipais.

Em se tratando de medidas legislativas a nível estadual, uma pesquisa inédita feita entre os meses de agosto e outubro de 2016, publicada pelo CSP (Cadernos de Saúde Pública) e hospedada pelo site SciELO (Scientific Electronic Library Online), analisou a adequação dos Planos Estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional (PlanSAN) às diretrizes estabelecidas pela Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), foi realizada pesquisa descritiva e documental, com coleta de dados no período anteriormente mencionado.

O levantamento trouxe um modelo teórico dos Planos Estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional (PlanSAN).



CAISAN: Câmara Estadual Intersetorial de Segurança Alimentar e Nutricional; CONSEA: Conselho Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional; PNSAN: Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

A intersetorialidade dos órgãos envolvidos bem como o mapeamento das funções destes se mostram teoricamente bem desenvolvidos, entretanto, ao se analisar o próximo quadro percebe-se que mesmo depois de vários anos da aderência dos estados ao CONSEA (Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional) quatorze deles ainda não possuem um Plano Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional.

Estados	Ano de criação do CONSEA	Ano de criação do CAISAN	Ano de adesão ao SISAN	Ano de publicação do PlanSAN	Secretarias do CAISAN	Existência de recursos (CAISAN)	Existência de recursos (PNSAN)
Centro-oeste							
Distrito Federal	2008	2011	2011	2013	12	Sim	Sim
Goiás	2004	2013	2013	-	9	Sim	Sim
Mato Grosso	2003	2014	2014	-	10	Não	Não
Mato Grosso do Sul	1999	2011	2011	2015	6	Sim	Não
Nordeste							
Alagoas	2000	2011	2011	-	9	Não	Sim
Bahia	2003	2008	2011	2015	11	Sim	Sim
Ceará	2003	2011	2011	2012	12	Não	Sim
Maranhão	2006	2011	2011	2014	9	Sim	Sim
Paraíba	2003	2012	2011	2016	22	Não	Sim
Pernambuco	2003	2008	2011	2013	13	Não	Sim
Piauí	2003	2009	2011	-	14	Não	Sim
Rio Grande do Norte	2003	2011	2012	-	7	Não	Sim
Sergipe	2003	2013	2011	-	5	Não	Sim
Norte							
Acre	2004	2011	2011	-	11	Não	Sim
Amapá	2006	2011	2011	-	8	Sim	Sim
Amazonas	2004	2012	2012	-	12	Sim	Não
Pará	2011	2011	2011	2012	7	Sim	Sim
Rondônia	2008	2011	2011	-	9	Não	Sim
Roraima	2003	2011	2011	-	10	Sim	Sim
Tocantins	2010	2010	2011	2014	7	Não	Sim
Sudeste							
Espírito Santo	2011	2011	2011	-	13	Sim	Sim
Minas Gerais	1999	2006	2011	2012	13	Sim	Sim
Rio de Janeiro	2003	2010	2011	-	10	Não	Sim
São Paulo	2003	2013	2013	-	20	Sim	Sim
Sul							
Paraná	2003	2010	2011	2012	10	Não	Sim
Rio Grande do Sul	2003	2011	2011	2014	12	Não	Sim
Santa Catarina	2004	2009	2011	2014	9	Não	Sim

CAISAN: Câmara Estadual Intersetorial de Segurança Alimentar e Nutricional; CONSEA: Conselho Estadual de Segurança Alimentar e Nutricional; PlanSAN: Planos Estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional; PNSAN: Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

Na Tabela 2, observa-se que dentre os estados com planos, 5 (38%) apresentavam vigência quadrienal, 5 (38%), vigência inferior a quatro anos e 3 (24%), vigência superior. O plano de Tocantins apresentava vigência de 1 ano, enquanto o plano de Santa Catarina possuía vigência de 6 anos. Cinco (38%) dos planos tinham vigência correspondente ao PPA do estado. Em 6 (46%) estados, os planos apresentavam período de vigência inferior ao PPA, e em 2 (16%) a vigência era superior. Em 9 (69%) dos planos, a análise da situação estadual de segurança alimentar e nutricional foi realizada tendo em conta todas as sete dimensões de monitoramento e avaliação (Tabela 2). Constatou-se que os planos do Maranhão, Minas Gerais e Paraná, embora contivessem a análise da situação, não abordavam a dimensão referente aos programas e ações relacionadas à segurança alimentar e nutricional. Já

Tocantins foi o único estado com plano sem análise estadual da situação de segurança alimentar e nutricional (dados não apresentados em tabela). (p.5)

**Tabela 2**

Caracterização dos Planos Estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional (PlanSAN) dos estados e do Distrito Federal quanto à vigência, análise da situação de segurança alimentar e nutricional e metas. Brasil, 2016.

Estados	Vigência do PlanSAN	Vigência do PPA	Dimensões na análise da situação de segurança alimentar e nutricional	Metas	Diretrizes nas metas	Responsável pelas metas	Metas prioritárias	Requisito orçamentário
Centro-oeste								
Distrito Federal	2013-2016	2012-2015	7	144	7	Sim	Sim	Parcial
Mato Grosso do Sul	2015-2016	2012-2015	7	102	7	Sim	Sim	Não
Nordeste								
Bahia	2015-2019	2016-2019	7	78	0 *	Sim	Sim	Sim
Ceará	2012-2015	2012-2015	7	105	8	Sim	Sim	Parcial
Maranhão	2014-2015	2012-2015	6	13	5	Sim	Sim	Sim
Paraíba	2016-2019	2016-2019	7	237	7	Sim	Sim	Parcial
Pernambuco	2013-2015	2012-2015	7	214	7	Sim	Sim	Sim
Norte								
Pará	2012-2015	2012-2015	7	56	6	Sim	Sim	Não
Tocantins	2014	2012-2015	0	69	6	Sim	Não	Não
Sudeste								
Minas Gerais	2012-2015	2012-2015	6	65	0 *	Não	Sim	Sim
Sul								
Paraná	2012-2015	2012-2015	6	67	7	Sim	Não	Sim
Rio Grande do Sul	2014-2015	2012-2015	7	297	8	Sim	Sim	Parcial
Santa Catarina	2014-2019	2016-2019	7	168	7	Sim	Sim	Não

PPA: plano plurianual.

\* Seguem diretrizes próprias adequadas à realidade local.

Em 7 (54%) planos, havia descrição da metodologia para monitoramento da execução do plano e, em 9 (69%), foram descritos os responsáveis por realizar tal monitoramento. Entretanto, somente 2 (15%) planos apresentavam metodologia para monitoramento da situação de segurança alimentar e nutricional (Tabela 3). (p.6)

**Tabela 3**

Caracterização dos Planos Estaduais de Segurança Alimentar e Nutricional (PlanSAN) dos estados e do Distrito Federal quanto ao processo de monitoramento e avaliação. Brasil, 2016.

Estados	Metodologia de monitoramento do PlanSAN	Responsáveis pelo monitoramento do PlanSAN	Metodologia de monitoramento de segurança alimentar e nutricional
Centro-oeste			
Distrito Federal	Sim	Sim	Não
Mato Grosso do Sul	Sim	Sim	Não
Nordeste			
Bahia	Sim	Sim	Sim
Ceará	Não	Sim	Não
Maranhão	Sim	Sim	Não
Paraíba	Não	Não	Não
Pernambuco	Não	Sim	Não
Norte			
Pará	Sim	Não	Não
Tocantins	Não	Sim	Não
Sudeste			
Minas Gerais	Sim	Sim	Não
Sul			
Paraná	Não	Não	Não
Rio Grande do Sul	Não	Sim	Não
Santa Catarina	Sim	Não	Sim

Nas considerações finais, o estudo expôs que “os planos têm papel fundamental no compromisso assumido pelos governos na execução de ações que respondam pelas demandas emanadas das conferências e do CONSEA. Todos os planos analisados apresentaram inadequações normativas, impondo limites no processo de descentralização do sistema e apontando para a necessidade de qualificação”.

Dessa forma, nota-se um problema estrutural envolvendo tanto a esfera federal como a estadual e municipal, que ficam à mercê de um limbo normativo que acarreta a dificuldade da participação civil na elaboração de políticas públicas e medidas fiscalizatórias, além do não direcionamento de ações para realocar excedentes de alimentos de forma inteligente e sem desperdício, e fazê-los chegar até a casa de cidadãos que necessitam fortemente de ações afirmativas por parte de um Estado Democrático de Direito.



## PROJETOS DE LEI PETRIFICADOS NO CONGRESSO NACIONAL

O desalento jurídico escancarado se faz presumir um completo abandono por parte de entidades sociais presentes no Brasil. Entretanto, existem quase trinta projetos sobre combate ao desperdício de alimentos tramitando apenas na Câmara dos Deputados, mas que, por conta de divergências em alguns pontos entre os parlamentares, ficam longos períodos sem movimentação.

Uma das primeiras propostas que foram elaboradas para mudar esse quadro e que atualmente possui maior número de adeptos é o Projeto de Lei nº 4.747, de 1998 (nº 165, de 1997, na origem), de autoria do Senador Lúcio Alcântara, também conhecido informalmente como “Bom Samaritano”, o qual acrescenta artigo ao Código Civil e parágrafo ao art. 129 do Código Penal (que é o artigo relacionado à lesão corporal), para que a pessoa natural ou jurídica que doar alimentos, industrializados ou não, preparados ou não, a pessoas carentes, diretamente, ou por intermédio de entidades, associações ou fundações, sem fins lucrativos, seja isenta de responsabilidade civil ou penal, resultante de dano ou morte ocasionados ao beneficiário, pelo consumo do bem doado, desde que não se caracterize dolo ou negligência.

Um outro projeto de lei promissor é o nº 503, de 2015 – da Senadora Sandra Braga, que institui estímulos a doações de produtos alimentícios, altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, e a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. A primeira alteração proposta, sobre o texto do Código de Defesa do Consumidor, objetiva excepcionar o risco objetivo das empresas doadoras de alimentos. Na segunda mudança, sobre a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, pretende-se estimular as doações de gêneros alimentícios pela elevação de deduções tributárias sobre os valores doados. A terceira medida estabelecida no projeto objetiva apenas a empresa que preferir manter em

exposição à venda produtos com prazo de validade expirado, em vez de doá-los no tempo hábil.

Ademais, também integram o assunto:

PLS nº 672, de 201518 – do Senador Ataídes Oliveira, que dispõe sobre a redução do desperdício de alimentos por estabelecimentos tais como indústrias, supermercados, mercados, restaurantes, cozinhas, feiras, sacolões e assemelhados, com mais de 200 metros quadrados de área construída, os quais, até o prazo máximo de 6 meses após a lei entrar em vigor, firmarão contratos com organizações de natureza social dedicadas à coleta e distribuição de alimentos e refeições ou com empresas dedicadas à produção de ração animal e compostagem; isentando esses estabelecimentos de responsabilidade civil e penal, resultante do dano ocasionado ao beneficiário, pelo consumo do bem doado, desde que não caracterize dolo e negligência;

PLS nº 675, de 201519 – da Senadora Maria do Carmo Alves, que estabelece uma Política Nacional de Combate ao Desperdício de Alimentos, apresentando objetivos e instrumentos para sua implantação, e permitindo a doação de alimentos, conforme dispuser o regulamento;

PLS nº 738, de 201520 – do Senador Jorge Viana, que dispõe sobre o combate ao desperdício de alimentos voluntariamente descartados; prazos de validade para venda e para consumo seguro; campanhas educativas do consumidor; e sobre estabelecimentos de comercialização de alimentos por atacado ou varejo cuja receita bruta média anual seja igual ou superior à das empresas de pequeno porte, que poderão doar a entidades beneficentes de assistência social, gêneros alimentícios industrializados, preparados ou in natura, dentro do prazo de validade para venda que, por qualquer razão, tenham perdido sua condição de comercialização, ou fora deste prazo, desde que ainda estejam em condições e no prazo de consumo seguro. O PLS altera vários dispositivos legais, entre eles o Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos, a fim de prever a doação e a reutilização de alimentos no Brasil.

Cumprir destacar ainda a tramitação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei (PL) nº 8.263, de 201421, do Deputado Tiririca, que institui a Política Nacional de Redução de Perdas e Desperdício de Alimentos e dá outras providências. Conforme o art. 6º do projeto, pretende-se promover ou estimular estudos e pesquisas, parcerias público-privadas, campanhas educacionais e doações de alimentos ainda em condições de consumo preferencialmente à alimentação de pessoas em situação de vulnerabilidade social; ao arraçoamento de animais; ou, em último caso, à reutilização ou à reciclagem. Este PL ainda não foi distribuído a nenhuma das comissões daquela Casa.

## DIREITO COMPARADO

Alguns países cujo desenvolvimento se encontra mais avançado já têm designado esforços na redução do desperdício alimentício em seu território. Conforme expõe o Boletim Legislativo Nº 41, de 2016:

O Reino da Bélgica foi a primeira nação europeia a estabelecer lei que obriga grandes redes de supermercados a doarem alimentos não vendidos a instituições socioassistenciais. Com base na iniciativa belga, o Parlamento francês também aprovou, em maio de 2015, norma que faz parte de legislação mais ampla sobre energia e meio ambiente, com vistas a obrigar os supermercados com mais de 400 m<sup>2</sup> a assinarem contratos de doação de alimentos não vendidos, mas ainda consumíveis, para caridade ou para uso como ração animal ou compostagem agrícola. O desperdício de alimentos em países industrializados pode ser reduzido pelo aumento dos cuidados por indústrias de alimentos, varejistas e consumidores. Muito pode ser feito, também, por meio de políticas públicas que diminuam as falhas de mercado e combinem de forma planejada, por exemplo, a produção e o consumo, ou criem, por meio de campanhas, cultura de consumo sustentável. Um consumo mais consciente passa pela aceitação e aquisição de alimentos in natura que não tenham necessariamente o melhor aspecto (beleza, perfeição na forma, sem danos), mas que conservem suas propriedades nutricionais. (pag. 6)

Infelizmente não foram encontradas medidas de governos que se destacaram na América Latina como na Europa. Pelo contrário, em 2016 a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) estimou que os alimentos desperdiçados na América Latina poderiam alimentar 37% da população que sofre de fome no mundo todo.

Na região se perdem ou desperdiçam até 348 mil toneladas de alimentos por dia, número que deverá ser reduzido à metade nos próximos 14 anos se a região quer alcançar os objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), afirmou a FAO. Os objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são um conjunto de 17 objetivos e 169 metas destinados a resolver os problemas sociais, econômicos e ambientais que afligem o mundo nos próximos 15 anos (2015-2030). (exame.abril.com.br)

Tais objetivos foram firmados por 193 países em uma reunião realizada em setembro de 2015 na sede das Nações Unidas em Nova York, e de lá pra cá já vem surtindo efeitos:

Na Costa Rica e na República Dominicana foram criados Comitês Nacionais dedicados ao tema, e Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, México, Peru, São Vicente e Granadinas e Uruguai estão discutindo iniciativas semelhantes. Argentina desperdiça 12% de sua produção agroalimentar, e o Brasil apresentou um projeto de lei para iniciar uma política de redução de perdas e desperdício e para regular a doação de alimentos. O Chile está desenvolvendo estudos de medição de perdas, além de atividades de recuperação de alimentos em pontos de venda, enquanto a Colômbia pediu apoio técnico à FAO para formular políticas públicas sobre este problema, e a Costa Rica está desenvolvendo estudos para diminuir o desperdício em refeitórios. (exame.abril.com.br)

## CONCLUSÃO

Destarte, fica evidente a necessidade do Brasil em elaborar uma legislação mais atual e eficaz, com o objetivo de extinguir os entraves legais que vão de encontro à doação de alimentos mas sem abrir mão da segurança alimentar. Tais consequências benéficas são urgentes, visto o cenário de crise institucional, econômica e risco do Brasil voltar ao Mapa da Fome<sup>82</sup>. Isto posto, vale lembrar que dados sobre a população que passa fome no país geralmente se tornam dados matemáticos secos, desprovidos de sentimentos, e que muitas vezes não possuem a capacidade de nos causar empatia, revolta e atitude contra uma realidade que se encontra apartada da ideia de mínimo existencial e que não deveria ser tratada por alguns como utópica, porque é possível, mas exige mudanças.

Porque combater o desperdício e realocá-lo para quem necessita é forma de garantir direitos fundamentais e sociais assegurados pela Constituição Federal, extirpando a insegurança alimentar da realidade dos brasileiros e assegurando o mínimo existencial para se viver com mais dignidade e justiça.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: [https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 06 mai. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Agência Brasil. **Quase 30 projetos sobre combate ao desperdício de alimentos tramitam na Câmara**. Disponível em:

---

82 FRANCO, Justa Helena. Revista Radis Fundação FIOCRUZ. 186. ed. Rio de Janeiro: Manguinhos, 2018. p.3.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/politica-nacional-de-combate-ao-desperdicio-de-alimentos-e-tema-de-projetos>. Acesso em 28 de maio de 2018.

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/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

Cadernos de Saúde Pública. **Adequação normativa dos planos estaduais de segurança alimentar e nutricional no Brasil**. Disponível em:  
[https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/csp/v34n1/1678-4464-csp-34-01-e00206716.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csp/v34n1/1678-4464-csp-34-01-e00206716.pdf). Acesso em: 23 de setembro de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 108.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Especial** - vol. 12. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 189.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

Exame. **Comida desperdiçada na América Latina reduziria 37% da fome**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/comida-desperdicada-na-america-latina-reduziria-37-da-fome/>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

FRANCO, Justa Helena. Revista Radis Fundação FIOCRUZ. 186. ed. Rio de Janeiro: Manguinhos, 2018. p.3.

G1. **IBGE diz que 17% das prefeituras têm plano de segurança alimentar**. Disponível em:  
<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/07/ibge-diz-que-17-das-prefeituras-tem-plano-de-seguranca-alimentar.html>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

JÁ, Leia Já. **Órgão da ONU mensura desperdício de alimentos após greve**. Disponível em:

<http://www.leiaja.com/noticias/2018/06/01/orgao-da-onu-mensura-desperdicio-de-alimentos-apos-greve/>. Acesso em 16 de setembro de 2018.

JusBrasil. **Art. 129 do Código Penal - Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10624670/artigo-129-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940#>. Acesso em 16 de setembro de 2018.

Nações Unidas no Brasil. **América Latina e Caribe desperdiçam 15% dos alimentos que produzem, alerta FAO**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/america-latina-e-caribe-desperdicam-15-dos-alimentos-que-produzem-alerta-fao/>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEIXOTO, M.; PINTO, H. S. **Desperdício de Alimentos: questões socioambientais, econômicas e regulatórias**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, fevereiro/2016 (Boletim Legislativo nº 41, de 2016). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 28 de maio de 2018.

Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

SAUER, Sérgio. Entrevista in: Ecodebate. **Combate ao desperdício de alimentos e aproveitamento das sobras do processo de produção exigem políticas públicas**. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2017/08/14/combate-ao-desperdicio-de-alimentos-e-aproveitamento-das-sobras-do-processo-de-producao-exigem-politicas-publicas>. Acesso em 28 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito Constitucional positivo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.368

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11875](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875). Acesso em 22 de setembro de 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Trad. Róbson Ramos dos Reis et al. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000

Terra. **O impacto do desperdício de alimento e como combatê-lo**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/o-impacto-do-desperdicio-de-alimento-e-como-combate-lo,1d568be5fb3be1fc0b830f5ecf2854eelsz5u9mm.html>. Acesso em 16 de setembro de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



# MENINOS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL DOMÉSTICO: Uma análise dos dados da violência no município de São Gonçalo

**SILVA, Franklin de Lima**

*Mestre em Serviço Social e Desenvolvimento Regional  
pela Universidade Federal Fluminense  
franklinlima.seso@yahoo.com.br*

**Resumo:** Este trabalho consiste em analisar criticamente a subnotificação dos casos de abuso sexual perpetrado contra meninos, no âmbito doméstico – no Estado do Rio de Janeiro – enquanto expressão da questão social, a fim de proporcionar reflexão sobre esta temática, com vista à socialização de conhecimento acerca do sistema de opressão/exploração e dominação que incorpora as dimensões da sexualidade e da relação de gênero e geração no contexto familiar. O objeto de análise deste artigo é o abuso sexual doméstico contra meninos no Estado do Rio de Janeiro, ou seja, trata-se do estudo do fenômeno da violência e sua implicação, como expressão da questão social, nas relações sociais. A análise do objeto de pesquisa nos permite imergir nas discussões que envolvem direitos humanos e sua importância na defesa à vida de todos e todas, inclusive das minorias sociais, além de fomentar políticas públicas que visem à prevenção e o tratamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. Assim como o estudo contribui para dar visibilidade às questões da violência sexual contra meninos, ele pretende produzir conhecimento material para qualificar ainda mais a atuação de profissionais do Direito e outras categorias, que se dispõem a trabalhar com esse público inserido na relação de abuso sexual, tendo como objetivo final, o fornecimento de meios que identifiquem os possíveis fatores de riscos e agravos presentes na vida desses meninos, colaborando para o desenvolvimento de instrumentos e técnicas profissionais.

**Palavras-chave:** Meninos; Abuso Sexual; Violência Doméstica; Gênero; Políticas Públicas.

## INTRODUÇÃO

Meninos Vítimas de Abuso Sexual Doméstico: Uma Análise Dos Dados Da Violência no Município de São Gonçalo é um estudo que propõe apresentar e discutir o índice de violência sexual na infância e na adolescência, no âmbito doméstico, especificamente contra meninos dentro do município supracitado, a fim de fomentar políticas públicas que venham assegurar os direitos das vítimas de abuso.

O interesse em pesquisar o assunto se deu por observar a escassez de trabalhos voltados ao tema da violência sexual contra meninos e da necessidade de sua visibilidade. Para isso foi apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Serviço Social e Desenvolvimento Regional da Escola de Serviço Social da Universidade Federal Fluminense – UFF em 2018, a dissertação sobre meninos vítimas de violência sexual doméstica, com a efetivação de uma pesquisa que se iniciou ainda na graduação, em 2009 e que perdurou até o ano de 2016, no município de São Gonçalo. Para dar seguimento a esse projeto, tendo em vista que o assunto sobre violência sexual contra meninos, ainda permanece sem a devida atenção no cenário acadêmico e bibliográfico brasileiro, foi dado seguimento à proposta de investigação que levou a termo este artigo.

Alguns fatores culturais e sociais corroboram para o ocultamento da violência sexual contra meninos, tais como: a compreensão deturpada de que o abuso sexual em meninos seja inferior e produzem menos impactos, quanto os abusos perpetrados em meninas; a resistência masculina apoiada numa ideia de virilidade e masculinidade, por meio do qual a violência não é notificada e a associação da homossexualidade ao abuso sofrido.

Como fundamentação teórica, o estudo se ampara na perspectiva sistêmica feminista, considerando a relação entre violência, gênero e masculinidade, na incidência do abuso sexual. Quanto à metodologia e métodos de análise, realizamos uma análise documental,

bibliográfica e quali-quantitativa, de dados coletados em pesquisa realizada junto ao programa NACA (Núcleo de Atenção à Criança e ao Adolescente Vítima de Violência), acessada por meio de prontuários de crianças e adolescentes do sexo masculino, vitimizados pela violência sexual doméstica e intrafamiliar, onde foram coletadas as informações necessárias para o embasamento desse estudo. A escolha do programa supracitado se deu por este ser referência no diagnóstico e na revelação da violência contra o público infanto-juvenil no Estado do Rio de Janeiro, tendo o município de São Gonçalo um alto índice de violência sexual doméstica, segundo fontes do IBGE (2015), proporcionando assim, a escolha deste, para a efetivação da pesquisa.

Este trabalho visa ampliar o debate do abuso sexual no âmbito doméstico contra meninos, considerando as múltiplas determinações da violência, e a partir da coleta e análise dos dados, contribuir para o enfrentamento da violência, fomentando estratégias de atuação governamental e não governamental de prevenção, denúncia e tratamento da violência.

## **1. O ESPAÇO DOMÉSTICO COMO UM ESPAÇO DE VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

A violência doméstica tem se mostrado como um fenômeno alarmante, com um “crescimento” considerável nos dias atuais, que vem afetando a sociedade em todas as esferas das relações sociais. O abuso sexual, que aqui é o objeto em destaque, se apresenta como uma violência capaz de trazer transtornos biopsicossociais nefastos, não apenas na vida da criança e/ou adolescentes vitimizados, mas também na vida dos seus familiares. Para tanto, buscou-se evidenciar a violência sexual doméstica contra meninos, a fim de desconstruir a ideia de que esse abuso é uma questão que ocorre essencialmente contra meninas.

A violência doméstica perpetrada contra crianças e adolescentes é um processo que traz consigo uma relação de dominação, na qual a vítima é reduzida a um mero objeto de maus tratos, no momento em que são violados os direitos básicos de liberdade, segurança,

dignidade e vida de uma criança e/ou adolescente, para garantir a afirmação da dominação e do controle exercido por um adulto. Vê-se a existência de um padrão de controle e dominação patriarcal nas estruturas sociais, políticas e econômicas de diferentes contextos, que incide também nas relações familiares.

Não se pode vedar os olhos para a realidade da infância brasileira, cabe ressaltar que após os 27 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, muitas crianças e adolescentes ainda permanecem como objetos de desejos perversos e sujeição por parte do Estado, da sociedade e até mesmo da família.

No que se refere à violência doméstica contra crianças e adolescentes, pesquisas nacionais e internacionais têm mostrado que o Brasil é um dos países com maior estimativa de maus-tratos no mundo, conforme revelado pela OMS (2016), onde a cada uma hora, cinco crianças sofrem violência no país.<sup>83</sup>

Segundo Faleiros e Campos (2000), a incidência da violência sexual produz efeitos nocivos

1-deturpa as relações socioafetivas e culturais entre adultos e crianças/adolescentes ao transformá-las em relações genitalizadas, erotizadas, comerciais, violentas e criminosas;

2-confunde, nas crianças e adolescentes violentados, a representação social dos papéis dos adultos, descaracterizando as representações sociais de pai, irmão, avô, tio, professor, religioso, profissional, empregador, quando violentadores sexuais, o que implica a perda de legitimidade e da autoridade do adulto e de seus papéis e funções sociais;

3-inverte a natureza das relações adulto/criança e adolescente definidas socialmente, tornando-as desumanas em lugar de humanas, desprotetoras em lugar de protetoras, agressivas em lugar de afetivas, individualistas e narcisistas em lugar de solidárias,

---

<sup>83</sup> Segundo *The Influence of Geographical and Economic Factors in Estimates of Childhood Abuse and Neglect Using the Childhood Trauma Questionnaire: A Worldwide Meta-Regression Analysis*, divulgado na *Child Abuse and Neglect*, publicação oficial da *International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect*, de 2016. Disponível em <http://www.pucrs.br/blog/brasil-tem-maiores-taxas-de-maus-tratos-contracrianças-no-mundo/>. Acessado em 15 de setembro de 2018.

dominadoras em lugar de democráticas, dependentes em lugar de libertadoras, perversas em lugar de amorosas, desestruturadoras em lugar de socializadoras;

4-confunde os limites intergeracionais. (FALEIROS; CAMPOS, 2000, p. 9-10)

Segundo fontes do Disque 100<sup>84</sup>, entre 2014 a 2016, foram registrados 176.030 casos de violência contra criança e adolescente. O número de registros não corresponde ao número de casos concretos e reais de violência, entretanto, demonstra a gravidade do problema.

Quanto ao espaço doméstico, enquanto lugar de reprodução dessa violência, os números apontados pelos dados do Disque Direitos Humanos são alarmantes.

**Tabela 2:** Dados da Violência contra Criança e Adolescente no Brasil

Ano	Espaço Doméstico e Familiar	Espaço Extrafamiliar
2016	79,14	20,86
2015	81,74	18,26
2014	80,35	19,65

**Fonte: Disque 100 (Elaboração Própria).**

Numa escala percentual de 0 a 100, indicando a proporção dessa expressão da questão social, vemos na tabela acima, o espaço familiar e especificamente, as casas da vítima e do suspeito, como espaço de maior ocorrência dos abusos, representando três quartos de toda violência cometida contra crianças e adolescentes.

A violência doméstica decorre da interação de vários grupos de fatores, cuja relação está diretamente associada à violência es-

---

<sup>84</sup> É um serviço da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), destinado a receber denúncias relativas a violações de direitos humanos, não só de crianças e adolescentes.

trutural, porém, é tomada por um caráter interpessoal e intersubjetivo, nas quais permeiam todos os segmentos de classes sociais e instaura na família, em seu espaço privado, em relações permeadas por segredos e negações.

A Violência Doméstica é caracterizada por Azevedo & Guerra (1998) como:

Todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que — sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima — implica de um lado numa transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, numa coisificação da infância, isto é, numa negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (AZEVEDO & GUERRA, 1998, p. 177).

A violência doméstica perpetrada contra crianças e adolescentes é um processo que traz consigo uma relação de dominação, na qual a vítima é reduzida a um mero objeto de maus tratos, no momento em que são violados os direitos básicos de liberdade, segurança, dignidade e vida de uma criança e/ou adolescente, para garantir a afirmação da dominação e do controle exercido por um adulto.

Vê-se a existência de um padrão de controle e dominação patriarcal nas estruturas sociais, políticas e econômicas de diferentes contextos, que incide também nas relações familiares, onde se encontra o adultocentrismo, como expressão desse controle.

As relações de poder exercidas entre gerações no espaço familiar são marcadas pelo adultocentrismo, sendo esta concepção objetivada e legitimada através de práticas violentas de reprodução das hegemônicas representações evolucionistas acerca da vida e da noção de juventude. Essa reprodução manifesta-se também nos discursos e nas práticas institucionais, legitimada pela sociedade, através do discurso de maturidade, conhecimento e sabedoria adulta.

A dominação geracional é também favorecida no próprio desenho social, que se estende aos espaços públicos e privados, os quais se colocam como obstáculos para a superação da violência doméstica.

O adultocentrismo como processo ideológico e cultural define um padrão de sociabilidade que é capaz de desconsiderar aspectos singulares da infância. Logo, a infância, na perspectiva adultocêntrica é somente um período de transição e de aquisição dos elementos simbólicos presentes na sociedade, deste modo, como afirma Kohan (2006, p.11): “sempre sabemos a priori o que as crianças deverão ser, o modo como deverão viver, a forma mais correta do seu pensamento”.

Segundo Faleiros,

A violência, que, no cotidiano, é apresentada como abuso sexual, psicológico ou físico de crianças e adolescentes, é, pois, uma articulação de relações sociais gerais e específicas, ou seja, de exploração e de forças desiguais nas situações concretas (2001, p. 6).

A violência sexual doméstica e intrafamiliar contra crianças e adolescentes é reproduzida por uma cultura violenta e tende a ser formadora de uma cultura de violência. É uma forma de abuso que envolve poder, coação e/ou sedução. Compreende duas desigualdades básicas: de gênero e geração, e aliados aos aspectos culturais do adultocentrismo e o androcentrismo<sup>85</sup>, validam as relações familiares abusivas, que dificultam a comprovação da violência e a quebra do seu ciclo, que, muitas vezes, é mantido por várias gerações.

Entende-se por violência sexual para Azevedo & Guerra (1988):

A violência sexual caracteriza por todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança ou utilizá-la para obter estimulação sexual sobre a sua pessoa ou de outra pessoa. (AZEVEDO & GUERRA, 1988, p.12).

Considera-se também como violência sexual, todo o tipo de contato sexualizado, que vai desde falas e telefonemas eróticos, até

---

<sup>85</sup> O Androcentrismo está intimamente ligado à noção de patriarcado, deflagra-se enquanto uma visão do mundo centrada no ponto de vista masculino.

a intercurssão pênis-vagina/pênis-ânus, incluindo-se aí, carícias íntimas, além do voyeurismo<sup>86</sup>, exibicionismo<sup>87</sup>, entre outros.

A partir dessa conceituação, podemos problematizar essa violência entendendo que é um dos tipos de maus-tratos mais frequentes, que apresentam implicações na vida não só de crianças/adolescentes vitimizados, como para a família onde estão inseridos as vítimas e o próprio abusador.

É importante não caracterizar a violência como um ato isolado e muito menos patologizante, como ressalta Faleiros (2000, p.8) “Violência aqui não é entendida, como ato isolado, psicologizado pelo descontrole, pela doença, pela patologia, mas como um desencadear de relações que envolvem a cultura, o imaginário, as normas, o processo civilizatório de um povo” e, portanto, deve ser analisada a partir do seu contexto sócio-histórico e cultural.

Entende-se a violência sexual, como um conjunto de violação de direitos fundamentais, motivado pela autoridade e poder de um sobre o outro, expresso em uma relação de assimetria, opressão e desigualdades. Mais do que satisfação do desejo sexual, entendemos essa violência como um instrumento de dominação perpetrado contra esses sujeitos, incapazes de se defender.

A violência sexual se encaixa nesse contexto, como parte da preservação e reprodução do poder do gênero masculino sobre o outro, estabelecido pelas desigualdades de gênero.

Sabe-se, certamente, que a violência sexual é frequentemente cometida em meninas, estimuladas pelas diferenças de gênero, como demonstram os dados acima, porém, o mesmo olhar de preocupação deve ser depositado sobre os meninos, uma vez que estes estão “desprotegidos” pelos olhares naturalizados da sociedade. Segundo Sebold (1987), os meninos desde cedo são ensinados a desenvolver um comportamento “durão” para reafirmar sua sexualidade, neste caso,

---

<sup>86</sup>Voyeurismo é: O ato de observar fixamente atos ou órgãos sexuais de outras pessoas, quando elas não desejam serem vistas, obtendo assim satisfação com essa prática. (CADERNO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, volume 16. Serviço de Combate ao Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes – SECABEXS, 2010).

<sup>87</sup>Exibicionismo é a prática da exposição intencional do corpo de um adulto a uma criança (Ibidem)



muitas crianças e adolescentes do sexo masculino suportam mais tempo a violência sem pedir ajuda, diferentemente das meninas, que estimuladas a serem o sexo frágil, tendem a ter mais acesso a ajuda do outro. Estes fatos só corroboram para o entendimento de que desde cedo o sexo masculino é ensinado a desenvolver esse ato, associado à força e ao domínio em suas relações sociais.

## **2. PROBLEMATIZAÇÃO DOS DADOS DA PESQUISA: ABUSO SEXUAL CONTRA MENINOS, UM ASSUNTO A SER DISCUTIDO**

A intenção deste tópico é discorrer sobre os grupos envolvidos nos casos de abuso sexual doméstico contra meninos, analisando a interação entre eles, para tanto, foi dividido didaticamente em três classes distintas: família, abusador e meninos vitimados.

Os itens desse tópico trazem várias situações envolvendo autores e vítimas de violências, porém os nomes foram suprimidos e substituídos por códigos para garantir o anonimato.

As situações de abuso sexual doméstico tendem a perdurar por muito tempo e em regra são praticadas por pessoas que mantêm uma relação afetiva significativa com a criança, dessa maneira, torna-se mais complexo quando a revelação implica necessariamente na dissolução dessa relação e à culpabilização do responsável (SANTOS e DELL'AGLIO, 2010).

Para isso, se faz necessária que percorramos o contexto sócio-histórico, familiar e econômico, explorando cuidadosamente as categorias inerentes ao processo de violência nas quais crianças e adolescentes do sexo masculinos são submetidos.

Entender a ação abusiva tal como é a violência sexual doméstica, impetrada por homens e mulheres, que em regra deveriam proteger a criança, implica numa compreensão sócio-histórico-cultural do indivíduo e da família. Em outras palavras, como se dão as interações entre pai, mãe, filhos (as) e a forma de relacionamento interpessoal adotada na família. Para isso, apontamos para a importância de se estudar as famílias, não como um núcleo separado, destacado da relação estrutural da sociedade, voltando-se, contudo, para a discussão da produção e reprodução de determinados modelos de comportamentos

sociais e familiares.

A análise dos dados coletados mediante a investigação direta nos prontuários está dividida em três momentos. No primeiro bloco, a análise sobre a família e suas relações sociais; no segundo bloco, as características dos agressores; e no terceiro bloco, as características das vítimas de abuso sexual doméstico, além da dinâmica abusiva.

### **3. O PERFIL DAS FAMÍLIAS: FAMÍLIA COMO “ESPAÇO” MICROSSOCIAL DA VIOLÊNCIA**

Os sistemas culturais, simbólicos e imaginários são frutos de processos históricos, heranças das relações sociais, lotados em períodos determinados das relações de classe e interclasses (FALEIROS, 1997), e a construção da família é parte desse sistema.

O reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, a eclosão do movimento feminista e suas pautas, a mudança nos comportamentos sexuais, a institucionalização do consumo como pauta cultural no mundo atual, além do avanço das novas tecnologias, como salienta Prado (2006), são aspectos que precisam ser considerados quando pensamos na família moderna. Para a definição de família toma-se por base aquela realizada por Bruschini:

A família é um grupo social composto de indivíduos diferenciados por sexo e por idade, que se relacionam cotidianamente, gerando uma complexa e dinâmica trama de emoções; ela não é a soma de indivíduos, mas um conjunto vivo, contraditório e cambiantes de pessoas com sua própria individualidade e personalidade. A sexualidade, a reprodução, a socialização são esferas potencialmente geradoras tanto de relações prazerosas quanto conflitivas. A divisão interna de papéis pode ser a expressão de importantes relações de exploração e submissão, na medida em que configura uma distribuição de privilégios, direitos e deveres dentro do grupo. (BRUSCHINI, 2000, p. 77)

A família, portanto, além de ser responsável pelo processo de sociabilidade dos indivíduos, é a instância que transmite os primeiros costumes, regras, valores que darão base para formação da personalidade e sentimentos dos seus membros. Baseia-se na distribuição de afetos e correções, das quais surge nesse contexto a violência.

As famílias também atendem a objetivos diversos, como é salientado pela literatura específica: “as funções da família atendem a dois diferentes objetivos: um é interno – a proteção psicossocial de seus membros – e o outro é externo; a acomodação a uma cultura e a transmissão dessa cultura” (MINUCHIN, 1988, p. 52). Por outro lado, é preciso compreender a família como uma estrutura que se modifica segundo contextos sociais, culturais e históricos. Sendo assim, a família representa um subsistema dentro de outro sistema ainda maior, que é o contexto sociocultural no qual está inserida.

Dessa maneira, para a compreensão da família, é necessário entendê-la como constructo social e desnaturalizá-la, a fim de que seja revelada sua estrutura e organização. Para isso, importa compreender como essa instituição incorpora em seu seio, as determinações políticas, sociais e econômicas, que são históricas e permanecem em constante transformação.

O reconhecimento da família na sociedade ainda está ligado a determinados formatos padronizados na hegemonia de cada época e lugar e, ainda que seja uma instituição reconhecida universalmente, suas limitadas interpretações não abrangem adequadamente, tanto em seu aspecto jurídico como no social, suas diferentes dimensões de organização.

A ideia de família ainda disseminada nos dias atuais, vincula-se ao espaço doméstico, como espaço que reúne um grupo de pessoas ligadas por vínculos consanguíneos, ou seja, um âmbito privado com um número limitado de membros, aposto por um grupo de pessoas formado em regra por pai, mãe e filhos.

A instituição familiar tradicional permanece como modelo hegemônico na sociedade atual e qualquer alteração na organização da família, é vista pelos conservadores como uma desestruturação em relação à forma tradicional da família burguesa heterossexual. Para os que defendem as novas formas de organização familiar, essas alterações apontam para uma maior liberdade das diferentes formas de relações humanas e, conseqüentemente, para uma sociedade mais igualitária.

Entre as diferentes configurações familiares, podemos destacar algumas que figuram o cenário brasileiro e que aparecem na pes-

quisa a seguir.

- Família Nuclear Formal ou Completa: formada por pai e mãe e filhos (as), considerada como família tradicional;
- Família Nuclear Incompleta: que não pode ser confundida com a família monoparental, essa é constituída por um dos cônjuges e seus filhos (as), em decorrência de divórcio ou viuvez (GOES, 2004);
- Família Monoparental: formada por um dos cônjuges e seus filhos ou na falta do genitor ou genitora, podendo ser constituída por um tio ou tia, avô ou avó;
- Família Intergeracional: essa organização familiar se constitui pela presença de mais de uma geração, filhos, cônjuges e avós, habitando na mesma residência (GOES, 2004);

A pesquisa apontou que dos 200 casos atendidos de meninos vítimas de violência sexual doméstica pela Instituição, 27,14% das famílias assistidas são formadas por mães, pais e seus filhos; 22,86% são formadas mães, padrastos e filhos; 28,57% por mães e filhos; 8,57% por avó, avô e netos e 12,86% por outros modelos de família.

Os dados acima assinalados apontam que 34,28% das famílias, são chefiadas por mulheres. Essa expansão de mulheres como chefes de família, aumenta consideravelmente o número de famílias pobres na sociedade, por impor a mulher uma tripla jornada de trabalho, subvalorização do seu trabalho, salários inferiores, acarretando na feminização da pobreza (FONSECA, 2005).

Uma em cada quatro mulheres que participaram desta pesquisa, já relataram, segundos dados dos prontuários, que sofreram algum tipo de violência em seus relacionamentos anteriores. Neste sentido, o estudo revela que na dinâmica das relações de gênero nas famílias abusivas, são reproduzidas relações naturalizadas de subordinação e dominação da mulher e sua prole.

Ao se observar os motivos pelos quais constatamos a desistência, evasão e a não notificação dos casos de violência sexual contra meninos, encontramos como fator essencial, a renda. A renda, na dinâmica de avaliação de abuso sexual, é um dos elementos mais impor-

tantes, capaz de implicar no não prosseguimento de famílias no processo avaliativo.

Como apontam os dados, 80,64% dos casos atendidos de violência sexual doméstica contra meninos, atendidos pelo programa NACA, recebem uma quantia bruta em reais recebida, de até dois salários mínimos.

A relação econômica está diretamente imbricada nas possibilidades reais e materiais para a continuidade da avaliação psicossocial. Famílias de baixa renda, envolvidas em abusos, têm menos condições de permanecerem em avaliação diagnóstica (que é demorada, decorrente da análise minuciosa dos indícios apresentado pelas crianças/adolescentes), que famílias de rendas superiores.

A falta de recurso disponibilizado por essas famílias vai muito além do meramente econômico. A pobreza material, de informação e de acesso, isola as famílias em espaços geográficos, de classes, que as engessam, e não permitem possuir recursos emocionais e financeiros para viverem o processo de avaliação e tratamento da violência sofrida.

A pobreza de acesso e informação, somada aos diversos fatores micro e macroestruturais, objetivos e também subjetivos, que incidem sobre a família atendida, tais como: desemprego, rompimento familiar, gravidez indesejada, uso e abuso de substâncias químicas, entre outros, interferem no ciclo de vida de famílias de baixa renda, que prejudicam cotidianamente os atendimentos psicossociais da violência.

#### **4. HOMENS ABUSADORES, UMA REALIDADE CULTURAL**

Em diversas pesquisas realizadas, nacional e internacionalmente, cujo objetivo foi descrever o gênero dos agressores e qual relação este tinha com a criança vitimada sexualmente no espaço doméstico, observou-se que essas violências cometidas, em sua esmagadora maioria, eram perpetradas por homens: sejam eles pais, padrastos, tios, avôs, dentre outros.

O homem é apontado como o maior abusador, tanto de meninas como de meninos, aparecendo nas estatísticas realizadas por importantes pesquisadores da temática, como mostra Azevedo e Guer-

ra (1988), Furniss, (1993), Faleiros (2006). Tomando como exemplo a pesquisa realizada por Saffioti (1997), no Município de São Paulo, são revelados que 71,5% dos agressores eram pais biológicos e 11,1%, padrastos. Portanto, pai e padrasto foram responsáveis por 82,6% do total de abusos sexuais. Semelhantemente, Flores et. al (1992), em um estudo realizado em Porto Alegre, constatou que em situações de abusos sexuais contra meninos no âmbito doméstico e intrafamiliar, 50% dos casos registrados, eram cometidos por pais e 25% perpetrados por padrastos.

Segundo outro estudo de Finkelhor, et.al. (1990), quando comparados os abusos perpetrados em meninas e meninos, constatou-se que, os homens eram a maioria dos autores de abuso, tanto contra meninas (98%) como contra meninos (83%). Veremos a seguir os dados coletados junto aos prontuários que definem o gênero dos abusadores.

De acordo com os dados da pesquisa, 92,42% dos casos de abuso sexual contra meninos atendidos pelo NACA foram perpetrados por homens, apenas 7,58%, foram cometidos por mulheres. Dentre esses, 55,55% dos abusos foram cometidos por pais, tios e adolescentes com faixa etária superior às das vítimas.

A diferença na manifestação da violência sexual entre o agressor masculino e feminino se manifestam na forma como cada gênero é socializado na sociedade. Saffioti (1997) expõe que o homem descrito como o “poderoso macho”, importa-se, exclusivamente com seu próprio prazer e por este motivo, submete o outro aos seus desejos, ainda que o seu objeto de desejo não seja sujeito desejante (SAFFIOTI, 1997, p.18).

O abuso sexual é caracterizado como uso extremo do poder nas relações de gênero, que submetem à outra parte (crianças\adolescentes e mulheres) à dominação. Quantos aos dados da investigação, veremos como essa dominação sexual pode ser de caráter patológico: pedófilo ou hebéfilo<sup>88</sup>, incestuosa ou fora do núcleo intra-

---

<sup>88</sup>Segundo o dicionário formal: “é uma orientação ou preferência sexual no qual um adulto tem uma atração sexual primária por adolescentes. As atividades efebofílicas podem ser fantasiadas durante a masturbação ou ato sexual com parceiros adultos. A pedofilia (preferência sexual por crianças até a puberdade) é classificada pela OMS (Organização Mundial da Saúde) como uma doença, já a **efebofilia** não é listada como

familiar, hétero ou homossexual.

Salienta-se que não é utilizado nessa pesquisa um perfil único de abusador, que seja capaz de explicar o fenômeno da violência sexual doméstica contra meninos. O que se propõe nesse item do trabalho é a apresentação das principais características do agressor, tendo em vista que há uma confusão generalizada quanto ao uso do termo pedofilia para toda e qualquer relação abusiva entre adultos e crianças/adolescentes.

Cabe ressaltar que nem todas as manifestações da violência sexual contra crianças e adolescentes podem ser situadas como patológicas, porém merece destaque a sinalização de que existem abusos cometidos por adultos (homens e mulheres) que não se encaixam no perfil de pedofilia, como o caso dos abusadores situacionais (SALTER, 2009). Abusadores situacionais são aqueles que não desenvolvem suas preferências sexuais por crianças ou adolescentes. A criança não é especialmente o objeto central de sua fantasia, logo esses sujeitos não podem ser diagnosticados como pedófilos. São motivados e movidos por “situações” que oferecem a possibilidade de externar seus desejos e vontades sexuais e ocorre em decorrência da fragilidade da criança, da sua idade ou pela dificuldade de ser descoberto, etc.

Ao contrário dos abusadores situacionais, os abusadores preferenciais, conhecidos como pedófilos<sup>89</sup>, dispõem de uma condição patológica, cujas ações se focalizam em vítimas específicas no seu relacionamento com elas ou no cenário na qual estão inseridas.

Embora o termo pedofilia seja largamente associado à violência sexual infantil, trata-se mais precisamente de transtorno parafílico (e, para a maioria desses autores, não implica necessariamente atos criminosos – na verdade, na maioria dos casos não há ocorrência de atos ilícitos). É consenso que os portadores de pe-

---

doença ou desordem sexual”.  
<http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/efebofilia/4901/> Acessado em 15 de setembro de 2018

<sup>89</sup>Para mais informações, consultara a produção de Lanning KV. Child Molesters: a behavioral analysis – for law-enforcement officers investigating the sexual exploitation of children by acquaintance molesters. 4a ed. Federal Bureau of Investigation (FBI); 2001.

dofilia podem manter seus desejos em segredo durante toda a vida sem nunca compartilhá-los ou torná-los atos reais; podem casar-se com mulheres que já tenham filhos ou atuar em profissões que os mantenham com fácil acesso a crianças, mas raramente causam algum mal. (SERAFIM, et al. 2009, p. 106)

Para fundamentar os argumentos apresentados pela pesquisa, quanto a condição e características do abusador, foi possível extrair a informação, que dos 55 (cinquenta e cinco) prontuários em que havia dados sobre o histórico do abusador, apenas 5 (cinco) deles, apresentavam a possibilidade de estarmos lidando com um possível pedófilo, ou seja, 90% dos casos analisados, tratavam-se de abusadores situacionais.

Destes 5 casos citados acima, três deles tratam-se de vizinhos maiores de 18 anos de idade, um padrasto e um funcionário da creche. Dentre esses, cabe destacar o caso de dois supostos abusadores, Sr. J. e Sr. C., que chegaram ao NACA, em virtude da acusação de abuso sexual contra seus vizinhos; crianças de apenas 07 e 08 anos de idade respectivamente.

Ao estudar o histórico do suposto abusador, Sr. J., a equipe interdisciplinar da instituição, chegou à conclusão que se tratava de um possível<sup>90</sup> abusador preferencial e que este, já havia sido acusado por três outras famílias de crianças vitimadas; uma dessas famílias já havia passado pelo programa e com base na junção de informações, puderam chegar aos indícios da violência.

Das três denúncias de acusação contra o Sr. J., apenas esta última teve um desfecho quanto a confirmação da violência, o processo avaliativo foi encerrado com indícios de violência, com parecer da equipe indicando a prática do abuso. Por se constatar que se tratava de um possível abusador preferencial, foi sugerido, para além dos procedimentos legais, que este fosse avaliado por um psiquiatra e, posteriormente, acompanhado por uma equipe multidisciplinar que envolves-

---

<sup>90</sup>Por se tratar de uma suspeita de pedofilia, o mais correto nesta análise é utilizar o termo “possível”, uma vez que, trata-se de uma doença, de acordo com a CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), uma lista com as doenças conhecidas e descritas pela OMS (Organização Mundial da Saúde), que precisa ser diagnosticada por um psiquiatra.



se profissionais da psiquiatria, psicologia e serviço social.

Os abusadores preferenciais possuem características similares na maioria das situações, no caso do Sr. C., segundo relatos dos prontuários, este também já havia sido acusado de abuso sexual por parentes próximos, mas a acusação não foi levada a polícia e, conseqüentemente, não se teve procedimento de investigação e oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público.

Em ambos os casos os agressores residiam em casas alugadas próximas às vítimas, possuíam condição estável e se aproximavam da vítima por meio de investidas afetuosas e sedutoras e, em algumas vezes, ofereciam bens materiais (dinheiro e presentes) em troca da sua aproximação, sem despertar qualquer suspeita de outros adultos.

Para configurar o comportamento pedófilo como um transtorno mental, a quinta edição do *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*<sup>91</sup>, emitido pela Associação Psiquiátrica Americana, define alguns critérios que precisam ser observados<sup>92</sup>.

A- Durante um período de pelo menos seis meses, (o indivíduo) teve fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos recorrentes e intensos envolvendo atividades sexuais com uma criança (geralmente de 13 anos de idade ou mais nova);

B- (o indivíduo) agiu baseado nesses impulsos ou fantasias sexuais, ou estas causaram notório transtorno ou dificuldade interpessoal;

C- a pessoa tem pelo menos 16 anos de idade e é pelo menos 5 anos mais velha que a criança (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA, 2015).

A pedofilia consiste na repetição compulsiva desta prática, pois trata-se de um distúrbio de conduta sexual, de ordem psicopatológica, com caráter obsessivo e compulsivo, que já é considerada um fenômeno universal, listada pela CID-10, na qual adultos apresentam

---

<sup>91</sup>American Psychiatric Association (Associação Americana de Psiquiatria). DSM-5. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0BwDYtZFWfxMbWs2UC1WdWJzZTQ/edit?pli=1>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

<sup>92</sup>É necessária atenção com o uso do referencial norte-americano. Além do referencial sistêmico e de historicamente tentarem criar um “tipo ideal”, como nos estudos Weberianos, há também os resquícios de concepções eugênicas presentes em alguns estudos.

uma atração sexual, exclusiva ou não, por crianças e adolescentes (ARAÚJO, 2004).

Por tratar-se de uma parafilia, que é caracteriza-se por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos, envolvendo objetos, atividades ou situações incomuns, tais condutas podem causar sofrimento clínico e prejuízos significativos nas atividades sociais ou ocupacionais do indivíduo (SERAFIM, et al., 2009).

Algumas dessas parafilias como o caso do exibicionismo, do voyerismo, do sadismo e masoquismo sexual, consideradas um padrão de conduta desviante, ou seja, incomum e diferente da maioria, são mais aceitáveis e toleradas, e não configuram crime na maioria dos países, qual motivo então, faz com que a pedofilia traga tanta repulsa a sociedade?

Numa tentativa de resposta à questão levantada anteriormente, Breier e Trindade (2013) vão dizer que a conduta do pedófilo, a ação em si praticada, não se limita a si mesmo, mas agride a toda comunidade, por se tratar de um “outro” que não possui capacidade cognitiva e é privado de anuência: a criança. Dessa maneira, considerando que o comportamento abusivo de um pedófilo, compromete e prejudica a integridade física, moral e psicológica de outro ser humano, faz-se necessária a intervenção do Estado. Sintetizam os autores Breier e Trindade:

De fato, na medida em que pulsões internas do indivíduo alteram as condições de vida de outras pessoas, ou categorias de pessoas, como crianças ou adolescentes, torna-se imperativa uma censura, um juízo de reprovabilidade, uma resposta social e jurídica. Essa intervenção, do ponto de vista social e antropológico, pertence ao registro das interdições, pois o desejo privado encontra satisfação no amplo campo social, onde valores e princípios reclamam defesa em favor do outro individual, a criança, mas também da organização da vida em sociedade. Nesse aspecto, o que era originariamente interno e psicológico passa a ser, também, externo e jurídico (BREIER e TRINDADE, 2013. p.36).

Para além dessas parafilias conhecidas, toleradas ou não, cabe destacar uma que pouco é citada e observada quando se trata de abusos sexuais infanto-adolescentes, a chamada hebefilia (ou efebofilia). Essa parafilia é a atração sexual de um adulto por um adolescente,

que compreendem a faixa etária que vai dos 12 aos 15 anos de idade.

A hebefilia não pode ser confundida com pedofilia, as consequências jurídicas e sociais dos atos praticados com menores de idade pubescente, se diferem dos atos praticados com adolescentes, dessa maneira, a hebefilia, em muitas sociedades, é admitida como uma prática cultural aceitável e enquanto a pedofilia é tratada com repulsa e estranhamento.

A divisão conceitual de abusadores sexuais situacionais e preferenciais nesta pesquisa se faz extremamente necessária, pois a identificação do perfil dos abusadores é de grande importância para a sociedade, pois permite um esclarecimento e fomenta a proteção de seus agentes, além de contribuir para o meio científico, fornecendo elementos para a apreensão dessa temática, tendo em vista, que grande parte das pesquisas relacionadas à pedofilia e abusos sexuais situacionais, prioriza a vítima.

Os abusadores sexuais não estão dentro de um perfil psicológico único, embora haja uma tentativa em se debruçar na identificação do perfil desses agressores, as pesquisas relacionadas à temática requerem melhor validação científica.

O abuso sexual deve ser visto não somente como uma questão biológica, nem mesmo, patológica ou social, mas como um fenômeno multidimensional, que incluem aspectos históricos, socioculturais e psicológicos. Dessa maneira, o estudo dos abusadores, se faz ainda mais necessário, tanto na esfera psiquiátrica ou da psicologia forense, quanto de áreas em comum, da sociologia, da antropologia e do serviço social que, em atuação conjunta, contribuem para a determinação da capacidade de entendimento e autocontrole dos abusadores.

## **5. MENINOS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

Nesse tópico, objetiva-se falar das vítimas do abuso sexual e compreender se há alguma característica que leva a um perfil de crianças e adolescentes suscetíveis a essa violência, além das consequências dos abusos e sintomas por eles apresentados.

Sabe-se que o modelo de masculinidade hegemônico impõe certas restrições emocionais, que impedem que o menino transcenda a situação abusiva. Há uma vigilância psicológica, comporta-

mental e social frequente contra tudo aquilo que esteja associado à passividade, infligindo sobre a vítima um ato de violência constante.

Segundo Kaufman (1987, p. 595), “o bloqueio e negação contínua, consciente ou inconsciente da passividade e todas as emoções e sentimentos que o homem associa à passividade – medo, dor, tristeza, constrangimento – é uma negação de parte do que somos” e percebe-se que a supervalorização dessa negação é uma das causas do baixo número de notificação de abuso sexual contra meninos.

Embora haja poucos dados sobre abuso sexual contra meninos, disponíveis nas pesquisas realizadas, assim como, pouca produção de materiais com aprofundamento teórico e metodológico sobre o assunto, a partir deste trabalho, foi possível chegar a conclusões importantes que seguem abaixo.

Na literatura específica sobre violência sexual, não há perfil específico de crianças e adolescentes vítimas desse tipo de abuso. Todavia, estudos e pesquisas apontam que existem fatores de riscos que contribuem para a incidência da violência, como residir somente com a mãe ou outro parente do sexo feminino, ou com nenhum dos pais, possuir pais recasados ou separados, genitores ou responsável que possuam problemas com uso abusivo de álcool e outras drogas, dentre outros, são considerados comportamentos ou fatores que alimentam as estatísticas dos casos de abusos sexuais domésticos e intrafamiliares (HOLMES e SLAP, 1998).

Como apontado no tópico anterior, a análise das famílias envolvidas em situações de abuso, além dos comportamentos individuais; fatores socioeconômicos, como pertencimento a camadas sociais de níveis mais baixos e baixa escolaridade; foram identificados outros elementos de predisposição para abusos, como a idade. Esses elementos não só aparecem nessa pesquisa, como em inúmeros estudos de revisão bibliográfica sobre o assunto.

Com relação à idade da vítima de abuso sexual, verifica-se em pesquisas internacionais, que meninos com menos de seis anos estariam mais expostos à violência sexual intrafamiliar, enquanto meninos acima de 12 anos, estariam mais sujeitos aos riscos de violência sexual extrafamiliar (HOLMES e SLAP, 1998).

No Brasil, algumas pesquisas elaboradas sobre o perfil das

vítimas de abuso sexual, apontam que há uma tendência de que as vítimas sejam meninos de até 12 anos de idade<sup>93</sup>. O CECRIA (Centro de Referência da Criança e do Adolescente) de Ribeirão Preto, São Paulo, realizou um estudo no ano 2000, que demonstrou que esses dados acompanham essa tendência (FERRIANI et al., 2004).

Estudos emitidos por Inoue e Ristum (2008), no período entre dezembro de 2001 e agosto de 2004, descreveram que, dos protocolos de atendimento de um programa estadual de denúncia e assistência à vítima da Bahia, de um total de 200 protocolos de casos envolvendo o sexo masculino, 185 foram referentes a casos de meninos de até 12 anos.

Vejam agora o que aponta a nossa investigação. A pesquisa demonstra que há uma prevalência de meninos vítimas de abuso sexual na faixa etária que compreende dos 4 a 9 anos de idade, o que respalda os demais dados coletados nas pesquisas apresentadas. Dos 200 casos de abuso sexual contra meninos, registrados de 2009 a 2016, pelo Movimento de Mulheres em São Gonçalo, através do programa NACA, 83,33% são de meninos entre 0 e 12 anos de idade, apenas 17,67% corresponde ao público adolescente, na faixa etária que vai dos 13 aos 18 anos incompletos.

Alguns autores e pesquisadores sugerem que a explicação para a predominância da faixa etária até 12 anos, entre meninos vítimas de violência sexual, está diretamente ligada ao seu desenvolvimento físico e cognitivo. Quanto maior a idade, há maior capacidade cognitiva de entendimento do que é certo ou errado. Desta maneira, crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, podem diferenciar interações sexuais inadequadas, das interações sexuais esperadas.

Outra característica que atua como inibidor de abusos está comumente presente em meninos acima de 12 anos de idade, que é a força física adquirida, capaz de intimidarem possíveis autores de cometerem a violência sexual. Furniss (1993) revela que o abuso sexual perpetrado em crianças entre 0 a 8 anos de idade podem trazer problemas psicossomáticos, que além de fomentar conhecimentos sexuais

---

<sup>93</sup>É possível encontrar esses dados nos estudos realizados por Campos et al., 2005; Martins e Jorge, 2010.

inadequados para sua idade, o abuso pode provocar dores físicas, falta de ar, perturbações no sono, problemas com alimentação, entre outros.

Alguns autores e pesquisadores das áreas médicas e sociais constataam que a relação abuso/faixa etária contribui para manifestação de sintomas físicos, psicológicos e comportamentais, que se diferenciam de grupos etários para grupos etários.

## CONCLUSÃO

Meninos são socializados numa relação de abuso e, diferentemente de meninas, há especificidades no universo masculino que se diferem do universo feminino, não de maneira estática e natural, mas construída socialmente e naturalizada. Conforme observado por diferentes autores como; Pinto Junior (2003, 2005), Sebold (1987), Finkelhor (1984) e Hunter (1991), ideias e crenças errôneas acerca do abuso sexual contra meninos, podem influenciar negativamente para o modo como tratamos a questão.

São poucos os estudos que contribuem para uma análise precisam das consequências psicossociais do abuso contra meninos, em sua maioria, as manifestações da violência, são consideradas iguais ou similares aos casos contra meninas. Sendo assim, a pretensão dessa pesquisa não é apontar essa semelhança, pois ao considerá-la, estaríamos influenciando no processo de prevenção, tratamento e contribuindo para o fortalecimento do estigma, mas ressaltar a importância de se observar o fenômeno da violência sob o prisma das categorias de gênero e masculinidade.

Conclui-se que a pretensão deste trabalho é contribuir para a reflexão acerca da imaterialidade do abuso sexual contra meninos, estimulando a realização de novas pesquisas nessa área, para tornar visível àquilo que por muitos anos permaneceu inexplorado. Sendo assim, a realização dessa investigação visa criar caminhos de estudos e abrir perspectivas para outras produções, cujo foco pode atribuir-se a relação abusiva entre mulheres e meninos, compreendendo aspectos do abusador do sexo feminino; a materialidade processual das declarações sobre o abuso, revelado em instituições de avaliação não judici-

árias, e políticas públicas de prevenção e enfrentamento do abuso sexual doméstico.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, M. de F. Atendimento a mulheres e famílias vítimas de violência doméstica. Perfil, 1996 (pp. 07-17)

AZEVEDO e Guerra, Viviane N. de Azevedo (org.) Infância e Violência Doméstica: Fronteiras do Conhecimento. São Paulo, Cortez, 1993.

\_\_\_\_\_. Com licença vamos à luta. São Paulo: Editora Iglu, 1998.

\_\_\_\_\_. Pele de asno não é só história: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família. São Paulo: Roca, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90, Imprensa Oficial, CONDECA, 2000

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BREIER, Ricardo.; TRINDADE, Jorge. Pedofilia: aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013. p.36.

BRUSCHINI, Cristina. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane, orgs. Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento. 3.ed.São Paulo: Cortez, 2000. Pt 1:teorias críticas: família e violência contra crianças e adolescentes; item c :p.49-79

(CADERNO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, volume 16. Serviço de Combate ao Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes – SECABEXS, 2010).

FALEIROS, Eva T. Silveira. Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. Brasília: Thesaurus, 2000; 2003.

\_\_\_\_\_. Formação de educadores (as): subsídios para atuar no enfrentamento à violência contra crianças e adolescentes. Brasília, DF: MEC/SECAD; Florianópolis: UFSC/SEaD, 2006.

\_\_\_\_\_. O trabalho da política: saúde e segurança dos trabalhadores. São Paulo: Cortez Editora, 1992.

FALEIROS, Eva T. Silveira; CAMPOS, Josete de Oliveira. Redação Final FALEIROS, Eva T. Silveira. Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes. CECRIA/MJ-SEDH-DCA/FBB/UNICEF, 2000.

FALEIROS, Vicente de Paula. A violência contra a pessoa idosa no Brasil. In: FALEIROS, V. de P. Projeto apresentado à Secis/MCT – Pesquisa. Brasília, 2007.

\_\_\_\_\_. A política social no estado capitalista: funções da previdência e assistência sociais. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2007

FALEIROS, V. de P. Estratégias em Serviço Social. São Paulo, Cortez, 1997.

FALEIROS, V. P. Infância e processo político no Brasil. In: PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Orgs.). A arte de governar crianças. A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano DelNiño/Santa Úrsula/Amais Livraria e Editora, 1995.

FALEIROS, V. P.; FALEIROS, Eva T. Silveira. Circuito e Curtos-circuitos. Atendimento, defesa e responsabilização do abuso sexual contra crianças e adolescentes. São Paulo: Veras, 2006.

FERRIANI M. G. C., Garbin, L. M., & Ribeiro, M. A. (2004). Caracterização de casos em que crianças e adolescentes foram vítimas de abuso sexual na região Sudoeste da cidade de Ribeirão Preto, SP, no ano de 2000. *Acta Paulista de Enfermagem*, 17(1), 45-54.

FINKELHOR, D. (1994). The international epidemiology of child sexual abuse. *Child Abuse & Neglect*, 18, 409-417.



FINKELHOR, D., Hotaling, G. T. (1984). Sexual abuse in the national incidence study of child abuse and neglect: An appraisal. *Child Abuse & Neglect*, 8, 23-33.

FINKELHOR, D., Hotaling, G. T., Lewis, I. A., & Smith, C. (1990). Sexual abuse in a national survey of adult men and women: Prevalence characteristics and risk factors. *Child Abuse & Neglect*, 14, 19-28.

FLORES, R. Z., Eiman, D. M., Mattos, L. F. C., Martins, M. D. S., Graesse, M. E., Garcia, A. M. G., & Manente, M. (1992). Qual a frequência do incesto em nosso meio? *Anais do VII Encontro de Geneticistas do Rio Grande do Sul* (p. 26)

FONSECA R. M.G.S. Equidade de gênero e saúde das mulheres. *Rev. esc enferm USP*. 2005; 39(supl 4):450-459

FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

HOLMES, W. C., & Slap, G. B. (1998). Sexual abuse of boys: Definition, prevalence, correlates, sequelae and management. *Journal of American Medical Association*, 180, 1855-1862.

HUNTER, M. (1991). *Abused boys: The neglected victims of sexual abuse*. EUA: Fawcett Books.

KAUFMAN, Michael. The construction of masculinity and the trade of men's violence. In: KAUFMAN, Michael (Ed). *Beyond Patriarchy: Essays on Pleasure, Power, and Change*. Toronto, Oxford University Press, 1987.

KOHAN, W. - *Infância e filosofia*. CHIAPPERINI, Chiara (org.) Milano: Morlacchi Editore, 2006.

PRADO, P. D. *Contrariando a idade: condição infantil e relações etárias entre crianças pequenas da educação infantil*. 2006. 285p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000403299>>. Acesso em: 07 de março de 2018.

SAFFIOTI, H. I. B. No fio da navalha: violência contra crianças e adolescentes no Brasil atual. In F.R. Madeira (Org.), Quem mandou nascer mulher? (pp. 134- 211). São Paulo: Editora Rosa dos Tempos, 1997.

SALTER, Anna C. Predadores – Pedófilos, Estupradores e Outros Agressores Sexuais. São Paulo: M. Books do Brasil, 2009.

SANTOS, S. S; DELL'AGLIO, D. D. Quando o silêncio é rompido: o processo de revelação e notificação de abuso sexual infantil. *Psicol. Soc.* [online]. 2010, vol.22, n.2, pp.328-335

SEBOLD, J. Indicadores de Abuso Sexual de Meninos e Adolescentes. *Social Casework.* 68(2). Trad. Edileusa da Rocha. Revisão de Eva Faleiros e Vicente Faleiros. Brasília: CECRIA, 1987 (pp. 75-80). 24

SERAFIM, A. P, et al. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças, *Rev Psiq Clín.* 2009; 36(3):105-11.

IBGE. <https://www.ibge.gov.br/> Acessado em 15 de setembro de 2018.

<http://www.pucrs.br/blog/brasil-tem-maiores-taxas-de-maus-tratos-contra-criancas-no-mundo/>. Acessado em 15 de setembro de 2018.

<http://www.pucrs.br/blog/brasil-tem-maiores-taxas-de-maus-tratos-contra-criancas-no-mundo/>. Acessado em 15 de setembro de 2018.

<https://docs.google.com/file/d/0BwD-YtZFWfxMbWs2UC1WdWJzZTQ/edit?pli=1>. Acessado em 15 de setembro de 2018.

# O CUIDADO COMO UM VALOR ÉTICO DA HUMANIDADE E PRINCÍPIO UNIVERSAL DO DIREITO À VIDA E À UMA EXISTÊNCIA DIGNA

## **SOARES, Wladimir Tadeu Baptista**

*Universidade Federal Fluminense, Médico e Professor do Departamento de Medicina Clínica, Niterói, Brasil*  
*wladuff.huap@gmail.com*

## **CARDOSO, Valdilene Simões**

*Instituto Nacional do Câncer (HC-1), Médica Cirurgiã Oncológica, Rio de Janeiro, Brasil*  
*valdilenecardoso@gmail.com*

## **BAPTISTA, Mariana Sanguedo**

*Advogada, Niterói, Brasil*  
*marisanguedo@gmail.com*

**Resumo:** Este artigo visa discutir o “cuidado” como um Princípio Constitucional implícito, relacionado aos direitos individuais, sociais e coletivos, sendo observado também em diversos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, estruturante do direito à saúde e elemento fundamental do direito à uma vida digna. Os métodos utilizados nessa pesquisa foram o exegético, interpretativo, comparado, jurídico, jurídico-doutrinal e jurídico-dogmático. Essa pesquisa se justifica por elevar o cuidado à uma das dimensões da Democracia, desenvolvendo-se a partir do estabelecimento de um conceito de cuidado e as suas íntimas relações com os Princípios da Fraternidade e Solidariedade, todos eles encontrando no SUS (Sistema Único de Saúde) um ambiente próprio à sua realização.

**Palavras-chave:** Cuidado, Fraternidade, Solidariedade, Dignidade da pessoa humana, Sistema Único de Saúde, cidadania

## INTRODUÇÃO

Este artigo visa discutir o “cuidado” como um Princípio Constitucional implícito, relacionado aos direitos individuais, sociais e coletivos, sendo observado também em diversos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, estruturante do direito à saúde e elemento fundamental do direito à uma vida digna. Os métodos utilizados nessa pesquisa foram o exegético, interpretativo, comparado, jurídico, jurídico-doutrinal e jurídico-dogmático. Essa pesquisa se justifica por elevar o cuidado à uma das dimensões da Democracia, desenvolvendo-se a partir do estabelecimento de um conceito de cuidado e as suas íntimas relações com os Princípios da Fraternidade e Solidariedade, todos eles encontrando no SUS (Sistema Único de Saúde) um ambiente próprio à sua realização.

O “Cuidado” pode ser visto também como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana; e, nesse sentido, é um direito humano fundamental, que deve ser reconhecido e respeitado não somente nas relações privadas interpessoais, mas também nas relações do Estado com os seus cidadãos.

Por isso, a pesquisa exigiu não somente a leitura de textos jurídicos, mas também de textos próprios da Filosofia, Sociologia, Ciência Política e Teologia.

### Historicidade do Cuidado

A definição de *cuidado* não é tarefa simples, já que é fruto de uma construção histórica, permeada não somente pelo seu aspecto jurídico, mas também, e principalmente, pelos seus aspectos filosófico, sociológico, cultural e político.

Segundo Alda Martins Gonçalves e Roseni Rosângela de Sena,

O ato de cuidar, com objetivo de garantir a sobrevivência e manutenção social dos grupos, era primitivamente um ritual. Inicialmente, o cuidado institucionalizado foi assumido por instituições de caridade, nas quais prevalecia a preocupação de garantir

a salvação da alma do cuidador e do *ser* cuidado (GONÇALVES; SENA, 1999, p.41-45).

Collière esclarece que, a partir do fim do feudalismo e início do capitalismo, “o cuidado deslocou-se do ambiente domiciliar para as instituições, inserindo-se como atividade humana, evoluindo de práticas a ofícios e de ofícios a profissões” (In: GONÇALVES; SENA, 1999, p. 42).

Em outros termos, é possível reconhecer que, desde os tempos mais remotos do ser humano aqui na Terra, o *cuidado* é uma atividade que o acompanha, seja, inicialmente, visando a sua autopreservação; seja objetivando a preservação do grupo social ao qual pertencia; seja em busca da cura de algum mal; seja com o intuito de prevenir riscos; seja procurando alcançar uma melhor qualidade de vida; seja por algum outro interesse relacionado ao direito à vida daquele que necessita de cuidado.

Nesse sentido, WALDOW esclarece que “O cuidado humano, sem dúvida, está embutido em valores de defesa da vida, os quais, independentemente do enfoque, priorizam a paz, a liberdade, o respeito e o amor, entre outros aspectos” (WALDOW, In: WALDOW; LOPES; MEYER, 1995, p. 7-8).

## Dimensões do Cuidado

De qualquer modo, importante assinalar que o ato de cuidar envolve uma relação sujeito-sujeito, jamais sujeito-objeto. Assim, num polo da relação temos o cuidador (aquele que realiza o ato de cuidar), enquanto no outro polo temos aquele que irá receber o cuidado. E é nesse cenário que dois Princípios se revelam: O Princípio da Solidariedade e o Princípio da Fraternidade. O Princípio da Solidariedade existe em razão do reconhecimento pelo cuidador de que aquele que necessita de cuidado encontra-se em estado de vulnerabilidade humana; ou seja, encontra-se em situação de fragilidade do ser humano que ele é. Por outro lado, o Princípio da Fraternidade existe em razão de que o cuidador vai identificar aquele que necessita de cuidado como ele pró-

prio; ou seja, uma identidade que diz que eu sou o outro e o outro sou eu. Mais do que isso, essa relação sujeito-sujeito implica numa relação recíproca de ensino-aprendizagem, fortalecendo continuamente a construção de valores relacionados à compaixão.

Segundo o Papa João Paulo II, “A solidariedade não é um sentimento superficial, é determinação firme e perseverante de empenhar-se pelo bem comum, quer dizer, o bem de todos e de cada um para que todos sejamos realmente responsáveis por todos” (In BERGOGLIO; SKORKA; FIGUEROA, 2012, p. 15).

Nesse sentido, o Papa Francisco ensina que “A falta de solidariedade é anestésica, adormece a pessoa em relação às necessidades do outro” (In BERGOGLIO; SKORKA; FIGUEROA, 2012, p. 14).

Segundo Paulo Freire,

A solidariedade tem que ser construída em nossos corpos, em nossos comportamentos, em nossas convicções. Criar solidariedade entre aqueles que são diferentes, mas têm, de alguma forma, o mesmo tipo de sonho, implica admitir diferentes entendimentos do perfil de sonho. A questão passa para o terreno da objetividade, não da subjetividade, e a luta inclui algum trabalho no sentido de entender e lidar com estes problemas, em criar estratégias, em trabalhar o respeito pelas diferenças. Assim, nós temos que ter solidariedade entre os que têm os mesmos sonhos. Essa solidariedade implica em esperança, e sem esperança e sem solidariedade é impossível lutar (FREIRE, 2016, p.108-109).

Nessa relação sujeito-sujeito, não há que se falar numa posição hierarquicamente superior do cuidador com relação àquele que receberá o cuidado. Isso porque ambos estão num mesmo patamar de dignidade – a dignidade da pessoa humana -, um Princípio Fundamental e Universal da Humanidade como ela mesma. Ou seja, esta relação cuidador-aquele que recebe o cuidado se dá numa projeção de horizontalidade.

Com relação à Dignidade da Pessoa Humana, importante assinalar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a reconhece como um Princípio inerente a todos os membros da família hu-

mana, sendo também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). E, nesse sentido, o cuidado se apresenta como um relevo desse Princípio.

Segundo Gustavo Escobar,

O homem, ao mesmo tempo que faz parte do mundo, transcende-o e mostra uma singular capacidade – por sua inteligência e por sua liberdade – de dominá-lo. E sente-se motivado a agir com essa finalidade. Podemos aceitar, portanto, que o valor do ser humano é de ordem superior à dos outros seres do cosmo. E denominamos esse valor como *dignidade humana* (In BERGOGLIO; SKORKA; FIGUEROA, 2012, p. 9).

Ingo Wolfgang SARLET chama a atenção para uma dimensão objetiva do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, com “uma função instrumental integradora e hermenêutica, na medida em que o mesmo serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico” (SALET, 2015, p.103).

### **O Cuidado como um direito humano fundamental**

Como um direito humano fundamental, o “Cuidado” encontra lugar no rol dos direitos humanos sociais de 2ª geração (ou dimensão), exigindo que o Estado (Poder Público) crie um mínimo de condições jurídicas e garanta a instituição de serviços públicos contínuos, eficientes e de qualidade que atendam às necessidades sociais (humanas) do cidadão (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2016).

Segundo SIQUEIRA JR e OLIVEIRA (2016, p. 42), “Direitos humanos são direitos fundamentais da pessoa humana. São aqueles direitos mínimos para que o homem viva em sociedade. Cada membro da sociedade possui tal direito subjetivo”.

André de Carvalho RAMOS entende que

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. (...) Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos Tratados Internacionais (RAMOS, 2017, p.29-30).

## O Cuidado como um direito de cidadania

Segundo Jürgen HABERMAS (2011, p. 285), “*cidadania* teve, durante longo tempo, apenas o sentido de nacionalidade ou de pertença a um Estado; só ultimamente o conceito foi ampliado no sentido de um *status* de cidadão envolvendo direitos civis”. E, dentre os direitos civis, o direito à vida é o que importa neste nosso estudo.

Todavia, *cidadania* é um conceito sempre em construção, tendo íntima relação com os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, sendo certo que uma das suas dimensões é o pleno exercício dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, inerente ao direito à vida – e à vida com dignidade (PINSKY; PINSKY, 2016). Nesse sentido, o *cuidado* é um dos elementos constitutivos da cidadania.

Procurando relacionar cuidado e cidadania, Leonardo BOFF assim se posiciona:

Importa colocar cuidado em tudo. Para isso urge desenvolver a dimensão *anima* – a dimensão feminina presente em cada pessoa e que se reflete nos padrões culturais de comportamento - que está em nós. Isso significa conceder direito de cidadania à nossa capacidade de sentir o outro, de ter compaixão com todos os seres que sofrem, humanos e não humanos, de obedecer mais à lógica do coração, da cordialidade e da gentileza do que à lógica da conquista e do uso utilitário das coisas (BOFF, 2014, p.118).

Martin Heidegger – considerado o filósofo do cuidado – considera o cuidado como “uma constituição ontológica – *aquilo que entra na definição essencial do ser humano e estrutura a sua prática* - sempre subja-



cente a tudo o que o ser humano empreende, projeta e faz” (HEIDEGGER, 2015).

Na sua obra “O Cuidado Necessário”, Leonardo BOFF, fazendo uma revisão sobre as inúmeras concepções de cuidado, assim leciona:

Cuidado é uma atitude de relação amorosa, suave, amigável, harmoniosa e protetora para com a realidade, pessoal, social e ambiental. O cuidado é a mão aberta que se estende para a carícia essencial, para o aperto das mãos, os dedos que se entrelaçam com outros para formar uma aliança de cooperação e união de forças. (...) O cuidado é todo tipo de preocupação, inquietação, desassossego, incômodo, estresse, temor e até medo face a pessoas e a realidade com as quais estamos afetivamente envolvidos e por isso nos são preciosas. (...) Cuidado é a vivência da relação entre a necessidade de ser cuidado e a vontade e a predisposição de cuidar, criando um conjunto de apoios e proteções (*holding*) que torna possível esta relação indissociável, em nível pessoal, social e com todos os seres vivos. (...) O cuidado é da essência humana. Por isso, não é erradicável. (...) Cuidado-precaução e cuidado-prevenção constituem aquelas atitudes e comportamentos que devem ser evitados por causa das consequências danosas previsíveis (prevenção) e aquelas imprevisíveis pela insegurança dos dados científicos e pela imprevisibilidade dos efeitos prejudiciais ao sistema-vida e ao sistema-Terra (precaução) (BOFF, 2012, p.34-36).

WINNICOTT (1999) afirma ser da essência humana o *cuidado*, que se expressa em dois movimentos indissociáveis: a vontade de cuidar e a necessidade de ser cuidado.

Nas palavras de Sua Santidade Dalai Lama,

Vejo com cada vez mais clareza que nosso bem-estar espiritual não depende de religião, mas de nossa natureza humana inata, de nossa afinidade natural com a bondade, a compaixão e o cuidado com os outros. Independentemente de termos ou não uma religião, todos temos um poço fundamental e profundamente humano de ética dentro de nós. Precisamos cuidar dessa base ética compartilhada. Ao contrário da religião, a ética se baseia na natureza humana. E é assim que atuamos para preservar a cria-

ção. A empatia é a base da coexistência humana (LAMA, 2018, p. 14-15).

Reforçando o conceito e o sentido de *cuidado*, Leonardo BOFF assim entende:

Apesar da desumanização de grande parte de nossa cultura, a essência humana não se perdeu. Ela está aí na forma do cuidado. (...) O cuidado serve de crítica à nossa civilização agonizante e também de princípio inspirador de um novo paradigma de convivialidade: realizar nossa essência humana de cuidado e gentileza, numa sociedade mundializada, na grande casa comum, a Terra, onde os valores estruturantes se construirão ao redor do cuidado com as pessoas, sobretudo com os diferentes culturalmente, com os penalizados pela natureza ou pela história, cuidado com os espoliados e excluídos, as crianças, os velhos, os moribundos, cuidado com as plantas, os animais, as paisagens queridas e especialmente cuidado com a nossa grande e generosa Mãe, a Terra. O cuidado assumido como o *ethos* – conjunto de princípios que regem, transculturalmente, o comportamento humano para o que seja realmente humano no sentido de ser consciente, livre e responsável - fundamental do humano e como compaixão para com todos os seres da criação (BOFF, 2014, p.14-15).

## O Cuidado na Ordem Jurídica Internacional

No âmbito do Direito Internacional, o *cuidado* está presente em diversos documentos jurídicos, de forma explícita ou implícita, sempre relacionado ao direito à vida, à saúde, aos direitos humanos e/ou à dignidade da pessoa humana.

Assim, no Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) informa que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Aqui, o cuidado é visto na perspectiva de um direito humano de 3ª geração (dimensão) – Direitos de Fraternidade, assim definido por Dirley da Cunha Júnior: ‘Direitos de fraternidade ou de solidariedade

têm por finalidade assegurar a própria existência do grupo em face do interesse comum que une as pessoas e por exigirem esforços e responsabilidades em escala para sua efetivação” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 494).

Lorenzo Peña Gonzalo e Txetxu Ausín entendem que, em termos mais modernos, “fraternidade significa ética da solidariedade e da cooperação, vinculada à noção de caridade, compreendida como hábito de amar os outros (fraternidade) ou virtude que impulsiona o afeto do ser humano aos seus semelhantes” (APUD In MACHADO, 2017, p. 101).

Em outro documento – Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente, em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 1993 -, há o reconhecimento e a afirmação de que “Todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização”.

O que este dispositivo legal está afirmando é que não importa a geração de direitos humanos, qualquer que seja ele, a sua origem comum está na dignidade da pessoa humana – pessoa esta que, para existir, precisa estar viva; e para estar viva, o direito à saúde precisa estar assegurado; e assegurar o direito à saúde implica, obrigatoriamente, em garantir o cuidado necessário à existência digna.

Por isso mesmo é que os Artigos I, XI e XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) estabelecem que

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. (...) Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade. (...) Toda pessoa tem direito à previdência social, de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à

sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

Estes dispositivos normativos revelam uma preocupação com a pessoa humana em situação de vulnerabilidade e risco, reconhecendo o direito à vida e à saúde como direitos humanos fundamentais interdependentes de outros direitos sociais, tendo o *cuidado* como princípio norteador da assistência e da previdência sociais, bem como da assistência em saúde na sua integralidade.

