

FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

PEMBROKE COLLINS

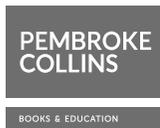
EDITORIAL BOARD

PRESIDENT	Felipe Dutra Asensi
MEMBERS	Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, Brazil) Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Brazil) Adriano Rosa (USU, Brazil) Alberto Shinji Higa (Procuradoria Geral de Jundiaí, Brazil) Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Brazil) Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, Brazil) Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colombia) Carlos Mourão (PGM, Brazil) Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal) Coriolano de Almeida Camargo (UPM, Brazil) Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Brazil) Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Brazil) Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Brazil) Diogo de Castro Ferreira (IDT, Brazil) Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, United States) Elaine Teixeira Rabello (KIT, Netherlands) Glaucia Ribeiro (UEA, Brazil) Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Brazil) Jonathan Regis (UNIVALI, Brazil) Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Spain) Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, Brazil) Luciano Nascimento (UEPB, Brazil) Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Brazil) Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Brazil) Marcia Cavalcanti (USU, Brazil) Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Brazil) Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal) Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru) Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Brazil) Rogério Borba (UVA, Brazil) Rosângela Tremel (JusCibernética, Brazil) Roseni Pinheiro (UERJ, Brazil) Sergio de Souza Salles (UCP, Brazil) Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brazil) Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal) Vania Siciliano Aieta (UERJ, Brazil)

ORGANIZAÇÃO:

AMANDA LOURENÇO, CLARISSA BOTTEGA, CLAUDIA LIMA MONTEIRO,
JULIA KOMKA, MARIANA GOMES DE OLIVEIRA

FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS



DEERFIELD BEACH, FL – UNITED STATES
PEMBROKE COLLINS
2023

Copyright © 2023 | **Amanda Lourenço, Clarissa Bottega, Claudia Lima Monteiro, Julia Komka, Mariana Gomes de Oliveira (orgs.)**

EDITORIAL PRESIDENCY Felipe Asensi

PUBLISHING Felipe Asensi

EDITORIAL COORDINATION Vanessa Abraim

PROOFREADING Pembroke Collins' Team

GRAPHIC PROJECT AND COVER Diniz Gomes

FORMATTING Diniz Gomes

PEMBROKE COLLINS

1191 E Newport Center Dr #103 - Deerfield Beach

FL 33442 - United States

info@pembrokecollins.com

www.pembrokecollins.com

ALL RIGHTS RESERVED

No part of this book can be used or reproduced by any means without this Publisher's written permission.

FINANCING

This book was financed by the International Council for Higher Studies in Law (CAED-Jus), by the International Council for Higher Studies in Education (CAEduca) and by Pembroke Collins.

All books are submitted to the peer view process in double blind format by the Publisher and, in the case Collection, also by the Editors.

F935

Fronteiras dos direitos humanos e fundamentais / Amanda Lourenço, Clarissa Bottega, Claudia Lima Monteiro, Julia Komka, Mariana Gomes de Oliveira (org.). – Deerfield Beach, FL: Pembroke Collins, 2023.

290 p.

ISBN 979-8-88670-049-7

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos civis. I. Lourenço, Amanda (org.). II. Bottega, Clarissa (org.). III. Monteiro, Claudia Lima (org.). IV. Komka, Julia (org.). V. Oliveira, Mariana Gomes de (org.).

CDD 323

SUMÁRIO

ARTIGOS – DIREITO CONSTITUCIONAL.....13

A PRESCRIÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....15

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Thales Ferreira Leite

A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: “SE É POR FALTA DE ADEUS...”.....35

Frederico Luís Alves Tavares

A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ABORTO.....50

Rinaldo Toshio Eiri Marques

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONTEMPORANEIDADE.....66

Lucas Soares Lessa

MUDANÇA CLIMÁTICA E A ASCENSÃO DO POPULISMO AUTORITÁRIO NO SÉCULO XXI.....83

Júlia Maria Ramalho Lisboa

O DIREITO AO LAZER DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DO CUMPRIMENTO AOS ARTS. 42-45 DO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS ESPAÇOS PÚBLICOS DE LAZER EM TERESINA-PI.....97

Ana Angélica Fonseca Costa

A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO..... 113
Luciana Waly de Paulo

ARTIGOS — DIREITOS FUNDAMENTAIS.....131

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: VIOLÊNCIA POR PARTE DO PODER
PÚBLICO..... 133
Mariana Carvalho Berça da Silva

DIREITOS HUMANOS PARA ENFERMEIRAS (OS) OBSTÉTRICAS
(OBSTETRIZES)..... 148
Trícia Bogossian

DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA..... 161
Ana Flávia Costa Sordi
Nilson Tadeu Reis Campos Silva

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....179
Fernando Nogueira Bebiano

INVISIBILIDADE SOCIAL, DISCRIMINAÇÃO E DIGNIDADE HUMANA:
DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE JUSTA..... 197
Romualdo Aparecido Callegari
Sandra Morais de Brito Costa
Ursula Spisso Monteiro Britto
Walter Carvalho Monteiro Britto

O BOLSONARISMO E A ERA DO NÃO-DIREITO À SAÚDE NO BRASIL:
UM BREVE LEVANTAMENTO DE TAIS FENÔMENOS E DAS SAÍDAS
POSSÍVEIS A PARTIR DOS ENSINAMENTOS DE NORBERTO BOBBIO.....216
Gabriela Lima Valença Almeida

ARTIGOS — DIREITOS SOCIAIS.....235

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS QUE INTEGRAM AS
CADEIAS GLOBAIS DE VALOR NO QUE SE REFERE AOS DIREITOS
HUMANOS..... 237
Joseph Murta Chalhoub

AS ALTERNATIVAS PARA REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE EM CONFLITOS AMBIENTAIS.....	255
<i>Vinícius Rosa Bezerra</i>	
A INTENSIFICAÇÃO DA INSEGURANÇA ALIMENTAR FACE AO DESMONTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	275
<i>Daniela Costa Soares Mattar</i>	
<i>Luís Henrique Rezende</i>	
<i>Marcelo Patrick Carvalho</i>	
A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA DO TRABALHO PARA RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DECORRENTES DE DECISÕES TRABALHISTAS.....	291
<i>Fernando Nogueira Bebiano</i>	
PARA ALÉM DA PANDEMIA: UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E A INEFICIÊNCIA DE POLÍTICAS SOCIAIS PARA MULHERES NA ATUALIDADE.....	308
<i>Kellen Magalhães da Silveira</i>	
<i>Maryanna C. da Silva Gomes</i>	
ENTRE O EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A NECESSIDADE DOS GASTOS COM SAÚDE PÚBLICA PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO PODER PÚBLICO.....	320
<i>Frederico Luís Alves Tavares</i>	
VULNERABILIDADE SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS SOCIAIS DE IDOSOS E CRIANÇAS EM SISTEMAS DE ALERTA DE DESASTRES.....	336
<i>André Francisco Pugas</i>	
RESUMOS.....	357
O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UM BREVE EXAME.....	359
<i>Tiago Martinez</i>	

COM A PALAVRA, O STF: A DECISÃO QUE PODERÁ CAUSAR O COLAPSO NOS MUNICÍPIOS E DECRETAR A FALÊNCIA NACIONAL DA EDUCAÇÃO BÁSICA.....	362
<i>Pedro Cravo Guimarães Freire</i>	
DIREITO AO ESQUECIMENTO E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606.....	366
<i>Joseph Murta Chalhoub</i>	
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA.....	371
<i>Natan Oliveira de Souza</i>	
O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	377
<i>Laura Rodrigues Rosa da Silveira</i>	
AS POLÍTICAS SOCIAIS NA VIDA DE MULHERES EM UM CONTEXTO PÓS-PANDEMIA.....	382
<i>Kellen Magalhães da Silveira</i> <i>Maryanna C. da Silva Gomes</i>	
OS AVANÇOS NA INCLUSÃO QUILOMBOLA FRENTE AO CENSO IBGE 2022.....	386
<i>Adriely Gusmão de Carvalho</i> <i>Maria Helena Alves Ramos</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	(Universidade Santa Úrsula, Brasil)
Alexandre Bahia	(Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Alfredo Freitas	(Ambra College, Estados Unidos)
Antonio Santoro	(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Arthur Bezerra de Souza Junior	(Universidade Nove de Julho, Brasil)
Bruno Zanotti	(PCES, Brasil)
Claudia Nunes	(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)
Daniel Giotti de Paula	(PFN, Brasil)
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
Denise Salles	(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Edgar Contreras	(Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
Eduardo Val	(Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Felipe Asensi	(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Fernando Bentes	(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)
Glaucia Ribeiro	(Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)

Gunter Frankenberg	(Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)
João Mendes	(Universidade de Coimbra, Portugal)
Jose Buzanello	(Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Klever Filpo	(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Luciana Souza	(Faculdade Milton Campos, Brasil)
Marcello Mello	(Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)
Nikolas Rose	(King's College London, Reino Unido)
Oton Vasconcelos	(Universidade de Pernambuco, Brasil)
Paula Arévalo Mutiz	(Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)
Pedro Ivo Sousa	(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)
Santiago Polop	(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)
Siddharta Legale	(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Saul Tourinho Leal	(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)
Sergio Salles	(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Susanna Pozzolo	(Università degli Studi di Brescia, Itália)
Thiago Pereira	(Centro Universitário Lassale, Brasil)
Tiago Gagliano	(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)
Walkyria Chagas da Silva Santos	(Universidade de Brasília, Brasil)

APRESENTAÇÃO - SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso nos Estados Unidos (com ISBN Americano) e distribuição mundial, com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2022, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Multidisciplinar de Produção Acadêmica** no âmbito do **Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas (ConiPUB 2022)**, que ocorreu entre os dias 26 a 28 de outubro de 2022 e contou com 67 Grupos de Trabalho com mais de 320 artigos e resumos expandidos de 27 universidades e 13 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 07 livros do evento.

Esta publicação americana é financiada por recursos do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica internacionais.

ARTIGOS – DIREITO CONSTITUCIONAL

A PRESCRIÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro¹

Thales Ferreira Leite²

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consagra em seu art. 70 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante o controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder. Assim, consoante o art. 71 da CRFB/88, caberá ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), o exercício do controle externo.

1 Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Professora da UEA/AM.

2 Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

Como um meio de alcançar os objetivos previstos no art. 3º da CRFB/88, nota-se que a Assembleia Constituinte criou e fortaleceu o sistema de controle externo à medida que outorgou aos membros do TCU as mesmas garantias e prerrogativa dos ministros do Superior Tribunal de Justiça — STJ (art. 73, § 3º), além de conferir às essas instâncias administrativas a competência de aplicar multa, desde que prevista em lei (art. 71, VIII), e imputar débito (art. 71, § 3º).

Nesse sentido, o art. 37, § 5º, da CRFB/88 prevê, a priori, que são imprescritíveis as ações com pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de prejuízos causados por ilícitos praticados por qualquer agente. Todavia, a interpretação do dispositivo não é pacífica na doutrina, e o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) possui diversas decisões as quais discutem os critérios de alcance da norma, inclusive no âmbito dos Tribunais de Contas que podem imputar débito, conforme já mencionado.