Especificamente com relação às pessoas portadoras de alguma deficiência, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007, no seu preâmbulo e no Artigo 26, afirma

a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação. (...) Os Estados-Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados-Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa; apoiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da vida social, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural. Os Estados-Partes promoverão o desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação. Os Estados-Partes promoverão a disponibilidade, o conhecimento e o uso de dispositivos e tecnologias assistivas, projetados para pessoas com deficiência e relacionados com a habilitação e a reabilitação.

Neste caso, por uma interpretação ampliativa, levando em consideração o espírito desta Convenção, é possível, por analogia, reconhecer que a leitura da expressão “deficiência” deve incluir também as pessoas portadoras de algum grau de “dependência”, de modo que o cuidado às duas situações se aplica.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, no seu Artigo 5º, dispõe que “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. Ou seja, toda pessoa tem direito à vida.

Esclarecendo mais essa questão, os Artigos 10, 2.f e 18, b do Protocolo de San Salvador, de 1988, assim determina:

A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e especialmente a adotar medidas para garantir este direito, dentre as quais, a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por suas condições de pobreza, sejam mais vulneráveis. (...) Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, proporcionar formação especial as famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes.

Aqui, a ordem jurídica internacional atribui ao Estado-Nação a responsabilidade de elaborar e fazer cumprir políticas públicas que visem a assegurar o cuidado necessário àquelas pessoas dele carentes.

### **Aspectos filosóficos e teológicos do Cuidado**

Como bem nos chama a atenção Leonardo Boff, “O terrível do sofrimento não é tanto o sofrimento em si, mas a solidão nele, sem uma mão que se estende para ajudar, sem um ombro que se oferece para apoiar” (BOFF, 2009, p. 7-8).

Nesse sentido, como atitudes profundamente humanas e salvadoras, BOFF sustenta que o caminho está no cuidado e na compaixão; esclarecendo que

Compaixão não é ter pena dos outros, olhando-os de fora ou de cima para baixo. *Com-paixão* é a capacidade de compartilhar a paixão do outro. Pela compaixão nunca deixamos a pessoa sofrer sozinha; sofremos juntos, caminhamos juntos, mas também nos aliviemos juntos e nos libertamos juntos. O cuidado representa uma relação amorosa e não agressiva para com o outro; seja pessoa humana, seja algum ser da natureza. O cuidado nasce do envolvimento com o outro e com a preocupação pela sua vida e destino. É uma forma de amor, pois tudo o que amamos também cuidamos; e tudo o que cuidamos também amamos (BOFF, 2009).

Como bem assinala Henrique Moraes Prata, “Ao longo da vida humana há uma fase de deterioração da existência que antecede o fim, natural e universal para todos nós como o é para qualquer outro ser vivo” (PRATA, 2017, p. 12). Assim, durante a jornada da vida, em algum momento, qualquer um de nós poderá se encontrar numa situação de risco, de abandono ou solidão, decorrente de uma certa carência, deficiência ou dependência, invalidez ou incapacidade, necessitando do auxílio amoroso e carinhoso de alguém vocacionado para o *cuidado*, cuja atitude livre e consciente exercerá uma força salvadora de resgate da dignidade daquela pessoa humana entregue ao desamparo da dor, do sofrimento, da falta de esperança.

Como seres históricos, temporais, políticos, racionais, emotivos, espirituais e humanos, o *cuidado* se apresenta para todos nós como uma questão ética, uma questão moral e uma questão de justiça – a justiça como instrumento do bem e da felicidade, tendo a fraternidade como um dos princípios éticos da humanidade (PEREIRA; OLIVEIRA, 2008). Sendo assim, a ética do cuidado deve ser reconhecida como complementar à ética da justiça

Como seres políticos, aptos ao convívio social, à uma vida em comunidade, a plenitude do bem humano se realiza, seja na esfera

social ou institucional, no reconhecimento de que o outro somos nós, e que nós somos os outros. Eis o fundamento ético-moral do cuidado.

Segundo Leonardo Boff,

No cuidado importa distinguir duas dimensões, a ontológica e a afetiva-antropológica. Ambas se imbricam mutuamente. A dimensão ontológica afirma o ser humano como um ser-no-mundo, um ser livre e consciente, que está no mundo com os outros, voltado para o futuro, situando-se numa rede de relações. Desde o seu primeiro momento de existência, o ser humano precisa ser cuidado para viver e sobreviver. O cuidado, pois, não é um ato fugaz, mas uma atitude permanente. É o modo-de-ser típico do ser humano com os outros no mundo; ele é constitutivo, é *sine qua non*, sem o que deixa de existir enquanto humano. A dimensão afetiva-antropológica se expressa por duas formas interligadas entre si: o cuidado como atitude; e o cuidado como preocupação e inquietação pelo outro, pois quem cuida se sente envolvido afetivamente com ele e carrega responsabilidade com ele (*quem tem cuidado não dorme*) (In: PEREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 6-8).

O cuidado nasce do afeto, embora esteja sempre acompanhado da razão, tendo clara vinculação com o direito à vida. Desse modo, “Cuidar da Vida” acaba se projetando como um Princípio-Valor Ético da Humanidade. Nesse sentido, o *Cuidado* pode ser compreendido e assimilado como um Direito Humano Fundamental e Princípio Universal do Direito à Vida.

## O Cuidado na Ordem Jurídica Constitucional

No âmbito do direito pátrio constitucional, importante observar o Preâmbulo da nossa Carta Magna (CRFB/88), ao afirmar que o Estado Brasileiro foi instituído como um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a 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.

Aqui, é possível identificar, dentre outros, o Princípio Constitucional do Cuidado, haja vista que para assegurar o exercício dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, o bem-estar, a segurança, a liberdade, a igualdade e a justiça, num ambiente social de fraternidade, o cuidado se apresenta, obrigatoriamente, como o caminho a ser trilhado, como a atitude a ser praticada consigo mesmo e com o outro, livre de toda forma de discriminação, fazendo do diálogo o instrumento por excelência para a resolução de conflitos.

O artigo 198 da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) estabelece o SUS – Sistema Único de Saúde – como o sistema público de saúde brasileiro destinado a garantir as ações e serviços públicos de saúde, de forma universal, integral e igual para todas as pessoas necessitadas de cuidados, de modo a realizar a prevenção de doenças e outros agravos à saúde, bem como a promoção, proteção e recuperação da saúde daqueles que estão doentes ou em risco de adoecer.

Mais do que isso, cabe ao SUS, mediante políticas sociais e econômicas, criar as condições reais, efetivas e eficientes que possam servir de apoio e cuidado àqueles que, por alguma razão, perderam a sua autonomia, estão em situação de vulnerabilidade, incapacidade, deficiência ou dependência, por meio de uma rede pública de proteção e resgate de riscos sociais e humanos, o que implica a construção de ações integradas e multidisciplinares que tenham o cuidado como meio e o ser humano como fim.

Nas palavras de Laura Gutman, “Todos nós chegamos ao mundo sedentos por afeto, acolhimento, cuidado e atenção” (GUTMAN, 2016, p. 7).

E o SUS, como sistema público de proteção social, revela-se como um lugar de acolhimento e afeto, de cuidado e atenção, de compromisso, responsabilidade e compaixão com o outro, para o outro, pelo outro e em razão do outro.

## CONCLUSÃO



O “cuidado”, como Valor Ético da Humanidade e Princípio Universal do Direito à Vida e à uma Existência Digna, é um Princípio que, ao mesmo tempo, fundamenta e realiza os Princípios da Solidariedade e da Fraternidade, ambos presentes no Estado Social. A democracia exige cuidado para que a dignidade da pessoa humana se realize. O cuidado como dimensão da cidadania expressa um direito humano fundamental, de caráter universal, que deve ser estimulado com vistas a um mundo mais justo e pacífico. Reconhecido tanto pela nossa ordem jurídica interna quanto pelo direito internacional, o cuidado encontra no SUS um dos ambientes mais propícios à sua concretização.

## REFERÊNCIAS

- BERGOGLIO, Jorge Mario (PAPA FRANCISCO); SKORKA, Abraham; FIGUEROA, Marcelo. *A Solidariedade*. São Paulo: Benvirá, 2012.
- BERGOGLIO, Jorge Mario (PAPA FRANCISCO); SKORKA, Abraham; FIGUEROA, Marcelo. *A Dignidade*. São Paulo: Benvirá, 2012.
- BOFF, Leonardo. *Princípio de Compaixão & Cuidado – O Encontro entre o Ocidente e Oriente*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- BOFF, Leonardo. *O Cuidado Necessário*. Petrópolis, Vozes, 2012.
- BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: Ética do Humano – Compaixão pela Terra*. Petrópolis: Vozes, 2014.
- COLEÇÃO SARAIVA DE LEGISLAÇÃO. *Legislação de Direito Internacional Público e Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COLLIÈRE, M.F. *Promover a Vida: da prática das mulheres de virtude aos cuidados de enfermagem*. Lisboa: Printipo Indústrias Gráficas, 1989.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodvm, 2015.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Solidariedade*. São Paulo: Paz & Terra, 2016.

GONÇALVES, Alda Martins; SENA, Roseni Rosângela. A Pedagogia do Cuidado de Enfermagem. *Rev. Min. Enf.*, 3(1/2); 41-45, jan./dez., 1999.

GUTMAN, Laura. *A Biografia Humana: Uma nova metodologia a serviço da indagação pessoal*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

LAMA, Dalai. *Por que ética é mais importante do que religião?* Rio de Janeiro: Harper Collins, 2018.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coordenadora). *Constituição Federal Interpretada – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri – SP: Manole, 2018.

MACHADO, Clara. *O Princípio Jurídico da Fraternidade – Um Instrumento para Proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2016.

PRATA, Henrique Moraes. *Cuidados Paliativos e Direitos do Paciente Terminal*. Barueri, SP: Manole, 2017

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos – Liberdades Públicas e Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALDOW, V. R. *Cuidar/Cuidado: o domínio unificador da enfermagem*. In: WALDOW, V. R.; LOPES, M.J.; MEYER DE. *Maneiras de Cuidar, maneiras de ensinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995: 7-30.

WALDOW, V. R. *Cuidar; expressão humanizadora da enfermagem*. São Paulo: Vozes, 2006.

WINNICOTT, W. R. *Tudo começa em casa*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

# O DIREITO E OS INFLUENCIADORES DIGITAIS: COMO CONCILIAR O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS NOVAS FORMAS DE PUBLICIDADE

## **NASCIMENTO, Amanda Perlingeiro Guisã do**

*Graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal Fluminense; amanda.perlingeiro@gmail.com*

## **MARTINS, Plínio Lacerda**

*Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense,  
Doutor em Direito pela UFF;  
pliniolacerda@terra.com.br*

## **KHAUAJA, Pedro Odebrecht**

*Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense; e-mail: pedro.odebrecht@hotmail.com*

**Resumo:** Dentro do contexto de uma mutação nas formas de se fazer publicidade, e até mesmo nas próprias formas de consumir, este trabalho almeja entender o comportamento dos influenciadores digitais, e encontrar meios para diferenciar a mensagem publicitária da mera expressão de opinião pessoal. A partir disso, pretende-se auxiliar a doutrina de direito do consumidor a melhor lidar com os futuros desafios que surgirão no meio digital, advindos desse “novo” mecanismo de publicidade, e aplicar corretamente o Código de Defesa do Consumidor nas situações vindouras.

**Palavras-chaves:** Influenciadores digitais; publicidade; opinião pessoal; Código de Defesa do Consumidor;

## INTRODUÇÃO

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor trata da publicidade de forma unificada, nos seus artigos 36 e 37. O elemento essencial da publicidade, presente na sua raiz latina “publicus” (tornar público) é o “outro”. De um modo geral, é possível entender a publicidade como a comunicação ao outro de um produto a ser oferecido. Está intimamente, portanto, relacionada à informação e ao convencimento, este último sendo seu grande objetivo. A publicidade é um dos pilares de sustentação da sociedade de consumo, exatamente porque através dela se publicam as coisas que devem ser consumidas, e se coloca, assim, o mundo em uma grande vitrine, determinando as opções existentes, as quais o consumidor vai, eventualmente, comprar. A necessidade de uma ordem jurídica que proteja o consumidor do poderio mercadológico investido na publicidade é clara, e, portanto, resta somente estudar as formas pelas quais essa proteção deve ser realizada.

Mas até que ponto é possível diferenciar uma comunicação publicitária de uma comunicação pessoal, de cunho individual, considerando o boom de influenciadores digitais na sociedade contemporânea? É neste ponto que o Código de Defesa do Consumidor se torna falho, mesmo com toda a regulamentação definida de forma abrangente.

Pessoas influentes assim sempre existiram, sem necessitar de qualquer regulamentação. É possível reconhecer diversas personalidades da história que se destacaram e propagaram ideais e conceitos estudados até a atualidade. De forma geral, esses líderes reforçam certos valores, e fomentam ou diminuem certos comportamentos na massa de pessoas por eles influenciados.

A questão problemática surge quando esses líderes de opinião passam a reforçar mensagens mercadológicas, sejam elas opinião pessoal ou com uma marca por trás. Neste ponto, torna-se ainda mais difícil proteger o consumidor de publicidades enganosas ou abusivas e evitar o consumo excessivo de produtos, provocado por uma necessidade irreal, produzida por influenciadores. Neste novo cenário, a mídia, de certa forma, transferiria o seu poder aos líderes de opinião digi-

tais, os quais possuem uma capacidade muito maior de influência, já que no ciberespaço, a ação destes é pautada sempre em criar uma espécie de ligação emocional com os receptores da mensagem.

Faz-se relevante portanto mapear as características desses influenciadores, a mensagem transmitida e o modo como ela é recebida, a fim de encontrar métodos para proteger os consumidores.

## A INFLUÊNCIA NO CIBERESPAÇO

O que é um digital influencer? Um mediador de alguma comunicação? Ou simplesmente uma pessoa física com muito poder de persuasão? Essas são questões que abrem a discussão sobre uma nova forma de publicidade tendo como principal cenário o ciberespaço. Mas deve-se também analisar essa questão sob outra ótica, além da visão do emissor. O receptor da mensagem deve ser o protagonista ao se tratar de Direitos do Consumidor, a fim de entender o nível de influência que esses personagens exercem e proteger o público de propagandas enganosas.

Em 1960 Lazarsfeld, Berelson e Gaudet, na obra "*The People's Choice: How the Voter Makes Up His Mind in a Presidential Campaign*" formularam a teoria *two step flow*, ou teoria do fluxo comunicacional em duas etapas, que reforça o papel de líderes de opinião na construção da opinião pública. Segundo os autores, após a mensagem ser transmitida pela mídia, haveria outro passo antes de chegar com a devida eficácia à grande massa, esse segundo momento seria composto pelos tais líderes de opinião, que teriam, inclusive, uma maior capacidade de convencimento e protagonismo na mudança de opinião dos receptores da mensagem. (apud WOLF, 1960).

Sendo assim, já é possível fazer um paralelo entre o conceito de líderes de opinião e influenciadores digitais, reforçando a existência de personagens influentes mesmo antes da internet, já que a obra citada foi publicada em 1960. Portanto, a única diferença que pode ser pontuada entre os novos e antigos influenciadores é o meio em que se faz uso desta comunicação. Antes, a segunda etapa do fluxo comunicacio-

nal era mais próxima, realizada, na maioria das vezes, presencialmente, e agora se tem o ciberespaço fazendo a ponte. E isso já faz uma enorme diferença. O alcance desses líderes de opinião contemporâneos é muito maior, e sua influência abrange um maior nicho da população, a mensagem também consegue chegar muito mais rápido e atingir em tempo real os consumidores, e a informação reforçada por eles fica registrada na rede, não é mais um discurso ou uma conversa que se mantém apenas na memória dos consumidores que a ouviram. Além disso, agora é muito mais fácil se tornar um formador de opinião dentro da rede, porque cada vez mais pessoas comuns vêm no ciberespaço a oportunidade de se destacarem.

A internet foi o estímulo para o surgimento de tantos desses influenciadores de uma só vez. Hoje se vive uma exposição do “eu” no mundo digital, segundo autora Paula Sibilia em sua obra “O Show do Eu”:

Qualificadas então como doenças mentais ou desvios patológicos da normalidade exemplar, hoje a megalomania e a excentricidade não parecem desfrutar daquela mesma demonização. Em uma atmosfera como a contemporânea. Que estimula a hipertrofia do eu até o paroxismo, que enaltece e premia o desejo de ‘ser diferente’ e ‘querer sempre mais’, são os desvarios que nos assombram. (SIBILIA, 2008, p. 8).

De acordo com a autora, há um estímulo no ciberespaço para se divulgar tudo aquilo que antes era pessoal, informações que os indivíduos só expunham para poucas pessoas mais próximas. Tudo isso para ser reconhecido no meio da multidão, se destacar de alguma forma nem que seja necessário contar todos os detalhes do seu dia. “Em virtude desse estouro de criatividade (e de presença midiática) entre aquele que costumavam ser meros leitores e espectadores passivos, teria chegado ‘a hora dos amadores’.” (SIBILIA, 2008, p. 9). E são esses amadores que vem se tornando líderes de opinião no mundo digital, influenciando tantas outras pessoas.

O mais agravante neste quadro é justamente o modo como é feita a recepção da mensagem desses influenciadores. Por acabarem divulgando assuntos pessoais na rede, os consumidores veem tais per-

sonalidades como amigos muito próximos e tendem a reagir de forma mais receptiva às opiniões expressas por eles.

Raquel Recuero escreveu a obra “Redes Sociais na Internet” em que fala como são esses atores na rede, englobando tanto os consumidores internautas quanto os influenciadores digitais. São eles que fazem parte do sistema e moldam suas estruturas através de conexões. (RECUERO, 2009, p.25). A autora estuda essas conexões entre os atores e o que move essa relação, para entender melhor o funcionamento das redes sociais para os usuários da internet.

Recuero cita Judith Donath (1999), ressaltando a falta de interação face a face na rede como sendo um direcionamento para que o julgamento seja feito através da empatia, da legitimação das palavras por grupos sociais, que formam as percepções tidas dos influenciadores. Segunda ela, para que a comunicação seja estabelecida a empatia é necessária, (apud RECUERO, 2009, p.27), para isso, os influenciadores se expõem, criando uma intimidade que só existia antes no convívio pessoal, voltando ao pensamento elaborado por Sibilgia no “Show do Eu”.

Dessa forma, surgiria então uma conexão entre os atores da rede – influenciador e consumidor/receptor da mensagem – foco do estudo da autora, afinal, são estes laços sociais que promovem a estrutura no ciberespaço, através de interações feitas por ferramentas específicas do meio. E é esse tipo de estudo que comprova a diferença entre a repercussão do que um líder de opinião digital e a repercussão da mídia tradicional. No digital, a discussão tende a se aproximar, de fato, a uma conversa mais pessoal e íntima, aumentando a aceitação e a influência da mensagem, já que para a comunicação ser minimamente estabelecida é necessário haver empatia. Diferente, da mídia clássica, que é uma via de mão única, a comunicação é estabelecida havendo ou não o retorno e/ou a empatia do público.

Ainda segundo Recuero, os laços nas redes sociais são “formas mais institucionalizadas de conexão entre atores, constituídos no tempo e através da interação social.” (RECUERO, 2009, p.36). O laço seria formado por um sentimento de pertencimento de um indivíduo den-



tro de determinado grupo, que geralmente é provocado pelos influenciadores. O grupo de fãs de determinada personalidade na internet se sente parte de uma família, pois concorda e passa, geralmente, por situações próximas a do influenciador.

Neste ponto, pode-se dizer que a criação de uma conexão como esta é semelhante à criação de uma conexão de amizade. É preciso ver características e situações em comum ou que agradem para que uma amizade seja formada. Por isso, que os usuários digitais se sentem tão próximos dos influenciadores. Assim, é possível estabelecer as diferenças do que será chamado neste trabalho de emissão de opinião de forma privada e emissão de opinião de forma pública. Sendo a última, aquela enunciada por um influenciador dentro do ciberespaço, que atinja uma quantidade considerável de pessoas. E a de forma privada, que é expressa dentro de um ciclo pequeno de pessoas próximas e não possui um alcance exacerbado das redes sociais. Logo, os laços entre o enunciador e o receptor nesses dois tipos de emissão de opinião são parecidos, pois ambos têm um poder de influência grande, a diferença está na quantidade de pessoas impactadas pela mensagem.

E o mercado percebeu essa diferença e o potencial dos influenciadores e por isso não tardou a usá-los como ferramentas de venda de produtos. Sibilia pontuou essa atuação dizendo que “a capacidade de criação é sistematicamente capturada pelos tentáculos do mercado, que ataçam como nunca essas forças vitais e, ao mesmo tempo, não cessam de transformá-las em mercadorias.” (SIBILIA, 2008, p. 10).

Patricia Sibilia, inclusive, chama os jovens que compõe esse cenário na web de a “alegria do marketing” por ajudarem, até de forma involuntária (quando a comunicação não é realizada mediante ao pagamento), a divulgação de marcas na internet. E isso se diferencia enormemente da publicidade tradicional, porque agora é um amigo indicando algum produto, e não algo distante e frio como um comercial de TV. E consegue ser ainda mais diferente de um processo tradicional de indicação dentro de um ciclo de amizade, porque agora esse ciclo é composto por uma massa gigantesca de usuários e possíveis

consumidores. São milhões de pessoas que se sentem próximas, sendo influenciadas pelos novos líderes de opinião.

A recepção das mensagens desses influenciadores pode carregar as palavras de uma marca por trás, quando esta resolve usá-los como mídia, como um canal para chegar aos consumidores. Ou ser um endosso gratuito, quando essas personalidades resolvem, de fato, expressar alguma opinião pessoal sobre determinado produto, sem necessariamente receberem por isso. Neste caso, tem-se uma opinião pessoal que é transformada em publicidade devido ao alcance dos influenciadores.

A questão principal nesses dois diferentes tipos de expressão, é que no fim das contas, a recepção da mensagem pode ser a mesma, independente se o influenciador foi pago ou não para transmiti-la, visto que a publicidade tende a estar mascarada nesses tipos de comunicação e o influenciador é tipo como passível de confiança em suas indicações. Por isso, de qualquer forma, a mensagem de um líder de opinião, seja paga ou espontânea, deve ser considerada uma emissão de opinião de forma pública. Faz-se então necessário ter uma subcategorização dos tipos de emissão, que pode ser resumido no esquema abaixo:

Emissão de opinião de forma pública > Paga OU Não Paga

VS

Emissão de opinião de forma privada

Sabendo que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor visa proteger a população de qualquer tipo de publicidade escusa, regulamentando a comunicação para que esta não seja enganosa, logo, para haver uma melhora no próprio Código é importante estudar, principalmente, o conteúdo da mensagem – se é sobre alguma marca –, o tipo de influência e o tamanho da repercussão que determinado líder de opinião tem; e não tanto a origem daquela fala, já que independente da forma – paga ou não – a recepção da mensagem pode ser a mesma. Neste último caso, o que valeria pontuar seria o nível de clareza na diferenciação entre os conteúdos de marca e os espontâneos, para que

o consumidor consiga sozinho avaliar, de forma honesta, a indicação dada.

Portanto, o problema que deve ser solucionado neste trabalho é como regular todos os tipos de emissão de opinião de forma pública dentro do ciberespaço e para encontrar esse tipo de comunicação é necessário entender como a persuasão se dá nas redes sociais e por fim pontuar quais os conteúdos que devem ser regulamentados.

Ao refletir sobre a teoria do “agir comunicativo” de Jurgen Habermas, que a criou a fim de explicar as interlocuções na sociedade, é possível entender como os conteúdos são capazes de afetar o discurso de seus receptores e persuadi-los sem que estes se sintam persuadidos. Para ele, as interações sociais são feitas partindo da existência de uma ação de determinado indivíduo, entendida como o seu discurso, que depois provoca o retorno do conteúdo discursado. Desta forma, o primeiro seria ator de duas ações, pois ele monta o discurso, mas também é produto de discursos anteriores. Nas palavras de Habermas, esse é um “processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis”, e também o produto “das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria” (HABERMAS, 1989, p. 166).

Ou seja, dependendo do repertório de discursos de cada indivíduo, será possível formar um discurso próprio, como uma colcha de retalhos dos anteriores, e alguma dessas múltiplas referências, por sua vez, pode gerar reconhecimento em algum dos usuários da rede e exercer certa influência sobre ele. Nesse ponto, vale comentar sobre o ato de ser manipulado, também estudado por Habermas, que dizia ser um efeito causado entre a relação de indivíduos e não algo originado do mundo perceptível. Segundo ele:

[...] não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado, mas a relação intersubjetiva, que sujeitos que falam e atuam, assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e re-

ferem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo (HABERMAS, 1984, p. 392).

Isto posto, o agir comunicativo do enunciador seria capaz de manipular o receptor, sendo sua eficácia dependente dos discursos, relações e vivências anteriores, as quais formariam a sua própria. Além disso, a motivação de quem recebe a mensagem também deve ser de acordo com o que é dito para que a persuasão seja estabelecida. É importante ter um interesse prévio no conteúdo de modo que haja realmente o perigo da manipulação. Por exemplo, caso um líder de opinião digital cujo público alvo é infantil, fale, brevemente, ao longo do discurso, sobre alguma marca de roupa para adultos, dificilmente a mensagem impactará às crianças, podendo passar despercebida no meio de todo o conteúdo.

Para regulamentar o conteúdo dos influenciadores não basta apenas analisar o alcance de sua mensagem, mas também o teor do discurso e sua compatibilidade com o público ao qual se destina. E depois avaliar, de acordo com a diretrizes do CDC, se o discurso é enganoso e/ou aflije negativamente o consumidor. Além disso, deve-se deixar claro que a mensagem se trata de um conteúdo publicitário, quando for este o caso, para evitar que a recepção continue sendo igual a de um conteúdo espontâneo, e os consumidores sejam ludibriados acreditando em opiniões que parecem pessoais, mas na verdade tem um fundo comercial. O usuário do ciberespaço precisa ter plena certeza de que aquilo que está sendo dito é de fato comunicação de marca e não puramente a opinião do seu “amigo” influenciador.

Após essa diferenciação, a influência da emissão de opinião de forma pública não paga continuaria inabalável, e esta também deve ser regularizada, pois apesar de não ter uma marca pagante por trás, só a menção de algum produto por um líder de opinião de alto alcance, com uma mensagem condizente com o estilo do público alvo, pode afetar positivamente ou negativamente o mercado e a própria saúde financeira do interlocutor, que pode gastar além do necessário por causa de uma indicação de uma personalidade relevante que este tende a levar como uma relação de amizade.

Oliviero Toscani, em sua “A Publicidade é um Cadáver que nos Sorri” explica e ressaltar alguns crimes cometidos pela publicidade. Um deles é o chamado Crime de Persuasão Oculta, que acontece quando são criados desejos que antes não existiam e fazem com que o consumidor tenha, sutilmente, a necessidade de comprar, de consumir, deixando-o desesperado e endividado. Segundo o autor “a publicidade excita os seus desejos, seduz os ingênuos, cria-lhes necessidades, torna-os culpáveis. Ela nos atrai para os seus encantos, nos ‘acende’ através de técnicas experimentadas. Compra-nos os nossos desejos, como se comprem votos em política” (TOSCANI, 1995, p.29).

E os influenciadores tem parte nesse crime e devem ser responsabilizados por isso, por incentivar o consumo exacerbado e implantar vontades não antes existentes. Para cumprir este quesito podem entrar todas as emissões de opinião de forma pública, sejam pagas ou não, pois a expressão de uma mensagem pessoal tem igual ou maior valor de persuasão que uma mensagem pública e deve ser regularizada levando em conta o nível de influência do líder de opinião. Essa é verdadeira nova forma de publicidade, na qual os líderes de opinião se tornam canais de mídia e por isso precisam do olhar do CDC.

Nesse cenário, logo, tornou-se importante mapear as características dos influenciadores digitais que devem ser avaliadas antes de pensar os delitos que possam vir a ser cometidos por tais personalidades e/ou marcas. Os pontos que devem ser checados são: o nível de alcance, a menção de marcas e /ou empresas no conteúdo, o direcionamento correto da mensagem levando em conta o público receptor, a clareza ao informar se o conteúdo é pago ou não – mesmo se a mensagem não for paga, a comunicação não deve ser desconsiderada da análise – e o levantamento de hipóteses de como esta mensagem pode vir a ser recebida de forma negativa. Só após esse levantamento o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor conseguiria de forma mais assertiva proteger os direitos do consumidor diante desses novos tipos de publicidade. O modo como isso será avaliado e regularizado será visto no capítulo seguinte.

## O CDC E OS INFLUENCIADORES

Entrando agora no mundo jurídico, é de longa data que se regula a publicidade tanto pelas vias do judiciário, quanto legislativamente e administrativamente. A doutrina é unânime em afirmar que a regulamentação publicitária de antes do Código de Defesa do Consumidor simplesmente não era capaz de lidar com as práticas que já vinham sendo usadas no Brasil pelos publicitários. Faltava, por exemplo, uma proibição expressa à publicidade enganosa, ainda que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária tentasse de algum modo gerir o tema (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010).

De modo geral, o CDC entende que o consumidor é parte vulnerável também no que diz respeito aos anúncios e mensagens. Como a publicidade é a espinha dorsal da sociedade de consumo (RODYC, in MARQUES e MIRAGEM (ORGS), 2011), o sistema jurídico não pode ignorar que, hoje, ela não é mais um assunto dispensável na vida do consumidor. A sociedade como um todo depende da publicidade para colocar em vitrine os produtos do capitalismo, tanto bens quanto serviços. Sem ela, não seria possível a existência do emaranhado de opções que garante a ampla concorrência e diversidade de escolhas.

Como a publicidade é parte inevitável da vida do consumidor, e mais até do que isso, é necessária para o próprio ato do consumo, o ordenamento jurídico foi incubido da missão de garantir proteção à parte consumidora. O faz através da disciplina de defesa do consumidor. O CDC almeja impedir que a publicidade lese o consumidor através de práticas enganosas, abusivas ou ocultas. Assim, preceitua que a publicidade deve ser claramente identificada como tal, respeitosa, transparente, clara e objetiva (BRASIL, 1990). Esses requisitos são obrigatórios para que uma determinada peça publicitária possa ser veiculada ao público, e se quebrados podem incidir em sanções administrativas (conforme artigos 55 a 59 do CDC) e até mesmo penais (conforme artigos 66 a 69 do mesmo diploma).

O ato de tornar pública a mensagem publicitária sobre determinado produto já qualifica oferta (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010), o que, por sua vez, por se tratar de relação de consumo, vincula

o anunciante a cumprir com o prometido no anúncio. Esse entendimento é essencial para coibir a publicidade enganosa, já que o descumprimento do ofertado pode levar a processos de responsabilidade civil e indenização, além dos crimes contra o consumo já mencionados. Essa novidade veio com o CDC para alterar o paradigma anterior, pertencente à uma tradição jurídica desatualizada, de que a oferta só seria vinculativa se fosse precisa, dirigida e certa. A pequena revolução do artigo 30 do CDC foi fundamental para a melhoria do sistema de proteção ao consumidor brasileiro.

Outro aspecto do Código que influencia na veiculação de peças publicitárias é o chamado “dever de informar” ditado pelo artigo 31. A informação pode ser dada pré-contratualmente (em anúncios, por exemplo) ou contratualmente (quando consta na embalagem) (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010). Não é suficiente, para uma efetiva promoção dos direitos do consumidor, que somente sejam coibidas as informações enganosas ou abusivas. Foi preciso que o Código estabelecesse um dever positivo de informar, determinando que certos aspectos dos produtos são tão essenciais que necessariamente precisam ser de conhecimento do consumidor final. Esse ônus, de fazer esses dados conhecidos, recai sobre o fornecedor.

O consumidor já recebe uma oferta, hoje principalmente pela via publicitária, com uma presunção de confiança. Ou seja, crê que aquilo ofertado será correspondente ao adquirido (LORENZETTI, in MARQUES e MIRAGEM (ORGS), 2011). Essa relação de confiança entre consumidor e publicidade é essencial para o bom funcionamento da engrenagem capitalista. Por isso mesmo, quando se faz publicidade de algum produto e este tenha algum aspecto que seja essencial para o conhecimento do público, isso deve estar vinculado ao anúncio publicitário.

Infelizmente, por mais completo e eficiente que seja o CDC, fornecedores insistem em achar maneiras de burlar esse micro-sistema legal. O uso de influenciadores digitais para fazer publicidade de produtos ou serviços tem se mostrado como um campo que está à margem da legalidade. A questão se resume a duas situações que devem

ser abordadas: primeiro, quando a mensagem emitida pelo influenciador é, de fato, paga por um fornecedor; segundo, quando essa mensagem aparentemente não tem esse fundo econômico e trata-se de opinião pessoal. Como foi mostrado, a recepção da mensagem se dá da mesma forma, independente de paga ou não. Interessa se a mensagem foi emitida em caráter privado ou público.

Quando a emissão da mensagem é paga, ou seja, o influenciador recebe para emitir determinada opinião, ou informar sobre determinado produto ou serviço, é evidente que a marca busca usar da sua influência, como citado e mostrado por Lazarsfeld (apud. WOLF, 1960), para o convencimento do consumidor. Trata-se, portanto de clara prática de publicidade. Esse ato deve, então, se ater aos já mencionados requisitos do CDC. Primeiramente, é absolutamente imprescindível que seja abertamente divulgado tratar-se de publicidade, como já citado anteriormente em obra de Toscani (TOSCANI, 1995, p.29). O influenciador que não o fizer faz com que o anunciante incorra em publicidade oculta, passível de sanções do CDC.

Também é importante que a mensagem do influenciador atenda ao necessário para não se tratar de publicidade enganosa nem abusiva. Nesses casos, o influenciador deve ser tratado como qualquer veículo de anúncio. A mensagem transmitida deve conter os dados essenciais, deve ser verdadeira e certa (TEIXEIRA DE ALMEIDA, in MARQUES e MIRAGEM (ORGS), 2011). Além disso, deve ser respeitosa aos valores do ordenamento jurídico para que não se torne abusiva (DE MELLO, in MARQUES e MIRAGEM (ORGS), 2011). A publicidade emitida por mensagem de influenciador é vinculativa, e trata-se oferta tanto quanto qualquer outra publicidade (MARQUES, in MARQUES e MIRAGEM (ORGS), 2011), e deve cumprir todos os deveres de informar determinados pelo código.

O assunto se torna complexo, porém, devido ao fato de o influenciador, pela própria forma como se dá o processo de influência no ciberespaço atualmente (RECUERO, 2009), personalizar a mensagem que deve ser transmitida. Esse processo faz com que a formalidade necessária para uma publicidade que respeita o determinado pelo



CDC muitas vezes se perca, e a mensagem se torne enganosa, abusiva ou oculta pela própria falha do influenciador. Nesses casos, quando a marca for responsabilizada civil, administrativa ou penalmente, somente cabe ação de regresso (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010). O influenciador só pode ser acionado judicialmente pelo próprio fornecedor. Excetua-se esse fato quando o influenciador emite mensagem que pode ensejar uma responsabilização por si só, independentemente de ser peça publicitária ou não. Por exemplo, se durante uma postagem em rede social promovendo determinada marca o influenciador age de forma racista, o que enseja uma ação penal contra a própria pessoa emitente da mensagem.

Os casos que demandam mais esforço por parte dos juristas, porém, não são esses. A evolução da influência digital se deu a tal ponto que o ordenamento jurídico precisará lidar com situações ainda mais delicadas. São os casos em que um determinado influenciador emite uma opinião pessoal sobre um produto ou serviço, ou seja, não é paga por nenhum fornecedor, mas que ganha um caráter de publicidade por conta da característica pública do emissor. Em outras palavras, são casos em que um influenciador aparentemente está se expressando livremente, mas essa expressão funciona, nos receptores, da mesma forma que uma publicidade propriamente dita.

A primeira questão levantada é saber se a opinião é realmente pessoal. Caso seja, na realidade, uma opinião paga, incide nos casos de publicidade oculta acima mencionados. Essas situações não levantam muitas controvérsias, já que a aparência de não ser publicidade é normalmente uma das características da publicidade oculta. Hoje, como os influenciadores se valem de discursos extremamente pessoais como sua forma de trabalho, é possível que aparência de opinião pessoal realmente seja apenas fruto de um equívoco, gerado pela falta de clareza em tratar-se de peça publicitária. Se comprovada má-fé do influenciador em esconder o fato de ser publicidade, este fica responsável nos termos do CDC, junto com o anunciante (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010).

Agora, e se de fato for uma opinião particular, sem nenhum lucro econômico para o influenciador? Como os influenciadores são definidos por serem figuras públicas, mas muito próximos dos influenciados, a emissão de uma mera opinião não paga pode ganhar características de uma opinião paga. Quando a opinião é emitida no meio em que o influenciador exerce sua influência nos consumidores, ela é automaticamente embebida de um caráter público. Como já salientado, para o receptor faz pouca diferença se a mensagem é paga ou não, a influência é exercida do mesmo jeito. Ou seja, a emissão de uma opinião pessoal funciona, na prática, como se fosse uma publicidade, convencendo em massa consumidores finais.

Naturalmente, isso depende de um fator essencialmente subjetivo, que é o tamanho da influência de um determinado influenciador. É subjetivo porque influencia nos termos propostos não se trata somente, por exemplo, do número de pessoas que acompanham um influenciador. A questão é muito mais sobre o poder de convencimento que um influenciador tem sobre qualquer que seja o número de pessoas que o acompanham.

Nos casos em que isso ocorre, o direito esbarra num grande conflito: a liberdade de expressão contra a defesa do consumidor. Ambas são garantias fundamentais, mas a liberdade de expressão de qualifica como um direito fundamental de primeira geração, e na classificação de Jellinek é um direito de status negativo, em oposição à proteção do consumidor que é direito de segunda geração e positivo (MENDES, 2015). Isso indicaria que a liberdade de expressão tem uma certa prioridade quando de uma colisão entre direitos fundamentais. Mas, como os casos de colisão só podem ser resolvidos pela ponderação (BARROSO, 2015), fica claro que o influenciador não está emitindo somente sua opinião particular privada quando se utiliza do meio em que exerce maior influência para passar uma mensagem. É completamente diferente de uma opinião emitida, digamos, em um jantar de família, ou mesmo uma reunião com amigos.

Portanto, o direito precisa lidar com esses casos de opiniões pessoais banhadas de caráter público e que podem se assemelhar em

seus efeitos à peças publicitárias. Isso levanta duas questões pertinentes: quando a mensagem for enganosa, ou quando for abusiva. Só se pode falar de uma opinião pessoal enganosa aqui em relação ao produto ou serviço objeto da opinião. São os casos em que um influenciador emite a opinião supostamente pessoal sobre produto ou serviço que possa induzir em erro o consumidor, exatamente nos termos do artigo 37, parágrafo 1º. Abusiva será a mensagem que, ao promover produto ou serviço, promoção essa que não é financiada pelo fornecedor, contrarie valores da sociedade. Uma vez que se tenha verificado que a opinião de caráter público é enganosa, ou abusiva, surge a questão mais problemática, que é a responsabilização do influenciador ou do fornecedor.

## CONCLUSÃO

Os casos em que o influenciador está emitindo uma mensagem, de fato, publicitária podem ser resolvidos juridicamente por meio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor tal qual se aplicaria a um outro veículo anunciante. Dessa forma, quando houver publicidade enganosa ou abusiva o consumidor, ou entidades de defesa do consumidor, devem acionar judicialmente o anunciante, que pode, se for o caso, entrar com ação de regresso ao veículo, no caso, o influenciador, quando este tiver culpa no vício da peça publicitária. O mesmo vale para os casos em que a publicidade for oculta, como exposto acima, constituindo tentativa de influenciar o consumidor como se fosse uma opinião pessoal.

Muito mais delicados são os casos em que o influenciador emite uma opinião pública comprovadamente livre de pagamento pelo anunciante. Essa mensagem pode vir a ter os mesmos efeitos de uma publicidade, qual seja, o convencimento do consumidor a adquirir um bem ou serviço.

A opinião pessoal ganha esse caráter público somente quando o influenciador consegue de fato atingir um número relativamente grande de pessoas. A equiparação à publicidade surge quando ocorre o convencimento em massa. Não se pode equiparar qualquer opinião

pessoal a uma publicidade, já que essa equiparação ocorre na medida exata da influência exercida. Nem somente um grande público, nem somente um profundo convencimento, qualificam a opinião pessoal como equivalente a uma publicidade, mas os dois, necessariamente, juntos. Sendo o segundo adquirido somente quando a mensagem é corretamente direcionada ao público receptor e condiz com o que já está no repertório do mesmo, promovendo a empatia necessária para o convencimento.

O principal ponto problemático dessa questão é que, se a opinião do influenciador cumpre esses requisitos de número de público e influência e pode ser equiparada ou até aumentado em efeitos práticos a uma publicidade, o fornecedor poderia estar ganhando economicamente tal qual estaria se tivesse vinculado de fato a publicidade. Justamente por isso, o fornecedor recebe uma carga de responsabilidade para com essa situação. Se uma determinada marca está ciente de que um influenciador emitiu uma opinião pessoal com caráter de opinião pública, se assemelhando a uma publicidade, mas essa opinião é enganosa ou abusiva, a marca tem o dever de retratar o que tiver sido informado. Se os efeitos práticos vierem a ser os mesmo de uma publicidade normal, também o devem ser as responsabilidades.

O bem maior tutelado aqui é o consumidor em abstrato. Não à toa, a responsabilidade que o CDC obriga nos casos de publicidade enganosa, abusiva ou oclusa é objetiva, ou seja, independe completamente de culpa. Se for verificado que houve lesão ao consumidor, ou que a mensagem emitida por um influenciador sobre um produto ou serviço tinha possível enganabilidade, o fornecedor pode e deve ser responsabilizado, mesmo que o influenciador tenha emitido a opinião de forma aparentemente pessoal. Justamente porque essa opinião pessoal se converte em uma opinião pública e pode, quando cumpridos os requisitos mencionados, ser equiparada a uma publicidade. Da parte do fornecedor cabe ação de regresso contra o influenciador, demonstrando que este agiu com má-fé ou que não agiu com o devido cuidado ao emitir uma opinião pessoal.

Ainda que o influenciador tenha direito a expressar sua opinião pessoal, é preciso que este reconheça sua posição social. A liberdade de expressão não é ferida na medida em que somente se pune a falta de cuidado com o consumidor, quando a opinião é emitida no meio indevido. Como partes que se tornam cada vez mais importantes no sistema capitalista de consumo, os influenciadores precisam e devem tomar consciência do seu potencial, tanto de fazer o bem quanto de fazer o mal, e devem ser responsabilizados quando acabam fazendo o último ao invés do primeiro. Somente não podemos permitir que o consumidor, parte mais fraca dessa equação, saia no prejuízo.

Desse modo, toda e qualquer emissão de opinião de forma pública para grande público, com considerável potencial de persuasão e conteúdo mercadológico deve ser regularizada pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, tenha ou não uma marca controlando a mensagem por trás. E a responsabilidade de possíveis atos delituosos devem recair não só para a empresa do produto divulgado, mas também para o influenciador que transmitiu a mensagem para o consumidor final.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2015

BENJAMIN, Antonio Herman V.. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988

HABERMAS, Jurgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 143 a 223.

HABERMAS, Jurgen. The theory of communicative action. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984. p. 380 a 395.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. (orgs.) Doutrinas Essenciais: direito do consumidor, Vol III. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014

RECUERO, Raquel. Redes Sociais na Internet. Porto Alegre: Salinas, 2009. p. 25 a 44.

SIBILIA, Paula. O show do eu: a Intimidade como Espetáculo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p.7 a 27.

TOSCANI, Oliviero. Crime Contra a Inteligência. *A Publicidade é um Cadáver que nos Sorri*; 5ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 21-40

# O DIREITO HUMANO À ÁGUA EM TEMPO DE ESCASSEZ: injustiça hídrica e o comprometimento do desenvolvimento de grupos vulneráveis

**Tauã Lima Verdan Rangel**

*Doutor (2015-2018) e Mestre (2013-2015) em Ciências Jurídica e Sociais pela Universidade Federal Fluminense*  
*taua\_verdan2@hotmail.com*

**Resumo:** O escopo do presente é analisar o reconhecimento da fundamentalidade do acesso à água potável. Há muito tempo a comunidade global discute, sob diferentes aspectos, a importância da água para o ser humano, com ênfase no consumo humano. Valendo-se do método dedutivo e análise qualitativa, ao final do trabalho, demonstrar-se-á a relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao acesso à água com vistas a reconhecer a sua fundamentalidade, com enfoque na mudança de paradigma, principalmente quanto à nova concepção de direito difuso e sob a abrangência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

**Palavras-chave:** água; dignidade da pessoa humana; direito difuso; meio ambiente.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios.

Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos ambientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis.

Nesse passo, a industrialização de pequenos e médios centros urbanos, notadamente nos países subdesenvolvidos, encerra a dicotomia do almejado desenvolvimento econômico, encarado como o refulgir de uma nova era de prosperidade em realidades locais estagnadas e desprovidas de dinamicidade, e a degradação ambiental, desencadeando verdadeira eco-histeria nas comunidades e empreendimentos diretamente afetados. Por vezes, o discurso desenvolvimentista utilizado na instalação de indústrias objetiva, em relação à população diretamente afetada, expor tão somente os aspectos positivos da alteração dos processos ambientais, suprimindo as consequências, quando inexistente planejamento prévio, socioambientais. Diante deste cenário, o presente, a partir do referencial adotado, busca conjugar uma análise proveniente do entendimento da justiça ambiental, colhendo das discussões propostas por Henri Acselrad, Selene Herculano e José Augusto de Pádua, sobretudo, no que se refere à caracterização de variáveis repetidas nos processos de instalação de empreendimento econômicos, em especial a população diretamente afetada.

De igual modo, o presente socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo Direito Ambiental e pelo Direito Urbanístico, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Paulo Bessa Antunes Filho, Celso Antonio Pacheco



Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé. Ora, os conflitos socio-ambientais, advindos do agravamento da injustiça ambiental experimentada por comunidades, dá ensejo à discussão acerca do embate entre os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos alçados à condição de elementos para materialização da dignidade da pessoa humana.

## 1 O ESPAÇO URBANO EM UMA PERSPECTIVA AMBIENTAL: A AMBIÊNCIA DO HOMEM CONTEMPORÂNEO EM ANÁLISE

Inicialmente, ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadriñar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2018), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, é possível deixar em clara evidência que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramenci-

onado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha de exposição, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM, já salientou, oportunamente, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. (BRASIL, 2018b).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ao lado disso, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

Diante do alargamento da concepção do meio ambiente, salta aos olhos que se encontra alcançado por tal acepção o espaço urbano, considerado como a ambiência do homem contemporâneo, o qual encerra as manifestações e modificações propiciadas pela coletividade no habitat em que se encontra inserta. Trata-se, doutrinariamente, do denominado meio ambiente artificial ou meio ambiente humano, estando delimitado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como salienta Fiorillo (2012, p. 79). Extrai-se, desse modo, que o cenário contemporâneo, refletindo a dinamicidade e complexidade do ser humano, passa a materializar verdadeiro habitat para o desenvolvimento do indivíduo. Neste sentido, inclusive, Talden Farias descreve que:

O meio ambiente artificial é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios urbanos, que são os espaços públicos fechados, e pelos equipamentos comunitários, que são os espaços públicos abertos, como as ruas, as praças e as áreas verdes. Embora esteja ligado diretamente ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis pelos seres humanos, visto que neles os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais. (FARIAS, 2009, p. 07).

É possível, assim, caracterizar o meio ambiente artificial como fruto da interferência da ação humana, ou seja, “aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial” (BRITO, 2013). Neste cenário, o proemi-

nente instrumento legislativo de tutela do meio ambiente humano, em um plano genérico, está assentado na Lei Nº. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, afixando os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana, de maneira que a cidade extrapole sua feição de apenas um grupamento de indivíduos em um determinado local, passando a desempenhar a função social. Fiorillo (2012, p. 467), ao tratar da legislação ora mencionada, evidencia, oportunamente, que aquela “deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”.

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal, são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito se relaciona à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida” (FIORILLO, 2012, p. 549), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida. A questão em discussão já sofreu, inclusive, construção jurisprudencial, sendo possível, apenas a título de ilustração, transcrever:

[...] Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da

cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012) (BRASIL, 2018a).

O meio ambiente humano passa a ser dotado de uma *ordem urbanística*, consistente no conjunto de normas, dotadas de ordem pública e de interesse social, que passa a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos. “A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários e especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística

gerada pela injustiça” (MACHADO, 2013, p. 446). Nesta perspectiva, está-se diante de um nível de planejamento que objetiva estabelecer patamares mínimos de organização do uso dos diversos fragmentos de um determinado recorte espacial, atentando-se para as potencialidades e capacidades inerentes aos sistemas ambientais desse espaço, sobretudo na ambiência urbana que, devido à complexidade a população, apresenta interseções peculiares. Ao lado disso, não é possível deixar de destacar que os ambientes urbanos tendem a ser diretamente influenciados e modificados pela realidade social.

Trata-se de uma significação em busca por uma *ordem* na utilização do espaço sob planejamento, de maneira que assegure a integridade ambiental, a manutenção dos serviços ambientais, a reprodução de seus recursos e “a manutenção dentro de uma trajetória evolutiva ‘estável’ (o que significa não criar um desequilíbrio irreversível que leve à degradação da paisagem). Enfim, é a busca pela sustentabilidade na utilização do espaço” (VICENS, 2012, p. 197). Ultrapassa-se, diante do painel pintado, a concepção de que os centros urbanos, por sua essência, são apenas aglomerados de indivíduos, por vezes, estratificados em decorrência de sua condição social e econômica. Absolutamente, ainda que esteja em um plano, corriqueiramente, teórico, é possível observar que a preocupação em torno das cidades foi alçada à condição de desenvolvimento de seus integrantes, passa a sofrer forte discussão, em especial quando a temática está umbilicalmente atrelada aos processos de remoção de comunidades ou, ainda, alteração do cenário tradicional, a fim de comportar os empreendimentos industriais.

### **3 O FENÔMENO DA INDUSTRIALIZAÇÃO COMO ELEMENTO AGRAVADOR DA INJUSTIÇA AMBIENTAL: O EMBATE ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

O modelo de desenvolvimento liberal, estruturado no de individualismo econômico e mercado, consistindo na confluência de articulações entre a propriedade privada, iniciativa econômica privada e mercado, passa a apresentar, ainda na década de 1960, os primeiros sinais da problemática socioambiental. “Esse modelo de crescimento orientado por objetivos materiais e econômico puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza” (FRAGA, 2007, p. 02). Entre o final da década de 1960 até 1980, o discurso, envolvendo a questão ambiental, explicitava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais que eram dotados de maior interesse econômico, sobretudo no que se referia à exploração do petróleo. Verifica-se, neste primeiro contato, que a questão do meio ambiente estava cingida à preocupação com a sobrevivência da espécie humana, num aspecto puramente econômico.

Diante da possibilidade do exaurimento dos recursos naturais dotados de aspecto econômico relevante, é possível observar uma crise civilizatória advinda não apenas da escassez daqueles, à proporção que são degradados, mas também em decorrência do modelo econômico adotado, o qual, por seu aspecto, desencadeou um desequilíbrio ambiental maciço colocando em risco a sobrevivência da espécie humana, assim como, na trilha dos efeitos produzidos, o aumento do desemprego pela mecanização dos meios de produção, a miséria e a marginalidade social. O processo predatório ambiental potencializa um cenário caótico urbano, verificado, sobretudo, nos grandes centros, com formação de comunidades carentes e favelas, reduto da população marginalizada, constituindo verdadeiro bolsão de pobreza.

Conforme Lester R. Brown (1983, p. 05), as ameaças à civilização são provocadas pela erosão do solo a deterioração dos sistemas biológicos e esgotamento das reservas petrolíferas, além do compro-

metimento de elementos essenciais à existência humana, como, por exemplo, acesso à água potável. Aludidas ameaças desencadeiam tensões ambientais que se concretizam em crises econômicas, causadas pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios oriundos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis. É possível, neste cenário, verificar que a crise socioambiental, surgida nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, devido à mecanização dos meios de produção e a dependência de recursos naturais, em especial matrizes energéticas (petróleo), de outros países, forneceu o insumo carecido para a construção da justiça ambiental, advinda da criatividade dos movimentos sociais forjados pela luta da população afrodescendente que protestava contra a discriminação causada pela maior exposição desta população aos lixos químicos, radioativos e indústrias geradoras de poluentes. Selene Herculano, ao abordar a definição do tema, coloca em destaque:

Por Justiça Ambiental entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas [...] Complementarmente, entende-se por Injustiça Ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis. (HERCULANO, 2002, p. 03).

Pela moldura ofertada pela justiça ambiental, infere-se que nenhum grupo de pessoas, seja em decorrência de sua condição étnica, raciais ou de classe, suporte ma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. “Complementarmente, entende-se por injustiça



ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedade desigual onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 09). Diante do exposto, o termo *justiça ambiental* afigura-se como uma definição aglutinadora e mobilizadora, eis que permite a integração de dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, corriqueiramente dissociados nos discursos e nas práticas. “Tal conceito contribui para reverter a fragmentação e o isolamento de vários movimentos sociais frente ao processo de globalização e reestruturação produtiva que provoca perda de soberania, desemprego, precarização do trabalho e fragilização do movimento sindical e social como todo” (ACSELRAD; HERCULANO, PÁDUA, 2004, p. 18).

Neste quadrante, mais que uma expressão do campo do direito, *justiça ambiental* assume verdadeira feição de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeito e entidades, tais como associações de moradores, sindicatos, grupos direta e indiretamente afetados por diversos riscos, ambientalistas e cientistas. Joan Martínez Alier (2007, p. 35) colocou em destaque que, “até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem”, conquanto o ecologismo popular, também denominado de ecologismo dos pobres, constituam denominações aplicadas a movimentos populares característicos do Terceiro Mundo que se rebela contra os impactos ambientais que ameaçam a população mais carente, que constitui a ampla maioria do contingente populacional em muitos países. É aspecto tradicional dessas movimentações populares, a base camponesa cujos campos ou terras destinadas para pastos têm sido destruídos pela mineração ou pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras formas de pesca industrial que impacta diretamente o ambiente marinho em que desenvolve a atividade; e, ainda, por movimentos contrários às minas

e fábricas por parte de comunidades diretamente atingidas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo das instalações industriais poluidoras.

Ao lado disso, em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se, pois, de um discurso pautado na denúncia de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupamentos sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. É imperioso explicitar que os aspectos econômicos apresentam-se, no cenário nacional, como a flâmula a ser observada, condicionando questões socioambientais, dotadas de maior densidade, a um patamar secundário. Selene Herculano coloca em destaque que:

A temática da Justiça Ambiental nos interessa em razão das extremas desigualdades da sociedade brasileira. No Brasil, o país das grandes injustiças, o tema da justiça ambiental é ainda incipiente e de difícil compreensão, pois a primeira suposição é de que se trate de alguma vara especializada em disputas diversas sobre o meio ambiente. Os caso de exposição a riscos químicos são pouco conhecidos e divulgados, [...], tendendo a se tornarem problemas crônicos, sem solução. Acrescente-se também que, dado o nosso amplo leque de agudas desigualdades sociais, a exposição desigual aos riscos químicos fica aparentemente obscurecida e dissimulada pela extrema pobreza e pelas péssimas condições gerais de vida a ela associadas. Assim, ironicamente,

as gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam a exposição desigual à poluição e o ônus desigual dos custos do desenvolvimento. (HERCULANO, 2008, p. 05).

A partir das ponderações articuladas, verifica-se, no território nacional, o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de *desenvolvimento*. Neste aspecto, a acepção de “desenvolvimento” traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239).

Constata-se, com clareza, que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na condição de ser dotado de dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

Não é mais possível corroborar com a ideia de *desenvolvimento* sem submetê-la a uma crítica efetiva, tanto no que concerne aos seus modos objetivos de realização, isto é, a relação entre aqueles residentes nos locais onde são implantados os projetos e os implementadores das redes do campo do desenvolvimento; quanto no que concerne às representações sociais que conformam o *desenvolvimento* como um tipo de ideologia e utopia em constante expansão, neste sentido um ideal incontestável [...] O *desenvolvimento* – ou essa crença da qual não se consegue fugir –carrega também o seu oposto, as formas de organização sociais que, muitas vezes vulneráveis ao processo, são impactadas durante a sua expansão. É justamente pensando nos atores sociais (KNOX; TRIGUERO, 2011, p. 02).

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A reestruturação da questão “resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social” (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Justamente, neste espaço a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degra-

dação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização. Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderações de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais. Paulo Affonso Leme Machado destaca, ao esquadrihar o conceito de desenvolvimento sustentável, que:

O antagonismo dos termos – desenvolvimento e sustentabilidade – aparece muitas vezes, e não pode ser escondido e nem objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuam no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos. De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita são preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental

(MACHADO, 2013, p. 74).

De outro modo, denota-se que o fenômeno de industrialização, em especial atividades mineradoras e petrolíferas, nos pequenos e médios centros urbanos tem apresentado um discurso pautado no desenvolvimento. Trata-se, com efeito, de uma panaceia, na qual a possibilidade de injeção de capital na realidade local, proveniente da ampliação do aumento de arrecadação de tributos, tal como a *disfarçada* promessa de geração de postos de emprego e dinamização da economia, tem afigurado como importante pilar para o apoio de tais processos. “É assim que a força econômica das grandes corporações se transformou em força política – posto que eles praticamente habilitaram-se a ditar a configuração das políticas urbanas, ambientais e sociais” (ACSELRAD, 2006, p. 31), obtendo o elasticamento das normas com o argumento de sua suposta capacidade de gerar emprego e receitas públicas.

Neste aspecto, ao suprimir variáveis socioambientais, em especial a remoção de populações para comportar a instalação de empreendimentos industriais, tende a agravar, ainda mais, o quadro delicado de antagonismos sociais, nos quais a vulnerabilidade das populações diretamente afetadas agrava o cenário de injustiça ambiental. A população, sobretudo aquela colocada à margem da sociedade, constituinte das comunidades carentes e favelas que materializam os bolsões de pobreza dos centros urbanos, é desconsiderada pela política econômica, alicerçada na atração do capital que, utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para a instalação de seus investimentos, forçando as populações diretamente afetadas a conformar-se com os riscos socioambientais produzidos pelo empreendimento instalado na proximidade de suas residências, alterando, de maneira maciça, o cenário existente. Tal fato decorre, corriqueiramente, da ausência das mencionadas populações de se retirarem do local ou “são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em am-

bientes favoráveis aos investimentos” (FRAGA, 2007, p.08).

A atuação das empresas é subsidiada pela ação do governo, no sentido de apresentar ações e conjugação esforços para o denominado *desenvolvimento sustentável*, agindo sob o argumento do mercado, objetivando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, ambicionando evitar o desperdício de matéria e energia. Concretamente, a lógica em destaque não prospera, mas sim padece diante de um cenário no qual, devido à industrialização e instalação de empreendimentos, sem o prévio planejamento, há o agravamento da injustiça ambiental, em especial em locais nos quais a vulnerabilidade da população afetada é patente, havendo o claro sacrifício daquela em prol do desenvolvimento local. “A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

#### **4 INJUSTIÇA HÍDRICA: A ESCASSEZ DE ÁGUA E A ESTRUTURAÇÃO DE UMA NOVA FACETA DA INJUSTIÇA AMBIENTAL**

Diante dos conceitos e aporte apresentados, é forçoso reconhecer que, em um cenário de forte globalização, industrialização pungente e interferência robusta no meio ambiente, sobretudo em decorrência das alterações climáticas experimentadas na última década, a água doce tornou-se bem precioso para a manutenção da vida humana. Trata-se de elemento essencial para a satisfação das necessidades humanas básicas, a saúde, a produção de alimentos, a energia e a manutenção dos ecossistemas regionais e mundiais. Ora, neste aspecto há que se sublinhar que é cogente a necessidade de uma mudança de ótica acerca da temática, porquanto o futuro da espécie humana e de

muitas outras espécies fica comprometido, exceto se houver uma melhora significativa na administração dos recursos hídricos terrestres. Nesta toada, a situação vivenciada no que atina à escassez de água potável inaugura uma nova faceta da injustiça ambiental, a saber: injustiça hídrica, influenciando diretamente para a limitação de fatores para o desenvolvimento socioeconômico de muitas regiões.

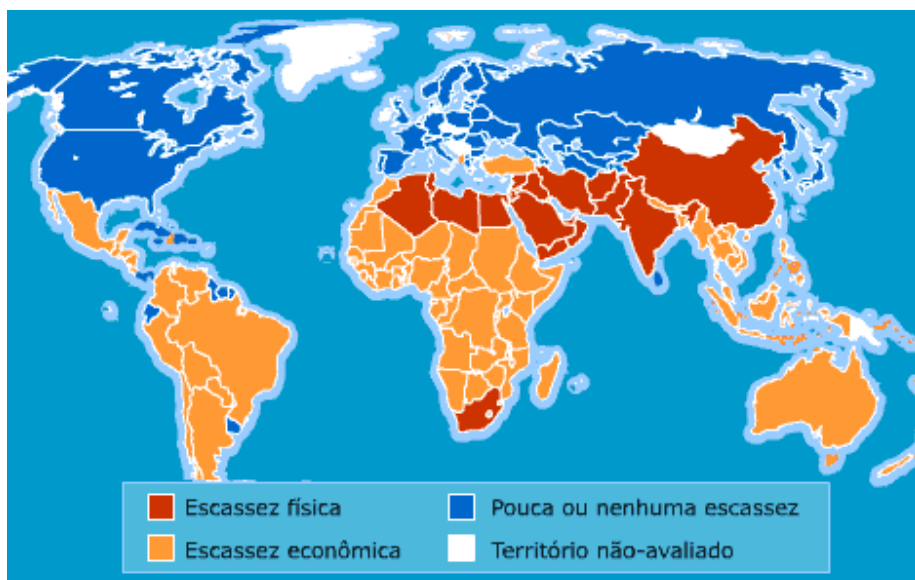
Neste aspecto, cuida apontar que a ausência ou contaminação da água influencia para a redução dos espaços de vida e ocasiona, além de imensos custos humanos, uma perda, em âmbito global, de produtividade social. “A competição de usos pela agricultura, geração de energia, indústria e o abastecimento humano tem gerado conflitos geopolíticos e socioambientais e afetado diretamente grande parte da população da Terra” (CASTRO; SCARIOT, 2008, p. 01). Mais de 2,6 bilhões de pessoas não dispõem de saneamento básico e mais de um bilhão permanece a utilizar fontes de água impróprias para o consumo. Ao lado disso, há que reconhecer que a injustiça hídrica passa a se manifestar na disponibilidade em qualidade e quantidade de água que impacta os meios de vida das populações mais pobres, produzindo efeitos em suas saúdes e vulnerabilidades. Igualmente, as consequências são percebidas no meio ambiente, na capacidade dos ecossistemas de fornecer serviços ambientais e a probabilidade de desastres ambientais.

Em todo o mundo, a falta de medidas sanitárias e de tratamento de esgotos polui rios e lagos; lençóis freáticos são rapidamente exauridos e contaminados por métodos de exploração inadequados; águas superficiais são superexploradas pela irrigação e poluídas por agrotóxicos; populações de peixes são superexploradas, áreas úmidas, rios e outros ecossistemas reguladores de águas são drenados, canalizados, represados e desviados sem planejamento. Os estoques de água doce estão sendo intensamente diminuídos pelo despejo diário de 2 milhões de toneladas de poluentes (dejetos humanos, lixo, venenos e muitos outros



efluentes agrícolas e industriais) nos rios e lagos. A salinidade, assim como a contaminação por arsênico, fluoretos e outras toxinas, ameaçam o fornecimento de água potável em muitas regiões do mundo (CASTRO; SCARIOT, 2008, p. 02).

Salta aos olhos, diante desse cenário, que uma das consequências mais perversas deste mau uso é a exclusão hídrica. Atualmente, apenas metade da população das nações em desenvolvimento tem acesso seguro à água potável. Mais que isso, diante do desenvolvimento industrial, da degradação ambiental e das alterações climáticas advindas da ação antrópica, conjugado com a ausência de conscientização dos países acerca da temática, a escassez de água aumentará significativamente nos próximos anos, impulsionado, sobretudo, pela elevação do uso *per capita* daquela. Com efeito, o mapa 01 ilustra, com pertinência, as ponderações aventadas até o momento, porquanto, em uma simples análise, denota-se que a escassez hídrica, quer seja econômica, quer seja física, tende a estar concentrada nos países em desenvolvimento. Isto é, as populações vulneráveis dos países em desenvolvimento suportarão os encargos e passivos advindos da industrialização, da degradação ambiental e do comprometimento das reservas hídricas para atendimento do mercado global.



**Mapa 1.** Mapa da Injustiça Hídrica (acesso à água potável). Disponível em: <<http://olharecologico.blogspot.com.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

Diante das ponderações apresentadas, prima sublinhar que o cenário de escassez provocado pela degradação e pela distribuição irregular tem o condão de desencadear conflitos, seja dentro dos próprios países ou entre nações. Historicamente, controlar o uso da água dos rios fez com que algumas civilizações se utilizassem disso como forma de exercer poder sobre outros povos e regiões geográficas. Contemporaneamente, percebe-se que o estoque de água é grandemente desigual, vez que a Ásia, concentrando cerca de 60% da população mundial, conta apenas com 36% da água doce mundial; além disso, as disparidades continuarão a crescer, sobretudo fomentado pela degradação ambiental e alterações climáticas advindas da interferência e poluição causadas pelo ser humano. Com efeito, há que se reconhecer que a injustiça hídrica traz à tona, mais uma vez, o sacrifício da população mais vulnerável em prol do desenvolvimento econômico.

## COMENTÁRIOS FINAIS

Ainda incipiente, a discussão consciente dos processos de industrialização e instalação de empreendimentos econômicos com potencial poluidor elevado, à luz de uma moldura caracterizada pela justiça ambiental, faz-se necessária. Em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem caracterizadores, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, sobretudo com o agravamento e acentuação do racismo ambiental, estratificando aspectos históricos e mazelas sociais que são polarizadas e fomentadas pela busca do desenvolvimento econômico.

Ao lado disso, em um território dotado de uma intrincada e complexa realidade social, na qual a segregação advinda da constituição de populações carentes, renegadas à margem da sociedade, formando bolsões de pobreza, é algo cada vez mais corriqueiro, salta aos olhos que o agravamento da injustiça social é uma realidade tangível, fruto da concentração histórica de renda e a suplantação de um contingente populacional robusto, atraído por promessas de desenvolvimento econômico, por meio da geração de postos de emprego e o aumento na arrecadação de tributos. Sobretudo nas áreas urbanas mais frágeis, despidas de planejamento urbano, as quais passam a ser ocupadas desordenadamente por aqueles atraídos pela esperança de melhoria nas condições sociais vivenciadas.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000100010&script=sci_arttext)

40142010000100010&script=sci\_arttext>. Acesso em 04 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Território, localismo e política de escalas. In:

\_\_\_\_\_; MELLO, Cecília Campello do Amaral;

BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra (orgs.). *Cidade, ambiente e política: problematizando a Agenda 21 local*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

\_\_\_\_\_; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. WALDMAN, Maurício (trad.). São Paulo: Editora Contexto, 2007.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Manual de Direito Ambiental*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em:

<[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 04 ago. 2018a.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

Acesso em 04 ago. 2018b.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

BROWN, Lester R. *Por uma Sociedade Viável*. Rio de Janeiro: Editora

da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

CASTRO, Carlos Ferreira de Abreu; SCARIOT, Aldicir. Escassez de água cria nova injustiça: a exclusão hídrica. Disponível em: <[http://ct.aticenter.com.br/file.php/26/moddata/scorm/28/1\\_SAIBA\\_M AIS\\_Escassez\\_Agua.pdf](http://ct.aticenter.com.br/file.php/26/moddata/scorm/28/1_SAIBA_M AIS_Escassez_Agua.pdf)>. Acesso em 04 ago. 2018.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRAGA, Simone de Oliveira. *Justiça Ambiental como Espaço para Concretização da Cidadania*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/7055/5031>>. Acesso em 04 ago. 2018.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. *Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

GUERRA, A. J. T.; CUNHA, S. B. da. *Impactos Ambientais Urbanos no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril 2008, p. 01-20. Disponível em: <[http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod\\_artigo=113](http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod_artigo=113)>. Acesso em 04 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. *Revista Nova América*, n. 111, s.d. Disponível em: <<http://www.novamerica.org.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. In: *In: I Encontro Nacional da Anppas. ANAIS...*, 2002, Indaiatuba-SP, p. 01-15. Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro\\_anual/encontro1/gt/teoria\\_meio\\_](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_)

ambiente/Selen e%20Herculano.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.

KNOX, Winifred; TRIGUEIRO, Aline. Quando o desenvolvimento *outsider* atropela o envolvimento dos *insiders*: um estudo do campo de desenvolvimento no litoral do ES. In: I Circuito de Debates Acadêmicos. ANAIS..., 2011, p. 01-20. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEIRELLES, Sérgio. A Explosão Urbana. *Revista Ecologia e Desenvolvimento*, 2000, ano 10, nº 85, p. 12-19. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br>>. Acesso em 04 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VICENS, Raúl Sanchez. Geografia da Paisagem e ordenamento ambiental. In: BARBOSA, Jorge Luiz; LIMONAD, Ester (orgs.). *Ordenamento Territorial e Ambiental*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2012.

# O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL E SUA COMPLEXA RELAÇÃO COM O ESPAÇO URBANO

**Natalia Silveira Alves**

*Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação*

*Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.*

*natalia.silveira.alves@hotmail.com*

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de analisar a relação existente entre o espaço urbano e o exercício da cidadania no Brasil. Pretende-se, a partir da compreensão do espaço como produtor e produto da sociedade, examinar esta relação entre o espaço e a consolidação da consciência cidadã e analisar como ela se expressa no Brasil, cuja realidade social apresenta altos níveis de desigualdade e o poder de império do Estado ainda se sobrepõe às necessidades básicas da população, como moradia e vida digna.

**Palavras-chave:** espaço urbano; cidadania; Brasil

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a relação existente entre o espaço urbano e o exercício da cidadania no Brasil. Pretende-se, a partir da vertente metodológica jurídico-sociológica<sup>94</sup>, compreen-

---

<sup>94</sup> “A segunda vertente, jurídico-sociológica, propõe-se a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Analisa o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade. Preocupa-se com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que o próprio Direito estabelece com os demais campos: sociocultural, político e antropológico. (...) A análise de efetividade que essa vertente também faz, cumpre o mesmo papel da eficácia, complementando-o com a análise de demandas e de necessidades coais e de sua adequação aos institutos jurídicos, sociais e políticos.” (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 22).

der esta relação entre o espaço e a consolidação da consciência cidadã e analisar como ela se expressa no Brasil, cuja realidade social apresenta altos níveis de desigualdade e o poder de império do Estado ainda se sobrepõe às necessidades básicas da população, como moradia e vida digna.

A compreensão desse binômio, espaço-cidadania, exige a compreensão sobre o espaço como componente da sociedade, influenciando-a e sendo influenciado por suas relações sociais e econômicas. A partir de então, o vínculo entre espaço e cidadania torna-se mais evidente, o que possibilita reflexões sobre outras variáveis capazes de ensejar modificações no espaço e trazer consequências para a cidadania.

Nesses termos, o presente trabalho terá o seu objeto desenvolvido em dois momentos específicos. Inicialmente, estuda-se o espaço como produtor e produto da sociedade, utilizando-se da doutrina de Henri Lefebvre e dos ensinamentos de David Harvey, o qual, em seu livro, *A produção capitalista do espaço*, realiza uma análise crítica sobre a transformação do espaço em função do capital, ratificando a posição de que sem a reorganização geográfica e espacial o sistema capitalista já teria deixado de funcionar, justamente pela ausência de suporte para as suas necessidades globais<sup>95</sup>.

Em um segundo momento, analisa-se o processo de urbanização do Brasil e seus reflexos para a nascente e frágil cidadania brasileira, caracterizada por James Holston<sup>96</sup> como incluyente, mas desigual. Nesta seara, analisa-se alguns casos concretos que evidenciam esta relação complexa entre espaço urbano e a construção da cidadania no

---

<sup>95</sup> HARVEY, 2005, p. 193.

<sup>96</sup> De acordo com Holston, “o pertencimento nacional brasileiro é expansivo e generoso, um guarda-chuva que reúne todo mundo, mas o faz com distinções hierárquicas, como um corpo em que cada membro tem um reconhecimento público específico” (HOLSTON, 2013, p. 118).



Brasil, como, por exemplo, o movimento de desocupação decorrente das obras para a Copa e Olimpíadas e a crise habitacional vivenciada nos grandes centros.

## **1 O espaço como fonte de cidadania**

O espaço não deve ser analisado de forma limitada, dentro das suas próprias amarras, pois ele espelha os anseios e as necessidades de quem o transforma, e, com o tempo, passa a fazer parte e a representar a história de uma sociedade, deixando de ser um mero componente físico para tornar-se elemento essencial de uma vida. Assim, influenciando e sendo influenciado pelo social, o espaço supera os seus limites objetivos, consolidando-se como um elemento fundamental para a prática cidadã.

### **1.1. O espaço como produto e produtor da sociedade**

O estudo sobre o espaço exige uma percepção mais profunda sobre a sua produção e sobre os fatores que influenciam sua conformação. Na realidade, para estudá-lo e compreendê-lo é fundamental que o espaço seja percebido como elemento da sociedade, passando a ser visto como instituto complexo, que se compatibiliza com os anseios da sociedade - sociais, econômicos e políticos - e com a vida das pessoas, expressando-se nas concepções morais, religiosas e históricas de cada um (espaço interno) e também na relação de cada um com o espaço externo.

Henri Lefebvre, filósofo e sociólogo francês, desenvolveu importantes contribuições para a compreensão do espaço dentro da sociedade e, também por isso, influenciou grandes estudiosos sobre o tema, consolidando o entendimento de que o espaço é social. Em sua obra *A Produção do Espaço*, Lefebvre delinea o caminho para a percepção das várias facetas do espaço, e com a tríade *percebido - concebido -*

*vivido*<sup>97</sup>, ele evidencia os dois grandes papéis exercidos por ele, o de produtor e o de produto da sociedade<sup>98</sup>.

De acordo com Lefebvre, ao mesmo tempo em que o espaço espelha as necessidades sociais, ele é um elemento modificador da sociedade e esta dialética expõe o processo complexo de formação (descoberta, produção e criação) e de conformação do espaço. O espaço sofre transformações ensejadas pelos anseios sociais, mas também transforma a sociedade, influenciando seu jeito de viver e de entender o próprio espaço.

Utilizando-se ainda das ricas conceituações de Henri Lefebvre - *prática espacial, representações de espaço e espaço de representações* – é possível entender o poder desempenhado pelo espaço e a coexistência de vários elementos capazes de caracterizar e transformar a vida em sociedade.

Assim, ganha contornos uma triplicidade sobre a qual se voltará em mais de uma retomada:

a) A prática espacial, que engloba produção e reprodução, lugares especificados e conjuntos espaciais próprios a cada formação social, que assegura a continuidade numa relativa coesão. Essa coesão implica, no que concerne ao espaço social e à relação de cada membro de determinada sociedade ao seu espaço, ao mesmo tempo uma competência certa e uma certa performance.

---

<sup>97</sup> "Pode-se supor que a prática espacial, as representações do espaço e os espaços de representação intervêm diferentemente na produção do espaço: segundo suas qualidades e propriedades, segundo as sociedades (modo de produção), segundo as épocas. As relações entre esses três momentos – o percebido, o concebido, o vivido – nunca são simples, nem estáveis, tampouco são, mais "positivas", no sentido em que esse termo opor-se-ia ao "negativo", ao indecifrável, ao não-dito, ao interdito, ao inconsciente." (LEFEBVRE, 2000, p. 45)

<sup>98</sup> "À sua maneira produtivo e produtor, o espaço (mal ou bem organizado) entra nas relações de produção e nas forças produtivas. Seu conceito não pode, portanto, ser isolado e permanecer estático. Ele se dialetiza: produto-produtor, suporte de relações econômicas e sociais." (LEFEBVRE, 2000, p. 5)

b) As representações do espaço, ligadas às relações de produção, à “ordem” que elas impõem e, desse modo, ligadas aos conhecimentos, aos signos, aos códigos, às relações “frontais”.

c) Os espaços de representação apresentam (com ou sem código) simbolismos complexos, ligados ao lado clandestino e subterrâneo da vida social, mas também à arte, que eventualmente poder-se-ia definir não como código do espaço, mas como código dos espaços de representação. (LEFEBVRE, 2000, p. 36)

Conforme se extrai dos ensinamentos precisos de Lefebvre, o espaço físico é apenas um dos muitos espaços produzidos pela sociedade, existindo signos, códigos e símbolos que representam também um espaço social, qual seja, um espaço ocupado pelas pessoas de forma subjetiva.

Em primeiro plano, por assim dizer, há o espaço físico com suas conformidades geográficas, o qual traduz as necessidades logísticas da sociedade, desde a construção de ruas e avenidas, até aterramentos e construções. Com o desenvolvimento econômico, tanto as áreas urbanas como as áreas rurais sofrem modificações no sentido de se adequarem às necessidades e, na grande parte das vezes, essas modificações possuem como finalidade única favorecer o desenvolvimento industrial, não se importando se para isto, outros espaços sejam ocupados.

Estes outros espaços, por ultrapassarem as barreiras físicas e alcançarem subjetividades inerentes a condição humana, traduzem uma relação muito mais complexa entre os anseios sociais e a apropriação do espaço, espelhando outras simbologias e códigos, relações de pertencimento e a própria história das pessoas que os habitam. Estas complexidades geram consequências diretas no desenvolvimento de

uma percepção efetiva de cidadania, compreendo esta como um modo de incorporação de indivíduos e grupos ao contexto social<sup>99</sup>.

Assim, o espaço, para ser compreendido, deve ser considerado a partir de todos os seus ângulos de análise, desde o concreto (físico) até o abstrato. Através desse exame amplo é possível compreender as consequências de sua transformação sem planejamento para a sociedade e o quanto a busca por urbanização e desenvolvimento econômico pode acarretar problemas graves para a o exercício da cidadania em um país.

## **1.2 A apropriação econômica do espaço urbano e as consequências para a prática cidadã**

A história do espaço pode ser contada dando ênfase a três momentos importantes: o primeiro, onde o espaço era utilizado para a realização de atividades interligadas à sobrevivência e o homem se submetia às possibilidades ali existentes; um posterior, com a formação de grupos sociais mais desenvolvidos, com novas técnicas e novos conhecimentos para o manuseio do espaço e sua adaptação às necessidades que surgiam; e um terceiro momento, composto por relações sociais mais complexas, onde o espaço é produzido e modificado em função da economia, isto é, das necessidades do sistema econômico em questão.

A utilização do espaço como meio para se atingir a uma finalidade econômica maior, interligada a industrialização e aos mecanismos responsáveis por seu crescimento e fortalecimento, acelerou o processo de urbanização e, em um momento de grande ebulição in-

---

<sup>99</sup> "A cidadania, no âmbito deste esforço coletivo, não pode mais ser vista como um conjunto de direitos formais, mas como um modo de incorporação de indivíduos e grupos ao contexto social." (VIEIRA, 2001, p.48).

dustrial, grande parte da população mundial passou a ocupar centros urbanos, deixando o campo.

Em escala mundial, o século XX pode ser considerado como o “século da urbanização”. Na esteira do desenvolvimento propiciado e propagado pelas sucessivas revoluções industriais, desencadeou-se um processo global de transformação da organização espacial, de modo que, na atualidade, a maioria da população mundial encontra-se localizada no espaço urbano, não mais no campo. O setor de serviços ganhou primazia em relação ao setor primário da economia. Não há mais uma divisão estanque entre as atividades de produção e gestão no processo do trabalho, atualmente pulverizado nas mesmas condições em qualquer lugar do mundo, com uma livre e intensa circulação de capitais. (BELLO, 2013, p. 268)

É notório que a urbanização<sup>100</sup> foi acelerada pelo processo de industrialização, que, em razão de suas exigências e necessidades, ensejou mudanças na organização da sociedade, no seu modo de viver e na sua maneira de ocupar o espaço. As cidades ganharam destaque para a economia acelerada e os núcleos urbanos tornaram-se os grandes responsáveis pelo desenvolvimento da máquina capitalista, sendo visível o sistema de retroalimentação entre cidade e economia.

Em razão deste elo, a concepção sobre o espaço sofre alterações. O espaço físico passa a ser elemento fundamental para a economia, justamente por espelhar as necessidades do seu crescimento. Assim, o desenvolvimento econômico se apropria do espaço geográfico, exigindo novas áreas para a indústria e para o comércio, novas estru-

---

<sup>100</sup> “O termo urbanização refere-se ao mesmo tempo à constituição de formas espaciais específicas das sociedades humanas e das populações num espaço restrito, bem como à existência e à difusão de um sistema cultural específico, a cultura urbana. A noção ideológica de urbanização refere-se ao processo pelo qual uma proporção significativamente importante da população de uma sociedade concentra-se sobre um certo espaço, onde se constituem aglomerados funcional e socialmente interdependentes do ponto de vista interno, e numa relação de articulação hierarquizada (rede urbana).” (CASTELLS, 2006, p. 40)

turas de transporte, novas fontes de comunicação, enfim, novos arranjos urbanos. Neste ponto, esclarecedores são os ensinamentos de David Harvey:

Assim, o capital passa a ser representado na forma de uma paisagem física, criada à sua própria imagem, criada como valor de uso, acentuando a acumulação progressiva do capital em escala expansível. A paisagem geográfica, abrangida pelo capital fixo e imobilizado, é tanto uma glória coroada do desenvolvimento do capital passado, como uma prisão inibidora do progresso adicional da acumulação, pois a própria construção dessa paisagem é antitética em relação à “derrubada das barreiras espaciais” e, no fim, até à “anulação do espaço pelo tempo”. (HARVEY, 2005, p. 53)

Harvey, em seu livro *A produção capitalista do espaço*, realiza uma análise crítica sobre a transformação do espaço em função do capital e ratifica a posição de que sem a reorganização geográfica e espacial, o sistema capitalista já teria deixado de funcionar, justamente pela ausência de suporte para as suas necessidades globais.

A acumulação do capital sempre foi uma ocorrência profundamente geográfica. Sem as possibilidades inerentes da expansão geográfica, da reorganização espacial e do desenvolvimento geográfico desigual, o capitalismo, há muito tempo, teria deixado de funcionar como sistema econômico político. Essa mudança incessante rumo a um “ajuste espacial”, referente às contradições internas do capitalismo (registrada, de modo mais perceptível, como superacumulação de capital numa área geográfica específica), junto com a inserção desigual de diversos territórios e formações sociais no mercado mundial capitalista, criaram uma geografia histórica global da acumulação do capital, cujo caráter precisa ser mais bem entendido. (HARVEY, 2005, p. 193)

Como é possível perceber, os novos arranjos urbanos estão vinculados às exigências do sistema e não perpassam, diretamente, pelas necessidades diretas da população, o que enseja desigualdades e contribui para a exclusão do seu uso e dos benefícios que dele poderia

ser extraído. Vale frisar, mais uma vez, que a grande ocupação das cidades foi derivada do sistema político-econômico que em um primeiro momento precisava de força de trabalho suficiente para suas ambições e posteriormente, invertendo a lógica inicial, passou a se fazer necessário para quem não tinha outras oportunidades.