Além da aplicabilidade da imprescritibilidade supra, percebe-se uma grande dificuldade de aplicação da prescrição uma vez que diversas Cortes de Contas não possuem esse instituto previsto em suas leis de criação ou regimentos, a exemplo do próprio TCU que nada dispõe em sua Lei Orgânica.

Pretende-se analisar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas à luz da jurisprudência do STF e dos entendimentos doutrinários. Empregar-se-á uma metodologia dedutiva, com consulta documental e bibliográfica em livros especializados, doutrina, jurisprudências, artigos, sites oficiais e blogs específicos.

1. A DIFERENÇA ENTRE PRETENSÃO PUNITIVA E PRETENSÃO RESSARCITÓRIA

A prescrição é um dos instrumentos necessários para assegurar na democracia a garantia da segurança jurídica, possui características que a separam das demais áreas do Direito, a depender do ramo do Direito em que está inserida. Todavia, permanece extremamente válida a lição de Pontes de Miranda sobre seu conceito:

A prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se — contra o seu direito ou contra o que têm por seu direito — pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. (MIRANDA, 1983, p. 100).

Conceituado o tema, urge levantar a seguinte questão: a prescrição punitiva dos Tribunais de Contas, ou seja, aquele limite temporal em que a Corte de Contas pode exercer sua função de aplicar multas, é amplamente aceita, e não é objeto de maiores discussões, pois a parte inicial do art. 37, § 5º da CRFB/88, tem interpretação que não sugere maiores discussões. Porém, apesar da ampla aceitação da prescrição nesses casos, surge o problema da ausência de regulação de tal instituto nesses contextos específicos, gerando uma grande insegurança.

O próprio TCU já se debruçou sobre o tema em 2015 no Acórdão n.º 1.441/2016 (BRASIL, 2016), em que foram discutidas três teses: a) a imprescritibilidade da pretensão punitiva, b) prazo prescricional de cinco anos e c) prazo prescricional de dez anos. Na ocasião, o TCU acabou por acolher a terceira tese e de modo acertado, segundo Dantas e Santos (2020, p. 53):

prescrição decenal, aliada a contagem do prazo a partir da prática do ato ilícito, ao que tudo aponta, é a que mais se ajusta ao modelo constitucional eleito pelo Constituinte, tanto por dar a máxima efetividade possível às normas da Constituição Federal, como por assinalar a importância da segurança jurídica como um valor intrínseco e estruturante do próprio Estado Democrático de Direito.

A escolha pelo prazo decenal em caso de omissão do legislador, todavia, não é entendimento pacífico. O STF, no Mandado de Segurança n.º 32.201/DF (BRASIL, 2017), decidiu pela adoção do prazo

quinquenal em que o caso concreto analisado se referia ao próprio TCU. Em seu voto, diante da ausência de regulação da prescrição das sanções aplicáveis pela Corte de Contas Federal, salientou o Ministro Relator Luís Roberto Barroso:

A meu ver, a prescrição da pretensão sancionatória do TCU é regulada integralmente pela Lei n.º 9.873/1999 – que regulamenta a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. Essa conclusão está embasada em dois fundamentos.

10. Primeiro fundamento: a Lei n.º 9.873/1999, se corretamente interpretada, é diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, não se fazendo necessária colmatação de suposta lacuna através de analogia.

[...]

Segundo fundamento: ainda que não fosse diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, a Lei n.º 9.873/1999 representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia (BRASIL, 2017).

Adiante, o Ministro Luís Roberto Barroso arremata seu entendimento dissertando sobre aplicação do prazo quinquenal aos Tribunais de Contas, à falta de norma regulamentadora, tendo em vista um conjunto de normas de direito público que preveem o prazo em questão, a exemplo: (I) Lei n.º 9.873/1999, cinco anos para a pretensão punitiva da administração pública federal no exercício do direito de polícia, conforme o art. 1º; (II) Lei n.º 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), cinco anos para a cobrança de crédito tributário, conforme art. 174; (III) Lei n.º 9.784/1999, que fixa em cinco anos o prazo da Administração para anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, previsto no art. 54; (IV) Lei n.º 6.838/1980, cinco anos para a sanção disciplinar de profissional liberal, aplicada por órgão profissional competente, nos termos do art. 1º; (V) Lei n.º 12.529/2011, cinco anos para as ações punitivas da Administração Pública federal que objetivem apurar infrações da ordem econômica, como previsto no art.

46; (VI) Lei n.º 12.846/2013 prevê, no art. 25, o prazo de cinco anos para prescrição da responsabilização administrativa e civil pela prática de atos contra a administração pública; (VII) Decreto n.º 20.910/1932, que fixa o prazo de cinco anos para a cobrança de dívidas passivas dos entes federados, consoante o art. 1º; e (VIII) Lei n.º 8.112/1990, cinco anos para a ação disciplinar contra servidor público que culmine a pena de demissão, como previsto no art. 110, inciso I. A Lei n.º 8.429/1992 previa cinco anos para as ações destinadas à aplicação das sanções nela expressas, porém, a recente alteração em seu art. 23 pela Lei n.º 14.230/2021 dilatou esse prazo para 8 anos.

Grandes expoentes doutrinários do Direito Administrativo partilham desse entendimento, como Mello (2015, p. 1090-1092):

No passado (até a 11ª edição deste curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididas por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis.

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.

[...]

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a administração fulminar seus próprios atos.

O entendimento do STF no Mandado de Segurança n.º 32.201/DF foi replicado em diversos julgados em que restou claro a aplicação do

prazo de 5 anos em caso de omissão legislativa dos Estados em relação ao prazo prescricional dos demais Tribunais de Contas (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b). Nesse sentido, Rodrigues (2020, p. 674) arremata:

É possível concluir, portanto, a partir dos referidos julgados, que a maioria dos Ministros do STF (oito) já se manifestou, nas respectivas Turmas, a favor da aplicação da Lei nº 9.873/99 para regulamentar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, diante da lacuna normativa constatada. Considerando as decisões monocráticas, são nove ministros expressamente favoráveis à aplicação da referida Lei – as decisões do Min. Alexandre de Moraes revelam sua concordância quanto à prescritibilidade das sanções, mas não indicam de forma clara qual norma seria aplicável. Não foram identificadas decisões do Min. Dias Toffoli sobre o tema. A *ratio decidendi* pertinente à escolha da Lei nº 9.873/99 está evidenciada, portanto, no julgado da Primeira Turma (MS nº 32.201/DF), reiterado em dois julgados da Segunda Turma.

Nota-se, portanto, que a redação do § 5º do art. 37 da CRFB/88 abarca duas espécies de pretensão: (I) punitiva, na primeira parte do dispositivo, sendo essa abarcada pela regra da prescritibilidade; e a (II) ressarcitória, na parte final do parágrafo, essa sim imprescritível, sendo uma à regra da prescrição. Exceção, pois, o constituinte originário optou, utilizando da ponderação soberana de diversos valores e princípios, por selecionar valores mais sagrados ao povo, de quem emana o poder, prevendo expressamente os casos que fogem à regra da prescrição: racismo (art. 5º, XLII); ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); vedação ao usucapião de imóveis públicos (art. 183, §3º); e, por fim, as ações de ressarcimento ao erário.

Esse amplo entendimento do alcance da imprescritibilidade prevista no dispositivo em análise não é o adotado pelo STF que, atualmente, restringe sua aplicação aos danos causados por improbidade administrativa dolosa, conforme se demonstrará a partir de uma análise histórica da jurisprudência recente daquele Tribunal.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO DOS JULGADOS E FUNDAMENTOS DO STF ACERCA DO ALCANCE DA IMPRESCRITIBILIDADE PREVISTA NO ART. 37, § 5º, DA CRFB/88

Inicialmente, importa ressaltar que as mudanças de entendimento do STF acerca da delimitação do alcance da norma prevista no art. 37, § 5º, da CRFB/88 são recentes, uma vez que diversos julgados reconheciam a imprescritibilidade em ações de ressarcimento de dano ao erário, inclusive quando este foi reconhecido por Tribunal de Contas, como ocorrido no MS 26.210 (BRASIL, 2008) e RE 606.224 (BRASIL, 2013), referentes ao ressarcimento ao erário por bolsistas do CNPq.

Esse entendimento começou a mudar em 2016 quando, em sede de Recurso Extraordinário n.º 669.069/MG, o STF decidiu ser prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, alterando o Tema 666 de repercussão geral que previa a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa (BRASIL, 2016). O caso concreto tratado no recurso era relacionada a dano ao erário decorrente de acidente de trânsito, matéria essa que, pontue-se, também era reconhecida como imprescritível (ARE n.º 648.661 e RE n.º 693.991) pelo STF.

Na ocasião do julgamento dos recursos, o Ministro Teori Zavascki do STF pontuou seu entendimento de que a imprescritibilidade prevista no final da redação do § 5º do art. 37 da CRFB/88 alcança tão somente, por ser uma exceção, os bens e valores jurídicos protegidos no § 4º do mesmo dispositivo, ou seja, aqueles ressarcimentos ligados a atos de improbidade administrativa. Acrescenta ainda, a esse conjunto de ilícitos que resultam na imprescritibilidade, os danos decorrentes de ilícitos penais, pois esses são ainda mais graves que a improbidade. O debate no Plenário do STF acabou por não aprovar, naquele momento, a limitação de alcance sugerida pelo Ministro Relator.

Apesar disso, um ponto importante foi levantado pelo Ministro Teori Zavascki a respeito do sentido de “ilícito” no dispositivo:

Ora, se fosse nesse amplíssimo sentido o conceito de ilícito anunciado no § 5º do art. 37 da CF, estaria sob a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo Erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que sequer decorrem de dolo ou culpa. A própria execução fiscal seria imprescritível, eis que a não satisfação de tributos ou de outras obrigações fiscais, principais ou acessórias, certamente representa um comportamento contrário ao direito (ilícito, portanto) e causador de dano (STF, 2016).

Entender o termo “ilícito” de modo amplo desvirtuaria a imprescritibilidade e a transformaria, na prática, na regra, não exceção, ofendendo assim a segurança jurídica. Diante disso, propomos aqui, considerando a delimitação do tema aos casos específicos dos Tribunais de Contas, que a expressão ilícito, para efeitos de imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, deve abarcar somente aquelas condutas que, na esteira do art. 70 da CRFB/88, ofendam normas de caráter contábil, financeiro, orçamentário, operacional ou patrimonial. Desse modo, diante de uma interpretação sistemática, não existiria uma cláusula de imprescritibilidade que ofendesse direitos e garantias fundamentais, ao passo que restaria mantida o mandamento previsto ao final da redação do art. 37, § 5º da CRFB/88.

Posteriormente, o STF manteve a sua tendência em restringir o alcance da norma em comento quando, no Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP, afirmou que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (BRASIL, 2018).