Não é preciso uma análise profunda para que se perceba a forma perversa com que o desenvolvimento econômico age no espaço, segregando quem dele vive. Observando grande parte dos importantes centros urbanos, as zonas territoriais, por mais desorganizadas que possam ser, são divididas em classes sociais, evidenciando um sistema cruel de exclusão territorial e um número expressivo de marginalizados, para os quais são atribuídas as áreas mais afastadas e sem estrutura capaz de absorver as necessidades desta população.

O quadro de contraposição entre uma minoria qualificada e uma maioria com condições urbanísticas precárias relaciona-se a todas as formas de desigualdade, correspondendo a uma situação de exclusão territorial. Essa situação de exclusão é muito mais do que a expressão da desigualdade de renda e das desigualdades sociais: ela é agente de reprodução dessa desigualdade. Em uma cidade dividida entre a porção legal, rica e com infraestrutura e a ilegal, pobre e precária, a população que está em situação desfavorável acaba tendo muito pouco acesso a oportunidades de trabalho, cultura ou lazer. Simetricamente, as oportunidades de crescimento circulam nos meios daqueles que já vivem melhor, pois a sobreposição das diversas dimensões da exclusão incidindo sobre a mesma população fazem com que a permeabilidade entre as duas partes seja muito pequena. (ROLNIK, 2002, p.54)

Somada a esta questão, o espaço subjetivo também é invadido e desrespeitado por essas mudanças. Como analisado anteriormente, as relações estabelecidas entre a população e o espaço vão muito além do espaço físico em si. Sentimentos de identificação e pertencimento nascem e a relação entre determinado grupo social e o local em que habita, trabalha e estuda, ganha conotações muito mais profundas que

as fisicamente vistas. A própria consciência sobre cidadania se destaca e pode se desmoronar por uma pequena, mas devastadora, ação em benefício ao desenvolvimento econômico e industrial.

A prática cidadã impõe acesso a direitos básicos, perpassando pela participação democrática na política e concluindo-se no acesso a serviços públicos de qualidade. Com a ocupação do espaço exclusivamente para finalidades econômicas, a preocupação em garantir ambiente propício para o fortalecimento da cidadania é deixada em segundo plano, refletindo, em muitos locais, uma consciência cidadã esvaziada e debilitada.

O caso do Brasil é muito peculiar, justamente por serem nítidas as consequências perigosas trazidas por uma economia acelerada e em crescimento. Como explica Raquel Rolnik, “no Brasil urbano do terceiro milênio, entretanto, a maior parte do território é ocupada pelo vasto campo da pobreza e de uma urbanização incompleta que a utopia da modernidade não atingiu” (ROLNIK, 2003).

## **2 A relação complexa entre espaço urbano e cidadania no Brasil**

A história do Brasil foi marcada por dominação e exploração. A utilização como colônia de exploração, a divisão de terras por capitães e a ausência de governabilidade preparada e estruturada, deixou heranças arraigadas à realidade brasileira, perpetuando problemas relacionados à propriedade, à utilização do dinheiro público e à distribuição de renda. Sem dúvidas, esta história problemática se refletiu no processo de urbanização do Brasil e concepção de cidadania dos brasileiros, evidenciando uma ocupação espacial desordenada e desigual, principalmente com o desenvolvimento econômico, industrial e tecnológico.



## 2.1 O processo de urbanização brasileira

A primeira fase de urbanização do Brasil, denominada por Milton Santos como urbanização pretérita<sup>101</sup>, foi marcada pela passagem do Brasil rural para o Brasil das cidades, sendo a partir do século XVIII e XIX que a urbanização efetivamente se desenvolveu. Nota-se que neste primeiro período, embora as cidades já se desenvolvessem, eram nos meios rurais que a economia se estruturava, absorvendo grande parte da população do país. Este quadro é alterado a partir da segunda metade do século XIX, com a ascensão do café. Neste momento passa-se a existir uma relação integrada entre espaço e mercado, polarizada em poucas regiões do país.

A divisão do trabalho que se opera dentro dessa área é um fator de crescimento para todos os seus subespaços envolvidos no processo e constitui um elemento de sua crescente diferenciação em relação ao resto do território brasileiro. É com base nessa nova dinâmica que o processo de industrialização se desenvolve, atribuindo a dianteira a essa região, e sobretudo ao seu polo dinâmico, o Estado de São Paulo. Está aí a semente de uma situação de polarização que iria prosseguir ao longo do tempo, ainda que em cada período se apresente segundo uma forma particular. (SANTOS, 1993, p. 27)

A partir dos anos 40 e 50 é a industrialização e seus mecanismos que prevalecem. E este momento deve ser percebido não apenas pela movimentação econômica, mas também pelos resultados dela derivados, no sentido de se integrar as regiões do país, com o objetivo de expandir o consumo, fomentar as relações entre regiões e formar

---

<sup>101</sup> “Tratava-se muito mais da geração das cidades que mesmo de um processo de urbanização. Subordinado a uma economia natural, as relações entre os lugares eram fracas, inconstantes, em um país com tão grandes dimensões territoriais. Mesmo assim, a expansão da agricultura comercial e a exploração mineral foram a base de um povoamento e uma criação de riquezas redundando na ampliação da vida de relações e no surgimento de cidades no litoral e no interior. A mecanização da produção (no caso de cana de açúcar) e do território (não apenas no cano da cana) vem trazer novo impulso e nova lógica ao processo. (SANTOS, 1993, p. 20)

um mercado nacional. Até os anos 80, o Brasil passa por uma verdadeira inversão do modo de vida, deixando de ser rural, para se tornar urbano, e vive não apenas um processo de integração entre as regiões, mas também de fluidez do território, onde o “espaço torna-se fluido, permitindo que os fatores de produção, o trabalho, os produtos, as mercadorias, o capital, passem a ter uma grande mobilidade” (SANTOS, 1993, p. 39).

O desenvolvimento da indústria fez com que o processo de urbanização se acelerasse, e assim as cidades se conformaram e se transformaram para atender as demandas do capital. O Brasil se industrializou e com as indústrias novas preocupações com transporte, comunicação, linhas de produção, escoamento de produtos, informação, desenvolvimento de tecnologia e acessibilidade apareceram, e, em complemento, com o número expressivo de novos habitantes urbanos, as cidades também tiveram que desenvolver novas estruturas para acompanhar a população, como novas redes de esgoto, transporte público, calçamento, entre outros.

Ocorre que as exigências econômicas não seriam capazes de atender às necessidades desta nova população urbana, formada, em número considerável, pelo êxodo rural. Assim, o Brasil urbano viu crescer a desigualdade social já solidificada no campo, com a exclusão de boa parte da população mais humilde, sem acesso a serviços públicos básicos, sendo personalizados como verdadeiros excedentes do capital, cujo lugar no espaço é o do trabalho e mais nada.

Percebe-se que a urbanização brasileira foi marcada pela superação do campo e inchaço das cidades, com grandes ondas migratórias para as regiões mais industrializadas. Estas circunstâncias intensificaram a desigualdade entre regiões e favoreceram um triste processo de favelização, o qual encontra no descaso estatal o seu grande responsável. O nascimento das primeiras favelas foi impulsionado pela

incapacidade organizacional do Estado em absorver os trabalhadores que impulsionavam o crescimento econômico das cidades, segregando e isolando comunidades inteiras para áreas com acesso limitado a condições mínimas de sobrevivência digna. Ademais, tal segregação de classe também representou uma segregação racial, demarcando mais um episódio triste de estigmatização dos territórios ocupados pela população negra.

Usamos para isso a noção de território urbano, uma geografia feita de linhas divisórias e demarcações que não só contém a vida social, mas nela intervém, como uma espécie de notação das relações que se estabeleceram entre os indivíduos que ocupam tal espaço. A história da comunidade negra é marcada pela estigmatização de seus territórios na cidade: se, no mundo escravocrata, devir negro era sinônimo de subumanidade e barbárie, na República do trabalho livre, negro virou marca de marginalidade. O estigma foi formulado a partir de um discurso etnocêntrico e de uma prática repressiva; do olhar vigilante do senhor na senzala ao pânico do sanitarista em visita ao cortiço; do registro esquadrinhador do planejador urbano à violência das viaturas policiais nas vilas e favelas. (ROLNIK, 1989)

As cidades passaram a espelhar exclusões sociais, evidenciando questões muito mais profundas, relacionadas à própria prática cidadã. A cidadania apenas encontra espaço pleno para o seu desenvolvimento e exercício se respeitadas as conjunturas essenciais para a própria percepção da condição de cidadão. No caso específico do Brasil, os legalmente cidadãos encontram na desigualdade social uma barreira perversa para o desenvolvimento pleno de uma consciência real de cidadania.

## 2.2 A experiência da cidade e a nova consciência sobre cidadania

A industrialização, a urbanização, o processo migratório e as novas formas de organização social tornaram as cidades estratégicas para o exercício da cidadania no Brasil, haja vista a confluência de raça, religião, cultura e gênero em um mesmo espaço territorial. No entanto, ao mesmo tempo em que propiciaram o fortalecimento desta noção de identidade social, os centros urbanos evidenciaram núcleos de marginalizados, para os quais a própria percepção de cidadania não corresponde à realidade historicamente construída.

Analisando o desenvolvimento da cidadania no Brasil, percebe-se que, inicialmente, a condição de cidadão se interligava a liberdade. Para ser cidadão, era necessário ser livre. Porém, esta cidadania extensiva não impedia as restrições políticas e civis à grande parte dos ditos cidadãos, onde raça, gênero e religião eram vistos como critérios limitadores de direitos e, portanto, de cidadania.

Em razão da extensão territorial do Brasil, o Estado não conseguia exercer sua autoridade e seu domínio pelos quatro cantos do país, e esta inabilidade em administrar as áreas afastadas dos centros desenvolvidos forçou a realização de acordos com as elites locais, impedindo o fortalecimento da cidadania nacional. Em locais cujas eleições eram baseadas nos chamados votos de cabresto e com altos níveis de corrupção, a consciência cidadã foi esvaziada e não conseguiu se desenvolver.

Assim, com limitações ao sufrágio (gênero, classe social, dependência doméstica, educação, religião, entre outros) e com eleições questionáveis, o Brasil independente e posteriormente republicano enfrentou muitas barreiras para alcançar, ao menos, uma participação política igualitária, o que foi, sem dúvidas, estabelecido com a Constituição da República de 1988. Ocorre que, conforme analisado anteriormente, o exercício da cidadania não se limita a participação democrática às eleições, a cidadania encontra respaldo no acesso a direitos,

devendo ser considerada não apenas a partir da sua vertente política, mas, sobretudo, a partir da sua vertente social.

Holston, ao analisar a construção da cidadania no Brasil, explica que, ao mesmo tempo em que ela motiva lutas pela inclusão, também colabora com exclusões profundas no interior da sociedade brasileira, se caracterizando, muitas vezes, por legitimar desigualdades. E esta é uma situação que o Brasil ainda não conseguiu superar, tendo em vista que os muros sociais persistem e resistem com o auxílio do Estado, de uma parte da sociedade e das exigências de um mundo globalizado, impostas sobre um país com um histórico de subordinação.

Toma o caso do Brasil como paradigmático de um tipo de cidadania que todas as nações desenvolveram em algum momento e que permanece entre os mais comuns: uma cidadania que administra as diferenças sociais legalizando-as de maneiras que legitimam e reproduzem a desigualdade. A cidadania brasileira se caracteriza, além disso, pela sobrevivência de seu regime de privilégios legalizados e desigualdades legitimadas. (HOLSTON, 2013, p. 22)

Em verdade, o processo de urbanização trouxe à tona a cidadania social, àquela interligada à sociedade urbana com o acesso à educação básica, mercado de consumo e propriedade privada. No entanto, a realidade brasileira perpetuou o oposto, segregando o “espaço urbano num padrão de centro e periferia por uma distribuição centrífuga da desigualdade” (HOLSTON, 2013, p. 260). Como consequência a este tratamento desigual expresso na própria apropriação do espaço urbano, as condições para o fortalecimento de uma consciência cidadã não encontrou meios eficazes de desenvolvimento, sendo certo que a ausência de direitos mina a capacidade de percepção da qualidade de cidadão e, por consequência, a ausência desta percepção dificulta a própria consciência sobre estes direitos, criando um círculo vicioso de desigualdade.

James Holston chama a atenção ao tratar sobre o nascimento de uma *cidadania insurgente*<sup>102</sup> no Brasil, isto é, uma cidadania nascida da luta por reconhecimento de cidadãos legalmente inclusos, mas concretamente excluídos do pacto social. Na realidade, quando a própria população toma ciência dos seus direitos e da força que possui para exigir mecanismos para efetivá-los, ganha espaço uma nova consciência sobre cidadania.

Não obstante este novo caminho, a relação entre cidadania e espaço urbano ainda é muito delicada no Brasil, sendo inúmeros os exemplos que confirmam a fragilidade desta relação e espelham as dificuldades na busca de condições isonômicas para o desenvolvimento pleno de uma consciência cidadã.

### 2.3 As modificações no espaço urbano brasileiro e as consequências para a prática cidadã

Conforme o exposto, a cidadania, no Brasil, ainda não encontrou o seu espaço efetivo de exercício, tendo em vista as muitas variantes que dificultam o desenvolvimento de um caminho já reconhecido legalmente, mas ainda restrito para grande parte da população brasileira. A restrição que se conecta com a forma desigual com que os direitos são garantidos à parte da sociedade, encontra no espaço urbano a evidência da sua existência, sendo certo que a maneira como as cida-

---

<sup>102</sup> “Assim, embora as formas e funções da cidadania diferenciada tenham produzido as periferias urbanas, a experiência de sua autoconstrução ativou erupções de uma cidadania insurgente exatamente nos pontos de apoio da diferenciação. Essa experiência da cidade subverteu o antigo regime de cidadania mesmo quando o perpetuou em novas formas de segregação espacial e social, quando os moradores adquiriram direitos políticos, tornaram-se proprietários de imóveis e consumidores modernos, ganharam direitos à cidade, criaram novas esferas de participação e de compreensão de seus direitos e transformaram a lei numa vantagem.” (HOLSTON, 2013, p. 389)

des se conformam esboça também os papéis sociais desempenhados por aqueles que as habitam.

Expulsos para regiões cada vez mais afastadas e violentas de acordo com que o núcleos urbanos se desenvolvem, a população mais pobre é obrigada a enfrentar a distância para chegar ao trabalho, as muitas horas em transportes de péssima qualidade, as ruas sem asfalto e a ausência de serviços públicos básicos, como coleta de lixo, água encanada, esgoto tratado, atendimento médico próximo, escolas e creches públicas de qualidade. Somada a dificuldade de acesso a serviços básicos para uma vida digna, as regiões atribuídas a esta parte da população também encontram problemas urbanísticos, o que Raquel Rolnik denomina como um *urbanismo de risco*:

Mais do que expressar diferenças econômicas e sociais, este contraste tem implicações profundas na forma e no funcionamento das cidades. O espraiamento em periferias precárias tem levado a uma necessidade absurda de viagens que atravessam a cidade, para conectar cotidianamente espaços de não-cidade às centralidades concentradoras de emprego, oportunidades econômicas, culturais, etc. Os efeitos urbanísticos decorrentes da persistência desta dinâmica são devastadores e ocorrem nos dois termos desta equação. Nas periferias (ou favelas, ocupações, invasões), o urbanismo é eternamente incompleto, e no mais das vezes, de risco. Urbanismo de risco é aquele marcado pela insegurança, quer do terreno, quer da construção ou ainda da condição jurídica da posse daquele território. As terras onde se desenvolvem estes mercados de moradia para os pobres são, normalmente, justamente aquelas que pelas características ambientais são as mais frágeis, perigosas e difíceis de ocupar com urbanização: encostas íngremes, beiras de córregos, áreas alagadiças. As construções raramente são estáveis, e a posse quase nunca totalmente inscrita nos registros de imóveis e cadastros das prefeituras. O risco é, antes de mais nada, do morador: o barraco pode deslizar ou inundar com chuva, a drenagem e o esgoto podem se misturar nas baixadas – a saúde e a vida são assim ameaçadas. No cotidiano, são as horas perdidas no transporte, a incerteza quanto ao

destino daquele lugar, o desconforto da casa e da rua. Mas, neste caso, o urbanismo é de risco para a cidade inteira: por concentrar qualidades num espaço exíguo e impedir que elas sejam partilhadas por todos, os espaços melhor equipados da cidade sentem-se constantemente ameaçados por cobiças imobiliárias, por congestionamentos, por assaltos. (ROLNIK, p. 173, 2000)

A experiência dos grandes centros brasileiros deixa claro que a ocupação do espaço urbano e a forma com que este espaço é gerido obedece aos interesses de quem coordena o desenvolvimento econômico, inexistindo compromisso com a construção de uma cidade que atenda de forma isonômica aos interesses de toda a população. Ao contrário, o que se percebe é a apropriação do espaço urbano habitável por quem pode pagar mais e o distanciamento, cada vez mais intenso, da população mais pobre para regiões periféricas.

Esta situação de exclusão social e territorial pode ser vislumbrada a partir de um olhar mais crítico para a organização das cidades, mas, sem dúvidas, se torna mais evidente em momentos de grave tensão. A tragédia do edifício que desabou no Largo do Paissandu, no centro de São Paulo, por exemplo, evidenciou uma crise habitacional que se estende há anos no país, caracterizada pela dicotomia entre a luta por moradia adequada e propriedades que não desempenham sua função social. Em verdade, as famílias que viram ruir sua única possibilidade de moradia, também perderam a possibilidade de ocupar um espaço de seu interesse, destacando a importância de políticas públicas habitacionais para uma parte expressiva da sociedade.

Nesse mesmo sentido, as cidades brasileiras que sediaram os chamados megaeventos (Olimpíada - 2016 e Copa do Mundo - 2014), vivenciaram transformações urbanas intensas nos últimos anos, as quais desencadearam um processo conturbado de deslocamento populacional.



No Terceiro Mundo urbano, os pobres temem os eventos internacionais de alto nível – conferências, visitas de dignitários, eventos esportivos, concursos de beleza e festivais internacionais –, que levam as autoridades a iniciar cruzadas de limpeza da cidade: os favelados sabem que são a “sujeira” ou a “praga” que seus governos preferem que o mundo não veja.<sup>103</sup>

A busca por uma cidade bonita, bem vista por turistas e adaptada aos grandes eventos internacionais trouxeram consequências imediatas para cidadãos já fragilizados, os quais não apenas tiveram que refazer suas vidas em outras regiões, como também perderam suas referências subjetivas do espaço em que habitavam. As inúmeras perdas, ainda que indenizadas pelo Estado de diferentes maneiras, trazem reflexões, como já mencionado, no desenvolvimento de uma cidadania livre.

Os exemplos narrados não esgotam o assunto, tampouco expressam de modo uniforme a complexidade destes conflitos urbanos, porém, são expressões importantes de um quadro social que necessita ser observado com cuidado e respeito, a fim de que as questões habitacionais também sejam vislumbradas como uma questão de cidadania.

## Conclusão

No presente artigo objetivou-se, através de pesquisa doutrinária específica, compreender a relação complexa existente entre espaço e cidadania, bem como analisar a maneira com que esta relação se expressa no Brasil, cuja realidade social apresenta altos níveis de desigualdade e o poder de império do Estado ainda se sobrepõe às necessidades básicas da população, como moradia e vida digna.

---

<sup>103</sup> DAVIS, Mike. *O belo da cidade*. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2014/06/03/o-belo-da-cidade-mike-davis-sobre-megaeventos/>. Acesso: 02/09/2018.

Em um país como o Brasil, grande territorialmente e com uma população mal distribuída por suas regiões, as questões envolvendo espaço urbano ganham grande relevância e demonstram visivelmente os problemas sociais arraigados a sua história. Nas grandes cidades brasileiras são perceptíveis as segregações espaciais conjugadas às segregações sociais, sendo deixadas para a população mais pobre, as regiões sem estrutura para uma vida digna.

Esse processo de exclusão territorial teve origem no movimento de urbanização vivenciado pelo Brasil, mas foi intensificado pela industrialização e, por consequência, pela apropriação do espaço urbano pelo poderio econômico. A partir do momento que a estrutura do capital se apropria do espaço urbano, as necessidades da população fragilizada são desconsideradas e o acesso a direitos básicos encontra barreiras intransponíveis.

Expulsos para regiões cada vez mais afastadas e violentas de acordo com que os núcleos urbanos se desenvolvem, a população mais pobre é obrigada a enfrentar a distância para chegar ao trabalho, as muitas horas em transportes de péssima qualidade, as ruas sem asfalto e a ausência de serviços públicos básicos para uma vida digna. E, como consequência a este tratamento desigual, as condições para o fortalecimento de uma consciência cidadã não encontra meios eficazes de desenvolvimento.

A prática cidadã impõe acesso a direitos básicos, perpassando pela participação democrática na política e concluindo-se no acesso a serviços públicos de qualidade. Com a ocupação do espaço de forma desigual, a preocupação em garantir ambiente propício para o fortalecimento da cidadania é deixada em segundo plano, refletindo, muitas vezes, um esvaziamento da própria percepção de cidadão. Dessa maneira, entende-se que a luta por cidadania é uma luta por direitos e,

por consequência, uma luta pela apropriação igualitária e digna dos espaços.

## REFERÊNCIAS

BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. Caxias do Sul: Educs, 2013.

DAVIS, Mike. *O belo da cidade*. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2014/06/03/o-belo-da-cidade-mike-davis-sobre-megaeventos/>. Acesso: 02/09/2018

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2006. p. 40 apud. BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. Caxias do Sul: Educs, 2013.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2005.

\_\_\_\_\_. *Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution*. London: Verso, 2012.

HOLSTON, James. *Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Tradução Cláudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LEFEBVRE, Henri. *A produção do espaço*. Trad. Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins. 4ª ed. Paris: Éditions Anthropos, 2000.

ROLNIK, Raquel. *É possível política urbana contra a exclusão?* Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Editora Cortez, v. 72, p. 53-61, 2002. Disponível em: <https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2009/08/politicaurbanacontraexclusao.pdf>. Acesso: 01/09/2018.

\_\_\_\_\_. *Exclusão Territorial e Violência: O caso do Estado de São Paulo*. Cadernos de Textos. Belo Horizonte, v. 2, p. 173 – 196, 2000. Disponí-

vel em:

<https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2009/08/exclusaoterritorialeviolencia.pdf>. Acesso: 02/09/2018.

\_\_\_\_\_. *Política urbana no Brasil. Esperança em meio ao caos?* São Paulo, Revista da ANTP 2003. Disponível em:

<https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2009/08/esperancaemmeioaos.pdf>. Acesso: 01/09/2018.

\_\_\_\_\_. *Territórios Negros nas Cidades Brasileiras (etnicidade e cidade em São Paulo e Rio de Janeiro)*. Disponível em:

<https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2013/04/territc3b3rios-negros.pdf>. Acesso: 01/09/2018

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: HUCITEC, 1993.

VAINER, Carlos. *Pátria, empresa e mercadoria: Notas sobre a estratégia discursiva do Planejamento Estratégico Urbano*. Petrópolis. In: *A cidade do pensamento único: Desmanchando consensos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Cidade de Exceção: reflexões a partir do Rio de Janeiro*. Disponível em:

[http://br.boell.org/sites/default/files/downloads/carlos\\_vainer\\_ippur\\_cidade\\_de\\_excecao\\_reflexoes\\_a\\_partir\\_do\\_rio\\_de\\_janeiro.pdf](http://br.boell.org/sites/default/files/downloads/carlos_vainer_ippur_cidade_de_excecao_reflexoes_a_partir_do_rio_de_janeiro.pdf). Acesso em: 01/09/2018.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil e a globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VILLAÇA, Flávio. *Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil*. In: *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Fupam/Edusp, 1999.

# O IMPACTO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS E ABUSIVAS DE CUNHO CONSUMERISTA NA ESFERA JUDICIAL BRASILEIRA

**ÁLVAREZ, Anton Lois Fernández**

*Doutor em Direito pela Universidade de Vigo (Espanha),  
professor visitante da UFF.  
alfa@uvigo.es*

**CORRÊA, Camila Braga**

*Mestranda em Justiça Administrativa (PPGJA) – UFF  
camilabragacorrea@gmail.com*

**COÊLHO, Diego Henrique Damasceno**

*Mestrando em Justiça Administrativa (PPGJA)  
diego\_coelho@id.uff.br*

**Resumo:** O presente artigo se propõe a dar visibilidade ao problema da expressiva demanda judicial e extrajudicial envolta das cobranças indevidas e abusivas, delineando os contornos da discussão quanto aos conceitos e posicionamentos teóricos alinhados a uma perspectiva estatística, de análise de resultado, mas voltada principalmente para seus efeitos. Para a análise do objeto deste estudo examinou-se a atuação administrativa do SINDEC e do próprio poder judiciário diante de dados coletados em relatórios, bem como a postura adotada pelos consumidores e pelos fornecedores diante da relação consumerista, em especial, as que se voltam para a prática a cobrança indevida e abusiva, além das consequências para cada um dos envolvidos e para o poder judiciário. O corte metodológico foi desenvolvido partindo da revisão bibliográfica diante do método jurídico-doutrinal, num procedimento quantitativo-qualificativo descritivo de conceitos e resultados. Conclui-se que as cobranças indevidas e abusivas são em grande parte causa da morosidade do judiciário e que para ser afastada há a neces-

cidade da aplicação das técnicas e instrumentos da análise econômica do direito.

**Palavras-chave:** cobrança indevida; cobrança abusiva; litigiosidade repetitiva; economia do direito.

## INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo, decisivamente impulsionada pelo keynesianismo, que colocou na demanda agregada ao sucesso do desempenho macroeconômico. Também é fruto do desenvolvimento fundado na industrialização, esta permeada por fatores tecnológicos e de concentrações da atividade empresarial e de capital, cuja maior característica é a necessidade do consumo desenfreado, onde modelos de vida são ditados pelo valor dado ao signo do produto ou serviço, mediante campanhas publicitárias, que deixem o consumidor sempre em alerta (BAUMAN, 1999, p. 91-92).

Estes fatores e seus reflexos, derivados da ação empresarial permitida pelo que Sandel chama de passo de uma economia de mercado a uma sociedade de mercado (SANDEL, 2012, p. 19), acabaram por gerar disfunções e lesões aos consumidores na mesma proporção da produção em escala, requerendo um consumo amplo dos produtos e/ou serviços. Assim, para atingir a satisfação pessoal, o consumidor é atraído por facilidades oferecidas pelos fornecedores, incentivados à aquisição sem o emprego de um crivo racional.

As distorções das relações fornecedor-consumidor podem advir da ausência do domínio das técnicas de cobrança ou da máxima utilização destas, sendo este o ponto de partida para a análise das cobranças indevidas e abusivas, inseridas na relação de consumo, de modo a propiciar o vislumbre dos impactos destes fatos na esfera judicial.

Dentre as técnicas de mercado, o domínio das cobranças deve ser atividade efetuada mediante contraprestação e em moldes que assegurem a transparência de parâmetros legais, com fácil constatação efetiva pelo consumidor. Tais questões inserem a cobrança den-

tro do risco do negócio, sendo que o seu desenvolvimento não pode ser causador de danos aos consumidores finais. Indo de encontro a tal posicionamento tem-se a reiterada liderança das demandas que cuidam de cobranças indevidas e abusivas apontadas nos relatórios elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), nos últimos cinco anos. Destes relatórios ainda é possível identificar as áreas de maior concentração e empresas mais demandadas, além dos reflexos no congestionamento dos processos.

Com base na metodologia traçada, e empregando os métodos quantitativos, qualitativos e descritivos, o estudo pretende traçar o perfil do consumidor e do fornecedor, em sede de litigiosidade repetitiva e comentar os seus impactos no Judiciário, bem como quantificando o impacto das práticas indevidas e abusivas dentro do âmbito jurisdicional brasileiro - no contexto da proteção do consumidor. Para tanto, partindo de uma aprofundada revisão bibliográfica da matéria, também é enxertado o método jurídico-doutrinal, com análise dos conceitos de cobrança indevida e abusiva, sobre a base da jurisprudência que remete ao tema, assim como na análise da dinâmica econômica do direito e da incidência da teoria da indenização punitiva ao tema proposto.

Aliás, no intuito de promover relações integradas sob os vieses doutrinários e estatísticos, bem como sobre suas eventuais causas e efeitos é que este trabalho se volta para uma pesquisa exploratória de dados fornecidos, principalmente, em relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça e elementos coletados pelo SINDEC, nos últimos cinco anos e numa expressão qualitativa, espera-se alcançar os impactos que tais matérias acarretam ao Poder Judiciário, inseridas dentro de um contexto da análise econômica do direito, sob os influxos da teoria do desestímulo e sua relação com o crescente congestionamento de processos.

As análises propostas buscam apreciar a elaboração, a formação, o impacto e as consequências econômicas do descumprimento contratual, mediante métodos técnicos, jurídicos e econômicos de ob-

tenção da melhor prestação jurisdicional e de promoção e maximização da riqueza e dos interesses sociais, ante o menor prejuízo possível, bem como ampliar possibilidades para a correção do posicionamento do mercado e da ciência jurídica.

## **1. SOBRE A COBRANÇA INDEVIDA E A COBRANÇA ABUSIVA COMO TEMAS MAIS DEMANDADOS DENTRE AS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS NAS ESFERAS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL**

O artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, o consumidor inadimplente não poderá ser exposto ao ridículo, sendo que a cobrança que expõe o consumidor a constrangimento, ameaça (física ou moral) e que, de alguma forma, venha a interferir diretamente em seu trabalho, descanso ou lazer é considerada abusiva. Enquanto isso, o artigo 71 do mesmo diploma legal considera crime a cobrança do fornecedor que ao “utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, de coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, ao ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer”, com pena de detenção de três meses a um ano e multa.

Por outro lado, a cobrança indevida, na esfera consumerista é aquela em que cobra por produto ou serviço não ofertado ou se ofertado que já tenha sido pago, mas tal valor não tenha sido contabilizado pelo fornecedor. Diante destas hipóteses, emerge a possibilidade do consumidor receber o valor cobrado de forma indevida em dobro, conforme a regra do artigo 42, parágrafo único.

Apesar de possuírem definições e previsões legais diversas, os estudos e análises que cuidam da cobrança abusiva e indevida não as tratam de forma dissociada, sendo que tal assertiva é constatada nos dados fornecidos pelo SINDEC e pelos relatórios produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça e que serão objeto de análise deste trabalho.



No intuito de cumprir a proposta deste estudo diante de uma análise pormenorizada sobre as cobranças abusivas e indevidas, necessário se faz voltar a atenção para os Temas Mais Demandados nas esferas extrajudiciais e judiciais, em razão da expressividade que circunda o objeto deste estudo.

Diante de uma sociedade complexa e estabelecida sob o modelo do capitalismo em que a regra básica de que o mercado não se fixa numa relação equilibrada e livre da influência direta dos governos, mas numa relação entre oferta e procura é de se ter em mente que as questões consumeristas alcancem distorções compatíveis com o tamanho do mercado em que ela se insere, face à determinação do consumo, ilustrada pela lei psicológica fundamental, proposta por Keynes, que neste sentido aduz:

A lei psicológica fundamental, da qual temos o direito de depender com grande confiança a priori de nosso conhecimento da natureza humana e dos fatos detalhados da experiência, é que os homens estão dispostos, em regra e na média, a aumentar seu consumo à medida que sua renda aumenta, mas não tanto quanto o aumento de sua renda. (KEYNES, 1936, p. 96, tradução nossa)<sup>104</sup>.

Assim, a sociedade de consumo em massa constituída após o desenvolvimento econômico fundando na industrialização permeada de tecnologia, de concentração de atividade e de capital, ao ser alvo de uma produção em larga escala produtos e serviços acabou por ser incutida de um novo padrão fundado no exibicionismo, em que marcas e signos passaram a ter significados maiores do que as próprias prioridades e indispensáveis para a vida e a saúde. Neste sentido, Sandel traz a seguinte opinião:

Vivemos numa época em que quase tudo pode ser comprado e vendido. Nas três últimas décadas, os mercados – e os valores de

---

<sup>104</sup> The fundamental psychological law, upon which we are entitled to depend with great confidence both a priori from our knowledge of human nature and from the detailed facts of experience, is that men are disposed, as a rule and on the average, to increase their consumption as their income increases, but not by as much as the increase in their income. (KEYNES, 1936, p. 96).

mercado – passaram a governar nossa vida como nunca. Não chegamos a essa situação por escolha deliberada. É quase como se a coisa tivesse se abatido sobre nós. Veja-se a questão da desigualdade. Numa sociedade em que tudo está à venda, a vida fica mais difícil para os que dispõem de recursos modestos. Quanto mais dinheiro pode comprar, mais importante é a afluência (ou sua falta). (SANDEL, 2012, p. 11 e 14).

As estratégicas campanhas publicitárias voltadas para a valorização dos sentimentos de amor, segurança, esperança, poder, dentre outros, acendem nos consumidores a necessidade do consumo desenfreado em que parte do processo é voltado para a obsolescência programada para assim não deixar descansar o consumidor ávido por novos produtos e serviços.

“Consumir”, portanto, significa investir na afiliação social de si próprio, o que, numa sociedade de consumidores, traduz-se em “vendabilidade”: obter qualidades para as quais já existe uma demanda de mercado, ou reciclar as que já se possui, transformando-as em mercadorias para as quais a demanda pode continuar sendo criada. A maioria das mercadorias oferecidas no mercado de consumo deve sua atração e seu poder de recrutar consumidores ávidos a seu valor de investimento, seja ele genuíno ou suposto, anunciado de forma explícita ou indireta. Sua promessa de aumentar a atratividade e, por consequência, o preço de mercado de seus compradores está escrita, em letras grandes ou pequenas, ou ao menos nas entrelinhas, nos folhetos de todos os produtos – inclusive aqueles que, de maneira ostensiva, são adquiridos principalmente, ou mesmo exclusivamente, pelo puro prazer do consumir. O consumo é um investimento em tudo que serve para o “valor social” e a auto-estima do indivíduo. O objetivo crucial, talvez decisivo, do consumo na sociedade de consumidores (mesmo que raras vezes declarado com tantas palavras e ainda com menos frequência debatido em público) não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis. (BAUMAN, 2007, p. 75-76)

A defesa do consumidor no ordenamento jurídico pátrio é assegurada pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que a as demandas desse jaez encontram atuação das Defensorias Públicas, das Agências Reguladoras, do Ministério Público, dos PROCONs e do SINDEC, dentre outros órgãos. Isto se dá em razão da necessidade da proteção integral do consumidor, vulnerável na relação, a quem o resguardo de direitos fundamentais não pode ser sopesado em razão do lucro do fornecedor.

A mudança de paradigma nos comportamentos do consumidor e do fornecedor possuem relação direta com o objeto ou serviço colocado no mercado, principalmente, quando se trata da sua qualidade, sendo que a possibilidade de cometimento de erros também passa por alterações e passa a ser compatível com a escala industrial. Assim, as falhas de produção ao colocarem em risco a saúde, a segurança, a integridade e a dignidade dos consumidores não se voltam sempre para um número determinado e mensurável<sup>105</sup>, o que denota uma postura mais assertiva e de fácil acesso dos meios de solução de controvérsias em toda a esfera consumerista.

Sob tal prisma, as estatísticas colhidas no Relatório Justiça em Números 2017, na esfera Estadual, o Direito do Consumidor ocupa o segundo lugar com 1.760.905 (3,46%) sendo que os assuntos mais demandados estão relacionados a Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral, enquanto no 2º grau, desta esfera, o Direito do Consumidor ocupar o terceiro lugar com 256.239 (2,70%) processos relacionados a Contratos de Consumo/Bancários. (CNJ, 2017, 167)

Ademais disto, o mesmo estudo aponta que dentre um total de total de 2.742.638 processos, as questões relacionadas ao Direito

---

<sup>105</sup> Nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Junior assevera que: Os direitos dos consumidores podem ser agrupados dentro da perspectiva individual de um consumidor, o que não elimina a possibilidade de a relação de consumo ter abrangido uma séria indeterminada de pessoas além dele. Nisto reside o caráter tipicamente difuso dos interesses dos consumidores. Todas as pessoas são potencialmente consumidas e um determinado fato pode afetar diretamente um consumidor, e de maneira difusa, uma série imprecisa de outros interessados. (1996, p. 50)

do Consumidor ocupam a primeira e a quinta posição dentre os cinco assuntos mais demandados nos Juizados Especiais Estaduais. As demandas que cuidam da Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral ocuparam o primeiro lugar com 1.234.983 (15,15%) processos, enquanto as que cuidam da Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Material ocuparam o quinto lugar com 268.834 (3,3%) processos. Já nas Turmas Recursais, as demandas que cuidam da Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral ocuparam o primeiro lugar com 144.754 (11,95%) processos, enquanto as que cuidam da Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Material ocuparam o quarto lugar com 40.159 (3,32%) processos. (CNJ, 2017, 170)

Afora os dados acima atinentes à esfera judicial, vale trazer à tona os dados de acesso do consumidor na esfera extrajudicial, colhidos pela Secretaria Nacional do Consumidor, no Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, que ao serem traduzidos para média acerca da "Quantidade de Atendimento" anuais perfaz 2.2997.616 (levando-se em consideração que entre 2014 e 2018, foram realizados 2.510.039 em 2014; 2.646.941 em 2015; 2.457.167 em 2016; 2.287.459 em 2017 e até o momento 1.597.202), enquanto o "Tipo de Atendimento", durante o mesmo período, tem predominância das consultas frente às reclamações ou denúncias.

Delimitados os contornos acerca dos volumes de demandas e reclamações que versam sobre questões consumeristas tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, mostra-se relevante adentrar mais profundamente nas características daquilo que tem servido de pano de fundo e delimitador destes impasses.

Segundo dados constantes no estudo denominado "Perfil de acesso à Justiça", os conflitos de consumo de massa "polarizados entre pessoa física e jurídica, são a causa mais comuns de demandas propostas nos juizados especiais cíveis" (CNJ, 2015, p. 60)<sup>106</sup>. Além dis-

---

<sup>106</sup> Referida pesquisa ainda aponta que "a matéria específica mais comum é relativa a serviços bancários, em todas as capitais e consideravelmente a frente das demais categorias. Em seguida, aparecem as demandas de consumo relativas a serviço de telefo-

to, do estudo que aponta os "100 maiores litigantes" vem a indicação de que nos Juizados Especiais

o setores público Federal e bancário representaram 38% dos processos ingressados no período, com o setor de telefonia logo em seguida, com 6% do total de processos novos. Além disso, 99,8% do total de processos novos dos 100 maiores litigantes nos Juizados Especiais constam como polo passivo. (CNJ, 2012, p. 33)

Diante da espalhada teia em que as relações consumeristas podem ser questionadas, reclamadas, desenvolvidas e demandadas, os Juizados Especiais Cíveis, criados sob o panorama principiológico da simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade, de limitação de recursos e oralidade, mostrou-se como seara adequada para o recebimento das questões que circundam as relações cotidianas de aquisição de produtos e serviços em que ocorreu alguma violação de direito ou da expectativa criada pelo fornecedor. Para ser mais exato, desde longa data é perceptível a predominância das demandas que

---

nia. Discussões judiciais relativas a serviços prestados por planos de saúde e aquelas que discutem serviços de transporte aéreo ou terrestre disputam a terceira posição". Ainda tratando da mesma pesquisa, para se ter uma noção mais completa das questões mais judicializadas nos juizados especiais cíveis tem-se apontado que as Categorias de causas de pedir fáticas mais comuns em demandas de consumo: (i) cobrança indevida 20,66%; (ii) não pagamento de indenização do DPVAT 14,05%; (iii) vício de produto ou serviço 9,92%; (iv) inscrição em cadastro de inadimplente 8,82%; (v) cobrança abusiva 6,34%; (vi) negativa de tratamento de saúde 5,23%; (vii) descumprimento do contrato pelo fornecedor 4,96%; (viii) correções decorrentes de planos econômicos 4,13%; (ix) não entrega do produto 3,03%; (x) movimentação indevida em conta corrente, cancelamento do serviço e descumprimento do contrato pelo consumidor com 2,75% cada; (xi) fraude 1,93%; (xii) violação de bagagem e desistência do consumidor com 1,10% cada; (xiii) assalto/roubo; diferença de preço e falta de informação ao consumidor com 0,83% cada; (xiv) reembolso de valor de passagem; extravio de bagagem; bloqueio indevido de serviço; correção a menor; *overbooking*; furto no estabelecimento do fornecedor causou dano ao consumidor; uso de cartão de crédito furtado; indenização por acidente e acidente no estabelecimento do fornecedor causou dano ao consumidor com 0,55%; (xv) negligência do fornecedor que causou dano ao consumidor; renovação de contrato sem anuência do consumidor; exibição de documentos bancários; cobertura de seguro; revisão de financiamento; alteração unilateral do serviço pelo fornecedor; uso indevido do nome do consumidor para ligação do serviço; prisão por furto no estabelecimento do fornecedor; atraso de voo; dano decorrente do serviço e outros com 0,28% cada.

cuidam de questões consumeristas nos Juizados Especiais Cíveis, tanto que ao tratar dos pedidos e dos conflitos, o "Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis" aponta que

Em relação ao tipo de conflito, nos três estados prevalecem as relações consumeristas, no entanto, quando especificamos esse tipo de relação, nos estados do Rio de Janeiro e do Ceará a ênfase recai sobre as relações entre clientes e prestadores de serviços de telecomunicações, de energia elétrica, e do sistema financeiro. No Amapá as causas relacionadas a consumo intensificam-se no que tange ao comércio de varejo. (CNJ, 2013, p. 19)

No mesmo sentido, o estudo sobre o "Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis" aponta que os conflitos que chegam aos "[...] juizados especiais cíveis versam, em sua maioria, sobre questões derivadas de relações de consumo (propostas por pessoa física contra pessoa jurídica) - dado que, como dito, não é novidade" (CNJ, 2015, p. 53)

Ao tratar ainda das demandas consumeristas nos Juizados Especiais Cíveis, vale realçar que o acesso da população à informação e ao conhecimento de seus direitos<sup>107</sup> fizeram com que essa via de acesso para a pacificação dos conflitos esbarrasse no inchaço, sendo que para a ocorrência de tal fenômeno outros fatores que precisam ser considerado estão na litigiosidade repetitiva e na habitualidade com que alguns fornecedores são demandados<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Nesse sentido, Henrique Avelino R. P. Lana e Daniel Moreira do Patrocínio destacam "De fato, por isso, há maior proliferação de conhecimento pela população acerca de seus direitos do consumidor, pois, comumente, os leigos passam a ter ciência de algum parente, vizinho, colega de trabalho, etc. que, ao ingressar no Juizado Especial Cível (Relações de Consumo), em razão das rotineiras reclamações acima ditas (telefonia, negativação indevida, inexistência de reparo/reexecução, extravios de bagagem aérea), tiveram seu direito efetivamente reconhecido pela Justiça." (Acesso em setembro de 2018)

<sup>108</sup> Os conflitos de consumo de massa, polarizados entre pessoa física e jurídica, são a causa mais comum de demandas propostas nos juizados especiais cíveis. Entre esses, a matéria específica mais comum é relativa a serviços bancários, em todas as capitais e consideravelmente a frente das demais categorias. Em seguida, aparecem as demandas de consumo relativas a serviço de telefonia. Discussões judiciais relativas a serviços

De forma mais atenta às questões objeto deste trabalho, ao tratar especificamente sobre os "Problemas Mais Demandados", o SINDEC tem registrado, desde 2014, na liderança das questões a Cobrança Indevida/Abusiva (567.860 em 2014; 696.537 em 2015; 651.367 em 2016; 612.446 em 2017 e até o momento 423.350 em 2018). Isso sem contar que a cobrança indevida/abusiva lidera os assuntos mais demandados com tanto destaque que o tema que a sucede não alcança metade da quantidade de sua incidência.

Na esfera judiciária, dentre as categorias de causas de pedir fáticas mais comuns em demandas de consumo a cobrança indevida tem a liderança com 20,66% e a cobrança abusiva fica em quinto lugar com 6,34% (CNJ, 2015, 62)

Ademais disto, é de se destacar, ainda diante do que aponta o Sindec, que dentre "Os Assuntos Mais Demandados", desde 2014<sup>109</sup>, as questões tem permanecido na mesma zona de abordagem tratando de telefonia celular; telefonia fixa; cartão de crédito; banco comercial; energia elétrica e TV por assinatura, por vezes ocorrendo somente a troca de lugares no ranking entre os temas. Nessa mesma toada, as "Empresas Mais Demandadas"<sup>110</sup> tem se repetido, ao longo

---

prestados por planos de saúde e aquelas que discutem serviços de transporte aéreo ou terrestre disputam a terceira posição. (CNJ, 2015, p. 60) (grifos no original)

<sup>109</sup> Segundo os dados do SINDEC, os assuntos mais demandados foram: (i) 2018 = Telefonia celular, telefonia fixa, cartão de crédito, banco comercial e energia elétrica; (ii) 2017= telefonia celular, telefonia fixa, cartão de crédito, banco comercial e energia elétrica; (iii) 2016 = telefonia celular, telefonia fixa, cartão de crédito, banco comercial e TV por assinatura; (iv) 2015 = telefonia celular, telefonia fixa, cartão de crédito, TV por assinatura e banco comercial; (v) 2014 = telefonia fixa, telefonia celular, banco comercial, cartão de crédito e TV por assinatura.

<sup>110</sup> Segundo os dados do SINDEC, as Empresas mais demandadas foram: (i) 2018 = OI FIXO/CELULAR - VIVO/TELEFONICA/GVT - CLARO/EMBRATEL/NET - BRADESCO/HSBC - TIM/INTELIG; (ii) 2017 = VIVO/TELEFONICA/GVT - OI FIXO/CELULAR - CLARO/EMBRATEL/NET - BRADESCO/HSBC - TIM/INTELIG; (iii) 2016 = CLARO/EMBRATEL/NET - OI FIXO/CELULAR - VIVO/TELEFONICA/GVT - BRADESCO/HSBC - ITAÚ; (iv) 2015 = CLARO/EMBRATEL/NET - OI FIXO/CELULAR - VIVO/TELEFONICA/GVT - -

destes anos, por vezes alternando apenas a colocação dentre as mais demandadas.

Indo mais a fundo, nas questões que tratam do ramo de atividade do réu pessoa jurídica, em demandas de consumo, por julgado, tem-se que apesar de não existir um comportamento uniforme na distribuição dos ramos de atividade econômica "[...] as instituições financeiras parecem confirmar a sua marcante presença em todos os juizados, seguidas por seguradoras, comércio, telefonia e concessionárias de serviços públicos" (CNJ, 2015, 34-35).

Das questões até aqui apontadas, percebe-se que as cobranças indevidas e abusivas são fortemente tratadas como modalidades sinônimas de violação ao direito consumeirista ao serem agrupadas, na maioria das vezes, sob as mesmas categorias em relatórios. Ao mesmo tempo, a expressividade com que são demandadas nas esferas judicial e extrajudicial as inserem num campo de abrangência de produtos e serviços necessários e indispensáveis ao consumidor, sendo a litigiosidade repetitiva praticada de fornecedores que habitualmente (por longos anos) tem sido demandado.

## **2. PERFIL DOS ENVOLVIDOS NAS DEMANDAS CONSUMEIRISTAS**

O perfil dos autores começa a ser traçado no Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009, destacando que a renda média mensal das pessoas que vivenciaram conflitos neste período, quanto aos serviços de água, luz, telefone e banco perfaziam o montante de R\$ 1.771,00, sendo que à época a renda média da população brasileira com 18 anos ou mais de idade era de R\$ 893,48 (CNJ, 2011, p. 14). Neste mesmo período, aqueles consumidores que buscaram soluções junto ao Procon, a Justiça e o Juizado Especial, possuíam renda média mensal, respectivamente de R\$ 1.496,00; R\$ 1.454,00 e R\$1.416,00, enquanto



aqueles que não buscaram solução tinham renda de R\$ 985. (CNJ, 2011, p. 15)

Seguindo no intuito de traçar o perfil do autor, ao analisar o trabalho intitulado "Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis", elaborado em 2013, tem-se por identificada a predominância do caráter jurídico "(...) de "pessoa física" em todos os estados, sobretudo no Rio de Janeiro (com 97,11%). O Amapá e o Ceará apresentam, respectivamente, 17,86% e 19,27% de processos em que as partes autoras são "pessoas jurídicas" (CNJ, 2013, p. 21). Apesar de o autor em sua maioria ser pessoa física, quanto ao sexo, há alternância de predominância entre o masculino e o feminino nos estados pesquisados, sendo que no que diz respeito à faixa etária não existe grande divergência<sup>111</sup>.

Questão que merece, desde já, ser trazida à tona é o alto índice de demanda reprimida encontrada, principalmente no Amapá; além da pequena participação da defensoria pública a nível nacional; o acesso equilibrado de autores representados em juízo por advogados particulares e sem o auxílio destes profissionais no Ceará e o contraste que estes dados estabelecem perante o predomínio da representação do autor, por advogado particular, no Rio de Janeiro<sup>112</sup>.

Ainda dentro de uma escala cronológica dos estudos em que é possível traçar o perfil dos autores, já em 2015, diante da análise dos estudos que integraram o "Perfil do acesso à justiça nos juizados

---

<sup>111</sup> Tal questão é constatada no seguinte trecho: Os autores são em sua maioria do sexo masculino, nos estados do Amapá e Ceará, mas sem grandes discrepâncias (51,83% e 53,61% respectivamente). Já no Rio de Janeiro a maior parte dos autores é do sexo feminino (52,03%). Com base na data de nascimento da parte autora foi possível calcular a idade média dos autores dessas ações: 40 anos e 2 meses no Amapá, 46 anos e 11 meses no Ceará e 45 anos e 8 meses no Rio de Janeiro. (CNJ, 2013, p. 21)

<sup>112</sup> Cabe destacar que: "No que diz respeito à representação legal do autor existe grande divergência entre os três estados, no Amapá a maior parte dos autores não recorre a nenhum tipo de representação legal (60%), no Ceará as ações dividem-se em ações com advogados particulares (48,62%) e sem representantes legais (44,04%), já no Rio de Janeiro predominam as ações em que o autor se faz representar por advogado particular (78,42%). Outro dado relevante nessa tabela é a grande ausência da defensoria pública na representação legal dos autores, presente em menos de 2% das ações. (CNJ, 2013, p. 21)

especiais cíveis", constata-se a manutenção da forma alternada de predominância do sexo masculino e feminino nos Juizados Especiais Cíveis analisados, enquanto a faixa etária de predominância manteve-se inalterada perante o estudo acima mencionado<sup>113</sup>.

Por outro lado, se até aqui a demanda reprimida se mostra bastante expressiva a partir de então, referido dado ou deixa de ser analisado nos relatórios ou não se torna mais possível buscar a sua mensuração como antes. Entretanto, aqueles que judicializam suas demandas deixam de ser enquadrados em faixas salariais e passam a integrar categorias profissionais, sendo que as diversidades destas categorias começam a apontar por uma judicialização crescente, em relações consumeristas, nos seguintes moldes:

Limitando-se às demandas que envolvem relações de consumo, as ocupações profissionais mais comuns dos autores pessoa física estão entre três categorias heterogêneas: profissões que não exigem nível superior, profissões que exigem nível superior e os aposentados. Também marcaram presença os trabalhadores domésticos e estudantes, em menor proporção geral e especificamente maior em alguns juizados. (CNJ, 2015, p. 33)

Nesse ensejo, vale destacar que as demandas consumeristas não integram somente o poder judiciário, tendo em vista a forma de organização administrativa voltada para tal esfera determina que o fornecedor estabeleça um canal de atendimento direto com o fornecedor, além de ter disponibilizado o acesso junto a órgãos extrajudiciais para se alcançar a solução dos conflitos. Assim é que, no intuito de traçar o perfil do consumidor, dentro de um contexto que se estende de 2014 até os dias atuais, o SINDEC, aponta que na Faixa Etária de maior expressão está o público que possui entre 31 a 40 anos (23,94%

---

<sup>113</sup> As razões que corroboram tal premissa decorrem das seguintes razões: Considerando-se apenas o tipo padrão de processos dos JECs, propostos por pessoa física contra pessoa jurídica, o autor é, na maioria dos casos e independentemente da matéria discutida, do sexo masculino e média etária de 40 anos. Em alguns juizados, como SL Cohab, SP Santana e SP Santo Amaro a presença feminina é maior. Em BE Idoso, CG Centro e FL Trindade a distribuição entre os sexos é equivalente. (CNJ, 2015, p. 31)

em 2014; 23,47% em 2015; 22,98% em 2016; 22,02% em 2017 e até o momento 21,1% em 2018), seguido do público que possui 41 a 50 anos (20,76% em 2014; 20,54% em 2015; 19,95% em 2016; 18,34% em 2017 e até o momento 19,99% em 2018). No que diz respeito ao Gênero do Consumidor, tem-se a predominância de acesso do sexo feminino sobre o masculino desde a disponibilização da plataforma<sup>114</sup>.

De outro lado, após o enfrentamento das características do consumidor que tem se valido tanto do âmbito judicial e mais especificamente do extrajudicial, no campo das questões consumeristas, mostra-se necessário trazer as características do réu/fornecedor que se encontra no outro polo das relações demandadas<sup>115</sup>.

Nesse ponto, há que se destacar dos tipos de partes e disputa de espaço nos juizados, tem-se ainda identificado, mesmo que de forma minoritária "demandas propostas por pessoa jurídica contra pessoas físicas ou apenas entre pessoas físicas" (CNJ, 2015, 28) o que pode ser justificado, segundo relatos obtidos com usuários e servidores dos juizados em razão das pessoas tentarem "(...) conseguir uma

---

<sup>114</sup> A distribuição dos consumidores por Gênero, que acessaram a plataforma do SINDEC, encontra-se disposta da seguinte forma: (i) em 2014, feminino 54,53% e masculino 45,47%; (ii) em 2015, feminino 54,07% e masculino 45,93%; (iii) em 2016, feminino 53,48% e masculino 46,52%; (iv) em 2017, feminino 53,50% e masculino 46,50% e (iv) em 2108, feminino 53,44% e masculino 46,56%

<sup>115</sup> Tais dados são trazidos no Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis que ao tratar do requerido o aponta como; No estado do Amapá, em 63,46% dos autos o requerido é constituído por pessoa física. Uma hipótese possível é a da proeminência das relações de consumo no varejo e daqueles que trabalham de maneira informal não constituindo "pessoa jurídica" nas relações consumeristas.

No Ceará a proporção encontra-se em grande medida equilibrada, constando nos nossos dados coletados um percentual de 47,71 para pessoas jurídicas e de 51,07 para pessoas físicas.

Já no Rio de Janeiro a grande maioria dos requeridos é constituída por "pessoas jurídicas", em 94,47% dos processos selecionados da amostra. Essa informação pode apontar o perfil dos requeridos no Rio de Janeiro, constituídos primordialmente por empresas, sobretudo aquelas que ofertam serviços, como telefonia, energia elétrica, entre outras.

renda extra com o comércio", e a forma de garantir os pagamentos é, geralmente, por meio de notas promissórias" (CNJ, 2015, 30)

Vencida a proposta de traçar o perfil do autor/consumidor e do réu/fornecedor, calha inseri-los dentro da órbita dos conflitos, para que ao ultrapassar as características das partes possam ser aferidas as matérias mais demandadas; o comportamento das partes para a pacificação dos conflitos, em especial as posturas adotadas nas esferas extra e judicial; além dos métodos envolvidos para o alcance da decisão demandada.

Dentro deste contexto, necessário apontar que num primeiro momento, as decisões advindas do relacionamento entre as partes sem a intervenção de um terceiro tinha realce frente às decisões heterocompositivas proferidas pelos juízes, todavia, esta composição se mostra mais expressiva quando a demanda já se encontra judicializada, o que acabou por colocar as decisões alcançadas diretamente entre o consumidor e o fornecedor, mediante as centrais de atendimento, num segundo plano, conforme se depreende no "Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis". Conforme dados do CNJ:

Como dito anteriormente, a característica dos requeridos no Rio de Janeiro, composta principalmente de "pessoas jurídicas", afeta em grande medida as estratégias de composição extrajudicial experimentada no estado: primeiro, aparece a tentativa de composição extrajudicial com o prestador, com aproximadamente 70%; em seguida, o Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC) com aproximadamente 22%. Outro fator que tem impacto sobre estes mecanismos de composição extrajudicial é o tipo de matéria. É possível verificar no Amapá que a grande quantidade de matérias consumeristas de cunho varejista faz com que seja apresentada primordialmente a forma predominante de tentativa prévia de composição extrajudicial "diretamente com o devedor". (CNJ, 2013, p. 22)

Nesse ensejo, é de se destacar que as questões que conduzem o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) ao segundo plano dos meios disponíveis para a pacificação dos conflitos consumeristas não são mensuráveis em razão da própria ausência de indicação de

ter o consumidor se valido destes mecanismos, em sua petição inicial (CNJ, 2015, p. 70)<sup>116</sup>.

Por outro lado, é possível perquirir, com certa frequência, o acesso dos consumidores aos próprios canais de diálogos abertos pelos réus, todavia, tal fato não pode ser analisado de forma isolada tampouco diante de uma vertente otimista, haja vista o fluxo corrente de possibilidades que se encaixam diante de meras técnicas processuais que vão desde a demonstração da boa-fé na busca da solução do conflito em detrimento da postura adotada pela outra parte e chegam ao efetivo exercício democrático de direitos, em contrastes de posturas que exigem parcimônia em suas análises.

Outro fator determinante para a ausência das informações prestadas pelos consumidores na relação processual acerca de eventual passagem por outros órgãos, antes do ingresso na via judicial, está no desconhecimento das funções dos PROCONS e nos limites de sua atuação, o que acaba por gerar frustração no consumidor diante da efetividade das decisões proferidas por tal órgão e daquilo que almejava em contrapartida<sup>117</sup>.

Pondera-se aqui não ser possível mensurar se a questão da ausência de informação, pelo consumidor, acerca de eventual acesso ao Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) trata de um dado negligenciado ou um fato inexistente na relação com o fornecedor, da mesma forma que não se consegue aferir o manejo da via aberta pelos PROCONS ou Defensorias Públicas para a pacificação dos conflitos consumeristas antes do ingresso do consumidor na seara jurídica pela

---

<sup>116</sup> O primeiro destaque que se pode extrair dos dados da pesquisa é a generalizada falta de informação nos autos sobre as eventuais tentativas de resolução prévias feitas pelas partes. A ausência de informação sobre o uso desses mecanismos é frequente em praticamente todos os juizados. (CNJ, 2015, p. 70)

<sup>117</sup> Entrevistas feitas com usuários dos juizados revelaram existir um desconhecimento em relação à função dos Procons, o que se exterioriza, para alguns, em certo descrédito com o órgão. Também indicaram que muitos usuários com demandas relativas a consumo também não tinham conhecimento sobre as agências reguladoras e, na grande maioria, nunca haviam utilizado essa ferramenta.

inexistência desta informação e/ou de uma via de relacionamento dessas esferas.

A ausência de uma rede de relacionamento entre os PROCONs e os Juizados Especiais Cíveis acaba por colaborar com o vácuo criado sobre a ausência de informações prestadas pelo consumidor ou a consagrada inexistência de acesso do consumidor<sup>118</sup> às vias extrajudiciais para a composição da liça, sendo que nesse sentido as perspectivas de uma análise de fluxo dos conflitos não se consubstanciam para um agir preventivo de demandas em grandes escalas perante o mesmo fornecedor e objeto.

Apesar de não ser possível identificar os fatores e as circunstâncias que conduzem o consumidor à esfera judicial sem que antes tenha havido o ingresso nas vias extrajudiciais de pacificação do conflito; menos ainda seja possível constatar os fluxos de ingressos nas vias extrajudiciais que em não se alcançou o acordo e tal fato foi decisivo para o acesso ao poder judiciário, calha destacar que sob a perspectiva do comportamento do autor e sua preferência à litigância, o interesse exclusivamente financeiro não coaduna com a melhor justificativa para tanto, tendo por conta que os valores concedidos à título de danos morais não alcançam cifras exorbitantes, menos ainda patamar que incentive a adoção de uma postura voltada para o litígio que resulte em lucro. (CNJ, 2013, p. 25).<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Um entrevistado, ao ser indagado se tentara resolver o conflito antes de ir ao JEC, respondeu que, em outra oportunidade, procurara o PROCON e não conseguira resolver o problema, tendo sido encaminhado para os juizados. Ao se deparar novamente com um conflito semelhante, ele disse que não foi ao PROCON porque entendeu que este não seria, portanto, o procedimento correto. Informou que também ponderara que, indo diretamente ao juizado, estaria eliminando uma das fases do processo. Justificou-se ainda com a alegação de que, nos PROCONs, não poderia pleitear indenizações por dano moral, motivo pelo qual prefere, em muitos casos, recorrer ao Judiciário. (CNJ, 2015, p. 71)

<sup>119</sup>Embora exista uma maior prevalência de condenações em pagamento de danos extrapatrimoniais no Rio de Janeiro (R\$ 2.132,79), os valores são um pouco menores do que os pagos no Amapá (R\$ 2.920,14) e no Ceará (R\$ 2.297,22). Dessa forma, pode-se concluir que, embora no Rio de Janeiro exista uma maior tendência dos autores solicitarem o pagamento de danos extrapatrimoniais, esse padrão não é justificado pela

Vale mencionar, ainda, que ao se analisar o comportamento processual das partes, os resultados obtidos no estudo do "Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis" destacou que "De modo geral, o acordo não pareceu ser um resultado comumente obtido nas audiências realizadas nos juizados especiais analisados" (grifos no original), e que os acordos nas audiências de conciliação "parecem mais comuns em demandas entre pessoas físicas e em demandas de pessoa jurídica contra pessoa física do que nas demandas movidas por pessoa física contra jurídica. Este último tipo, que representa a demanda padrão de JEC, apresentou a menor frequência de acordo em audiências" (CNJ, 2015, p. 39)<sup>120</sup>.

Dos parâmetros utilizados para traçar o perfil dos autores das demandas consumeristas é possível identificá-los como sendo, em sua maioria, pessoa física inserida nas faixas etárias em que são vistos como mão-de-obra produtiva; sendo que no que diz respeito à orientação sexual tem-se alternância em sua predominância ao longo dos anos e em regiões; enquanto a análise da renda aponta para uma maior desconcentração, já que no início dos estudos os autores possuíam renda acima da média da população e este fato foi afastado em razão da popularização do conhecimento e acesso nos Juizados Especiais Cíveis

---

profusão de concessão de altos valores em indenizações pelo Poder Judiciário. (CNJ, 2013, p. 25)

<sup>120</sup> Ademais disto, restou registrado que: "Conclusão análoga decorre do exame da natureza dos provimentos jurisdicionais proferidos. Em geral, demandas movidas entre pessoas físicas e de pessoas jurídicas contra físicas resultam majoritariamente em sentenças homologatórias (supostamente de acordos celebrados pelas partes) e demandas movidas por pessoas físicas contra jurídicas (a maioria) resultam em condenações em obrigações de pagar. É também notável a representação das sentenças homologatórias nas demandas de pessoas jurídicas contra físicas em JECs, geralmente atrelada à cobrança de dívidas. (CNJ, 2015, p. 40) e que "A celebração de acordos nas audiências também parece levemente menos comum nos casos em que as partes estão acompanhadas de advogado, com menor significância do juizado em questão. No polo ativo, em demandas movidas por pessoa física, o acompanhamento de advogado parece não ter efeito significativo – inclusive, parece até gerar mais acordos nas demandas entre pessoas físicas. Já o fato de o réu estar acompanhado de advogado parece coincidir com a menor ocorrência de acordo nas audiências. (CNJ, 2015, p. 48)"

por inúmeros profissionais. Noutro lado, os réus são em regra pessoa jurídica prestadora de serviços. Da relação judicializada percebe-se a ausência de informação sobre acesso ao Procon; a preferência pelo contato direto com o réu; além de o interesse financeiro não ser fator determinante para o ingresso na via judicial e o acordo ser alcançado com maior facilidade quando a parte encontra desassistida de advogado ou defensor.

### **3. DO ATAQUE DIRETO AS PRATICAS ILÍCITAS EM ESTUDO COMO PROPOSTA DE DESCONJESTIONAMENTO DO JUDICIÁRIO**

Sob o ponto de vista econômico, as normas protetivas do direito do consumidor possuem eficiência na promoção do equilíbrio das relações de consumo desenvolvidas e firmadas no mercado, pois se assim não fosse, a distância das forças técnicas e produtivas do fornecedor perante o consumidor configurariam desequilíbrios e frustrações na economia. Assim é que a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor é o assentamento para o tratamento legal diferenciado despedido na relação existente entre eles.

Fundado na análise da eficiência, sob o viés econômico, é que a aplicação do critério da maximização da riqueza é aqui investigado num diálogo estabelecido com a racionalidade, a vulnerabilidade do consumidor em seu conceito jurídico e as incidências das cobranças abusivas e indevidas perante os órgãos administrativos e judiciais do ordenamento jurídico pátrio.

As premissas dispostas nos Relatórios e Estudos até aqui apontados, ao serem inseridos no contexto da análise econômica do direito, servem como fonte de investigação acerca da eficiência das normas jurídicas que cuidam das cobranças abusivas e indevidas sob o prisma dos impactos que acarretam ao judiciário e, por conseguinte, ao risco do judiciário brasileiro. A análise econômica do direito não busca compreender ou preencher questões conceituais daquilo que pode ser entendido como justo ou injusto, mas, por outro lado, cuida da investigação de conceitos e parâmetros do que, sob o ponto de vista econô-



mico, vem a ser concebido como eficiente ou ineficiente. Sobre a dicotomia entre justiça e eficiência Ivo Gico Júnior esclarece que:

Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseja implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. (GICO JÚNIOR, 2012, p. 27)

Em várias passagens do Diploma Consumerista a prevenção de danos e a sua reparação são abordadas de forma simples e objetiva, todavia, a simplicidade dos cálculos para se chegar ao nível ótimo de prevenção e indenização vai perdendo espaço quando ao caso em análise são inseridas variações de atividades e de produção do fornecedor.

A complexidade na construção de uma solução que pacifique as questões envolta dos casos consumeristas ganha em dimensão quanto maior é a extensão da atuação distorcida do fornecedor. Encontrar o nível ótimo de prevenção e de indenização que seja capaz de atuar para afastar a postura desconforme do fornecedor é tarefa que precisa ponderar as providências preventivas para que não sejam excessivas, ao mesmo tempo, em que não se pode negligenciar a necessidade da imposição das medidas cautelares. Referida técnica comporta o entendimento de que as medidas de proteção somente são adequadas quando os custos forem inferiores aos benefícios produzidos.

No intuito de avaliar situações estratégicas, compreendidas no comportamento dos envolvidos na relação de consumo (consumidor e fornecedor), alinhada a técnica acima o instrumento da teoria dos jogos encontra campo de atuação diante da postura adotada pelos sujeitos de direito e suas responsabilidades para a ocorrência do dano. É diante desta análise que se pode aferir pela existência ou não de incentivo para que o fornecedor adote determinadas posturas que venham a evitar o dano ou a minimizar os seus efeitos e o consumidor

não venha a agir para a ocorrência e colaboração destes danos, as posturas desenvolvidas devem ser recíprocas na construção do comportamento mais adequado.

Diante dessas premissas, os dados que apontam o crescimento de ajuizamento de novos processos e da taxa de congestionamento trazida nas Considerações Finais do Relatório Justiça em Números 2017<sup>121</sup> (CNJ, 2017, p. 182) e os que indicam a preferência do consumidor em ingressar diretamente com a sua reclamação judicial ao invés de antes se valer do acesso ao Procon (em decorrência dos estritos efeitos da decisão proferida neste órgão, bem como quando à ausência de condenação a título de danos morais), não podem ser ignorados, mas sim relacionados com as técnicas da análise econômica do direito na promoção da correção da postura dos fornecedores que reiteradamente lideram as demandas consumeristas que tratam da cobrança abusiva/indevida e no fortalecimento da análise jurídica voltada para esta vertente.

Diretamente relacionado com a postura do fornecedor, a análise econômica do direito inserida no âmbito das cobranças abusivas e indevidas e sua expressiva prática demonstrada no contexto judicial e extrajudicial deve servir para afastar a preferência pelo risco econômico de ter que suportar determinados custos de processos indenizatórios a deixar de efetuar tal prática espúria em razão daquilo

---

<sup>121</sup>O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes. A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Mesmo se fossem considerados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida e de 69,3% (3,7 pontos percentuais a menos que a taxa bruta).

que as probabilidades aritméticas conseguem provisionar, estipular ou prever como vantagem indevida, caracterizada no dano eficiente<sup>122</sup>.

Ainda no âmbito da expressividade da prática das cobranças indevidas e abusivas evidenciadas nas esferas judiciais e extrajudiciais, para a correção da postura dos fornecedores e da entrega da devida prestação jurisdicional, deve-se inserir a variável que cuida da demanda reprimida que engloba os eventuais consumidores que foram alvo de tal prática espúria mas desconhecem os seus direitos, o próprio fato em si e aqueles que são caracterizados como "free rider" por pretenderem aguardar que outro afetado aja em seu lugar para que ele venha a se beneficiar da ação e da solução do problema.

A permanência do poder judiciário em olvidar em recorrer as técnicas e instrumentos da análise econômica do direito tem colaborado para que a centralização das decisões consumeristas o conduza à qualificação de espaço privilegiado para disputas, sendo que se para a cidadania em si os efeitos desta relação são assaz prejudiciais para as discussões políticas por enfraquecer a capacidade de mobilização e manifestação popular, para os fornecedores esses mesmos efeitos mos-

---

<sup>122</sup> Cézár Fiúza ao tratar do dano que compensa ser sofrido pontua: "Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o recall, por ser mais barato.

A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos. O problema é de difícil solução, exigindo do juiz um enorme exercício de bom senso e, às vezes, de coragem. (FIUZA, 2008, p. 720)

tram-se interessantes, pois ao tratar de forma pontual cada caso estará ele a ganhar mais do que a perder diante dos impactos que geram uma decisão individual frente à coletividade de concernidos, o que já foi observado por Garapon (1999, p. 61-62)<sup>123</sup>

Ademais disto, é de se destacar que o discurso trazido para a seara do judiciário se infla de argumentos procedimentais e de técnicas para interpretação de conceitos que ao não auxiliarem na construção de vias para solução do objeto em análise, acaba por conceder ao Poder Judiciário a prerrogativa de instituição que detém a última palavra sobre as leis e seus significados. Acrescente-se aqui que as técnicas de conciliação, mediação, arbitragem e de outros métodos para a solução dos conflitos são reconhecidas e incentivadas pelo poder judiciário, assim como o trabalho executado pelos PROCONS; todavia, o acesso aos Tribunais e a forma com que são conduzidas as demandas administrativas tem fugido do modelo minimalista centrado na deferência, por valorizar a autoconterção. Este modelo tem sofrido críticas como as que Sarmiento (2009, p. 138)<sup>124</sup> elabora.

A importância da utilização de outras vias de diálogos possíveis que escapem das perspectivas centradas na utilização do modelo de supremacia judicial em que o entendimento da melhor decisão é imposto pelo juiz e não alcançado pelos concernidos ou pelas partes em si, não tomaram os contornos apenas da doutrina, mas se mostram corporificados em elementos estatísticos que se mostram

---

<sup>123</sup> "[...] ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submetemos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tomam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante' (GARAPON, 1999, p. 61-62)

<sup>124</sup> "[...] com reticências e sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande - senão o único - intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autoconterção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais (SARMIENTO, 2009, p. 138)"

mais eficientes quando a relação possui maior informalidade<sup>125</sup>. A visão e o comportamento binário de que se deve levar tudo ao conhecimento dos juízes ou aos legisladores precisa ser abandonada, já que tem ido de encontro com a doutrina e com a estatística que demonstra a sua ineficiência, para dar lugar a uma dialética mais produtiva que envolva todos os poderes e que conte com a participação dos atores não judiciais.

## CONCLUSÃO

A adoção de interpretações fixadas somente na lei não tem garantido a efetividade e a coercibilidade desejada diante das cobranças indevidas e abusivas praticadas dentro da esfera consumeirista, tendo em vista a reiterada ocupação de liderança de reclamações, denúncias e demandas nesse sentido, ainda mais pelos mesmos segmentos e fornecedores. O auxílio da análise econômica do direito pode vir a servir de mecanismo que fundamente, justifique e levante ferramentas de solução para impasses individuais de consumidores; bem como para a coletividade que almeja celeridade e efetividade em seus processos.

A lógica a ser desenvolvida deve estar pautada na construção de um caminho que demonstre causa-efeito; tempo-vantagem auferida; envolvimento-desgaste emocional; dentre outros fatores que sejam capazes de identificar questões que necessariamente precisam ser enfrentadas ainda dentro de uma esfera administrativa. Deste modo, então, o acesso ao judiciário passará a ser efetivado já com a necessidade de uma análise mais profunda das razões, dos limites e das

---

<sup>125</sup> Para tal entendimento vale analisar os seguintes excertos: "Quanto maior a informalidade da instância, a disputa tem mais chances de ser resolvida por meio de acordo. Nos Juizados Especiais, em que a presença de um advogado não é exigida, 16% das divergências terminam na chamada via da conciliação. O percentual cai quando o processo chega ao primeiro grau para 13,6% e para apenas 0,4% na segunda instância. (CNJ, 2017b, p. 16)" e "Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 16%, sendo de 19% na Justiça Estadual e de 6% na Justiça Federal. Na execução, os índices são menores e alcançam 5%. (CNJ, 2017a, p. 126)"

possibilidades da questão em análise e do desacordo, o que acabará por contribuir para a valoração do debate e amadurecimento de teses.

Apenas a gestão de qualidade ou de inovações legais, não são suficientes para alcançar resultados positivos pretendidos, em atenção às mudanças que necessitam ser implementadas para a diminuição de uma litigiosidade repetitiva, para não se continuar a propagar uma visão míope ou dissociada dos problemas que atingem tanto a esfera administrativa quanto a judiciária, decorrente de uma solução discutida em várias esferas, que comportam custo elevado e trazida tardiamente para a pacificação do conflito é que a judicialização e as possibilidades administrativas não devam seguir alheios.

Os complexos problemas atinentes à morosidade e à sobrecarga do poder judiciário exigem compreensão sobre a formação das demandas repetitivas, o potencial nela ínsito de congestionamento do sistema, o modo como podem ser prevenidas e a forma de pacificação isonômica dos casos. Ao ser o poder judiciário revestido da denotação de prestador de serviço, a ele não incumbe somente a entrega de uma prestação jurisdicional produtiva, haja vista que ao priorizar a eficiência e a efetividade do sistema tem-se por associada a qualidade dos serviços que deve estar presente na administração e gerenciamento dos processos, bem como na condução da pacificação da controvérsia diante da conciliação e da mediação e, ainda, nos fundamentos das decisões.

Ao se ignorar os dados trazidos neste trabalho que dão o contorno das demandas que mais se destacam na esfera judicial e extrajudicial e das características dos consumidores afetados e fornecedores envolvidos diretamente na prática das cobranças indevidas e abusivas está o próprio sistema judicial a alimentar o verme que ele necessita combater. Ao não se valer o judiciário das técnicas e instrumentos da análise econômica do direito no combate direto e eficiente na promoção da correção da postura dos fornecedores que reiteradamente são demandados pela prática das cobranças indevidas e abusivas está ele próprio a subtrair a possibilidade de tornar tal seara menos morosa e custosa. O ataque direto e estrategicamente estruturado para

o combate à prática das cobranças indevidas e abusivas, pelas esferas que compõem a defesa do consumidor, trará benefícios para todos os envolvidos, em decorrência do fortalecimento de suas relações e proposições.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**, Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 91-92.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil do acesso à justiça os juizados**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em 13/06/2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf)>. Acesso em 13/06/2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Brasília: CNJ, 2017a, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em 11/06/2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017 Destaque**. Brasília: CNJ, 2017b, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 11/06/2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 13/06/2018

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 11<sup>a</sup>. ed. (rev.) (atual.) (ampl.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

KEYNES, J. M. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillan, 1937. (Edição original: 1936).

LANA, Henrique Avelino R. P., PATROCÍNIO, Daniel Moreira. **Imperiosa reflexão mediante análise econômica do direito** – law and economics: dano eficiente nas relações de consumo. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2010/discentes/IMPERIOSA%20REFLEXAO%20MEDIANTE%20ANALISE%20ECONOMICA%20DO%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes/IMPERIOSA%20REFLEXAO%20MEDIANTE%20ANALISE%20ECONOMICA%20DO%20DIREITO.pdf)>. Acesso em 15 set. 2018

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo** – interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p 50.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 1<sup>a</sup>. ed. Tradução do original em inglês por Clovis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. (org). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. **Atendimentos**. Disponível em: <[http://sindecnacional.mj.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3ASindec2016%3ASINDEC\\_Atendimento.wcdf/generatedContent](http://sindecnacional.mj.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3ASindec2016%3ASINDEC_Atendimento.wcdf/generatedContent) > Acesso em 13/06/2018



# O MODELO DE DESENVOLVIMENTO DOS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM INFRAESTRUTURA E CONSTRUÇÃO NO BRASIL

## **ANDRADE, Juliana Loss de**

*Doutoranda em Direito Privado pela Universidade Panthéon Sorbonne Paris I.*

*Mestre em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid.*

*juliana.loss@fgv.br*

## **AGUIAR, João Benício Vale de**

*Pesquisador em Solução de Conflitos na FGV Mediação.*

*Graduando em direito na FGV DIREITO RIO.*

*joabenicio@outlook.com*

## **MARTINS, Maria Fernanda de Oliveira Dyma**

*Pesquisadora em Solução de Conflitos na FGV Mediação.*

*Graduanda em direito na FGV DIREITO RIO*

*maria.martins2015@fgvmail.br*

**Resumo:** Este artigo analisa o modelo de desenvolvimento dos Comitês de Resolução de Disputas como mecanismo de prevenção e solução de conflitos relacionados a contratos de infraestrutura e construção no Brasil.

**Palavras-chave:** Comitê de Resolução de Disputas; Contratos de Infraestrutura; Mecanismos de Solução de Controvérsias.

## **INTRODUÇÃO**

O surgimento de disputas decorrentes de contratos de infraestrutura e construção não são uma surpresa nem no Brasil, nem em outros países. A complexidade técnica, os altos valores envolvidos e as diversas variáveis e atores que incidem durante a execução de grandes

projetos são características comuns aos empreendimentos. Talvez por tais peculiaridades, disputas de construção sejam frequentemente levadas à via arbitral quando da necessidade de enfrentamento de conflitos, um caminho que permite uma avaliação técnica aprofundada e ágil, não obstante seu alto custo.

Ademais, existem ainda questões intrínsecas aos contratos de construção e de infraestrutura, como problemas de natureza geológica e as dificuldades de gestão não previstos antes do início da obra, que exigem constante diálogo entre as partes para resolver controvérsias sobre a sua execução. Ainda que arriscada a afirmação, não seria absurdo dizer que, em certa medida, no âmbito deste tipo de contrato, o imprevisto é quase previsível, porquanto dificilmente um projeto não requererá adequações em seu curso. Neste sentido, servir-se de ferramentas efetivas, como o *Dispute Resolution Board* (DRB), pode ser uma estratégia interessante para reduzir custos e otimizar o tempo que seria gasto em procedimentos contenciosos a posteriori, como o processo judicial ou como a consagrada via da arbitragem.

O uso dos Comitês de Resolução de Disputas ainda é pontual e recente no Brasil, com sua introdução somente em 2003 no contrato de expansão do metrô de São Paulo, cujo financiamento foi feito pelo Banco Mundial. Aos poucos, essa cláusula tem se tornado mais comum em grandes obras de construção civil e de infraestrutura, seja por determinação condicionante de órgãos financiadores ou fomento de instituições internacionalmente reputadas<sup>126</sup>, seja pelo reconhecimento gradual do mercado e da administração pública da importância de eleger um método mais adequado à prevenção e solução deste tipo de conflitos.

É nesta perspectiva que o debate sobre a popularização do *Dispute Resolution Board* começa a ganhar força no Brasil. Recentemente a primeira lei específica sobre o tema foi promulgada no município de São Paulo e projetos de lei começam a surgir em âmbito nacional

---

<sup>126</sup> Como exemplos, temos a a Institution of Civil Engineers (ICE), American Society of Civil Engineers (Asce), a DRBF, o Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Fidic), a International Chamber of Commerce (ICC) e o Banco Mundial.

para regular ou incentivar esta atividade, sobretudo na atividade contratual pública.

Contudo, são ainda há poucos estudos na literatura especializada sobre a modelagem normativa e pragmática para o desenvolvimento dos Comitês de Resolução de Disputas no Brasil. Assim, este trabalho possui o duplo propósito de:

i. Diagnosticar o estado da arte do desenvolvimento dos DRB em instituições Câmaras e Centros especializados com atuação no país, as características dos regulamentos existentes e traçar um paralelo com o cenário internacional de países avançados, de maneira a explorar os pontos convergentes e divergentes entre eles.

ii. Identificar os diferentes modelos de desenvolvimento pragmático e normativo dos DRBs e traçar os pontos a serem observados em uma possível legislação específica, em observação a legislações internacionais e às discussões legislativas existentes no cenário nacional.

## 1. O QUE SÃO DISPUTE BOARDS?

O Comitê de Resolução de Disputas ou *Dispute Resolution Board* é um método alternativo para solução de controvérsias com ampla aplicação para a execução de contratos complexos e que exigem constante acompanhamento técnico, como ocorre, principalmente, nos contratos de construção civil e infraestrutura. Os DRBs são comitês formados por profissionais experientes e imparciais, que são contratados antes do início ou ao longo do curso de um contrato e possuem a função de acompanhar o seu progresso e execução (VAZ, 2014), de modo a encorajar as partes a evitarem disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à solução definitiva (MARCONDES, 2011).

Os contratos de infraestrutura são notórios no uso dos DRBs porque costumam exigir a implementação de etapas sucessivas na sua execução (RIBEIRO e RODRIGUES, 2013), o que cria a necessidade de conclusão de uma fase para seguimento da próxima. Se aliar-

mos este fato às circunstâncias que permeiam as obras, como as imprevisibilidades geológicas e geotécnicas antes mencionadas, observa-se uma situação propícia ao surgimento de possíveis desequilíbrios econômicos entre as partes e, conseqüentemente, às discussões contratuais, que podem impactar na continuação do contrato (RIBEIRO e RODRIGUES, 2013).

O propósito deste comitê é de desenhar soluções práticas, rápidas e eficientes aos problemas de execução próprios de contratos de infraestrutura e construção civil. Dessa forma, evita-se disputas judiciais e arbitrais, que representam custo e demora à continuidade da execução do projeto. As disputas contratuais, seriam, portanto, mais eficientemente resolvidas mediante a criação de soluções pelas próprias partes (RIBEIRO e ALMEIDA, 2013).

Apesar de ser um instituto relativamente novo no Brasil, os números apontados pelo *Dispute Board Resolution Foundation* indicam a eficiência do uso do instituto. De acordo com a instituição, em até 97% dos casos, as decisões e recomendações feitas pelos comitês não são lavadas à arbitragem, nem discutidas em disputas judiciais. Além de sua eficácia, os Comitês de Resolução de Disputas possuem custos relativamente baixos – que variam entre 0,05% e 0,26% do valor total do contrato – se comparados às despesas jurisdicionais - como a arbitragem e o processo judicial - e aos gastos de paralisação das obras.

A redução dos custos e a eficiência na resolução de problemas nos contratos de construção e infraestrutura têm contribuído para que agentes financiadores internacionais<sup>127</sup> (RIBEIRO e RODRIGUES, 2015. p. 140) exijam cláusulas contratuais que prevejam métodos extrajudiciais para a solução de controvérsias durante a execução do contrato (WALD, 2005, p. 19).

---

<sup>127</sup> Dentre esses agentes financiadores estão organismos internacionais como a American Society of Civil Engineers (Asce), o Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Fidic), a Institution of Civil Engineers (ICE), a International Chamber of Commerce (ICC), a DRBF e o Banco Mundial.

## 1.1 MODALIDADES DE *DISPUTE RESOLUTION BOARDS*

Via de regra, o *DRB* pode desempenhar uma função auto-compositiva - quando emite uma recomendação de teor não obrigatório que se imponha às partes - ou heterocompositiva - quando indica medidas obrigatórias às quais as partes estão vinculadas. Essas funções vão depender do compromisso contratual firmado, que poderá, a depender das intenções das partes, criar três modalidades distintas de *Dispute Boards*:

- I. *Comitês de Revisão (Dispute Review Board - DRB)*, no qual os especialistas emitem recomendações não obrigatórias para as partes, que apenas se tornam vinculantes caso as partes não se manifestem em contrário em prazo previamente determinado;
- II. *Comitês de Adjudicação (Dispute Adjudication Board - DAB)*, em que os especialistas proferem decisões que vinculam as partes desde o início, independentemente da insatisfação dos contratantes;
- III. *Comitês Híbridos (Combined Dispute Boards - CDB)*, que podem emitir recomendações ou decisões, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Além dessas modalidades, os Comitês de Resolução de Disputas também podem se distinguir quanto ao momento de sua implementação. Caso haja a instituição desde o princípio do contrato, trata-se do *Standing Dispute Board*. Já nos casos em que o Comitê seja estabelecido apenas a partir do surgimento de alguma questão no curso do contrato, há a criação de um *Dispute Board Ad Hoc*.

## 2. BASE JURÍDICA DOS *DISPUTE BOARDS* NO BRASIL

Embora tenha havido importantes avanços normativos na área de solução de conflitos no Brasil com a reforma da Lei de Arbitragem e a introdução da nova Lei de Mediação, não há regulação por lei específica dos *Dispute Boards*. Essa ausência regulatória em pouco interfere na possibilidade de se empregar os Comitês de Resolução de Disputas nos contratos particulares, uma vez que estes são estabeleci-

dos pela autonomia das partes. Contudo, o debate sobre a legalidade dos *Dispute Resolution Boards* ainda não se encontra consolidado nos contratos que envolvem a esfera pública.

Essa questão é de extrema relevância para o avanço do instituto no Brasil, que por ser um país com enorme potencial de crescimento no setor de infraestrutura, precisa ter maior definição nos limites do uso dos *DRBs* na contratação entre a Administração e agentes privados. Como forma de contribuir, este capítulo se encarrega de apresentar o estado da arte dos Comitês de Resolução de Disputas no Brasil.

## 2.1 OS *DISPUTE RESOLUTION BOARDS* NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na prática, mesmo sem uma lei específica que regule seus procedimentos, os Comitês de Resolução de Disputas vêm sendo implementados aos poucos nos contratos administrativos para obras públicas no Brasil. A fundamentação legal desta atividade orienta-se, em parte, em uma autorização genérica<sup>128</sup> à utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias nos contratos públicos concedida pela Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), principalmente, quando o uso do *Dispute Resolution Board* é exigido pela instituição responsável pelo financiamento do projeto como condição para sua aprovação.

Além da Lei de Licitações e Contratos, existe também fundamento legal que permita a adoção de *Dispute Boards* na Lei de Con-

---

<sup>128</sup> Vide §5º do art. 42 da Lei n. 8.666/1993: “Art. 42 § 5º **Para a realização de obras (...)** com **recursos provenientes de financiamento** ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, **poderão ser admitidas**, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como **as normas e procedimentos daquelas entidades**, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, **desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação (...).**”

cessões (Lei nº 8.987/95) em seu artigo 23-A - que expressamente indica a possibilidade do “prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas **decorrentes** ou relacionadas ao contrato” - e na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) pelo seu art. 11 inciso II<sup>129</sup>. Dessa forma, uma vez estabelecido em edital e contrato, as partes poderão instituir o *DRB* como método de solução alternativo para os conflitos relacionados a obras de infraestrutura e construção.

Entretanto, como forma de garantir estabilidade de utilização do instituto pela Administração Pública talvez possa ser interessante a existência de legislação que o regulamente e autorize sua utilização pela Administração. Com vistas a compreender o estado do quadro normativo aplicável aos *DRBs*, nos tópicos a seguir serão abordados os dois projetos de Lei Federal em trâmite no Congresso e a Lei Municipal da Cidade de São Paulo, promulgada em fevereiro de 2018.

## 2.2 PROJETOS DE LEIS PARA INTRODUIR O *DISPUTE RESOLUTION BOARDS* EM CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com propósito promover a expansão no uso dos *DRBs*, de mitigar a insegurança da não-executoriedade das decisões tomadas nos Comitês de Resolução de Disputas e, até mesmo, difundir o uso do instituto, tramitam no Congresso Nacional dois Projetos de Lei que se propõem a regular o uso dos *Dispute Boards* nos contratos administrativos.

O primeiro PL, identificado pelo número 9.883/2018, ainda está em fase inicial na tramitação e, como ainda não foi aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara Federal, não possui previsão quanto ao prazo para ser apreciado pelas

---

<sup>129</sup> Veja o texto do Art. 11 da 11.079/2004: “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, (...), podendo ainda prever: III – o **emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, (...), para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.**”

casas legislativas. Ainda assim, tendo em vista que o PL é um documento legislativo com possibilidades de vir a se tornar o regulamento dos *Dispute Resolution Boards* nos contratos com a administração pública no Brasil, torna-se importante pontuar as novas fronteiras que ele se propõe estabelecer.

Este Projeto tem por finalidade regular como Lei Geral o instituto no âmbito da administração federal, estadual e municipal. O PL estabelece a estrutura dos DRBs, fixando, como regra, a composição dos Comitês em três integrantes - sendo dois técnicos da área de objeto do contrato e um com formação jurídica<sup>130</sup>. Contudo a depender da complexidade do contrato, é possível que haja o aumento do número de integrantes do Comitê para até cinco membros<sup>131</sup>. De acordo com o Projeto, estes membros do Comitê deverão seguir as mesmas regras de impedimento ou suspeição estabelecida aos juízes e, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, serão equiparados aos funcionários públicos para efeitos penais<sup>132</sup>.

Nesta proposta de regulamentação, o Comitê poderá assumir função decisória vinculante às partes como forma de Comitês de Adjudicação (*Dispute Adjudication Boards*), conforme os termos que forem convencionados. Nesta modalidade, as partes contratantes passariam a ter um prazo para discordar da recomendação emitida pelo Comitê, sob a pena de, vencido o prazo, ter a obrigação executável via judicial ou arbitral<sup>133</sup>.

Do mesmo modo, a lei projetada permite que os editais e contratos administrativos prevejam que os procedimentos do Comitê sejam regidos por regulamentos de instituições especializadas, tais

---

<sup>130</sup> Vide art. 3º do PL nº 9.883/2018: “Os Comitês serão compostos por três membros, sendo dois com conhecimento técnico sobre o objeto do contrato, para exercer a função de Membro Técnico, e um com formação jurídica, para atuar na função de Presidente do Comitê.”

<sup>131</sup> Vide §2º do art. 3º do PL nº 9.883/2018: “Excepcionalmente, quando a complexidade do contrato assim o exigir, os Comitês poderão ter em sua composição um número maior de membros técnicos.

<sup>132</sup> Vide arts. 6º e 7º do PL nº 9.883/2018.

<sup>133</sup> Vide arts. 8º e 9º do PL nº 9.883/2018.



como câmaras privadas que já possuem regulamentos específicos para procedimentos de Dispute Board, como a Câmara de Comércio Brasil-Canadá e a Câmara de Comércio Internacional – CCI<sup>134</sup>.

Também prevê o Projeto que os custos do Comitê (honorários dos membros do Comitê e demais despesas oriundas das suas atividades) deverão integrar o orçamento da contratação e o pagamento será de responsabilidade compartilhada entre contratado e administração pública em proporção igual. O pagamento ao Comitê deverá ser efetuado pelo contratado privado e este será reembolsado pela administração após aprovação das medições previstas no contrato<sup>135</sup>.

Um dos pontos focais deste projeto é a obrigatoriedade do uso de Dispute Boards para todos os contratos de infraestrutura que superem o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)<sup>136</sup>, o que enfatiza sua importância e utilidade, além de reconhecer sua eficácia em contratos de grande porte.

Conforme a justificativa deste Projeto de Lei, a introdução de uma lei específica sobre uso dos DRBs em contratos administrativos deve servir como ferramenta promotora de segurança jurídica aos gestores públicos que queiram implementar o instituto nos contratos públicos. Como forma de manter a essência de flexibilidade processual dos Comitês de Resolução de Disputas, a lei apresenta somente disposições gerais, de modo que as regras específicas deverão ser estabelecidas caso a caso no âmbito do contrato.

Já o segundo Projeto de Lei tramita no Senado Federal pela identificação 206/2018 e guarda semelhanças e diferenças com o apresentado anteriormente. Assim como o Projeto de Lei da Câmara, este PL - de número 206/2018 - também indica que os Comitês poderiam ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida<sup>137</sup>, de maneira a possibilitar,

---

<sup>134</sup> Vide art. 4º do PL nº 9.883/2018.

<sup>135</sup> Vide art. 5º do PL nº 9.883/2018.

<sup>136</sup> Vide art. 11 do PL nº 9.883/2018.

<sup>137</sup> Vide art. 2º do PL 206/2018.

expressamente, que os Comitês sejam regidos sob auxílio e sob as regras de Instituições especializadas<sup>138</sup>.

Entretanto, seu escopo regulatório é diferente, com limitação restrita à esfera Federal e a conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta da União<sup>139</sup>. Ainda, os Comitês criados em contratos com a administração federal, espectro regulado por este PL, deverão observar os princípios da legalidade e da publicidade<sup>140</sup>.

Ponto importante deste dispositivo normativo reside na equiparação dos membros do Comitê, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, aos agentes públicos para os efeitos de fiscalização penal e administrativa<sup>141</sup>. Afinal, esta disposição estabelece a responsabilização dos seus membros e equilibra o cerco de incentivos existentes para a atuação dos indivíduos que constarem nos *DRBs*. Além disso, os membros do Comitê deverão seguir as mesmas regras de impedimento ou suspeição estabelecida aos juízes<sup>142</sup>.

Além dessas duas propostas legislativas específicas sobre a aplicação dos *Dispute Boards* nos contratos administrativos, o tema também é objeto de debate porquanto existe a possibilidade da introdução expressa dos Comitês de Resolução de Disputas como meio alternativo de solução de controvérsias<sup>143</sup> em uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos, que está em trâmite legislativo pelo identificador de Projeto de Lei nº 6814/2017. Observe-se, contudo, que a previsão do Comitê no PL da nova lei de Licitações e Contratos é de mera permissão, sem o aprofundamento sobre as regras que tal mecanismo deve seguir.

### 2.3 LEI MUNICIPAL DE SÃO PAULO REGULAMENTANDO OS *DISPUTE BOARDS*

---

<sup>138</sup> Vide art. 3º do PL 206/2018.

<sup>139</sup> Vide art. 1º do PL 206/2018.

<sup>140</sup> Vide art. 4º do PL 206/2018.

<sup>141</sup> Vide art. 7º do PL 206/2018.

<sup>142</sup> Vide art. 6º do PL 206/2018.

<sup>143</sup> Vide art. 86, §3º do PL nº 6814/2017.

Foi promulgada em fevereiro de 2018 a Lei nº 16.873/2018, válida somente para os contratos estabelecidos, direta e indiretamente, com o município de São Paulo. Esta lei representa um verdadeiro marco para o uso dos Dispute Boards em contratos brasileiros de infraestrutura, uma vez que sana algumas questões de legalidade que ficavam em aberto pela inexistência de lei regulamentadora.

Esta lei não se limita somente aos contratos de construção e infraestrutura, podendo ser utilizada para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo, contanto que haja previsão em edital e no contrato<sup>144</sup>.

Neste Dispositivo Normativo, os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (como é chamado pela lei) podem emitir recomendações tanto de natureza vinculante (adjudicativa) como de caráter não vinculante às partes (revisora). Dessa forma, já é possível que a Prefeitura de São Paulo contrate com a iniciativa privada prevendo a instauração de Comitês de Adjudicação. Isso não significa que o que for decidido será a última instância de discussão, uma vez que as decisões emitidas pelos Comitês com poderes de adjudicação poderiam, de acordo com o texto da lei, ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes<sup>145</sup>.

#### **Lei nº 16.873/2018**

Art. 2º O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os incisos deste artigo, a depender dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado:

I - ao Comitê por Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio;

II - ao Comitê por Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio; e

---

<sup>144</sup> Vide art. 1º da Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo.

<sup>145</sup> Vide art. 2º da Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo.

III - o Comitê Híbrido poderá tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

**Parágrafo único. As decisões emitidas pelos Comitês com poderes de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes. (grifo nosso)**

A Lei permite que os editais e contratos administrativos prevejam que os procedimentos do Comitê sejam regidos por regulamentos de instituições especializadas, tais como câmaras arbitrais que já possuem regulamentos específicos para procedimentos de Dispute Board, como a Câmara de Comércio Brasil-Canadá e a Câmara de Comércio Internacional – CCI<sup>146</sup>.

Os valores a serem desembolsados com o Comitê deverão fazer parte do orçamento contratado e terão responsabilidade compartilhada do contratante privado e a administração pública no seu pagamento, que deverá ser realizado pelo ente privado e somente depois reembolsado, em sua metade, pelo contratante público<sup>147</sup>.

De acordo com a Lei, o Comitê será formado por três membros, que deverão, preferencialmente, ser dois engenheiros e um advogado. A indicação dos membros deverá ocorrer em até 30 dias da celebração do contrato, data marcada para celebração do Termo de Compromisso pelas partes e membros do Comitê<sup>148</sup>. Ponto interessante estabelece que estes membros deverão seguir as mesmas regras de impedimento ou suspeição estabelecida aos juízes e quando no exercício de suas funções ou em razão delas serão equiparados aos funcionários públicos para efeitos penais<sup>149</sup>.

## 2.4 O RECONHECIMENTO DO DISPUTE BOARD PELO PODER JUDICIÁRIO

---

<sup>146</sup> Vide art. 3º da Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo.

<sup>147</sup> Vide art. 4º da Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo.

<sup>148</sup> Vide art. 6º da Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo.

<sup>149</sup> Vide arts. 7º e 8º da Lei nº 16.873/2018 do Município de São Paulo.

Independentemente do formato que assuma, o Dispute Board é globalmente visto como um relevante método alternativo para solução de controvérsias, o que pode ser percebido inclusive pelo grande número de regulamentos em instituições relevantes que foram lançados nos últimos anos no Brasil e em outros países. No contexto Brasileiro, sua aplicação no mercado e discussão no meio jurídico tem ocorrido de modo mais amplo em relação a contratos de construção civil e infraestrutura. Inclusive, diante disso, tornou-se objeto de três enunciados na “I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal (CJF) - nº 49, 76 e 80 -, nos quais o Dispute Board foi contemplado como um método de solução de conflitos no § 3º do art. 3º do Novo Código de Processo Civil e, ainda, foi destacado como uma via recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, por permitir a imediata solução dos conflitos surgidos no curso da execução dos contratos. Além disso, destacou-se o benefício de evitar o surgimento de litígios e reduzir os custos correlatos de execução da obra.

Como reforço a este entendimento encaixa-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em que foi reconhecida a compatibilização de decisões vinculantes dos Dispute Boards. Além disso, neste mesmo caso, o tribunal julgou possível a utilização dos Dispute Boards em contratos privados, com base na autonomia da vontade. Do mesmo modo, no agravo de instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu a manutenção da decisão tomada pelo *Dispute Adjudication Board*, ou seja, pelo Comitê de Resolução de Disputas sob a forma vinculante. Com isso, houve a concessão de segurança Jurídica e de legitimidade ao instituto e seus adotantes, evitando sua fácil revogação e, conseqüente fragilização.

Lembre-se que o posicionamento firma do judiciário foi fundamental para que outros métodos de resolução de disputas como a arbitragem tomassem fôlego e se tornassem relevantes como instrumento de desjudicialização e resolução adequada de disputas no Brasil. Neste sentido, o papel do Superior Tribunal de Justiça tem sido

fundamental, porquanto concentra o papel de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional que prevê ou resguarda esses institutos.

De todo modo, verifica-se que, em vista do fato de que os Dispute Boards ainda serem novidade no Brasil, a consolidação do posicionamento por precedentes e o reconhecimento do judiciário ainda não se concretizou completamente. Entretanto, diante das decisões elencadas mais acima, verifica-se uma tendência positiva de aceitação e reforço ao instituto, necessária para sua propagação e sucesso no país. Este direcionamento retrata também um promissor processo de aceitação e utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsia, especialmente pelo forte resguardo do poder judiciário em relação a alguns desses mecanismos, como a mediação e arbitragem. Sobre os Dispute Resolution Boards, especificamente, a expectativa é que este movimento impulsione os investimentos em território nacional e, com isso, produza efeitos positivos no cenário econômico brasileiro, ao facilitar a executoriedade de projetos técnicos.

### 3. REGULAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES QUE TRABALHAM COM OS *DISPUTE BOARDS*

Para o Júlio Bueno e Augusto Figueiredo, os Centros de Solução de Disputas - mais conhecidas no Brasil como Câmaras de Mediação e Arbitragem - terão um papel fundamental para o desenvolvimento dos *Dispute Boards* no Brasil (BUENO e FIGUEIREDO, 2017). Isso porque, aos mesmos moldes da arbitragem, os seus regulamentos serviriam como parâmetro na instituição dos Comitês de Resolução de Disputas, o que facilita às partes tanto na contratação e quanto na realização de suas atividades.

Via de regra, a menção a um regulamento específico deve ser feita nas cláusulas do contrato que deu origem à obrigação principal, como o contrato de construção de uma grande obra. Adotar um regulamento, significa simplificar (e, muitas vezes, viabilizar) a discussão pré-contratual sobre as regras de execução do *Dispute Board*, uma vez que os regulamentos comumente discriminam regras de funcio-

namento, como as formas e prazos para a submissão de consultas e controvérsias, orientações em relação à cobrança de honorários (BUENO e FIGUEIREDO, 2017).

Tendo em vista que a lei municipal de São Paulo e os projetos de lei em tramitação no Congresso preveem a possibilidade do contrato com a administração pública remeter as regras do *Dispute Board* à uma instituição especializada e fazer, assim, uso dos seus regulamentos, então, vê-se necessário levantar quais são as instituições que hoje possuem regulamentos de *Dispute Board* disponíveis e como elas têm regulado esta atividade. Nesse sentido, nos tópicos abaixo serão elencados as principais atribuições estabelecidas nos regulamentos das principais Câmaras brasileiras e internacionais que oferecem auxílio à prática dos *Dispute Boards*.

### 3.1 CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL (CAMARB)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. A CAMARB presta serviços administrativos para as Partes, dentre eles a indicação de membros do DB e a tomada de decisão sobre a impugnação dos membros indicados<sup>150</sup>. O acionamento da CAMARB para decidir sobre a indicação de um membro, mesmo que por motivos de inatividade das partes na constituição do Comitê<sup>151</sup>, ou sobre a decisão de impugnação de algum dos membros<sup>152</sup> resultará na cobrança de uma taxa fixa de R\$3.000,00 (três mil reais) por cada ato realizado pela Câmara.

II. Ainda sobre a atuação da CAMARB, esta não envolve qualquer ato jurisdicional ou de secretária do DB<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Vide ponto 1.3 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

<sup>151</sup> Vide ponto 3.6 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

<sup>152</sup> Vide ponto 3.10 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

<sup>153</sup> Vide ponto 1.4 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

III. A lista de profissionais da CAMARB para integrarem o Comitê não é compulsória, de modo que é possível que o membro escolhido seja externo à CAMARB<sup>154</sup>.

IV. Os honorários dos membros do Comitê, salvo disposição em contrário, será pago mensalmente e seu ônus será dividido entre as partes contratadas. Serão suportadas igualmente também, as demais despesas como taxas da CAMARB, despesas com viagens dos membros do Comitê<sup>155</sup>.

V. O regulamento prevê que nos casos em que houver discordância pelas partes da recomendação emitida pelo Comitê, deverá haver o requerimento da instituição de arbitragem perante a CAMARB<sup>156</sup>.

### 3.2 CÂMARA DE MEDIAÇÃO ARBITRAGEM DO INSTITUTO DE ENGENHARIA (CMA-IE)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. A Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia (CMA-IE) se encarrega de administrar a atuação dos Comitê de Solução de Disputas (“CSC”) sob seu regulamento<sup>157</sup>.

II. O registro das partes interessadas (que pode ser pessoa física ou jurídica) é precedido por uma entrevista com a CMA-IE, que poderá recusar a solicitação, e só será efetivada após o pagamento da taxa de registro (R\$5.000,00)<sup>158</sup>

III. A CMA-IE indicará os membros do Comitê na ausência da ação das partes<sup>159</sup>.

---

<sup>154</sup> Vide ponto 4.1 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

<sup>155</sup> Vide pontos 15.1, 15.2 e 15.4 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

<sup>156</sup> Vide pontos 6.2 do Regulamento de Dispute Board da CAMARB.

<sup>157</sup> Vide ponto 1.4 do Regulamento de Dispute Board da CMA-IE.

<sup>158</sup> Vide ponto 2.1 do Regulamento de Dispute Board da CMA-IE.

<sup>159</sup> Vide ponto 2.4 do Regulamento de Dispute Board da CMA-IE.



IV. Custas mensais pelo atendimento ao contrato devida à CMA-IE enquanto durar o contrato de R\$3.000,00; e custas procedimentais do Comitê de Solução de Disputas de R\$5.000,00 mensais, devidos desde a instituição do CSC até a sua dissolução. Além desses valores mensais, cada reunião extraordinária terá o encargo de R\$15.000,00.

V. A CMA-IE não vincula as partes à atividade de sua câmara arbitral em casos de discordância pelas partes da recomendação emitida pelo Comitê, contudo disponibiliza, de maneira sugestiva, nas cláusulas disponíveis no anexo do regulamento a opção de incluir a CMA-IE como tribunal arbitral.

### 3.3 CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. O CAM-CCBC poderá, além do apoio à Instalação do Comitê, prover serviços administrativos para as Partes relacionados ao funcionamento do Comitê, como o auxílio da organização e envio das Informações e Documentos às partes e ao Comitê; elaboração de atas das visitas ao local da execução e reuniões realizadas pelo Comitê e com as partes.<sup>160</sup>

II. O acionamento da CAM-CCBC para decidir sobre a indicação de um membro, ou sobre a decisão de impugnação<sup>161</sup> de algum dos membros resultará na cobrança de uma taxa fixa de R\$3.000,00 (três mil reais) por cada ato realizado pela Câmara. Caso seja necessária alguma outra decisão sobre a instalação do Comitê, será cobrada uma taxa de R\$2.500,00.

III. A CAM-CCBC não vincula, em seu regulamento, as partes à atividade de sua câmara arbitral em casos de discordância pelas partes da recomendação emitida pelo Comitê, contudo disponibiliza,

---

<sup>160</sup> Vide pontos 4.1. e 4.4. do Regulamento de Dispute Board da CAM-CCBC.

<sup>161</sup> Vide Tabela de Despesas do Regulamento de Dispute Board da CAM-CCBC.

de maneira sugestiva, nas cláusulas disponíveis no anexo do regulamento a opção de incluir a CAM-CCBC como tribunal arbitral.

### 3.4 CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CBMA)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. A instituição do Comitês de Resolução de Disputas requer o pagamento de uma Taxa de Instituição no valor de R\$4.000,00. O recolhimento desta taxa gera a contrapartida do CBMA de (i) dar suporte às Partes para a instituição do CRD; (ii) fixar os honorários dos membros do CRD em caso de ausência de acordo prévio entre as Partes; (iii) indicar um membro do CRD uma das Partes seja inerte; e (iv) utilizar as dependências do CBMA para realização de reuniões prévias ao início dos trabalhos do CRD, desde que previamente agendadas entre as Partes e o CBMA<sup>162</sup>.

II. A partir da assinatura do Termo de Instauração do CRD e enquanto durar o procedimento, será devido ao CBMA uma Taxa de Administração que deverá ser recolhida mensalmente pelas Partes no valor de R\$2.500,00. Dentre as atividades a serem desempenhadas pelo CMBA estão: (i) a centralização das comunicações entre as Partes e os membros do CRD (recebimento de documentos físicos pelas Partes e posterior remessa aos membros do CRD); (ii) o controle de prazos; (iii) o contato com as Partes e com os membros do CRD; (iv) o controle dos pagamentos; e (v) a fixação dos honorários dos membros do CRD.

III. O regulamento indica ainda que no silêncio das Partes, fica escolhido como foro competente arbitragem de acordo com o regulamento do CBMA<sup>163</sup>.

### 3.5 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

---

<sup>162</sup> Vide ponto 2.1 do Regimento de Custas do Dispute Board do CBMA.

<sup>163</sup> Vide ponto 20.3 do Regimento de Custas do Dispute Board do CBMA.

I. A ICC presta serviços administrativos às partes em seus Dispute Boards. Dentre os serviços estão: (i) a indicação e (ii) a impugnação de membros para o Comitê de Resolução de Disputas; (iii) o estabelecimento dos honorários devidos aos membros do Comitê e (iv) revisão de decisões tomadas pelo Comitê. Cada serviço é acompanhado de uma taxa inicial de US\$5.000 e a depender do que for desempenhado a taxa administrativa poderá ser aumentada até US\$10.000<sup>164</sup>.

II. A ICC não vincula, em seu regulamento, as partes à atividade de sua câmara arbitral em casos de discordância pelas partes da recomendação emitida pelo Comitê.

### 3.6 INSTITUTION OF CIVIL ENGINEERS (ICE)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. O ICE disponibiliza regulamento sobre os procedimentos do Dispute Board sem remeter à atividades administrativas realizáveis pelo Centro. Dessa forma, também não há a menção à taxas referentes à realização de DB segundo o regulamento da ICE.

II. Por outro lado, embora o regulamento não determine, o acordo tripartite sugerido pela instituição estabelece que qualquer conflito relacionado ao acordo de Dispute Board, mesmo que seja sobre o término deste, deverá ser submetido aos procedimentos arbitrais do ICE<sup>165</sup>.

### 3.7 INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (FIDIC)

Foi localizado apenas um documento com recomendações da Organização para a prática dos Dispute Boards, mas o documento não chega a ser um regulamento em si.

---

<sup>164</sup> Vide articles 1, 2, 3 e 4 do Schedule of Costs do Dispute Board Rules da ICC.

<sup>165</sup> Vide article 9 do Dispute Board Agreement Tripartite Agreement (TPA) do ICE.

### 3.8 AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. Salvo acordo contrário, os membros do Dispute Board deverão ser selecionados a partir de uma lista fornecida pela AAA<sup>166</sup>.

II. A solicitação de assistência administrativa à AAA deve ser precedida ao pagamento de uma taxa de \$3.050,00<sup>167</sup>.

III. A AAA se encarrega de realizar determinadas atividades administrativas necessárias ao funcionamento do DB, dentre elas estão: (i) fornecer os avisos das reuniões, (ii) transmitir as atas das reuniões e as recomendações da Diretoria e (iii) cobrar e pagar as taxas e despesas dos membros da Diretoria<sup>168</sup>. Para realizar essas atividades, a Associação cobra uma taxa de \$300 para cada evento marcado, seja ele uma reunião ou uma visita em campo. Observe que a taxa não cobre demais custos que podem surgir em detrimento da atividade dos membros do comitê.

IV. Sem mencionar diretamente a arbitragem, a AAA impõe em seu regulamento que qualquer conflito que venha surgir na prática do DB deverá ser solucionado pela atuação da AAA, seja através da mediação ou de outro método de solução alternativo de controvérsias<sup>169</sup>.

### 3.9 CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CIARB)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. Embora não tenha sido possível identificar os valores das taxas devidas o regulamento de Dispute Board do CIARB é claro quanto a cobrança de taxas administrativas para o desempenho das seguintes atividades: (i) nomeação<sup>170</sup>, (ii) determinação dos honorá-

---

<sup>166</sup> Vide article 1.2 A do Dispute Resolution Board Guide Specifications da AAA.

<sup>167</sup> Vide article 1.2 C do Dispute Resolution Board Guide Specifications da AAA.

<sup>168</sup> Vide article 1.7 A do Dispute Resolution Board Guide Specifications da AAA.

<sup>169</sup> Vide article 1.5 A do Dispute Resolution Board Guide Specifications da AAA.

<sup>170</sup> Vide article 18 (1) do Dispute Board Rules do CIARB.

rios<sup>171</sup>, e (iii) decisão de impugnação de um dos membros do comitê do Dispute Board<sup>172</sup>.

II. Embora o regulamento não determine, o acordo tripartite sugerido pela instituição estabelece que qualquer conflito relacionado ao acordo de Dispute Board deverá ser submetido aos procedimentos arbitrais do CI Arb<sup>173</sup>.

### 3.10 CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CAMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO (CAM SANTIAGO)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. O Centro se propõe a realizar atividades administrativas auxiliares ao Dispute Board, como (i) nomeação, (ii) determinação dos honorários, e (iii) decisão de impugnação de um dos membros do comitê do Dispute Board<sup>174</sup>. A taxa administrativa cobrada pelo CAM Santiago é anual e possui o montante de 25 unidades de fomento<sup>175</sup>, valor este equivalente à U\$1.060,00.

II. O contrato de DB possui uma cláusula de direcionamento irrevogável de arbitragem para a CAM Santiago<sup>176</sup>.

### 3.11 CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP (CCMA CIESP/FIESP)

Alguns pontos de destaque do regulamento:

I. A Câmara Ciesp/Fiesp realizará a escolha do(s) Membro(s) em caso das Partes ou Membros não atingirem consenso<sup>177</sup>.

---

<sup>171</sup> Vide article 18 (2) do Dispute Board Rules do CI Arb.

<sup>172</sup> Vide article 18 (3) do Dispute Board Rules do CI Arb.

<sup>173</sup> Vide article 6 do Dispute Board Agreement Tripartite Agreement (TPA) do CI Arb.

<sup>174</sup> Vide artículo 1 (2) do Reglamento Dispute Boards do CAM Santiago.

<sup>175</sup> A Unidade de Fomento é uma medida contábil chilena usada para correção inflacionária.

<sup>176</sup> Vide cláusula 4 do Dispute Boards da CAM Santiago.

Além disso, o Regulamento já estipula um modelo padrão de honorários aos membros do Comitê para auxiliar as partes na contratação<sup>178</sup>.

II. Não há referência a uma lista pré-estabelecida com o nome dos especialistas que podem ser membros do Comitê regido pelo Regulamento da Câmara Ciesp/Fiesp.

III. A solicitação de assistência administrativa à Câmara Ciesp/Fiesp deve ser precedida ao pagamento de uma taxa de registro de R\$5.000,00<sup>179</sup>.

IV. A Câmara Ciesp/Fiesp se encarrega de realizar determinadas atividades cartorárias necessárias ao funcionamento do DB, dentre elas estão: (i) comunicações entre as partes, (ii) estabelecimento e aviso de prazos, (iii) recebimento, entregas e distribuição de documentos, (iv) auxílio no recolhimento e pagamento dos honorários dos membros do comitê, e (v) assessoria na realização e transmissão de recomendações ou decisões pelo Comitê<sup>180</sup>. Para realizar essas atividades, a Ciesp/Fiesp cobra uma taxa mensal de administração de R\$1.500,00<sup>181</sup>. Observe que a taxa não cobre demais custos que podem surgir em detrimento da atividade dos membros do comitê.

V. Sem vincular obrigatoriamente as partes, a CCMA Ciesp/Fiesp indica que eventuais controvérsias referentes a recomendações ou decisões dos Comitês deverão ser resolvidas, preferencialmente, mediante arbitragem administradas pela própria Câmara Ciesp/Fiesp<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> Vide artigo 2.10 do Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CCMA Ciesp/Fiesp.

<sup>178</sup> Veja no artigo 3 do Anexo II do Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CCMA Ciesp/Fiesp.

<sup>179</sup> Veja no artigo 1 do Anexo II do Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CCMA Ciesp/Fiesp.

<sup>180</sup> Vide artigos 8, 10, 12 e 15 do Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CCMA Ciesp/Fiesp.

<sup>181</sup> Veja no artigo 2 do Anexo II do Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CCMA Ciesp/Fiesp.

<sup>182</sup> Vide artigo 1.2 do Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias da CCMA Ciesp/Fiesp.

### 3.12 QUADRO COMPARATIVO SOBRE OS SERVIÇOS E VALORES DAS CÂMARAS

Como uma forma de comparar os serviços desempenhados pelas Câmaras na assessoria nos Dispute Boards e a arrecadação que estas instituições estão obtendo frente à atividade de assessoramento foi elaborada a seguinte tabela:

Insti- tuição	Atividades e Serviços desempenhados e os custos do serviço cobrado pela Instituição						
	Esta- bele- ci- men- to dos ho- norá- rios do mem- bro do DB	For- neci- men- to de lista de pro- fissi- onais e téc- nicos para o DB	Indi- cação e im- pug- nação dos mem- bros do DB	Revi- são de deci- sões toma- das pelo Comitê	Secre- taria do DB (acom- panha- mento de prazos, emis- são de alertas, paga- mento dos mem- bros do DB, etc.)	Taxa de regis- tro do DB na Insti- tuição	Vincu- lação ou suges- tão ao com- pro- misso com a Câma- ra de Arbi- tragem da insti- tuição
AMA		✓					✓

<b>RB</b>			\$3.000				
<b>MA-IE</b>					\$3.000/ mês	\$5.000	
<b>AM- CCBC</b>			\$3.000				✓
<b>BMA</b>	✓	✓	✓		\$2.500/ mês	\$4.000	✓
<b>CC</b>	\$5.00 0		\$5.000	\$5.000			
<b>CE</b>							✓
<b>IDIC</b>							
<b>AA</b>		✓			\$300/ ativi- dade	\$3.050	✓
<b>IArb</b>			✓				✓



AM Santi- ago			✓		\$1.060/ ano		✓
CMA Ci- esp/Fi esp	✓		✓		\$1.500/ mês	R\$5.00 0	✓

## CONCLUSÃO

O uso dos Comitês de Resolução de Disputas ainda é recente no Brasil e um dos primeiros casos de sua utilização foi o contrato de expansão do metrô de São Paulo, cujo financiamento foi feito pelo Banco Mundial. Outro caso emblemático de uso do instituto no país ocorreu nas Olimpíadas de 2016, no Rio de Janeiro, em que foi constituído um comitê *ad hoc* para lidar com os conflitos supervenientes e garantir a exequibilidade de um evento deste porte. Aos poucos, essa cláusula tem se tornado mais comum nas grandes obras de construção civil e de infraestrutura, seja por determinação condicionante de órgãos financiadores, como o próprio Banco Mundial, seja pelo reconhecimento gradual do mercado e da administração pública da importância de se implementar este eficiente<sup>183</sup> método alternativo de solução de conflitos.

Sobre este ponto, vale ressaltar que ainda que o BNDES não tenha implementado o uso dos Comitês como condicionantes de financiamento, a instituição já manifestou seu interesse no tema. Em um seminário organizado pela instituição no ano de 2016, os Dispute

---

<sup>183</sup> Conforme já apresentado na introdução, dados do Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) apontam que mais de 97% dos conflitos surgidos ao longo de um contrato são resolvidos no âmbito do comitê de resolução de controvérsias, evitando que a disputa chegue ao Judiciário ou à Arbitragem.

Resolution Boards foram foco de uma das três apresentações sobre Solução Consensual de Conflitos e Segurança Jurídica.<sup>184</sup>

É nesta perspectiva que o debate sobre a popularização do Dispute Board começa a ganhar força no Brasil. Recentemente a primeira lei específica sobre o tema foi promulgada no município de São Paulo e projetos de lei começam a surgir em âmbito nacional para regular esta atividade. Tudo isso para incentivar a implementação dos Comitês dentro da atividade contratual pública. O futuro das instituições e profissionais que se especializarem na atividade junto à Dispute Boards é, portanto, promissor.

Já existem centros que, com vistas no potencial do método, começam a ampliar sua atuação para proporcionarem, também, assessoramento de DBs. Seja no âmbito nacional ou internacional, diversas instituições já possuem regulamentos próprios disponibilizados para auxiliar nos contratos que buscam implementar os comitês. Contudo, nem todas essas instituições têm dedicado espaço para desenvolvimento de suporte administrativo ao longo dos trabalhos do Dispute Boards.

Para Júlio Bueno e Augusto Figueiredo, “Esta é, certamente, uma área interessante a ser desenvolvida ao longo dos próximos anos, à semelhança do trabalho realizado nos procedimentos arbitrais” (BUENO, FIGUEIREDO, 2017). Afinal, na visão destes autores, tudo indica que

Será de grande utilidade para as partes e os profissionais que atuam no setor poder contar com as instituições para o controle de prazos, intermediação de comunicações, disponibilização de espaço para reuniões e o armazenamento digital da documentação contratual relevante para o trabalho dos Dispute Boards. Além de diminuir ainda mais o tempo utilizado pelas partes na gestão do contrato, o suporte daria eficiência ao procedimento e seria também de grande utilidade nos casos em que uma disputa

---

<sup>184</sup> BNDES. Seminário do BNDES debate Solução Consensual de Conflitos e Segurança Jurídica. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/seminario-bndes-debate-seguranca-juridica>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

venha a evoluir para um procedimento arbitral, acelerando o início do procedimento e contribuindo, potencialmente, para a redução do tempo de duração da arbitragem (BUENO e FIGUEIREDO, 2017).

Globalmente, não há dúvidas quanto à potencialidade dos DRBs para reduzir os custos e aumentar a eficiência na resolução dos problemas nos contratos de construção e de infraestrutura. Por essa razão, inclusive, agentes financiadores internacionais exigem cláusulas contratuais que prevejam o uso desses comitês para a solução de controvérsias durante a execução do contrato.

Para o cenário brasileiro, que ainda é um tanto tímido para o uso desses comitês, não deveria ser diferente, principalmente em razão da necessidade de respeito às normas de *compliance* e de tratamento ágil, especializado e eficiente de conflitos envolvendo questões da infraestrutura nacional.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Guilherme Augusto Teixeira de. **Dispute Board como solução de controvérsias**. Publicado em: 29/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dispute-board-como-solucao-de-controversias-29042018>. Acesso realizado em: 13/08/2018.

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. **Controle Externo e Técnicas de Mediação: A Busca de Soluções com Foco no Interesse Público**. Revista do TCU, BRasília, nº 98, Out./Dez., 2003. p.47.

ANASTASIA, Antonio; CARNEIRO, Caio M. **“Dispute Boards’ para desenvolver o Brasil”**. Estadão. Publicado em: 31/07/2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,dispute-boards-para-desenvolver-o-brasil,70002422904>. Acesso realizado em: 13/08/2018.

BACELO, Joice. **Tribunal paulista mantém decisão extrajudicial desfavorável ao Metrô**. Valor Econômico. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/5724955/tribunal-paulista->

manter-decisao-extrajudicial-desfavoravel-ao-metro>. Acesso em 29 de agosto de 2018.

BNDES. Seminário do BNDES debate Solução Consensual de Conflitos e Segurança Jurídica. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/seminario-bndes-debate-seguranca-juridica>>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

BUENO, Júlio; FIGUEIREDO, Augusto. **Os dispute boards em contratos de construção e grande projetos de infraestrutura**. Cadernos FGV PROJETO: Solução de Conflitos. Ano 12. nº30. abril/maio 2017. Disponível em: [http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos\\_30\\_solucaodeconflitos\\_0.pdf](http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf). Acesso realizado em: 30/07/2018.

CAMARB. **Sobre os disputes boards na Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (Camarb)**. Disponível em: <http://camarb.com.br/dispute-board-db-ou-junta-de-consultores>. Acesso realizado em: 15/06/2018.

COMISSÃO TEMPORÁRIA DAS OBRAS INACABADAS. **Relatório Final**. Senado Federal. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&disposition=inline>> . Acesso em 13 de agosto de 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Grandes obras paradas : como enfrentar o problema?**. Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2018. 124 p. : il. – (Propostas da indústria eleições 2018 ; v. 25).

DANTAS, Edilson. **Conflito entre órgãos é entrave para investir, analisam especialistas**. Publicado em: 02/08/2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/conflito-entre-orgaos-entrave-para-investir-analisam-especialistas-22941776#ixzz5PZDK18dH>>.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. **20 anos da Lei de Arbitragem: passado, presente e futuro**. Solução de Conflitos: Caderno FGV Projetos nº 30, ano 12. 2017.

FIDIC. **The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board.** Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/34%20The%20new%20FIDIC%20provision%20for%20a%20Dispute%20Adjudication%20Board.pdf>. Acesso realizado em 17/07/2018.

FLYVBJERG, Bent. **What you should know about megaprojects and why: an overview.** Project Management Journal, vol. 45, nº 2, John Wiley and Sons, 2014, p. 6–19.

GALVÃO, A. de M. V. **Os dispute review boards e o sistema jurídico brasileiro.** Revista de Arbitragem e Mediação, v. 9, n. 32, p. 190-211, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo.** Revista da Escola Paulista da Magistratura. Volume 3. Número 2 – julho/dezembro 2002. São Paulo, SP: Escola Paulista da Magistratura. Imprensa Oficial do Estado. p.50

GUILHERME AUGUSTO TEIXEIRA DE AGUIAR. **Dispute Board como solução de controvérsias.** Publicado em: 29/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dispute-board-como-solucao-de-controversias-29042018>. Acesso realizado em: 13/06/2018.

International Chamber of Commerce. **Dispute Boards.** 2015, Disponível em: <http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>. Acesso realizado em: 15/08/2018.

INFRA 2038. Quanto precisamos investir até 2038? – Relatório (Resultados). Consulta Pública 01/2018. São Paulo: jan., 2018. Disponível em: <https://www.infra2038.org/quanto-investir-ate-2038>.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública, - fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOSS, Juliana; CHACEL, Julian. **A gestão extrajudicial de disputas e o tempo.** Solução de Conflitos: Caderno FGV Projetos nº 30, ano 12. 2017.

MARCONDES, 2011 apud VAZ, Gilberto José. **Os Dispute Boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção.** Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 11, São Paulo: Ed. RT, abr-jun/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As parcerias Público-Privadas (PPPs).** Migalhas. Publicado em: 12.01.2006. Disponível em: [https://www.google.com.br/search?q=ELLO%2C+Celso+Ant%C3%B4nio+Bandeira+de.+As+parcerias+P%C3%ABablico-Priva-das+\(PPP\)s&oq=ELLO%2C+Celso+Ant%C3%B4nio+Bandeira+de.+As+parcerias+P%C3%ABablico-Priva-das+\(PPP\)s&aqs=chrome..69i57.185j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.br/search?q=ELLO%2C+Celso+Ant%C3%B4nio+Bandeira+de.+As+parcerias+P%C3%ABablico-Priva-das+(PPP)s&oq=ELLO%2C+Celso+Ant%C3%B4nio+Bandeira+de.+As+parcerias+P%C3%ABablico-Priva-das+(PPP)s&aqs=chrome..69i57.185j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso realizado em: 20/08/2018.

MIERS, Christopher. **Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro. Since you Cannot Delay the Olympic Games.** Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/>. Acesso realizado em: 13/08/2018.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Agências Reguladoras e o Controle da Regulação pelo Tribunal de Contas da União.** Direito da Infraestrutura: Vol. 2. Série GVLaw. Saraiva, 2017.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Câmara Legislativa Municipal de São Paulo. **LEI Nº 16.873, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2018.** Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>

OLIVEIRA, Lucas Sávio; SANTORO, Carolina. **Os dispute boards e os contratos de construção e infraestrutura.** Conjur. Publicado em: 03/06/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-03/opinio-dispute-boards-contratos-construcao-infraestrutura>. Acesso realizado em: 13/06/2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Candido de. **Dispute board ajuda a resolver conflito antes de virar litígio.** Conjur. Publicado em: 13/09/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-13/rodrigo-oliveira>

dispute-board-aliado-resolucao-conflitos. Acesso realizado em: 13/08/2018.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. **Arbitragem na administração pública brasileira e a indisponibilidade do interesse público**. Quaestio Iuris. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23491/20498>. Acesso realizado em 23/08/2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **Análise crítica das cláusulas Dispute Board: eficiência e casos práticos**. Revista Novos Estudos Jurídicos. 2013.

RIBEIRO, Ana Paula; RODRIGUES, Isabella Carolina. **OS DISPUTE BOARDS NO DIREITO BRASILEIRO**. REVISTA DIREITO MACKENZIE v. 9, n. 2, p. 128-159. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-Mackenzie\\_v.09\\_n.02.08.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf). Acesso realizado em: 16/08/2018.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. **O Papel do Tribunal de Contas da União na Institucionalização dos meios consensuais e a responsabilização pessoal do advogado público**. Solução de Conflitos: Caderno FGV Projetos nº 30, ano 12. 2017.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na administração pública**. Curitiba: Juruá, 2018.

Senado Federal. **Perdas com obras inacabadas podem chegar a R\$ 1 trilhão**. Publicado em: 14/12/2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/14/perdas-com-obras-inacabadas-podem-chegar-a-r-1-trilhao>. Acessado em: 19/07/2018.

STJ. REsp 1569422/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de Levantamento de Auditoria (TC 012.667/2006-4)**. TCU, 2006

\_\_\_\_\_. **Relatório de Levantamento de Auditoria: Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação – Secob**. Edificação. (TC 016.052/2013-7). TCU, 2013.

VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas**

WALD, A. **A arbitragem contratual e os dispute boards**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

### **Regulamentos**

1. Regulamento de Dispute Board da **Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (Camarb)**. Disponível em: <http://camarb.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Regulamento-de-DB-CAMARB-2017-FINAL-.pdf> Acesso realizado em: 17/08/2018.

2. Regulamento de Dispute Board da **Câmara de Mediação Arbitragem do Instituto de Engenharia (CMA-IE)**. Disponível em: <https://www.cma-ie.org.br/18/regulamento-de-csc> Acesso realizado em: 18/08/2018.

3. Regulamento de Dispute Board da **Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)**. Disponível em: <http://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>. Acesso realizado em: 10/09/2018.

4.a. Regimento de Custas do Dispute Board do **Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA)**. Disponível em: [http://www.cbma.com.br/regimento\\_custas\\_dispute\\_board](http://www.cbma.com.br/regimento_custas_dispute_board) Acesso realizado em: 18/08/2018.

4.b. Regulamento de Dispute Board do **Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA)**. Disponível em:



[http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Regulamento\\_dispute\\_board.pdf](http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Regulamento_dispute_board.pdf) Acesso realizado em: 18/08/2018.

5. Regulamento de Dispute Board da **International Chamber of Commerce (ICC)**. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/> Acesso realizado em: 19/08/2018.

6. Regulamento de Dispute Board do **Institution of Civil Engineers (ICE)**. Disponível em: <https://www.ice.org.uk/ICEDevelopmentWebPortal/media/Documents/Disciplines%20and%20Resources/09-3-ICE-Dispute-Board-procedure-2012-04-30.pdf>. Acesso realizado em: 18/08/2018.

7. The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board da **International Federation of Consulting Engineers (FIDIC)**. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/34%20The%20new%20FIDIC%20provision%20for%20a%20Dispute%20Adjudication%20Board.pdf>. Acesso realizado em: 19/08/2018.

8.a. Dispute Resolution Board Guide Specifications da **American Arbitration Association (AAA)**. Disponível em: [https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/AAA%20Dispute%20Resolution%20Board%20Guide%20SPECIFICATIONS.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA%20Dispute%20Resolution%20Board%20Guide%20SPECIFICATIONS.pdf). Acesso realizado em: 19/08/2018.

8.b. Dispute Resolution Board Fees da **American Arbitration Association (AAA)**. Disponível em: [https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/AAA\\_DRB\\_Fees.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA_DRB_Fees.pdf). Acesso realizado em: 19/08/2018.

9. Dispute Board Rules do **Chartered Institute of Arbitrators (CI-Arb)**. Disponível em: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/das/ciarb-dispute-board-rules-practice-amp-standards-committee-august-2014.pdf?sfvrsn=2>. Acesso realizado em: 19/08/2018.

10. Reglamento Dispute Boards do **Centro de Arbitraje y Mediación de la Camara de Comercio de Santiago (CAM Santiago)**. Dispo-

nível em: <http://www.camsantiago.cl/doc/reglamentos-DB.pdf>. Acesso realizado em: 19/08/2018.

11. Regulamento de Dispute Board da **Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp (CCMA Ciesp/Fiesp)**. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/regulamento.html>. Acesso realizado em: 10/09/2018.

# O PARADIGMA FAMILIAR E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO REPERSONALIZADO

**ARAÚJO, Litiane Motta Marins**

*Mestre em Direito pela Unesa, Unigranrio,  
litianemarins@gmail.com*

**MATOS, Lucia Helena Ouvernei Braz de**

*Mestre em Direito pela Unesa, Unigranrio,  
matos.lucia@gmail.com*

**GUERRA NETO, Renato Meirelles**

*Mestre em Direito pela UCP, Unifeso,  
Renato.meirelles@hotmail.com*

**Resumo:** O Direito de família tradicional apresentava teor fortemente patrimonialista. As inspirações jurídicas ou tentativas de interpretação mais hodierna desvelam um fenômeno denominado de repersonalização, que evidencia o interesse pessoal e humano, isto é, não venal ou de bens materiais. Está fundado no afeto. Ele é o aglutinador nuclear e preponderante de um novo horizonte das relações familiares. É a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares pelo que é e não pelo que possui como contribuintes afirmadores diretos de afetividade e dignidade.

**Palavras-chave:** Família. Repersonalização. Evolução. Afeto. Identidade;

## INTRODUÇÃO

O Direito de família tradicional apresentava teor fortemente patrimonialista. As inspirações jurídicas ou tentativas de interpretação mais hodierna desvelam um fenômeno denominado de repersonalização, que evidencia o interesse pessoal e humano, isto é, não venal ou de bens materiais. Está fundado no afeto. Ele é o aglutinador nuclear e

preponderante de um novo horizonte das relações familiares. É a restauração da primazia da pessoa nas relações familiares pelo que é e não pelo que possui como contribuintes afirmadores diretos de afetividade e dignidade.

O novo paradigma repersonalista ingressante no Direito das Famílias possibilitou a transição nodal da concepção de família como unidade econômica para uma igualitária entidade centralmente preocupada com o pleno desenvolvimento de seus membros. Essa nova configuração, fundada no afeto evidencia também um espaço privilegiado no qual os seres humanos que a constituem. Não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. Ocorre a substituição da *grande família*, que compreendia a própria linha dos escravos, pela *família nuclear*, centrada na tríade *pai-mãe-filho*, operada nos séculos XIX e XX; no entanto, sobretudo o aprofundamento afetivo no interior do grupo deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividades (VILELLA, 2010, p.11).

O aconchego do lar conjugal e o paradigma do mútuo respeito emocional em tradução às preocupações psicofísicas e éticas não protocolares de pura relação, mas por animação da pessoa interior, motivam uma releitura da unidade familiar, não obstante a pluralidade potencial do Direito das Famílias. As transformações identificadas no necessário diálogo entre a Constituição e os demais ramos do Direito não escapam ao Direito Civil – legislação ordinária de importância nuclear no dia a dia de cada pessoa desde a vida intrauterina ou pré-conceptual até seu *post mortem*. Elementos doutrinários, legislativos, existenciais de âmbito geral no Direito Privado passam por um constante processo de comunicação com o Direito das Famílias, e também por se reconhecer que a repersonalização do Direito guarda íntima relação com o mencionado processo. Assim, na medida em que o Direito Civil, ao superar a ótica patrimonialista adotando uma dinâmica de valorização da pessoa humana, como titular de direitos personalíssimos, num movimento de repersonalização, chega como consequência direta à conclusão segundo a qual violar qualquer dos direitos da personalidade

importa necessariamente em afronta à dignidade. Sob tal prisma de entendimento, mesmo a proteção da propriedade revela-se como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e ao desenvolvimento da personalidade, bem como “os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, o próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana” (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

A família é o primeiro ambiente onde a pessoa vive sua constituição enquanto *ser-no-mundo* e *ser-com*, afastando a possibilidade de que sua natureza gregária seja sufocada pela perspectiva individualista e patrimonialista do mundo contextualmente gélido nas relações humanas. O risco do ultrapassagem de limites relacionais que deveriam conferir primazia às orientações do afeto é minorado quando o afeto ingressa no seio das relações pessoais. Para além de qualquer gênero e possibilidade de sobreposição o afeto pressupõe igualdade, respeito, solidariedade, dignidade e todos esses elementos estão presentes na lei maior como inegociáveis e, em termos civis reconhecidos como, personalíssimos. Outra importante alteração do novo Código Civil foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes era “Da Filiação Legítima”, e agora, com maior amplitude, corresponde simplesmente a “Da Filiação”. Verifica-se, portanto, a grande influência do dispositivo constitucional que afasta qualquer designação discriminatória em relação à filiação no Brasil (art. 227, § 6º, da CF/1988), reproduzindo o art. 1.596 do Código Civil o teor do texto constitucional. Mais adiante o novo diploma revisa os preceitos relativos à contestação do marido em relação à legitimidade do filho nascido da mulher, adequando tal entendimento à jurisprudência dominante do país (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

## 1. REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A repersonalização, portanto, incide sobre o Direito Civil e, mais especialmente, o familiar, que, como já enunciado, não se detém ou se orienta por um paradigma patrimonial, constituindo a principal mudança na lei ordinária; ratifica decerto o diálogo harmonioso pretendido

entre a lei maior e a infraconstitucional de importância integral quanto à vida de cada pessoa nos termos de todos os atos da vida civil, bem como no âmbito de sua existência como um todo. Nasce então também um desafio posto aos juristas, notadamente no que concerne ao Direito de Família. É a tarefa de aprofundar-se em seus conhecimentos para compreender a pessoa em sua dimensão ontológica. Tal missão é de elevado grau de dificuldade, dadas as condições de formação geral de um Estado com as raízes históricas que tem o Brasil. Para tanto, bastaria indagar quem foi o fundador da ontologia do mundo ocidental, seu conceito, o que pretendia entender, propor ou enunciar. Ou, se possuísse tal informação a pergunta seguinte poderia ficar sem resposta, isto é, se já leu o poema de Parmênides – documento oficial de fundação da ontologia ocidental, naturalmente escrito pelo pai da referida ontologia.

A cultura jurídica no cenário nacional não é homogênea. E com tal afirmação não se pretende dizer que há privilégios acadêmicos. O que se passa nesse quadro é a ausência de informações fundamentais para construir um pensamento jurídico sólido, consistente e que, ao se deparar com o afeto, não se limite a prisma o afeto como mera fabulação emocional circunstancial e dispensável, mas sim como constituinte decisivo da pessoa humana, cuja integridade, se ferida, pode produzir efeitos extremamente danosos ao ser já amadurecido ou em formação. Os sujeitos são muito mais do que meros titulares de bens. Sua importância como humanos não pode depender de sua condição econômica. Nos termos da filiação, quando, nas famílias, um dos pais fica com a criança, o critério não é unicamente econômico. É crucial identificar se haverá afeto na relação para que seja concedido o pedido. O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A repersonalização das relações familiares significa, antes de tudo, que os interesses da pessoa humana sejam muito mais valorizados do que o patrimônio o que detenha. A tendência pós-contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o já então conhecido fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside à dignidade humana. Será possível perceber que a dignidade humana possui natureza axiológica, já que representa um princípio jurídico fundamental, e mais, um verdadeiro atributo da personalidade humana, cujo conteúdo se espalha pelo complexo constitucional nutrindo o sistema, fornecendo o parâmetro de validade das demais normas integrantes e deduzindo a raiz antropológica que conduz o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado. Importante destacar que, somente a partir da consolidação da ordem democrática, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, é que, no Brasil, se construiu uma nova ideia acerca da tutela dos direitos fundamentais, muito mais adequada à dignidade da pessoa humana, que apresenta em seu conteúdo o afeto como verdadeiro valor jurídico, em um processo conhecido como repersonalização do direito (HOGEMANN, 2013b, p. 66-67).

## 2. AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E OS REFLEXOS NA FAMÍLIA

A reformulação da entidade familiar, notadamente, como instituição social radical, naturalmente não ocorre de modo abrupto. As oscilações ainda existem coetâneas às mudanças que se operam na ordem da família e, conseqüentemente, no âmbito, da sociedade, que, por seu turno retomam um diálogo com a referida instituição quando pelo Estado reconhecida, envolvendo o aparato circunstancial e continuado dos direitos humanos nos termos da dignidade e dos direitos da personalidade.

A expressão *direitos humanos* é uma maneira sintetizada de mencionar os direitos considerados como fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa hu-

mana, apesar de ter uma existência biológica, não é capaz de desenvolver plenamente suas capacidades de participar inteiramente da vida social e comunitária. Conviver significa vencer o isolamento existencial numa proposta interativa com o outro (HOGEMANN, 2012a, p.5-6).<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> Daí, *contrario sensu*, decorre um direito humano fundamental – que simultaneamente é uma obrigação – importante, a saber: o poder-dever de repelir o desafeto por formas jurídicas que o afastem da família, preventiva ou repressivamente, tais como, por exemplo, a educação e a penalização referentes a todas as formas físicas e psíquicas de violência doméstica, não só entre marido e mulher, mas a partir da efetiva proibição de submeter os filhos a castigos corporais desumanos, que afrontam e corroem o amor.

Assim o é que todo ser humano, independentemente de gênero, cor, religião, opção sexual, política, ou qualquer outra designação identificadora de sua origem ou relação cultural ou econômica, deve ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornar não somente útil à humanidade, como também deve ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar de maneira equânime a todos, de sorte que possa desenvolver plenamente todas as suas potencialidades. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se designa direitos humanos. Para que se possa mais objetivamente compreender o que significam esses direitos humanos, basta expor que correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas demandas naturais que se apresentam da mesma forma para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, a título ilustrativo, a vida configura-se como um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então a salvaguarda da vida é uma necessidade objetiva de todas as pessoas humanas. Mas, observando como são e como vivem os seres humanos, percebe-se a existência de outras necessidades que são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, e tantas outras. Muito embora existam essas outras tantas necessidades fundamentais, cumpre apontar que a pessoa humana para que esteja habilitada a reivindicar e a ter a garantia de tais necessidades contempladas, precisa ter uma existência formal que a distinga dos demais indivíduos no seio social. “[...] Assim, cada ser humano, cada pessoa carece de ter reconhecida sua condição de ser único e irrepetível, decorrência de uma conscientização ética do posicionamento moral de cada homem ou mulher que deseja e necessita ser reconhecido e protegido em sua integridade pessoal, independente do papel desempenhado na sociedade” (HOGEMANN, 2012a, p. 6).



Dispõem os Professores Gizlene Neder e Gilásio Cerqueira Filho, quanto a evolução da relação família e seus limites que “os limites da Família iam além do pai, da mãe e dos filhos” (FILHO, NEDER – 2001<sup>a</sup>, p.122-123)<sup>186</sup>

Nesse sentido, a vida social é valiosa conquista do processo de aprimoramento da espécie humana. Por via de consequência, outros direitos como a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à vida e se realizam mais efetivamente a partir do primeiro dos gru-

---

<sup>186</sup> “Os limites de uma família iam além do pai, da mãe e dos filhos. A proteção em troca de lealdade, OS FILHOS DA LEI 123 imposta pelos vínculos familiares, estendia-se primeiramente a uma ampla gama de relacionamentos consangüíneos e por meios de casamentos. As relações sociais eram orientadas pelo paradigma familiar, que mesclava em seu interior força e benevolência. A falta de obediência ou lealdade deixava o indivíduo exposto à exploração de outros.

Nas famílias, a ameaça de punição e a promessa de benevolência descreviam as vidas de esposas e filhos, escravos, agregados, pequenos proprietários, pequenos comerciantes e outros seguidores do senhor. Esta autoridade também atingia as relações de poder, principalmente as políticas. É esta autoridade do *paterfamilis* que o código civil veio limitar.

No Código Civil Brasileiro, a emancipação dos filhos e filhas está prevista para 18 (parcial) e 21 anos (total). Várias restrições ao pátrio poder foram firmadas. Entretanto, o costume seguia definindo a permanência dos filhos na casa (viver sob o teto do pai) como dever de proteção e obediência ao pai. O casamento constitui-se, portanto, fator importantíssimo de ruptura com o pátrio poder, do ponto de vista da construção da idéia de indivíduo.

Durante todo o período em que se discutiu a reforma das leis civis no Brasil, a defesa ou a resistência ao casamento civil dividiram opiniões.

Sobretudo, as forças do conservadorismo clerical e dos patriarcas retardaram o quanto puderam a transferência das mãos da Igreja para as do Estado de todo o registro civil, mormente em relação ao matrimônio. Isto porque, uma vez colocado em mãos civis, o casamento deixaria de ser um sacramento e passaria a ser considerado um contrato, como na maioria das sociedades modernas. Todo contrato, em termos jurídicos, prevê o distrato.

Portanto, a questão da indissolubilidade do casamento e do divórcio infletiu a discussão. Uma vez proclamada a República, sob a liderança de positivistas (dentre os quais alguns francamente anticlericais), a Lei do Casamento e do Registro Civil foi decretada pelo Governo Provisório em 1890, sendo seu mentor Rui Barbosa”.

pos sociais dos quais o ser humano faz parte: a família. Eis, portanto, um elenco de direitos humanos fundamentais e operacionais que se somam para a realização e a garantia da família. Contudo, vale sublinhar que, por entre esses direitos, há um direito-amálgama responsável pela interação entre todos eles. É o direito ao afeto, cujo objeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Realmente, desde sua origem, a família é recoberta com um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa. Esse manto protetor é o afeto, ao qual o direito deve dedicar especial atenção, sob pena de pôr em risco a própria garantia jurídica da família. Isso, porque o direito ao afeto é o mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar (HOGEMANN, 2012a, p.5-6).<sup>187</sup>

### 3. AFETO

O significado da palavra afeto deriva do latim *affectus*, que decorre da junção dos segmentos latinos *ad* (para) e *fectum* (feito), que simboliza “feito um para o outro”, sendo um direito individual diante da possibilidade das pessoas se escolherem sem descenderem de um parentesco ou de um relacionamento vinculado aos padrões sociais (FUJITA, 2011a, Unidade 8)<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Posicionamento assemelhado ao defendido por Sarlet (2012) Alexy (2013).

<sup>188</sup> “O afeto se prende ao princípio da solidariedade, talhado e moldado nos laços que unem as pessoas, na aceitação recíproca, independentemente das diferenças de idade, de saúde ou de riqueza patrimonial. Como negar a presença de afeto entre o neto e o seu avô, o primeiro, jovem, com toda a vida pela frente, o segundo, bem mais velho, com a experiência dos anos vividos; mas unidos pelos laços da compreensão mútua e do coração? E o que dizer da amizade sincera entre um rico e um pobre, ou entre pessoas de religiões diversas, em que a diferença patrimonial, ou a de credo religioso, não impede que ambos se respeitem, se solidariem, se compreendam e se ajudem? Ou então o que falar da relação entre a mãe e seu filho com deficiência mental: embora este se apresente hermético em seu mundo psíquico, aquela, sua mãe, parece adivi-

O Direito Civil clássico abrigava tendência, justificada pela necessidade de segurança jurídica, para o uso de tipos legais que fossem instantaneamente aferidos, e por isso tornassem clara a existência de vínculos familiares, tendo em vista a necessidade de segurança — *rectius*, clareza, certeza — nas relações patrimoniais. Era de todo desejável — e de certa forma ainda hoje o é, só que em menor grau — saber exatamente a quem pertencia cada bem disponível para poder fazê-lo circular por entre as pessoas através de relações jurídicas. O direito fundamental ao afeto comporta-se de modo singular. As relações familiares e sociais do mundo dos dias atuais e privilegiam o amor em detrimento de um patrimonialismo desmedido, observado em outras épocas. A atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização da dignidade da pessoa humana (HOGEMANN, 2013b, p 9).

Ao considerar a maior importância atribuída à proteção à pessoa humana, os conceitos jurídicos dos respectivos vínculos familiares — tanto horizontal, quanto vertical — ganham uma maior flexibili-

---

nhar-lhe os distantes pensamentos e, não se deixando dobrar pelas restrições da vida, não mede esforços, para confortar e atender a todas as necessidades de seu filho incapaz. De fato, o afeto transcende as deficiências ou limitações individuais de cada uma das pessoas e se complementa com a compreensão e amor.

Como bem afirma Paulo Luiz Netto Lôbo, “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue”.

O afeto nas relações familiares e, sobretudo, na filiação já se fazia presente antes mesmo da Constituição Federal de 1988, uma vez que já se admitia a adoção, “reconhecendo a filiação fundada na vontade e no afeto, acima dos vínculos de sangue”.<sup>6</sup> Contudo, é certo que o afeto ganhou força com a Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil de 2002, que lhe deram um suporte jurídico e o colocaram no cenário central das discussões relativamente à sua verdade: se superior ou não à verdade biológica. Apresentamos em itens anteriores uma classificação doutrinária a respeito da filiação, examinada sob o viés da origem (matrimonial, extramatrimonial e adotiva), assim como sob o viés da sua natureza (jurídica, biológica e socioafetiva), e depreendemos que nem sempre a verdade jurídica, representada pelas presunções *iuris tantum* do brocardo romano *pater is est quem nuptiae demonstrant*, coincide com a verdade biológica. Perceberemos ainda que, mesmo a filiação sendo apontada pela verdade biológica, poderá ser questionada ante o crivo da verdade afetiva.” (FUJITA, Jorge Siguemitsu. *Filiação*, 2ª edição. Atlas, 05/2011)

dade para incluir situações que antes estavam à margem do Direito, no campo do não jurídico, no campo do fático. Vale portanto, transcrever o seguinte ponto de vista:

É possível afirmar que existem questões onde ainda não existe verdadeiro consenso moral. Diferente do individualismo, que é característica inerente ao comportamento social há muitos séculos, e seu conceito encontra-se amplamente difundido, o afeto ainda está em processo de inserção no elemento ético da pessoa humana, às vezes possuindo identidade própria, às vezes sendo mera faceta de um individualismo desfigurado (HOGEMANN, 2013b, p 9-10).

A Constituição representa uma infindável série de escolhas, o que enseja questionamentos sobre se deve ser vista como um texto, uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais.

A Constituição de 1988 traz consigo, como já é sabido, valores solidários e igualitários, sedimentando uma nova face do Direito das Famílias. O art. 226, *caput*, do texto constitucional, ao estabelecer que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, reconhece a importância do organismo familiar para a formação e manutenção da sociedade, valendo salientar que o modelo unitário da família matrimonial foi ampliado para vários (plurais) modelos de famílias que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente.

Sem família não há sociedade, daí especial proteção que o Estado deve dar às famílias, não mais consagradas como instituições independentes, mas em razão da tutela das pessoas humanas que as integram, independentemente do modelo escolhido ou existente.

A entidade familiar passou a ser o meio de realização da dignidade e das potencialidades de seus membros. Assim, a efetividade das normas constitucionais implica a defesa dos organismos sociais e familiares, que cumprem o seu papel maior.

A afetividade, no entanto, não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal, ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade

como base da família. A afetividade, como elemento formador da família, deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações.

O afeto desempenha, então, papel imprescindível para a fundamentação da formação das famílias, sendo capaz de explicar a necessidade do pluralismo das entidades familiares identificável na sociedade contemporânea.

A despeito da possibilidade de algum doutrinador subestimar sua importância de vale salientar que um dos fulcros constitucionais que albergam o *princípio da afetividade* se encontra no art. 226 §8, da Constituição Federal, do momento em que assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.

A liberdade de afeiçoar-se um ser ao outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com outro. Essa analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostrar que, como ocorre na liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição Federal de 1988, - o parágrafo 2 do art. 5 não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados.

Ambas as liberdades são inerentes ao relacionamento social. Se negadas – ou tolhidas – isso resulta na desfiguração do Estado Democrático de Direito e das liberdades – ainda que não declaradas expressamente –: significa renegar o regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito destacado pelo art. 1 da Constituição.

Corolário de todas as transformações e princípios foi o reconhecimento de que, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização de seus membros, em prol de toda a sociedade.

Ainda, o dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, uma vez que assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade socioafetiva, na qual o vínculo sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor às relações de consanguinidade. A família, a partir de agora, passa a ser um núcleo socioafetivo que transcende a mera formalidade.

Como se vê, o modelo único e tradicional de família, o matrimonializado, no qual se baseia as antigas funções da família (econômica, política, religiosa e procriativa), perde seu espaço para os atuais vínculos familiares que se fundamentam na afetividade para o desenvolvimento pessoal de cada um dos envolvidos na relação.

De acordo com tal raciocínio as famílias se constituem, de um modo geral, na atualidade, com base em sentimentos de amor e solidariedade com propósito de serem preservados os laços afetivos de atenção, carinho, cuidado e proteção dos parceiros e da prole, buscando a realização de projetos de forma compartilhada.

Assim, a família se forma através do afeto e transforma seus seres a partir do afeto. Dessa maneira, são as relações familiares que despertam o entendimento baseado na compreensão e no carinho.

O amor (afeto) em suas várias formas é visto pelos filósofos de dois modos: como unidade e identificação total entre dois seres, e como troca recíproca entre seres individuais e autônomos. Sob esta última perspectiva, a troca recíproca, emotivamente controlada, de atenções e cuidados tem por finalidade o bem do outro como se fosse o seu próprio.

Famílias são sistemas sociais complexos – ou seja, redes de relacionamentos recíprocos e alianças que estão constantemente evoluindo e que são muito influenciadas pela comunidade e pela cultura. Além do que, a abordagem sistêmica da família reconhece que os pais influenciam seus filhos, assim como as crianças influenciam o comportamento e as práticas educacionais de seus pais.

Dessa forma, considerar a família como sendo um sistema é considerar que as interações entre quaisquer dos membros (nuclear e/ou extensa) provavelmente serão influenciadas pelas atitudes e comportamentos dos outros.

Assim, as interações redundam em efeitos diretos ou indiretos, dependendo da instância em que se deu a interação. Pois os efeitos diretos são frutos das interações de dois ou mais membros da mesma família, ao passo que os efeitos indiretos provêm da interferência de um terceiro membro familiar.

No mesmo sentido, a síntese do entendimento consiste em que até mesmo a mais simples das famílias é um sistema social verdadeiro e muito maior que a soma de suas partes. Não apenas cada membro familiar influencia o comportamento de todos os outros mas também a relação entre dois de seus membros pode afetar a interação e as relações entre todos os outros membros. Por essa razão é que o instituto familiar merece tamanha dedicação de estudo e análise, sempre priorizando o seu maior bem a ser preservado: o afeto.

Nas relações familiares o afeto cumpre papel também integrador. Desde a primitividade o afeto está intimamente ligado ao sentido de família. O direito ao afeto é a liberdade de um indivíduo afeiçoar-se ao outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo.

A extensão das partes é sublime, num movimento divino, sempre com a intenção de eternizar o amor através da vontade de perpetuação de uma vida coberta de permanente afeto. Mesmo com a intervenção do Estado no ditame dos deveres comuns das sociedades familiares, o afeto se integra, e sem ele não existiria o elemento fundamental da intenção volitiva para a formação da família.

O ser humano enquanto ser social deve ser visto em seu aspecto individual, bem como, em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração social.

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar

um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante no sentido da correção das injustiças sociais.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

Sob o enfoque da psicologia tradicional, pais carinhosos e sensíveis, que normalmente conversam com seus filhos e tentam estimular sua curiosidade, contribuem de modo positivo para o estabelecimento de apegos emocionais seguros e para a sociabilidade.

Nesse sentido, é a partir da formação da estrutura familiar, sob o modo de como interagem seus membros, que é formada a interação afetiva. Assim, o afeto que constrói a família atual, constituionalizada, também transforma seus membros e serve de combustível crucial para gerar afeto aos novos membros da família.

A família, por sua vez cumpre papel relevante no desenvolvimento do afeto. Se hoje se considera que as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas, e que esse ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e frequentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente, é conveniente esclarecermos que a família, principalmente fundada nas relações de afeto e de amor, constitui elemento chave para a formação de indivíduos equilibrados e desenvolvidos emocionalmente.

O papel da família assume, pois, significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança. *Uma família centrada no afeto* (grifo nosso), seja qual for a sua composição externa, saberá lidar com os problemas da vida moderna e com as frustrações psicológicas que a todos alcançam, para administrá-las com equilíbrio.



O tratamento carinhoso e respeitoso é, sem dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente. Assim, na falta do carinho, do afeto e do respeito, nega-se um direito fundamental à criança e prejudica-se sua personalidade. O afeto é elemento importante na formação da personalidade saudável. Ressalta a professora de psicologia Paula Inez Cunha Gomide que a negligência é caracterizada pela desatenção, pela ausência, pelo descaso, pela omissão ou, simplesmente, pela falta de amor. Por sua vez, a figura de pai e de mãe para uma criança é aquela com que ela tem relações sentimentais, são as mãos que a acariciam. É o afeto que se coloca na boca, no coração, nos gestos etc, é o que chamamos de amor.

Pode-se dizer que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente do fato de a criança se sentir segura e desejada. Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam as necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculos com a criança, são para os sentimentos dela simplesmente estranhos.

Um cuidador carinhoso e sensível é a dimensão mais influente da parentalidade durante a infância além de estimular o funcionamento psicológico saudável durante a época de desenvolvimento, constrói bases para experiências futuras.

Não apenas no direito, mas em praticamente todas as áreas do relacionamento humano, há uma crescente compreensão acerca do acolhimento do afeto como linguagem integrante da condição humana. Na área educacional, a afetividade possui ingerência constante no funcionamento da inteligência do ser humano, estimulando-o ou perturbando-o, acelerando-o ou retardando-o. Com efeito, para Vygotsky, a linguagem afetiva atua na construção das relações do ser humano a partir de uma perspectiva pessoal, social e cultural. No modo de ver de Jean Piaget a afetividade seria como a gasolina, que ativa o motor de um carro; em outro momento, argumenta que a afetividade é a energética da ação e, de modo mais enfático, que a afetividade e a

inteligência são, assim, indissociáveis constituem os dois aspectos complementares de toda conduta humana.

Por esse motivo é, que se diz que o afeto é arte, canto, poesia, sabedoria, linguagem, educação, conhecimento, inteligência, saúde, felicidade, liberdade, enfim, afeto é o tempero da vida e o portal para a construção da personalidade da pessoa humana. Daí a importância da família instituída no afeto.

## CONCLUSÃO

A repersonalização das relações familiares traça um novo perfil ao Direito de Família, qual seja, o de conceder status constitucional de entidade familiar aos indivíduos que desejarem unir-se por laços de afeto, no desiderato de reformular molduras ultrapassadas engendradas pelo legislador, de cunho meramente patrimonial. Uma das consequências práticas da repersonalização é a adoção da concepção de família já existente na história antiga da humanidade, no Direito Romano, constituindo a idéia básica da família eudemonista - concepção essa reconhecida por outros ramos do conhecimento – ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõem. Busca-se tutelar não mais a família como ente transpessoal, vinculado à relação de produção e procriação, como outrora, mas sim como *locus* de realização pessoal, de caráter íntimo e afetivo dos indivíduos. O princípio da afetividade tem base constitucional; não se constituindo como uma petição de princípio, nem como fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que concerne aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. A família projetou-se como grupo social fundado essencialmente em laços de afetividade. Os termos do Direito hodierno caminham ao lado da função social que a lei deve enunciar, refletindo o espírito da lei do legislador igual propósito na realização da justiça atenta à composição na afirmação da sociedade civil<sup>189</sup> res-

---

<sup>189</sup> Na aplicação da Lei atenderá o juiz os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como se pode identificar no art. 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

ponsável pelo presente e pelo porvir, assumindo o bônus e o ônus da atual geração e da vindoura. Com efeito, para além de qualquer pontual manifestação de laços de sentimentos mútuos, a relação humana em que há amor ultrapassa o alcance visual a que propõe a lei.

Só a razão humana se não garante a si própria enquanto órgão de conhecimento ou de pensamento pressupondo sempre a sua atividade um prévio ato de *crença*, por um lado, na racionalidade do real e, por outro, na capacidade da razão para se apreender a si e para compreender a realidade. (TEIXEIRA, 2012, p. 155)

Importa compreender, para ilustração, que *o amor não faz mal ao próximo. De fato, o cumprimento da lei é o amor*: isso não configura lembrança do que o jurista em texto epistolar fala a determinado segmento de pessoas em Roma, mas de que não há ações temerárias nem tampouco reações às mesmas quando há afeto pelo semelhante, embora profundamente diversas as pessoas. Esse pensamento corrobora o entendimento de que a dignidade integra indissociavelmente a própria personalidade humana, reforçado pelo diálogo constitucional alimentando a retomada intuitiva-emocional da vida humana, cujo afã pela objetividade e racionalidade ofuscou o juízo. Admite-se que o juízo subjetivo requer muito mais profundidade para sua validade. Daí o velamento em pura racionalidade promotora de queda térmico-relacional, alegando-se que somente o julgamento objetivo é correto. O exame cuidadoso do histórico objetivo também apresenta fragilidade. Ao menos é um sujeito o enunciador do juízo e, portanto, igualmente refém da subjetividade, de modo que esta poderia ser objeto de mais profunda reflexão a fim de encontrar pontos de comunicação ao invés de fenecer receoso do potencial arcabouço de relativismos.

A soma de tais fatores reafirmada na atenta composição do texto constitucional, notadamente com respeito à tutela dos direitos fundamentais denota concretização das formas de solidificar a consolidar legislação no caminho do que esses mesmos elementos culminam – fenômeno denominado repersonalização do Direito – sendo considerado excelência do valor jurídico, entendendo-se que a lei foi feita por causa do homem e não o homem por causa da lei. Dentro do grupo das

questões normativas é possível distinguir entre as questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas. Trata-se de uma questão ético-filosófica quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico-positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm.

Uma resposta clássica a essa questão é a de Kant, segundo a qual *a liberdade (independente de ser coagido pelo arbítrio de outrem), desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral, é o direito único, geral e conferido a todos, e isso, por força de sua humanidade, o que, segundo Kant, é caracterizado pelo atributo do ser humano como ser racional* (ALEXY, 2013, p. 181). A cumplicidade enunciada por Robert Alexy reafirma a solidariedade que a sociedade guarda consigo, ainda que sutilmente, na obrigatoriedade a coexistência. A singularidade que o afeto propõe, é devida ao fato de que os laços que se mantêm pelo mútuo respeito civilizatório e sustentável não são unicamente formais, próprios do dever, como Kant brilhantemente argumentava em suas críticas à razão, ao juízo e à metafísica dos costumes, sem olvidar seu trabalho igualmente valioso sobre a paz perpétua. Assim, o trabalho desenvolvido pelo prussiano teve ressonância em Kelsen e em outros formalistas. Sobre essa ética já se havia posicionado Spinoza, e posteriormente Schopenhauer, Hegel e, de modo curioso, Nietzsche na sua genealogia da moral como opúsculo à obra Além do bem e do mal. Foi, principalmente Spinoza que tratou dos afetos, mas de modo singular ao que simplesmente se opõe o kantiano. O entrelaçamento de Direitos apresentado como correlatos ao afeto até então cumprem um papel renovador e aperfeiçoador das relações humanas, familiares e civis. E nesse sentido Alexy é retomado em uma reflexão que enseja diversa postura da anterior. Um outro exemplo àquela questão é oferecido por Larenz: “nós entendemos que a relação jurídica fundamental é o direito de alguém a ser respeitado por todos como pessoa e, ao mesmo tempo, seu dever em relação aos outros, de respeitá-los como pessoas [...]. Nessa relação, o ‘direito’ de uma pessoa é o que lhe cabe ou lhe é devido enquanto pessoa, e aquilo que os outros são obrigados ou vinculados a lhe garantir ou a respeitar (ALEXY, 2013, p. 181, grifos meus).

A menção renovada aos Direitos fundamentais cumpre seu trabalho singular de reconduzir o conceito e o papel do Direito, bem

como de seus atores na constituição da família e, conseqüentemente da sociedade. Naturalmente, há em seu conteúdo argumentos neoconstitucionalistas decorrentes de questões históricas, filosóficas e teóricas que, embora mencionado em nota de rodapé, não se faz necessário abordar mais profundamente por não pertencer ao objeto do presente estudo.

A repersonalização do Direito é, portanto, retorno à pessoa humana na sua dimensão mais ontológica. Do *ser enquanto ser* a despeito de toda circunstancialidade e propósito que porventura venha a incidir sobre a centralidade das razões de repersonalização do Direito, isto é, para além de toda a questão contingencial patrimonialista em que a pessoa é colocada em segundo plano.

A dignidade da pessoa humana, os Direitos humanos, corroboraram decisivamente para a instauração desta nova perspectiva e afirmação de direitos repersonalizados. O retorno da pessoa para o foco das atenções do Direito em todos os ramos, e ainda mais notadamente, para o Direito de Família, cujo objeto são as pessoas propriamente ditas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo Martins Fontes, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi / Zygmunt Bauman; Tradução, Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Amor líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ética da pós-moderna**. Tradução de João Re-  
zende Costa. São Paulo: Paulus, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan, 14 ed. Tradução Fábio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. Tradução de Zahar Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ter ou ser**. 4ª ed. Rio de Janeiro, LTC Editora, 2011.

HOGEMANN, Edna Raquel. A relevância do afeto e da alteridade na garantia dos Direitos Humanos. **Prisma Jurídico (Online)**, v. 18, p. 100-118. 2012a.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o Direito Personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade. In: Rodrigues Otávio Luiz Rodrigues, Giordano Bruno Soares: PINTO, Nelson Luiz Pinto. (Org.). **Relações privadas e democracia** [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012b, v. 01, p. 310-331

\_\_\_\_\_. **Conflitos bioéticos: clonagem humana**. 2.ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

FUJITA, Jorge Siguemitsu. *Filiação, 2ª edição*. Atlas, 05/2011

HOGEMANN, Edn Raquel; SOUZA, Thiago Serrano. **O direito fundamental ao afeto in Revista Internacional de Direitos Humanos**. Bauru, v. 1, n. 1, p. 67-88, dez. 2013b.

IÓRIO FILHO, R. M.; DUARTE, F. Uma fundamentação para os direitos humanos. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília-DF.

NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Os filhos da lei**. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2001, vol.16, n.45, pp.113-125, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4333.pdf>; Acesso em 10/09/2018.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos constitucionais na CF de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, António Braz Teixeira. **O sentido e o valor do Direito**, Lisboa: INCM, 2012.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980. V.3, p. 11.

WALDYR FILHO, Grisard. **Famílias reconstruídas**. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Os filhos da lei**. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2001, vol.16, n.45, pp.113-125

# O SUPERENDIVIDAMENTO E OS CONTRATOS BANCÁRIOS: CAUSAS E EFEITOS NO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

**ROCHA, Ana Luiza Peixoto**

*Graduanda em Direito pela UFF,  
ana-luizapeixoto@hotmail.com*

**NAKAYAMA, Isabela Reis**

*Graduanda em Direito pela UFF,  
isabelanakayama@gmail.com*

**MARTINS, Plínio Lacerda**

Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense – UFF,  
pliniolacerda@terra.com.br

**Resumo:** O aumento do consumo aliado à facilidade trazida pelo crédito consignado amplia o fenômeno denominado Superendividamento. O superendividado é o indivíduo de boa-fé impossibilitado de quitar suas dívidas atuais e futuras de consumo. Dessa forma, necessita de auxílio para restabelecer sua vida financeira. Portanto, o fenômeno abordado diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas. Dentro deste cenário encontram-se as relações bancárias, cerne do presente trabalho. Importa, assim, realizar uma análise entre os contratos firmados entre bancos e consumidores, a situação do superendividamento e os efeitos na pessoa do superendividado.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor; Superendividamento; Contratos Bancários; Consumidor endividado;



## INTRODUÇÃO

O aumento do consumo aliado à facilidade trazida pelo crédito consignado agrava o fenômeno denominado Superendividamento. Dessa forma, a insolvência civil é o procedimento que visa liquidar o patrimônio penhorável do devedor, com o objetivo de satisfazer os créditos pendentes. No entanto, este instituto não possui preocupação com o indivíduo devedor, apenas com a satisfação da obrigação. Diante disso, o endividado é o indivíduo que possui, financeiramente, o passivo maior que o ativo. E, com isso, necessita de auxílio para restabelecer sua vida financeira. (NETO, 2009)

A legislação brasileira mostra-se incipiente quanto ao fenômeno em questão. Desta forma, é utilizado como base o conceito dado pela legislação francesa, que define o superendividamento da seguinte forma:

A situação de Superendividamento das pessoas físicas se caracteriza pela impossibilidade manifesta de o devedor de boa-fé de honrar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas. (Art. 1330-1. Code de la Consommation. Trad. Livre).