Note-se que, o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes é no sentido de que nem mesmo os ressarcimentos de atos de improbidade administrativa devem ser alcançados pela imprescritibilidade, ao passo que devem se sujeitar aos prazos previstos na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ou na Lei Penal, caso o ilícito também configure fato típico criminal. Todavia, restou vencedora a argumentação do Ministro Edson Fachin, que trouxe para o debate a tese do Ministro Teori Zavascki do STF no RE n.º 669.069/MG (BRASIL, 2016), ideia essa exposta

há pouco, porém, não incluindo na tese a imprescritibilidade decorrente de crimes, somente de improbidade dolosa.

Nota-se que os anos foram mudando o entendimento do STF que passou de uma ampla incidência da norma para uma aplicação com cada vez mais exceções. Todavia, as decisões e as teses firmadas, por si só, não excluía da incidência da regra a pretensão de ressarcimento exercida por Tribunal de Contas. Por fim, o debate ocorreu no Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL, em que restou assentado o Tema 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas” (BRASIL, 2020).

Analisando o RE n.º 636.886/AL julgado pelo STF, nota-se que grande parte dos argumentos para excluir o ressarcimento ao erário fundado em decisão de Tribunal de Contas da imprescritibilidade estão no julgamento anterior, onde limitou-se a incidência aos atos de improbidade dolosa. Pois, para o STF, não há como reconhecer a imprescritibilidade em tais decisões pois os tribunais não julgam pessoas, mas contas, de modo que, por não terem competência para reconhecer improbidade, não ofertam o devido contraditório nem reconhecem o dolo em tais ações. Assim, postula Ministro Alexandre de Moraes no seu o voto:

A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que no processo de tomada de contas, o TCU não perquire nem culpa, nem dolo decorrentes de ato de improbidade administrativa, mas, simplesmente realiza o julgamento das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. Ainda que franqueada a oportunidade de manifestação da outra parte, trata-se de atividade eminentemente administrativa, sem as garantias do devido processo legal. No procedimento instaurado pelo TCU, não se imputa a existência de ato de improbidade, nem tampouco se abre a pos-

sibilidade de o fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa (STF, 2020).

Nota-se, portanto, que o STF restringiu um pouco mais o entendimento firmado no Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP, posto que, na ocasião, tratou-se da aplicação ou não da prescrição em atos de improbidade administrativa dolosa, quando se adotou a tese da imprescritibilidade.

O Ministro Gilmar Mendes do STF acompanhou o relator com ressalvas e trouxe sua opinião acerca do controverso § 5º da CRFB/88:

Ora, sendo a existência de prazo prescricional a regra, e as hipóteses de imprescritibilidade a exceção, estando todas expressas na Constituição Federal, não me parece viável a ampliação do significado da norma contida no §5º do artigo 37 para abarcar nova hipótese de imprescritibilidade não prevista expressamente na norma. A análise do texto positivo permite-nos confirmar que o §5º apenas garantiu a necessidade de uma lei em sentido formal para definir os prazos prescricionais para os atos descritos no dispositivo, afastando expressamente desta norma a ação de reparação ao erário, regida pela regra geral processual. Assim, não é possível inferir da norma presente no §5º do artigo 37 da CF que as ações de reparação ao erário são imprescritíveis. Diante desta conclusão, verifica-se também que não há nenhum dispositivo que afaste as ações de reparação ao erário da referida regra geral, isto é, a existência de prazo prescricional. Ressalte-se, ademais, a importância da previsão de prazo prescricional das ações de ressarcimento como expressão do princípio da segurança jurídica. Isso porque a prescrição, na condição de limitador temporal do direito de ação, consiste em um mecanismo de previsibilidade do direito (BRASIL, 2018).

Diante da análise da evolução jurisprudencial do STF sobre o tema, observou-se a corte partir de uma posição pouco restritiva, aplicando a imprescritibilidade a diversos casos, para delimitar a imprescritibilidade

da regra em análise, haja vista a segurança jurídica em jogo. Todavia, o STF, em julgado mais recente, qual seja o Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL (BRASIL, 2020), partiu da premissa que o decidido no Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP (BRASIL, 2018) limitou a imprescritibilidade somente aos atos de improbidade dolosa, quando restou assentado que, de fato, a prescrição não se aplica em tais casos, porém sem fixar o alcance da norma apenas tais situações.

A doutrina não é pacífica sobre o tema. Carvalho Filho é um dos expoentes doutrinários a favor da imprescritibilidade e, ao comentar o art. 37, § 5º, da CRFB/88 comenta:

A redação do mandamento não é um primor de clareza, mas, apesar disso, enseja a interpretação de que o Constituinte adotou a regra da prescritibilidade das pretensões oriundas da prática de ilícitos cometidos por qualquer pessoa contra a Administração, causando-lhe prejuízos, e remeteu ao legislador ordinário a missão de fixar os respectivos prazos prescricionais.

Entretanto, quando a norma, in fine, aludiu à expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, criou uma segunda regra, pretendendo consignar que ao legislador seria vedado fixar prazos de prescrição nos casos em que a Administração deduzisse sua pretensão de ressarcimento contra os responsáveis pelo ilícito e pelos prejuízos (CARVALHO FILHO, 2012, p. 79-80).

E continua o autor:

A razão histórica do dispositivo - insista-se - foi a proteção do patrimônio público e, especificamente, do erário, tendo considerado que eventual inércia do Estado na busca do ressarcimento dos prejuízos que lhe foram perpetrados haveria de ceder diante de um valor maior - a proteção ao patrimônio público. Em outras palavras, a percepção do Constituinte foi a de que será preferível assegurar essa proteção a deixar o patrimônio público sob risco de prejuízos irreparáveis, por ficar inerte o Estado, atingido pela prescrição da ação indenizatória.

O doutrinador possui como cerne de sua tese a ideia de que o constituinte objetivou proteger de forma diferenciada o erário, uma vez que o patrimônio público possui características próprias que justificam a existência de prerrogativas especiais de proteção (CARVALHO FILHO, 2012, p. 85).

Em contrapartida, Celso Antônio Bandeira de Mello indaga:

Como explicar, então, o alcance do art. 37, § 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.

Qual seria, então, o prazo prescricional a vigorar nos casos de dano ao erário?

Pensamos que os prazos prescricionais serão os mesmos acima apontados para a decretação de invalidade dos atos viciados. Cinco anos, quando não houver má-fé e dez anos, no caso de má-fé - sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso. (MELLO, 2015, p. 1093).

Nota-se que a posição dos defensores da prescritibilidade tem na segurança jurídica o grande fundamento para sua conclusão, uma vez que

Muito embora a Constituição de 1988 não faça qualquer menção ao “direito à segurança jurídica”, o constituinte incluiu a segurança como valor fundamental no seu preâmbulo e como um dos direitos invioláveis descritos no caput do seu artigo 5º. A “recomposição do erário” não está entre tais direitos e não há disposição, seja no preâmbulo, seja no artigo 5º, que possam estabelecer uma relação de superioridade deste valor sobre o

da segurança (ou outros direitos fundamentais) (GABARDO; SAIKALI, 2019 p. 57).

Diante disso as críticas à tese da imprescritibilidade fundam-se em uma possível violação à ordem constitucional, pois

Nela há a inversão da ordem constitucional para atribuir ao réu o ônus probatório de sua defesa, de seu eventual escape às acusações imputadas, quando pode, muito bem, não ser o responsável pelo fato. Perceba-se o risco inerente a uma circunstância muito plausível na qual o direito de promoção de outras ações prescreveram, pelos mais variáveis motivos, impossibilitando uma adequada verificação dos fatos, quando, então, tardiamente, é o agente acusado, ao tempo no qual sequer possuía mais alguma documentação que lhe sirva de defesa, ainda mais porque não praticara o ato danoso (SANTOS, 2020, p. 18).

A doutrina se divide, portanto, em duas posições: uma liderada por Carvalho Filho, em que se defende a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário; outra, encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello, enxergando a prescrição de tais ações.

Todavia, a jurisprudência, como analisado, adotou um entendimento intermediário às duas posições doutrinárias, uma vez que resta assentado que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário originárias de ato de improbidade administrativa dolosa, como decidido no Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP (BRASIL, 2018), enquanto as demais hipóteses não foram especificamente tratadas, salvo algumas pontuais, como a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, conforme consta no Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL (BRASIL, 2020).

Apesar da grande discussão em âmbito doutrinário, a jurisprudência parece ter adotado, enfim, entendimento acerca da prescrição nos tribunais de contas. No entanto, muitas hipóteses que resultam em ações de ressarcimento ao erário ainda não foram levadas ao crivo da Corte Constitucional, de modo que uma questão importante para a estabilidade do ordenamento permanece sem respostas: o STF considera imprescritível

somente o ressarcimento originário de improbidade administrativa dolosa ou há margem para ampliação do entendimento?

CONCLUSÃO

Diante dos diversos julgados do STF acerca do instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas, o tema restou pacificado pela jurisprudência, todavia, a discussão segue viva doutrinariamente, tendo em vista doutrinadores que defendem a prescrição e outras a imprescritibilidade.

A prescrição, quando discutida no âmbito das Cortes de Contas, divide-se em duas espécies, uma referente à pretensão punitiva e à ressarcitória. O entendimento jurisprudencial aplicável naquela espécie segue a regra geral, qual seja da prescrição: se for regulada pelo ente que aplica a sanção, aplica-se o prazo previsto; caso não seja regulada, aplica-se a prescrição quinquenal. Por sua vez, a pretensão ressarcitória fundada em decisão de Tribunal de Contas é prescritível, como decidido pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL (BRASIL, 2020).

Há grande embate doutrinário acerca do tema, de modo que os defensores da aplicação da prescrição defendem que qualquer outro entendimento ofenderia de sobremaneira a segurança jurídica, enquanto os optantes pela imprescritibilidade vislumbram na CRFB/88 uma proteção diferenciada ofertada ao erário, justificando assim a excepcionalidade.

Nesse cenário, o STF ainda não se posicionou totalmente acerca do tema, em que pese ter decidido que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário originárias de ato de improbidade administrativa dolosa, como decidido no Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP (BRASIL, 2018), enquanto existe a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, conforme consta no Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL (BRASIL, 2020). Há, portanto, grande margem para discussão doutrinária, inclusive sobre o já decidido pois, como já dito, não unanimidade entre os estudiosos do direito público.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, p. 03, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932**. Regula a prescrição quinquenal. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF. : Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999**. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm. Acesso em: 09 set. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a pre-

venção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso: em 09 set. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 6.838, de 29 de outubro de 1980.** Dispõe sobre o prazo prescricional para a punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, a ser aplicada por órgão competente. Brasília, Distrito Federal, Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l6838.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Mandado de Segurança n.º 32.201/DF.** Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de

março de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4435867>. Acesso em 09 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ag. Reg. em Mandado de Segurança n.º 35.512/DF**. Agravo regimental em mandado de segurança. Pretensão punitiva do tribunal de contas da união. Tomada de contas especial. Prescrição. Observância da lei 9.873/99. Subsistência da decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 4 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5345584>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ag. Reg. nos Emb. Decl. em Mandado de Segurança n.º 36.067/DF**. Agravo regimental em mandado de segurança. Tomada de contas especial. Tribunal de Contas da União. Condenação a ressarcimento ao erário. Prescrição. Marco interruptivo. Art. 2º, II, da lei 9.873/1999. Ato inequívoco de apuração do fato. Discussão. Direito líquido e certo. Demonstração. Inocorrência. Subsistência da decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 18 de outubro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576896>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 606.224/SE**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional. imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Art. 37, § 5º, da Constituição da República. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. Relator: Min. Cármen Lúcia, 19 de março de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=134522916&ext=.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança n.º 26.210/DF**. Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Bolsista do CNPQ. Descumprimento da obrigação de retornar ao país após o término da concessão de bolsa

para estudo no exterior. Ressarcimento ao erário. Inocorrência de prescrição Denegação da segurança. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL**. Constitucional e administrativo. Repercussão geral. Execução fundada em acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União. Pretensão de ressarcimento ao erário. art. 37, § 5º, da Constituição federal. Prescritibilidade. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 24 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n.º 669.069**. Constitucional e civil. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art. 37, § 5º, da constituição. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, 28 de abril de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL**. Constitucional e administrativo. Repercussão geral. Execução fundada em acórdão proferido pelo tribunal de contas da união. Pretensão de ressarcimento ao erário. Art. 37, § 5º, da constituição federal. Prescritibilidade. Relator: Min Teori Zavascki, 20 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP**. Direito constitucional. Direito administrativo. Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Sentido e alcance do art. 37, § 5º, da constituição. Relator: Min Teori Zavascki, 08 de agosto de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus>.

br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.441/2016**. Plenário. Incidente de uniformização de jurisprudência. Prazo prescricional das sanções aplicadas pelo TCU. Subordinação ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do código civil, contado a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada. Interrupção, por uma única vez, com a audiência, citação ou oitiva válida. Reinício da contagem logo após o ato que interrompeu a prescrição. Suspensão do processo quando a mora for imputada ao jurisdicionado. Relator: Min. Benjamin Zymler, 08 de junho de 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/Acompanhar-Processo?p1=30926&p2=2015&p3=7>. Acesso em: 13 set. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e patrimônio público. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012.

DANTAS, Bruno; DOS SANTOS, Caio Victor Ribeiro. Prescrição no Tribunal de Contas da União: uma análise do Acórdão 1.441/2016-TCU. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 17, p. 45-69, 2020.

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. Crítica à decisão do STF sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por atos dolosos de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, ano, v. 19, p. 55-74, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A suspensão a prescrição da pretensão punitiva nos tribunais de contas pela lei da Covid-19. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 666-684, 2020.

SANTOS, Igor Moraes. A imprescritibilidade do direito de ressarcimento por improbidade administrativa dolosa contra a Administração Pública e o regresso da plenitudo potestatis: um estudo a partir do Recurso Extraordinário nº 852.475-SP. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 7, n. 1, p. 01-26, 2020.

A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: “SE É POR FALTA DE ADEUS...”

Frederico Luís Alves Tavares³

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, no § 4^a, do art. 37 dispõe sobre o tema improbidade administrativa. O intuito dessa norma constitucional é advertir e evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado. Inclusive, interpreta-se como exemplificativo o rol das sanções, o que possibilita que legislações infraconstitucionais prevejam outras para além.

A Lei n.º 8.429/92 completou trinta anos. Sua gênese remete a um período conturbado da história política brasileira, pois o Presidente da República à época foi alvo de um processo de Impeachment. Com isso, a Lei de Improbidade Administrativa, por ser fruto de uma legislação reativa, causou consequências bastante acentuadas no panorama da Administração Pública.

No período de vigência, houve inúmeras críticas, dentre elas a real efetividade das medidas tomadas e a falta de segurança jurídica.

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduando em Direito Público. Assessor de membro do MPPE.

Essas legislações de ocasião como a Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n.º 12.846/13 (Lei anticorrupção) e o Pacote Anticrime não tiveram consistência no seu processamento legislativo, mas foram uma resposta para satisfazer a opinião pública.

Se por um lado, os críticos à Lei de Improbidade advertem que o legislador originário se serviu excessivamente de princípios, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, e como consequência abriram espaços para abusos acusatórios com prerrogativas arbitrárias à acusação, como exemplo a redação do art. 11, antes da reforma da Lei n.º 14.230/21; por outro lado, imagina-se se os gestores supusessem que os recursos usados para executar as políticas públicas fossem públicos e que, naturalmente, a população se indignasse com a sua malversação e cobrasse resultados? De fato, há de se ter receio e cuidado com as ações e omissões para com a Administração Pública.

Parte da doutrina aponta para o agravamento da própria ineficiência da Administração Pública, popularmente chamado “apagão das canetas”, pois os gestores começaram a ter receio de tomar qualquer atitude e como reação, serem processados.

A Lei n.º 14.230/21 reescreveu quase que por completo a Lei n.º 8.420/92, apesar de ter sido proposta como uma reforma. Porém, essa nova lei traz mudanças profundas, seja de conceitos, seja da própria dogmática da construção legislativa, cujos tribunais se debruçarão para aplicá-la.

Este breve artigo não tem pretensão alguma de solucionar qualquer divergência doutrinária, apenas busca contribuir para o debate.

1. EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO PARA AGENTE IMPROBO

O art. 17 – D, incluído pela Lei nº 14.230/21, reconhece que a ação de improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, mesmo doutrinariamente ser localizada no âmbito do processo civil. Além disso, é destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal.

Deverão, à Lei de Improbidade Administrativa, ser aplicados os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

O que seria “direito administrativo sancionador”, o legislador não se preocupou em explicar, mas a aflição do intérprete acaba quando dolo é conceituado como “vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11”.

Inclusive, a doutrina reconhece a complexidade do tema:

O debate permanece atual, porque não há consenso doutrinário sobre o campo material do Direito Administrativo Sancionador, quais sanções deve o mesmo acolher na sua sistematização, quais as funções das sanções sob a sua égide, quais princípios constitucionais disciplinadores em sua estrutura jurídica fundamental e como devem ser aplicados – seja sob o aspecto material do domínio sancionatório, seja sob o aspecto formal deste campo normativo, quais os princípios governantes das relações entre as sanções do DAS e as demais sanções, sobretudo judiciais criminais, quais mudanças e aperfeiçoamentos experimentados por este setor do direito positivo e, por fim, quais as recentes tendências nesta seara jurídica sancionatória (OLIVEIRA, 2020, p.84).

No entanto, há uma aproximação entre Direito Administrativo e o Direito Penal. Por isso, alguns princípios e conceitos associados ao âmbito penal, passam a ser utilizados na seara administrativista:

Direitos e garantias constitucionais individuais que merecem atenção cuidadosa no Direito Administrativo Sancionador podem ser catalogados e classificados como princípios materiais e processuais. São materiais, vez que incidem diretamente na relação jurídico-administrativa sancionadora: legalidade, tipicidade, irretroatividade de norma mais prejudicial, imputação adequada, pessoalidade, proporcionalidade, prescribibilidade e non bis in idem. São princípios processuais, vez que incidem na relação jurídico-processual administrativa que objetiva a produção do ato administrativo sancionador: devido processo legal, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, garantia da não-auto-responsabilização, inadmissibilidade de provas ilícitas, recorribilidade, definição a priori da competência adminis-

trativa sancionadora, motivação e duração razoável do processo (OLIVEIRA, 2020, p.107).

De início, percebe-se um hibridismo que exige a criação de procedimento com tutela diferenciada ao réu, que será abordado de maneira mais vertical em tópico a frente. Neste, restringe-se a análise do dolo específico.

A prática do ato de improbidade administrativa exige condutas dolosas dos agentes, sem exceção (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.429/92). Para as três modalidades de atos previstos nos artigos 9º, 10 e 11, esse elemento subjetivo do tipo é indispensável.

Na redação originária, tinha modalidade culposa prevista no art. 10, na hipótese de prejuízo ao erário (CARVALHO, 2022, p.1231). Atualmente, não se exige culpa em nenhum dos tipos.

Conclui-se, *a contrario sensu*, que condutas culposas ou praticadas com dolo genérico não serão caracterizadas como atos de improbidade, reação legislativa, inclusive à jurisprudência dos tribunais superiores que reconheciam a possibilidade de dolo genérico para a prática de atos que violassem os Princípios da Administração Pública.

Ainda, conforme § 8º, do art. 1º, da Lei n.º 8.429/92, não configura improbidade ação ou omissão decorrente de divergência na interpretação da lei, baseada em jurisprudência, o chamado “crime de hermenêutica”(FARIA, 2017). Ou seja, o legitimado ativo, em alguns casos, exemplo o Ministério Público teria uma visão interpretativa diferente daquela do gestor público. E se sabe que, no Direito, divergências de interpretações são naturais.

O objetivo do legislador foi diferenciar um ato de improbidade administrativa de mero equívoco, erro ou omissão decorrente da falta de qualificação técnica do gestor público. Ineficiência funcional e desonestidade são coisas diferentes. Vide as justificativas apresentadas pelo Deputado Roberto de Lucena:

De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma im-

perícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento (BRASIL, 2018).

A doutrina moderna cunhou a expressão “Administração Pública do medo”, comumente usada nas situações em que o Administrador Público com receio de ser responsabilizado pelos seus atos, omite-se, não decide ou não inova. Ela advém dos debates gerados pela Lei n.º 13.655/2018, que alterou a LINDB. Havia questionamentos sobre os excessos e desproporções dos órgãos de controle (SANTOS, 2020).

Porém, deve-se encontrar um equilíbrio necessário entre a segurança jurídica do administrador e o combate à corrupção, o que não é fácil.

2. TIPIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES

Não há mais a previsão de tipo de ato de improbidade culposo. Todas as espécies, ou seja, atos que ensejam enriquecimento ilícito do agente, causam dano ao erário público ou atentem contra princípios da administração exigem conduta dolosa.

A Lei n.º 14.230/21 promoveu a revogação do art. 10-A, porém não extinguiu a tipificação, pois ela passou a ser prevista como inciso XXII, do art. 10.

O agente político pode ser caracterizado como agente improbo, com expressa previsão no art. 2º. Não há que se falar em *bis in idem* se o agente político for responsabilizado por ato de improbidade e crime de responsabilidade, pois há autonomia das instâncias. O Supremo Tribunal Federal entende crime de responsabilidade como infração político-administrativa; já o ato de improbidade, como ato de natureza administrativa e patrimonial, cível no sentido lato. Inclusive, é plenamente possível o duplo regime sancionador:

O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua respon-

sabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei n.º 8.429/92, em virtude da autonomia das instâncias. STF. Plenário. RE 976566, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/09/2019 (repercussão geral – Tema 576).

A exceção está para o Presidente da República, que não responderá por ato de improbidade, apenas por crime de responsabilidade.

A pessoa jurídica também pode cometer ato de improbidade, porém não será aplicada as sanções da Lei n.º 8.429/92 nos casos em que o ato de improbidade também seja sancionado como ato previsto na Lei n.º 12.846/13 (art. 3º, § 2º, Lei n.º 8.429/92).