Vale ressaltar que não existe um valor mínimo de débito para o indivíduo ser considerado superendividado: essa aferição se dá com a comparação entre seu ativo e passivo. Assim, não há um perfil definido do superendividado, que pode ser qualquer indivíduo.

Além disso, nem toda inadimplência deve ser considerada Superendividamento. Tal fenômeno diz respeito aos casos em que o devedor está impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas, conforme disserta a Professora Cláudia Lima Marques (2006) em seu livro *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*.

Apesar de não haver ainda uma legislação específica para tratar do tema no Brasil, alguns dos princípios utilizados para solucionar tais conflitos são os da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos, como forma de proteger o consumidor. É necessário que toda relação de consumo busque a harmonização dos

interesses de seus participantes, utilizando-se sempre da boa-fé na finalização dos contratos e até mesmo na renegociação desses <sup>190</sup>.

Dentro deste cenário de Superendividamento encontram-se as relações bancárias, cerne do presente trabalho. Em Contratos bancários Sergio Carlos Corvello (1991) conceitua o Contrato bancário como sendo “o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito. Tal conceito será analisado e expandido no decorrer do artigo.

Importa ainda à consecução dos objetivos do trabalho a realização de uma análise dos contratos firmados entre bancos e consumidores, a situação do superendividamento e os efeitos na pessoa do superendividado.

## O fenômeno do Superendividamento

A ilustre professora Cláudia Lima Marques (2006) aduz de maneira extremamente clara quanto ao conceito de superendividamento, que seria: "a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo". Juntamente com o conceito trazido pelo *Code de la consommation*, tal é a definição utilizada para fins deste artigo.

Conforme explicitado no capítulo anterior, não há, no Brasil, legislação específica para tratar sobre o Superendividamento. Deste modo, os juristas brasileiros utilizam o mecanismo do direito comparado para solucionar as demandas que envolvem este tema. Aqui, urge salientar, a proteção não é estendida a pessoas jurídicas, apenas às pessoas físicas que se encontram na situação de superendividadas. Além disso, para que o indivíduo adentre tal categoria, ele não pode

---

<sup>190</sup> PRADO Martins, Alessandro. A Proteção Do Consumidor Superendividado No Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: &lt; <http://www.artigos.com/artigos-academicos/4115-a-protecao-do-consumidor-superendividado-no-ordenamento-juridico-brasileiro> &gt;. Acesso em: 20/08/2018

ter meios outros para quitar sua dívida além do auxílio do Poder Judiciário. Assim sendo, deve ser um indivíduo excessivamente inadimplente reiteradamente para que se configure a condição de superendividamento. (NETO, 2009).

No que diz respeito a dados concretos, de acordo com a Confederação Nacional do Comércio (CNC), em sua Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), em Janeiro de 2018 61,3% das famílias brasileiras possuía alguma pendência financeira. E, deste percentual, 9,5% alegava não ter condições de quitar seus débitos. Some-se a este cenário os 12,2% da taxa média de desemprego registrados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) entre novembro de 2017 e janeiro de 2018 e fica clara a importância da análise do fenômeno Superendividamento.

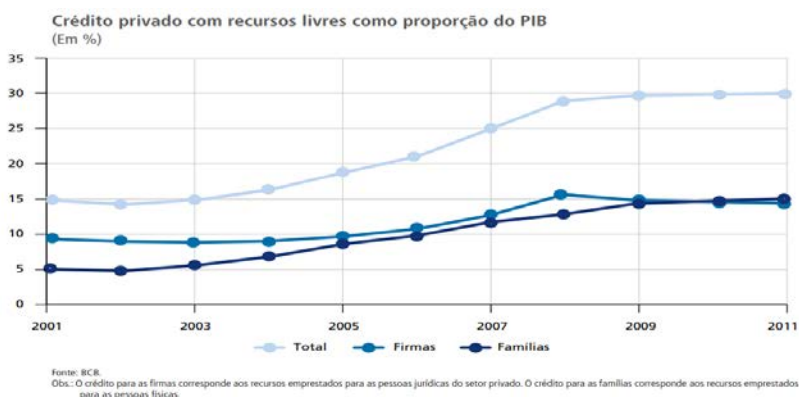
Apesar de a taxa de endividados ter diminuído entre setembro de 2015 e janeiro de 2018 (passou de 63,5% para 61,3% ), o número de superendividados cresceu durante o mesmo período (saltou de 8,6% para 9,5%). Tal crescimento se deu apesar, ou talvez por causa, das tímidas iniciativas do governo, entre as quais um projeto de lei proposto por José Sarney em 2012 que ainda não foi convertido em lei e aguarda criação de Comissão Temporária pela MESA e extensas cartilhas distribuídas pelo Ministério da Justiça.

No tocante à classificação doutrinária, trazida pela professora Maria Manuel Leitão Marques, que se baseou na jurisprudência francesa, o Superendividamento se divide em ativo e passivo. O ativo é definido como a acumulação excessiva de dívidas de maneira voluntária, tendo como causa principal a má gestão financeira. Vale ressaltar que, se o indivíduo realizar tais dívidas de forma consciente, ou seja, sabendo que não poderá quitá-las, e tal situação for constatada, ele não terá auxílio estatal, vez que agiu de má-fé ao incorrer em conduta estelionatária. Já o segundo é aquele em que o devedor adentra esta condição por motivos alheios a sua vontade e imprevistos do cotidiano; não necessariamente pela incapacidade de administrar o seu patrimônio, além de não configurar má-fé. (MARQUES, 2000)

## Superendividamento no Brasil

O aumento da concessão de crédito fácil entre 2001 e 2011, a exemplo dos créditos em folha de pagamento, a crise financeira estadunidense de 2008 e, conseqüentemente, a atinente à economia globalizada e o aumento do desemprego no Brasil entre os anos de 2015 e 2018 são algumas das causas do aumento do superendividamento.

Segundo dados do Banco Central do Brasil<sup>191</sup>, a oferta de crédito de recursos livres (crédito este que é negociado de forma livre no mercado e sem taxas de juros subsidiadas por bancos ou programas governamentais) para famílias passou de 12,6% em 2001 para 26,9% do PIB em 2011, enquanto no mesmo período o crédito de recursos livres para empresas aumentou de 14,6% em 2001 para 24,7% do PIB em 2011.



### Gráfico 1:

Observa-se no Gráfico 1 a ascensão do crédito privado com recursos livres como proporção do PIB, crédito este que saltou de 15% no ano de 2001 para 30% no ano de 2011. O crédito para as empresas passou de 10% em no ano de 2001 a 15% no ano de 2011, e o crédito para famílias, porção que concerne ao presente artigo, cresceu de 5% em 2001 a 15% no ano de 2011, ou seja, triplicou durante o período em foco.

<sup>191</sup> Banco Central do Brasil Apud. SILVA, Napoleão; e ZILBERMAN, Eduardo. 2017

Em sua cartilha ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA - Napoleão Silva e Eduardo Zilberman (2017) aduzem quanto à elevação do crédito:

Entre os fatores que contribuíram para a elevação do crédito, podemos destacar: i) a adoção do crédito consignado; ii) as alterações na legislação do crédito para automóveis; e iii) as alterações na legislação do crédito imobiliário. O crédito consignado em folha de pagamento é uma modalidade de empréstimo em que o devedor sofre um desconto no salário para pagar sua dívida com o banco. Apesar de a dívida ser do empregado, o empregador retém parte do salário correspondente à prestação devida e transfere o valor para o banco. O limite máximo de retenção corresponde a 30% do valor do salário. A legislação adotada em 2003 permitiu um forte aumento do crédito consignado no Brasil. (SILVA e ZILBERMAN, 2017)

Tal facilidade de acesso ao crédito sem anterior educação financeira e aliada às crises (tanto a financeira global quanto a brasileira) elevaram o quadro de superendividados no Brasil. Importa, deste modo, ratificar o elevado papel de princípios como o da boa-fé como norteadores das relações consumeristas.

### **Contratos bancários e os princípios da dignidade humana e da boa-fé nas relações consumeristas**

Os contratos bancários devem ser observados através da lente (além da constitucional) do direito do consumidor, visto que os bancos estão abarcados no §2º do artigo 3º da lei Federal 8078/90 como prestadores de serviços. Vale ainda ressaltar que houve uma ADIn a discutir o assunto, a ADIn 2591, a qual visava primordialmente que fossem desconsiderados os “ serviços bancários como relações de consumo”. Os ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Segue ementa da ADIn 2591.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.

O princípio da boa-fé, o qual presume justiça, equidade e um certo dever de cooperação, desdobra-se em duas cláusulas importantes para os contratos, se compreendidos à luz do Direito do Con-

sumidor: o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores e a vedação a cláusulas abusivas.

Já o princípio da Dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais sobre os quais se assentam as bases do Estado Democrático de Direito brasileiro (III, artigo 1º, Constituição Federal), é assim entendido pela jurista Flávia Piovesan (2000, p. 54) que diz:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Diz ainda a autora Flávia Piovesan (2004, p. 92) que:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Tal princípio se mostra importante na seara do Superendividamento, ao ser a cláusula a limitar a porção (até 30%) dos proventos dos devedores que as instituições bancárias, por exemplo, podem reter em virtude de dívidas dos superendividados de boa-fé. Vide julgado:

0012133-79.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa Des(a). ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT - Julgamento: 08/02/2018 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. HIPÓTESE DE SUPERENDIVIDAMENTO. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS EM 30% DA REMUNERAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº45.563/2016. No que tange a gratuidade de justiça, o comprovante de rendimento inde-

xado aos autos pelo recorrente afasta a hipossuficiência alegada. Com efeito, não se encontram subsídios nos autos que comprovem a insuficiência de recursos para arcar com as custas, despesas processuais e os honorários advocatício. Anotações de múltiplos empréstimos consignados a comprovar a desestabilização econômica da parte, justificando deste modo o deferimento da tutela de urgência. Presença dos requisitos do art. 300 NCPC, eis que os elementos trazidos aos autos evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano. Ademais, não há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, uma vez que a parte autora não pretende se eximir de adimplir os contratos firmados. Pacífica a jurisprudência desta Câmara Cível sobre a matéria. Aplicação do verbete sumular nº 59 deste Egrégio Tribunal de Justiça. Por tais fundamentos, nos termos do art. 932, inciso V, a, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO INTEGRAL AO RECURSO, para reformar a decisão hostilizada e determinar a expedição de ofício ao órgão pagador da recorrente, a fim de que o mesmo proceda à redução proporcional, isoladamente, a cada empréstimo contratado pelo autor, de modo que a soma dos descontos não ultrapasse o limite de 30% respectiva remuneração bruta. Decisão monocrática - Data de Julgamento: 08/02/2018

Tendo-se em vista que os contratos bancários são regidos pelas relações do Direito do Consumidor, o qual é delineado por princípios tais quais o da boa-fé e o da dignidade da pessoa humana, é necessário esboçar um entendimento sobre os próprios contratos bancários.

Parte-se de uma análise do objeto do contrato bancário. As relações obrigacionais são formadas por um sujeito ativo (credor) e um passivo (devedor), têm como liame a prestação que é a conduta a ser cumprida pelo obrigado para que consiga o objeto da contratação. Já em um contrato os dois sujeitos (credor e devedor) têm liberdade de contratação que gera a obrigatoriedade do contrato e tem como liame suas cláusulas, que devem ser, portanto, cumpridas. Em uma obrigação o objeto da prestação é a coisa ou o fato, em um contrato, o objetivo é o cumprimento do conteúdo contratado, tal é a prestação.



Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003), em seu artigo intitulado “os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, as operações bancárias têm abrangência maior do que o contrato em si, pois essas se manifestam até mesmo em atos bancários que não se formalizam em contrato, como cumprimento de ordens do cliente. As operações possuem, deste modo, uma natureza dinâmica “sendo o conjunto de atos que se desenvolvem para alcançar um resultado econômico, enquanto o termo contrato nos leva mais precisamente ao acordo de vontades” Bolaffio, “Il Codice di Commercio Commentato”, I/282/283<sup>192</sup>. (AGUIAR JR, 2003)

A classificação dos contratos bancários leva em consideração o elemento subjetivo (os contratos devem ser realizados por bancos ou instituições financeiras) e o elemento objetivo (a finalidade é intermediar crédito). Quanto ao elemento subjetivo, há que se atentar às disposições da Lei 4595/64, em especial no capítulo que caracteriza e subordina ao Banco Central as instituições financeiras.

Após breve explicação quanto aos contratos bancários precedida da abordagem de princípios do Direito do Consumidor, é de suma importância até mesmo à consecução dos objetivos constitucionais que os contratos bancários obedeçam à principiologia do CDC.

### **Efeitos do Superendividamento na pessoa superendividada**

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman apresenta em seu livro “Vida a crédito” (2010) observações fundamentais que podem ajudar na compreensão do fenômeno em foco. Bauman analisa a sociedade capitalista, a força do mercado e a ligação entre mercado e Estado (aos quais chama gêmeos-siameses).

Dispõe Bauman de forma incisiva e até mesmo incômoda, no contexto da crise de 2008, que: “a atual ‘contração do crédito’ não é um resultado do insucesso dos bancos. Ao contrário, é fruto de seu

---

<sup>192</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado; Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. ano 92, maio de 2003, vol. 811, pp. 99-141.

extraordinário sucesso – sucesso ao transformar uma enorme maioria de homens e mulheres, velhos e jovens numa raça de devedores”. A contração de crédito teria se dado devido ao pouco e quase nulo terreno inexplorado pelo capitalismo. Assim como o mercantilismo do século XVI, o capitalismo precisa constantemente de novos mercados.

Ocorre, no presente momento, um deslocamento do eixo de uma sociedade produtora pautada na autodeterminação e liberdade para uma sociedade consumidora em que os lucros provêm da exploração dos desejos de consumo, a filosofia empresarial faz com que as necessidades nunca sejam satisfeitas, que sejam criadas novas necessidades e buscados novos clientes em potencial.

Os argumentos trazidos por Bauman demonstram a importância da discussão sobre o endividamento e o superendividamento; percebe-se a sensibilidade e a atualidade ao se observar que tal fenômeno atinge tanto famílias hipossuficientes quanto abastadas.

Quando mais de 130.000.000<sup>193</sup> de pessoas em um país sofrem do mesmo problema, a saber, o endividamento, e quase 20.300.000<sup>194</sup> pessoas não conseguiriam quitar suas dívidas mesmo se utilizassem a totalidade de seu salário para o fazer, o problema é estrutural. Sendo o problema estrutural, para além de decisões sumuladas, Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e de novas leis, há que se repensar o sistema econômico e financeiro nacional.

O instituto do superendividamento, ao lidar com o sucesso dos bancos ao vender crédito e ter como consequência uma gama de indivíduos superendividados, tem efeitos que são variáveis conforme o contexto de cada um, mas, em todos os casos, pode-se fazer algumas constatações (WODTKE, 2018). O primeiro efeito está relacionado à tendência de o indivíduo superendividado se tornar menos produtivo, vez que o que ele vier a receber deverá ser passado para o seu credor. O superendividado, em alguns casos, opta por trabalho informal, no qual poderá evitar a fiscalização de renda. Um segundo

---

<sup>193</sup> Confederação Nacional do Comércio (CNC), em sua Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), em Janeiro de 2018.

<sup>194</sup> Idem

efeito está relacionado à fragilidade emocional do indivíduo ao se encontrar nesta situação.

Por conta de tais efeitos, é de suma importância que a dignidade do indivíduo superendividado seja tutelada. Dessa forma, a sociedade deve cobrar dos fornecedores de crédito os princípios que regem as relações consumeristas, ressaltando-se o da transparência contratual, a boa-fé objetiva e cooperação por parte destes fornecedores. Além disso, deve-se preservar o mínimo existencial dos consumidores, para que estes, mesmo que estejam em situação de superendividamento, possam ter uma vida econômica e social.

Seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem editando súmulas de forma a proteger o mínimo existencial do indivíduo em situação de superendividamento. Desta forma, há, nos casos de empréstimos bancários, a regra que estabelece que o desconto na conta corrente do indivíduo não poderá ser superior a 30% do seu salário. Este vem sendo o entendimento do Tribunal em questão, em que foram editadas as súmulas de número 200, 205 e 295, veja-se:

Nº. 200 "A retenção de valores em conta corrente oriunda de empréstimo bancário ou de utilização de cartão de crédito não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do correntista." REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº. 0013659 91.2011.8.19.0000 Julgamento em 22/11//2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.

Nº. 205 "A limitação judicial de descontos decorrentes de mútuo bancário realizados por instituição financeira em conta corrente, no índice de 30%, não enseja ao correntista o direito à devolução do que lhe foi antes cobrado acima do percentual, nem a conduta configura dano moral." REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº. 0013659 91.2011.8.19.0000 Julgamento em 22/11//2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.

Nº. 295 "Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor." Referência: Processo

Administrativo nº 0063256-29.2011.8.19.0000. Julgamento em 21/01/2013. Relator Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Votação unânime.

## CONCLUSÃO

Diante do acima exposto percebe-se que o fenômeno do Superendividamento possui relação direta com os contratos bancários. Em vista de seus efeitos apresentarem variações conforme o contexto, alguns dos impactos da situação de Superendividamento são investigados no decorrer da pesquisa. O primeiro efeito a se observar está relacionado ao fato de o superendividado acabar optando por trabalho informal, no qual poderá burlar a fiscalização de renda. Um segundo efeito está relacionada à fragilidade emocional do indivíduo ao se encontrar nesta situação.

Ademais, os contratos bancários também devem ser regidos pelos princípios trazidos na Constituição Federal e pelo direito do consumidor, visto que os bancos estão abarcados no §2º do artigo 3º da lei Federal 8078/90 como prestadores de serviços. Urge salientar que houve uma ADIn a discutir a temática, a ADIn 2591, a qual visava primordialmente que fossem desconsiderados os “serviços bancários como relações de consumo”. Por fim, os ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Portanto, é de grande importância que a dignidade do indivíduo superendividado seja preservada. Dessa forma, a sociedade deve cobrar dos fornecedores de crédito os princípios que regem as relações consumeristas, ressaltando-se o da transparência contratual, da boa-fé objetiva e da cooperação por parte destes fornecedores. Além disso, como dito acima, deve-se preservar o mínimo existencial dos consumidores, para que estes, mesmo que estejam em situação de superendividamento, possam ter vida econômica e social.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado; Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Centro de Estudos Judiciários – CJE do CJF, série Pesquisas do CEJ nº 11, e da Revista dos Tribunais, ano 92, maio de 2003, vol. 811, pp. 99-141.

BAUMAN, Zygmunt; Vida a Crédito: Conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo. E-book.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. CDC (1990). Código de Defesa do Consumidor.

BOLAFFIO. II Codice di Commercio Commentato. I/282/283.

MARQUES, Cláudia Lima; Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

MARQUES, Maria Manuel Leitão et.al O endividamento dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2000.

NETO Schmidt Perin, André. Superendividamento do Consumidor: conceito, pressupostos e classificação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Revista SJRJ nº 26, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004.

PRADO Martins, Alessandro. A Proteção Do Consumidor Superendividado No Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: &lt;[http://www.artigos.com/artigos-academicos/4115-a-protecao-do-](http://www.artigos.com/artigos-academicos/4115-a-protecao-do-consumidor-superendividado-no-ordenamento-juridico-brasileiro)

[consumidor-superendividado-no-ordenamento-juridico-brasileiro](http://www.artigos.com/artigos-academicos/4115-a-protecao-do-consumidor-superendividado-no-ordenamento-juridico-brasileiro) &gt;. Acesso em: 20/08/2018

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; GONÇALVES, Everton das Neves; CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Direito do Consumidor. Coleção CONPEDI/UNICURITIBA. Curitiba/PR . Vol.8 - 1ª ed. Clássica Editora, 2014.

WODTKE Gonçalves Domingos, Guilherme. O superendividamento do consumidor: as possíveis previsões legais para seu tratamento. Disponível em: <[http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/guilherme\\_wodtke\\_2014\\_2.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/guilherme_wodtke_2014_2.pdf)>. Acesso em: 19/08/2018

# OS DESAFIOS DA REFORMA TRABALHISTA

## **RAMOS, Jorge Orlando Sereno**

*Doutor em Ciências Jurídico-Sociais, Professor Titular da Universidade Cândido Mendes, Juiz do Trabalho, [jorge.ramos@trt1.jus.br](mailto:jorge.ramos@trt1.jus.br)*

## **MATTOS, Simone Brilhante de**

*Mestre do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito e advogada tributarista. [jusfederal.brilhante@gmail.com](mailto:jusfederal.brilhante@gmail.com)*

**Resumo:** Com a Reforma Trabalhista trazida pela lei 13.467/2017 muitas questões estão sendo destacadas, e trazidas para reflexão sobre os princípios e preceitos contidos na Constituição de 1988, e que inaugurou o Estado Democrático de Direito. Neste sentido o direito do Trabalho se encontra ancorado nos tratados e convenções internacionais, como a OIT E ONU, que universalizam os direitos humanos. O direito do trabalho se alinha a estes princípios universais ao longo da história como a conquista da dignidade da pessoa humana, a inclusão social, a liberdade, dentre outros. A reforma ocorrida no ano de 2017 traz o desafio para o fortalecimento da democracia no Brasil, haja vista, o paradoxo surgido com a aludida reforma. Neste sentido o Poder Judiciário será instado a enfrentar o desafio através do procedimento de interpretação e aplicação destes princípios universais. Neste contexto a aplicação do direito na busca da justiça inclusiva citado por Dworkin, onde se destacam a atitude interpretativa e a auto-reflexão baseada na responsabilidade e na aplicação de princípios Republicanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Democracia, Constituição Federal de 1988, Reforma Trabalhista.

## INTRODUÇÃO

Este estudo pretende trazer algumas reflexões sobre as mudanças ocorridas no direito do trabalho, em comparação com os pilares constitucionais que este direito se encontra alicerçado. Isto não irá implicar no esgotamento de indagações e dúvidas ensejadas pela reforma, mas perante a Constituição Federal e as normas Supranacionais como as trazidas pela OIT em suas resoluções, recomendações e convenções.

Não foram poucas as mudanças e não têm sido poucas as críticas ao texto da Lei 13.467/2017, a chamada lei da Reforma Trabalhista que vigora desde novembro de 2017. A necessidade de uma reforma trabalhista já estava sendo discutida pela doutrina e Poder Judiciário, pois, ajustes eram necessários, tanto do ponto de vista legislativo quanto jurisprudencial. Mas aplicar as novas regras não é tarefa fácil, pois, a Consolidação das Leis do Trabalho trouxe inúmeras dúvidas e incertezas para patrões, empregados e operadores do Direito do Trabalho. Além do desafio maior que é a violação de princípios Constitucionais fundamentais, e tratados internacionais.

Neste contexto releva destacar que a Constituição Federal de 1988 possui como pilares fundamentais os Direitos Humanos, destacados como princípios universais o da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como centro comum das várias concepções ao longo das transformações sociais. Tem-se no principio da proteção do trabalho um dos mais relevantes, sendo considerado pilar do Direito do Trabalho na busca de compensar a desigualdade existente no plano econômico do trabalhador, de modo a promover um tratamento protetivo-compensatório. Neste sentido a regra *in dubio pro operário* garante que em se tratando de conflito intranormativo ou internormativo, entre normas diversas; quando se verifica várias possibilidades interpretativas, deve-se aplicar a regra que carrega o sentido mais benéfico para o empregado.



Nesta conjuntura, o princípio da irrenunciabilidade garante que os atos de renúncia praticados pelo trabalhador não sejam considerados como válidos. Já o princípio da continuidade contempla a preocupação de que a relação jurídica tenha a maior duração possível, pois se presume que a relação de trabalho seja a fonte de subsistência do trabalhador e de sua família. Também o princípio da primazia da realidade procura trazer equilíbrio na facticidade construída e comprovada documentalmente, para que não se prevaleça sobre a verdade efetivamente praticada; vale o que acontece no mundo dos fatos, ou seja, ao analisar uma prova o juiz deve atribuir maior valor probante aos meios de provas que reflitam esta realidade, como por exemplo, a prova testemunhal.

E neste segmento, o princípio da liberdade contratual reconhece a autonomia nas relações trabalhistas, sendo estes individuais ou coletivos; entretanto o princípio da limitação de direitos enuncia restrições ao livre-arbítrio quanto à possibilidade do dirigismo contratual, e intervenção direta ou indireta do Estado para salvaguardar direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e proteção social.

Ainda sobre os princípios que norteiam o Direito do Trabalho trazido a Constituição de 1988 em seu art. 1º, inciso III, consagrou a *dignidade da pessoa humana* que constitui um dos fundamentos da república, e veda a instrumentalização do homem, assim como qualquer processo de objetivação do homem. Assim como a busca do pleno emprego trazido no, art. 170, inciso VIII da CF, que assegura a incorporação plena no mercado de trabalho de todos os que fazem parte ativamente do mercado de trabalho.

Poderíamos acrescentar inúmeros princípios que alicerçam a relação de trabalho, e que se encontram no texto constitucional, mas

pontuamos apenas a importância e necessidade da reflexão sobre a Arquitetura Principiológica Humanista e Social da Carta de 1988.

É de conhecimento da comunidade jurídica que a nova Lei 13.467/17, demonstra que não estar em sintonia com princípios e normas constitucionais, bem como, com as convenções internacionais derivadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Neste enquadramento pode-se destacar a previsão de trabalho insalubre de gestantes e lactantes; a exploração do trabalhador intermitente, que, pela nova previsão legal, permaneceria à disposição do empregador em sua residência, sem a devida remuneração, podendo ser multado pelo empregador por não comparecer quando chamado; a tentativa de tarifar os danos extrapatrimoniais, relegando o direito constitucional da personalidade; a proibição de que a norma coletiva preveja sua ultra-atividade, incorporando-se ao contrato de trabalho; a transferência para a autonomia individual da regulação da jornada de trabalho; não sem tempo à disposição do empregador aquele despendido em transporte fornecido pela empresa para local de trabalho não servido por transporte regular público; e a dispensa coletiva sem prévia negociação com o sindicato.

Igualmente, como devemos julgar as questões de direito intertemporal relacionadas à equiparação salarial, terceirização, desinvestidura da gratificação de função após dez anos; já que o problema do direito intertemporal alcança principalmente as situações dos contratos em curso antes da reforma. As alterações legislativas devem vigorar imediatamente quando acarretam alterações benéficas, ou indiferentes para o trabalhador, sujeito da tutela do Direito do Trabalho? Todavia, a regra geral deve ser adequada às peculiaridades do contrato de trabalho, de trato sucessivo e sinalagmático.

Como desdobramentos da aludida lei, temos o seguinte comentário de MIRANDA, p.4, sobre alguns efeitos iniciais da reforma trabalhista.

Tão logo entrou em vigor a Reforma Trabalhista, várias instituições de ensino procederam a demissões coletiva sem a observância do requisito estabelecido por jurisprudência da prévia negociação com o sindicato da categoria (caso Embraer). Decisões de urgência se seguiram em ambos os sentidos. A mais visível delas foi a liminar dada pelo Presidente do TST no curso do recesso forense, reafirmando a validade da nova disciplina legal, artigo 477-A da CLT. Em seu despacho, o Ministro Presidente ainda mencionou que a decisão cassada animava-se em ativismo judicial (CorPar-1000011-60.2018.5.00.0000). [...] Por fim, é preciso não perder de vista que a reforma trabalhista regulou o processo de elaboração de Súmulas pelo TST (CLT, art. 702, I, f). Pela nova regra, a criação de súmulas está condicionada ao prévio pronunciamento de 2/3 das Turmas do Tribunal no sentido adotado pelo verbete (em ao menos 10 sessões, sempre por unanimidade). A regra, portanto, desautoriza, em si, os trabalhos da Comissão de Jurisprudência (Petições nºs 16901-28.2017.5.00.0000 e 18251-51.2017.5.00.0000), por não ter havido prévia discussão nas turmas sobre os temas abordados. Ao que tudo indica, o Tribunal terá, antes de adentrar nesse debate, que enfrentar a validade do novo dispositivo legal. No particular, os ritos relativos ao controle de constitucionalidade (controle concentrado vs controle difuso e inércia do judiciário vs iniciativa ex officio) serão temas a serem enfrentados em eventual questão de ordem.

As inseguranças advindas da reforma trabalhista vêm causando várias questões, como o ajuizamento, até o presente momento, de 20 ações diretas de inconstitucionalidades no Supremo Tribunal Federal, que refletem o paradoxo na violação de direitos fundamentais.

este sentido, não podemos deixar de refletir que a Reforma Trabalhista foi instituída em uma conjuntura de crises política e ética, e que o Brasil vem enfrentando nas pretendidas reformas do atual governo. Logo, a contribuição de FAORO, reveladora das reproduções

ideológica somada às políticas econômicas e empresariais refletem a continuação do patrimonialismo brasileiro; revelando ainda a prevalência de grupos com grande interesse de dominação influenciando a arena do Congresso Nacional.

Contextualizando sobre os desafios da reforma trabalhistas, as reflexões certamente serão permanentes a partir dos inevitáveis aportes doutrinários e jurisprudenciais, em mais um exemplo de construção do direito como um romance épico escrito a muitas mãos, de que fala Dworkin em sua obra "O império do direito".

## 1 OBJETIVOS

O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas causas e consequências da lei da Reforma Trabalhista, que refletem a atual situação política que passa a sociedade brasileira; e como consequência as demandas constitucionais que o Poder Judiciário irá enfrentar. Neste sentido afigura-se necessária a análise sobre algumas violações perpetradas nos comandos do Texto Constitucional de 1988, e indagar se a Justiça do Trabalho estará pronta para os desafios advindos da Reforma Trabalhista, trilhando o caminho da democracia participativa.

## 2 ABORDAGEM TEÓRICA

### 2.1 Os Direitos Humanos Trabalhistas

Os Direitos Humanos passam a tomar uma dimensão política e social mais abrangente a partir do impacto da segunda guerra mundial, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, como também a declaração de Viena que estabelece preceitos e proteção dos direitos humanos como questões prioritárias para a comunidade internacional objetivando fortalecer e promover os direitos humanos de

forma justa e equilibrada. O objeto principal deste direito é a pessoa humana, em sua dignidade e valor, sendo este a conquista da liberdade fundamental.

Neste caminho, comenta PIOVESAN, p.146:

A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana)”. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade destes direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Direito do Trabalho tem como perspectiva os Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a fusão dos conceitos de dignidade, cidadania, isonomia e de justiça e proteção social. Por conseguinte, os direitos individuais e sociais trabalhistas encontram-se blindados pela proteção mais ampla do Direito Internacional.

Conforme consigna DELGADO, 2017, o status político, ético e jurídico desses direitos ampliou a influencia de um novo constitucionalismo, de caráter humanista, e neste plano o Direito Individual do Trabalho segue os vetores da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sem distinção a igual remuneração por igual trabalho; remuneração justa e satisfatória; o direito a repouso e lazer, respeitando a limitação razoável das horas do trabalho; o direito as férias remuneradas; o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, e a proteção contra o desemprego, dentre outros vetores.

Mas a lei da reforma trabalhista veio para modificar e suprimir dispositivos legais que refletem aqueles princípios já destacados

anteriormente, e que carregam as vertentes dos Direitos Humanos. Não se pretende expor e esgotar todas as mudanças que vieram para expurgar os valores éticos e morais consolidados na Consolidação das Leis do Trabalho, mas apenas ilustrar alguns escolhidos e que será objeto de análise neste trabalho.

Sabemos que algumas necessidades de atualização da CLT eram necessárias, mas não com o objetivo de extirpar princípios e valores conectados aos Direitos Humanos, e neste sentido destacamos algumas mudanças como as efetuadas na duração do trabalho (arts. 57 a 75).

DELGADO, 2017 salienta que a duração do trabalho, seja diária, seja semanal ou mensal, observando os intervalos trabalhistas, estabeleceu dois grandes pilares do contrato de trabalho, a duração do trabalho e a remuneração do trabalhador. Por intermédio de regras historicamente testadas de adequada medição do tempo de disponibilidade do trabalhador perante seu empregador, a ordem jurídica trabalhista propicia uma valorização econômica do trabalho humano e uma valorização social do trabalhador, onde se harmonizam com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estabelecidos no art. 1º, IV, CF e art. 3º, I, CF, com a estruturação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ocorre que com o advento da lei 13.467/2017, que desregulamentou e flexibilizou as regras jurídicas de duração do trabalho, diminuiu, do ponto de vista econômico, grande parte da retribuição pecuniária pelo contrato de trabalho que deveria ser transferida ao empregado. Logo, a desregulamentação e/ou flexibilização das regras jurídicas reguladoras da duração do trabalho comprometem a participação do valor trabalho no conjunto da economia e da sociedade, reduzindo, indubitavelmente, a significação desse trabalho e dos respectivos trabalhadores.

Uma novidade advinda da reforma trabalhista foi à implementação da prescrição intercorrente no processo do trabalho, no novo art. 11-A e seus parágrafos. Conforme informa Delgado, a prescrição intercorrente vem sendo considerada incompatível com o processo do trabalho, em conformidade com a jurisprudência trabalhista dominante, súmula 114 do TST.

Isto se verifica com a especificidade da Justiça Trabalhista, de um lado, o prazo prescricional, de maneira geral, é de cinco anos, em respeito à regra da Constituição da República (art. 7º, XXIX, CF). O lapso de dois anos aplicado no direito do trabalho usualmente incide apenas no processo de conhecimento, com o fito de extinguir toda a pretensão, nos casos em que a relação de trabalho tenha terminado há mais de dois anos antes do protocolo da ação trabalhista. “A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução” (texto do § 1º do art. 11-A da CLT).

Porém, é claro, não se trata de qualquer determinação ou de qualquer tipo de ato sobre o qual o exequente tenha sido intimado: é necessário que se trate de determinação relativa a ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se torna inviável. Da mesma forma a higidez econômica de empresas que surgem e desaparecem rapidamente no mercado, sem integralizar capital nem patrimônio, deixando os empregados a descoberto, é que a legislação brasileira confere ao juiz a incumbência de impulsionar o processo de execução na Justiça do Trabalho. É também para assegurar a efetividade das decisões judiciais que não se admite, pela dificuldade na execução, que o devedor possa após o transcurso do período transcripcional de dois anos, simplesmente requerer o arquivamento da ação.

Outra mudança, apontada por DELGADO, é a alteração quanto ao regime clássico de horas trabalhado dentro do mês, onde se agrega-

va horas suplementares em um ou mais dias, em algumas semanas, e realizando a compensação, pela redução de jornada, em outros dias ou semanas. Esta sistemática adotada de compensação de horários é bastante sedimentada e tradicional na ordem jurídica brasileira e na prática costumeira das relações de trabalho (costume como fonte do Direito, sendo reiteradamente reconhecida no cotidiano dos Juízos e Tribunais do Trabalho. Além disso, mostra-se consagrada pela enfática jurisprudência trabalhista nacional (Súmula 85, incisos I até IV, TST).

Qualquer regime compensatório não pode ultrapassar o limite diário de 10 horas, este é o parâmetro, que leva em consideração a jornada padrão de oito horas diárias, e esta limitação de duas horas suplementares ou extras também consta no novo texto do caput do art. 59 da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017. Todavia, a referida lei traz em seu texto a possibilidade de pactuação bilateral por simples acordo tácito, além dos demais mecanismos já tradicionalmente permitidos (pactuação bilateral escrita e/ou instrumentos coletivos negociados).

A interpretação literalista desse novo preceito, entretanto, conduziria à deflagração de profunda insegurança jurídica para o trabalhador no contexto da relação de emprego, além de exacerbar o poder unilateral do empregador nessa relação já fortemente assimétrica.

Ainda outro exemplo que deve ser destacado é a mudança trazida no art. 223-A a 223-G, haja vista que não cabe mais falar em dano moral, dano estético e o dano de natureza punitiva. Simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora dos direitos personalíssimos, deflagrados pela CF de 1988.



Neste contexto, SANSEVERINO, 2011, ao expor sobre o princípio da reparação integral nos danos extrapatrimoniais, destaca como se deve levar em consideração a reparação no dano moral.

Lambert-Faivre, na perspectiva da reparação dos danos corporais, observa que “a indenização dos prejuízos pessoais, extrapatrimoniais, não constituem a compensação econômica de um valor patrimonial, mas a reparação satisfatória de atentado a um direito de personalidade fundamental: a integridade do ser”. Ressalta que os prejuízos patrimoniais relacionam-se ao verbo “ter”, enquanto os extrapatrimoniais ao verbo ser. A autora, ao analisar especificamente a aplicabilidade do princípio da reparação integral aos prejuízos não econômicos, salienta que estes são estranhos a reparação compensatória, pois “é impossível reparar o irreparável”. Nesses casos, a indenização, embora com natureza satisfatória, não perde a sua importância, tendo três finalidades distintas: a) reconhecimento da dignidade da pessoa humana; b) reconhecimento do seu sofrimento; c) reconhecimento de sua pessoa como corpo e alma.

Expõe ainda DELGADO, p. 145, que as alterações ao dano moral trazida pela reforma trabalhista “consiste na tentativa sutil de a Lei n. 13.647/2017 descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, que é o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A tutela dos direitos da personalidade da pessoa humana nas relações de trabalho e no meio ambiente laboral despontou como uma das manifestações mais claras desses princípios constitucionais inovadores, criando um importante patamar de afirmação do trabalhador no mundo do trabalho”.

Esclarece ainda que em conformidade com a hermenêutica jurídica, certamente os critérios adotados na interpretação destes dispositivos serão adotados dentre outros os métodos de interpretação

científica, lógico-racional, sistemático e teleológico, não se atendo a mera leitura gramatical e literalista da norma.

Ademais, o aludido artigo estabelece uma tarifação para a indenização por danos extrapatrimoniais, o que viola o art. V da Constituição Federal de 1988, que afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, ao mencionar em seu texto a noção de proporcionalidade na aplicação da quantificação da indenização.

O clima de desconfianças e inseguranças que vem trazendo a reforma trabalhista, com o provável desfecho de ser mais uma vez o judiciário instado ao protagonismo, possibilita trazer algumas reflexões; e neste contexto DWORKIN, 2014, p. 483, teoriza sobre a questão da integralidade na prestação jurisdicional, mas como “princípio” sendo este coerente e proporcional de: justiça, equidade, e devido processo legal adjetivo. Neste contexto, o desafio é a aplicação conjunta de todos os três elementos acima expostos, consolidando uma integridade inclusiva onde o julgador considere que para “construir uma teoria geral do” direito contemporâneo necessário que reflita tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo adjetivo, e de que reflita todos estes aspectos combinados na proporção adequada.

No mesmo segmento, ainda o autor salienta que aos desafios que advirão para as interpretações efetuadas pelos julgadores, certamente será a hermenêutica jurídica o campo para que se chegue àquela integralidade apontada por DWORKIN.

Para DELGADO, 2017, o processo interpretativo importa em revelar o sentido da norma interpretada com a ordem circundante que lhe seja afeta, da mesma forma que o “Direito” é um conjunto sistemático de regras e princípios jurídicos, formando um todo lógico, coerente e harmônico. Destaca que dentre os métodos de interpretação, três são considerados pela hermenêutica jurídica, os fundamentais para

inspirar e dirigir o processo de interpretação das normas jurídicas, sendo estes: método lógico, sistemático e o teleológico. Salienta que estes três métodos devem ser utilizados de maneira conjugada e harmônica objetivando seja alcançado o resultado interpretativo mais coerente, lógico, sistemático e finalístico com o conjunto do ordenamento jurídico.

A teoria do Direito destaca que o direito contemporâneo como Estado Democrático de Direito é intrínseco ao Constitucionalismo Humanístico e Social, e não está mais contido puramente apenas na regra jurídica. Logo, interpretar unicamente utilizando o sentido literal é deveras ir na contramão do que sem tem construído ao longo da história da teoria do direito.

Ademais a especificidade da interpretação justralhista se vincula ao caráter teleológico da interpretação dos preceitos normativos no campo do Direito do Trabalho, em razão desse campo jurídico ter como finalidade a realização de valores e pretensões inerente à pessoa humana, ao contrário de valores típicos do individualismo instrumentalizado do mercado econômico.

Neste sentido, DELGADO, reflete que “o Constitucionalismo Humanístico e Social deve ser imperativamente, democrático inclusivo, onde o Direito do Trabalho concretiza alguns dos objetivos centrais desse novo constitucionalismo elaborado depois da barbárie excludente e impiedosa do nazifascismo europeu. Em síntese, fazer das ordens jurídicas, sociais e econômicas uma realidade livre, justa e solidária.”.

Também neste segmento e conjuntura DWORKIN, 2017, comenta que:

Percebemos como as convicções a respeito da adequação são conflitantes e restringem os julgamentos de substância, e como as convicções a respeito de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo são conflitantes entre si. O julgamento interpretativo

deve observar e considerar essas dimensões numa opinião geral: sobre a interpretação que, todos os aspectos considerados, torna o histórico legal da comunidade o melhor possível do ponto de vista da moral política. Dessa forma, os julgamentos legais são difusamente contestáveis.

Tanto as causas, como as consequências da reforma trabalhista apontam para análise política, onde se pergunta se a democracia representativa no Brasil está atendendo aos princípios da república. A Constituição de 1988 nos remete ao princípio republicano concretizador da proteção social e dignidade da pessoa humana, com a possibilidade de se implementar uma ação participativa entre cidadão e instituições públicas; contribuição verifica na teoria da ação comunicativa de HABERMAS.

Em direito e democracia, Habermas, ao expor sobre a ética e a moral considera que os direitos humanos e a soberania do povo são formadores de ideias onde o direito sobrevive na medida em que as questões éticas e morais se diferenciam entre si. O liberalismo e o republicanismo, movimentos políticos tradicionais do EUA, interpretam os direitos humanos como expressão de uma autodeterminação moral, e a soberania do povo como expressão de auto realização ética. Percebe-se que para a visão liberal postula-se o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras a vontade soberana do legislador político. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado em um estado natural fictício.

Para o humanismo republicano destaca-se o valor próprio, não instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elemento de sua própria tradição, e consciência.

A política deliberativa trás um conteúdo de inclusão face ao consenso a que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada de um ato republicano de fundação. Neste sentido a teoria apresentada por Habermas, concebe nos direitos fundamentais e princípios de Estado de Direito o caminho para institucionalizar-se as exigentes condições de comunicação dos procedimentos democráticos, contando com a intersubjetividade presente em processos de entendimentos mútuo que se cumprem, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Sendo assim, o direito como procedimento comunicacional que é poder ser o instrumento integrador da ação comunicativa, e busca dos princípios republicanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste sentido, a reflexão sobre a lei da reforma trabalhista, suas causas e consequências jurídicas, bem como, a relevância da atuação do poder judiciário neste contexto, nos remete a indagar se este poder se encontra preparado para realizar sua função constitucional na integralização do direito as normas reformadoras, acima destacadas. Desse modo os direitos humanos, como um dos pilares da democracia e como elemento diferenciador na aplicação do Direito do Trabalho, será sem dúvida o grande desafio, talvez aquele apontado por Dworkin no procedimento interpretativo e integralizador da inclusão do trabalhador nas disputas políticas, sendo devidamente observados pelos poderes da República.

## REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho e Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*- com comentários à lei n... 13.467/2011, São Paulo: 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. São Paulo: Globo S.A, 2012.

SOUZA NETO, Claudio P. de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2 Ed, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: EDUNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *A incluso do outro, estudo de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

LUCHETE, Felipe. Supremo já soma 20 ações contra mudanças da reforma trabalhista. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/supremo-soma-20-acoes-mudancas-reforma-trabalhista> > Acesso em: 18 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n° 53/144*, de 8 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declarationPortuguese/>> Acesso em: 17 set. 2016.

Publicado pelo TST-  
[https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/127101587/turma-confirma-que-prescricao-intercorrente-nao-se-aplica-a-justica-do-trabalho?ref=topic\\_feed](https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/127101587/turma-confirma-que-prescricao-intercorrente-nao-se-aplica-a-justica-do-trabalho?ref=topic_feed)

# POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PARA MINORIAS: OS TRANSGÊNEROS

**SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes da**

*Doutor (MD, PhD) e Professor Titular. Universidade Federal Fluminense  
agsilvoaj@gmail.com*

**COÊLHO, Diego Henrique Damasceno**

*Mestrando em Justiça Administrativa (PPGJA) – UFF  
diego\_coelho@id.uff.br*

**CASTRO, Luiza Alves de**

*Mestranda em Justiça Administrativa (PPGJA) – UFF (2018 – 2019).  
castro\_luiza@hotmail.com*

**Resumo:** A luta por acesso a direitos para a população transexual no Brasil ainda esbarra nos entraves políticos, econômicos, religiosos e sociais. O presente trabalho contextualiza, principalmente, as mudanças no campo das Políticas Públicas e as ações da Administração face à publicação da décima primeira atualização da CID, ocorrida em 18/06/2018, pela qual a OMS reconheceu a despatologização da identidade trans. Desta forma, são trazidas provocações também sobre o Processo Transexualizador, no intuito de promover atualização, num contexto ainda pouco discutido, lidando com um olhar médico e jurídico, logo científico, a respeito deste tema, que longe de se exaurir, ainda deverá ser matéria revista, estudada e rediscutida, até que haja um patamar dignificante ampliado à carta dos direitos para a população GLBT, especialmente a transexuais.

**Palavras-chave:** Políticas públicas, transgênero, transexualidade, lei brasileira, direitos fundamentais, CID-11.

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do Direito no século XXI é o abrangente impacto do novo – de novos fatos e novos valores. A partir deste contexto, pretende-se abordar um tema polêmico e específico, mas de relevância em um efetivo Estado Democrático de Direito: os direitos dos transexuais, pessoas que sentem pertencer ao gênero oposto, identificando-se com o papel social contrário ao seu sexo biológico, além de serem obrigados a lidar com aspectos psicológicos, ainda encontram desamparo jurídico. O termo “transgênero”, ou “grupo T”, abarca travestis, transexuais, não-binários, *crossdressers* e *drag queens*.

No Brasil ainda não há legislação específica que resguarde o direito de adequação sexual e suas consequências jurídicas, mas a jurisprudência majoritária já se mostra favorável à pretensão, mas com diversas restrições.

O atendimento da população transgênero no âmbito do SUS, representa um complexo de expedientes assistenciais do Sistema Único de Saúde, direcionada à atenção e ao cuidado de transexuais e travestis, que possibilitam dentre outras ações, a realização de mudanças corporais através da adequação da aparência física e da função de suas características sexuais, conforme sua identidade de gênero.

O Processo Transexualizador foi Implantado no SUS em 2008, é atualmente regulamentado pela Portaria GM/MS nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, se adequando no contexto da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) – Portaria GM/MS nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, e inclui ações como: a garantia da integralidade e humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação; inclusão de procedimentos como a hormonioterapia, mesmo sem indicação para a cirurgia de redesignação sexual e atendimento por equipe interdisciplinar visando acompanhamento psicoterápico, hormonioterapia e procedimentos de redesignação sexual.

Não se trata apenas do estabelecimento de diretrizes para a atenção integral no sentido estrito, mas de um conjunto de ações ne-



cessárias à garantia do direito à saúde circunscrita à passagem para a vivência social no gênero em desacordo com o sexo de nascimento.

Neste contexto, o presente estudo objetiva analisar o direito à saúde como um direito humano essencial, e em que medida, a retirada da transexualidade da lista de doenças mentais da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 18/06/2018, com a classificação internacional de doenças (CID), alterada para “incongruência de gênero”, pode impactar nas políticas públicas de saúde da comunidade trans.

## **1. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO GARANTIA DE DIREITOS À PESSOA TRANSGÊNERO**

As políticas públicas, segundo Celina Souza, possuem o objetivo de direcionar a atenção para as maiores necessidades, e focar ações e serviços para tais. A autora aponta, ainda, a definição de Peters, para quem “política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação e que influenciam a vida dos cidadãos” e de Lynn, que compreende políticas públicas “como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos” (SOUZA, 2006, p. 23).

Nesse sentido, é impossível discutir a elaboração de políticas em saúde, sem entender a atuação, deveres e direitos do Estado brasileiro e correlacionar com o indivíduo e seu coletivo. É necessária uma visão ampla dos fundamentos jurídicos para a construção da saúde na política brasileira a fim de entender todas as particularidades, culminando na implantação da atenção à saúde pública integral para os transexuais e transgêneros no Sistema Único de Saúde (SUS).

Para tanto, o princípio da dignidade humana funda a estrutura jurídica protetiva da pessoa, veiculando o sistema normativo e influenciando as áreas do conhecimento que impactam na vida humana, impedindo construções teóricas contrárias à dignidade, quer por razões moralistas, quer por ambições científicas, atuando como norte.

Para Maria Helena Diniz (DINIZ, 2014), a transexualidade implica um drama jurídico-existencial, decorrente da cisão entre a identidade sexual física e a identidade psíquica, drama esse que transcende o incômodo psicológico e leva à efetiva rejeição do fenótipo, resultando em tendência à automutilação, ou ao autoextermínio.

Assumida a premissa da identidade de gênero como ponto central da transexualidade, os caracteres biológicos adquiridos pelo nascimento afiguram-se insuficientes para garantir o pertencimento da pessoa de gênero correspondente, tendo em vista que a identificação ao gênero será a maneira como o indivíduo se percebe e é percebido pelos outros como masculino ou feminino em cada cultura.

Camila Gonçalves aponta três níveis de proteção que contribuem para tornar concreta a dignidade dos transexuais: o plano do direito internacional dos direitos humanos, o plano do direito constitucional e o plano do direito civil (GONÇALVES, 2014).

A proteção internacional dos direitos humanos consiste principalmente na atuação da Comissão de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas - ONU, e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), que atuam diante das denúncias de violência e discriminação contra transgêneros.

O direito à vida privada está positivado no art. XII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948(ONU, 1948, p. 8)<sup>195</sup>. Encontra-se igualmente, no art. 17, do Pacto da ONU sobre direitos civis e políticos, de 1966<sup>196</sup>, no art. 11, da Convenção Americana de 1969<sup>197</sup> (Pacto de São José da Costa Rica). No Brasil, o direito à vida

---

<sup>195</sup> Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

<sup>196</sup> Artigo 17º. 1. Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.

<sup>197</sup> Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade: 1.Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de

privada está expresso no art. 5º, X, Constituição Federal<sup>198</sup>. O direito à vida privada num ordenamento expressamente orientado pelo princípio da dignidade humana desafia uma ampla compreensão, assentada na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade (SAMPAIO, 1998).

Percebida a identificação como gênero contrário ao físico, assim, em proteção integral à dignidade humana, a melhor política pública é aquela que reconhece civil e juridicamente o gênero de identificação da pessoa, no efetivo respeito à sua personalidade em desenvolvimento.

Outrossim, o tratamento diferenciado ao transgênero, pela negativa de reconhecimento de sua identidade, consiste em violação da igualdade, esta que é a capacidade de tomar decisões com autonomia e de ser reconhecido e respeitado por elas, nessa medida, veda a distinção de tratamento.

Assim, devem as políticas públicas assegurar à pessoa trans uma melhor condição como sujeito de direitos, poupando-o dos constrangimentos inerentes ao nome e sexo biológico contraditórios com a sensação de pertencimento e a aparência da pessoa. Pretende-se o reconhecimento de aspectos da personalidade humana, aqueles relacionados ao corpo, ao nome, ao estado civil e à saúde, esta que será examinada com mais detalhes.

## 2. DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO À SAÚDE DOS TRANSGÊNEROS/TRANSEXUAIS

---

ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

<sup>198</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A legalização da cirurgia de transgenitalização e de procedimentos afins foi um processo longo e cercado de diversas discussões que tiveram início em 1979, quando o Conselho Federal de Medicina foi consultado pela primeira vez sobre a inclusão de próteses mamárias em pacientes do sexo masculino (Protocolo nº 1.529/79 CFM15). As discussões à época, estavam amparadas no Código de Ética Médica e no Código Penal, colocavam em pauta a licitude ética e penal da “cirurgia de conversão sexual”, já que se considerava inicialmente a mesma “mutilação grave” e “ofensa à integridade corporal” (ALVARENGA, 2016).

Além disso, foram problematizadas as possíveis implicações jurídicas que tal intervenção geraria, podendo a alteração da genitália servir como argumento para a modificação da identidade sexual, o que poderia estar relacionado ao crime de atribuição de falsa identidade, conforme artigo 307 do Código Penal<sup>199</sup>.

Entre os diversos debates ocorridos nesse período, destacamos o I Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina, nos quais pela primeira vez houve uma manifestação favorável à realização da cirurgia (CESARO, 2016).

Nesse contexto, a cirurgia de transgenitalização foi considerada a etapa mais importante no tratamento de “transexualismo”, pela possibilidade de adaptar a morfologia genital ao sexo com o qual o indivíduo se identifica. Esse procedimento possibilitou a integração entre o corpo e a identidade sexual psíquica do interessado, unido aos princípios de autonomia – direito da autodeterminação e de dispor do próprio corpo – e de justiça – o direito de a pessoa não ser discriminada no pleito à cirurgia.

A Resolução CFM nº 1.482/1997 entabulava a transexualidade como sendo uma patologia passível de ser “curada”, “corrigida”, bem como define-se “transexualismo” através de alguns critérios, tais

---

<sup>199</sup> **Art. 307-** Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

como: (1) desconforto com o sexo anatômico natural, (2) desejo expreso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio “sexo” e ganhar as do sexo oposto, (3) permanência desse “distúrbio” de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos, e (4) ausência de “outros transtornos mentais”.

No ano de 2001, o Ministério Público Federal, motivado pelo movimento LGBT, requereu a inclusão da cirurgia de transgenitalização na tabela do SUS. Em 2002, o Conselho Federal de Medicina reformulou a Resolução CFM n.º 1482/97, e aprovou a Resolução CFM n.º 1652/2002, que ampliou as possibilidades de acesso aos procedimentos de transexualização, retirando o caráter experimental da cirurgia do tipo 2 neocolpovulvoplastia, e mantendo o da cirurgia do tipo neofaloplastia. Tal ampliação tornou possível o atendimento das transexuais femininas em qualquer instituição de saúde, pública ou privada, impondo novos desafios relacionados ao acesso aos procedimentos no Sistema Único de Saúde, e na iniciativa privada.

Também é importante destacar que debate relativo à assistência a pacientes transexuais tem sido pauta do Comitê Técnico Saúde da População de Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais do Ministério da Saúde desde 2004 (instituído através da Portaria/GM Nº 2.227, de 14 de outubro de 2004).

As reuniões sobre “O processo transexualizador no SUS” em 2006 e o Seminário “Saúde da População LGBT na Construção do SUS” em 2007, contaram com a participação de técnicos do Ministério da Saúde, profissionais da rede pública de saúde, pesquisadores acadêmicos e representantes do movimento social organizado – especialmente o Coletivo Nacional de Transexuais -, e possibilitaram uma maior visibilidade para a questão.

Somente em 2008, quando promulgada a Portaria nº 1.707, do Ministério da Saúde, foi prevista a possibilidade das CRSs através do SUS (Sistema Único de Saúde), sendo atualmente executadas em: Goiânia, São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre.

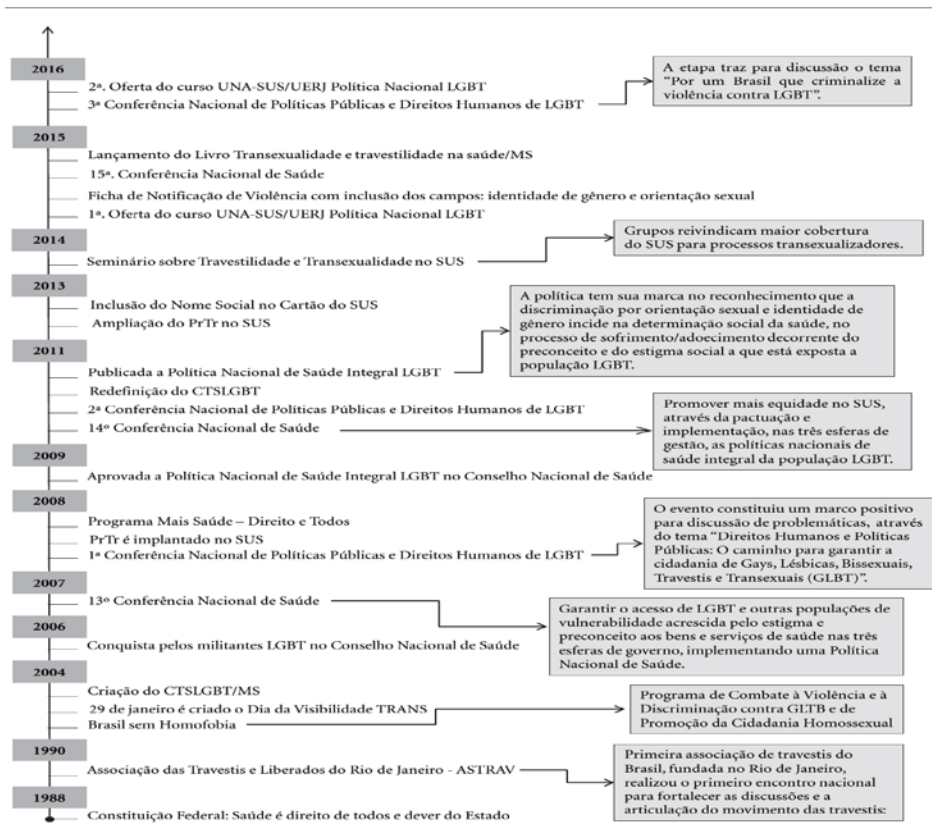
As iniciativas indicaram a importância do aprofundamento, fortalecendo e gestão de políticas de saúde de inclusão dos transe-

xuais no Sistema Único de Saúde. Neste sentido, na I Conferência Nacional LGBT. Direitos Humanos e Políticas Públicas (Brasília, 2008), o Ministério da Saúde anunciou uma norma técnica para regulamentar o “processo transexualizador no SUS”, assim como o credenciamento de Centros de Referência para o atendimento destes usuários.

A promulgação da **Resolução CFM nº 1.955/2010** ampliou as possibilidades de realização das cirurgias a hospitais públicos e particulares, apesar de haver sido mantido o caráter experimental das cirurgias de “neofaloplastia”.

Foi no ano de 2011 que o Ministério da Saúde, implementou a Política Nacional de Saúde Integral LGBT, que viria a ser implantada no Sistema Único de Saúde (SUS) através de um conjunto de diretrizes com planos que contenham estratégias e metas sanitárias para sua operacionalização, sendo este um compromisso proposto para todas as instâncias do SUS (gestores, trabalhadores da saúde, técnicos e conselheiros).

A Política Nacional de Saúde Integral LGBT visa a promoção da saúde integral da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, eliminando a discriminação e o preconceito institucional, contribuindo, assim, no combate às desigualdades e a consolidação do SUS como sistema que aborda o usuário de forma universal integral e equitativa.



**Figura 1 – Desenvolvimento da construção da PNSILGBT de 1988 a 2016. (POPADIUK; OLIVEIRA; SIGNORELLI, 2017)**

### 3. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL LGBT

As variações da sexualidade humana, por si só, não demandariam especial atuação do Estado na área da saúde, quer para proteção, quer para ações de manutenção ou, para ações interventivas a fim de estagnar processos evolutivos de enfermidades, já que a preferência sexual do ser humano não poderia, em tese, ser obstáculo para exercício de quaisquer dos direitos fundamentais – entre eles o acesso à saúde pública.

Ocorre que, como em tantas áreas sociais, a manifestação pública dos fatos e desejos que já ocorriam em comedimento, acarreta, em um primeiro momento, a rejeição em parte pela sociedade do novo, criando, em consequência a marginalização de determinados seres humanos.

Havendo exclusão social, como acontece à população LGBTI, incontestável a necessidade de intervenção do Estado para garantir a liberdade de exercícios dos direitos do cidadão, isso porque o Estado só deve interferir nas constituições que ferem direitos alheios e, havendo discriminação e desigualdade entre os cidadãos mostra-se óbvia a violação ao direito maior à liberdade, impondo-se em consequência o tratamento diferenciado até que se alcance a igualdade de direitos.

Na área da saúde pública, o Brasil se conscientizou da desigualdade no tratamento dado aos grupos homossexuais e suas decorrências, com a proliferação do vírus do HIV no território brasileiro, mesmo que em um primeiro momento voltado só para a população masculina homossexual, de onde advinha inicialmente<sup>200</sup> a maior incidência da AIDS.

Destaca-se que ainda na década de 80, não havia inclusão das lésbicas no grupo de tratamento e orientação específica acerca da doença, de onde se conclui, igualmente que o sistema de saúde pública não notava a necessidade de tratamento sanitário ou recurso terapêutico para esta variação sexual da mulher.

Contudo, dada a participação não só das mulheres lésbicas como das bissexuais no movimento social que demandava lutas específicas de todo o grupo posteriormente organizado como LGBT, este que vinha socialmente reivindicar direitos em todas as áreas sociais, inclusive de saúde pública, o governo brasileiro, em 2004, ao instituir, através da participação da sociedade civil, o programa, elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, “Brasil sem Homofobia –

---

<sup>200</sup> A epidemia de HIV/AIDS depois se mostrou incidente em mulheres, homens heterossexuais e recém nascidos, desmistificando-se como uma doença da população homossexual.



Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual”, alargou os destinatários de proteção especial na área do serviço público.

Na área específica da saúde, o desdobramento protetivo e efetivo adveio da 13ª Conferência Nacional de Saúde (BRASIL, 2008, p. 20) quando a orientação sexual e a identidade de gênero passaram a ser incluídas na análise de determinação social da saúde através de recomendações específicas que abarcou, entre outros o desenvolvimento de ações para inclusão de quesitos de identidade de gênero e orientação sexual nos formulários e prontuários do sistema de saúde, garantindo dessa forma, um maior acesso e tratamento do grupo homossexual e travesti ao sistema de saúde.

Em 2009 o Conselho Nacional de Saúde aprovou ainda a “Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT)” (BRASIL, 2013).

Ocorre que a demora na efetividade de programas específicos de saúde pública em prol da população LGBTI, em confronto com a dinâmica social de não visibilidade da diversidade de gênero, agora aberta ao público em assunção da condição daqueles em exercer sua variedade de sexualidade, acarretou, além de problemas outros advindos da falta de acesso à educação, lazer e emprego (todos constituintes da vida digna), problemas psíquicos relacionados à depressão, crises de ansiedade e pânico e outros distúrbios relacionados a saúde.

Preconizava, ainda, a necessidade de um sistema específico de hormonização e cirurgia de transgenitalização aos cidadãos transexuais pelo sistema único de saúde, uma vez que as buscas desse processo de alto custo econômico em mercados paralelos poderiam trazer, igualmente, riscos maiores a integridade física e psíquica dos transexuais e transgêneros.

Diante de tal realidade e com apoio incessante da sociedade civil, foi instituído no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), através da Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, a “Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e

Transexuais – Política Nacional de Saúde Integral LGBT”, com fundamento legal nos princípios assegurados na Constituição Federal de 1988 que garantem a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II e III CF/88).

Esta portaria concretiza a evolução governamental no trato dispensado à comunidade LGBT e, considerou entre outros, como fundamento para sua promulgação a “discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero que incide na determinação de saúde, no processo de sofrimento e adoecimento decorrente do preconceito e do estigma social reservado às populações de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”; “que todas as formas de discriminação, como no caso das homofobias direcionadas à população LGBT (lesbofobia, gayfobia, bifobia, travestifobia e transfobia) devem ser consideradas na determinação social de sofrimento e de doença”; “necessidade de ampliação das ações e serviços de saúde especificamente destinados a atender às peculiaridades da população LGBT”, etc.

A regulamentação traz alguns objetivos específicos que traduzem a garantia de liberdade do grupo LGBTI podendo ser citado como exemplos a ampliação do “acesso da população LGTB aos serviços de saúde do SUS, garantindo às pessoas o respeito e a prestação de serviços de saúde com qualidade e resolução de suas demandas e necessidades”; garantir acesso ao processo transexualizador na rede do SUS”; “reduzir danos à saúde da população LGBT no que diz respeito ao uso excessivo de medicamentos, drogas e fármacos, especialmente para travestis e transexuais”; “reduzir os problemas relacionados à saúde mental, drogadição, alcoolismo, depressão e suicídio entre lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, atuando na prevenção, promoção e recuperação da saúde”, etc.

Por fim, regulamenta a Portaria a divisão de responsabilidade e atribuições relacionadas à política entre os entes da federação (União, Estados e Municípios), a fim de dar efetividade às premissas de proteção integral à comunidade LGBTI.

Essa aceitação e legitimação Estatal, agora garantida textualmente ao grupo LGBTI, traduz efetividade ao acesso amplo à saúde

pública como forma de concretização da evolução social e demonstração da força mutante da visão humanística contemporânea em que o ser humano passa a ser valorizado pelo ser.

#### 4. “INCONGRUÊNCIA DE GÊNERO”: A NOVA CID

A transgenitalização, nome usado para cirurgia de resignação sexual em indivíduos transexuais, foi regulamentada no Brasil em 1997 quando o Conselho Federal de Medicina passou a autorizar a realização da cirurgia de transgenitalização, através da Resolução CRM nº 1.482, que tinha como fundamento o caráter terapêutico da intervenção, sendo pré-requisitos exigidos para tal o tratamento prévio que incluía o acompanhamento médico psiquiátrico que diagnosticasse o transexualismo, através das CID-10 (WHO, 2016), F64.0 (Transexualismo) ou F64.9 (Transtorno não especificado da identidade sexual), decorrente do estado de desconforto corpóreo em detrimento da personalidade e do comportamento manifesto persistente por mais de dois anos, não associado a patologia mental ou anomalia intersexual, genética ou cromossomo sexual.

Como se vê a transexualidade já restou apresentada como patologia, sendo o diagnóstico psiquiátrico de “transtorno de identidade de gênero” (TGI) condicionante ao acesso da assistência médica com nítida patologização da transexualidade

Em 2002, tal resolução foi revogada pela Resolução CRM nº 1.652 que ampliou o campo de atuação, uma vez que na resolução anterior as cirurgias só poderiam ser realizadas em hospitais universitários ou públicos e a partir de 2002 se admite a realização da cirurgia de transgenitalização em hospitais privados, mantendo, contudo, os critérios de acompanhamento já estabelecidos, inclusive no que se refere ao laudo psiquiátrico com indicação de transtorno de identidade de gênero.

A atuação estatal no Brasil no que se refere à disponibilização ampla do serviço de saúde pública voltada para o transexual adveio da implementação do programa do Governo Federal, em 2004,

intitulado “Brasil sem homofobia – programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual”, que como frisado anteriormente, resultou na regulamentação do atendimento no Sistema Único de Saúde de toda a população LGBTI (Portaria 2.836/2011) e, em 2008, a publicação da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.707, que instituiu o Processo Transexualizador no SUS, revogada pela atual Portaria do Ministério da Saúde nº2.803, de 19 de novembro de 2013, advinda da decisão judicial proferida em Ação Civil Pública, que tratou especificamente do processo transexualizador no Sistema Único de Saúde, e mantendo, uma vez mais, a condicionante de diagnóstico psiquiátrico prévio mediante CID 64.0 (Transexualismo).

A partir de então começou a estrutura de regulamentação do processo de redesignação sexual no SUS, visto que o fornecimento de medicamentos específicos era irregular e que a cirurgia de transgenitalização, bem como a redução do pomo de Adão (mastectomia e histerectomia) ainda não estavam incluídas na tabela de procedimentos financiados pelo SUS, sendo certo que a manutenção do diagnóstico psiquiátrico CID F64.0 (Transexualismo) como condição à realização da intervenção cirúrgica se mantém na atual normatização do sistema público de saúde (AMARAL, 2011).

A discussão que se estabelece diz respeito à patologização psiquiátrica do indivíduo transexual, uma vez que este para ser albergado pelo sistema público de saúde necessita de um diagnóstico prévio de transtorno mental.

A crítica reside na interpretação da experiência transexual como uma anormalidade, em razão dos efeitos que tal diagnóstico gera sobre a vida do sujeito, já que a qualificação da experiência como doença reforça a exclusão social e a vulnerabilidade dos indivíduos limitando, em consequência, seus direitos de autodeterminação de gênero e de dispor de seu próprio corpo.

Essa perspectiva de condicionar o atendimento de saúde pública do transexual a um diagnóstico de patologia psiquiátrica denota que a par da legitimação outorgada pelo Estado à concretização

da redesignação sexual, ainda se encontra eivada no ponto de vista social – agora chancelado pelo Estado – a discriminação do indivíduo transexual, uma vez que a sua manifestação humana está interligada textualmente a um diagnóstico patológico.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) anunciou, em 18 de junho do ano corrente, durante lançamento da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), a retirada dos transtornos de identidade de gênero do capítulo de doenças mentais. Com a mudança, o termo passa a ser chamado de incongruência de gênero, e está inserido no capítulo sobre saúde sexual. (“International Classification of Diseases”, [s.d.]

Segundo a OMS, existem evidências de que a incongruência de gênero não é um transtorno mental, mas que ainda “há a necessidade de garantir atendimento às demandas específicas de saúde da população trans”, o que explica o fato de o termo não ter sido retirado totalmente da CID. Além disso, a Organização aponta ser um passo importante para a redução do estigma e da discriminação em relação a essa população e para a garantia de acesso à saúde.

Os Estados-membros das Nações Unidas poderão adotar a nova CID a partir de maio de 2019, quando será apresentada na Assembleia Mundial da Saúde, e a lista passa a valer oficialmente a partir de 1º de janeiro de 2022. A versão disponível atualmente é uma pré-visualização, e permite que os países planejem, traduzam e capacitem os profissionais de saúde para trabalhar de acordo com as novas classificações.

## CONCLUSÃO

Com a implantação do SUS, em 1988, percebe-se um avanço na política de saúde direcionada à população trans, permitindo o atendimento a partir de suas especificidades, através dos ambulatórios e hospitais habilitados. A criação da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (PNSI LGBTT) foi um marco nesse percurso, sendo fundamental tanto no que

se refere ao controle das epidemias de DSTs, em sentido amplo, quanto no próprio processo de consolidação do SUS, através de tratamentos conforme as necessidades específicas de grupos populacionais.

Ocorre que as políticas públicas estabelecidas, seguindo uma tendência internacional, adotaram a institucionalização da prática assistencial dirigida a transexuais no Brasil está condicionada a um diagnóstico psiquiátrico, o que permitiu o acesso ao tratamento e, muitas vezes, significa o próprio exercício de cidadania.

A partir da retirada da transexualidade da lista de doenças mentais da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 18.06.2018, com a classificação internacional de doenças (CID) alterada para “incongruência de gênero” e, ainda, dentro da categoria de condições relativas à saúde sexual, há uma perspectiva de que o Brasil, seguindo uma tendência internacional possa se reconhecer que a incompatibilidade de gênero vivido pelo indivíduo com o gênero a ele atribuído, passe ser vista sob a ótica inclusiva e abrangente da dignidade do ser humano, passando então a constituir o acesso ao serviço público especializado aos transexuais como direito à saúde simplesmente, afastada a premissa de existência de doença psiquiátrica.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, J. M. **Transexualidade e seus reflexos no direito e registro civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

AMARAL, D. M. **Os desafios da despatologização da transexualidade**: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil. p. 107f–107f, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual** / elaboração : André Luiz de Figueiredo Lázaro; organização e revisão de textos: Cláudio Nascimento Silva e Ivair Augusto Alves dos Santos.; Comissão Provisória de Trabalho do Conselho Na-

cional de Combate à Discriminação da Secretaria Especial de Direitos Humanos. – Brasília : Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da 13ª Conferência Nacional de Saúde: Saúde e Qualidade de vida**: políticas de estado e desenvolvimento/Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2008. 246 p. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/13cns\\_m.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/13cns_m.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Código Penal. Diário Oficial da União. 1940.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais** / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília : 1. ed., 1. reimp. Ministério da Saúde, 2013. 32 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n 1.707, de 18 de agosto de 2008**. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transsexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Brasília. 2008. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html)> Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **PORTARIA Nº 2.227, DE 14 DE OUTUBRO DE 2004**. Dispõe sobre a criação do Comitê Técnico para a formulação de proposta da política nacional de saúde da população de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais - GLTB. Brasília, 2004. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2227\\_14\\_10\\_2004.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2227_14_10_2004.html)>. Acesso em 20 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **PORTARIA Nº 2.803, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2013**. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília: DOU, de 20/11/2013, Seção 1, 2013. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **PORTARIA Nº 2.836, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2011**. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT). Brasília: DOU, de 01/12/2011, Seção 1, 2011. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836\\_01\\_12\\_2011.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CESARO, C. G. K. **Políticas Públicas de saúde à População LGBT**: Percepção das travestis que se prostituem diante da realidade da cidade de Confresa – MT Public health policies to the LGBT population: Perception of transvestite prostitutes before the reality of the city o. Aceno, v. v. 3, p. 223–241, 2016.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-BRASIL). **Protocolo nº 1.529/79**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmba/pareceres/1980/3\\_1980.htm](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmba/pareceres/1980/3_1980.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-BRASIL). **Resolução nº 1.482/97, 30 de setembro de 1997**. Autoriza a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários com o tratamento dos casos de transexualismo. D.O.U.; Poder Executivo, Brasília, DF, 19 set. 1997. Seção 1, p. 20.944. Disponível em:



[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm). Acesso em: 25 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-BRASIL). **Resolução CFM nº 1.652/2002 de 02 de dezembro de 2002**. Assunto: Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. Brasília 2002. 11 p. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-BRASIL). **Código de Ética Médica - RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009** - Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90 (Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). Brasília: DOU. 2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, C. DE J. M. **Transexualidade e direitos humanos: o reconhecimento da identidade de gênero entre os direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, Nova Iorque. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)**. ONU, Nova Iorque, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Código Internacional de Doenças – CID 10, de 17/05/1990**. Genebra. 2017. Disponível em:

<<http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/cid10.htm>> . Acesso em 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Internacional de Doenças – CID 11, de 18/06/2018.** Genebra. 2017. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icd/en/>> . Acesso em 20 jun. 2018.

POPADIUK, Gianna Schreiber; OLIVEIRA, Daniel Canavese e SIGNORELLI, Marcos Claudio. **A Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros (LGBT) e o acesso ao Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS): avanços e desafios.** Ciênc. saúde coletiva [online]. 2017, vol.22, n.5, pp.1509-1520. ISSN 1413-8123. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n5/1413-8123-csc-22-05-1509.pdf>>. Acesso em :23 jun. 2018.

SAMPAIO, J. A. L. **Direito à intimidade e à vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Minas Gerais: Del Rey, 1998.

SOUZA, C. **Políticas públicas:** uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, jul/dez 2006. ISSN ISSN 1517-4522.

# POSITIVISMO JURÍDICO EM KELSEN, NAZISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: RETROSPECTO E REFLEXÃO

**ASSUMPÇÃO, Daniel Brilhante de**

*Bacharel em Direito. Especialização em Direito Empresarial.  
mattosbrilhante@gmail.com*

**MATTOS, Simone Brilhante de**

*Mestre do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e  
Direito da Universidade Federal Fluminense  
jusfederal\_brilhante@gmail.com*

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar as relações entre o positivismo jurídico na visão de Hans Kelsen e as possíveis relações com o Regime Nazista. Espera-se através deste, demonstrar o neoconstitucionalismo como alternativa a uma visão positivista do Direito.

**Palavras-Chaves:** Direito positivo, nazismo, neoconstitucionalismo.

## INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu acerca do imbricamento entre positivismo jurídico e o surgimento do Nazismo na Alemanha, ou seja, se o primeiro poderia justificar o segundo, e se o **jurispositivismo** por si só seria capaz de criar eventualmente um sistema tal qual aquele observado na Alemanha entre a Primeira e Segunda Guerra Mundial.

A título de analogia, responsabilizar Hans Kelsen pela criação da Teoria Pura do Direito e pelo Nazismo é tão lógico quanto responsabilizar Albert Einstein pelo desastre de Hiroshima e Nagasaki, apenas pelo fato de haver desenvolvido uma fórmula matemática e escrito

uma carta para o então presidente norte americano Franklin Roosevelt, sobre o conhecimento que a Alemanha detinha na época, para a produção de bombas de urânio com capacidade de gerar uma reação destrutiva (massa e energia se relacionam através da fórmula de Einstein e tal compreensão possibilitou a produção das bombas atômicas).

Para o bom entendimento do tema, é útil estabelecer uma síntese histórica das razões que levaram ao surgimento do regime Nazista e sua eventual interseção com o positivismo jurídico pela ótica de Hans Kelsen, pois é inegável haver paralelismos entre o fato histórico citado e a teoria que desenvolveu.

O regime nazista, que primou pelo totalitarismo, desenvolveu-se na República de Weimar, e compreende o período que açambarca o fim da 1ª Guerra Mundial e a ascensão do Nazismo ao Poder. Logo, é considerado um período de transição na história alemã (QUINO, Rubim Santos Leão, 1995).

Assim, passou-se de uma monarquia para a democracia representativa, sob a forma de república parlamentarista e mais tarde para o regime totalitário dos nazistas. O nome se refere ao local em que a constituição republicana foi promulgada, em 11 de agosto de 1919, na cidade de Weimar na Alemanha, assinada pelo social democrata Friedrich Ebert (Luíza Rita Cardozo).

No que concerne aos conceitos e ideias inerentes à raça, desenvolvidos pelos nazis, foram criados estereótipos sociais positivos e negativos, sobre diferentes etnias, supostamente oriundos de uma herança genética imodificável. Segundo este sistema de pensamento, tal herança não poderia ser alterada, razão pela qual a inserção e amalgama de raças ou culturas seria impossível, vez que tais características não poderiam ser modificadas, tão somente degeneradas.

Acreditava-se, assim, num mundo dividido por raças a lutar por recursos finitos, ao sacrifício dos perdedores. Além dos Judeus, outros grupos foram eleitos para perseguição, cárcere e extermínio, tais como ciganos, deficientes, poloneses, negros, homossexuais, dentre outros. Em resumo, todos os que de alguma forma não se encaixavam nas percepções nazistas de normas sociais, deveriam ser purifica-

dos da sociedade alemã. Há uma obsessão no regime criado pelos nazistas, ligada a ideia de “pureza” de raças, a ser alcançada pela higiene racial (QUINO, Rubim Santos Leão, 1995).

Evidentemente tal visão foi alicerçada e legitimada pelo povo alemão de então, e por conclusão lógica pelo sistema jurídico que o representava à época, do contrário o Holocausto não teria se concretizado.

Neste contexto parece justo, portanto, indagar se tal sistema tendia mais para o positivismo jurídico ou outra corrente de pensamento.

## **A LEI E O REICH - UM BREVE RETROSPECTO DO NAZISMO**

Conta-se que o Nazismo surgiu como uma corrente política no período de 1910 e 1920, na Alemanha pós Primeira Guerra Mundial. Antes da ascensão Nazista ao poder, o país tentava se reorganizar no setor político e se reestruturar economicamente na República de Weimar, pois logo após a derrota alemã na Primeira Guerra Mundial pesou sobre o país as sanções do tratado de Versalhes. O moral do povo alemão estava em baixa.

É fato que o partido se estruturou tendo por base a sociedade Thule de Ocultismo e um braço militarizado. Na primeira se deu a disseminação ideológica, numa organização ocultista que primava pelas virtudes da raça, também chamada de German Order, liderada pelo sumo sacerdote Dieter Eckhart, que introduziu Hitler nos meios elevados da Bavária, além de financiar o jornal do partido, o *Völkischer Beobachter*.

O outro núcleo se formou com base nos veteranos de guerra, homens que haviam servido com Hitler durante a Primeira Guerra Mundial, e não estavam satisfeitos com o cenário do pós-guerra e com as humilhações impostas à Alemanha pelo tratado de Versalhes.

Por volta de 1919, Hitler se incorporou ao nascente partido dos trabalhadores. Em 1921, conseguiu a liderança do Partido Nacional

Socialista dos Trabalhadores Alemães, e adotou como símbolo a suástica.

Percebendo que teria dificuldades para subir ao poder pelas vias eleitorais, por volta de 1923, Hitler tentou um golpe na Baviera para destituir seu governador. Tal episódio ficou conhecido como o Putsch (golpe em alemão) da Cervejaria ou Putsch de Munique, e no choque com as forças policiais, 16 (dezesesseis) nazistas foram mortos, tendo a polícia bávara controlado vários correligionários.

Na prisão, ao longo dos 08 (oito) meses nos quais esteve preso, Hitler aproveitou este período para escrever seu livro, "*Minha Luta*", constituindo as bases principais do pensamento nazista. Ao sair da cadeia, decidiu reestruturar o partido tendo como molde o fascismo Italiano, reformulando igualmente a militância.

Em 1925, Paul Von Hindenburg foi eleito para a presidência, um homem que desejava a volta da monarquia ao poder na Alemanha. Em seus dois mandatos, ele transformou a democracia numa república presidencial, abusando do poder de que dispunha.

No pleito de 1932, os nazistas conseguiram maioria suficiente para indicar Hitler ao posto de Chanceler do presidente Von Hindenburg, ou seja, tinham 38 % dos votos ou 230 deputados.

Uma vez no poder, Hitler conseguiu estabelecer uma lei que lhe permitia governar sem dar satisfação de seus atos a ninguém, ou seja, o chanceler poderia legislar independentemente do Parlamento.

Através de decreto, na data de 07.04.1933, uma série de medidas foram tomadas face aos Judeus por Hitler, dentre as quais é possível enumerar algumas: 1) o afastamento dos judeus das universidades e funcionalismo público; 2) proibição do casamento de judeus com não judeus; 3) judeus com cidadania alemã perderam esta em razão da Lei da Cidadania, dentre outras medidas.

Logo, as liberdades individuais e civis foram suspensas a partir de então, gradualmente, até a criação dos campos de extermínio e diferentes métodos para o assassinio dos Judeus e minorias. Com a morte do presidente Hindenburg em 1934, Hitler toma para si o cargo de

presidente da Alemanha, iniciando um governo totalitário que durou 11(onze) anos.

Dentre as principais características da Alemanha Nazista, podemos citar, portanto, o nacionalismo, o militarismo, o autoritarismo, além do culto a uma raça idealizada, superior e perfeita, ou seja, o chamado homem ariano, constituindo-se aí um projeto eugenista. Também o **antisemitismo** (aversão aos judeus e atribuição da culpa da decadência econômica alemã a esse povo, incluindo uma suposta degenerescência moral e física, estendida a poloneses, ciganos e negros).

Neste contexto histórico é importante notar seu entrelaçamento à realidade jurídica, não sendo incorreto afirmar que Hitler realizou suas monstruosidades amparado por normas, na medida em que a constituição de Weimar lhe outorgava poderes, valendo-se das forças armadas para impor sua vontade, através de medidas atrozes.

Haverá argumentos para justificar o extermínio de Judeus em razão da guerra, mas mesmo esta não surgiu de súbito, ao contrário, caracterizou-se por um processo gradativo.