Outro ponto importante é que não há uma uniformidade entre as espécies no que se refere ao rol. Enquanto os artigos 9º e 10 presumem-se róis exemplificativos, haja vista a expressão “notadamente”, o art. 11 a aboliu com a previsão “caracterizada por uma das seguintes condutas”.

Percebe-se que os mais atingidos por essa lei viam na possibilidade de imputar conduta culposa no art. 10 e a redação do art. 11 os pontos mais sensíveis.

O legislador aumentou as penas para as sanções previstas, mas a dificuldade para concretização da lei, que já era imensa, dos aplicadores do direito, com a reforma parecerá intransponível. Condutas ímprobas serão contra-argumentadas como erros administrativos, falta de técnica dos gestores, escoando assim o dinheiro público pelo ralo ou para os bolsos dos que se beneficiarão com as mudanças.

Como dimensionar a perda patrimonial efetiva em caso de frustração da licitude de processo licitatório ou processo seletivo (art. 10, VIII e § 1º)? Antes, havia entendimento consolidado no sentido de dano *in re ipsa*, porém a reação legislativa obrigará a modificação dessa interpretação.

Mas há duas previsões que causam espécie aos olhares atentos.

O art. 11, VI, é assim exposto:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade

e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:
(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
(BRASIL, 2021).

A Constituição Federal preocupou-se com o Princípio da Publicidade em diversas passagens do seu extenso texto, a ponto de expô-lo no caput, do art. 37.

A Administração Pública é algo bastante complexo, por isso a transparência das ações de governo e participação social ativa são instrumentos essenciais contra a corrupção. Sem transparência ou a dificuldade dela, inviabiliza-se controle social e atuação dos próprios órgãos de controle, indo de encontro à eficiência administrativa.

O legislador reformador, com essa redação, aparenta querer “inutilizar” a Lei de Improbidade, norma esta originada a partir de uma demanda social justificável. Nesses trinta anos, outras leis ajudaram a compor um arcabouço a favor da transparência e “*accountability*”, podendo ser citada a Lei n.º 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação). Essa redação é um contrassenso, pois é evidente que “prestar contas” é obrigatório a qualquer Administração Pública (o dinheiro é público, ora!). O texto normativo continua com “desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades”. O óbvio, nos dias de hoje, é importante: deixar de prestar contas é uma irregularidade por si só, caso contrário, como serão fiscalizadas pelos órgãos de controle e pela sociedade? O que justificaria o esforço para implementação do Portal da Transparência?

A jurisprudência, inclusive, diferenciava o mero atraso na prestação de contas com a conduta dolosa ou de má-fé para falta de prestação de contas (STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1382436-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/08/2013).

A estranheza não para por aí, já que o legislador transformou um dever do agente público, em uma obrigação para o acusador, já que foi vedada a inversão do ônus da prova (§19, II, art. 17). Bingo!

A solução, agora, é provar as irregularidades e tipificar o mau gestor no art. 10, pois a reforma tornou inócuo inciso VI, art. 11.

Outro dispositivo curioso é o §5, do art. 11, cuja redação “Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente”.

Ou seja, o excesso de nomeação de cargos comissionados, tão habitual nos municípios país afora, encontrou amparo legal. Soma-se a isso a indicação de pessoas sem nenhuma expertise para o desempenho da função. Portanto, os administradores públicos se sentirão ainda mais livres para tornar a Administração Pública “cabides de emprego”.

A segurança jurídica não pode ser usada como álibi para estimular quem dilapida a patrimônio público, pois os operadores do direito, exceto os que defendem agentes ímprobos, já projetam a inutilização da Lei de Improbidade: “Se é por falta de adeus, pode ir embora desde já. Se é por falta de adeus, não precisa mais ficar... Não é preciso ficar, nem querer enganar, só por falta de adeus”.

3. ATUAÇÃO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA

A ação de improbidade tem como único legitimado o Ministério Público (art. 17), assim também será para celebração de acordo de não persecução civil (art. 17-B). Após a propositura da demanda, deve ser intimada a pessoa jurídica lesada (art. 17, § 10-E). Além disso, apesar de não ter legitimidade para ação, o cumprimento de sentença deve ser feito pela pessoa jurídica prejudicada e apenas, subsidiariamente, pelo Ministério Público, no caso de inércia de 6 meses (art. 18, § 2º).

O desprestígio para com a Advocacia Pública foi tanto que a reforma foi objeto de duas ADIs (7042 e 7043), propostas pela ANAPE e ANAFE.

Para o relator, Ministro Alexandre de Moraes, as pessoas jurídicas interessadas possuem legitimidade concorrente, caso contrário seria grave limitação ao amplo acesso à jurisdição (art.5, XXXV, da CF), com violação ao princípio da eficiência (art. 37, caput, CF), ao criar obstáculo

ao zelo pela guarda da Constituição e conservação do patrimônio público (art. 23, I, CF), o que seria um retrocesso ao combate à improbidade.

O art. 129, § 1º, da CF pressupõe que o MP não terá legitimidade exclusiva para o ajuizamento de ações civis, diferentemente de ações penais. Portanto, parece plausível esse entendimento ainda precário do STF.

Vide um trecho do julgado ADI 7043/DF:

O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevenindo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). Tratou-se de verdadeira evolução legislativa, pois o Decreto-Lei Federal 3.240, de 8 de maio de 1941, previa somente o sequestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultavam em prejuízo para a Fazenda Pública, desde que acarretassem locupletamento ilícito, e subsidiariamente, a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública. Por sua vez, a Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com o abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (art. 141, § 3º). A regulamentação veio com a Lei 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói). Posteriormente, o Congresso Nacional editou a lei 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), estabelecendo as providências para o combate ao enriquecimento ilícito. O AI 14/1969, ao conferir nova redação ao art. 150, § 11, da Constituição Federal de 1967, posteriormente renomeado para art. 153, § 11, pela EC 1/1969, da mesma maneira que a Constituição de 1946, estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o confisco e sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito

no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado.

Portanto, a atuação do Ministério Público não impede a atuação de terceiros. Extinguir a atuação da Fazenda é desmunicar a defesa do patrimônio público.

4. PRESCRIÇÃO: UNIFORMIZAÇÃO E RETROATIVIDADE

A redação originária da Lei de Improbidade ao tratar da prescrição, dificultava a compreensão mais do que ajudava, pois dependia da natureza do vínculo do sujeito com a Administração Pública. De fato, além da redação ser confusa, abriu-se espaço para que os tribunais construíssem uma vasta jurisprudência sobre o tema na tentativa de clarear a aplicação da norma.

A reforma simplificou, uniformizando o prazo em 8 anos, contados da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante

ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - pela publicação da sentença condenatória; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer

deles estendem-se aos demais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Crítica-se o termo inicial da contagem do prazo prescricional, pois se prescrição é sanção por inatividade, como sancionar por inatividade quem não sabe quando agir, na hipótese do Ministério Público? O MP só pode ser acusado de omissão a partir do momento em que é citado para atuar e não o faz.

A instauração do inquérito civil suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias, apesar de sua duração poder ser de no máximo de 365 dias corridos, prorrogáveis mais uma vez.

O § 4 trouxe para ação de improbidade a possibilidade de prescrição intercorrente, portanto são criados a partir da inovação legislativa marcos interruptivos para a prescrição.

Quanto à retroatividade ou não das disposições, trava-se as discussões sobre a natureza jurídica da norma, pois no ordenamento existem diversos dispositivos sobre essa abordagem, vide:

LINDB, art. 6º: A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

CPC, art. 14: A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

CPP, art. 2º: A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

CP, art. 2, parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984).

O Supremo Tribunal Federal, diante da celeuma, debruçou-se sobre o caso. A Ministra Rosa Weber entende que a retroatividade benéfica não deve ser aplicada ao Direito Administrativo Sancionador, apenas ao Direito Penal. Os Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Fux também comungam da mesma opinião. Divergem os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, por entenderem que a Lei de Improbidade Administrativa possui natureza penal.

Por fim, o STF fixou a seguinte tese a partir do ARE n.º 843.989, do Tema 1199:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IR-RETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Concluiu-se, portanto, que o regime prescricional é irretroativo, só pode ser aplicado da vigência da Lei n.º 14.230/21 em diante.

CONCLUSÃO

A reforma trazida pela Lei n.º 14.230/21 ainda será objeto de análise da doutrina e dos aplicadores do direito, pois as modificações trazidas para alguns proporcionará maior previsibilidade e segurança jurídica para o ordenamento ao evitar que erros sejam interpretados e julgados como atos de improbidade, assim como punir desproporcionalmente o gestor desqualificado ou com qualificação precária semelhante ao agente corrupto.

Acusava-se a redação originária no sentido de municiar os legitimados ativos concorrentes para a ação de improbidade de maneira a ferir a paridade de armas, a ponto, por exemplo, de proporcionar a indisponibilidade de bens do réu sem ao menos apresentar o *periculum in mora*, ou seja, havia uma espécie de tutela de exigência cuja probabilidade do direito não era prevista legalmente, o que de fato representa um abuso de formas. Ademais, se em uma ação civil pública ou ação popular envolvendo recursos públicos exige *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, qual justificativa excepcioná-los na ação de improbidade?

No entanto, o legislador tinha a opção de aperfeiçoar a Lei n.º 8.429/92 para torná-la mais efetiva e eficiente, além de proporcionar segurança jurídica, afinal de contas o Brasil não é um país exemplo em probidade e honestidade na gestão pública. Os aplicadores dessa lei presumem sua transformação em algo simbólico, sem efeito. Atualmente, por exemplo, se um terceiro não induzir nem concorrer para o ato de improbidade, mas, no final das contas, for beneficiada com esse ato, não responderá pelas sanções da Lei n.º 8.429/92, pois a reforma revogou essa hipótese.

Os críticos e os entusiastas da mudança possuem argumentos robustos para o debate.

À vista como serão decididas as ações de improbidade com o advento da Lei n.º 14.230/21.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**/Matheus Carvalho. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2022.
- FARIA, César. **Crime de Hermenêutica. In: DIREITO do Estado**, 02 maio 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cesar-faria/crime-de-hermeneutica>. Acesso em: 22 set. 2022.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Museti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ABORTO

Rinaldo Toshio Eiri Marques⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma avaliação acerca do direito ao aborto, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e com as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais atuais.

É importante destacar que o tema em questão é objeto de inúmeras discussões, em razão do conflito existente entre bens jurídicos de alto valor, que não diz respeito somente à eliminação de uma vida humana ou à preservação da dignidade da mulher, mas também nas consequências de ordem material que resultam da escolha e prevalência de um bem sobre outro. Nesse sentido, é necessário analisar a questão à luz da Constituição Federal de 1988, além de dar enfoque às teorias que procuram elucidar o momento no qual a vida humana tem início no útero materno. Para isso, são utilizados os métodos teórico, bibliográfico e histórico.