Negar a existência do holocausto significa negar que existiu um sistema devidamente amparado por uma legislação e moral inerente ao período, equivale dizer que nunca ocorreu em toda a história humana um tempo no qual se deu o assassinato premeditado de milhões de pessoas, ou um genocídio institucionalizado.

## DOS PARALELOS ENTRE HANS Kelsen E O REGIME NAZISTA

É importante frisar que o objetivo de traçar paralelos históricos entre a vida e obra de Hans Kelsen e a Alemanha nazista, não é desmerecer ou desrespeitar o legado daquele, ao contrário, visa à boa compreensão de sua obra para após, analisar os motivos pelos quais sua teoria pode servir como legitimadora de regimes totalitários semelhantes ao Nazismo.

Por conseguinte, não se pretende aqui afirmar que o autor se afiliava ao nazismo ou que colaborou com o regime, dito isto, parte-se para uma breve síntese, ciente o responsável deste trabalho que o mesmo poderá e deverá ser melhorado consideravelmente.

Hans Kelsen era judeu austríaco, nascido no ano de 1881, em 11 de outubro, na cidade de Praga, região da Checoslováquia, atual República Tcheca, naquele tempo pertencente ao Império Austro Húngaro.

Aos 03 (três) anos de idade Kelsen muda-se para Viena, então no ano de 1884, iniciando-se nessa cidade sua formação jurídica. Mais tarde ainda, viria a estudar em Heidelberg e Berlin.

Por orientação do pai, Kelsen iniciou sua faculdade de Direito em Viena e concluiu o curso em 1906, além de estudar como bolsista na Alemanha. Importante salientar que foi exigido de Kelsen sua conversão ao cristianismo para ser aceito como docente na Universidade de Viena, surgindo mais tarde forte rivalidade entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

No ano de 1917, Hans Kelsen é convocado como assessor jurídico no Ministério da Guerra, partindo no ano de 1918 para colaborar na elaboração da nova constituição austríaca. Neste período já haviam sido estabelecidas as animosidades entre Kelsen e Carl Schmitt, o primeiro Judeu, o segundo um renomado jurista, filósofo e político alemão alinhado com os ideais nazistas.

Kelsen buscou desenvolver uma teoria pura do Direito, ou seja, “purificada” de ciências estranhas, tais como a moral, a Sociologia e a Psicologia, direcionando-se a uma pureza normativa, livre de ideologia política e dos elementos da ciência natural, buscando-se exatidão e objetividade na sua aplicação (COELHO, Fábio Ulhoa, 2005).

## **POSITIVISMO E PUREZA RACIAL**

Neste contexto histórico, é válido indagar o quanto do positivismo kelseniano converge para as posturas adotadas pelo regime



Nazista nos períodos supra indicados e, se tal modelo normativo poderia funcionar como legitimador de práticas que atacam e alijam frontalmente os direitos humanos, tanto neste recorte histórico específico, como contemporâneo.

Não é custoso lembrar que Hans Kelsen é o maior representante dessa doutrina na área jurídica, cabendo ao Estado, através de leis específicas, ditar a norma em si mesmo considerada, com aplicação e exatidão semelhante à matemática, isto em razão da necessidade de, sob este prisma, o Direito ser reconhecido como norma e não como valor transcendente.

É válido também lembrar que o autor tinha inclinação às ciências exatas e gostava de Matemática, o que influenciou o modelo de sistema normativo por ele idealizado.

É, porém, interessante notar que o jurista buscou desenvolver a concepção de pureza aplicada ao Direito, ou seja, uma Teoria Pura, segregando outros elementos supostamente estranhos a tais estudos. O fato de o pensador ter sido bolsista na Alemanha e se desenvolvido como autor e estudioso no país que marcou a História ao aplicar os ideais de pureza racial, assinala uma preocupação de apurar, perlarvar ou purgar algo, de forma semelhante ao que pretendiam os nazistas no campo genético.

## **DAS CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN**

Há quem argumente que a associação realizada entre o positivismo jurídico ao nacional socialismo seria equivocada, reduzindo-se a mera falácia. Seria a obra de Kelsen aviltada quando colocada como legitimadora do Nazismo, vez que através do prisma do autor não haveria como conceber uma norma em conformidade com a justiça, pois esta há de variar em diferentes grupos e em conformidade com os interesses defendidos por cada sociedade. Assim, existiriam apenas normas válidas ou inválidas.

Em que pese a genialidade do autor, ao buscar produzir uma teoria jurídica amparada em uma metodologia, de maneira que a ciência

jurídica tenha objeto próprio, possibilitando ao operador do direito autonomia científica, é fato que criou uma luva que cabe na mão de qualquer mestre e assim o fez imbuído do desejo de delimitar o campo de abrangência do Direito.

Portanto, é estritamente técnico e desprovido de valores, opõe-se, ainda, ao Direito Natural. Buscou o exímio pensador uma base universal, estruturável em qualquer lugar, residindo este traço no dever ser.

Se é possível indicar alguma falha no pensamento de Kelsen, de pungente e matemática precisão, a análise histórica/ técnica do regime nazista, revela claramente que a natureza humana significa complicações para uma ciência do direito meramente formalista. Em outros termos, em se tratando de indivíduos, normas de conteúdo valorativos são falhas, vez que suscitam problemas sociais diversos quando confrontadas com a realidade humana, naturalmente assinalada por contradições e imperfeições.

## APÓS A SEGUNDA GUERRA, UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Após a 2ª Guerra Mundial, surge uma Nova Ordem Constitucional, indicativo do processo de reconstitucionalização da Europa. Situa-se no decorrer da segunda metade do século XX, reestabelecendo a influência do Direito Constitucional no mundo contemporâneo. A junção de ideias de democracia e constitucionalismo atende por diferentes nomenclaturas, tais como Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático, dentre outras.

É de relevo informar que este movimento tem por base os Direitos Humanos na interpretação das normas jurídicas, característico das Cartas Políticas Democráticas, encontrando ponto de equilíbrio na dignidade da pessoa humana e no Direito Natural.

A Carta das Nações Unidas desempenhou importante papel em 1945, no pós Segunda Guerra, facilitando a concretização dessas prer-

rogativas. Tal marco assevera que os direitos se solidificam com o avançar da História, inclusive pelas experiências de erros e acertos.

No Brasil, a modernização do direito constitucional se deu com a CRFB/88, após um longo período de ditadura militar, quando surgiu num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais.

Assim, a Carta Magna de 1988 propiciou estabilidade na república brasileira e se caracteriza por sua boa técnica, pois foi criada através de prévia discussão, cumprindo as etapas devidas para sua elaboração e promulgação, além de possibilitar a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário ao democrático.

Em síntese, o objetivo do neoconstitucionalismo é refundar o direito constitucional baseando-se em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, permitindo o surgimento de um estado constitucional ancorado nos Direitos Humanos.

## CONCLUSÃO

Ao argumento da prevalência da técnica jurídica, não se justifica que o direito se torne o verdugo da sociedade, vez que o legalismo extremo pode servir como desculpa para práticas monstruosas, dando-lhes legitimidade.

Direito e sociedade caminham juntos, são realidades entrecruzadas, amalgamadas e provenientes de experiências e observações.

Quando, porém, reduz qualquer sistema social e o subverte a um ideal de dominação, originando perversões e permitindo ao Estado destruir as várias dimensões do ser humano, sob a chancela da norma, há, pois, uma anomalia, o que poderá também resultar numa anomia.

Por óbvio, o justo é uma indagação filosófica, trata-se de valor transcendente. E nos bancos das faculdades é ensinado ao estudante que Direito e Justiça são ideias distintas. Ao se buscar o Judiciário e

aos Tribunais o que desejam então os indivíduos, senão ver sua aspiração de justiça alcançada? O que leva o cidadão comum a peticionar aos órgãos públicos e ao Judiciário? Há inexoravelmente uma expectativa, em que pese haver distinções entre o Direito e o equânime, do contrário criaríamos um ambiente meramente protocolar, engessado, burocrático e possivelmente perigoso.

Faz-se, porém, uma pergunta que ecoa nos corações e mentes, qual seja, será possível gerar um ordenamento jurídico perfeito? Ao que responderemos às sombras de Kelsen ser impossível geometrizar o ordenamento, perfeição esta inalcançável e não materializável em um legalismo extremado.

Não é possível conceber o Direito tal qual uma ciência exata, perfeição esta que nunca será alcançada. Aliás, não se deve olvidar que os ideais de perfeição e pureza estavam perfeitamente alinhados com a concepção nazista de mundo.

Ao contrário, o ordenamento jurídico precisa de certa flexibilidade e esteio nos direitos humanos.

Neste vértice, é evidente que o neoconstitucionalismo opõe-se ao positivismo de Kelsen e se revela como o caminho para um direito justo, opondo-se ao caráter valorativo que permitiria o surgimento de concepções menos preocupadas com os direitos humanos.

O período localizado após a Segunda Guerra Mundial demonstra claramente o ressurgimento do jusnaturalismo, o qual passou a ser clamado pelos jurisconsultos e pelas nações com maior ânimo, certamente em contraponto ao período sombrio que ficou para trás ao término do regime totalitário nazista.

Por tais razões é que se deve indagar se o Direito, mesmo quando injusto, deverá ser considerado válido. Se é verdade que o jusnaturalismo puro não oferece segurança jurídica, o mesmo haverá de ser dito do positivismo jurídico puro. Há, portanto, que se encontrar equilíbrio entre os dois pontos.

A Ciência do Direito na proposta de Kelsen apresenta um duplo aspecto, podendo ser usada de forma abusiva e perversa, servindo ao

extermínio de grupos étnicos, bem como a serviço da humanidade. Por tal motivo, há que se buscar um complemento para a visão de suposta neutralidade apresentado no sistema de pensamento do primoroso jurista ou, alternativamente, outro que lhe sirva como contraponto. Dito isto, crê-se que qualquer ordenamento jurídico deverá ter em mira os Direitos Humanos como esteio, em qualquer hipótese, vez que estes equivalem a uma grande conquista.

## REFERÊNCIAS

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen - Prólogo Técnico de Sampaio Ferraz Jr.* São Paulo: Saraiva, 2001.

BLACK, Jonathan. *A História Secreta do Mundo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

QUINO, Rubim Santos Leão de. *História das Sociedades: Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais*. Rio de Janeiro: Editora ao Livro Técnico, 1995.

ENCYCLOPEDIA, Holocaust. *Vítimas do período Nazista: Ideologia Racial Nazista*. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/victims-of-the-nazi-era-nazi-racial-ideology>. Acesso em 18, set.2018.

TODA MATÉRIA. *República de Weimar*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/republica-de-weimar/>. Acesso em 15, set.2018.

Brasil Escola. <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/bombas-atomicas-hiroshima-nagasaki.htm>

História do Mundo-<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/hiroshima-e-nagasaki-bombas-e-terror.htm> Brasil Escola- <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/bombas-atomicas-hiroshima-nagasaki.htm>

Info Escola Navegando  
<https://www.infoescola.com/historia/nazismo/>

Ciência Hoje, A Equação e a Bomba Atômica.  
<http://cienciahoje.org.br/coluna/a-equacao-e-a-bomba-atomica/>

Infoescola- Navegando e Aprendendo. Nazismo, por Luíza Rita Cardozo. <https://www.infoescola.com/historia/nazismo/>

O Arquivo A. Web Artigo. A Sociedade Thule.  
<https://www.oarquivo.com.br/temas-polemicos/religiao-cultos-e-outros/612-a-sociedade-thule.html>

Justificando. Mentas Inquietas Pensam Direito. Artigo Bruno Torrano. Web Artigo. <http://www.justificando.com/2014/12/14/o-positivismo-juridico-legitimou-o-nazismo/>

Aspectos Teóricos do movimento neoconstitucional. Emílio Guítierrez Sobrinho. <https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional>

**Carta das Nações Unidas.**  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)

# RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SOCIEDADE: Núcleo de Prática Jurídica como estímulo da autonomia por meio da mediação comunitária e alternativa à judicialização

**ALVAREZ, Antón Lois Fernandez**

*Doutor em Direito, Universidade de Vigo, Professor Visitante UFF, alfa@uvigo.es*

**ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas**

*Mestre em Direito, UFF, fernandafs@sempre.facig.edu.br*

**ANTUNES, Rosana Maria de Moraes e Silva**

*Mestre em Direito, UFF, rosanadvogada@gmail.com*

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade de incentivar a autonomia social na busca da resolução de conflitos e a conseqüente desjudicialização através dos núcleos de prática jurídica. Para tanto, serão investigados os fundamentos que entremeiam a mediação, assim como a necessidade de uma mudança de paradigma na formação profissional, mais adequada e pertinente a nova sistemática processualística brasileira, com fundamentados na ética, na moralidade e na justiça. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa e do método fenomenológico-hermenêutico, o presente estudo com fundamento nas proposições idealizadas por Habermas (1989) do agir comunicativo, trará a proposta de uma educação fundamentada em um discurso argumentativo para promover o entendimento consensual em sociedade como meio efetivo de pacificação social.

**Palavras-chave:** Resolução de conflito; mediação comunitária; desjudicialização.

## INTRODUÇÃO

A pessoa humana, como um ser naturalmente social, experimenta conflitos que são inerentes às relações sociais, necessitando do ordenamento jurídico e de preceitos éticos e morais para permear suas condutas na busca pela paz social. Acontece que boa parte dos conflitos judicializados poderiam ser resolvidos pela autocomposição, a partir da autonomia dos indivíduos e não com base numa heteronomia paternalista autoritária estatal, que torna, pela força coativa, os homens seres pacíficos, acomodados, incapazes de decidir com autonomia e liberdade.

A grande dificuldade da resolução dos conflitos pela autocomposição tem como fonte diversos fatores sociais, como a mutabilidade, a inconstância comportamental, a superficialidade e a fragilidade das relações sociais contemporâneas, ávidas pela rapidez, preferindo delegar os problemas pessoais ao Estado que possui, na atual sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a última palavra (coisa julgada), sendo obrigado a se manifestar no caso concreto quando legalmente e oportunamente provocado.

Doutro lado, a resolução dos conflitos pela heteronomia por meio de sentença judicial, pode dificultar o próprio direito fundamental do acesso à justiça que, na atual sistemática brasileira, possui um Poder Judiciário cada vez mais inchado, burocrático, oneroso e moroso, de maneira que o objeto do conflito a ser discutido, muitas vezes, se perde e a prestação jurisdicional se torna ineficaz.

Para Habermas (1989) o projeto da modernidade encontra-se em construção e propõe um resgate de modernidade por meio de um agir comunicativo para formar um indivíduo mais autônomo e preservador da identidade abrangente aos grupos sociais. Para o filósofo, a razão prático-moral é um ideal que visa a liberdade e a justiça, desenvolvendo no sujeito habilidades para decidir por si mesmo e se tornar



autônomo sem qualquer impedimento. Livre de dominação, desenvolvendo a consciência moral dos indivíduos na sociedade moderna.

Insta esclarecer que o próprio Código de Processo Civil atual traz como sistemática o incentivo da resolução consensual do litígio pela autocomposição, tornando-se inevitável uma mudança comportamental inclusive pelo profissional do direito.

Assim, nesse novo cenário brasileiro, exige-se a necessidade de uma mudança de paradigma do profissional do direito, sendo elementar que essa mudança ocorra em sua formação profissional, tendo o núcleo de prática jurídica função primordial na mudança comportamental do estudante de direito em sua formação prática, que deve estar em sintonia com a moderna sistemática legal (lei de mediação, lei de arbitragem, o CPC/2015, dentre outras).

Nesse sentido, o presente trabalho versa sobre a necessidade do incentivo da autonomia social na busca da resolução de conflitos e desjudicialização das relações sociais, utilizando-se como instrumento de fomento os núcleos de prática jurídica das instituições educacionais, tendo como objetivo analisar os fundamentos que permeiam a mediação, e a necessidade de uma formação profissional adequada e alinhada a nova sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de elementos fulcrados na ética, na moralidade e na justiça, utilizando-se como referencial teórico o agir comunicativo nas ideias permeadas por Habermas (1989), pois ele propõe um discurso argumentativo para promover o entendimento consensual.

Neste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade da mudança de paradigma dos educandos do curso de direito, como importantes atores futuros no cenário social e jurídico, tendo os núcleos de prática jurídica dos centros educacionais um grande papel, tanto como um laboratório de prática na formação desses futuros profissionais, como meio eficaz de resolução de conflitos na atual sistemática, o

qual encontra seu cerne na seguinte questão: em que medida os núcleos de prática jurídica possuem papel transformador na nova sistemática legal de mediação comunitária como meio efetivo de formação e busca da autonomia social na resolução de seus conflitos em contraponto à judicialização das relações sociais?

Para tanto, a reflexão discursiva desse trabalho servir-se-á, sobre a base de uma pesquisa bibliográfica apropriada, do método fenomenológico-hermenêutico, eis que, para esse estudo, a análise do fenômeno é essencial para o desvelamento da realidade, sopesando o direito positivo, a luz da nova sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, refletindo sobre as concepções nas formas de resolução de conflitos autônomas através da educação e da prática educacional do profissional do direito, como meio efetivo de pacificação social.

## **O AGIR COMUNICATIVO E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELO CONSENSO**

A teoria da ação comunicativa habermasiana é um princípio-teoria da comunidade que deve servir como uma base para a crítica social. (HABERMAS, 1999, p.9). Tem como finalidade uma racionalidade que deve englobar a complexidade social e destacar a noção de racionalidade, não devendo ser apresentada na forma empírica ou descritiva, mas de forma prescritiva, vez que se desempenha pela deliberação, pela crítica e pela argumentação.

Nesse sentido, Habermas (1989) desenvolve dois caminhos a serem conduzidos: o do sistema, dedicado à pragmática universal e à confrontação com algumas discussões sobre as teorias da linguagem e da ação; e, o do mundo da vida e seus paradigmas, em que o teórico não coloca apenas o que faz parte do contexto do sujeito comunicativo, mas acumularia todo um trabalho interpretativo cujas gerações passa-

das fizeram, para ser o contrapeso conservador contra o risco de desentendimento que comporta todo processo de entendimento vigente (HABERMAS, 2001, p. 104). Assim, o teórico desenvolve formas de compreender a modernidade como um processo com elementos que devem ser resgatados.

O mundo da vida desenvolvido por Habermas (1989) pode ser representado por um palco em que os atores comunitários desenvolvem o seu papel na sociedade, podendo ser observado como um mundo objetivo, social e subjetivo.

O mundo objetivo, nesse sentido, seria um local em que as entidades se reuniram para desenvolver e enunciados verdadeiros, que segundo o filósofo, seria a prática da linguagem, especialmente no uso de termos singulares, que faz com que os sujeitos tenham suposições pragmáticas com objetivos comuns de mundo (HABERMAS, 1989, p. 39-40). Dessa forma, esse sistema referencial é construído sobre uma linguagem que faz parte da natureza humana, assegurando que qualquer um possa reproduzir o ato da fala e antecipar formalmente os possíveis temas e objetos norteadores.

Já o mundo subjetivo é determinado por um formato mais negativo, que engloba todas as experiências de vida que um sujeito poderia fazer, no seu modo de expressão. Assim, o “eu” são colocados em primeira pessoa, quando desejaria deixar de lado algo próprio na frente de uma plateia. Tudo que existe, está no mundo subjetivo, mas nem chega a se apresentar para o mundo objetivo, nem valeria para no mundo do social ou encontraria algum reconhecimento de intersubjetividade (HABERMAS, 2002, p. 63). Dessa forma, o mundo subjetivo seria o total de vivências pessoais do interlocutor que ele guarda para si mesmo e acessaria quando desejasse (HABERMAS, 1999, p. 144).

O mundo social, por sua vez, é a reunião de todas as relações entre as pessoas devidamente reguladas e o mundo subjetivo. Assim,

quando os sujeitos que utilizam a linguagem e a ação vivem em um mundo compartilhado, possuem a capacidade de se relacionar nesse mundo objetivo através do consenso, vez que precisam, por si mesmos e com a concordância dos outros, sair de um ponto de partida pragmático, (HABERMAS, 1989, p. 39).

Nessa esteira, para Habermas (HABERMAS, 2001, p. 499) o que seria uma das bases da legitimação da sua teoria da ação como também da teoria dos sistemas é o consenso comunitário, uma vez que, para existir uma organização social deve ser estabelecido um consenso de regras e normas garantidas pela tradição. (HABERMAS, 2000, p. 379). Quando acontece um consenso ou um acordo a comunicação se volta a compreensão entre as partes, para que haja um entendimento dos seus objetivos em um ponto comum. Pizzi (1994) assevera que:

O acordo comunicativo não nega a racionalidade cientificista, porém a proposta coloca como condição básica do saber uma fundamentação que transcende a projeção feita unicamente com vistas à autorrealização do indivíduo em si. O consenso torna-se, portanto, a base das proposições e normas que emergem dos acordos linguísticos à medida que pressupõe um modelo argumentativo que interliga a comunidade real com a comunidade ideal de comunicação[...] (PIZZI,1994, p.34)

Assim, o risco da não existência de um consenso existe e poderia ser compensado pelo Direito Habermas (1990, p. 85) faz uma reflexão sobre o risco do dissenso que se alimenta de experiências novas que não seriam rotineiras, que desencadeariam surpresas contra o modo costumeiro de pensar sobre algum assunto e seriam sempre novas experiências que seriam um contraponto à confiança (HABERMAS, 1990, p. 85).

Dessa forma, as várias formas de exercer a comunicação não garantem uma nenhuma verdade absoluta, mas o reconhecimento do valor da racionalidade. Importante salientar que o mundo da vida dos

integrantes de uma comunidade pode mudar e, com isso, pode desencadear o desacordo. Porém, se buscam construir uma convivência melhor devem buscar a reconstrução do mundo do conflito em si através do diálogo que o caminho da mediação permite.

Vale neste momento colacionar a diferença de acordo e consenso delineada por Hansen (2011), que segundo o autor, quando há um acordo, ele é resultado de aceite pelas partes como uma situação melhor possível em um determinado cenário. Há uma construção a partir de um discurso de negociação, onde preponderante mente a racionalidade é a estratégica. Já o consenso, a preponderância, da racionalidade comunicativa, que tem como resultado a reconhecimento do outro, no processo de busca da solução de conflitos (HANSEN, 2011, p.04). O autor assevera que as ações advindas do consenso, poderá proporcionar benefícios e consequências futuras de superação de questões que se apresentava com de difícil solução:

[...] quando falamos em acordo, devemos compreender que o resultado é aceito pelas partes como o melhor possível num dado momento. Mas as partes ingressaram com interesses privados e não abrem mãos dos mesmos em momento algum, nem tampouco são convencidos de que o interesse do outro possa ter mais pertinente, com base no melhor argumento que este apresente. Constroem, isso sim, discurso de negociação, onde a racionalidade prepondera é a estratégica. Deste modo, o acordo surge não como fruto do amadurecimento do relacionamento eu-outro, e do entendimento de que o outro também tem razões a serem consideradas, mas como resultado da necessidade de se chegar a uma solução que seja a “menos pior” para o sujeito (eu). O consenso, por sua vez, pressupõem a construção de discurso nos quais haja a preponderância da racionalidade comunicativa, de sorte que o sujeito pode ingressar com determinadas convicções interesses, mas ao ouvir os argumentos do outro durante o processo de busca da solução de conflitos, pode se convencido dos mesmos e assumir também como seus os interesses postulado pelo outro. (HANSEN, 2011, p 04.)

Ainda, segundo Hansen (2011), nas relações humanas, o consenso é o meio que se apresenta como uma meta a ser alcançada, exigindo um esforço permanente para construí-lo, necessitando de conjugações de propósitos, postura e procedimentos dando maior relevância o entendimento mútuo (HANSEN, 2011, p 04).

É importante, ressaltar que a mediação chega no nosso ordenamento jurídico trazendo para a prática profissional uma mudança de paradigma, distanciando-nos de um sistema que há muito estimulava a judicialização de conflitos como única e possível porta para alcançarmos a pacificação de disputas.

Por isso, o grande desafio da contemporaneidade é o redimensionamento do acesso à justiça, por meio de métodos efetivos, admitindo-se expressamente todas as vantagens da mediação, porque as soluções havidas pela mediação são produzidas com respeito à diversidade, em detrimento da adversidade.

## **A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

À mediação, como meio de resolução de conflitos, foi regulamentada pela Lei n. 13.140 de 2015. Trata-se de uma técnica de resolução pacífica de conflitos, onde um terceiro (mediador) serve como intermediador do diálogo entre as partes, tendo como objetivo restabelecer os descensos entre as mesmas. Destaca-se a primazia da confiança depositada pelas partes no mediador.

Nesse sentido, o mediador não apresenta uma solução já pronta e acabada, pelo contrário, através do estímulo do diálogo entre as partes, auxilia as mesmas a encontrarem, construírem a melhor solução para o conflito apresentado através da autonomia das mesmas.

A mediação é, pois, um mecanismo não adversarial em que um terceiro imparcial, que não tem poder sobre as partes, ajuda para que em forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito. O mediador induz as partes a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explorar fórmulas de ajuste que transcendam o nível da disputa, produzindo uma visão produtiva para ambas. Mediação é um termo utilizado para descrever um conjunto de práticas elaboradas para ajudar as partes na controvérsia, caracterizando-se pela participação de um terceiro imparcial, que ajuda as partes a comunicarem-se e a realizar escolhas voluntárias em um esforço para resolver o conflito (CALMON, 2015, p. 112).

Assim, o importante para a convivência e a paz social é a transmutação do conflito em entendimento e, a mediação, a partir do consenso traz a possibilidade de ganhos para ambas as partes, possibilitando um relacionamento duradouro entre as mesmas (MARTINELLI; ALMEIDA, 1997, p. 29).

Não obstante, é importante destacar que já há algum tempo existe certo descontentamento com a via judicial como única porta para a resolução de conflitos: seja pela morosidade, seja pelo dissabor que uma ou outra parte, ou muitas vezes ambas experimentadas. Dessa forma, é possível asseverar que diante a complexidade da sociedade contemporânea:

não é difícil perceber que o monopólio da Justiça pelo poder Judiciário está em crise e necessita de reformas urgentes para suportar o aumento da demanda, bem como para conseguir dar efetividade ao princípio do acesso à Justiça a todos os cidadãos, sem distinção. Diante dos problemas que essa função de poder do Estado enfrenta constata-se que a mesma não possui condições de atingir resultados que visa a alcançar, ou seja, a composição e a manutenção da paz social (MARASCA, 2007, p. 55).

Dessa forma, em meio aos problemas sentidos na judicialização dos conflitos, a mediação se torna um meio eficaz de pacificação

social, capaz de simplificar, racionalizar e conceber uma Justiça acessível e participativa.

Nesse diapasão, “quando aprendemos algo novo sobre o mundo e sobre nós enquanto seres do mundo, o conteúdo da nossa autocompreensão se modifica” (HABERMAS, 2004, p. 141). A sociedade necessita da educação como forma de atingir a consciência que o acesso à Justiça não está apenas fulcrado na busca da tutela pelo poder judiciário, mas que, primeiramente, os litigantes precisam aprender a buscar uma solução pacífica e autocompositiva de seus conflitos.

Sem dúvidas, a alma da mediação consiste na busca do equilíbrio dos sentimentos e desejos conflitantes, para promover alterações significativas no modo de pacificar conflitos com base no reconhecimento do outro refletindo em uma participação democrática das partes. Revelando, ainda, maior maturidade e capacidade da sociedade em lidar com seus problemas.

Os procedimentos que através de um agir comunicativo restabelecem o diálogo das partes do processo permite a internalização e reprodução de valores socialmente aceitáveis, diminuindo as tensões entre a facticidade do mundo da vida e a legitimidade das normas impostas que por vezes, provocar um distanciamento indesejável dos ideais de justiça. Nesse sentido, Hansen (2011):

As discussões, então, se deslocam da esfera do que é o justo para a ótica da escolha de meios mais eficazes de dizer, de forma célebre, o que é o direito a cada indivíduo. A preocupação passa a ser a cessação do conflito de interesse com uma resposta definitiva aos jurisdicionados, de modo que a estes não reste outra conduta, senão submeter-se à decisão estatal. Quanto à harmonia coletiva que foi rompida quando a relação social, de algum modo, foi abalada pela frustração de expectativas recíprocas, pelo descumprimento de promessas, pela ruptura da confiança e da credibilidade, pela mágoa, etc., esta nem sequer é foco da resolução do conflito. Esvazia-se e perde-se, pois, o sentido dos instrumentos



de resolução de conflitos que brotaram do mundo da vida, ao engessá-los e burocratizá-los, os converteu em mais um dentre outros ferramentais de operação do Estado em sua função jurisdicional. Mister se revela, pois, que haja um resgate dos mecanismos de superação de conflitos naquilo que eles carregam de potencial emancipatório: o resgate, mediante discursos, dos elementos do tecido social que foram abalados quando a ação comunicativa foi soçobrada pelo conflito. (HANSEN, 2011, p 110).

Deste diapasão, a cultura da judicialização, ou seja, a cultura da submissão imediata ao Poder Judiciário, deve ser modificada, para uma cultura voltada para o consenso, da autocomposição e das decisões dialogadas. Assim, reconhece-se que o ambiente acadêmico, por meio de seus núcleos de práticas jurídicas, pode contribuir para tal objetivo.

Nessa toada, mostra-se urgente uma mudança de paradigma da sociedade, com o resgate da cultura do diálogo, uma vez que a sociedade contemporânea experimenta uma realidade cada vez mais agitada e individualista, que não vem permitindo a comunicação e consequentemente o entendimento e o consenso.

## **A IMPORTÂNCIA NA FORMAÇÃO PROFISSIONAL DA ÁREA JURÍDICA NAS NOVAS FORMAS DE TRATAR O CONFLITO**

Segundo Hansen (2011), “a espécie humana se organizou e conseguiu sobreviver ao longo do tempo graças à sua capacidade racional e ao seu ímpeto gregário. Nós sobrevivemos porque somos capazes de conviver com, de conviver” (HANSEN, 2011, p.10)

O conviver exigiu a criação de intuições, que são conhecidas e através delas são construídos os aprendizados, de forma criar identidades e descobrir os limites. (HANSEN, 2011, p.10). As universidades são exemplos de intuições que quando inseridos os sujeitos, trazem grande repercussão a nossa existência. Por isso que instituições, como

as Universidades, possuem uma alta responsabilidade da formação de uma sociedade como todo.

Assim, a universidade é o ambiente de aprendizado e capacitação de seus alunos, mas não se limita apenas a isso. A Universidade tem como objetivo maior; a realização de um bem social que é a educação. É um espaço privilegiado é decisivo para a construção educação. (HANSEN, 2011, p.12).

É preciso ressaltar que estes são ambientes formados por múltiplas faces, possível de aferição objetiva de currículos, normas, termos de uso, entre outros, específicos e importantes para o ensino superior, contudo não é desenhado para promover a interação entre os que lá frequentam conflitos, nem mesmo lidar com os conflitos cotidianos fora dos ambiente institucional.

Nesse ponto, vale ressaltar a importância da formação do profissional da carreira jurídica, uma vez que aos advogados no Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 133, estipula que: “O advogado é indispensável à administração da justiça” (BRASIL, CF, 1988), determinando a sua indispensabilidade porque cumpre uma função essencial à concretização da Justiça, conceito que vai bem além da simples judicialização.

O conhecimento construído no âmbito de uma universidade pública ou privada, sobretudo no curso de Direito, quanto a política de solução de conflitos e acesso à justiça, se torna ainda mais relevante, porque está presente um desafio maior que é promover a efetiva conversão do conhecimento gerado nesse ambiente, em benefícios para a sociedade, na busca da efetiva pacificação social.

É comum, inclusive, que estudantes do curso de Direito não se reconheçam como potenciais agentes de pacificação de conflitos de forma autônoma, uma vez que, em muitos centros universitários, estão

sendo educados (treinados), para litigar, ignorando assim, outros meios de pacificação social que por vezes se apresentar até mais adequados, como é o caso dos meios autocompositivos.

Nos cursos de Direito, quatro, por vezes até seis períodos são dedicados ao estudo do direito processual civil, com ensinamentos de práticas jurídicas contenciosas, a serem empregados a fim de defender com veemência, os direitos dos clientes. O ensino jurídico no Brasil é por tradição conservador, voltado às práticas litigiosas e adversárias, não se levando em consideração o contexto social, mas sim um dogmatismo normativista. Leite (2013) chama a atenção para a formação dos advogados no Brasil.

No que tange à formação acadêmica, é sabido que o ensino jurídico no Brasil ainda se volta predominantemente à litigiosidade, alimentando os anseios de uma sociedade também beligerante, que prioriza a solução estatal dos seus conflitos, e para quem o “brilhante advogado” ainda é aquele que se destaca pela combatividade e eloquência na defesa de suas posições e no ataque às teses da parte contrária. (LEITE, 2013, p. 33).

Neste cenário acima apontado, a prática acadêmica nos Núcleos de Práticas das Universidades (NPJ), não foge a este tradicional modelo adversarial de resolução de conflitos, o que perpetua a lógica jurídica litigiosa.

Os desafios vivenciados pelos profissionais de direito frente o novo sistema de composição resolução de conflitos surgem desde a sua formação. Ainda na faculdade, o educando deveria ter contato com os métodos autocompositivos, entender seus benefícios e suas técnicas. Entretanto, isso não acontece na maioria das universidades, tanto em sala de aula, quanto nos núcleos de prática jurídica das faculdades, que via de regra, predomina a cultura do litígio.

Felizmente, esse cenário está mudando, a partir de novos dispositivos legais e com a criação de políticas pacificadoras para trata-

mento de conflitos, tem-se levado a pensar em uma nova cultura jurídica voltada para o consenso. Exemplo disso é a presença da mediação do novo Código de Processo Civil. Percebe-se com isso, a imediata necessidade de inserção de disciplinas na grade curricular das Universidades, que contenham práticas colaborativas, o que confirmará a nova tendência de resolução de conflitos dialogados e colaborativos.

Nesse sentido, é preciso que o ensino jurídico contemporâneo, não fique circunscrito apenas ao direito tradicional já institucionalizado, mas sim o direito voltado ao consenso ao acesso e a realização da justiça. Dessa forma, faz-se imperioso implementar práticas jurídicas colaborativas e difundir entre os educandos e a população local a importância da mediação de conflitos aproximando os sujeitos envolvidos na cultura do diálogo e da paz social, demonstrando a efetividade dos meios consensuais para o efetivo acesso à justiça e aos direitos no sentido amplo, sendo essa uma necessidade da contemporaneidade.

Assim, descontextualização, dogmatismo e unidisciplinaridade do ensino jurídico nos parece página virada. O Direito não se refere à aceitação do ordenamento jurídico como fonte única de produção de normas, não é mais possível negar, desse modo, o pluralismo jurídico, que, por outro lado, reconhece o Direito do Estado como fonte central das leis, mas observa também a produção de normas de conduta resultantes de interação do meio social e, ainda, a interação dessas normas com a legislação posta.

Da mesma forma que um ensino dogmático, em que as leis são vistas como algo pronto e acabado que não deve ser contestado, mas apenas interpretado e aplicado, já enfrenta questionamentos, no sentido que se determinada lei, como posta no ordenamento jurídico, é capaz de atingir seus objetivos de maneira eficiente? Ou existem outros meios que podem potencializar a solução de conflitos de forma mais efetiva e harmoniosa?

Com relação à unidisciplinaridade à fragmentação do conhecimento jurídico, há muito contestada, ou seja, que ela não se comunica com outras áreas do conhecimento, e, na forma como é ensinado, o Direito por meio de disciplinas isolada e estanques, transmitindo a ideia de que é possível compreender uma delas sem que haja uma ligação com as demais áreas é igualmente página virada. As diversas áreas do conhecimento se interacionam e dessa relação específica emerge um conteúdo completamente novo e efetivo na busca da resolução de conflitos e da própria integridade do ordenamento jurídico como um todo.

É justamente nesse cenário que o estágio supervisionado nos Núcleos de prática jurídica se inserem, qual seja, na necessidade da prática efetiva da mediação, posto que é um componente curricular indispensável à consolidação do desempenho de um bom profissional. Por isso, a prática da mediação é de extrema importância no Núcleo de Prática Jurídica, e deve ser tratada com máxima seriedade, ou melhor como uma das prioridades.

Isso porque a formação prática é de inarredável relevância para diminuir a distância entre as teorias dos bancos escolares e a vida de um profissional, devendo, segundo as diretrizes do MEC, a mediação fazer parte do componente curricular de cada instituição, vez que, na atualidade deve contemplar os meios consensuais como forma de solução de conflitos, inclusive em seus planos pedagógicos.

Por fim, vale ressaltar a responsabilidade social do profissional do Direito. Não se trata apenas de entregar ao mundo bons profissionais que litigam com bravura extrema técnica e conhecimento da letra das leis, há que se construir um profissional, ciente de seu papel social. Inculcar nos educandos uma formação ética e responsabilidade é

uma tarefa diária das Universidades. É mais que uma missão institucional, é trazer à sociedade verdadeira democracia do Estado de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das pesquisas e estudos realizados, constatou-se a necessidade de mudança de paradigmas nas soluções dos conflitos, especialmente em decorrência das novas leis que entraram em vigor, como por exemplo, novo Código de Processo Civil e a lei de Mediação, que estimulam as soluções consensuais dos conflitos, incentivando o consenso, desmontando a cultura do litígio.

Constatou-se, ainda, que as formas consensuais de resolução de conflitos vão ao encontro das necessidades da sociedade moderna. Necessitando da desconstrução de conflitos e restabelecendo a convivência harmônica entre as partes. Na esteira do discurso de Habermas (1989), as sessões de mediação desenvolvidas no Núcleo de Prática trazem uma formação acadêmica mais voltada para as pacificações consensuais de conflitos.

Nessa conjuntura, conclui-se que o advogado assume um novo papel na pacificação dos conflitos. Ele deve saber se comportar como um verdadeiro facilitador de diálogo entre as partes, a fim de que elas cheguem a solução de seus conflitos de forma mais satisfatória possível para ambas as partes.

Essa nova forma de atuação dos advogados só será alcançada a partir da reformulação do ensino jurídico, onde os educandos vivenciem, na prática, novas formas de solucionar conflitos, contudo, esse objetivo não será alcançado de imediato, será de forma gradual à medida que a cultura do litígio também perde espaço na sociedade.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

GORCZEWSKI, Clovis. *Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multi-cultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução: Karina Jannini. Revisão da tradução: Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. v.1. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2000. v.1 p. 379.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 5.ed. Madrid: Taurus, 2001. V.1 e v.2.

HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana*. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. (Orgs.). *Direito e Filosofia diálogos*. Campinas: Millennium, 2012b. p. 99-120.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2001. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1986.

KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia*. Trad. Francisco Cock Fontanel-la. 2 Ed. Piracicaba: Editora Unimep, 1999.

LEITE, Eunice. A atividade advocatícia na Justiça Conciliativa. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP Nº 13*. São Paulo.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. *Negociação: Como transformar confronto em cooperação*. São Paulo: Atlas, 1997.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade Orfã"*. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Revista Novos Estudos*. n. 58. São Paulo: CEBRAP, 2000.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino jurídico: uma abordagem políticoeducacional*. São Paulo: Edicamp, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a "jurisconstrução"*. *Revista Sequencia*, nº 55, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Uma Relação a Três: O Papel Político e Sociológico do Terceiro no Tratamento dos Conflitos*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, no 2, 2016, pp. 553 a 583



**SAÚDE PÚBLICA, MEIO AMBIENTE E  
SANEAMENTO BÁSICO NO EMBATE ENTRE  
MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO  
POSSÍVEL: uma análise do Recurso Especial nº  
1.366.337/RS**

**Dayane de Paula Baring**

*Graduanda em Direito na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, campus  
Instituto Multidisciplinar - Nova Iguaçu (IM-UFRRJ).  
dayanepbaring@gmail.com*

**Laura Magalhães de Andrade**

*Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e  
Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN-UFF).  
lauramagalhaes.adv@gmail.com*

**Resumo:** Este estudo analisa a proteção da saúde e do meio ambiente sob a perspectiva de que são indissociáveis do acesso ao saneamento básico, sendo todos elevados à categoria de direitos humanos fundamentais a partir da Constituição brasileira de 1988. Ademais, esta relação se coaduna com o movimento internacional de promoção da Agenda 2030 e, em particular, com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 3 e 6. Para tanto, adota o Recurso Especial nº 1.366.337/RS, originalmente uma Ação Civil Pública, como caso paradigmático da necessidade de tutela judicial em face de alegações estatais de escassez orçamentária (reserva do possível), que se contrapõem ao dever de garantia do mínimo existencial.

**Palavras-chave:** Saúde Pública; Saneamento básico; Reserva do possível; Mínimo existencial; Poder Judiciário.

## INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal de 1988, o meio ambiente, tutelado no artigo 225 como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, pode ser designado como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2013, p. 20). Ademais, sendo sua proteção, em parte, desdobramento do acesso ao saneamento, tem como pressuposto a prestação universalizada do abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e gerenciamento de resíduos sólidos, bem como drenagem e manejo de águas pluviais, serviços esses que integram o conceito de saneamento básico, de acordo com a Lei nº 11.445/07.

A partir dessa ideia inicial, o presente trabalho pressupõe que os direitos fundamentais elencados na Carta Magna são, conceitualmente, prerrogativas do sujeito que o permitem exigir do Estado e de particulares determinadas prestações positivas ou negativas, que são essenciais a que os indivíduos usufruam de uma vida digna e saudável e, portanto, indissociáveis dos conceitos supracitados de meio ambiente e saneamento básico.

Deve-se considerar, ainda, em que pese tais disposições constitucionais, mais de 100 milhões de brasileiros ainda não têm acesso à coleta de esgoto e apenas 44,92% dos esgotos do país são tratados, segundo dados do SNIS de 2016. A partir dessas constatações, pode-se relacionar tais estatísticas a algumas problemáticas ambientais e de saúde pública que afetam a população, como a poluição de rios, a falta de acesso à água potável e a alta incidência de doenças delas decorren-

tes, tais como leptospirose, diarreia e aquelas cujo transmissor é o mosquito *Aedes aegypti*: dengue, zika e chikungunya<sup>201</sup>.

Ademais, levando-se em consideração ser indispensável à garantia dos direitos fundamentais e ao mínimo (existencial) a uma vida digna, cabe ao gestor público administrar os recursos estatais de modo eficiente à garantia de acesso ao saneamento, não apenas como serviço público, mas como direito estritamente vinculado à igualdade, dignidade e liberdade do indivíduo. Ocorre, todavia, que nem sempre o Administrador cumpre essa obrigação, como será observado na controvérsia objeto do Recurso Especial (REsp) nº 1.366.337/RS, que foi adotado neste trabalho como caso paradigmático de necessidade de garantia do mínimo existencial, em contraposição à invocação de respeito à reserva do possível<sup>202</sup>.

Sobre o REsp 1.366.337/RS, foi um recurso julgado em 2015, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins e interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, em sede de Ação Civil Pública, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), objetivando a responsabilização do Município de São Jerônimo pelos danos causados ao meio ambiente e à saúde pública devido à precária infraestrutura de saneamento, além da imposição de uma obrigação de fazer referente à instalação de rede de tratamento de esgoto cloacal (doméstico), em face da inércia do Poder Público municipal em sanar a problemática local, que consistia na necessidade de encanamento, tratamento e destinação adequada dos esgotos que saiam de diversas residências do Município.

---

<sup>201</sup> Disponível, respectivamente, em: <<http://tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/esgoto>>; e em: <<http://tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/doencas/press-release.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>202</sup> A teoria afirma que a efetivação de direitos fundamentais depende da alocação de recursos financeiros.

O referido Recurso Especial possui a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Antes da interposição do Recurso Especial, o TJRS, embora reconhecesse o dever do Município na garantia do meio ambiente e do saneamento, manteve a sentença do juízo de primeiro grau, que havia dado provimento em parte ao pleito do Ministério Público (MP), para apenas condená-lo a prestar informações sobre as residências que estão conectadas ou não à rede de esgoto pluvial, negando o principal pedido ao órgão ministerial, que compreendia a condenação do ente municipal a apresentar um projeto técnico para a realização da política pública e a reservar os devidos valores na Lei Orçamentária municipal.

Havia o TJRS assentido com a sentença de primeira instância sob a alegação de que não caberia ao Judiciário interferir na esfera de atuação discricionária do Executivo<sup>203</sup>, no que se refere à execução de

---

<sup>203</sup> Uma das principais controvérsias do caso era a interpretação a ser atribuída ao art. 45 da Lei nº 11.445/2007 (Lei Federal do Saneamento Básico), o qual dispõe que, existindo rede coletora pública, os particulares são obrigados a conectar suas residências a ela, e que, na sua ausência, seriam admitidas soluções individuais não estatais para a problemática, desde que observadas as normas dos órgãos competentes. Havia o TJRS negado vigência a esse artigo, considerando que parte da poluição local era proveniente de condutas de particulares, sendo ato discricionário do Poder Público a escolha de prioridades na aplicação dos recursos financeiros, e não se podendo retirar do referido artigo uma obrigatoriedade do Município em disponibilizar a rede pública coletora. No Recurso Especial em questão, todavia, o STJ reconheceu que, uma vez comprovada a omissão infundada do Município na execução dessa política, a interpretação mais razoável ao dispositivo é aquela que lhe impõe o dever de implementar o sistema de esgotamento necessário e afasta, assim, a responsabilidade unicamente de particulares para a execução da obra de saneamento. A decisão também nega existência de ilimitada discricionariedade municipal em detrimento de direitos fundamentais, enfatizando que a “interpretação do art. 45 da Lei n. 11.445/2007 passa necessariamente pelos direitos sociais,

políticas públicas, principalmente frente aos limites impostos pela legislação financeira e orçamentária, já que esses valores necessitam de prévia inclusão no plano orçamentário municipal.

No Recurso Especial aqui exposto, alegou o MP que, em Inquérito Civil Público, concluiu-se que o Município esteve omissos quanto à coleta e tratamento de esgotos da região, resultando em riscos ao meio ambiente e à saúde da população local. Defendeu, ainda, em síntese, a existência de “limitação da discricionariedade administrativa e a possibilidade de proteção judicial do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado”.

Ademais, ainda quanto à defesa da tese apresentada pelo MP, ressalta-se o posicionamento favorável do Ministério Público Federal (MPF), o qual evidenciou que a condenação que fora imposta ao ente municipal, de apenas prestar informações sobre o acesso ao saneamento básico na localidade, mostrava-se insuficiente, afirmando que, embora a implementação de políticas públicas seja primariamente responsabilidade do Poder Executivo, “ao Judiciário está resguardado o poder e o dever de garantir a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, como bem salientou o Min. Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45”. Manifestou-se o MPF, portanto, pelo total provimento do Recurso Especial, sustentando a excepcionalidade da medida proposta e a indispensabilidade da “garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida aos habitantes do Município de São Jerônimo”.

Para além das considerações supramencionadas, deve-se ressaltar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos demais poderes para a execução de políticas públicas,

---

pela "reserva do possível" e pela tutela do "mínimo existencial". Conceitos esses que serão abordados em momentos oportunos.

conforme consolidou o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45), que, embora julgada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto<sup>204</sup>, serve de paradigma para a resolução de casos semelhantes a partir da análise do voto proferido pelo Ministro relator.

Sem se adentrar demasiadamente no mérito da ADPF 45, salienta-se, primeiramente, que esse julgado foi um marco interpretativo para uma mudança jurisprudencial quanto ao papel do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, especialmente daqueles que, normalmente, dependem de normas infraconstitucionais e de ações do Executivo para sua concretização. Assim, essa decisão do STF assentou o entendimento de que, excepcionalmente, o Judiciário possui legitimidade para interferir em ações ou omissões estatais que, direta ou indiretamente, violem a Constituição, sem que assim haja violação à separação dos poderes<sup>205</sup>.

Em segundo lugar, o mencionado julgado do STF consolidou o posicionamento de que o Estado não possui discricionariedade para alegar insuficiência financeira unicamente com o intuito de se eximir das obrigações impostas pela Constituição. Assim, a capacidade do ente federativo em invocar a reserva do possível, que tem o propósito

---

<sup>204</sup> A ADPF 45 questionava um veto do Presidente da República sobre dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004 (Lei nº 10.707/03), o que resultou em desrespeito à Emenda Constitucional (EC) nº 29, de 2000, impedindo a destinação mínima de recursos em serviços de saúde. Posteriormente, entretanto, foi editada a Lei nº 10.777/03, que supriu a omissão estatal ao conferir efetividade à EC 29/2000. Assim, o STF julgou prejudicada a ação, por perda superveniente do objeto, mas proferiu o voto no sentido de que era válida a intervenção do Judiciário naquele caso concreto, dada as circunstâncias de infundada inércia do Poder Público em atribuir máxima eficácia aos direitos fundamentais.

<sup>205</sup> “[N]em a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (SILVA, 2014, p. 112).

de impor limites à efetivação de direitos sociais em face da escassez orçamentária, está condicionada à existência de “justo motivo objetivamente auferível”, não podendo ser alegada somente em razão da má administração dos recursos públicos que ensejem a “nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”, mitigando as condições mínimas à existência digna do indivíduo, como foi ponderado na ADPF 45, que formam, de fato, um núcleo de proteção correspondente a um mínimo existencial.

Retomando o REsp 1.366.337/RS, pode-se inferir que nele a teoria da reserva do possível foi utilizada como óbice à tutela de um mínimo existencial, mesmo sendo notória a precariedade do acesso ao saneamento não só no caso *sub judice*, mas em todo o Brasil. Esses fatores tornaram legítimo o controle judicial dessas omissões estatais, visto que violaram a Constituição, e, também, evidenciam a relevância e justificativa desta pesquisa, cujo problema é pautado em encontrar possíveis caminhos, fáticos e normativos, à universalização do saneamento, em face da ineficiência ou insuficiência de políticas públicas nessa seara, sem que haja justificativas razoáveis para tanto.

Os referenciais teóricos adotados foram, principalmente, os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos e Ingo Sarlet, pertinentes à compreensão do surgimento e evolução dos direitos fundamentais, do mínimo existencial e da reserva do possível. Já quanto às temáticas de Direito Ambiental Constitucional utilizou-se, essencialmente, os escritos de Ingo Sarlet e José Afonso da Silva. Ademais, tendo o estudo doutrinário sido feito a partir da análise de uma jurisprudência, percebe-se que os métodos utilizados foram o indutivo e o jurídico-doutrinal.

Diante desses elementos metodológicos e das ponderações aqui esposadas, o presente trabalho tem como escopo analisar a importân-

cia paradigmática do REsp 1.366.337/RS e sua conformidade com a Constituição, buscando, ainda, demonstrar que o saneamento, enquanto direito fundamental integrante do mínimo existencial, é intimamente relacionado ao meio ambiente e à saúde; o que, portanto, legitima atuações judiciais amparadas na Constituição em prol de sua garantia contínua e integral, em oposição às omissões estatais que se provem injustificadas. Assim, propõe partir-se do olhar à realidade social e ambiental brasileira, explicitada no caso concreto, para, então, interpretar e concretizar o Direito.

## OBJETIVOS

Como objetivo geral, buscar-se-á averiguar a relação existente entre a reserva do possível, o mínimo existencial e o saneamento básico, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e dos direitos humanos fundamentais nela tutelados, notadamente a saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. São objetivos específicos: (i) apresentar os principais pontos do REsp nº 1.366.337/RS; (ii) analisar e relacionar os temas apresentados no julgado, bem como associá-los às variáveis proposta e sua indissociabilidade: saúde pública, saneamento básico e meio ambiente (iii) confirmar, fundamentadamente, a interpretação que reconheça o saneamento como direito humano fundamental implícito, pautada na Constituição de 1988, conforme a realidade fática e o REsp 1.366.337/RS.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, bem como a relação indissociável entre as variáveis que norteiam a presente discussão (saúde pública, saneamento básico e meio ambiente), são



os fundamentos teóricos deste estudo, alicerçados a partir do paradigmático REsp.

Sobre a teoria da reserva do possível, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 277) aduz que:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) [P]ara além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Ressalta-se que a ideia de haver limites aos direitos prestacionais surgiu na década de 1970, no Tribunal Constitucional alemão, quando se questionou a constitucionalidade da restrição de vagas para acesso ao ensino superior e alegou-se violação à liberdade profissional, garantida pela Constituição alemã. Na ocasião, o Tribunal decidiu que os direitos prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, uma vez que a disponibilidade financeira para a promoção de certa política depende de escolhas discricionárias, por meio de uma ponderação de bens e interesses relevantes (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Alude-se, também, que a reserva do possível foi trazida ao Brasil na década de 1990, faltando, até então, estudos aprofundados que permitissem sua aplicação, resultando em empecilhos ao avanço da sindicabilidade judicial de direitos sociais (BARCELLOS, 2011, pp. 278-279). Além disso, no Brasil, essa teoria foi designada de “reserva do financeiramente possível”, visto que, aqui, normalmente abrange apenas os aspectos fático e jurídico (FALSARELLA, 2012).

Diante desses conceitos, infere-se que essa teoria somente poderia ser invocada diante da verdadeira escassez de recursos. A alegação de insuficiência financeira não comprovada e a não previsão de recursos para políticas essenciais na Lei Orçamentária refletem desvios no que consiste a referida teoria. Atesta-se, assim, que, a despeito da real possibilidade de escassez, é comum sua invocação como instrumento de justificação às más escolhas, com a priorização de gastos contrários ao interesse público.

Com relação ao mínimo existencial, surgido na jurisprudência do Tribunal alemão e posteriormente no Brasil por Ricardo Lobo Torres (1989), pode-se afirmar que seu conceito, apesar de indeterminado, relaciona-se à liberdade e dignidade, e estabelece haver um direito às condições mínimas de existência digna.

Já que sua definição é marcada pela historicidade, torna-se dificultoso determiná-la exaustivamente, visto que varia no tempo e no espaço (BARROSO, 2015, p. 26). É possível afirmar, entretanto, que o mínimo existencial “estabelece um piso, abaixo do qual não se pode descer” e que o “legislador tem ampla liberdade para ir além do mínimo existencial, buscando concretizar pelos mais variados meios (...) uma realização mais plena da igualdade material”, conforme pondera Daniel Sarmento (2016, p. 1658).

Para Luís Roberto Barroso, o “mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições do exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública” (2015, p. 288). Já Ana Paula de Barcellos (2011, p. 305, apud BARROSO, 2015, pp. 214-215), considera o mínimo existencial como fração nuclear da dignidade humana, atrelado a direitos reconhecidos pela Constituição.

Dessa forma, são indispensáveis ações direcionadas à qualidade de vida da população e do meio ambiente, visto que a universaliza-

ção do acesso ao saneamento é essencial à proteção das presentes e futuras gerações, ameaçadas por circunstâncias globais que retratam a existência de uma “sociedade de risco”, como assinala Ulrich Beck (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 33), e que o mínimo a uma vida digna pressupõe higidez e equilíbrio ambientais.

Finalmente, considerando que a Constituição reconheceu a dignidade como fundamento da República e consagrou o direito ao meio ambiente, propõe-se que a concepção de mínimo existencial – enquanto “piso para a justiça social” (SARMENTO, 2016, p. 1678) – deve abarcar a sadia qualidade de vida e o desenvolvimento humano, compreendendo a dignidade, os núcleos intangíveis dos direitos à vida, à saúde, à higidez e segurança ambientais e ao saneamento básico, sem prejuízo de outros cujos núcleos sejam indissociáveis da dignidade.

Em relação à atuação judicial em políticas públicas alude-se que, assim como a Administração, o Judiciário está vinculado à Constituição e à proporcionalidade, tida como alternativa a problemáticas que não possam ser solucionadas pelas vias do controle popular dos atos do Poder Público, como o direito de petição aos órgãos públicos, o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/17) e a Lei do Saneamento Básico, tampouco por meio de atuações extrajudiciais do Ministério Público, ou, ainda, mecanismos de responsabilização de agentes públicos e políticos.

Em visão similar, Daniel Sarmento defende que, diante da complexidade de certas políticas públicas, é inviável que o Judiciário prescreva ações específicas sobre as quais não possui conhecimento técnico. Por essa razão, para o autor, o Judiciário deve se valer de “técnicas jurisdicionais flexíveis e dialógicas” como alternativas preferíveis “tanto à omissão judicial quanto a um ativismo de resultados duvidosos”, dando visibilidade aos problemas atinentes ao mínimo existen-

cial e “forçando os demais poderes a agir, sem, no entanto, apresentar soluções prontas para problemas altamente complexos, que muitas vezes ele não teria condições de elaborar a contento”. Propõe, portanto, que haja, preferencialmente, um “diálogo interinstitucional” (2016, pp. 1678-1679).

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 36) afirma que os limites à atuação judicial são: “i. a restrição à garantia do mínimo existencial; ii. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. a reserva do possível”.

Finalmente, com o fito de direcionar a perspectiva teórica do artigo, passa-se, finalmente, à discussão acerca do saneamento básico e de sua intrínseca relação com a saúde pública e o meio ambiente. Inicialmente, o saneamento é conceituado pela Lei 11.445/07 como serviço público que abrange o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Ademais, o saneamento está previsto no artigo 23, IX, da Constituição, cuja redação aponta para a obrigação do Estado em “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Portanto, se há um dever estatal de promover o saneamento, há também um poder do titular desse direito a requerer seu cumprimento. Esse titular é cada membro da coletividade, ainda que por intermédio do Ministério Público, baseado nos artigos 127, *caput*, e 129, III, da Constituição.

Frente a constantes violações ao mínimo existencial sob a alegação de escassez financeira, mostrou-se essencial o reconhecimento do direito ao saneamento, de forma a criar um “sentimento constitucional” na sociedade de sua essencialidade (BARROSO, 2015) e de tratá-lo como direito autônomo que, apesar de sempre interagir com demais

direitos fundamentais, tem existência e importância próprias, sendo pressuposto à formulação de políticas envolvendo infraestrutura urbana, uma vez que de nada adianta cidades possuírem asfalto e calçamento, se faltam rede de drenagem e manejo de águas pluviais, por exemplo.

Aduz-se, também, que eventuais investimentos em saúde, por exemplo, se não forem aliados às políticas de saneamento básico, não terão os resultados esperados, visto que, apesar da relação existente entre esses dois direitos, ambos possuem parte de sua existência autônoma, demandando ações específicas em cada área, mas, ainda assim, dialógicas. É possível afirmar, portanto, que ações que privilegiem um em detrimento do outro não serão eficazes à solução das problemáticas que envolvam a integralidade do tema.

A respeito disso, pondera-se que:

O saneamento básico, embora seja decorrência lógica e pressuposto do direito social à saúde, ganha contornos quase que autônomos, diante da crônica omissão estatal nesta seara, de modo que merece ser tratado como direito social específico, autônomo, com o fito de orientar mais efetivamente as políticas públicas nesta seara e, mais ainda, tratar a saúde pública de um modo mais abrangente, indo às raízes dos problemas estruturais da atenção à saúde, com foco na prevenção (BRASIL, 2016).

Com o fito de legitimar tal reconhecimento, verifica-se que o texto da Constituição permitiu abertura interpretativa para tanto, ao afirmar que os direitos elencados na Carta são meramente exemplificativos (art. 5º, §2º, CF), o que permite que novas posições jurídicas que envolvam interesses relevantes, individuais ou coletivos, sejam devidamente tutelados em face de transformações sociais, políticas, econômicas e ambientais que eventualmente ocorressem no âmbito da sociedade.

Salienta-se, ainda, que essa tutela é garantida a partir de mudanças interpretativas, por vezes realizadas sem reformas no texto da lei, e sendo, portanto, baseadas no que a doutrina denomina de mutações constitucionais<sup>206</sup>, que tem o condão de sempre garantir a interação entre o enunciado normativo (texto) e a realidade, verificando os anseios sociais com vistas a tutelar novos bens jurídicos não previstos ou, até mesmo, produto de omissões dos Poderes Públicos.

Essas mutações constitucionais, assim, permitem a tutela do saneamento básico como direito fundamental, ainda que não positivado no rol de direitos sociais no artigo 6º da Carta Magna, e demonstram o quanto é indispensável e indissociável do mínimo existencial, uma vez que a proteção do meio ambiente e da coletividade perpassa a garantia adequada de vários condicionantes que estão atrelados ao acesso adequado ao saneamento, dentre os quais se encontram a moradia, saúde e hígidez ambiental, que formam um conjunto de bens, fatores e serviços intimamente relacionados à dignidade, como já evidenciado nesta pesquisa.

Reconhece-se, sendo assim, que a interpretação dos direitos de modo a abranger o saneamento é essencial à concretização do princípio da dignidade, que é fundamento da República, constituindo-se diretriz vinculante de atuação e fim a ser perseguido pelo Estado, consoante o dirigismo constitucional fundado na ordem jurídica brasileira<sup>207</sup>, a contar do advento da Constituição de 1988, quando foi reco-

---

<sup>206</sup> A mutação constitucional é um modo dinâmico e informal de modificação da Constituição, quando se altera a interpretação conferida a determinado enunciado normativo (texto constitucional). Dentre seus requisitos encontram-se: (i) tal interpretação deve respeitar as possibilidades semânticas do texto; (ii) não pode contrariar as disposições da própria Lei Maior; e (iii) deve ser realizada em função de transformações em situações de fato ou em valores relevantes para a sociedade (BARROSO, 2015).

<sup>207</sup> O caráter principiológico de grande parte das normas da Constituição de 1988 trouxe ao país a ideia de dirigismo constitucional, designação surgida da tese de doutorado de J. J. Gomes Canotilho. Essas normas expressam diretrizes e fins a serem perseguidos

nhecido o *status* de centralidade desse princípio, face às demais normas do ordenamento jurídico, como um valor dotado de imperatividade.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se, além disso, como a pedra basilar da edificação constitucional do Estado (social, democrático e ambiental) de Direito brasileiro, na medida em que, sob a influência das luzes lançadas por KANT, o constituinte reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal, o que, diga-se de passagem, demarca a equiparação de forças na relação Estado-cidadão, em vista da proteção e afirmação existencial desse último, especialmente no que tange aos seus direitos fundamentais (SARLET, 2007, pp. 3-4).

Evidencia-se, ainda, que a identificação do direito ao saneamento, implícito no rol dos direitos sociais, também comporta equivalência com os objetivos fundamentais da República, uma vez que ambicionam desde a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com a erradicação da marginalização e redução das desigualdades, até a promoção do desenvolvimento nacional. Essas finalidades estatais estipuladas pela Lei Fundamental, ao longo dos incisos do artigo 3º, explicitam a obrigação do Estado em executar ações com o propósito

---

pelo Estado, capazes de vincular a produção legislativa e a atuação estatal em políticas públicas que priorizem a promoção da igualdade e da justiça social. (BARROSO, 2015). Todavia, a noção de dirigismo não pode estar desassociada da realidade, uma vez que a mera transcrição de princípios, como da dignidade humana, pode ser insuficiente para a mudança do *status quo*. Para a verdadeira realização dos fins almejados pela Carta, com a consequente afirmação e concretização do direito ao saneamento, deve-se haver um constante processo participação popular para a legitimação e evolução da Lei Maior, no sentido de passar a proteger novos direitos, bens e relações jurídicas antes não previstos por ela e, assim, garantir sua tutela. (CAMARGO, 2015). No mais, é imprescindível sua estrita observância pelos Poderes Públicos e funções essenciais à Justiça, tais como a Defensoria Pública, a Advocacia e o Ministério Público, exercendo seus papéis em prol da coletividade.

de materializá-los, notadamente as políticas relativas ao direito ao saneamento.

Nota-se, também, que é legítima a utilização dos objetivos fundamentais da República como parâmetro de interpretação teleológica para o reconhecimento do direito ao saneamento e para delimitação das ações que devem necessariamente ser implementadas pelo Poder Público, buscando a realização desses fins existenciais do Estado. Assim, utiliza-se o intérprete da normatividade desses dispositivos, marcados pela pretensão finalística de harmonizar o *ser* – da realidade – com o *dever ser* – da norma jurídica –, para o propósito de proporcionar-se justiça social e bem-estar à população, visando, portanto, ao cumprimento integral da tutela do meio ambiente e da pessoa humana.

Ressalta-se, ainda, que diante de tais parâmetros interpretativos e do julgado apresentado, há de se reconhecer a indissociabilidade dos direitos ao saneamento, à saúde e ao meio ambiente, sendo certo que eventuais políticas públicas nessa seara devem abranger a integralidade de fatores que influem nessa relação. Outro fato a ser destacado é o papel do Judiciário, enquanto Poder da República que presta a tutela jurisdicional, em exercer controle sobre ações ou omissões do Poder Público em matéria de cumprimento de direitos fundamentais.

Em suma, toda a atuação jurisdicional e do Poder Público deve ser pautada pelo escopo de conferir máxima eficácia dos direitos fundamentais, por meio de seu reconhecimento e devida observância em todos os atos praticados. O REsp 1.366.337/RS, portanto, serve de paradigma ao cumprimento das obrigações constitucionais, notadamente em termos de proteção ambiental e à pessoa humana.

## METODOLOGIA/MÉTODOS



A reflexão sobre os temas em análise levou à formulação das seguintes hipóteses: (i) o REsp nº 1.366.337/RS é um caso paradigmático de necessidade de garantia do mínimo existencial, em contraposição à invocação do respeito à reserva do possível; (ii) os direitos humanos fundamentais mais básicos e essenciais estão vinculados à garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sã qualidade de vida; e (iii) a inexistente ou inadequada proteção do meio ambiente, a exemplo da precariedade na prestação do serviço público de saneamento básico, é responsável pela violação de direitos constitucionalmente garantidos.

Para confirmar essas premissas, o presente trabalho foi desenvolvido a partir da utilização do método indutivo, eis que construiu o estudo teórico e atingiu os resultados pretendidos a partir de uma jurisprudência. Este método se caracteriza pelo procedimento que se vale da análise lógica e consiste em se estabelecer uma verdade universal ou uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares.

Ademais, o método principal foi robustecido a partir de outras ferramentas complementares: (i) descritivo, a partir da apresentação das variáveis propostas e de suas principais características; (ii) estatístico, para informar e avaliar dados coletados a partir de pesquisa bibliográfica; (iii) jurídico-doutrinal, a fim de que as variáveis sejam corretamente definidas a partir dos doutrinadores, das normas brasileiras pertinentes e da jurisprudência utilizada como paradigma; e (iv) analítico, a fim de se reunir todos os argumentos obtidos a partir dos instrumentos acima mencionados para, finalmente, estabelecer um resultado científico que confirme as hipóteses formuladas. Desse modo, a pesquisa pode ser classificada como exploratória e bibliométrica. Quanto à coleta de dados, a classificação é documental e a abordagem do problema é qualitativa.

## RESULTADOS

Diante do julgado analisado e dos fundamentos teóricos acima aludidos, há de se reconhecer a indissociabilidade dos direitos à saúde, ao saneamento e ao meio ambiente, sendo certo que eventuais políticas públicas nessa seara devem abranger a integralidade de fatores que influem nessa relação. Outro fato a ser destacado é o papel do Judiciário, que deve exercer controle sobre ações ou omissões estatais sobre o cumprimento de direitos humanos fundamentais.

Nessa seara, atesta-se que o saneamento é um direito fundamental implícito, eis que integrante do mínimo existencial socioambiental e, portanto, direta e imediatamente aplicável ao caso concreto pelos Poderes Públicos, de forma a impedir que alegações de escassez financeira e falta de previsão orçamentária para políticas públicas sirvam de empecilhos ao fiel cumprimento da Constituição.

O saneamento básico, dessa forma, deve ser protegido conjunta e continuamente à tutela do meio ambiente, da saúde e da garantia do núcleo essencial da dignidade humana. A interpretação constitucional que reconheça essa indissociabilidade e a existência autônoma do direito ao saneamento é, portanto, paradigma adequado às políticas públicas e decisões judiciais que tenham por propósito a efetividade da Constituição e do Estado Socioambiental de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, pode-se constatar que a decisão proferida no REsp 1.366.337/RS foi no sentido de que a Constituição deve ser interpretada e aplicada de modo a suprir mazelas que historicamente têm assolado a população brasileira, por vezes ocasionadas pela própria Administração Pública ao não gerenciar adequadamente os gastos públicos.

Para tanto, cabe ao Judiciário, ainda que subsidiariamente, atuar de modo a garantir efetividade à Constituição, especialmente em face da existência de escolhas financeiras dissociadas do interesse público, que impedem a verdadeira adoção de ações necessárias à superação de problemáticas sociais e ambientais.

É nessa seara que o saneamento básico se insere como direito fundamental integrante do mínimo existencial socioambiental e, portanto, direta e imediatamente aplicável ao caso concreto pelos Poderes Públicos, de forma a impedir que alegações de escassez financeira e falta de previsão orçamentária para políticas públicas sirvam de empecilhos ao fiel cumprimento da Constituição.

O saneamento básico é, dessa forma, protegido conjunta e continuamente, junto à tutela do meio ambiente, da saúde e da garantia do núcleo essencial da dignidade humana. A interpretação constitucional que reconheça essa indissociabilidade e a existência autônoma do direito ao saneamento é, portanto, paradigma adequado às políticas públicas e decisões judiciais que tenham por propósito a efetividade da Constituição e a consequente melhoria da qualidade de vida da população e do meio ambiente.

Ademais, uma proposta de concretização do Direito que seja antecedida de um olhar necessário à realidade é um efetivo instrumento de reconhecimento de direitos e da vinculação do Estado às normas principiológicas da Constituição, uma vez que a produção e interpretação do Direito devem atender não só à vontade do legislador, como também às necessidades existenciais – sociais, econômicas e ambientais – subjacentes às normas.

Alude-se, também, que discussões a respeito do papel do Judiciário e da aplicabilidade de direitos fundamentais são essenciais ao surgimento de mudanças de paradigmas, tanto na universidade quanto no Direito, tendo a presente pesquisa sido motivada pela necessida-

de de verificação da atuação do Judiciário e do Ministério Público, enquanto defensores da ordem jurídica, nessas mudanças, que perpassam, principalmente, o controle de atos contrários ao interesse público praticados pelo próprio Estado.

Destaca-se, portanto, que, durante esse controle, é essencial que a interpretação das normas jurídicas seja conduzida de modo a afastar escolhas políticas que sejam evidentemente prejudiciais ao bem-estar da população ou tenham por propósito a aquisição de proveitos particulares, como se infere do REsp 1.366.337/RS, no qual prevaleceu a vinculação do Poder Público ao direito ao saneamento, à saúde e ao meio ambiente em detrimento da reserva do possível, diante da falta de provas nos autos de absoluta inexigibilidade desse direito em virtude de real e justificável ausência de recursos públicos.

Deve-se atentar, ainda, aos parâmetros de atuação jurisdicional sistematizados na presente pesquisa, já que ainda que a formulação e implementação de políticas públicas sejam incumbências primariamente conferidas aos Poderes Legislativo e Executivo, não pode o Judiciário ser impedido ou se eximir de afastar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Por essas razões, é maciça a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a sindicabilidade dos atos da Administração Pública que atentem, injustificativamente, contra o mínimo existencial e firam, também, os princípios administrativos que vinculam a atuação do Poder Executivo, dentre os quais a supremacia do interesse público, sendo tal entendimento nitidamente aplicável ao REsp 1.366.337/RS.

Defende-se, por fim, a relevância dessa decisão judicial como demonstrativo da importância de implementação de políticas públicas de infraestrutura urbana e do controle judicial dos atos do Poder Público, visando à transformação do status quo por meio de um olhar

necessário à realidade brasileira em termos de carência de ações em saneamento básico, visando à promoção de direitos fundamentais e da cidadania.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FALSARELLA, C. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado*. Associação dos procuradores do Estado de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <[https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo\\_tese-28.pdf](https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-28.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *Principais estatísticas do Brasil 2018 (Saúde)*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/saude>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Ranking do Saneamento 2018*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking-2018/realatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

ITAMARATY. *Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2016. Disponível em: <

[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016x.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016x.pdf)>. Acesso em 10 nov. 2018.

SARLET, I; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, I; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 6 mar. 2018.

SARMENTO, D. O mínimo existencial / The right to basic conditions of life. *Revista de Direito da Cidade*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1644-1689, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<http://e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, pp. 29-49, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

## “TODO DIA UM 7 A 1 DIFERENTE”: CONSUMISMO E CONTEMPORANEIDADE

**COELHO, Pedro Filippi**

*Graduando em Direito*

*pedrofilippi@gmail.com*

**COUSSEAU, Patrícia**

*Graduada em Administração e graduanda em Direito*

*patricia@maximobiliaria.com.br*

**LIMA, Roberta Oliveira**

*Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidade Federal Fluminense (UFF)*

*roberta\_lima@id.uff.br*

**Resumo:** Com a globalização e a expansão de sistemas econômicos direcionados ao consumo, surge, na sociedade civil contemporânea, uma necessidade ininterrupta de consumir e acumular bens materiais. Não raro, tal necessidade relaciona-se a um desejo de inclusão e aceitação social, que acaba sendo refletido na autoestima dos indivíduos e em suas relações interpessoais, haja vista seu caráter impreterível para a valorização social e cidadã. Nesse diapasão, o presente resumo tem como objetivo geral examinar elementos históricos concernentes ao consumo, de modo a diferenciar tal fenômeno do consumismo e, assim, refletir sobre sua relação aos critérios de ascensão no meio social e na cidadania do contingente populacional. Para tanto, desenvolveu-se um ensaio teórico com investigação bibliográfica e documental, utilizando-se de uma perspectiva sociojurídica do tema, pela análise de elementos do cotidiano, como a internet, as mídias sociais e a rotina de influenciadores digitais para a melhor exposição do que se pretendia. Destaca-se, ao final, a característica desfavorável do fenômeno consumista tendo em vista as derrotas fragorosas na sociedade por ele provocadas, que vem, de modo paradoxal, consumindo aqueles que enveredam por seus caminhos.

**Palavras-chave:** Consumo; cidadania; consumismo.

## INTRODUÇÃO

Uma vez que o cenário mundial hodierno é globalizado e a expansão do sistema econômico é constante, a necessidade de consumir e a capacidade de acumular bens materiais corroboram a concepção do meio social atual como a sociedade do consumo, conceito este proposto por Baudrillard (1995). Nesse sentido, a ideia da necessidade de consumo é fortemente relacionada ao desejo de inclusão e aceitação social na atualidade, além de, não raro, ser imposta no âmbito da sociedade contemporânea como fator basilar para a ascensão e satisfação pessoal.

Desta forma, a individualização, conforme preceitua Bauman (2008) assume novas formas, vindo a ser a marca registrada da sociedade moderna. Ainda, o autor afirma que seu significado se distingue do que era há cem anos, estabelecendo normas comportamentais.

Tem-se, por conseguinte, uma sociedade que vem caminhando, cada vez mais, em direção a uma idiosincrasia individualista, onde cada integrante prioriza a autossatisfação, que por sua vez, se dá através da aquisição daquilo que se figura distante da necessidade e penetra o campo da superfluidade.

Logo, os desejos superficiais se fazem presentes no cotidiano individual e social de cada sujeito, se ostentando de forma necessária para tornar exitoso o processo de inclusão do indivíduo na sociedade, permitindo fazê-lo propriamente identificar-se como um cidadão, bem como o reconhecimento por parte de outrem como tal.

Sendo assim, cada membro da sociedade, conceituada como consumidora e competitiva pelo autor acima citado, apresenta certa propensão, direta e indiretamente, por fatores extrínsecos e intrínsecos, a ser influenciável no que condiz ao consumo de produtos e serviços, competindo uns com os outros em uma disputa incessante, onde o indivíduo se compara com outras pessoas, desenvolvendo o Ideal de



Ego, que segundo Gade (2010) resulta em uma personalidade narcisista.

Como consequência, o “superego” também se desenvolve, após a interiorização das exigências da sociedade, identificação com algumas ideias culturais, se moldando por meio de objetos de consumo. Logo na infância a percepção consumista já se torna aguçada, visto que a televisão é utilizada para seduzir as crianças consciente e inconscientemente ao consumo.

Na adolescência, com a promessa de auxiliar na identificação da personalidade, o “mercado jovem” facilmente torna-se mais consumista em face do hedonismo e do ardente desejo de satisfação imediata que o consumo insiste em prometer. Os pais treinam crianças e adolescentes a serem consumidores compulsivos por meio de dinâmicas de personalidade e também por demonstrarem inseguranças próprias. Nesse cenário Bauman (2001) relata que:

Numa sociedade sinóptica de viciados em comprar/assistir, os pobres não podem desviar os olhos; não há mais para onde olhar. Quanto maior a liberdade na tela e quanto mais sedutoras as tentações que emanam das vitrines, e mais profundo o sentido da realidade empobrecida, tanto mais irresistível se torna o desejo de experimentar, ainda que por um momento fugaz, o êxtase da escolha.

No entanto, nos dias atuais, a capitalização de pessoas para o consumo também se dá de forma mais direta e inconsciente. Isto é, com a ascensão das redes sociais e seu uso contínuo e ilimitado, tornou-se ainda mais fácil fazer-se influenciado por grandes marcas, figuras públicas e os chamados “influenciadores digitais”, que cumprem um papel tão contundente que tornam a prática de angariação de pessoas para a compra de produtos e contratação de serviços através da internet, a sua forma de auferir renda. Salienta-se que a atividade supracitada se popularizou de forma tão desmedida nos últimos meses – chegando-se ao ponto em que muitos destes usam deste meio a sua única forma de auferir renda mensal, como um emprego, em virtude da associação da permissão que se dá para estes desconhecidos que prometem vender a felicidade de forma embalada e acompanhada

com a aceitação que, hodiernamente, vem sendo cada vez mais desejada.

Dessa forma, devido aos fatores subjetivos de cada indivíduo relacionado aos aspectos objetivos de uma sociedade que impulsiona o consumismo, vive-se na contemporaneidade uma realidade em que os desejos supérfluos são equiparados às necessidades de subsistência, priorizando-se, muitas das vezes, aquilo que não tem a capacidade de agregar diante do primordial.

## **1. TODO DIA UM 7 A 1 DIFERENTE: A INFLUÊNCIA DIGITAL NOS TEMPOS HODIERNOS**

Atualmente, com o fácil e estendido acesso que se tem à internet, poucos segundos são suficientes para fazer com que um acontecimento repercuta de forma global e viral. Um memorável exemplo disto é a partida de futebol entre Brasil e Alemanha, durante a copa de 2014, sediada em nosso país, que se encerrou indicando a famosa pontuação 7x1 para a nossa adversária.

Antes mesmo do jogo se finalizar, milhares de postagens congestionaram as redes sociais e, após a oficialização do resultado, multiplicavam-se instantaneamente. Assim, inúmeros internautas passaram a associar o placar da partida com diversos obstáculos do seu cotidiano, promovendo a famosa expressão “todo dia é um 7 a 1 diferente”, que intitula este artigo e se reproduz no presente, quatro anos após o acontecido.

Ainda, assim como o necessário exemplo acima citado, existem incontáveis expressões, associações, bordões, gírias e etc., que ultrapassam as telas dos dispositivos eletrônicos e ganham vida no plano físico.

Por esta perspectiva, é possível refletir acerca do predomínio que a internet – principalmente através das redes sociais, possui sobre nossas relações interpessoais e sobre a forma como vemos o mundo e vemos a nós mesmos.

Neste sentido, Moreira (2009, p. 95) preceitua que "a explosão de informações, a comunicação mundial e a cibernética constituem exemplos da novidade que a experiência subjetiva tem que abraçar no mundo atual". Ou seja, a internet possui ampla alcançabilidade – podendo ser acessada por todas as pessoas que possuem smartphones, chips pré-pagos ou acesso de forma gratuita, através de redes Wi-Fi, e vem despertando cada vez mais curiosidade em seus usuários, que, em virtude da quantidade de informações e a velocidade com que estas se atualizam, sempre a veem como uma caixa de novidades.

A popularização e a facilidade do acesso à internet, acompanhado pelo uso imoderado das redes sociais por grande parcela da população, ao somar-se aos fatores acima mencionados, são vistas por empresas, marcas e pessoas como oportunidades de expandir seus negócios e ampliar os seus lucros, prevalecendo-se e usufruindo dos subterfúgios necessários para alcançar o maior número de pessoas possível para, então, apresentar e fazer vender o seu produto ou serviço.

Estar presente nas redes sociais digitais como Facebook®, Twitter® e Instagram® permite que as empresas estabeleçam uma relação de confiança que acaba por criar influência entre seus usuários. Para uma marca, desenvolver e cultivar um perfil nas redes sociais, pode ser a oportunidade de conquistar a confiança do consumidor e, posteriormente, resultar numa melhora nos seus resultados de marketing (SAKFO; BRAKE, 2010, p. 29).

Nos dias de hoje, é possível efetuar e concluir compras de produtos e contratação de serviços, em duas das redes sociais acima citadas, sem ao menos precisar sair das redes sociais em uso, ou seja, conta-se com uma pretenciosa simplicidade que entrega ao usuário a impressão de facilidade ao comprar ou contratar algo que viu e lhe encantou nas redes sociais.

Nesse sentido, Gasda (2016) preceitua que:

A patologia do consumismo pode se originar na publicidade excessiva, que confunde a avaliação mais racional no ato da compra. Pode levar à obsessão pelo consumo. Nesse caso, a publici-

dade ao invés de informar, acabará por manipular os desejos do consumidor. Ela seduz, e o fútil se torna necessário.

Assim, unidos à simplicidade do ato de realização de uma compra – que anteriormente desprendia maior tempo e desgaste, os usuários lidam com um exército de influenciadores digitais, aptos a convencê-los, da forma mais sutil possível, que eles não apenas precisam do produto oferecido, mas que podem e devem possuí-lo.

A opinião do influente é levada em conta por aqueles que o seguem, quando estes fazem suas escolhas mediante recomendações partidas do mesmo. No mais, indivíduos adotam certos comportamentos dos influentes, ainda que não haja recomendações por parte desses últimos, o que representa uma forma de influência por contágio. (Zanette, 2015, p. 20)

Em sentido oposto, esses influenciadores digitais também precisam manter seu padrão de vida em certo nível, visando também impressionar aqueles que desejam influenciar. Desta forma, usam dos meios possíveis para estarem sempre no meio artístico e em eventos e lugares de alto padrão.

Ancelmo Gois, em sua coluna no jornal O Globo, explica que turmas de subcelebridades costumam pagar por uma hospedagem no Fasano, renomado hotel à beira da praia de Ipanema, no Rio de Janeiro, e tiram inúmeras fotos na piscina no terraço do hotel.

Complementando a informação, o colunista ainda alega que alguns são flagrados trocando seus trajes de banho inúmeras vezes, a fim de postar fotos com peças distintas em diferentes dias do ano e dar a impressão que hospedam-se no local diversas vezes. Ainda, segundo informações advindas de funcionários do hotel, tal prática vem tornando-se cada vez mais comum.

É possível ainda associar a prática acima narrada com o conceito proposto por Bauman (2008) do ser como mercadoria<sup>208</sup>:

---

<sup>208</sup> Marx também fala sobre isso quando trata do fetichismo da mercadoria; e George Lucács quando trata dchama de reificação.

Além de sonhar com a fama, outro sonho, o de não mais se dissolver e permanecer dissolvido na massa cinzenta, sem face e insípida das mercadorias, de se tornar uma mercadoria notável, notada e cobiçada, uma mercadoria comentada, que se destaca da massa de mercadorias, impossível de ser ignorada, ridicularizada ou rejeitada. Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas.

Por esta perspectiva, torna-se visível que, atualmente, vive-se em uma realidade em que ser significa não apenas ter, mas também despertar no outro o desejo de possuir os bens materiais ostentados pelo primeiro, bem como uma aprovação social que serve para uma autoafirmação do indivíduo para consigo mesmo, caminhando-se em direção à uma utopia baseada em um falso exibicionismo que visa demonstrar que a própria grama é a mais verde.