A premissa que norteia o presente trabalho reside na inconstitucionalidade do aborto sentimental, sem adentrar, entretanto, no aspecto da descriminalização ou até mesmo da legalização da prática abortiva, visto se tratar de tema que pode ser destinado a estudos futuros. Portanto o

⁴ Graduando em Direito, no 5º período, pela Universidade Estadual de Maringá/PR.

presente trabalho possui a pretensão de dar a contribuição jurídica ao debate, fomentando futuras pesquisas e elaborações legislativas.

1. ABORTO: DEFINIÇÕES E ABORDAGEM JURÍDICA

O aborto é a prática que consiste na interrupção da gestação, ou seja, do desenvolvimento do feto dentro do útero. A palavra se origina do latim *ab-ortus*, que se remete à privação do nascimento da vida intrauterina. O aborto espontâneo é aquele causado por alterações involuntárias no corpo da mulher, tais como anomalias cromossômicas. Já o aborto provocado é dotado de caráter volitivo e voluntário, realizado através de métodos mecânicos ou medicamentos especializados na destruição do produto da concepção.

1.1. O ABORTO PELA CONCEPÇÃO BIOLÓGICA E JURÍDICA

Do ponto de vista penal, o legislador não editou as normas punitivas dos arts. 124 e seguintes, com base no período da gestação. Logo, o aborto é crime desde a concepção até o nascimento, necessitando apenas da consumação do ato para se configurar o delito, como afirma Fernando Capez:

A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto, pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio (CAPEZ, 2007).

O Código Penal, no capítulo referente aos crimes contra a vida, é taxativo ao punir o aborto provocado, com ou sem o consentimento da gestante, e por terceiro, havendo qualificação nos moldes do art. 127 e, por fim, as excludentes de punibilidade ou escusas absolutórias nos incisos do art. 128: o aborto necessário, quando constitui o único meio de salvar a vida da gestante, e o aborto sentimental, ou seja, a interrupção

da gravidez fruto de estupro, desde que consentida pela gestante, ou por seu representante na condição de incapaz.

Além disso, tendo em vista que o aborto se caracteriza pela violação da vida presente dentro do útero materno, o parto constitui o fator que o separa dos crimes de infanticídio e homicídio.

A tipificação do aborto entre os crimes contra a vida aponta que o bem jurídico tutelado é o ser vivo em desenvolvimento no útero materno. Dessa forma, o legislador ordinário buscou proteger o direito à vida do nascituro, bem como a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Nesse sentido, a ciência da biologia elaborou diversas teorias e hipóteses acerca do marco inicial da vida humana, não havendo unanimidade entre os especialistas, em razão das dificuldades práticas e científicas que rodeiam a problemática. Dentre elas, se destacam as teorias concepcionista, da nidação e do desenvolvimento do sistema nervoso.

A teoria da nidação propõe que a vida começa apenas quando o zigoto se implanta na parede do útero materno. O processo se chama nidação, por isso a teoria leva esse nome. Seus defensores afirmam que a partir da nidação ocorre o início do desenvolvimento biológico do óvulo fecundado, não sendo capaz de acontecer anteriormente a esse processo.

No que se refere ao aborto, os defensores dessa teoria acreditam que a prática realizada antes da fixação do zigoto no útero materno não é hipótese de incidência das prerrogativas do CP, pois são lícitas a comercialização e uso de pílulas e anticoncepcionais que impedem a fecundação e, por consequência, a própria nidação. Por isso, seus adeptos afirmam que a codificação penal tipifica apenas o aborto realizado após este processo.

Em contrapartida, a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central defende que a vida tem início quando as primeiras atividades e sinapses neurais ocorrem no cérebro do nascituro, normalmente a partir da 20ª semana de gestação. A justificativa reside no fato de que a atividade cerebral permite que haja percepções sensoriais e controle das funções orgânicas do feto.

De acordo com a teoria proposta, o desenvolvimento dos sentidos e da atividade cerebral define a vida, analogicamente ao disposto no art. 3º

da Lei n.º 9.434/1997, a Lei dos Transplantes de Órgãos, que determina a morte encefálica como requisito para a retirada post mortem dos tecidos e órgãos do falecido.

O atual ordenamento jurídico pátrio, entretanto, corroborado pelos estudos dos doutos, adotou a teoria concepcionista, segundo a qual a vida se concebe a partir da fecundação, no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, formando um ser completamente novo geneticamente, isto é, um ser individualizado e único.

Flávio Tartuce, ao comparar as teorias concepcionista e natalista, pelas quais se interpretam a norma contida no art. 2º do Código Civil, enfatiza que o nascituro é uma pessoa humana, tendo seus direitos da personalidade protegidos. Logo, a teoria concepcionista seria a prevalente dentre os doutrinadores:

O que se percebe pela pesquisa que formulamos é que, entre nós e atualmente, prevalece a teoria concepcionista e não a mais a teoria natalista. Além dos argumentos doutrinários, várias questões práticas trazidas a lume reforçarão a tese de que, realmente, o nascituro deve ser dito como pessoa humana, dotado de proteção quanto aos seus direitos da personalidade. Demonstraremos a seguir as razões pelas quais filiamo-nos também a esse entendimento (TARTUCE, 2007, p. 11).

Não poderia ser outro o entendimento, uma vez que o nascituro é efetivamente titular de direitos na ordem civil, a exemplo da legitimação para suceder e de receber doação, ou no que tange aos alimentos gravídicos, evidenciando a ampla proteção conferida aos direitos da personalidade.

Numa visão lógica, para que o nascituro possua esses direitos, primeiro deve ser considerado uma pessoa humana e sujeito jurídico, dotado de vida inviolável e protegida desde a fase da concepção. Tanto que, a Constituição Federal não delimita a proteção da vida à uma certa categoria de indivíduos, mas a tutela de maneira geral e com a maior efetividade e amplitude possíveis.

1.2 A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS AO ABORTO

De outro lado, vislumbra-se que tanto o direito à vida, quanto o direito à liberdade sexual, se caracterizam como direitos fundamentais de caráter negativo, posto que impedem a interferência estatal arbitrária na esfera dos sujeitos desses direitos, justificando-a somente na hipótese de precedência de um deles, considerando a proporcionalidade através de um juízo ponderatório.

Segundo Robert Alexy, pelo caráter duplo das normas de direitos fundamentais, estas podem ter a natureza tanto de regras quanto de princípios. Na hipótese de se qualificarem como princípios, os direitos são garantidos *prima facie*, ou seja, não definitivos, contudo dependentes das circunstâncias concretas para se realizarem na maior medida possível.

Nesse ponto de colisão principiológica, entra a aplicação da lei do sopesamento, sem que haja outra medida satisfatória e não contraditória. O sopesamento tem fundamento na lei de colisão, que determina qual dos princípios deve ceder em face de outro. Seu objetivo é definir qual dos interesses estão abstratamente no mesmo nível ou tem maior peso no caso concreto.

Alexy apresenta três máximas da proporcionalidade, intrinsecamente ligada à natureza principiológica: a adequação (questiona se a medida é ou não adequada na proteção do direito em tela), a necessidade (analisa se não há outros meios menos gravosos e impactantes ao ordenamento para a realização do direito), e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo que neste último reside o mandamento do sopesamento.

No propósito de analisar o conflito entre direitos fundamentais na hipótese de eventual direito de se realizar o aborto, é útil a ponderação conforme a proporcionalidade *stricto sensu*, após o preenchimento das máximas anteriores. A partir de então, são atribuídos pesos conforme a lei de sopesamento, assim determinada racionalmente: quanto maior for o grau de interferência em um princípio, maior deve ser a importância em se realizar um outro, ou as razões que a justificam (ALEXY, 2008, p. 593).

Ademais, Alexy entende que na determinação do princípio detentor de maior peso concreto, deve-se analisar o grau de interferência da

concessão ou não a cada um dos princípios e das evidências empíricas que apoiam cada uma das conclusões sobre o grau de interferência, isto é, a proporção da intensidade na qual um princípio cede perante o outro. Ainda, devem ser determinadas as razões para a intervenção em cada um dos direitos.

Importante frisar que Alexy não coaduna com a existência de princípios absolutos, visto que caso existam, não encontrariam nenhum limite jurídico, e a lei de colisão (sopesamento) não seria aplicável a eles. Logo, haveria precedência imediata sobre qualquer outro. Contudo, o filósofo afirma que existem duas normas da dignidade humana, uma regra e um princípio, conforme demonstra:

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência (ALEXY, 2008, p. 113).

Além disso, constatar que um princípio da dignidade humana prevalecerá sobre outros princípios, não significa que aquele seja absoluto, e sim apenas que há razões imprescindíveis para a configuração de precedência do primeiro princípio.

No que se refere ao aborto, são percebidos *incontinenti* direitos postos em conflitos, cenário em que o direito à vida, que pressupõe a dignidade, do nascituro, colide com os direitos e liberdades sexuais, físicas e psicológicas da mãe, bem como sua privacidade, sendo todos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Partindo desse ponto de vista, é adequado se atribuir um grau elevado de importância à realização e preservação do direito à vida do nascituro e determinando maior intervenção no outro direito colidente, os da mulher. Assim, as razões justificadoras para a precedência do direito à vida repousariam em sua qualificação como núcleo principiológico e

fundamental do ordenamento jurídico, devendo ser oferecida a proteção proporcional em concordância e por meio de uma interpretação teleológica-axiológica e sistemática da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais.

Portanto, a solução mais adequada obtida através da proporcionalidade seria a proteção, não absoluta, mas proporcional e ajustada, à vida do ser humano em gestação, pois, “afirmar a liberdade para eliminar a vida da criança concebida seria conferir primazia e especialidade aos direitos da mãe, negando à criança direitos humanos expressamente reconhecidos” (SANTOS, 2016, p. 311).

Apesar disso, ainda seriam levadas em conta as possibilidades fáticas, da qual surgiria a questão da necessidade social e pública da intervenção aos direitos da mulher e sua razoabilidade prática frente à prevalência do direito à vida do nascituro, ao menos nas hipóteses em que ocorram colisão de direitos detentores de diferentes pesos relativos ao outro.

Nesse ponto, pode-se adentrar na questão de inserir o aborto no âmbito de saúde pública, ao lado do papel do Poder Público na proteção dos direitos de ambos, os da mãe e os do nascituro, de maneira a proteger a vida em desenvolvimento e, ao mesmo tempo, traçar alternativas e soluções para tratar a mulher de maneira igualitária, prevenindo abusos e violações e, além disso, ter uma postura ativa na promoção de seus direitos e amparo às mais necessitadas.

2. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO ABORTO NECESSÁRIO E SENTIMENTAL

A recepção é o instituto de reconhecimento e compatibilidade de alguma norma infraconstitucional perante a Constituição Federal, que dita se a norma deve continuar válida ou sem vigor, serve de base e fundamento a todo ordenamento jurídico. Caso não haja a recepção pela Carta Magna, a norma jurídica deve ser afastada através da ineficácia ou conforme a atuação do Poder Judiciário.

O Código Penal entrou em vigor no ano de 1940, época marcada por inúmeras guerras e conflitos ao redor do mundo, quando a vida não era considerada direito fundamental, tão pouco valor jurídico supremo.