## 2. CONSUMO: ORIGEM E METAFORMISMO

Nas sociedades antigas, o padrão de consumo, como afirma Lemos (2014), costumava ser similar ao das sociedades medievais, onde os bens que eram comercializados eram produtos simples e, dada a precariedade da época, as relações de troca eram limitadas.

Desta forma, nota-se que o consumo se restringia ao estritamente necessário para a subsistência, ressaltando-se também que os indivíduos responsáveis pelas permutas eram, simultaneamente, produtores-consumidores.

No entanto, com o passar dos tempos e a transformação da sociedade, o consumo passou a se metaformizar, partindo das relações de troca do essencial e caminhando em direção a satisfação do desejo, mesmo que supérfluo.

Nesse sentido, nos tempos hodiernos, a necessidade de consumo não é mais um fato, porém uma atividade principal. Assim, o consumo vem a ser uma característica dos seres humanos, enquanto

indivíduos e o consumismo, em sentido oposto, um atributo da sociedade.

Consumir, portanto, significa investir na afiliação social de si próprio, o que, numa sociedade de consumidores, traduz-se em “vendabilidade”: obter qualidades para as quais já existe uma demanda de mercado, ou reciclar as que já se possui, transformando-as em mercadorias para as quais a demanda pode continuar sendo criada. (BAUMAN, 2008, p. 75)

Isto é, o consumo está diretamente ligado com o suprimento de uma necessidade – própria ou de outrem, que geralmente volta a existir e, novamente, para ser suprida, dá vida a um ciclo de obtenção ininterrupto.

Trata-se também de relativizar a interpretação, quase monolítica entre nós, de que a única coisa que as pessoas procuram hoje nos bens e serviços são suas propriedades simbólicas, como vias expressas de obtenção e manutenção de um status. Essa perspectiva ancora-se no pressuposto, quase nunca explicitado, de que, se não fosse pelas manipulações e pelas estratégias, empregadas pelo capitalismo tardio e por uma subjetividade moderna superficial, nossa relação com os bens e serviços seria pautada pela lógica funcional e utilitária de suprir nossas necessidades básicas. (BARBOSA; CAMPBELL, 2006).

Assim, reforçando a ideia trazida pelos autores acima mencionados, é possível afirmar que caso o consumo fosse motivado pelo uso funcional dos objetos, compraríamos apenas o essencial para termos nossas necessidades principais supridas, todavia, como se leva em conta uma série de fatores intrínsecos e extrínsecos – como a autossatisfação, o desejo de se destacar e a influência dos veículos midiáticos, por exemplo, caminha-se em direção à uma inalcançável – ou logo em seguida perdida, sensação de preenchimento.

Portanto, desde os primórdios das relações humanas, há a presença do consumo – enquanto forma de atender à demanda das necessidades intrínsecas individuais e familiares e, com o passar dos tempos, foi transmutando-se para, muito além da sua originalidade, satisfazer desejos superficiais de forma incessante.

### 3. O CONSUMISMO E SEUS IMPACTOS NA CONTEMPORANEIDADE

Após a necessária e sucinta análise sobre a origem, conceito e transmutação do consumo, deve-se prosseguir para vislumbrar a respeito do consumismo – superficialmente conceituado anteriormente como um atributo da sociedade, bem como seus principais impactos na contemporaneidade.

O consumismo se tornou uma força social. Sua capacidade de aglutinar indivíduos, grupos, comunidades, ideologias e imaginários ao mesmo tempo em que desterra-los de sua localização social original, o definiu como uma das forças mais ativas do globalismo. (RETONDAR, 2007)

A partir do conceito proposto pelo autor acima citado, percebe-se o consumismo como parte e consequência da globalização e, desta forma, influenciando pessoas, de maneira individual e coletiva.

Também torna-se importante aprofundar a respeito do fenômeno do consumismo, que Bauman (2008) conceitua como a grande transformação da sociedade produtora em uma sociedade consumidora, com ênfase na existência de uma produção em grande escala na sociedade atual, cujo objetivo relaciona-se à ampliação de produtos para consumo, em contraste com a existência de uma produção voltada à subsistência nas anteriores sociedades de produtores.

É importante que se diga que o tema do consumismo se tornou campo privilegiado no campo das ciências sociais, apesar de ainda pouco explorado, principalmente no interior do campo científico no Brasil. As análises clássicas de Sombart (1979) e Veblen (1985) são marcos que demonstram como o tema do “consumo” já era uma preocupação do pensamento social no final do século XIX e início do século XX enquanto “objeto” de análise científica. (RETONDAR, 2007).

Novamente, o autor acima citado contribui para o estudo do consumismo ao, em novas palavras, afirmar que o consumo sempre foi matéria inquietadora e, mesmo sendo investigado de forma rasa

inicialmente, veio a se tornar mais aprofundado com o passar dos tempos.

Assim, o estudo acerca do consumismo foi se detalhando ao longo dos anos e novos autores vieram a complementar este objeto de estudo. Silva (2014) afirma que “consumir é a forma mais rápida e eficaz de ter, e, numa sociedade com abundância produtiva, esses dois verbos (ser e ter) viram sinônimos absolutos”. Isto é, através do consumismo os indivíduos passam a adquirir – tanto os bens necessários e vitais, quanto os supérfluos e triviais, e através desta aquisição, passam a sentir-se melhores, tanto em relação ao seu estado de espírito anterior ao momento da compra, quanto em relação aos outros indivíduos. Desta forma, para ser, é necessário ter.

A autora também analisa e diferencia os dois verbos supracitados:

SER: possuir identidade, particularidade ou capacidade intrínseca; TER: possuir, ter fortuna, ter méritos. SER e TER são verbos; sendo assim, denotam uma ação, ou seja, um movimento em alguma direção. O ser nos leva à posse não de objetos, pessoas ou coisas, mas de nós mesmos. Reafirma a nossa identidade e molda o caráter com o qual nos relacionamos com o outro no âmbito social e afetivo. O ter, por sua vez, nos conduz à posse material de coisas que acabam por despertar e fomentar o egoísmo e a falta de altruísmo nas relações interpessoais. (SILVA, 2014)

Desta forma, é possível perceber que ambos os verbos estão ligados à posse, porém, enquanto um liga-se à posse de bens, o outro se dá sobre aquilo que somos ou podemos ser, se tivermos. Logo, vive-se em um ciclo interminável que para se ter um, é preciso do outro, de modo que nunca se atinge a satisfação.

Ainda nessa concepção, é importante mencionar que tal característica individual dos seres humanos se associa à satisfação narcisista a qual se submetem os consumidores, como afirmado por Rüdiger (2004). Para o autor, as pessoas manifestam essa tendência à submissão a qualquer autoridade, seja qual for o seu conteúdo, desde que ela ofereça a satisfação supracitada, bem como proteção, vantagens



materiais e a possibilidade de descarregar sobre os outros o sadismo, em que uma desorientação inconsciente aliada ao desespero encontra uma cobertura.

Paralelamente, Sennett (2006, p. 136) pontua que "em termos funcionais, é como se estivéssemos dizendo que os passageiros da classe executiva voam mais rápido sobre o Atlântico que os que estão lá atrás do avião. O desafio de toda aposta comercial nas marcas é criar variações sobre esse tema ilusório".

Ou seja, a inexistência de reflexão com relação aos conteúdos e vantagens oferecidos pelo produto a ser consumido potencializa o narcisismo mencionado por Rudiger (2004). Como consequência disso, um ciclo de depreciação do outro e priorização à satisfação do ego é gerado, tornando a necessidade de consumo basilar no que se refere inclusive às relações interpessoais, o que propicia o desenvolvimento de situações de convivência insalubre no meio social.

A respeito dos consumidores e dos espaços de consumo, Barbosa e Campbell (2015) afirmam que:

Os "consumidores" foram reduzidos a "sujeitos passivos" do capitalismo, do marketing e da propaganda, e seus corpos, a cabides de símbolos nos quais se encontram camadas e mais camadas de significados, sobre as quais se debruçam pesquisadores ávidos de desvendá-los. E os espaços de consumo e compra em particular os shoppings centers, foram resumidos a palcos, nos quais transitam as múltiplas identidades do homem contemporâneo, expressas nos bens e serviços que portam e de que fazem uso.

Ou seja, diante da característica comportamental humana do narcisismo e da busca infinita pela felicidade, há quem se aproveita e incita ainda mais essa conduta, visando obter lucros, sem se importar com as consequências que a provocação causada pelo novo traz às relações humanas e a vida em sociedade.

Neste viés, Silva (2014) traz a criminalidade como um dos impactos do consumismo, ao afirmar que:

a taxa de criminalidade – essa, sim – apresentava um crescimento mais rápido e significativo à medida que se aumentava o nível de geração de riquezas materiais de uma nação. O número de roubos, subornos, corrupção e tráfico de drogas mostrou um crescimento espetacular, tal qual se esperava que ocorresse com a sensação de felicidade pessoal frente ao aumento da riqueza econômica de um país.

Assim, entende-se que com o desejo pela obtenção do bem despertado em quem pode adquiri-lo, quando este o faz, desperta este anseio também no outro, que pode ter condições para atender à esta vontade, ou, dependendo do seu código moral e contexto social, pode vir a praticar infrações penais que lhe possibilitem a obtenção do bem.

Neste segmento, Baratta (2011) afirma que a criminalidade não se trata de um dado pré-constituído, mas é uma realidade social embasada sobre reações sociais. Isto é, a ambição e a insatisfação ligam-se diretamente aos crimes contra o patrimônio, bem como com os demais ilícitos penais que viabilizem a ascensão financeira para possuir os bens visados pelos indivíduos dentro das circunstâncias descritas anteriormente.

Não obstante, o consumismo também desperta o desejo naqueles que – em circunstâncias mais favoráveis do que os indivíduos que praticam crimes para obter os bens que almejam, não possuem condições de bancá-los. No entanto, para estes, oferecem-se formas de pagamento que tornam o ato de compra possível e instigante.

O cartão de crédito é um exemplo destas inovações que viabilizam a compra para aqueles que não tem condições financeiras para saldar os bens que desejam. Ele, de forma cativante, geralmente acompanha um limite satisfatório e a sensação convincente de pagamento distante e fracionado a longo prazo.

A comédia romântica “Os delírios de consumo de Becky Bloom” (originalmente chamado de *Confessions of a shopaholic* e baseado na série de livros *Shopaholic*, de Sophie Kinsella), de 2009, traz essa ideia fortemente ilustrada ao longo de toda a trama. Inclusive, se inicia com Rebecca Bloomwood, interpretada por Isla Fischer, narrando que

desde criança observava sua mãe comprando tudo o que queria e enfatizando que ela sequer precisava de dinheiro, pois tudo o que lhe bastava era aquele “cartão mágico”, que a personagem sonhara em ter e, ao crescer, acabou tendo doze.

Por este viés, é possível associar a ficção com a realidade e perceber que, assim como a personagem principal do filme, inúmeros são aqueles que “ouvem o canto das sereias” e acabam comprando sem condições financeiras para efetuar o pagamento, desencadeando dívidas em virtude das taxas e juros que, como efeito colateral, o cartão de crédito oferece.

Mesmo com as desvantagens oferecidas pelo cartão de crédito, este ainda é socialmente visto de uma forma positiva, pois, apesar dos acréscimos financeiros que este descarrega sobre o produto, faz o desejo ser alcançado. Ou seja, as desvantagens oferecidas pelo uso do cartão de crédito são vistas como válidas, visto que funcionam como o meio de chegar-se ao fim e, finalmente, obter o que se quer.

Com a aquisição do bem, o indivíduo alcança a autossatisfação – sentimento temporário, e passa a ver a si diferentemente de antes. Neste viés, Gade (2010, p. 101) avalia que:

A imagem que o indivíduo tem de si, a autoimagem ou o autoconceito se desenvolve a partir das identificações com os outros. Neste processo o indivíduo desenvolve o Ego Ideal, o Ideal de Ego. O Ideal de Ego é a instância da personalidade resultante do narcisismo em que o ideal era a própria pessoa, o ego ideal, abandonando face às respostas do social e construído a partir deste, das identificações com os pais e com ideais coletivos.

Isto é, o indivíduo, em virtude da sua inserção no meio social, vê projetados em si os desejos dos outros. Desse pressuposto, passa a se identificar com estes também, deixando falar em tom mais alto as vontades e desejos sociais, enquanto silencia cada vez mais aquilo que realmente lhe seria válido.

Assim, o consumismo possui impactos também não só sobre a forma como vemos o outro, mas a forma como sentimos com que

o outro está nos vendo, o meio na qual estamos inseridos e a forma pela qual somos socialmente avaliados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, é notório que, dada a transformação do padrão de consumo à luz do cenário social, em decorrência de fatores intrínsecos e extrínsecos, modernamente este está diretamente ligado ao prazer pessoal e a uma utópica hierarquia social, afetando diretamente as relações interpessoais e, conseqüentemente, os aspectos que fazem com que os indivíduos permitam se sentir e fazer com que os outros se sintam, efetivamente, inseridos na sociedade.

Desta forma, através da análise história do consumo e o seu metamorfismo diante do consumismo, enquanto o primeiro passava a ser um fator pessoal – logo intrínseco, e o segundo um aspecto social (e extrínseco), foi possível vislumbrar que, passados os primórdios onde as relações de consumo se davam por meio das trocas e cada um dos constituintes figuravam como produtores-consumidores de forma simultânea, o ser humano vem, cada vez mais, fazendo do consumo um subterfúgio para alcançar a autossatisfação, não importando se para tal, resultará em comportamentos narcisistas e relações interpessoais nocivas.

Assim, esta insalubridade social que resulta como um impacto do consumismo se desperta de inúmeras formas, sendo as citadas ao longo deste objeto de estudo as referentes às desvantagens financeiras oferecidas do cartão de crédito, assim como a forma como elas são ignoradas para satisfazer um desejo, bem como a criminalidade direta ou indireta que resulte na obtenção do bem desejado e as próprias relações humanas por si próprias que fazem com que se permita existir um mundo perfeito inalcançável – como os da boneca Barbie, através das redes sociais, onde os espectadores desejam figurar como protagonistas e, para tal, sobrepõem sobre suas reais necessidades, a superficialidade de que se alimenta este mundo.

Para ilustrar a ideia anteriormente trazida, faz-se necessário lembrar a coluna de Ancelmo Gois, citada precedentemente, que descreve perfeitamente as armadilhas que podemos nos deparar nas redes sociais, causadas pela influência digital e ligadas diretamente ao consumismo, em tentativas de, conforme o conceito proposto por Bauman (2008), destacar-se da massa cinzenta e, mesmo que falsamente, estar dentro do conto de fadas que o autor aponta.

Finalmente, torna-se essencial dizer que, assim como o placar da partida envolvendo Brasil e Alemanha na Copa do Mundo do ano de dois mil e quatorze – que dispensa-se lembrar qual é, pois já temos os números mentalizados, este artigo possa sobreviver em nossos intelectos e não ser consumido pela voracidade das informações e bens de aquisição que nos chegam, a fim de nos lembrar – a cada nova e diária oportunidade que surgirá, sobre os impactos que o consumismo, em um cenário contemporâneo e amplamente virtual, têm em nossa vivência, nos deixando de valorizar o que realmente importa, em uma falsa perspectiva de alcançar o inalcançável e, embora lugar comum, mas não menos importante: sermos em vez de termos.

## REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. (2ª ed.) Portugal, Edições 70: 2008.

BAUDRILLARD, Jean. Função-signo e lógica de classe. Em: **A economia política dos signos**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos**. Trad. de Zulmira Ribeiro Tavares. São Paulo: Perspectiva, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. (6ª ed.). Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARBOSA, Livia; COLIN, Campbel. **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BLACWELL, Rogerd et al. **Comportamento do Consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: LCT, 2000

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Zouk; São Paulo: EDUSP, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectivas, 1999.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CUGINI, Paolo. Identidade, afetividade e as mudanças relacionais na modernidade líquida na Teoria de Zygmunt Bauman. **Diálogos Possíveis**, [S.l.], v. 7, n. 1, may. 2014. ISSN 2447-9047. Disponível em: <<http://revistas.faculdadesocial.edu.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/149>>. Acesso em: 23 Jun. 2018.

DOUGLAS, Mary & ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

DUFOUR, Dany Robert. **O divino mercado: a revolução cultural liberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

DVD. **Os Delírios de Consumo de Becky Bloom**. P. J. Hogan. Sophie Kinsella. EUA: Disney/ Buena Vista, 2009. DVD.

ELIADE, Mircea. **O mito do eterno retorno**. Lisboa: Edições, 70, 1999.

FROMM, Erich. **Ter ou Ser?** Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1987.

GADE, Christiane **Psicologia do consumidor e da propaganda**. São Paulo: EPU, 1998. 4ª reimpressão da edição revista e ampliada, 2010.

GASDA, Élio Estanislau. **Economia e bem comum: O Cristianismo e uma ética da empresa no capitalismo**. São Paulo: Paulus Editora, 2016.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991

GOIS, Ancelmo. **Subcelebridades pagam hospedagem no Fasano para abastecerem Instagram pelo ano todo**. 26/06/2017. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/subcelebridades-pagam-day-use-do-fasano-para-abastecerem-instagram-pelo-ano-todo.html> Acesso em: 25 de Jun. de 2018.

HALL, Stuart. **"Globalização", in A identidade Cultural na Pós-modernidade**. Porto Alegre, L&PM, 1999.

LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do capitalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEONARD, Annie. **A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LIMA, Roberta Oliveira. **Vem ni mim Dodge ram: No ritmo do ser, dever ser e dever parecer**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/vem-ni-mim-dodge-ram-no-ritmo-do-ser-dever-ser-e-dever-parecer>. Acesso em: 23 de jun. 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio – Ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Trad. de Theresinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

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

LUTTERBACH, Maria. A liquidação do consumismo. **Página 22**, [S.l.], n. 61, p. 49, jul. 2012. ISSN 1982-1670. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pagina22/article/view/29521>>. Acesso em: 23 Jun. 2018.

LYOTARD, F. **A condição pós-moderna**. Lisboa: Gravidia, 2003.

MARTINELLI, Fernanda Casagrande. **O sagrado e o profano na construção simbólica do consumo**. ECO/UFRJ. Programa de Pós-graduação / Mestrado em Comunicação e Cultura. Disponível em: [http://www.unerj.br/ead/2006/administracao\\_mkt/materiais/semestre7/%20negociacao/arquivos/O\\_SAGRADO\\_E\\_O\\_PROFANO\\_NA\\_CONSTRUCAO\\_SIMBOLICA\\_DO\\_CONSUMO.pdf](http://www.unerj.br/ead/2006/administracao_mkt/materiais/semestre7/%20negociacao/arquivos/O_SAGRADO_E_O_PROFANO_NA_CONSTRUCAO_SIMBOLICA_DO_CONSUMO.pdf). Acesso em: 23 Jun. 2018.

MAGERA, Márcio. **Os caminhos do lixo: da obsolescência programada à logística reversa**. São Paulo: Átomo, 2013.

MILLER, Daniel. **Teoria das compras: o que orienta as escolhas dos consumidores**. São Paulo: Nobel, 2002.

MILLER, Daniel. **Consumo como cultura material: Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, 2007.

MOREIRA, J. O. (2009). **Mídia, espetáculo e sociedade de consumo**. In CRP-04 (Org.), *Subjetividade(s) e sociedade: contribuições da Psicologia*. Belo Horizonte: Casa do Psicólogo.

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX: Neurose**. Tradução Maura Ribeiro Sardinha. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

MOWEN, John C.; MINOR, Michael S. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

RETONDAR, Anderson Moebus. **Sociedade de consumo, modernidade e globalização**. São Paulo: EDUFMG, 2007.



RÜDIGER, Francisco. **Theodor Adorno e a crítica à indústria cultural: Comunicação e teoria crítica da Sociedade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SAKFO, Lon; BRAKE, David. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios**. São Paulo: Blucher, 2010.

SANTOS, Adriana Bacellar Leite e. **Os meios de comunicação como extensões do mal-estar**. Rio de Janeiro: MAUAD, 2002.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa Silva. **Mentes Consumista: Do Consumismo à Compulsão por compras**. São Paulo: Editora Globo, 2014.

SCORSATO, Cristiane Bastos; SILVA, Cristiane; LIMA, Roberta Oliveira. **A insustentabilidade do ter: Hiperconsumo, resíduos e justiça ambiental**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-insustentabilidade-do-ter-hiperconsumo-residuos-e-justica-ambiental>. Acesso em: 23 de jun. 2018.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

VIEIRA, Ricardo Stanzola; GIUSTI, Karina Gomes. **Consumo, desenvolvimento e psicanálise: qual pode (deve) ser o papel do direito da sustentabilidade em tempos de crise socioambiental global?** In: PILAU SOBRINHO, LitonLanes; SILVA, Rogério (Org.). **Balcão do consumidor: do consumo ao desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: UPF; Itajaí: UNIVALI, 2013.

ZANETTE, Maria Carolina. **Influência digital: O papel dos novos influentes no consumo**. Curitiba: Appris, 2015.

# TRABALHO DA GESTANTE NOS LOCAIS INSALUBRES: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA VISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

**VELOSO, Carla Sendon Ameijeiras**

*Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida;*  
[carlaameijeiras@gmail.com](mailto:carlaameijeiras@gmail.com)

**SILVA, Luine Leone Lima da**

*Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes;*  
[luine\\_lls@hotmail.com](mailto:luine_lls@hotmail.com)

**SILVA, Luize Leone Lima da**

*Graduanda em Enfermagem pela Universidade UNIGRANRIO,*  
[luizeleone@hotmail.com](mailto:luizeleone@hotmail.com)

**Resumo:** O presente estudo tem objetivo a abordagem referente à gestante no ambiente de trabalho insalubre e a aplicabilidade do artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, após a entrada em vigor da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Visa, dessa forma, analisar o tema sob o aspecto protetivo especial dado a mulher gestante em relação ao ambiente de trabalho insalubre, simultaneamente com a Norma Regulamentadora nº. 15, do Ministério do Trabalho. Será utilizado uma visão interdisciplinar através do estudo desta relação de emprego, sob a égide da proteção do ser humano a saúde como direito fundamental.

**Palavras-chaves:** artigo 394-A, CLT; direitos fundamentais; Lei 13467/2017; direito do trabalho; saúde da mulher.

## INTRODUÇÃO

A partir da Revolução Industrial, século XIX, eram oferecidas péssimas condições de trabalho, a mão-de-obra utilizada era exercida por mulheres que recebiam salários inferiores ao que era desem-

penhado. Nesta época, trabalhadoras eram submetidas a trabalhos desumanos e até humilhante, resultante das condições mínimas de trabalho para qualquer ser humano, como por exemplo: jornada exaustiva, falta de circulação de ar, falta de iluminação, água insalubre, ausência de intervalo repouso e alimentação, entre outros.

O direito a saúde do trabalhador é assegurado constitucionalmente, dispõe expressamente o art. 7º, XXII, a redução aos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança no local de trabalho a fim de garantir a integridade física do trabalhador e controlar os agentes do ambiente de trabalho. Tal proteção abranda os prejuízos causados por não haver um ambiente que condiz ao pagamento de adicionais, caso não sejam os riscos extintos.

A mulher foi uma figura de grande relevância para o advento das Leis do Trabalho, pois, através da exploração da mão-de-obra feminina que o aparelho estatal manifestou necessidade de intervir, surgindo assim vestígios na legislação com o intuito de resguardar as trabalhadoras, visando mais segurança no ambiente de trabalho dessas mulheres e por consequência assegurar direitos e garantias que antes não eram destinados a elas.

É nítida, portanto, a ideia de proteção à saúde e a segurança das trabalhadoras no Direito do Trabalho, pois é basilar conceder a todo trabalhador condições dignas de trabalho para o exercício de suas funções. Essa preocupação tornou-se efetiva em 1943 na Consolidação das Leis do Trabalhistas-CLT, cujo capítulo V refere-se a Segurança e Medicina do Trabalho.

Surgiu-se assim, as regras de proteção a mulher, que estão ligadas ao período de gestação, pós-parto, amamentação e a situações específicas, como por exemplo, peso excessivo. Com a CLT e a Constituição de 1988, a mulher passou a ter garantias e direitos intrínsecos conforme a sua condição física e psíquica. Nesse sentido que as normas legais possuíam amparo a fim de proporcionar avanços, como a vedação a exigência de comprovante de atestado de gravidez e a proibição a revista íntima.

O art. 10, II, “b” do ADCT, dispõe um outro direito da mulher no que tange a proteção a maternidade, destaca que a mulher tem direito a licença maternidade de 120 dias e estando no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, tem-se proibida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante.

Observa-se dois objetivos presentes na licença maternidade, são eles, possibilitar a recuperação física da mulher depois do parto e a presença da mãe que é essencial, inclusive para o aleitamento da criança, o qual é de suma importância para o crescimento e desenvolvimento do recém-nascido.

Um outro direito social vinculado a mulher, que está disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, é a proteção maternidade, visa assegurar e proteger a vida da gestante e a que está em seu ventre. Para BARROS (1995, p. 39):

A maternidade possui um papel social, pois dela depende a renovação das gerações. Além da atribuição materna de reprodução e cuidados com filhos a mulher contemporânea tem propósitos profissionais e pessoais, na sua independência econômica, desenvolvimento profissional.

Contudo, por meio da aprovação da Lei 13.287/2016, surgiram mudanças no artigo 394-A, CLT, no qual tratava exclusivamente em proteger a saúde da mulher no decorrer da gestação e lactação, logo havia uma previsão taxativa a qual proibia a mulher de trabalhar em qualquer tipo de ambiente insalubre.

A redação dispunha o seguinte:

Artigo 394-A, CLT: “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.”

Nesse sentido a partir do momento que se verifique o estado gravídico, a trabalhadora era afastada do ambiente insalubre na qual estava exposta independentemente do grau de insalubridade, portanto era realocada em um ambiente laboral salubre. Entende-se que a justificativa para a elaboração da lei citada é que o trabalho da

gestante em ambientes insalubres é visivelmente prejudicial, não só atinge as trabalhadoras, mas principalmente ao feto e a criança em fase de amamentação, sendo assim, o projeto de lei possuía a ideologia de proibir o trabalho dessas mulheres em lugares insalubres.

## 1. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO INSALUBRE E AS NORMAS DE PROTEÇÃO

O local insalubre pode ser considerado um local prejudicial à saúde, atributos do que não é higiênico, saudável, ou um ambiente nocivo a saúde da trabalhadora bem como a execução do seu trabalho. Por essa compreensão, é fundamental uma atenção reforçada a esses locais insalubres tornando possível atingir a erradicação, já que a saúde não é um bem negociável, bem como a vida da trabalhadora que é só uma.

CARDELLA (2007, p. 241) explicita que no ambiente insalubre nocivo à saúde é “aquele onde o agente nocivo é o ente constituído de matéria ou informação que causa danos e/ou perdas quando inserido no alvo”. A trabalhadora possui o direito de exercer suas atividades laborais em um meio salubre, onde não ocorra a exposição à saúde de seu filho ou que seja um local saudável. É dever das empresas e dos empregadores fornecer a essas mulheres circunstâncias apropriadas para os exercícios de suas funções.

Diversos agentes nocivos à saúde do indivíduo e principalmente, a mulher gestante e lactante, podem ser reduzidos, logo ocasionaria uma diminuição ou inclusive eliminar doenças ocupacionais, favorecendo a vida das mulheres trabalhadoras.

Mas para que isso seja realizado é necessário que as empresas tracem e executem planejamentos apropriados, que sejam observadas medidas de prevenções e adaptações do meio laboral de trabalho de maneira coletiva, como por exemplo, trocar produtos, conciliar o ambiente e outras medidas capazes de reduzir os agentes insalubres. NASCIMENTO (2012, P. 258) revela que:

A proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito do trabalho deve fixar condições mínimas a serem observados pelas empresas, quer quanto às instalações onde oficinas e demais dependências se situam, quer quanto as condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou perigo que a atividade desempenhada ofereça.

Por esse motivo, é essencial que o empregador contribua nas tentativas de eliminar os agentes insalubres que se encontra no ambiente laboral e assim desse modo com o objetivo de garantir a vida e a saúde do trabalhador e em especial a da mulher gestante e lactante.

Porém, sabe-se que as empresas que possuem local insalubre não admitem medidas protetivas a saúde além das que são cobradas pela legislação nas quais seria o fornecimento dos equipamentos de proteção individual. Desse modo, vale destacar que as empresas optam em não aplicar medidas que protegem os empregados de forma geral com o fim de eliminar e neutralizar os agentes prejudiciais à saúde, porque o custo real seria elevadíssimo. Importante ressaltar que a CLT preceitua em seu artigo 191, a possibilidade de eliminar ou neutralizar a insalubridade, mas nestes casos o adicional não será devido. A situação pode vir a ocorrer, nos casos de utilização de Equipamentos de Proteção Individual-EPI, neutralizam assim os possíveis efeitos dos agentes ou condições insalubres. Por essa razão preferem o pagamento do adicional de insalubridade ao invés de executar os critérios de eliminação/ neutralização.

EPI é definido pela Norma Regulamentadora nº6 do Ministério do Trabalho e Emprego- MTE, como um dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalho, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho. OLIVEIRA (2011, P. 164) complementa o assunto e alega que:

No entanto, a exceção tornou-se a regra no Brasil. Em vez de eliminar a insalubridade na fonte ou adotar medidas coletivas de neutralização, o empresário prefere a solução mais cômoda e barata, porém menos eficiente: fornecer o equipamento de proteção individual- EPI. Para o trabalhador, muitas vezes, o EPI é sinô-

nimo de desconforto, incomodo que limita as percepções, causando, algumas vezes, até mesmo a sensação de insegurança.

Sobre o dispositivo legal mencionado acima, cumpre destacar, que não revela o nível de insalubridade e quais os agentes nocivos as gestantes e lactantes estariam proibidos de serem expostos no ambiente de trabalho, essa norma veda expressamente o trabalho em qualquer lugar considerado insalubre independente do nível que a mulher seria atingida, já que pelo mínimo grau de exposição já colocaria em risco de gestante e o seu bebê.

## **2. A NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 E A PORTARIA Nº. 3217/1978**

Para uma melhor compreensão acerca do tema é preciso definir a origem da palavra insalubridade, derivada do latim, significa tudo aquilo que origina doença e insalubridade é a qualidade de insalubre. Partindo desses conceitos, a insalubridade é compreendida como aquela que pode produzir doenças no ambiente laboral. A legislação brasileira determina que a insalubridade é a atividade ou operação que por sua natureza expõe o trabalhador a agentes prejudiciais à saúde acima dos limites de tolerância permitida.

As legislações sobre esse assunto emergiram-se com a criação da CLT e com a Norma Regulamentadora nº 15, no qual aborda as atividades e operações insalubres. O artigo 189 da CLT, prevê o conceito legal de insalubridade em consonância com os princípios de higiene do trabalho:

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Com base nesse dispositivo legal, o trabalhador que presta atividade em situações insalubres tem o direito de receber uma remuneração superior, recebe, dessa forma um adicional por conta da expo-

sição sofrida. Por consequência, o legislador deixa claro que o pagamento do adicional a insalubridade é caracterizado se ocorrer a exposição aos agentes nocivos à saúde, devendo que essa seja acima dos limites de tolerância permitidos juridicamente, no qual deve ser estudado a causa natural, força do agente e o tempo de exposição dos trabalhadores no ambiente insalubre.

Nesse sentido, O Ministério do Trabalho por meio da NR nº 15, da Portaria nº 3214/78, regulamenta os critérios técnicos que caracterizam as atividades insalubres. A norma lista todas as atividades que fazem jus ao pagamento de insalubridade, é o que estabelece o artigo 190 da CLT:

Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

A título de exemplo de atividade insalubre, tem-se o obreiro exposto a ruídos, que nas condições específicas, prevista na própria norma regulamentadora, pode ocasionar surdez permanente.

Na norma há uma divisão de três categorias dos agentes nocivos que atingem a saúde do trabalhador, sendo eles: agentes físicos, agentes químicos, agentes biológicos, pois estes resultam da natureza, intensidade e o tempo de exposição do agente agressor.

Os agentes físicos, são classificados como ruídos, vibrações, calor, frio, umidade, eletricidade, pressões anormais, radiações ionizantes e não ionizantes. Os agentes químicos são aqueles manifestados por neblinas, nevoas, poeira, fumos, gases, vapores oriundos de substâncias nocivas presente no ambiente laborativo, que são absorvidos pela via respiratória, bem como as passíveis de absorção através de outras vias. E os agentes biológicos são os microrganismos como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus, dentre outros do gênero.

Com base nesse aspecto, foram determinados os limites de tolerância os agentes acima citados, para que possa buscar uma prevenção sobre a degradação da saúde do trabalhador. Logo estes limites



devem ser respeitados pelos empregadores, sendo um parâmetro para controlar o ambiente de trabalho. O artigo 192 da CLT, dispõe:

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

(Vide Súmula 228 do TST e Súmula Vinculante nº 4 do STF - cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário básico).

Importante deixar claro, que a adicional insalubridade possui a natureza salarial e não indenizatória, pois a intenção é compensar o trabalho em condições danosas a saúde do trabalhador. O grau de insalubridade é entendido com base no tipo de agente que o trabalhador é exposto no local, a norma regulamentadora 15 especificou para o agente ruído, por exemplo, um adicional de 20% no grau médio, contudo o agente poeira gera o adicional de 40%, grau máximo.

Válido lembrar que o grau de insalubridade que o trabalhador faz jus é caracterizado por meio do tipo de agente que ele é exposto e não pela intensidade do agente. Logo, se em determinado local o ruído for cinco vezes superior ao limite gerará o mesmo grau de insalubridade do que em outro local em que o ruído é duas vezes superior ao limite de tolerância permitido. Portanto, é levado em conta o agente insalubre o qual o trabalhador está sendo exposto.

### 3. DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PÓS-REFORMA

Através da Reforma Trabalhista em 2017, a lei 13.467/2017, alterou o artigo 394-A, CLT, flexibilizou o que estava estabelecido na lei anterior, Lei 13.287/2016, que mitigava o trabalho das grávidas meio a locais insalubres e quanto as lactantes o legislador nada estabeleceu acerca da temática.

A nova redação do artigo 394-A, da lei 13.467/2017, estabelece:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Caput alterado pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;(Inciso incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Inciso incluído pela Lei nº13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Inciso incluído pela Lei nº13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 1º **(VETADO)**. (Vetado pela Lei nº 13.287/2016 - DOU 12/05/2016 e reenumerado pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Parágrafo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afasta-se nos termos

do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante

todo o período de afastamento.

(Parágrafo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017).

A Reforma Trabalhista, não modernizou as relações de trabalho, mas sim, corroborou para o crescimento da informalidade e do desemprego, pois estabeleceu formas precárias de contrato de trabalho e diminuiu os direitos sociais previstos na Constituição.

O Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), juiz Guilherme Guimarães, afirmou recentemente no *Seminário: impactos da aplicação da nova legislação trabalhista no Brasil*,<sup>209</sup> promovido pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, que a reforma propiciou uma imensa insegurança jurídica. Segundo ele, existem vinte e cinco ações diretas de inconstitucionalidade em face da referida lei. Porém até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal, delimitou-se as ações relativas à contribuição sindical obrigatória.

Carlos Fernando da Silva, Presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho, em sua fala no mesmo seminário, salientou que a reforma obteve um efeito contrário do que fora apregoado, para ele, questões como por exemplo, o alto grau de contratação como pessoa jurídica; ou seja, “pejotização”, a terceirização precária; a informalidade; a proteção a mulher; a automação, o considerável grau de rotatividade do mercado de trabalho brasileiro e acidentes de trabalhos reiterados, são alguns dos problemas que deveriam ser tratados pela nova legislação, porém, na realidade, contribuiu para a insegurança, pois agora foram legalizados.

Como já é notório, a reforma foi uma imposição do atual governo, com a justificativa da crise econômica do país, pois seus criadores tornaram possível a flexibilização de normas atinentes ao direito do trabalho, com a intenção de modernizar a legislação através de negociação entre empregadores e empregados.

---

<sup>209</sup> Agência Câmara Notícias. Debatedores responsabilizam reforma trabalhista por aumento do desemprego e da informalidade. Disponível: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/559875-DEBATEDORES-RESPONSABILIZAM-REFORMA-TRABALHISTA-POR-AUMENTO-DO-DESEMPREGO-E-DA-INFORMALIDADE.html>>. Acessado em: 11.07.2018

Não se pode negar que a lei 13. 467 é uma afronta a todo preceito jurídico de direitos sociais discutido pelo sistema constitucional abraçado pela CLT. CASSAR (2017, p.1), desembargadora do TRT 1ª Região, compreendeu quanto ao conteúdo do projeto de lei:

Ao contrário do que afirmado pela imprensa, desconstrói o direito trabalhista como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade do ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.

Concluimos assim, que o legislador errou ao suprimir diversos direitos concedidos aos trabalhadores que no decorrer dos anos foram sinônimo de luta, principalmente, é o que observa quanto ao direito da gestante em relação ao local de trabalho insalubre, até porque a atribuição do estado com base no princípio da dignidade da pessoa corroborar na autonomia dos sujeitos nas relações de trabalho.

Desta forma, com a entrada em vigor da reforma trabalhista, em novembro de 2017, as mulheres gestantes que trabalham em local insalubre, mediante os graus mínimo e médio poderão exercer suas atividades normalmente. Porém, o legislador afirma que o afastamento poderá ser realizado com a apresentação do atestado médico ao seu empregador, com o objetivo de demonstrar a real necessidade de seu intervalo até o retorno na sua função regular.

O legislador não informa com clareza que o médico poderá assinar o atestado, apenas nos informa que o médico poderá ser da confiança da gestante, decidindo se a gestante pode ou não continuar exercendo as atividades naquele local danoso, que por as exposições aos agentes causadores geram risco a saúde da gestante e do nascituro.

Nesse linear, é fundamental reiterar que o ambiente insalubre se refere a um local não sadio, que seja prejudicial à saúde do sujeito, que ao exercer sua atividade de trabalho faz jus ao recebimento do adicional. Logo, se um trabalhador de modo geral, no desempenho

de suas funções em um lugar lesivo gera dano a saúde, quem dirá uma mulher grávida na qual esteja gerando uma outra vida ou até amamentando.

Sob essa visão, o legislador peca ao flexibilizar tal norma, uma vez que não está em momento algum resguardando o bem-estar e a saúde da gestante e do nascituro, a partir do abrandamento da norma não há proteção quanto a maternidade e a infância, direitos garantidos pela nossa Constituição Federal de 1988.

A antiga redação do artigo 394-A, era possível perceber a proteção da mulher em período gestacional e ao mesmo tempo ao cuidado com a vida e saúde da mãe e da criança. As alterações hormonais, fisiológicas, psicológicas e anatômicas que a mulher enfrenta no período gravídico, expressa um cuidado especial para estas ocorrências, inclusive no que diz respeito ao desempenhar de uma atividade laboral, para que não haja riscos ou agravamentos na saúde da trabalhadora e do bebê. Por isso, a importância em vedar totalmente o trabalho da mulher em lugar insalubre a qualquer grau de exposição, seja mínimo ou máximo.

Ainda sobre a abordagem do novo texto o referido dispositivo no tocante ao grau máximo de insalubridade permanecerá as regras da antiga redação, ou seja, ficando expressamente proibido o exercício de qualquer atividade que exponha a saúde da gestante e a de seu filho.

A gestante que porventura tiver que ser afastada de sua atividade laborativa, não terá prejuízo quanto a sua remuneração, ou seja, no período de afastamento a mesma continuará a receber o valor integral do adicional de insalubridade, uma vez que tal adicional integra a renda da trabalhadora, em consonância ao caput do artigo 394-A da CLT.

A finalidade de salvaguardar os direitos da gestante e a do feto que está sendo gerado é estimável e valioso, para a proteção da saúde do infante, todavia, é importante atentar-se que nem todas as mulheres conseguirão desfrutar do direito que a lei as ampara sem que haja prejuízo, financeiros e morais.

#### 4. A VISÃO INTERDISCIPLINAR: SOB A ÉGIDE DA PROTEÇÃO DO SER HUMANO A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde é um direito fundamental do ser humano, no qual dispõe de um Sistema que promove, recupera e protege a população contra os condicionantes e determinantes de saúde, sendo dever de o Estado assegurar a universalidade do acesso, nesse sentido, o Estado inclui pessoas, famílias, empresas, ou seja, inclui a sociedade como um todo.

MELO (2013,p. 31) salienta que a saúde do trabalhador “não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho mais sim um direito social e fundamental vinculado a todos os trabalhadores”, logo a mulher gestante trabalhadora necessita não só de condições salubres, mas também de serviços de saúde que auxiliem no cuidado e evolução da gravidez.

A gravidez, considerada como uma manifestação fisiológica pode apresentar complicações provenientes de fatores externos agravando a saúde do binômio mãe e filho, essas exposições retardam o desenvolvimento fetal e aumentam a probabilidade do risco de morbi-mortalidade materno-fetal.

A morte materna resulta de doenças pré-existentes à gestação ou que se desenvolveram durante esse período, não provocadas por causas obstétricas diretas (complicações obstétricas durante gravidez, parto ou puerpério, devidas às intervenções, omissões, tratamento incorreto ou a uma cadeia de eventos), mas agravadas pelos efeitos fisiológicos da gravidez, podendo ocorrer durante ou após 42 dias após o nascimento do feto.

Quando ocorre a junção do óvulo com o espermatozoide na tuba uterina para formar um ser excepcional (único) denominamos esse fenômeno como fecundação em que há o produto do conceito, tendo suas fases embrionárias pautadas no crescimento fetal, assim o ambiente que a progenitora está inserida também influencia diretamente sobre as condições de desenvolvimento.

O ambiente, saneamento básico, a moradia, e principalmente o trabalho, no qual a mulher dedica-se prioritariamente, a depender de suas exposições durante a jornada de trabalho, a gestora pode atribuir principalmente entre a quarta e a oitava semana de gestação malformações que afetam o aprimoramento dos órgãos causando sequelas e até mesmo abortos. Malformações congênitas, segundo a Organização Pan-Americana de Saúde- OPAS, compreendem qualquer defeito na constituição de algum órgão ou conjunto de órgãos que determine uma anomalia morfológica estrutural ou funcional, presente ao nascimento ou não, causado por fatores genéticos, ambientais ou mistos.

Tendo em vista suas causas principais relacionadas às condições insalubres, temos as teratogênicas e as multifatoriais que agrupam tanto as ambientais quanto as genéticas, dentre as teratogênicas há os agentes químicos físicos e biológicos que podem acometer o sistema nervoso central, o sistema respiratório, músculos, ossos e outras estruturas estalando-se no período embrionário, mas podendo se manifestar tempos após o nascimento, caso o embrião consiga se desenvolver.

É importante ressaltar que o produto dos defeitos Congênitos está associado não só as condições extrínsecas, mas também ao fator socioeconômico visando à importância das realizações das consultas de Pré-Natal a fim de realizar o diagnóstico no primeiro trimestre.

A partir do acompanhamento especializado no período gestacional é possível descobrir a provável data do parto (DPP) e a idade gestacional (IG) no qual ocorre pela data da última menstruação (DUM) que é a cessação fisiológica da descamação do endométrio em conjunto com o aumento dos níveis hormonais do estrogênio e progesterona. Orientações e cuidados especiais a serem seguidos pela gestante também são recomendados, como o afastamento do local de trabalho e a regulamentação do cartão vacinal para confirmar a saúde do feto em ambos os ambientes, seja ele intra e extrauterino.

A realização de exames rastreadores no primeiro e segundo trimestres são essenciais para a vitalidade do estado de saúde da mãe e filho, assim durante toda a assistência investigam-se possíveis intercorrências vinculando o bem-estar do binômio evitando abortos e especialmente partos de natimortos.

A interrupção da gravidez, mas conhecida como aborto, é a morte ou expulsão ovular ocorrida antes de 22<sup>o</sup> semana ou quando o concepto pesa menos de 500g. Pode ser espontâneo ou provocado. O abortamento é dito precoce quando ocorre até a 12<sup>a</sup> semana e tardio quando ocorre entre a 13<sup>a</sup> e a 22<sup>a</sup> semana. O aborto espontâneo está relacionado ao contexto socioeconômico motivado por estresse, esforço físico e principalmente por malformações, estima-se que em 25% das gestações ocorrem a morte fetal espontaneamente.

Mediante a causalidade e tipologia, a Organização Mundial de Saúde entende essas fatalidades como um problema de saúde pública de modo a revertê-las com projetos de educação social esclarecendo para as mulheres seus direitos, não só como gestante, mas sim como mulher e conseqüentemente cidadã, portanto, é fundamental esclarecer quanto o direito **de todas as pessoas de ter acesso ao maior padrão de saúde possível**; o **direito das mulheres de ter controle e decidir livre** e responsabilmente sobre temas relacionados à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva e o direito de ter acesso à informação relevante sobre saúde.

Por meio da nova redação, puérperas são obrigadas a tentar negociar com seus chefes intervalos para a realização da amamentação de seus filhos. A danosa decisão traz conseqüências para o crescimento e desenvolvimento das crianças tendo em vista a troca do leite materno indiscutivelmente indispensável por aleitamento misto antes do período previsto, assim a amamentação composta por engrossantes não garantem a total necessidade de nutrientes e anticorpos, pelo contrário, podem acarretar um quadro de obesidade e sobrepeso que é a problemática do mundo moderno.

O leite de origem humana confere ao recém-nascido uma série de benefícios no qual contribuem para a defesa do sistema imu-



nológico, evita infecções do sistema respiratório e gastrointestinal e garantem o aprimoramento da musculatura bucal. Logo as mulheres precisam manter boa alimentação e garantir seu estado de saúde sabendo-se que através da amamentação a criança obtém anticorpos da gestora contribuindo para o fortalecimento e amadurecimento do sistema imunológico. Sujeitar-se a condições insalubres prioritariamente no caso das gestantes é um ato anticonstitucional, pois fere a moral das trabalhadoras e o produto da concepção.

HELOANI (2018,p. 3), *professor titular da Unicamp*, em entrevista concedida ao *Boletim Notícias Confederação Nacional dos Vigilantes*, afirmou “é um direito da trabalhadora se sustentar sem violentar o seu corpo e sua alma” e ainda critica a atual reforma do artigo 394-A, CLT, ressaltando que a mulher pode sentir um sentimento de culpa em pôr a vida de seu filho em risco por submeter-se as condições precárias de trabalho porque a empresa obriga. Logo, esta forma de trabalho é vista como violência psíquica irreparável trazendo ainda mais prejuízos à saúde da mulher, nesse caso, abalando a sanidade mental e posteriormente aumentando o estresse e a ansiedade no qual causará reflexos negativos na saúde do lactente como agitação, irritabilidade e cólicas, por exemplo.

## CONCLUSÃO

O local de trabalho é constitui um importante direito fundamental, sendo um ambiente em que é possível atingir qualidade no local laboral, pois o ser humano desfruta de boa parte de sua vida em seu ambiente de trabalho e isso conseqüentemente, influencia na qualidade de vida da trabalhadora.

O princípio da dignidade da pessoa é um dos princípios essenciais no ordenamento jurídico e por seguinte a qualidade e segurança nesse meio complementam esse princípio. Dessa forma, para ter um meio ambiente equilibrado e saudável em que preserve e resguarde a existência humana, é indispensável respeito e atenção aos direitos fundamentais a saúde, a vida, previstos na Constituição Federal.

Não se discute a necessidade de ter mudanças na rotina laborativa, que viabilize condições salubres e que preservem a dignidade do trabalho humano, faz-se preciso, que situações que exponham esses direitos consagrados, tornem-se apenas exceções, não sendo parte do dia a dia de uma trabalhadora.

Válido destacar, que a adicional insalubridade é um meio de neutralizar e combater práticas de atividades insalubres e abusivas à saúde do trabalhador. Nesse pensamento, o legislador equivocou-se ao aprovar por unanimidade a flexibilização do artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual garante a mulher gestante o seu afastamento de locais insalubres em grau máximo, submetendo, assim, ao empregador a readequação da mulher a um ambiente de trabalho salubre, para que a mesma não fique exposta a agentes nocivos à saúde, no qual pode ser prejudicial a ela e ao seu bebê, inclusive em fase de amamentação e desenvolvimento.

Contudo, analisa-se que o legislador errou ao suprimir diversas garantias concedidas aos trabalhadores que ao longo dos anos foram defendidos com tanto esforço, especialmente, no que tange aos direitos das gestantes em relação ao local de trabalho insalubre.

Uma outra crítica que fazemos a essa nova legislação reformista, é a de que o trabalho de gestantes em locais insalubres gera um risco para a saúde das mulheres e principalmente dos bebês. Nem todos os atestados médicos, ou a falta deles, são uma garantia, pois o médico pode não possuir conhecimento suficiente acerca da segurança necessária naquele ambiente de trabalho, ou seja, não existe respaldo ou norma jurídica que obrigue o deslocamento do médico ao local de trabalho da mulher, afim de constatar as reais condições laborais. Portanto, o que parece ser uma medida de proteção ao mercado de trabalho feminino pode até mesmo sendo prejudicial à saúde de ambos, tanto da gestante quanto do bebê.

Nesse sentido, conclui-se que a supressão de tais direitos, não está protegendo o bem-estar e a saúde da gestante e a do nascituro. Assim, com a minimização da norma que permite a gestante exercer a atividade em locais insalubres, mesmo que em grau mínimo e

médio, o legislador não protege a maternidade e os direitos dos infantes, direitos esses previstos na Constituição Federal.

A pergunta que surge é na hipótese de uma trabalhadora grávida ou uma lactante exposta a um ambiente laboral insalubre, mesmo com atestado médico, após comprovada existência de prejuízo à saúde dela ou da criança, quais vão ser as consequências patronais quanto a responsabilidade civil, penal e demais cearas.

Além disso, o receio de perder o emprego sobrepõe-se a exigência do atestado médico. Na realidade a negociação é ilusória, pois as empregadas gestantes ou lactantes precisam do trabalho e dessa forma, o empregador terá uma posição de superioridade frente a essa situação.

Logo, a saúde da mulher e da criança sofrem irreparáveis danos quando submetidos a condições insalubres de trabalho, sejam elas mínimas, medias ou máximas, portanto caberia aos legisladores revisar a atual legislação trabalhista e analisar o desrespeito cometido contra o estado de saúde da progenitora, não obrigando um atestado médico para o afastamento do local de trabalho. Mas sim, aceitando a partir que qual período de gestação é delicado e arriscado a saúde da mulher gestante e da criança, necessitando assim, de licença médica durante o desenvolvimento fetal e a amamentação.

Em oposição à mesma lei trabalhista que afirma o afastamento somente deve ser feito sobre determinadas condições seria mais adequado realocar a funcionária para tarefas que não demandam de exposições perigosas a fim de assegurar a integralidade da mulher.

Logo, medidas sensatas de segurança evitam o desenvolvimento de malformações e abortos, de modo a preservar a saúde não apenas dos trabalhadores, mas de todos os indivíduos que estão inseridos no local mesmo aqueles em vivem em ambiente intrauterino.

Obviamente que a Constituição Federal e a legislação ordinária proíbem a discriminação de gênero no mercado de trabalho, porém, aplicar tais determinações no dia a dia, simboliza uma luta, uma vez que é difícil impedir a discriminação indireta, que ocorre na hipó-

tese em que a mulher deixa de ser contratada sem que o rela motivo seja de fato exposto.

Somente através da educação, ética e conscientização social direcionada a toda sociedade civil a respeito da importância do trabalho da mulher, é possível vislumbrar o combater de tais discriminações indiretas da mulher no mercado de trabalho.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.p. 39.

BRANDEN, Pennie Sesller. (2016). **Enfermagem Materno-Infantil**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, p.524.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego (1978). **Norma Regulamentadora nº15 - Atividades e Operações Insalubres**. Disponível em: <[http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas regulamentadoras/ norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres](http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas_regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres) >. Acesso em: 03.06.2018.

BRASIL. Presidência da República. (2017). Lei nº 13.467, Consolidação das Leis Trabalhistas.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Saúde. (2005). **Portaria nº 426/GM/MS- Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida**.

CARDELLA, Benedito. (2007). **Segurança no trabalho e prevenção de acidentes: uma abordagem holística: segurança integrada à missão organizacional com produtividade, qualidade, preservação ambiental e desenvolvimento de pessoas**. São Paulo: Atlas, p. 214.

CASSAR, Vólia Bomfim. (2017) **Breves comentários às principais alterações propostas pela Reforma Trabalhista**. Portal Jurídico Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258650,71043-Breves+>

comentarios+ as+ principais+alteracoes+propostas+pela+Refor<ma>, Acesso em: 04.07.2018.

FERNANDES, Rosa Áurea Quintella; Narchi, Nadia Zenon (Orgs). (2012) **Enfermagem e Saúde da Mulher**. São Paulo: Manole.

HELOANI, Roberto. CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. (2018) **Nova Lei Trabalhista pode comprometer saúde das mulheres gestantes e do bebê**. Edição 1912, Boletim Notícias Confederação Nacional Dos Vigilantes, p. 3. Disponível em: <<https://dfinformatica.net/cntv/arquivos/1518710005.4-arquivo.pdf>>. Acessado em: 05.06.2018.

MELO, Raimundo Simão de. (2013). **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTR, p. 31.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. (2012) **Iniciação ao direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTR, p. 258.

\_\_\_\_\_ (2009) **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. (2011) **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. Ed. Rev. E atual. São Paulo: LTR, P. 164.

# O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO E OS DIREITOS SEXUAIS

**ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas**

*Doutoranda em Justiça Administrativa, UFF,  
fernandafranklinseixas@gmail.com*

**SILVA, João Pedro Schuab Stangari**

*Graduando em Direito, FACIG - Manhuaçu,  
joaopedroschuab@gmail.com*

**CARVALHO, João Victor Augusto Caetano de**

*Graduando em Direito, FACIG - Manhuaçu,  
joaovictorrccfm@gmail.com*

**Resumo:** O presente trabalho tem como análise a dicotomia entre o fundamentalismo religioso e os direitos sexuais. Partindo da premissa Foucaultiana sobre a história da sexualidade, será estudada a condição da liberdade de escolha de conduta sexual nos dias atuais e com isso os desdobramentos na legislação brasileira referente. Assim, o que se deseja em tal estudo, é a análise da perspectiva do referido confronto, passando por um viés histórico das políticas de controle sexual religiosas, culminando no panorama atual. Para tanto, será feita uma pesquisa de cunho bibliográfica, utilizando-se do método fenomenológico-hermenêutico, refletindo sobre as concepções de moral, sexualidade e religião, com a sua influência em diversos setores da sociedade, como a família, trabalho, educação e poder político.

**Palavras Chave:** Sexualidade; Fundamentalismo religioso; Diversidade.

## INTRODUÇÃO

O Estado democrático de direito constitui-se de forma empírica e normativamente, unindo o direito e a política. O ordenamento jurídico, assim como a moral, sistematiza as ações e soluciona os conflitos entre cidadãos, diferenciando-se o primeiro do segundo pela força coercitiva do direito em reger essas questões. Já a política possui o condão de realizar programas coletivos de definição de metas que transcendem a capacidade dos sujeitos isoladamente e necessitam ser implementadas por meio do sistema político através dos grupos sociais. (HABERMAS, 1997, p. 179).

No Brasil, a Constituição cidadã de 1988 protege de forma explícita e inequívoca o direito à igualdade, liberdade, pluralismo e liberdade de credo a todos os brasileiros e estrangeiros em território nacional. Nesse sentido, todo o ordenamento jurídico brasileiro é estruturado e norteado por princípios que buscam aproximar a dignidade humana e as diferentes classes e grupos sociais, mantendo suas especificidades inerentes, promovendo de forma salutar a diferença e a união, traduzindo o pensamento habermasiano da conexão entre direito e política.

Assim, segundo Habermas (1997), o estado de direito surge, tanto de forma empírica quanto normativa, da união entre direito e política, constituindo duas vertentes no estado de direito, justificando a própria tensão interna entre facticidade e validade, o que justifica a teoria da ação mediante as possibilidades que tem o sujeito de agir de acordo com a razão estratégica ou a razão comunicativa e revela-se em três níveis: da norma jurídica, do sistema de direitos e do estado democrático de direito.

Habermas não tem dúvida sobre o caráter instrumental da política, que dispõe do meio poder para coordenar a ação, enquanto o direito não pode desfazer-se de seu papel normativo. A política permite ao estado de direito exercer a violência que subtraiu dos indivíduos privados, enquanto o direito oferece seu próprio meio para constituir o estado de direito e alimenta-se constantemente das relações de solidariedade provenientes do mundo da vida ou da fundamentação racional das questões problematizadas por meio dos discursos (HABERMAS, 1997, p. 171). Dessa forma, como Estado democrático de

direito e seguindo uma visão Habermasiana, o Brasil deve ser estruturado a partir dos pilares da dignidade humana, da igualdade e das variadas formas de diversidade, objetivando o bem-estar, a felicidade, igualdade e inclusão, de forma a erradicar a discriminação, devendo a pluralidade ser compreendida como o presente mais belo que a vida oferece à sociedade, que segundo Habermas (2002), no livro a inclusão do outro, não existe verdade absoluta entre o certo e o errado, e todos os cidadãos são livres para escolher suas opções e convicções pessoais, não devendo ser por isso rejeitados, perseguidos ou discriminados por suas diferenças subjetivas, mas respeitados.

Passados trinta anos da promulgação da Constituição cidadã que empreende com um catálogo condizente com a construção de uma sociedade solidária mais inclusiva, é pertinente afirmar que no que toca aos direitos sexuais, ainda resta muito ao jurista contemporâneo. A religião tem para a sociedade uma demasiada importância. Seja qual for a crença, ela exerce forte influência sobre o comportamento e logo, sobre a sexualidade humana. De diversas maneiras, a sexualidade desperta interesse nas religiões, e é ponto importante de discussão pelos teólogos.

Se há uma verdade que a história põe fora de dúvida é a de que a religião engloba uma porção cada vez menor da vida social. Originalmente, ela se estende a tudo; tudo o que é social é religioso, as duas palavras são sinônimas. Depois, pouco a pouco, as funções políticas, econômicas e científicas se emancipam da função religiosa, constituem-se à parte e adquirem um caráter temporal cada vez mais acentuado. Deus, se é que podemos nos exprimir assim, que antes estava presente em todas as relações humanas, retira-se progressivamente delas; ele abandona o mundo aos homens e a suas disputas. DURKHEIM (2008, pp. 151-152).

O presente trabalho tem como análise a dicotomia entre o fundamentalismo religioso e a temática dos direitos sexuais, bem como seus desdobramentos no legislativo brasileiro.

Não há por que colocar a questão: porque o sexo é assim tão secreto? Que força é essa que, durante tanto tempo, o reduziu a silêncio e mal acaba de ceder, permitindo-nos talvez questioná-lo, mas sempre a partir e através de sua repressão? De fato, essa questão tão repetida em nossa época nada mais é do que a forma



recente de uma afirmação considerável e de uma prescrição secular: lá está a verdade toma-a. (FOUCAULT, 1999, pág. 76)

Segundo MONICA (2017) as religiões continuam a ocupar um lugar central na produção de subjetividades, podendo esse fato ser constatado não apenas nos dias atuais como em toda a existência humana que se deu principalmente após o século XX, quando os mecanismos de repressão iniciaram um processo de afrouxamento dando lugar a um discurso de da afirmação da sexualidade, por intermédio dos conceitos de liberdade, autodeterminação sexual e de diferença. Assim, o que se deseja em tal estudo, é a análise da perspectiva do referido confronto, passando por um viés histórico das políticas de controle sexual religiosas, culminando no panorama atual, analisando o papel da religião na formação da concepção sexual dos indivíduos e a influência trazida por ela em diversas instituições, como na educação, na política, na família e na vida profissional do indivíduo.

Para tanto, será feita uma pesquisa de cunho bibliográfica, utilizando-se do método fenomenológico-hermenêutico, eis que, a análise do fenômeno é essencial para o desvelamento desse estudo aliado ao ordenamento jurídico brasileiro, refletindo sobre as concepções de moral, sexualidade e religião, com a sua influência em diversos setores da sociedade, como a família, trabalho, educação e poder político e fazendo uma abordagem descritiva e valorativa sobre a influência religiosa nos diversos setores da sociedade em que se faz presente a sexualidade como setor importante para a determinação dos direitos da personalidade, como Maria das Dores Machado assim descreveu:

A despeito das diferenças no meio pentecostal, predomina a visão de que as demandas dos movimentos das minorias sexuais expressam essa ameaça para a “formação da família cristã”, e as propostas de lei no Congresso Nacional com intuito de regularizar o trabalho das profissionais do sexo, descriminalizar o aborto ou ampliar o permissivo legal, promover a equiparação jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a adoção de crianças por casais homossexuais, etc. são interpretadas como sinais de que a batalha a ser travada pelos cristãos requer a presença deles nas casas legislativas. (MACHADO, 2015, pág 53)

Com isso, a presente pesquisa está estruturada em três seções de conteúdo. Inicialmente realizar-se-á uma análise sobre a sexualida-

de em seu conceito desvelados por Foucault. Posteriormente, em um segundo momento, estudar-se-á criticamente o fenômeno do fundamentalismo religioso. Por fim, refletir-se-á sobre a religiosidade no Brasil e as propostas legislativas que tendem a regular os direitos sexuais dos cidadãos brasileiros.

## **A SEXUALIDADE SEGUNDO MICHEL FOUCAULT**

Michel Foucault é tido como um dos maiores pensadores de nossa época. A questão da sexualidade humana, ganhou destaque em seu pensamento, pois se propôs a entender o que nos move, nos orienta e nos direciona para essa proposição tão importante e ao mesmo tempo tão complexa e que está intimamente relacionada a como obtém-se ou não o prazer

FOUCAULT (1999) afirmava que nas sociedades ocidentais, durante séculos, ligou-se o sexo à busca da verdade, sobretudo a partir do cristianismo, que utilizou-se da confissão para colocar o tema da sexualidade no centro de sua existência, tornando o sexo nas sociedades cristãs como algo que deveria ser de extrema vigia, ou seja, poderia-se falar-se somente para reprimir. O autor segue afirmando que no capitalismo, não há nenhum propósito de se privar a sexualidade, mas ao mesmo tempo também diz ela não pode desenvolver-se sem uma certa privativa.

Em meados de 1970, houve uma grande demanda da saúde no estudo da questão da homossexualidade, que passaram a ser tidos como loucos ou doentes em sua orientação sexual. FOUCAULT (1999) nos fala que a estratégia que produziu a "patologização" do homossexual, produziu também a da mulher, da criança e de outras minorias, e diz também que os agentes sociais partem sempre do mesmo dispositivo ou estratégia para inovarem um discurso e o exercício do poder. Ele entende toda uma gama de elementos variados que estabelecem relações por meio de práticas discursivas e não discursivas. Esses elementos podem ser discursos, instituições, arranjos, arquitetônicos, regulamentos, normas jurídicas, normas médicas, teorias filosóficas, morais, religiosas, entre outros. Atuando de modo heterogêneo, formam um aparelho que constitui os sujeitos, dando a eles sentido e organização.

Esta nova caça às sexualidades periféricas provoca a incorporação das perversões e nova especificação dos indivíduos. A sodomia — a dos antigos direitos civil ou canônico — era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas, já que ela é o princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo que se trai sempre. É-lhe consubstancial, não tanto como pecado habitual porém como natureza singular. (FOUCAULT, 1999, pág 42)

FOUCAULT (1999) vai do princípio que antes da Modernidade já se existia o dispositivo da sexualidade, mas deixa a premissa que esta era regulamentada e depois foi repressiva. O termo dispositivo é dito como uma estrutura de elementos heterogêneos, ou seja, consiste na natureza da relação entre esses elementos, tratando-se de uma formação, que em determinado momento histórico, responde a uma urgência, ou seja, uma gênese.

O sexo, segundo o autor, é um objeto histórico gerado pelo dispositivo da sexualidade, e nos deixa a dúvida de que a forma como a sexualidade está sendo tratada ultimamente é uma forma opressiva, na qual se deve desfrutar o prazer pelo prazer, sendo este um fim em si mesmo, concluindo que a mesma só será livre quando regulamentada em função do atendimento das próprias necessidades humanas e não como consequência de estratégias que objetivam exercício do poder.

## O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO

O termo fundamentalismo tem sido ponto de debate de vários pensadores nas últimas décadas, há um paralelo entre modernidade e fundamentalismo, organizado por Thomas Meyer, que facilita o entendimento.

A modernidade é cunhada pela dependência de toda a experiência do mundo da ciência; o fundamentalismo, em contrapartida,

tida, é caracterizado pela inimizade à ciência e à razão. Na modernidade valem formas universalistas de fundamentações morais e jurídicas; os fundamentalistas não têm escrúpulos em estender as pretensões de vigência das suas normas para além do círculo da sua confissão. Na modernidade as artes são autônomas; no fundamentalismo elas são conduzidas pelas rédeas de uma moral definida em termos religiosos. Na modernidade gerencia-se e administra-se conforme padrões formal-rationais; a economia e a administração política são organizadas sob a dominação fundamentalista, segundo critérios da tradição. Na modernidade as orientações religiosas são privadas; os fundamentalistas utilizam os princípios religiosos sem mediações para o dimensionamento da ordem público-política. A modernidade é caracterizada pela criação do indivíduo por si mesmo; os fundamentalistas querem reintegrar o indivíduo numa ordem estatal previamente dada pela tradição. (MEYER, 1995, pág. 15)

O fundamentalismo religioso tornou-se uma força política no Brasil a partir dos anos 1990, sobretudo com o investimento das igrejas neopentecostais em prol da eleição de seus pastores (ORO, 2003; MACHADO, 2006), sendo um movimento crítico às inovações trazidas pela modernidade, com a busca de narrativas sagradas, ou seja, pode ser entendida como fundamentalista a pessoa que se fecha em sua concepção da verdade, não se abrindo para o diálogo e nem para novas construções de identidade.

Alguns autores abordam o neofundamentalismo como a articulação de religião e política, como uma forma de valer os valores cristãos a partir de suas concepções teológicas.

O neofundamentalismo apresenta-se não só como movimento de tipo religioso mas, também, como verdadeiro sujeito político cuja intenção é reagir contra a presumível perda de valores da sociedade americana e contra a degeneração da democracia, inquinada pela tolerância laxista da imoralidade, pela fragilização do papel tradicional da família e por tantas „heresias“ civis que se foram difundindo (os direitos dos gays, os casais homossexuais e, sobretudo, a legislação do aborto). (PACE, 2002, p. 36)

A modernidade nos trouxe a privatização da religiosidade, e esperou que a marcha da ciência findaria por eliminar a religião, e al-

guns autores estão falando que a barbárie<sup>210</sup> contemporânea provoque o retorno do fundamentalismo religioso não apenas como experiência pessoal, mas também como interpretação da ação política.<sup>211</sup>

## A RELIGIOSIDADE NO BRASIL E OS SEUS DESDOBRAMENTOS PARLAMENTARES

É indiscutível o vínculo existente entre a Religiosidade e o Direito, duas instituições sociais que exercem influência tanto no que diz respeito ao aspecto pessoal quanto social da vida dos indivíduos. Naturalmente, devido a constante mutação existente na estrutura da sociedade, a relação entre a Religião e o Direito se expressou de diversas formas dentro do ciclo histórico, filosófico e sociológico até chegar ao que temos contemporaneamente, fato este, que, lógico, ainda sofre constantes mutações e interpretações diversas a respeito.

O Censo demográfico de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mostra que no Brasil 92% da população se diz participante de alguma religião, sendo que 65% seriam de Católicos Apos-

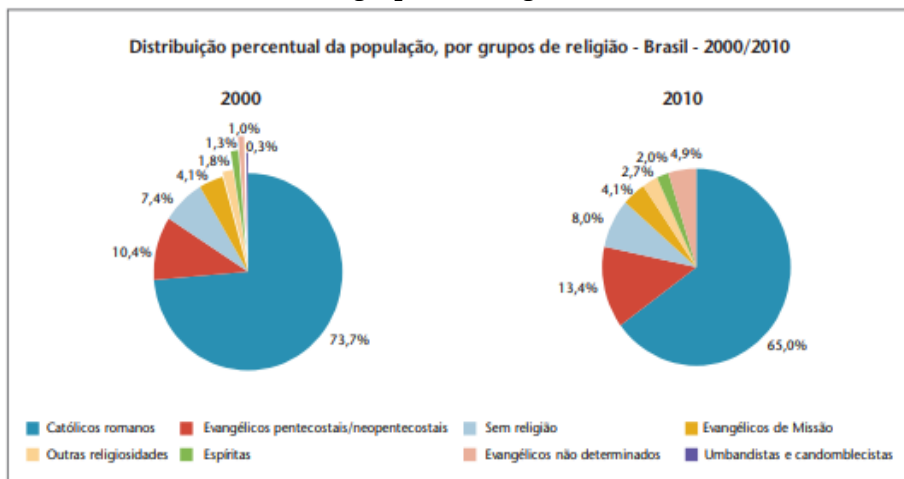
---

<sup>210</sup> Quem é o bárbaro? O que rejeita o modelo democrático liberal cujo triunfo foi proclamado por Fukuyama como ponto final da história [...] O que não se adapta ao modelo triunfante fica definitivamente fora da realidade político-social. Ou não chegou – barbárie do que acode com atraso ao encontro final–, ou não chegará nunca –barbárie do eternamente primitivo que se afunda no reino das trevas [...] Como o bárbaro não é uma alternativa e sim um atraso, restam apenas a duas possibilidades: ou sua paulatina adaptação ou sua definitiva exclusão. Todavia, a coesão social pelo medo se mantém porque é necessário defender-se da especial maldade dos bárbaros: daí a necessidade (quase sempre fundamentada) satanização daquele ao qual se atribui a condição de bárbaro. (RAMONEDA, 2000, pág 22-23)

<sup>211</sup> A privatização do espaço público e a despolitização são sinais alarmantes de que podemos estar perante o risco do fim da política. Este fim pode estar anunciado não só pela ideologia da competência, mas também pela sua contraparte, a teologia política, que sustenta os fundamentalismos religiosos. Com efeito, se seguimos o comando do técnico competente, por que não haveríamos de seguir o de um líder religioso carismático, que fala uma linguagem até mais compreensível (a lógica e enciclopédia populares de que falava Marx)? A transcendência da competência técnica corresponde à transcendência da mensagem divina a alguns eleitos ou iniciados, e não temos por que nos surpreender com o entrecruzamento entre o fundamentalismo do mercado e o fundamentalismo religioso. (CHAUI, 2006, pág 131)

tólicos Romanos, e somente 8% se dizem não pertencer a nenhuma religião.

**Figura 1 – Gráficos de distribuição percentual da população, por grupos de religião**



**Fonte: Censo demográfico 2010. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.**

A partir da década de 1980 foi notável a maior participação dos segmentos evangélicos no espaço político brasileiro, o país após sair de uma ditadura militar, se organizavam para as eleições da Assembleia Nacional Constituinte, e várias denominações queriam assegurar suas representações, em 2007, se teve algum estímulo a formação de uma Frente Parlamentar Evangélica para intensificar a conexão dos interesses do que se diz moral social e bons costumes, e em 2013 essa frente foi realmente criada, a qual é caracterizada como uma associação civil, não governamental e com personalidade jurídica, tendo como sua finalidade elementar reunir indivíduos que defendem projetos específicos e uniformizar votos e interesse comum a todos. A Frente Parlamentar Evangélica (FPE), encabeçada pelo deputado e pastor João Campos, agrega 199 deputados e 4 senadores até o momento. A seguir temos 4 projetos de lei propostos por integrantes da supracitada Frente, os quais notadamente se nota cunho religioso em suas premissas e artigos.

## Projeto de Lei 6583/2013

O projeto de Lei número 6583/2013<sup>212</sup>, versa acerca do Estatuto da Família. O projeto, através de fundamentação de normas jurídicas ou sobre outro viés, busca definir um conceito de família no Brasil. De uma forma em geral, busca um conceito claro e objetivo já que a Constituição Federal de 1988 define família como o “o resultado da união entre um homem e uma mulher ou um dos pais e seus filhos”. Desta forma, já abordam uma definição jurídica sobre o que é família.

O surgimento do projeto veio à tona meio às mudanças que estão ocorrendo, ainda que de forma acanhada no sistema judiciário. O que se nota na frente evangélica parlamentar é que ela, tirando raríssimas exceções, sempre tem uma postura muito conservadora e incisiva quando se diz respeito aos avanços dos direitos LGBT, o art. 2º do referido projeto de lei diz claramente que para os fins da Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A principal justificativa para a não aceitação das matérias que são benéficas ao público LGBT são que a homossexualidade é uma prática contaminosa, que contrariam a natureza criada por Deus, e que os homossexuais exigem privilégios. As tradições e dogmas religiosos tem total autenticidade e espaço para ocupar as várias discussões e debates políticos hoje em dia, pois estamos em um ambiente democrático e pluralista, o qual a tolerância e a convivência harmoniosa são impreteríveis para seu funcionamento. Neste desiderato, se torna mais que inconcebível o estabelecimento de um conceito tão fechado de família nos dias atuais, ao ponto que ele não abarca o totalitarismo das relações familiares no Brasil.

## Projeto de Lei 5069/2013

---

<sup>212</sup> Projeto de lei nº 6583 de 2013 que Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>

Conforme a interpretação do projeto de Lei número 5069 de 2013, o mesmo tem como objetivo principal de criminalizar o auxílio ou indução do aborto as gestantes. Desta forma, o intuito é tornar “crime contra a vida”, o qual terá como pena até 10 anos de prisão. Estes casos se estendem até mesmo em casos de estupro. Neste contexto, a mulher abusada terá que realizar exame de corpo delicto, boletim de ocorrência para atestar o que afirmam.

O texto associado, modifica o atual conceito de violência sexual, sendo definido como “qualquer forma de atividade sexual não consentida” para práticas “que resultam em danos físicos e psicológicos”. Neste viés, o conceito se torna extensivamente subjetivo, se tornando um assunto ainda mais complexo para se tratar, visto que contribui para o constrangimento acerca de qualquer prática abortista.

Neste diapasão, ainda há outros projetos de lei atualmente tramitando que versam acerca do mesmo assunto. Como por exemplo, o projeto de Lei nº 7443 de 2006, o qual ainda aguarda votação, que diz respeito sobre incluir o procedimento do aborto como um crime hediondo. Ademais, o projeto de Lei 1545 de 2011 dispõe sobre a penalização do médico que praticar o procedimento do aborto. A pena poderá ir de 6 a 20 anos, caso o aborto seja praticado pelo médico fora das hipóteses legais. Por fim, há também uma proposta para Emenda à Constituição 164 de 2012, que expressamente garante a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção.

Vale ressaltar que é inaceitável, ilógico e cruel a institucionalização do constrangimento como condição para o exercício de um direito, isto é, ao obrigar a mulher a submeter-se a exame de corpo de delito para receber assistência médica, são diretamente violados direitos constitucionalmente resguardados, como os de liberdade, autonomia e autodeterminação.

Quando se impõe a mulher, suportar uma gravidez indesejada, tirando a sua possibilidade de ter acesso a qualquer profilaxia gestacional, estamos aqui falando não apenas violência contra a sua dignidade sexual e contra os direitos reprodutivos, mas também uma tremenda transgressão de todas as garantias expressamente admitidas nos termos de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados ao sistema jurídico brasileiro.



## Projeto de Lei 7180/2014

O art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, versa sobre as diretrizes e bases da educação nacional. O projeto de lei nº 7.180/2014<sup>213</sup>, dispõe sobre a alteração da mesma ao acrescentar o inciso XIII, o qual tem objetivo de garantir “respeito às convicções do aluno, de seus pais, ou responsáveis, tendo os valores de ordem familiar precedência sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual, religiosa, vedada a transversalidade ou técnicas subliminares no ensino desses temas”.

O que se defende no referido projeto é uma educação "neutra", a qual tem a primazia da família sobre a escola. O viés colocado é o de que professores e professoras serão impedidos de transmitir em sala de aula, conteúdos que sejam contrários aos valores prezados pelos pais das crianças. Sendo o foco principal a "ideologia de gênero", mas a regra também contempla posições políticas e até mesmo a teoria da evolução das espécies ou o heliocentrismo.

Foi no ambiente acadêmico estadunidense, a partir dos anos 1970, que o termo “gênero” (*gender*) ganhou curso como maneira de indicar a diferença entre, por um lado, o dimorfismo sexual da espécie humana e, por outro, os papéis sociais associados a mulheres e homens. Trata-se, portanto, de pôr em xeque o entendimento convencional de que estes (os papéis sociais) são um reflexo automático daquele (o dimorfismo sexual). Esse questionamento é a marca distintiva do feminismo contemporâneo, presente de forma lapidar em sua frase mais emblemática, o “não se nasce mulher: torna-se mulher” de Simone de Beauvoir (1949, vol. II, p. 15). No “tornar-se”, Beauvoir indica como a identidade é uma construção social, orientada por estímulos, expectativas e oportunidades diferenciadas. A mulher não é definida por seu aparelho reprodutor (aquilo com que “se nasce”), mas pela ade-

---

<sup>213</sup> Projeto de Lei nº 7180 de 2014 que inclui entre os princípios do ensino o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, dando precedência aos valores de ordem familiar sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>

quação ao papel socialmente determinado para ela. É essa reflexão que fica condensada no conceito de “gênero”.<sup>214</sup>

Como esse, também há outros projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com a objetivação de censurar assuntos tidos como a "doutrinação da ideologia de gênero". O Projeto de Lei 7180/2014 inclui na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 3º, o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, tendo os valores de ordem familiar precedência sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa, vedada a transversalidade ou técnicas subliminares no ensino desses temas. O PL 7181/2014 que dispõe sobre a fixação de parâmetros curriculares nacionais em lei com vigência decenal, deixando clara que Os parâmetros curriculares nacionais respeitarão as convicções dos alunos, de seus pais ou responsáveis, tendo os valores de ordem familiar precedência sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa, vedada a transversalidade ou técnicas subliminares no ensino desses temas.

Ambos os projetos são de autoria do deputado Erivelton Santana, o qual é integrante da Frente Evangélica Parlamentar e é ligado à Assembleia de Deus. Os projetos de lei, como as propostas do deputado impedem totalmente a educação sexual no âmbito escolar e também o combate ao preconceito, à intolerância e à violência na escola, isso tudo embasado no argumento e prerrogativa de respeito a formação "moral" dos indivíduos.

### **Projeto de Lei nº 4931 de 2016**

O Projeto de Lei nº 4931 de 2016<sup>215</sup> proposto pelo deputado Ezequiel Teixeira, versa sobre o tratamento para modificar a orienta-

---

<sup>214</sup> MIGUEL Luis Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordaza no parlamento brasileiro. Revista Direito e Práxis, vol. 7, núm. 15, 2016, pp. 590-621 Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil

<sup>215</sup> Projeto de Lei nº 4931/2016 que dispõe sobre o direito à modificação da orientação sexual em atenção a Dignidade Humana. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081600> Acesso em 28 jun 2018

ção sexual, com a justificativa de ser abarcado pela dignidade humana. Fica assim disposto em seu Art. 1º:

Art. 1º Fica facultado ao profissional de saúde mental, atender e aplicar terapias e tratamentos científicos ao paciente diagnosticado com os transtornos psicológicos da orientação sexual ego-distônica, transtorno da maturação sexual, transtorno do relacionamento sexual e transtorno do desenvolvimento sexual, visando auxiliar a mudança da orientação sexual, deixando o paciente de ser homossexual para ser heterossexual, desde que corresponda ao seu desejo.

O projeto de Lei em questão, com o argumento pretensioso de que "desde que corresponda ao seu desejo", deixa a entender que a população LGBT sofre transtornos e por conta disso deseja reorientar a sexualidade. A Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1991 excluiu a homossexualidade da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID 10).<sup>216</sup> Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) estabeleceu normas éticas para a atuação dos profissionais da área quanto à orientação sexual e vedou os psicólogos a incentivarem ou proporem qualquer tratamento ou ação a favor de uma prática de patologização das homossexualidades.<sup>217</sup>

Ao analisarmos a sociedade, os seus representantes e logo, as propostas para regular a vida privada do indivíduo, é necessário discernir diversos comportamentos, para a compreensão de que princípios resguardados pela Carta Maior, como o da isonomia, não são meros objetos decorativos e devem ser aplicados na rotina diária do poder legislativo, para erradicar comportamentos homofóbicos<sup>218</sup> e preconceituosos contextualizados em nossa sociedade.

---

<sup>216</sup> OMS retira a homossexualidade da lista de doenças mentais. Opinião e Notícia. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/internacional/oms-retira-homossexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 29 jun 2018.

<sup>217</sup> Resolução Conselho Federal de Psicologia N° 001/99 de 22 de março de 1999. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: [https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999\\_1.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf) Acesso em: 29 jun 2018.

<sup>218</sup> A homofobia como termo para designar uma forma de preconceito e aversão às homossexualidades em geral tem se lançado na sociedade brasileira com alguma força

Ao afirmar no referido projeto de lei que fica facultado ao profissional de saúde mental, atender e aplicar terapias e tratamentos científicos ao paciente diagnosticado com os transtornos psicológicos da orientação sexual egodistônica, o legislador não observou e protegeu direitos fundamentais, que vai contra o disposto no artigo 5º da Constituição Federal da República (1988), que diz “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]”, a repressão de uma parte da sociedade para com a outra causa sofrimentos irreparáveis, os quais se estendem por períodos longos da vida. O Conselho Federal de Psicologia em sua resolução 001/1999<sup>219</sup> já dissertou acerca do tema, ao qual diz que os psicólogos não podem exercer qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas. Ou seja, não existe vedação a atividade científica no caso em questão, e sim proíbe-se, tratar a orientação sexual como doença.

## CONCLUSÃO

É extremamente perigoso dissertar a respeito da influência da religião na vida sexual das pessoas, seja por conta de estarmos em um país com as raízes cristãs, ou por sermos uma cultura de não aceitação do diferente. E ao reunir todos esses conflitos em uma sociedade, a análise da influência da religião é totalmente complicada, pois, quando se engloba essas questões com a percepção dos rumos atuais da política sexual, ficamos perplexos com a falta de segurança em relação às conclusões que podemos tirar (MONICA, 2017, pág 41).

---

política, conceitual e analítica nos últimos anos. Ainda que, do ponto de vista histórico e analítico, não revele mais a complexidade das formas de hierarquização sexual, violência e preconceito social, é um conceito que hoje carrega um sem-número de sentidos e fenômenos que ultrapassam a sua descrição conceitual primeira. O conceito tem sido utilizado para fazer referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio ou medo) em relação às homossexualidades. (BORILLO, 2010, pág 7)

<sup>219</sup> O artigo 2º, da resolução do CFP, diz que “os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas”. Já o artigo 3º, afirma que “os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais paratratamentos não solicitados”.

Dessa forma, ao mesmo tempo que se mostra tão perigosa e complicada tal junção, é de extrema importância o seu estudo, não só pela influência da religião em outros institutos como dentro dela em si, pois representa um contexto relevante para a compreensão da relação entre Estado e Igreja como resultado nas políticas e condutas sexuais da sociedade.

Partindo da premissa que o direito à liberdade sexual é um direito fundamental, MIRANDA nos diz que:

Assim temos as crianças e os jovens, em especial aqueles oriundos das camadas mais pobres da população, os idosos, as mulheres, os negros, as minorias sexuais, os índios, os deficientes físicos, os imigrantes estrangeiros, como os principais grupos sociais vivendo formas de desigualdade que dificultam sobremaneira as suas chances de exercício pleno de seus direitos humanos e de sua cidadania, levando-os a viver no limbo daquilo que o sociólogo português Boaventura Santos qualificou de “lumpencidadania<sup>220</sup>”. (MIRANDA, 2017)

É possível depreender que religião e política são capazes de se mostrarem presentes em diferentes campos da vida social e cultural e de desdobram em inimagináveis espaços. Neste destarte, os especialistas dizem que é alarmante a exacerbada participação política dos líderes eclesiásticos e seus desencadeamentos na legislatura brasileira. A sociedade deve ser baseada com os pilares da dignidade humana, da igualdade e das variadas formas de diversidade. Uma sociedade que estima pelo bem-estar e a felicidade de seus cidadãos irá lutar para que a discriminação seja erradicada e seus viés não floresçam em seu legislativo, a pluralidade deve ser compreendida como o presente mais belo que a vida oferece à sociedade. A manifestação do pluralismo, se reconhece, nos novos movimentos sociais, e convivência harmônica de várias visões de mundo.

---

<sup>220</sup> Por Lumpencidadania entende-se a erosão dos direitos cívicos e políticos, bem como a negação dos direitos sociais causada pela dessocialização da economia, aliada a uma situação de desemprego estrutural. Se a cidadania se constituiu a partir do trabalho e a democracia esteve desde o início vinculada à socialização da economia, a lumpencidadania constitui a reversão destes processos. (SANTOS, 1999, p. 89)

Como argumenta Burity (2008), o desafio da contemporaneidade nas relações entre religião e política não é reafirmar o modelo da separação Igreja-Estado ou a neutralidade das instituições republicanas. É incorporar a conflitividade das lógicas culturais e, entre elas, religiosas, ao cotidiano dos debates públicos, do governo e da representação política. É certo que desde que garantidos os princípios da igualdade e da liberdade para todos os credos, a participação política da religião não ameaça a consolidação da democracia, mas não é permitido que a razão e o conhecimento tecnicista sejam deixados de lado e a religião se prepondera.

## REFERÊNCIAS

SANTOS, Boaventura. *Reinventar a Democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In: Francisco de Oliveira et al, *Os Sentidos da Democracia. Políticas do Dissenso e Hegemonia Global*, Ed. VOZES/FAPESP, SP, 1998.

Censo demográfico 2010. *Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

CHAUÍ, Marilena. *Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico-político*. In: *Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania*. Atilio A. Boron, 1a ed. - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Abril 2006.

BEAUVOIR, Simone de (1949). *Le deuxième sexe*, 2 v. Paris: Gallimard.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

DURKHEIM, Émile. (2008), *Da divisão do trabalho social*. São Paulo, Martins Fontes

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. I - A Vontade de Saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

MACHADO, Maria das Dores Campos (2006). *Política e religião: a participação dos evangélicos nas eleições*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

MACHADO, Maria das Dores Campos. *Religião e política no Brasil contemporâneo: uma análise dos pentecostais e carismáticos católicos*. *Religião e Sociedade*, n. 35 (2), 2015, p. 45 - 72.

MEYER, Thomas. *Fundamentalismo, rebelião contra a modernidade* (1989) apud DUBIEL, Helmut. O fundamentalismo da modernidade. In: BONI, Luiz A. de (org.) *Fundamentalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, p. 15.

MIRANDA, Napoleão. *Governabilidade e desigualdade social*. Revista Eletrônica OAB RJ. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Governabilidade-e-Desigualdade-Social-Napole%C3%A3o-Miranda.pdf>>. 2017.

MIGUEL Luis Felipe. *Da "doutrinação marxista" à "ideologia de gênero" - Escola Sem Partido e as leis da mordaca no parlamento brasileiro*. *Revista Direito e Práxis*, vol. 7, núm. 15, 2016, pp. 590-621 Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil

MONICA, Eder Fernandes; MARTINS, Ana Paula Antunes. *Conceitos para pensar sobre política sexual no direito brasileiro*. In: *Qual o futuro da sexualidade no direito?* Rio de Janeiro: Bonecker, 2017, p. 19 - 46.

ORO, Ari Pedro (2003). *A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, no 53, pp. 53-69.

PACE, E.; STEFANI, P. *Fundamentalismo religioso contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 2002, p. 20-21.

Ramoneda, Josep 2000 *Depois da paixão política* (São Paulo: Editora Senac).

# DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA INTERNET DAS COISAS (IoT) NA CONSTRUÇÃO DAS CIDADES INTELIGENTES

## **BATISTA, Babyane Maria Gomes**

*Graduanda em Direito pela Faculdade Paraíso.  
mariababi06@gmail.com*

## **SILVA, Daniela Juliano**

*Doutora e Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.  
danjulsil@yahoo.com*

## **RANGEL, Tauã Lima Verdan**

*Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.  
taua\_verdan2@hotmail.com*

**Resumo:** A Internet das Coisas (IoT) proporciona aos objetos com capacidade computacional, sua conexão à internet. Essa conexão possibilita seu controle remoto, sendo possível detectar seu contexto, controlá-lo, trocar informações, acessar serviços da internet e interagir com pessoas. Nesse cenário, para além das geladeiras conectadas à internet, surgem outras possibilidades, tais como, o desenvolvimento de cidades inteligentes (*smart cities*), novas soluções em saúde (*smart healthcare*) e casas inteligentes (*smart home*). Diante desse universo de probabilidades que certamente causarão impacto em todas as relações, muitos desafios emergem e impõem reflexões a respeito de sua padronização, segurança e regulação. O presente artigo pretende se debruçar sobre essas principais questões, no que, em termos metodológicos, partir-se-á de um método indutivo e histórico, tendo como técnica de pesquisa, o referencial bibliográfico presente nas lições de Komninos (2002) e Francisco (2016). Um olhar sobre a construção de uma legislação que abrace a Internet das Coisas no Brasil também será foco do presente



estudo, contribuindo para o reconhecimento de tão importante discussão no cenário jurídico de nosso país.

**Palavras-chave:** Internet das coisas (IoT); Cidades inteligentes.

## INTRODUÇÃO

“A disseminação e o uso massivo de Internet das Coisas (ou *Internet of Things - IoT*, em inglês) irá transformar a economia e o dia a dia da população de maneira tão ou mais impactante do que robótica avançada, tecnologias *Cloud*, e até mesmo do que a internet móvel”. É com essa afirmação que se inaugura o estudo intitulado “Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil”, publicado em Novembro de 2017 e conduzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).

Em citado documento, encontram-se mapeados os desafios tecnológicos, econômicos, jurídicos e regulatórios do tema no contexto brasileiro, bem como um intrincado projeto de condução que pretende a cristalização do desenvolvimento do país em bases mais sustentáveis. Tal plano de ação coaduna-se com alguns itens presentes na Declaração da *Internet of Things* (Junho 2017), adotados pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), pertencente à Organização das Nações Unidas (ONU), que relacionou a *IoT* como ferramenta para se alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Em uma lista de dez atividades principais, reconhece-se a necessidade de implementação da *IoT* no contexto urbano, de modo a promover a aplicação de tecnologias de informação e comunicação, criando cidades e comunidades mais inteligentes e sustentáveis. Tal perspectiva interessa diretamente ao presente artigo, a servir de parâmetro para a construção do processo de modernização dos sistemas urbanos, pautados em três pilares: a conectividade, o uso de medidores inteligentes (sensores) e a capacidade de processamento e armazenamento de dados. Tal estrutura auxilia no direcionamento de investimentos na rede elétrica e, portanto, nos sistemas de iluminação pú-

blica, viabilizando a comunicação sem fio, interligadas em dispositivos de controle e comunicação. Referido sistema impacta ainda a segurança pública e a própria relação dos cidadãos com a cidade.

Citado Plano de ação conduzido pelo BNDES apresenta uma cartilha de requisitos mínimos para a aplicação de IoT nos municípios brasileiros, dos quais se destacam: a “existência de vontade política”, um “sistema coordenado de governança inteligente local”, um “núcleo multidisciplinar de gestores públicos capacitados de forma permanente”, um “sistema ativo de escuta ao cidadão”, bem como a obrigação de “prover acesso do cidadão às informações geradas por IoT”.

Feitos esses apontamentos gerais, reconhece-se que o presente artigo deve se desenvolver levando em conta três pilares. Em um primeiro momento, tratar-se-á de descortinar a terminologia afeta ao tema, enfrentando termos usuais, tais como, “*smart cities*”, “*big data*” e “tecnologias disruptivas”. Em um segundo momento, trata-se de buscar os conceitos e significados da Internet das coisas (IoT) e, por fim, vale-se de uma reflexão acerca dos desafios de se pensar as cidades do futuro, tendo por referência a IoT. Nesta empreitada, em termos metodológicos, partir-se-á de um método indutivo e histórico, tendo como técnica de pesquisa, o referencial bibliográfico presente nas lições de Komninos (2002) e Francisco (2016). Um olhar sobre a construção de uma legislação que abrace a Internet das Coisas no Brasil também será foco do presente estudo, contribuindo para o reconhecimento de tão importante discussão no cenário jurídico de nosso país.

## CIDADES INTELIGENTES: CONCEITOS, PERSPECTIVAS E DIFICULDADES

Pensar o universo das cidades sob a perspectiva das “cidades inteligentes” (do termo em inglês *smart cities*<sup>221</sup>), é, especialmente, se deparar com incongruências. É lidar essencialmente com utopias, quanto mais ao se ter por referencial uma realidade distópica. É, acima

---

<sup>221</sup> Fala-se na atualidade em *Smart Sustainable Cities - SSC*.

de tudo, lidar com atemporalidades. O Brasil enfrenta questões que já deveriam ter tido o devido tratamento há séculos atrás (a exemplo das questões afetas ao saneamento básico), ao mesmo tempo em que se mostra premente pensar em um futuro que já se acerca. O presente estudo pretende enfrentar essas incongruências.

Em um primeiro momento, oportuno traçar os principais conceitos que envolvem a temática, ao mesmo tempo em que se revela o cenário e o contexto de desenvolvimento da matéria. Assim que, de modo a se analisar de forma pertinente o conceito de “cidades inteligentes”, é preciso reconhecer seu desenvolvimento e nascedouro nos inúmeros avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, o que usualmente se denomina por “Tecnologias da Informação e Comunicação”, as TICs.

Conforme muito bem contextualizado por Gimenez (2000), o cenário de desenvolvimento tecnológico leva a uma outra percepção de sociedade e, por consequência, no contexto em estudo, alimenta um novo caminho para as cidades:

Vivemos um período em que os avanços tecnológicos nos possibilitam formas de comunicação sem precedentes, e que modelos autoritários, centralizados, homogeneizantes vão sendo substituídos por formas descentralizadas, heterogeneizantes, plurais e democráticas de relacionamento.

As Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) são instrumentos que fazem essa verdadeira ponte na construção de um cotidiano social mais confortável, com mais bem estar e felicidade, nos mais diferentes espaços (doméstico, trabalho, saúde, segurança, transporte) (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 33). Nessa esteira, há de se concluir, preliminarmente, que não existe nenhum setor da sociedade, seja urbano ou rural, que não experimente algum tipo de transformação em razão de sua influência.

Duarte (2005, p. 123) dá o tom desse influxo, afirmando:

Parte-se da reflexão de que a sociedade contemporânea é construída com base nas tecnologias de informação, responsáveis tanto pelos produtos característicos da época – sejam eles independentes (como softwares), parte de produtos tecnológicos (de veículos a eletrodomésticos) ou *commodities* (alimentos geneticamente modificados) – quanto pelos processos de fabricação e gerenciamento de produção, distribuição e venda dos produtos.

E questiona:

- Qual a importância das cidades, lugares geograficamente determinados, na comunidade de fluxos, dentro da sociedade da informação?

É nesse cenário e em torno desse questionamento que se articula a dinâmica das “cidades inteligentes”.

Primeiramente, é preciso reconhecer o papel das cidades como “formadas e formadoras da diversidade, atradoras e dispersoras de valores que nelas se transformam” (DUARTE, 2002) e, portanto, como o espaço catalisador desses influxos.

Uma “cidade inteligente”<sup>222</sup>, por sua vez, conforme excepcional lição de Komninos (2002), seria um ambiente de aprendizado e inovação, em dois níveis: o real e o virtual. Nesse sentido, a nível real, a inteligência estaria conectada à comunicação e à interação institucional de uma comunidade de pessoas para seu aprendizado, para a experimentação, para o conhecimento e para o desenvolvimento tecnológico. A nível virtual, é a capacidade dessa mesma comunidade de

---

<sup>222</sup> Nesta oportunidade, chama-se atenção para uma questão terminológica: a diferença entre “cidades inteligentes” e “cidades digitais”, donde se extrai a seguinte lição: “Por vezes confundidos, esses conceitos se diferenciam pelo o grau e a natureza da capacidade que uma cidade tem de se relacionar com as tecnologias digitais. A cidade digital funciona como uma “extensão virtual” da cidade, por meio da disponibilização de infraestrutura e serviços a partir das TIC. A smart city, por sua vez, compreende o uso de sistemas urbanos inteligentes. Além disso, considera-se que tais sistemas devem ser capazes de gerar dados que servirão para informar os tomadores de decisão e, conseqüentemente, abastecer políticas públicas baseadas em evidências” (MACAYA, 2017, p. 14).

gerir o conhecimento, difundir tecnologia e se comunicar, por meio de uma interação digital<sup>223</sup>. E conclui, em uma tradução livre:

Com ajuda de tecnologias da informação e da comunicação, qualquer ilha de inovação pode ser transformada em uma comunidade inteligente. Cidades inteligentes também evidenciam uma característica emergente das cidades, como centros de conhecimento, gestão de informação, tecnologia e inovação<sup>224</sup>.

Francisco (2016, p. 4), por sua vez, alerta para a dificuldade de se chegar a uma definição geral do que se entenda por “cidades inteligentes” ainda que, segundo suas reflexões, o termo seja utilizado, de modo bastante “naturalizado”. Atenta para o efeito prático da utilização desse conceito e como as cidades se apressam em se autodenominarem como “inteligentes”<sup>225</sup>. De modo a apresentar uma perspectiva plausível de “cidades inteligentes”, o autor lança mão de projeto de pesquisa apresentado no workshop “Cidades Inteligentes e *Big Data*”, realizado pela Fundação Getúlio Vargas em Maio de 2015, donde se tem:

No século XXI, com a difusão da internet e dos dispositivos móveis, surge a possibilidade de um novo salto qualitativo que vai permitir o desenvolvimento das cidades inteligentes. A utilização de tecnologia permite o uso mais racional dos recursos ofere-

---

<sup>223</sup> No original: “*In this sense, an intelligent city is an environment of learning and innovation, on real and virtual levels: At the real level, intelligence is linked to communication and institutional interaction of a community of people for learning, experimentation, knowledge, and technological development. At the virtual level, it is the capacity of the same community for knowledge management, technology diffusion and communication based on digital interaction*” (KOMNINOS, 2002, p. 12).

<sup>224</sup> No original: “*With the help of information and communication technologies, any innovation island may be transformed into an intelligent community. Intelligent cities also highlight the emerging character of cities as centres of knowledge, information management, technology, and innovation*” (KOMNINOS, 2002, p. 12).

<sup>225</sup> Nesse ponto, em especial, Francisco (2016, p. 4), cita como exemplo a cidade do Rio de Janeiro, afirmando: “A atual gestão da Prefeitura do Rio de Janeiro, por exemplo, não hesita em divulgar a obtenção do prêmio de *World Smart City*, em 2013, pelo Centro de Operações do Rio, a central de atendimento 1746 e o projeto do Porto Maravilha. Esse tipo de propaganda, por sua vez, atrai o interesse de empresas interessadas para investir em desenvolvimento tecnológico na cidade”.

cidos. Os governos têm um papel importante na transformação de cidades em cidades inteligentes. As ações de governo nesta área se concentram em favorecer a abertura de suas bases de dados e promover o engajamento da sociedade para a busca de soluções participativas. Neste sentido, a difusão de dispositivos móveis e a universalização dos serviços de comunicação transformam a população de grandes cidades em agentes ativos que podem cooperar na solução de problemas (FRANCISCO, 2016, p. 4/5).

Sob esse viés fica fácil perceber o peso prático que se deve dar às reflexões que envolvem a perspectiva de uma “cidade inteligente”. Pensar em uma cidade adjetivada como “inteligente”, é pensar em lógicas de participação social e cidadania ativa. É, de fato, pensar em inclusão. É pensar a relação Administração Pública – Administrados sob o viés dialógico e não monológico<sup>226</sup>. É o reconhecimento da dita “Administração Pública consensual”, assentada no consenso e na harmonização, sendo, conforme lição de Patrícia Baptista (2003, p. 272):

Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o Direito Administrativo clássico. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a de conjugação de esforços, de laboração comum, na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima de concerto.

Percebe-se no desenvolvimento de todo este raciocínio o quanto a relação entre os cidadãos e o poder público deverá ser o mais próxima possível, de modo que a implementação de políticas urbanas e tecnológicas não se afaste da realidade e das peculiaridades de cada cidade, o que acaba por gerar políticas vazias e sem qualquer sentido.

---

<sup>226</sup> É a lição de Nicole Belloubet-Frier e Gérard Timsit, *apud* Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 18), nos seguintes termos: “(...) alude-se à figura de um Estado ‘que conduz sua ação pública segundo outros princípios, favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma’ (...) aponta-se para o surgimento de uma Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com uma Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”.

É esse o ponto prático de se pensar as “cidades inteligentes”. Sob o ponto de vista de sua eficiência e das soluções que, de fato, serão capazes de mudar realidades, trazer bem estar, proporcionar inclusão.

As políticas de inovação foram definitivamente incorporadas às agendas governamentais dos países desenvolvidos nos anos 90. Os avanços na área das Tecnologias de Informação e Comunicações (TIC) e sua difusão para diferentes segmentos produtivos propiciaram rápido crescimento, impactando os fluxos internacionais de investimentos e acelerando a expansão do setor de serviços e das atividades intensivas em conhecimento. Novas frentes de expansão tecnológica intensificaram um processo de rápida internacionalização produtiva e financeira, impulsionando mudanças no conteúdo e abrangência das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento industrial e tecnológico.

No Brasil, desde a década de 1950, os principais marcos das políticas para o desenvolvimento tecnológico no país, levaram em conta diretrizes contidas em planos e programas de governo com vistas ao desenvolvimento econômico (ARAÚJO, 1977). Em estudo intitulado “Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil”, a englobar o período que vai de 1955 ao início da década de 1970, Giselda Barroso Guedes de Araújo, ressaltou: “A marca principal dos planos formulados nos últimos 20 anos é a menção explícita a uma política de ciência e tecnologia e sua efetivação através da criação de bases físicas, institucionais e financeiras. Merece referência a ênfase dada à capacitação do País para adaptar e criar tecnologia própria, de forma a reduzir a dependência das fontes externas. Nesse particular, teríamos entrado em uma fase de maior grau de institucionalização da ciência, em que a política científica estaria atendendo às demandas reais do sistema. Não resta dúvida que, se nos restringíssemos somente a esse aspecto da questão, estaria havendo uma compatibilidade entre as políticas implícitas e explícitas com vistas à concretização de um projeto nacional” (ARAÚJO, 1977). E conclui, em reflexão atualíssima:

No entanto, podemos indagar, como Rattner, *se a mera formulação de planos indicaria uma política realista para ciência e tecnologia. Ou seja, se estes não ficariam ao nível de declarações retóricas, sem efetiva implementação.* Nesse caso, não caberia falar em política mas em intenções. Certamente, a questão de uma política científica e tecnológica para o Brasil não se resume somente a esse aspecto da questão. *Sua melhor elucidação deveria considerar o papel da comunidade científica, do setor produtivo e, ainda, as relações entre ciência e sociedade no Brasil* (grifos nosso).

O trecho acima trasladado, de atualidade que choca, reforça a batalha enfrentada pelo Brasil em termos de construção de sua política científica e tecnológica, em um espaço de meras intenções e falta de proximidade e conexão com sua própria sociedade. No cenário atual de crise política e financeira, as políticas que privilegiam a ciência e a tecnologia parecem de preocupação secundária, quando deveriam, em verdade, serem tratadas como uma questão estrutural. Há, portanto, em verdade, um verdadeiro abismo entre as cidades que projetamos e as cidades que temos.

Exatamente por conta disso, pensar as “cidades inteligentes” é levar em consideração uma multiplicidade de frentes e a multidisciplinaridade do tema. Daí que não se trata de analisar o tema pelo foco apenas da Ciência Jurídica. Pensando as “cidades inteligentes” estão matemáticos, programadores, empresários e engenheiros, bem como juristas, comunicólogos, administradores e cientistas sociais. Os quatro primeiros preocupados com o desenvolvimento e o emprego de tecnologias que permitam melhorar, em diversos aspectos, a administração da cidade e, conseqüentemente, a vida das pessoas. Os quatro últimos preocupados, cada qual a sua maneira, com os riscos de violações aos direitos à privacidade e soluções que eventualmente venham envolver questões regulatórias (a despeito da recentíssima Lei de Proteção de Dados, sobre a qual se tecerá algumas considerações no tópico 4 do presente estudo). Pensamentos aparentemente dissonantes que devem ser intermediados de modo que se avance no uso das tecnologias nas cidades, sem que o direito à privacidade seja tratado como secundário.



De todo modo, ao se pensar as “cidades inteligentes”, deixando-se de lado as dificuldades reais e conceituais, lançando-se a seu universo de possibilidades, tendo em mente o que delas se espera, constrói-se uma perspectiva voltada especialmente ao desenvolvimento sustentável e a uma vida melhor nas cidades. Daí, partir-se da seguinte perspectiva:

Segundo os pesquisadores Ojo, Dzhusupova e Curry (2016) e Estevez, Lopes e Janowski (2015), as cidades digitais contam com tecnologias em seus sistemas centrais de infraestrutura que possibilitam a prestação de serviços por meio das TIC, como uma ‘extensão’ virtual da cidade. Por sua vez, o conceito de *smart cities* extrapola o oferecimento de serviços aos cidadãos por meio do uso de TIC. *De maneira mais ampla, visam possibilitar uma vida melhor na cidade.* Além de oferecer serviços de forma mais rápida, eficiente e com maior capilaridade para os cidadãos, as *smart cities* *devem considerar e equilibrar as diferentes perspectivas sobre os problemas locais a partir de visão integrada e multidimensional, rompendo a ideia de silos presentes na gestão da cidade.* Além disso, a tomada de decisão para o enfrentamento aos desafios locais deve considerar os dados gerados pelas diversas aplicações e sensores da cidade, que possibilitam ações mais rápidas e assertivas (grifo nosso) (MACAYA, 2017, p. 4).

Em outras palavras:

Em suma, apesar da diversidade de definições de *smart cities*, os seguintes pontos comuns foram identificados por pesquisadores da área: (i) uso de TIC na cidade; (ii) presença de infraestrutura física e de rede; (iii) melhor prestação de serviços à população; (iv) combinação, integração e interconexão de sistemas e infraestruturas, de modo a permitir o desenvolvimento social, cultural, econômico e ambiental; e (v) uma visão de um futuro melhor (GIL-GARCIA; PARDO; NAM, 2015).

Percebe-se, neste momento, agregando todo o conteúdo deste tópico, que pensar as “cidades inteligentes” (*smart cities*) leva em conta pensar em soluções para os problemas urbanos (segurança, trânsito, lixo, prestação de serviços, dentre outros) por meio do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Essas tecnologias

proveem uma “rede de aparelhos interconectados que são capazes de agregar e analisar dados para melhorar nosso entendimento sobre o comportamento de ecossistemas de cidades complexas. As TIC também compõem os principais meios de disseminação dos serviços urbanos para melhorar a qualidade de vida dos moradores de uma cidade. Além disso, nas áreas urbanas, o uso de TIC e de conjuntos de dados coletados podem ajudar a identificar onde e como mudanças comportamentais poderiam aumentar a sustentabilidade da cidade, retroalimentando a tomada de decisão e auxiliando na melhoria da qualidade dos serviços” (BUETI, 2017, p. 9).

Pensar em cidades inteligentes, é, acima de tudo, pensar em uma estratégia, cuja promessa é de mais rapidez e eficiência no acesso aos serviços, com melhora na qualidade de vida dos cidadãos e o desenvolvimento social e econômico mais sustentável. Essa é a grande bandeira das cidades inteligentes, vez que apresentam uma abordagem pragmática para o crescimento, levando em conta questões como ecologia, proteção social, geração de riqueza e equidade social a partir do uso das TICs. Sob esse aspecto, são consideradas ferramentas eficientes no alcance dos objetivos urbanos estabelecidos na Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>227</sup> e para a concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11 (cidades e comunidades sustentáveis)<sup>228</sup>, e também para a realização da Nova Agenda Urbana (Habitat III)<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

<sup>228</sup> Transcreve-se o item 34 desse documento, em sendo: “Reconhecemos que o desenvolvimento urbano e a gestão sustentáveis são fundamentais para a qualidade de vida do nosso povo. Vamos trabalhar com as autoridades e as comunidades locais para renovar e planejar nossas cidades e assentamentos humanos, de modo a fomentar a coesão das comunidades e a segurança pessoal e estimular a inovação e o emprego. Vamos reduzir os impactos negativos das atividades urbanas e dos produtos químicos que são prejudiciais para a saúde humana e para o ambiente, inclusive através da gestão ambientalmente racional e a utilização segura das substâncias químicas, a redução e reciclagem de resíduos e o uso mais eficiente de água e energia. E vamos trabalhar para minimizar o impacto das cidades sobre o sistema climático global. Vamos também ter em conta as tendências e projeções populacionais nas nossas estratégias de desenvolvimento e políticas urbanas, rurais e nacionais. Temos grande expectativa na

Projetar e apostar nas cidades inteligentes exige compromisso dos agentes públicos (e também privados) na construção de uma agenda inclusiva, de modo que possa levar em consideração a diversidade de agentes e as diferentes realidades das cidades. Além disso, não basta incorporar as TICs nos serviços urbanos existentes. O desafio é ainda maior. É necessário considerar a interoperabilidade desses serviços, bem como seu devido monitoramento. O progresso das iniciativas de construção das “cidades inteligentes” é um processo a longo prazo, o que pode não coincidir com as urgências públicas. Será preciso um consistente sistema de indicadores de desempenho (os *KPI*, do inglês, *key performance indicators*)<sup>230</sup>, referenciais que não só podem melhorar a interoperabilidade dos serviços urbanos, mas também ajudar a mensurar e monitorar a jornada de uma cidade para se tornar uma cidade inteligente.

Feitas as devidas contextualizações no presente tópico acerca das “cidades inteligentes”, parte-se, na sequência para a análise da denominada “Internet das Coisas”, como instrumento de projeção dessas conexões, em uma realidade de hiperconectividade.

---

próxima Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável em Quito, Equador”.

<sup>229</sup> Declaração de Quito sobre Cidades e aglomerados urbanos sustentáveis para todos. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese.pdf>.

<sup>230</sup> Segundo excepcional lição de Maria Cristina Bueti (2017, p. 11), a respeito desse indicador: “Esse conjunto internacional de KPI para SSC é o primeiro de seu tipo e pode ser usado para avaliar quão bem-sucedidas são as cidades em alcançar seus objetivos de cidade inteligente e sustentável. Os KPI também podem ajudar cada cidade a identificar as áreas que precisam de melhorias na implementação dos KPI. Embora espere-se que esses KPI atendam todas as cidades inteligentes aspirantes, é reconhecido que os recursos específicos de uma cidade e sua capacidade de coletar os dados para os KPI podem variar e, portanto, podem influenciar o nível de sucesso obtido, isto é, os próprios KPI. No entanto, o desenvolvimento desses indicadores tem sido um movimento revolucionário e pode facilmente formar a base para as políticas e estratégias nacionais de *smart city* e, talvez, até mesmo uma legislação internacional no futuro”.

## A INTERNET DAS COISAS (IoT): EXPECTATIVA X REALIDADE

Partindo-se da lição de Mônica Mancini (2017), apreenda-se desde logo:

A Internet das Coisas proporciona aos objetos do dia a dia, com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à internet. Essa conexão viabilizará controlar remotamente os objetos, e acessá-los como provedores de serviços, e se tornarão objetos inteligentes ou *smart objects*. Os objetos inteligentes possuem capacidade de comunicação e processamento aliados a sensores. Atualmente não só computadores convencionais estão conectados à internet, como também uma grande heterogeneidade de equipamentos, tais como TVs, laptops, geladeira, fogão, eletrodomésticos, automóveis, smartphones, entre outros. Nesse novo cenário, a pluralidade é crescente e previsões indicam que mais de 50 bilhões de dispositivos estarão conectados até 2020. Com o uso dos objetos inteligentes será possível detectar seu contexto, controlá-lo, viabilizar troca de informações uns com os outros, acessar serviços da internet e interagir com as pessoas. Em paralelo, uma gama de novas possibilidades de aplicações surge, como, por exemplo, cidades inteligentes (*smart cities*); saúde (*smart healthcare*); casas inteligentes (*smart home*) e desafios emergem (regulamentações, segurança, padronizações). Essas novas habilidades dos objetos inteligentes gerarão um grande número de oportunidades de pesquisas e projetos no âmbito acadêmico e empresarial.

No trecho acima trasladado, é possível perceber as possibilidades e promessas da dita “Internet das Coisas” (do inglês, *Internet of Things*, IoT), não só por representar uma verdadeira revolução tecnológica, mas especialmente, por apresentar a possibilidade de uma transformação radical em nossas estruturas econômicas e sociais, alterando substancialmente nosso modo de vida.

É também usualmente muito vívida na descrição da IoT, a ideia de conectividade (participação) presente no núcleo de entendimento de seus significados. Eduardo Magrani (2018, p. 20) vai além e

reforça a perspectiva da “hiperconectividade”<sup>231</sup> quando o assunto é a IoT, alimentada por um contexto no qual se tem um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados. Estaria nessa característica seu grande trunfo e também seus freios, de modo a se buscar o permanente equilíbrio entre a evolução tecnológica e a proteção de dados.

Encontrar um conceito para a internet das coisas não é tarefa das mais fáceis, não existindo um consenso quanto a isso. De modo genérico, percebe-se a ideia de objetos conectados a uma rede de comunicações (especialmente, à internet), de modo a facilitar ações cotidianas. Na lição de Olga Cavalli (2016), “o que hoje é chamado de internet das coisas (*internet of things*) é um conjunto de tecnologias e protocolos associados que permitem que objetos se conectem a uma rede de comunicações e são identificados e controlados através desta conexão de rede”<sup>232</sup>.

No conceito apresentado por Magrani (2018, p. 20) presentes os elementos usualmente utilizados para definir o tema em estudo, senão vejamos:

De maneira geral, pode ser entendido como um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia. O que todas as definições de IoT têm em comum é que elas se concentram em como computadores, sensores e objetos inte-

---

<sup>231</sup> Segundo lição de Eduardo Magrani (2018, p. 21): “O termo *hiperconectividade* foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo hiperconectividade está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-human*, H2H) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M), valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação”.

<sup>232</sup> CAVALLI, Olga. *Internet das coisas e inovação na América Latina*. [S.l.: s.n.], 2016. *Mimeo*.

ragem uns com os outros e processam informações/dados em um contexto de hiperconectividade.

Atzori *et al* (2010) apresentam um conceito mais técnico de internet das coisas, afirmando: “A ideia básica desse conceito é a presença generalizada à nossa volta de uma variedade de coisas ou objetos – como *tags* de identificação por radiofrequência (RFID), sensores, atuadores, telefones celulares, etc. – que, por meio de esquemas de endereçamento exclusivos, são capazes para interagir uns com os outros e cooperar com outros objetos para alcançar objetivos comuns”.

Preferindo um ou outro dos conceitos aqui apresentados não se pode deixar de considerar que no imaginário popular pensar em *IoT* é, usualmente, pensar em algum eletrodoméstico conectado à internet e isso se dá graças a John Romkey que, em 1990, criou o primeiro dispositivo em internet das coisas – uma torradeira que poderia ser ligada e desligada pela Internet – sendo apresentada na *INTEROP '89 Conference*. Nesse mesmo evento, no ano seguinte, Romkey automatizou todo o processo, não só tornando possível ligar e desligar a torradeira pela internet, mas também, controlar um guindaste robótico capaz de pegar a fatia de pão e colocá-la na torradeira (MANCINI, 2017).

Os tempos são outros e conforme alertado por Maximiliano Martinhão (2018, p. 15), a internet das coisas é muito mais que uma geladeira conectada capaz de “detectar que o leite acabou e o incluir como item na lista de compras da semana”. Segundo referido autor, a internet das coisas, “É a progressiva automatização de setores inteiros da economia e da vida social com base na comunicação máquina-máquina: logística, agricultura, transporte de pessoas, saúde, produção industrial e muitos outros. Para isso, é necessário um ambiente favorável ao acesso de um número cada vez maior de dispositivos”.

Certamente que as aplicações de internet das coisas são as mais diversas e já tem impactado o dia a dia das pessoas, das empresas e sociedade como um todo, transformando o mundo, nas palavras de

Freitas Dias (2016), em um *smart world*.<sup>233</sup> Esse autor apresenta um panorama de aplicação da IoT que engloba dez frentes de atuação, em sendo: bens de consumo, eHealth, transporte inteligente, distribuição de energia, casas inteligentes, distribuição e logística, segurança pública, indústria e manufatura, gestão da agricultura e dos recursos naturais e cidades inteligentes.

Interessa ao presente estudo o uso da IoT na construção das cidades inteligentes, no que aponta Freitas Dias (2016):

*Smart Cities*. Monitoramento estrutural: monitoramento de vibrações e condições dos materiais em edifícios, pontes e monumentos históricos. Energia elétrica: iluminação inteligente e adaptável conforme a rua. Segurança: monitoramento por meio de vídeo digital, gerenciamento de controle de incêndio e sistemas de anúncio público. Transporte: estradas inteligentes com avisos, mensagens e desvios de acordo com as condições climáticas e eventos inesperados como acidentes ou engarrafamentos. Estacionamento: monitoramento em tempo real da disponibilidade de espaços de estacionamento, sendo possível identificar e reservar vagas disponíveis. Gestão de resíduos: detecção de níveis de lixo em recipientes para otimizar a rota de coleta de lixo.

Maria Cristina Bueti (2017) reforça o papel da internet das coisas para a construção de cidades mais sustentáveis (ao que chama de *Smart Sustainable Cities*), atentando-se para a necessidade de que se incorpore privacidade e segurança ao seu funcionamento. Além disso, reitera a importância da IoT nas cidades, como vetor de mudança, de modo a se alcançar o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 11, da Agenda 2030 das Nações Unidas. Vejamos:

Embora as TIC tragam novas ferramentas para um melhor planejamento no nível dos *stakeholders*, o aumento da comunicação participativa entre cidadãos e representantes e a boa execução dos serviços urbanos só podem ser trazidos por um quadro de infraestrutura melhorado que engloba uma extensa rede de dis-

---

<sup>233</sup> Segundo Mônica Mancini (2017), “o *smart world* permite que a computação se torne ‘invisível’ aos olhos do usuário, por meio da relação entre homem e máquina, tornando um mundo mais eficiente e eficaz”.

positivos interconectados, capazes de coordenar suas atividades e de atuar de forma independente com intervenções humanas limitadas. Mais importante ainda, com a ajuda de dispositivos e redes de IoT, as cidades aspirantes a *Smart Sustainable Cities* podem se afastar de silos verticais segregados de provedores de serviços funcionalmente orientados – como os de energia, telecomunicações, água, transporte, saúde e outros –, para se aproximar de novos modelos inovadores, interoperáveis e colaborativos que conectam esses silos, promovendo o compartilhamento de informações, a integração e a colaboração intersetorial para o atendimento aos usuários e a interconexão de sistemas. Além das suas capacidades atuais dentro do ecossistema urbano para a urbanização sustentável, as infraestruturas de IoT devem incorporar privacidade e segurança no seu funcionamento, o que facilitará a aceitação dessa tecnologia e melhorará nossas chances de alcançar os objetivos principais do ODS 11 (BUETI, 2017, p. 10).

A aposta no potencial e nas capacidades da IoT é alta e exatamente nessa perspectiva que o Brasil apresentou um plano denominado “Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil” (2017), liderado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC). O estudo teve o objetivo de propor um plano estratégico de ação para o país em IoT e encontra-se dividido em quatro grandes fases: Diagnóstico geral e aspiração para o Brasil; Seleção de verticais e horizontais; Aprofundamento e elaboração de plano de ação (2018 – 2022) e; Suporte à implementação.

Quatro verticais foram priorizadas no estudo, em sendo: IoT em cidades, IoT em saúde, IoT Rural e IoT Indústria. Apesar da IoT em cidades, o plano em questão objetiva:

Elevar a qualidade de vida nas cidades por meio da adoção de tecnologias e práticas que viabilizem a gestão integrada dos serviços para o cidadão e a melhoria da mobilidade, segurança pública e uso recursos.

Em um intrincado projeto, desenha as competências tecnológicas necessárias para se tirar do papel o plano de IoT para o Brasil. Destacam-se quatro “camadas”: (i) camada de dispositivos; (ii) camada



de conectividade; (iii) camada de suporte à aplicação e; (iv) camada de segurança. Na dita “camada de dispositivos, reconhecem-se as tecnologias que deverão ser colocadas à disposição para o desenvolvimento de IoT, em especial, a autonomia energética e o sensoriamento, uma vez que a existência de sensores é a base da IoT. Em termos de “camada de conectividade”, destacam-se redes sem fio especializadas e conectividade fixa, com infraestrutura básica de rede. Para a “camada de suporte à aplicação” destaca-se a necessidade de se ter uma “visão computacional” (uso de algoritmos para a detecção de padrões em imagens), bem como a organização e tratamento de dados em alto volume. Por fim, para a “camada de segurança”, ganham destaque o desenvolvimento de mecanismos de segurança, com um robusto sistema de segurança de redes, com a prevenção de ataques de negação de serviço. O armazenamento de informação e os sistemas de acreditação também ganham relevância nessa camada.

É necessário um choque de realidade. Nunca estivemos tão conectados, mas é indispensável reconhecer que falta um longo caminho para que as tecnologias necessárias à concretização das camadas acima pontuadas sejam devidamente implementadas. É preciso vontade política e recursos financeiros, pessoal especializado e uma estrutura em muitas partes desse imenso país, inexistentes. Necessário ainda identificar e mapear a grande massa que ainda segue desconectada.

O Plano de Ação de IoT para o Brasil é, de fato, um primeiro passo em relação a um futuro mais competitivo, com mais qualidade de vida para a população. Exigirá uma construção colaborativa não só dos agentes públicos, mas de atores privados e da população diretamente comprometida com suas realidades. O progresso da pauta IoT no Brasil se faz premente, na medida que, segundo projeções, promoverá um impacto econômico na ordem de 10% do PIB de nosso país, com a expectativa de surgimento de novos negócios.

No próximo tópico, optamos por traçar algumas considerações à atualíssima Lei de Proteção de Dados, como instrumento indispensável ao tratamento à camada de suporte à aplicação, dando-se

o devido tratamento aos excessos de dados que de tempos em tempos a IoT gerará.

## A INTERNET DAS COISAS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Perez-Luño (2012, p. 22) contextualiza muito bem o cenário com o qual nos deparamos:

No plano das relações inter-humanas a potencialidade das modernas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) permitiu, pela primeira vez, estabelecer comunicações em escala planetária. As novas tecnologias (NT) possibilitaram que os seres humanos do nosso tempo pudessem estabelecer uma comunicação sem limites no espaço, sem limites nas pessoas e tempo real. Internet constitui a grande revolução do nosso tempo e seus efeitos se projetam também na esfera das liberdades<sup>234</sup>.

Nessa dinâmica comunicacional surgem peculiaridades de modo que nesse processo de interação, os consumidores da internet também são seus produtores, sendo igualmente fornecedores de conteúdo (CASTELLS, 2007, p. 439). Nesse processo de produção de conteúdo, os usuários da internet também inserem seus dados pessoais, que acabam utilizados sem limites pelas empresas responsáveis pelo trânsito desses dados. É nesse ponto que se acendem as luzes de alerta. É sob esse aspecto que ocorrem as violações à privacidade e, portanto, às liberdades.

A Internet das Coisas (IOT), usualmente vista como a conectividade de objetos do cotidiano com a internet ou outras redes (tais como: eletrodomésticos, brinquedos, automóveis e até sistemas de iluminação pública), como vimos, acumula um número incalculável de

---

<sup>234</sup> Em livre tradução do original: “En el plano de las relaciones inter-humanas la potencialidad de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha permitido, por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Las nuevas tecnologías (NT) han possibilitado que los seres humanos de nuestro tiempo puedan establecer una comunicación sin límites en el espacio, sin límites en las personas y tiempo real. Internet constituye la gran revolución de nuestro tiempo y sus efectos se proyectan también en la esfera de las libertades”.

informações (*big data*)<sup>235</sup>, daí a preocupação recorrente encontrada na presente pesquisa, quanto a privacidade e proteção dos dados pessoais dos usuários. Este capítulo surge, especialmente, para analisar como o legislativo brasileiro vem se posicionando a respeito da proteção dos dados pessoais nesse universo de fluxo contínuo de informações.

Nesse sentido, deve-se entender como “dados pessoais”, as informações relacionadas “a pessoa viva identificada e identificável”, ou seja, um conjunto de informações que levam a identificação de uma pessoa. Como exemplo, cite-se: (i) nome e apelido, (ii) endereço residencial, (iii) endereço eletrônico, (iv) dados de localização dentre outros<sup>236</sup>.

Surgem os questionamentos: terceiros podem livremente ter acesso à essas informações? Qual o limite e o acesso a dados no fluxo incessante de dados na rede mundial de computadores – *internet*?

Como muito bem explicitado por Luiz Ernani Bonesso e Larissa Nunes Cavalhero (2014, p. 214), apresenta-se uma tentativa de resposta:

Garantir a privacidade do usuário traz consigo o questionamento acerca da legitimidade do titular dos dados pessoais, quanto à proteção dos mesmos contra qualquer ingerência externa. Tal legitimação se dá, a partir do conjunto dos seus dados, como nome, características físicas, idade, gostos e preferências, que

---

<sup>235</sup> Segundo nos ensina Eduardo Magrani (2018, p. 22): “Todos os dias, ‘coisas’ se conectam à internet com capacidade para compartilhar, processar, armazenar e analisar um volume enorme de dados entre si. Essa prática é o que une o conceito de IoT ao de *big data*. *Big data* é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações. A primeira propriedade envolvendo *big data* consiste no volume crescente de dados. Pesquisa recente da Cisco estima que, nos próximos anos, a medida em gigabytes será superada e o cálculo da quantidade de dados será feito na ordem *zettabyte* e até em *yottabyte*”.

<sup>236</sup> Conforme conceito sugerido pela Comissão Europeia no Parecer n. 4/2007 do Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do artigo 29, sobre o conceito de dados pessoais. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt). Consulta em: Setembro 2018.

constroem sua personalidade, sendo estas informações a identificação de uma determinada pessoa. Disso se depreende a visão de mundo de cada indivíduo, relacionando-o com o seu meio exterior e possibilitando a construção de novos conceitos do mundo e de si.

Nesse panorama, surge ainda, o questionamento acerca do papel estatal na regulação dessas relações.

A Constituição Federal deixa claro em seu artigo 5º inciso X a proteção da privacidade e de dados, a saber:

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

(...)

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

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

(destaca-se).

Não menos importante, o direito internacional possui posicionamento parecido com a legislação pátria. É o que traz a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 12:

*Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*

Cite-se, na construção do cenário de desenvolvimento do aparato legislativo de proteção dos dados e da privacidade, o instituto do *Habeas data* (art. 5º, LXXII, CF/88), a Lei n. 12.414/2011 (Lei do

cadastro positivo), a Lei n. 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), Lei n. 12.965/14 (o Marco Civil da Internet). Ainda assim, o Brasil se ressentia de possuir uma legislação específica a respeito da proteção de dados pessoais, de modo a acompanhar o cenário tecnológico atual, com a crescente onda de exploração de dados por empresas e os cada vez mais comuns vazamentos desses dados.

Nesse cenário (e com considerável atraso se comparado a outros países da própria América do Sul), no dia 14 de agosto de 2018 foi sancionada pelo Presidente da República, a Lei n. 13.709, a regulamentar o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais. Considera-se “dado pessoal”, nos termos de referida norma, a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (inciso I, art. 5º) e por “dado pessoal sensível”, o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (inciso II, art. 5º).

A lei supra traz mudanças relevantes para o avanço da *IOT* no país, haja vista que nem empresas nem o governo brasileiro poderão ter acesso a qualquer dado pessoal sem a expressa anuência de seu titular, de tal modo que, em seu artigo 1º, deixa claro seu compromisso em primar pela proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Mesmo não sendo o principal escopo do presente trabalho, cite-se, ao que se refere a transferência de dados pessoais, a inteligência de seu art. 33 e seus incisos sobre a permissão para transferência de dados para outro país. Nessa medida, destacam-se duas hipóteses: quando o país ou organismo internacional de destino tiverem grau de proteção de dados pessoais que se adequem aos ditames da Lei n. 13.709/2018. E, no caso de empresa que receber os dados, que a mesma garanta e cumpra para com os mesmos princípios estabelecidos pela lei pátria.

A promulgação da Lei 13.709/2018 é decerto de suma importância para o cenário atual, a demonstrar o nível de seriedade e importância do país na proteção das liberdades, de modo a servir como instrumento a permear relações mais transparentes e menos abusivas. Ainda é cedo para quaisquer conclusões a respeito de sua efetividade e seu papel na construção de cidades mais inteligentes. Há um longo caminho a ser percorrido, vez que existe uma questão estrutural a ser enfrentado, de modo a se ampliar o acesso à internet nas regiões mais remotas do nosso país e à população mais humilde.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu um olhar sobre as ditas “cidades inteligentes”, seus principais conceitos e referenciais, suas perspectivas para o futuro, bem como o uso da “Internet das coisas” como instrumento de implementação desse modelo. Pretendeu-se ainda, um breve olhar sobre a atualíssima “Lei de Proteção de Dados Pessoais” e seu papel na regulação do incessante fluxo de dados que a tecnologia comunicacional produz.

Pensar em “cidades inteligentes” é, acima de tudo, pensar nas cidades que queremos viver. Falar em “cidades inteligentes” é ter por referencial os moradores dessas cidades e em nome deles se lançar em busca de soluções para a construção de um espaço mais sustentável e com mais qualidade de vida. Não se pode, em nenhuma circunstância, pensar nos projetos das *smart cities*, com objetivos dissociados dos ideais de seus cidadãos e distantes das estruturas postas à disposição. Na prática, a preocupação em se construir cidades inteligentes não tem como premissa se alcançar objetivos de uma agenda internacional (ODS 11 da ONU, por exemplo) e sim, a de tornar agradável a experiência de se viver em cidades cada vez mais povoadas e as vezes intransitáveis.

Muito tem-se dito acerca do impacto econômico da internet das coisas tanto na economia mundial (estima-se que será algo em torno de 3,9 a 11,1 trilhões por ano em 2025, significando 11% da economia mundial) e mesmo na economia brasileira (a projeção é de que a

IoT movimento 10% do PIB brasileiro). Decerto que é necessário reconhecer que a IoT traz maior conveniência, melhores produtos e serviços e portanto, criará cada vez mais oportunidades de projetos às empresas. A tecnologia digital é, de fato, parte da estratégia não só empresarial, mas também governamental, impulsionando novos modelos de gestão e de negócios. Se faz urgente enxergar no avanço tecnológico uma fonte de vantagem competitiva, devidamente alimentada pela coesão entre atores públicos e privados. Nessas bases, com as ferramentas adequadas e com projetos eficazes, será palpável coordenar e conectar os recursos necessários para criar realidades atrativas para as cidades, não só pelo aspecto econômico, mas também social.

Nos encontramos bem no centro de toda essa evolução (tecnológica e legislativa) que, focada na relação entre homem e máquina, deve buscar acima de tudo, transformar o mundo em um lugar melhor para se viver. É acompanhar e ver.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Giselda Barroso Guedes de. “Reflexões sobre a política tecnológica no Brasil”. In: *Revista Administração Empresas*, vol.17, n.6, São Paulo, Nov./Dec. 1977.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. “A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta”, *Revista do Direito Público*, Londrina, v.9, n.1, p.209-226, jan./abr.2014.

ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. *The internet of things: a survey*. Computer Networks, 2010.

BNDES. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. “Internet das coisas: um plano de ação para o Brasil”. Novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>.

BRIGGS, A.; BURKE, P. *Uma história, social da mídia: de Gutemberg à Internet*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BUETI, Maria Cristina. “As TIC e a urbanização sustentável”. In: *Panorama setorial da internet: Smart cities*, ano 9, n. 12, setembro 2017. Disponível em: [https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama\\_setorial\\_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf](https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf).

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura*. vol. 1, 10 ed. Trad. Roneide Venâncio Maier. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DUARTE, F. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. “Dando ouvidos aos dispositivos: como resolver controvérsias em um debate sobre cidades inteligentes”. In: *Anais do II Encontro Internacional Tecnologia, Comunicação e Ciência Cognitiva*. Volume 2, Número 1, Ano 2016.

FREITAS DIAS, R. R. *Internet das coisas sem mistérios: uma nova inteligência para os negócios*. São Paulo: Netpress Books, 2016.

GIL-GARCIA, J. R.; PARDO, T. A.; NAM, T. “What makes a city smart? Identifying core components and proposing an integrative and comprehensive conceptualization”. *Information Polity*, v. 20, n. 1, p. 61-87, 2015.

GIMENEZ, T. “A formação de professores de inglês: desafios da próxima década”. In: *Southern EFL Teacher’s Association Conference 3*, 2000, Florianópolis.

MACAYA, Javiera F. Medina. “Smart cities: tecnologias de informação e comunicação e o desenvolvimento de cidades mais sustentáveis e resilientes”. In: *Panorama setorial da internet: Smart cities*, ano 9, n. 12, setembro 2017. Disponível em: [https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama\\_setorial\\_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf](https://nic.br/media/docs/publicacoes/6/panorama_setorial_ano-ix-n-2-smart-cities.pdf).



MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MANCINI, Mônica. "Internet das Coisas: história, conceitos, aplicações e desafios". 2017. Disponível em: <https://pmisp.org.br/documents/acervo-arquivos/241-internet-das-coisas-historia-conceitos-aplicacoes-e-desafios/file>.

MARTINHÃO. Maximiliano. "Prefácio". In: MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

PEREZ-LUÑO. Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedad de tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

KOMNINOS, Nicos. *Intelligent Cities: Innovation, knowledge systems and digital spaces*. London: Routledge, 2002.

# AUTONOMIA PESSOAL E DIREITO NUMA PERSPECTIVA BIOPOLÍTICA

## **CADIER, Alex**

*Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. UNISUAM.  
alexcadier@gmail.com*

## **PINTO, Anna Carolina Cunha**

*Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.  
annacarolinapinto@id.uff.br*

## **CARDOSO, Cristina Leite Lopes**

*Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.  
criskikacardoso@yahoo.com.br*

**Resumo:** Pretende-se fazer aqui uma breve reflexão acerca da viabilidade do exercício da autonomia, segundo Francisco Javier Laporta, dentro de um contexto biopolítico de acordo com as ideias Michel Foucault. Busca-se compreender a relação possível entre autonomia pessoal, direito e biopolítica. Pretende-se construir um diálogo entre o conceito de autonomia na forma compreendida por Laporta, através da sua procura por uma fundamentação moral de todo o complexo sistema de leis e instituições que compõe o Direito, e a biopolítica de Foucault, em especial no impacto gerado pelo poder que a gestão das massas exerce sobre a subjetividade das pessoas, bem como o nível do controle operado e viabilizado através de instrumentos como a estatística, o cálculo e a polícia. Afinal, até que ponto seres autônomos são interessantes e até mesmo viáveis em um cenário tão fortemente marcado pela biopolítica como a que vivemos.

**Palavras-chave:** biopolítica, teoria do direito, autonomia

## INTRODUÇÃO

O presente ensaio, através de um diálogo entre as pesquisas desenvolvidas pelos três autores, busca trazer uma breve reflexão acerca da viabilidade do exercício da autonomia, nos termos cunhados por Francisco Javier Laporta, na perspectiva de um cenário biopolítico como o delineado por Michel Foucault. Da tensão entre dar-se a própria regra, não cedendo à heteronomia, *versus* a gestão das massas, que trabalha com fito de moldar os indivíduos, emerge a questão: qual autonomia é possível mediante ao contexto biopolítico e a presença do Direito, que com suas previsões também atua de maneira que influencia a ação individual?

Francisco Javier Laporta, jurista espanhol, em *“El imperio de la ley: una visión actual”*, se debruça, já no início da referida obra, sobre a temática da autonomia pessoal. Para o autor, a autonomia pessoal é considerada um postulado de justificação e critério de orientação para delimitação do campo de significação do que se entende por império da lei. O conceito, a ser detalhado nas páginas que seguem, excluiria aquele que se vê impelido por forças externas, atuando como mero objeto da vontade alheia, da noção de ser autônomo. Laporta é contundente ao afirmar que *“no tiene sentido que se utilicen con respecto a el o ella palabras como ‘deber’, ‘responsabilidad’ (...) porque simplemente no es el sujeto que ese lenguaje presupone como destinatario de esas palabras”* (LAPORTA, 2007, p. 20).

Neste sentido, o ordenamento jurídico é voltado para os indivíduos que atuam livre e conscientemente, ou seja, isentos das forças de terceiros que modulem o seu desejo e ação. Neste sentido, mostra-se interessante analisar o espaço da autonomia no contexto biopolítico trazido por Foucault. De acordo com ele, seria impossível que o governante, a seu bel prazer, moldasse os indivíduos de acordo com seus interesses, pois deve ser considerada a natureza que lhes é própria e que não se altera por decreto. Ainda assim, esta pode ser conhecida pelo soberano, permitindo-lhe a compreensão da naturalidade dos processos que compõem a população. Baseada nas informações viabilizadas pelo conhecimento estratégico dos súditos, a gestão

da vida se valerá de modulações com o condão de definir o meio em que se inserem as pessoas de acordo com os interesses e necessidades de quem está no poder.

Sobre a temática, ainda que sem empregar no trecho destacado a seguir a expressão biopolítica, temos um importante exemplo da referida ação estatal, através do ensinamento de Michel Miaille:

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado. (2005, p.50)

Dentro da perspectiva que Miaille nos traz, o Estado age através desses impulsos, com fito de auto preservar-se e justificar a necessidade da sua existência. Interessante notar, atravessando um olhar hobbesiano sobre a questão, a centralidade do medo nesse contexto, cujo papel é originário, não só na criação, mas na perpetuação estatal sob o mesmo argumento de que todo e qualquer homem pode tirar a vida de outrem e, de igual maneira, pode ter sua vida ceifada por todos os demais seres humanos que compartilham os espaços em que se vive. Cumpre ressaltar que é o medo em várias frentes, com especial ênfase ao medo da morte, que leva os homens ao pacto que, para Hobbes, estabelece o Estado. Laporta discorre sobre o uso exclusivo da violência como corolário do pacto hobbesiano e aponta para o Estado como uma espécie de *“dispositivo colectivo de fuerza”* (LAPORTA, 2007, p.62), que concentra as parcelas individuais cedidas em virtude do referido pacto. O que aqui se vê é a transferência de uma parcela da autonomia individual em prol da suposta segurança ofertada pelo poder estatal.

Por isso, cabe a reflexão acerca não só da viabilidade em si, mas de até que ponto seres autônomos são interessantes e até mesmo viáveis em um cenário tão fortemente marcado pela biopolítica como a que vivemos. Tomando o Estado como fundamental força dessa gestão das massas, mas não a única, é que se busca no presente trabalho com-

preender a relação possível entre autonomia pessoal, direito e biopolítica.

## FOUCAULT E A BIOPOLÍTICA

O século XIX presencia o fenômeno da estatização do biológico, isto é, a tomada do poder sobre o homem como ser vivente. Desde então, na teoria clássica da soberania, o direito de vida e de morte dos súditos passa a ser encarado como atributo fundamental do soberano, que passa a gerir esse direito quase sempre de modo desequilibrado, tendo em vista que o mesmo pende mais para o lado da morte. Desequilíbrio que se explica através da consolidação do poder soberano em relação à vida de seus súditos, verificando-se através da faculdade do soberano de matá-los.

O direito de fazer morrer e deixar viver, que anos mais tarde transmuta-se para a noção de fazer viver e deixar morrer, coloca em xeque a questão da parcela da autonomia cedida em benefício da manutenção da vida dos súditos através do já citado pacto hobbesiano. No livro “Em Defesa da Sociedade”, Michel Foucault é incisivo ao questionar se “não deve a vida ficar fora do contrato, na medida em que ela é que foi o motivo primordial, inicial e fundamental do contrato?” (FOUCAULT, 2010, p.203). Mediante tal questionamento, insta salientar que essa reunião com intuito de constituir um soberano, que detenha poder absoluto, inclusive sobre a vida das pessoas, não tem outro motivo que não seja o de se proteger do perigo e manter sua vida. Sendo assim, a questão posta por Foucault sublinha a subversão do pacto originário no que lhe é mais caro: a manutenção da vida pela via da segurança estatal. Não que a vida dos súditos deixe de ser o foco estatal, mas, o prisma pelo qual essa relação passa a se configurar não pode mais oferecer aos outrora temerosos súditos a garantia da segurança pretendida, tendo em vista que o próprio Estado, a julgar a conveniência, poderá ceifar-lhes a vida.

A técnica que permite esse deslocamento do foco estatal em relação a vida surge durante a segunda metade do século XVIII. A nova técnica é distinta da disciplina, mas não a suprime e, sim, a en-

global, porém trazendo diferenças bem marcadas com sua antecessora. A nova tecnologia de poder, diferentemente da disciplina, não busca atuar considerando a individualidade e sim a coletividade e os acontecimentos que a afetam como nascimento, produtividade, doença e morte. Essa tecnologia, portanto, está direcionada para o homem espécie ou, em outras palavras, a vida como pura *zoé*<sup>237</sup>.

Há, assim, o surgimento de um elemento desconhecido pela teoria do direito até então que está além dos indivíduos. Trata-se desse novo corpo múltiplo, a população. Apenas sob a sua luz é que os fenômenos fazem sentido para a biopolítica, já que a natureza destes é coletiva, aleatória, imprevisível e com duração limitada. Os mecanismos biopolíticos vão atuar em torno da aleatoriedade, visando otimizar um estado de vida, tornando a noção de fazer viver e deixar morrer muito mais rica em sentido do que outrora.

Em contraponto à disciplina, a nova técnica visa controlar acontecimentos fortuitos e suas probabilidades e, assim, eventualmente modificá-los e trabalhar para compensar seus efeitos. O referido controle opera-se considerando processos biológicos ou biossociológicos das massas humanas evidenciando o caráter biorregulamentador do Estado. Assim, em “Segurança, Território e População”, ele esclarece que:

É a população, portanto, muito mais do que o poder do soberano, que aparece como o fim e o instrumento do governo: sujeito de necessidades, de aspirações, mas também objeto nas mãos do governo. [Ela aparece] como consciente, diante do governo, do

---

<sup>237</sup> Os gregos utilizavam as palavras *zoé* e *bios* para expressar o que chamamos de vida. Para eles a *zoé* consistia no simples fato de viver, comum a todos os seres vivos e, por sua vez, a *bios* expressava uma forma de viver própria de um indivíduo ou grupo. A simples vida natural, no entanto, apenas é considerada no mundo clássico, na polis, quando analisada sob o prisma de mera vida reprodutiva. Foucault, tendo por base a noção aristotélica de que o homem é um animal político, sintetiza o processo pelo qual a vida natural é incluída nos mecanismos e cálculos do Estado e a política alcança o status de biopolítica em “Vontade de saber”: “ Por milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente” (FOUCAULT, 2016, p.127)

que ela quer, e também inconsciente do que a fazem fazer. O interesse como consciência de cada um dos indivíduos que constitui a população e o interesse como interesse da população, quaisquer que sejam os interesses e as aspirações individuais dos que a compõem, é isso que vai ser, em seu equívoco, o alvo e o instrumento fundamental do governo das populações. (FOUCAULT, 2008, p.140)

O saber do governo está diretamente vinculado ao conhecimento dos processos<sup>238</sup>, em sua totalidade, que dizem respeito à população. Portanto a administração dessa massa coletiva de fenômenos demanda profundidade, sutileza e zelo aos detalhes. A arte de governar exige controle atento em especial no que tange aos habitantes, riquezas, comportamentos individuais e coletivos, assemelhando-se a vigilância de um pai no seio familiar, como Foucault assinala em “Microfísica do Poder”.

É importante aqui compreender a evolução do pensamento foucaultiano. Ele inicialmente apontou como fonte do governo moderno o poder pastoral (2008). A reciprocidade existente entre o saber e o poder passou a interessar Foucault, tendo ele dito no texto *Sujeito e Poder* que, ao estudar a objetivação do sujeito ao longo de mais de vinte anos, acabou por envolver-se demasiadamente no estudo do tema poder. Isto se deu porque o sujeito, tema geral de sua pesquisa, sempre acabava colocado em relações de poder muito complexas (DREYFUS e RABINOW, 2013, p. 274).

Sua primeira obra a tratar do poder foi *Vigiar e Punir* (1998), em que ele inicialmente aborda a Soberania Clássica, momento do Estado Absolutista aonde o soberano detinha o poder de “fazer morrer” aquele que viesse a se colocar como inimigo do rei. O foco aqui ainda não era a gestão de massas, mas sim a punição daquele que viesse a trazer incômodo ao poder real, através de leis e punições (sistema legal) que evidenciassem a grandeza do poder do soberano através da espetacularização da punição.

---

<sup>238</sup> Esse domínio acerca dos processos é denominado na obra foucaultiana como economia política.

Observa-se, contudo, que, nesta obra, Michel Foucault não se alonga nesse tema, mas sim no chamado poder disciplinar, onde, utilizando-se de instituições totais (BENTHAM, 1987), o poder manifestava-se no disciplinamento dos corpos de um número determinado de pessoas (sejam soldados, operários, doentes, clérigos, loucos ou presos), que eram normalizados através de padrões comportamentais preestabelecidos, tendo seu tempo e espaço monitorados através da tecnologia do panóptico benthaniano.

No poder disciplinar, a constante ameaça de vigilância, dociliza os corpos em um adestramento cadenciado, onde aquele que não se adequa (ou não se adestra) é considerado como inapto. Seu apogeu deu-se nos séculos XVII e XVIII, e, na área penal, trouxe um discurso de humanização das penas. No entanto, deve-se notar que neste momento, o atuar sobre os corpos alcançava um número maior de indivíduos, mas ainda não se tratava da ideia de gerir uma massa de pessoas, percepção trazida posteriormente com o estudo do biopoder.

Foi na obra intitulada *Segurança, Território e População* (2008) que Michel Foucault expôs, através de exemplos, toda a trajetória do poder até a tecnologia que possibilita a gestão de uma massa de pessoas através dos chamados dispositivos de segurança. Ele mostra que através das estratégias de um saber político, surge a chamada governamentalidade, responsável pela regulação da população, ou seja, o exercício desse controle.

A origem dessa governamentalidade remonta ao poder pastoral, já que este incidia mais sobre uma multidão que compartilhava de um objetivo comum – a salvação – do que sobre um território delimitado.

Foucault demonstra toda a sua argúcia ao trazer à tona os mecanismos e o conjunto de procedimentos – que se articulam com as transformações econômicas, políticas, sociais – e que assumem a função de gerir a vida produzindo forças, nutrindo-as e fazendo-as crescer, para organizá-las e ordená-las mais do que ceifá-las ou destruí-las – é a vida nua, é o “biopoder” (FOUCAULT, 2008, apud CANELLAS, 2010, p. 287)



A partir do século XVIII, há a emergência de uma nova configuração que se opunha ao poder soberano, ocorrendo uma inversão: não se trata mais de fazer morrer e deixar viver, mas sim de fazer viver e deixar morrer.

É o dispositivo que aparece para o controle dessa massa denominada agora por população, que será não mais adestrada conforme o poder disciplinar, mas sim gerida, havendo assim, o caminhar do biopoder para a biopolítica.

Com o auxílio de outros saberes, como as ciências sociais e a estatística, os desejos da população a ser gerida passam a ser conhecidos e, assim, o poder passa a ter a capacidade de modulá-lo de acordo com o que se pretende.

A população acredita ser livre em suas escolhas, mas não percebe que esse poder está a operar de maneira mais profunda, pois ele traz a crença de que há um atuar livre dos sujeitos, quando em verdade há um controle muito mais incisivo e capcioso das massas, um processo de dessubjetivação, que nada mais é do que a biopolítica em operação através dos dispositivos.

Giorgio Agamben também se preocupou com a utilização desses dispositivos e faz coro às ideias de Foucault:

O dispositivo tem natureza essencialmente estratégica, que se trata, como consequência, de uma certa manipulação de relações de força, de uma intervenção racional e combinada das relações de força, seja para orientá-las em certa direção, seja para bloqueá-las ou para fixá-las e utilizá-las. O dispositivo está sempre inscrito num jogo de poder e, ao mesmo tempo, sempre ligado aos limites do saber, que derivam desse e, na mesma medida condicionam-no (FOUCAULT, pp. 299-300, apud AGAMBEN, 2009, p. 28).

O filósofo italiano ainda explica que a atenção de Foucault na análise do dispositivo estava voltada para a verificação de como este pode atuar nos jogos de poder. O termo dispositivo

Nomeia aquilo em que e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser. Por isso

os dispositivos devem implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o seu sujeito (...) Comum a todos esses termos é a referência a uma *oikonomia*, isto é, a um conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições cujo objetivo é gerir, governar, controlar e orientar, num sentido que se supõe útil, os gestos e os pensamentos dos homens (AGAMBEN, 2009, pp. 38-39)

Para ele, quanto maior for a disseminação de dispositivos, maior será o processo de subjetivação dos sujeitos, chamando de dispositivo qualquer coisa que possibilite controlar os seres vivos, incluindo, por óbvio, não apenas as instituições totais, como a prisão, mas absolutamente tudo que possa servir como algo que, inconscientemente, faça com que o ser vivo “se deixe capturar” (AGAMBEN, 2009, pp. 40-41): isso pode se dar com a linguagem, com os computadores, com os smartphones, com as diversas redes sociais e é facilmente detectável com a significativa disseminação de *fake news*.

Evidente que aqui a temática biopolítica não se esgota, mas de acordo com o que estamos desenvolvendo, buscamos compreender o poder que a gestão das massas exerce no que tange à subjetividade das pessoas, bem como o nível do controle operado e viabilizado através de instrumentos como a estatística, o cálculo e a polícia. Foucault é taxativo ao afirmar que a economia e a opinião são os dois grandes elementos da realidade a se manipular pelo governante, o que aponta para o que o autor chama de o problema do público. Tal problema consiste na intervenção sobre a consciência das pessoas por parte da razão do Estado, visando a mudança não só de suas opiniões mas, principalmente, de suas ações, que afetam a dinâmica desses sujeitos econômicos e políticos. Resta evidente, pois, que tais atos resvalam diretamente na autonomia pessoal, prejudicando-a e até eliminando-a em muitos momentos.

Mediante a nítida manipulação da subjetividade mesma da população aqui desenhada passaremos, com um olhar crítico, para a temática da autonomia pessoal visando delimitar suas possibilidades concretas no contexto biopolítico em que estamos inseridos.

## LAPORTA E A AUTONOMIA PESSOAL

Em “*El Imperio de la ley: una visión actual*”, Laporta dedica um capítulo para tratar exclusivamente sobre a temática da autonomia pessoal. O autor pretende com o referido livro buscar uma fundamentação moral de todo o complexo sistema de leis e instituições que compõem o império da lei. No capítulo primeiro, reservado ao estudo da autonomia pessoal, Laporta assinala que é esta que atua como postulado ético e base de justificação do império, que não pode ser compreendido, segundo o autor, analisando apenas seu prisma jurídico. Isto é, limitar o império da lei meramente a um conjunto de instituições e exigências normativas é equivocado, posto que a justificação do direito deve estar para além dele mesmo, isto é, em elementos externos ao sistema jurídico.

Nesse diapasão, tem-se a contribuição dos valores e princípios morais, contudo, compete à autonomia pessoal um papel de maior destaque tendo em vista a dupla função por ela exercida, qual seja, a de “postulado de justificación y de criterio de orientación para delimitar el campo de significado del concepto de império de la ley” (LAPORTA, 2007, p.18). Para a sociedade ocidental, o ser humano é, assim, elevado ao posto de artífice de seus próprios pensamentos, atos e decisões. Em outras palavras, nossa sociedade enxerga o homem como dono de si mesmo e, dessa concepção, extrai-se o valor atribuído socialmente às ações autônomas.

Isto posto, inquestionável a relevância da discussão proposta por Laporta acerca da autonomia pessoal, que remonta ao pensamento kantiano, o qual compreende a autonomia pessoal como condição de inteligibilidade do discurso moral. Para Kant, a liberdade está condicionada à autonomia, razão pela qual a ausência de liberdade (heteronomia) configura-se a partir de regras que não emanam do indivíduo, mas que o regem - a própria causalidade eliminaria do indivíduo a liberdade, eis que externa. A liberdade em Kant apenas é possível se o indivíduo se submete à única norma que dele emana, a lei moral. Etimologicamente, autonomia é isso: dar-se a sua própria regra,

uma lei emanada da razão humana e sem causa, já que tudo que é determinado por causas não pode ser considerado livre.

Para Laporta, temos a definição de autonomia pessoal como “una noción multidimensional y compleja que se infiltra inadvertidamente en los más variados territorios de las ciencias sociales y la filosofía, pero que se cumple su función más importante em el âmbito de la moral o de la ética” (2007, p. 17). Ele aponta, ao endossar o pensamento de Dworkin, para a existência de diversas concepções possíveis de autonomia, motivo pelo qual a compara à figura de um poliedro, dotado de diversas faces. Em que pese as múltiplas facetas da autonomia, compreende-se que o ponto em comum da análise deste conceito é que se trata, para inúmeros doutrinadores, de uma qualidade das pessoas tida como desejável.

Em consonância com essa observação de Dworkin, como já fora sublinhado, a sociedade ocidental toma o homem como dono de si mesmo, de seus pensamentos, atos e decisões. A consciência de si mesmo e responsabilidade decorrente dessa condição é que transforma o indivíduo em agente participativo das práticas sociais normativas e o avaliza a ser destinatário de palavras como responsabilidade, dever, sanção e mérito- e das normas que as contém. É desse pressuposto que parte o império da lei e suas exigências.

Fundamental para fins dessa breve reflexão proposta esclarecer que, para Laporta, o conceito de autonomia é gradual, podendo ser verificado nos indivíduos em maior ou menor grau a depender das circunstâncias em que estão inseridos. Destacar essa possibilidade é importante, tendo em vista que, ainda que em menor grau, uma ação praticada por alguém que encontre-se parcialmente anulado de uma parcela de sua autonomia, não deixa de ser considerada deste modo. No contexto biopolítico delineado no tópico anterior deste artigo, por exemplo, sabemos que existe parcial anulação da autonomia, pois presente a indução de subjetividades de acordo com o que se crê melhor para a gestão das massas. Cientes dessa possibilidade, podemos afirmar, assim, a existência de autonomia restrita nesse cenário, porém a um menor grau.

Nesse sentido, pensar que não estamos naturalmente fadados à heteronomia permanente traz implicações para a esfera ética, considerando que a inserção nesse universo ocorre em decorrência da condição de ser humano autônomo. Contudo, a referida inserção não assegura que as ações provenientes de um ser autônomo sejam sempre morais para Laporta que, diferentemente de Kant, admite a possibilidade de uma ação perfeitamente autônoma ser moralmente condenável.

### **A TENSÃO ENTRE DIREITO E AUTONOMIA EM UM CONTEXTO BIOPOLÍTICO**

O agir humano autônomo deve contemplar quatro aspectos para que, assim, se verifique a conformidade com a concepção de pessoa humana pensada por este autor. Integram o conjunto em deslinde os aspectos denominados por ele como: 1) o sentido negativo da liberdade; 2) a racionalidade e a autonomia; 3) a autonomia pessoal no tempo e 4) a autonomia pessoal e os planos de vida.

Ao tecer suas considerações acerca do primeiro aspecto, o autor levanta uma discussão bastante relevante dentro deste trabalho: todo aquele que vê interceptada sua atuação de acordo com sua vontade por verificar entre ele e sua vontade a existência de determinação necessária, seja um obstáculo real ou até mesmo uma ameaça normativa, tal qual uma sanção, pena ou multa, carece do que Laporta chama de liberdade negativa. Desse modo, urge a questão posta pelo autor como problemática: se a autonomia pessoal não pode dar-se sem liberdade em sentido negativo e o sistema jurídico projeta sobre o indivíduo uma série de interferências normativas e sanções coativas, então o sistema jurídico, aqui considerado um sistema de normas vinculantes, e autonomia pessoal percebida como liberdade negativa parecem dois mundos incompatíveis, relevando para nós o paradoxo da autoridade.

Este paradoxo, inclusive, confronta-se com o segundo aspecto elencado, qual seja, o de racionalidade e autonomia, tendo em vista que este eleva a vontade como palavra final na deliberação indi-

vidual. Ainda da análise do segundo aspecto, urge outra questão que cujo debate é relevante para nosso trabalho: a aprovação de leis pela racionalidade nos mostra que os pronunciamentos da razão devem ser os mesmos em todas as mentes. É possível falar em autonomia pessoal mediante a obrigatoriedade de uniformidade dos pronunciamentos da razão?

Esse questionamento nos permite um desdobramento para o viés imediatamente biopolítico do embate, proposto por Berlin e apresentado por Laporta quando discorre sobre o segundo aspecto: se o governante consegue condicionar seus súditos para que deixem de lado seus desejos para adotar a forma de vida criada e destinada para eles, há uniformidade no pronunciamento da razão, mas a autonomia pessoal é desfigurada nesse ato. No decorrer da discussão Laporta ensina que: “y esto es lo que define la importancia de la noción de autonomía, pues no es el resultado que importa, sino el proceso mismo de serlo, cualquiera que sea el resultado que con él alcancemos como seres humanos” (LAPORTA, 2007, p.28).

A importância conferida ao processo por Laporta parece-nos acertadíssima sob um olhar biopolítico, já que através de estímulos por vezes muito sutis verdadeiras transformações podem ocorrer na esfera individual alterando escolhas, decisões e opiniões que, antes autônomas, hoje já não se encontram mais isentas de interferências externas que maculam a configuração do homem como sujeito autônomo.

Ademais, em artigo em que trata da crise da lei, Laporta aponta ainda para outro aspecto que coaduna com a tensão da liberdade negativa x imposições do sistema jurídico já discutida neste trabalho. Ele nos apresenta a dificuldade da lei resultante do processo legislativo, considerada a expressão da vontade geral, em conciliar as vontades individuais:

*Esta visión del proceso legislativo, como se sabe, está sometida a un severo escrutinio. Al menos desde Condorcet sabemos que las cosas no son tan fáciles. Incluso, desde Arrow, tenemos la vehemente sospecha de que son imposibles manteniendo unos criterios formales mínimos. De forma*

*que esta acepción de ley tendría que enfrentarse con esas críticas. Y temo que aquí la pretensión de racionalidad sea tan vulnerable como se pueda imaginar. Lo problemático, sin embargo, es que la crisis de la ley no proviene sobre todo de que podamos afirmar desde la teoría de la elección colectiva que el órgano de decisión no es capaz de acometer el proceso racional de componer las aspiraciones individuales, sino de dos circunstancias, una más política y otra más jurídica, que han adquirido en estos últimos años una particular intensidad. (LAPORTA, 1999, p. 323)*

A problemática da coexistência entre uma lei com poder de influenciar e punir ações humanas autônomas e a liberdade negativa põe em risco a existência da autonomia em um mundo extremamente apegado ao judiciário e às leis. De modo breve, Laporta desenha uma solução dentro do próprio ordenamento jurídico para o imbróglío em tela. Para ele, o núcleo duro do ordenamento jurídico, isto é, “conjunto de normas emitidas por una autoridad reconocida, generales, prospectivas, estables, claras y ciertas” (LAPORTA, 2015, p.142), estabelece um parâmetro de convivência baseado em um contexto decisório cujos dados a serem considerados são conhecidos e razoavelmente firmes, o que permite aos indivíduos, de antemão, esperar uma decisão do judiciário no sentido apregoado por esta lei conhecida. O conhecimento do núcleo duro do ordenamento permite aos indivíduos, inclusive leigos, organizarem suas vidas de acordo com o mesmo. Ademais, a construção complexa que parte do núcleo duro e tem seu norte nos princípios, viabiliza que, no interior do sistema legal, o indivíduo encontre ferramentas que possibilitem a proteção de sua autonomia pessoal. Desta feita, compete ao mesmo invocar regras em face de outros cidadãos e do próprio Estado mediante a prática de atos duvidosos.

Contudo, lançando sobre a questão um olhar de viés kantiano, Sandel aponta que dever e autonomia só caminham juntos quando a pessoa é o autor da lei à qual deva obedecer. Ele afirma: “minha dignidade como pessoa livre não consiste em submeter-me à lei moral, mas em ser o autor dessa mesma lei (...) subordinar-me a ela apenas nessa situação” (SANDEL, 2012, p.158). Quando obedecemos ao imperativo categórico obedecemos a uma lei que escolhemos. Qual seria a saída para o impasse entre a autonomia contemplando a liberdade

negativa, o direito e a contínua operação biopolítica na qual estamos inseridos?

Prosseguindo à luz do pensamento de Kant, Goyard-Fabre defende que a obra kantiana vai além da filosofia prática que supõe um modelo teleológico da ação. Ela traz em seu bojo elementos de um normativismo crítico que fornece ao direito simultaneamente sua arquitetura e seu horizonte de sentido e de valor. Ela propõe um retorno à Kant, a quem vê como um oráculo, especialmente após o lançamento de sua terceira crítica, e sublinha que esta retomada não se debruça sobre os trabalhos neokantianos e sim do próprio Kant.

Para a autora, é importante que o homem conceba a justiça como uma ideia reguladora do tipo kantiano, isto é, como uma ideia necessária para estabelecer e manter o equilíbrio da sociedade. Ela estabelece ainda a função metaética atribuída ao caráter do imperativo categórico vinculado aos princípios de justiça, num contexto em que o mesmo é considerado universalmente como critério absoluto da validade dos princípios. Também aponta para a necessidade de uma fundação racional do direito para evitar que justiça seja meramente arbitrária ou contingente.

Essa omissão do problema da fundação tem pesadas consequências. O direito positivo, “desprovido da pressuposição tácita de uma ética, não tem normativamente força de obrigação; quando muito, advém dos fatos”. Aliás, lê-se a consequência da consequência de maneira muito concreta: “É muito instrutivo constatar que um sistema jurídico cujo crédito moral diminui uma sociedade geralmente também deixa, com o tempo, de ser efetivamente aplicado” (APEL *apud* GOYARD-FABRE, 2002, p.301)

Pensar nessa fundação racional é optar por uma lei moral. Na perspectiva kantiana de uma lei moral, não existem escolhas feitas na qualidade pessoas individuais e sim de seres racionais participantes da pura razão prática. Sendo assim, não se deve pensar a lei moral como dependente ou resultante de nós como indivíduos, já que, na medida em que se exercita a pura razão prática, é notado o afastamento de interesses particulares. Desse modo, é possível afirmar, à luz da obra de Kant, que os praticantes desta razão alcançarão igual conclu-



são ou, em termos novamente kantianos, alcançarão um imperativo categórico. Pelo exposto, nos é dado concluir que tanto a escolha livre e a escolha baseada em leis morais são essencialmente a mesma coisa, por isso Sandel afirma que “se quisermos nos considerar seres autônomos, primeiramente precisamos determinar a lei moral” (2012, p.269). Vale lembrar que, para Kant, o direito é compreendido pelo conjunto de condições que são os meios através dos quais o arbítrio de um pode estar em consonância com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade (1994, p. 126).

Portanto, dentro da problemática estabelecida no que tange à relação entre direito e autonomia, alcançamos com auxílio de Kant e Goyard-Fabre que o ordenamento jurídico estará em acordo com a autonomia se, o processo de criação de suas normas, estiver afastado de desejos e finalidades particulares. Sendo assim, só é possível alcançar princípios prudentes ao passo que a lei moral demanda, por óbvio, o amparo em princípios morais. Este seria o melhor método de proteger a autonomia, tendo em vista que é preciso considerar a viabilidade de o próprio ordenamento jurídico resguardá-la. Afinal, é possível estabelecer limites legais ao soberano já que seu poder é anterior ao direito? Laporta alerta para a necessidade de considerarmos poderes que a nada se limitam, como o poder soberano e o poder constituinte por exemplo que retiram a “garantia” dessa operação. Contemplando o momento político do nosso país tal alerta soa-nos absolutamente prudente e, mais ainda, o peso de normas eivadas por desejos e finalidades particulares que em muito distam do interesse público, da razão e, por conseguinte, de princípios morais que poderiam elevá-las a condição de lei moral.

Em que pese o direito não ser o foco da atividade biopolítica, não podemos desconsiderar a sua contribuição, ainda que como estímulo, na moldagem do indivíduo e, corolariamente, das massas. Importa, portanto, conceber saídas para que também o Direito possa propiciar um ambiente favorável para o exercício da autonomia pessoal.

## CONCLUSÃO

Laporta aponta uma questão problemática: se a autonomia pessoal não pode se dar sem liberdade em sentido negativo e o sistema jurídico projeta sobre o indivíduo uma série de interferências normativas e sanções coativas, então o sistema jurídico, aqui considerado um sistema de normas vinculantes, e a autonomia pessoal percebida como liberdade negativa parecem dois mundos incompatíveis, relevando para nós o paradoxo da autoridade.

A autonomia que temos nesse cenário, de certo, não é plena e foge do nosso alcance em muitos momentos o poder de retomar sua plenitude. Isso se deve à naturalidade dos processos operados em favor da gestão das massas, que molda indivíduos através de estímulos sutis que os levam a crer que gozam de autonomia e liberdade para alcançar certas opiniões e atitudes quando, na verdade, foram manipulados até nisso.

O retorno às ideias de Kant, pela fundamentação moral do direito e do debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico, é um dos caminhos possíveis para alcançar um maior grau de autonomia nos dias de hoje, mas este é apenas um dos muitos caminhos que a filosofia do direito e o próprio direito nos apontam. No campo prático e mais imediato, vale o ensinamento foucaultiano de que onde há poder, há resistência: talvez essa seja a grande aposta que nos seja reservada como indivíduos submetidos também à uma disciplina que nos dociliza, apesar da biopolítica estar muito mais avançada como tecnologia de poder.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? E outros ensaios*. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Santa Catarina: Argos, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

CANELLAS, Wanessa. *Segurança, Território, População. Lugar Comum* (UFRJ), v. 29, pp. 286-287, 2010.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do pluralismo e da hermenêutica*. Tradução de Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 17ª edição. Petrópolis: Vozes, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território e População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. 2ª. Ed. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 4ª. Ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 3ª ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LAPORTA, Francisco J. *Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 22, 1999, pp. 321-330. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/materiales-para-una-reflexion->

sobre-racionalidad-y-crisis-de-la-ley/ Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

LAPORTA, Francisco J. *Imperio de la ley: reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n 15-16, vol. I, 2005, pp. 133-145. Disponível em:<http://www.cervantesvirtual.com/obra/imperio-de-la-ley--reflexiones-sobre-un-punto-de-partida-de-elas-daz-0/> Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3ª edição, Lisboa, Editorial Estampa, 2005.

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. *O conceito de biopoder hoje*. Revista de Ciências Sociais: Política & Trabalho, João Pessoa, v. 24, abril de 2006.

RIBEIRO, Luis Antônio Cunha Ribeiro. *The Foucaultian Archaeological Method in Giorgio Agamben*. Tradução de Ana Nicolino. 25th IVR World Congress LAW SCIENCE AND TECHNOLOGY. Frankfurt am Main, 2012.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 8ª. Ed. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.