Sua elaboração seguiu os ditames da Constituição Federal de 1937, promulgada sob um regime ditatorial e intensos problemas no país de ordem política e social.

Importante notar que no art. 122 dessa Carta, ao mencionar os direitos e garantias individuais, a vida não fora elencada entre os direitos essenciais, dentre outros, a liberdade a segurança: “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1937).

Se até a pena de morte nas ocasiões de crime político era permitida, é evidente que o direito à vida foi deixado em segundo plano, não constituindo-se o principal e supremo valor a ser protegido pelo ordenamento, como ocorre nos dias de hoje.

A título de exemplificação, a permissão do aborto sentimental (art. 128, II), é compatível com a Carta de 37, muito em razão do contexto histórico e social daquele momento:

No curso das duas grandes guerras, os inúmeros atos de violência sexual praticados por soldados inimigos nos países invadidos, com a consequência de numerosas concepções ilegítimas, deram ao problema uma dimensão particular [...]. Foi então legitimada a intervenção abortiva nos casos de concepção resultante de violência (COSTA, 2018).

Por isso, os inúmeros casos de prática de violência sexual nas guerras, que geravam concepções indesejadas e precárias, acenderam o alerta aos países e seus legisladores, movidos pelo clamor e pressão social.

1.3.1 O ABORTO TERAPÊUTICO E O ESTADO DE NECESSIDADE

A doutrina penalista compreende o aborto terapêutico, chamado também de necessário, como excludente de ilicitude devido ao estado de necessidade, onde a conduta é justificada em razão do conflito de

bens jurídicos equivalentes, no caso do aborto, a vida da gestante e do nascituro.

O legislador penal optou pelo resguardo e salvamento da vida da gestante em detrimento da vida intrauterina, uma ação extrema motivada por razões de natureza prática e segundo o entendimento de que a vida já constituída deveria prevalecer sobre a vida ainda não consolidada, segundo ponderação proporcional.

Assim, o aborto terapêutico é amparado e reconhecido como meio de fazer a equiparação mais justa no caso de conflito entre a vida intrauterina e da gestante, prevalecendo esta última. A ponderação buscaria, portanto, proteger a vida inviolável da gestante.

Por tal razão, o dispositivo contido no inciso I, do art. 128, do Código Penal, não contraria o previsto na Carta Magna de 1988, tanto ao que se refere aos direitos fundamentais e dignidade humana quanto ao entendimento dos juristas penalistas e constitucionais.

1.3.2 O ABORTO SENTIMENTAL E A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE

As pesquisas jurídicas não são unânimes quanto à natureza jurídica do art. 128, II do Código Penal, visto que há posições divergentes e conflituosas ao que diz respeito às excludentes e as razões para a não punição do ato.

Apesar de alguns autores definirem a natureza jurídica do inciso II como estado de necessidade, não há motivos para sua caracterização, pois o estado de necessidade apenas se refere ao conflito de bens protegidos de maneira igual no ordenamento jurídico.

No caso do aborto sentimental, há choque entre bens jurídicos de valores diferentes, a vida do nascituro protegida desde a concepção e a honra e integridade da vítima do estupro, devendo a primeira ser escolhida por sua superioridade axiológica frente a todos os outros direitos.

Costa (2018, p. 27) defende que a não aplicação de pena pela prática de aborto sentimental configura-se hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, pois não é justo exigir que a gestante carregue em seu

ventre o produto de uma violência sexual. Dessa maneira, o aborto seria típico e ilícito, mas não incidiria à gestante pena ou culpa.

Outra corrente da doutrina entende haver situação de escusa absolutória no aborto sentimental, onde, a lei isenta de pena determinada conduta em razão de causar menor alarme social. Há quem defenda que na escusa absolutória há crime, mas o agente não é punido por motivos de política criminal. O entendimento segundo essa corrente é que todo aborto é crime, não sendo punido apenas algumas condutas pela utilização do instituto da escusa absolutória.

As correntes se convergem no sentido de configurar criminalmente o aborto sentimental, demonstrando o entendimento alinhado ao do legislador penal no sentido de que o nascituro é o bem jurídico protegido, nascituro possuidor de vida desde a concepção e titular de direitos fundamentais.

É preponderante o fundamento de que, na ponderação entre o interesse da integridade moral e psicológica, relacionados à honra, intimidade e liberdade sexual, e a vida humana em desenvolvimento, optar por sua violação para garantir um bem jurídico de valor inferior seria equivalente a aplicar a pena de morte a um inocente que não teve envolvimento algum para a consecução da violência sexual e não apresenta meios de defesa em relação ao aborto.

Diniz (2007, p. 109) elucida que a permissão para o aborto sentimental demonstra uma situação marcada pelo emocionalismo, na qual o direito à vida do nascituro é posto abaixo do sentimento de repulsa da gestante ao produto de uma violência sexual.

Tal posicionamento posto em crítica é adotado pelo inciso II do art. 128, que coaduna com a Constituição vigente naquela época, a qual não considerava a vida valor fundamental e direito inviolável, superior a todos os demais, da maneira que a Constituição atual o elenca.

Ao que se refere a constitucionalidade do aborto sentimental, é necessário que se avalie o significado da integralidade da vida. Mendes e Branco (MENDES; BRANCO, 2011, p. 42) salientam que a legislação infraconstitucional que não se mostrar ampla como exige o integral respeito à vida, ou seja, sem cortes ou segmentações, estará eivada de

inconstitucionalidade, já que o direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado.

Spolidoro critica a comparação feita entre o feto que nenhum ilícito cometeu com o criminoso que cometeu o estupro, na discussão de considerar a vida humana passível de violação:

A diferença imposta pelo legislador entre essa modalidade de aborto e os demais delitos que afligem toda uma sociedade repousa num sentimento. Será o concebido do estupro menos desejado que aquele que é homicida [...], que rouba ou que furta os cidadãos produtivos da nação? Afligir os sentimentos da mulher, no seu mais estimado valor [...] é mais relevante que as aflições do sentimento da macro-sociedade, que além do sentimento tem contra si a insegurança e a impunidade? (SPOLIDORO, 1997, p. 143).

A observação tem base nas condições fáticas, sociais e jurídicas, cuja argumentação parte-se da premissa de que é de interesse coletivo a proteção do nascituro e, por isso, prevaleceria sobre o interesse particular que encobre a mulher.

Campello (2009, p. 19) afirma que há inversão dos valores ao não punir a prática de um crime contra a vida objetivando reparar as consequências irreparáveis de um crime que fere a liberdade sexual. Por isso, o autor entende que nenhum crime se corrige com outro crime.

A autorização do aborto sentimental também atinge a vedação da tortura, cláusula pétrea do art. 5º, III da Constituição Federal, visto que o aborto sentimental é permitido, tantas vezes, sem considerar a idade do feto em desenvolvimento, e o princípio penal da responsabilidade pessoal, por condenar à morte o nascituro, em razão de um crime alheio.

É indubitável que a gestação ilegítima se caracteriza uma situação inaceitável, causando diversos sofrimentos de ordem psicológica e moral à gestante. Porém, não pode ser pretexto para eliminar uma vida, bem maior protegido pela Carta Magna, senão este ato se configuraria imputação de um juízo de exceção.

Portanto, conclui-se pela inconstitucionalidade art. 128, II, do Código Penal, que permite a realização do aborto sentimental, tratando-

-se de dispositivo em desacordo com o ordenamento jurídico vigente e os valores e princípios jurídicos esculpados na Constituição Federal de 1988.

1.3.3 ALTERNATIVAS AO ABORTO SENTIMENTAL E O PAPEL DO PODER PÚBLICO

A doutrina que aponta a inconstitucionalidade do aborto sentimental defende a adoção de alternativas para a sua não punibilidade, fundamentadas em novos caminhos além do previsto pelo Código Penal. Walter Nascimento (2000, p. 151) propõe que a melhor forma de solucionar o conflito entre a saúde psicológica da mãe e a vida do filho seria o Estado assumir a responsabilidade de criar a criança.

Maria Helena Diniz (2007, p. 109), por sua vez, sugeri três alternativas possíveis para o caso em tela: a) criação de programas de prevenção contra o estupro, informando a forma mais adequada de agir diante da violência sexual e estimulando a preservação da vida; b) acolhimento de crianças rejeitadas ou órfãs em entidades públicas ou particulares, voltadas ao desenvolvimento delas; e c) elaboração de um Código de Proteção e Defesa dos Direitos do Embrião e do Nascituro, com rigorosas punições a quem os violar.

Além disso, é possível propor uma proteção aos direitos do nascituro de maneira proporcional aos da gestante, não apenas mediante a prevalência da vida do ser humano em desenvolvimento, mas também a partir da educação sexual coletiva, de homens e mulheres, desde os primórdios da infância, na qual proponha uma conscientização básica acerca dos seus direitos e deveres, uma educação cívica que dependeria da responsabilidade e ações ativas estatais para concretizar-se.

Esta não seria a única medida capaz de alternar o problema atual, isto é, a ocorrência de inúmeros estupros que originam gravidezes e outras violências sexuais que degradam a imagem, a honra e dignidade da mulher. O cerne do problema é estrutural, tendo íntima conexão com o machismo e inúmeras práticas historicamente discriminatórias contra os demais gêneros, resultado de séculos de subjugamento e submissão contínuas.

Porém, a medida visaria combatê-lo a partir de sua base ideológica, que surge nas crianças a partir de concepções e noções distorcidas aprendidas em suas fases iniciais de vida, muitas vezes advindas da família e dos meios de comunicação.

Além disso, por se tratar de um debate delicado e repleto de emocionalismo, o tema necessita de uma abordagem racional e fundamentada, longe de qualquer discurso dominante e discriminatório, que viole os direitos tanto das mulheres quanto dos homens, que merecem igual respeito e proteção.

Posto isso, pode-se propor a âmbito legislativo, o endurecimento das penas decorrentes de crimes de violência sexual, e a ação do Estado no sentido de garantir à gestante vítima do estupro, a condução equilibrada e normal de sua vida, através do acolhimento psicológico, contando com a colaboração das entidades e instituições civis, para prevenir prejuízos na sua inserção no mercado de trabalho e outras consequências financeiras indesejadas.

Somado a isso, cabe a realização de campanhas informativas à população em geral, quanto aos dispositivos legais que disciplinam o aborto, e aos procedimentos a serem tomados nas hipóteses permitidas, como também incentivos na utilização de métodos contraceptivos, em especial ao público jovem.

Dessarte, essas alternativas atendem aos dispostos na Constituição Federal e legislações ordinárias, no sentido da atuação do Poder Público e da própria sociedade para defender os direitos básicos da criança e trabalhar para que haja seu desenvolvimento saudável e adequado, na mesma proporção em que proteja integralmente os direitos da gestante, decorrentes de sua dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que foi mencionado neste trabalho, pode-se concluir que a temática envolta na prática abortiva diz respeito a possibilidade jurídica de definição da prevalência ou precedência de um dos direitos em conflito, *in casu*, a vida do nascituro e a integridade física, psicológica e moral da mãe (dignidade). A solução mais adequada e pro-

porcional reside na preservação da vida do nascituro, tendo em vista as razões jurídicas e fáticas.

O bem jurídico tutelado pelo Código Penal, ao tipificar o aborto no rol de crimes contra a vida, é o ser em desenvolvimento no útero da gestante, considerado já possuidor de vida pelo legislador, sem distinção de fases ou períodos da gestação. Dessa forma, nota-se que o legislador buscou proteger o direito à vida do nascituro, a qual tem início, segundo entendimento biológico e jurídico, no instante da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, como defende a teoria concepcionista.

Se é certo que o nascituro tem vida desde sua concepção, e tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 prescreve a inviolabilidade do direito à vida sem distinção de qualquer natureza, torna-se claro que o nascituro é titular de direitos. Estes são personalíssimos, expressões da dignidade humana, no âmbito civil. Tanto que, na hipótese de colisão entre direitos da personalidade, recorre-se a técnica da ponderação, enunciada por Robert Alexy.

A ponderação é realizada nos ditames das três máximas da proporcionalidade enunciadas pelo autor, sendo a mais importante para a presente questão, a proporcionalidade em sentido estrito.

Ao levar em conta as possibilidades fáticas e jurídicas e a distribuição de pesos concretos a cada um dos direitos, torna-se imperioso atribuir um grau de importância mais elevado à realização do direito à vida do nascituro, fundamentando-se em razões jurídicas, nas quais a vida é núcleo principiológico fundamental, e em razões práticas, pois há alternativas de amparo psicológico e médico à gestante, para o qual se exerce o papel estatal, além de que a eliminação de uma vida é uma atitude emocional que não soluciona o problema que a levou a efeito, como no caso do aborto sentimental.

Quando se aborda o ponto chave deste trabalho, a recepção constitucional do direito ao aborto, a situação se encontra na possibilidade de conferir constitucionalidade aos dois incisos do art. 128 do CP, duas hipóteses nas quais inexistente punibilidade à pessoa que praticou o aborto: no caso de salvar a vida da gestante que corre sérios riscos de óbito se não for interrompida a gravidez e na circunstância da gestação em consequência de estupro.

Se no primeiro caso a conduta é justificada em razão do conflito de bens jurídicos equivalentes à vida da gestante e do nascituro, no segundo, embora não haja posição unânime quanto à sua natureza, as correntes de pensamento se convergem no sentido da existência de um tipo penal, com todos os seus elementos constitutivos.

O juízo valorativo demonstra que optar pela violação da vida, garantindo um bem jurídico de valor inferior, seria igual aplicar pena de morte a um inocente que não teve nenhum envolvimento para a consecução da violência sexual. Essa é uma atitude repleta de emocionalismo e repulsa ao nascituro, cuja proteção deve precedê-la. Portanto, conclui-se no presente trabalho pela inconstitucionalidade do art. 128, II, do Código Penal, tratando-se de dispositivo em desacordo com o ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937**, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 06 set. 2022.
- CAMPELLO, Antônio Pedro Barreto. **Em defesa da vida**. Recife: União dos Juristas Católicos, 4. ed. 2009.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 7. ed. 2007.
- COSTA, Lara Silva Brito. **Aborto e direito à vida: inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro**. 2018. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 6. ed. 2011.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais**: doutrina – legislação – jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 4. ed. 2000.

SANTOS, Lília Nunes dos. **Aborto**: A atual discussão sobre a descriminalização do aborto no contexto de efetivação dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2016. 372 p.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O Aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Lejus, 1997, p. 143.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro**: uma página a ser virada no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONTEMPORANEIDADE

Lucas Soares Lessa⁵

INTRODUÇÃO

O Estado possui a finalidade de garantir “a prosperidade pública ou o complexo das condições requeridas para que, na medida do possível, todos os membros possam atingir a felicidade”, entretanto, para que essa finalidade seja eficaz, é necessário que a soberania estatal se organize por diversas funções. Desse modo, é possível dizer que a teoria da separação dos poderes é a proposta de organização a qual tem desempenhado um papel primordial na conformação do chamado Estado Constitucional.

O Poder Constituinte Originário é uno e indivisível, porém, a teoria da separação dos poderes, em um momento mais rígido existente desde os tempos de Aristóteles, traz consigo a noção de divisão e estruturação dos três poderes, sendo o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, tidos como essenciais e como condição indispensável para que se possa obter um governo adequado e apropriado. Nesse viés, Montes-

⁵ Graduando em Direito pela Faculdade Doctum de Juiz de Fora/MG.

quieu, no século XVIII, faz um estudo sobre essa teoria para defender as pessoas das arbitrariedades do Estado absolutista, entendendo que não existe liberdade quando no mesmo indivíduo ou no mesmo órgão de magistratura o poder legislativo está concentrado ao poder executivo.

A teoria da separação dos poderes, a partir dos estudos iniciais, começou a constar expressamente em múltiplos ordenamentos jurídicos com o intuito de limitar o poder do Estado sobre os seus indivíduos, tais como na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia no ano de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão publicada no ano de 1789, as quais tratavam as garantias fundamentais de direitos e a teoria da separação dos poderes como pressupostos essenciais indispensáveis na Constituição.

O Estado brasileiro, de acordo com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, é tido como um Estado Democrático de Direito e diante da sociedade tem diversos deveres, cuja função essencial é cumprir com a justiça social, promovendo o desenvolvimento da nação e o bem de toda a sociedade. Dessa forma, é preciso fazer uma releitura da teoria da separação dos poderes com o objetivo de readaptação à contemporaneidade, para situar os valores que nutrem cada povo em cada época, no que diz respeito aos poderes e em razão das suas necessidades históricas e culturais.

1. DA ORIGEM À EVOLUÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Aristóteles, filósofo grego durante o período clássico da Grécia antiga, tornou-se memorável por suas grandes obras, entre as quais se destaca “A Política”, um dos trabalhos mais complexos desenvolvido por Aristóteles que estuda não somente os poderes políticos, mas também a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias, afirmando que os elementos que compõem o Estado são: a população, o território e a autoridade política. Além disso, é importante destacar que anteriormente à obra denominada “A Política”, Aristóteles define em seu estudo intitulado “Ética a Nicômaco” a política como sendo uma estrutura resultante de ensinamentos “que a ciência política

usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos abster-nos” (Aristóteles, 2001).

Para Aristóteles, o objetivo do Estado é facilitar o alcance do bem-comum e, em seguida, o alcance do próprio bem-comum. Dessa forma, as Constituições possíveis são justas e injustas, sendo as iniciais as que servem ao bem-comum do povo e não tão somente aos governantes, já as Constituições posteriores são as que servem ao bem dos governantes e não ao bem-comum, assim, se tratando do perecimento do Estado e da corrupção do regime político. Além disso, as Constituições justas são as divididas em: monarquia, que é o governo de um só que cuida do bem de todos; aristocracia, que é o governo dos virtuosos que cuidam do bem de todos, sem atribuir-se privilégios; república, que é o governo popular que cuida do bem de toda a cidade. E as Constituições injustas dividem-se em: tirania, que consiste no governo de um só que procura o interesse próprio; oligarquia, definida como governo dos ricos que procuram unicamente o bem econômico próprio; e democracia, o comando da massa popular em diminuir toda a diferença social.

Aristóteles (1991, p. 93) menciona que “o governo é o exercício do poder supremo do Estado” tendo todo governo três Poderes. Nesse sentido, em sua obra “A Política”, Aristóteles estabelece quais são os Poderes, a sua estrutura e as suas funções, cabendo ao legislador acomodá-los, da forma mais correta, e quando essas três partes estiverem nos conformes é que o governo será bem-sucedido. O cidadão será o homem adulto livre nascido no território da cidade ou do Estado e, também, aquele que participar e votar diretamente nos assuntos políticos dos três Poderes. Portanto, ser cidadão é ter Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (CHAUÍ, 2002, p. 467).

Assim, de acordo com Aristóteles, o primeiro Poder é o deliberativo, ou seja, aquele que delibera sobre os negócios do Estado. Esse Poder corresponde ao Legislativo, e a Assembleia tem a competência sobre a paz e a guerra, realizar alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados. Já o segundo, compreende “todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las” (ARIS-

TÓTELES, 1991, p. 113). Este Poder corresponde ao Poder Executivo, e é exercido por magistrados governamentais, mas somente os que participassem do poder público é que deveriam assim ser chamados. Ensina que as magistraturas devem ser criadas para se formar um Estado. Por fim, o terceiro poder abrange os cargos de jurisdição. O estudo mostra oito espécies de tribunais e de juízes, quais sejam, os tribunais para: a) a apresentação das contas e exame da conduta dos magistrados; b) as malversações financeiras; c) os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição; d) as multas contra as pessoas, quer públicas, quer privadas; e) os contratos de alguma importância entre particulares; f) os assassinios ou tribunal criminal; g) negócios dos estrangeiros; e h) os juízes para os casos mínimos. A forma de nomeação pode ser por eleição ou por sorteio (ARISTÓTELES, 1991, p. 125-127).

Sob a ótica de Aristóteles (2001, p. 146), “o maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa Ética, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais”.

Além de Aristóteles, John Locke, filósofo inglês conhecido como o “pai do liberalismo”, também direciona uma linha de estudo à separação dos poderes, trabalhando a política em dois tratados: o primeiro acerca do governo civil e o ataque aos “falsos princípios” inseridos no Patriarcal de Sir Robert Filmer; e o segundo sobre o governo civil e outros escritos, definindo o estado de natureza como uma condição em que os homens são iguais e dotados de liberdade em um Estado que permite que os próprios indivíduos decidem sobre suas ações na sociedade, sem que seja necessário pedir a autorização para outrem. Entretanto, não significa que Locke (1994, p. 84) advogasse a permissividade, pois defendia que “o ‘estado de natureza’ é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, em sua liberdade ou seus bens; todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua or-

dem e a seu serviço; são portanto sua propriedade, daquele que os fez e que os destinou a durar segundo sua vontade e de mais ninguém”.

Durante seus estudos em seu Segundo tratado sobre o governo civil, Locke menciona que existem três poderes que se transformam em dois, sendo o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Dessa forma, a competência do Poder Federativo é a de administrar a segurança e o interesse público externo e competência do Poder Executivo é a da execução das leis internas (LOCKE, 1994, p. 171). No entanto, mais adiante, afirma que esses dois Poderes estão “quase sempre unidos”. E embora os Poderes Executivo e Federativo sejam distintos em si, “dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”, pois “submeter a força pública a comandos diferentes” resultaria em “desordem e ruína” (LOCKE, 1994, p. 171-172).

Segundo Locke, não há uma diferença essencial entre o Legislativo e o Judiciário, portanto este último está incluído no primeiro, tendo em vista que “a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos” (BOBBIO, p. 233). Desse modo, de acordo com Bobbio (1997), a teoria de Locke nada tem a ver com a teoria da separação e do equilíbrio entre os poderes, mas de separação e de subordinação. É o que se depreende da afirmação de que o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo e de que as “ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política” serão julgadas ou por magistrado designado pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Legislativo.

Em contrapartida, Montesquieu, político, filósofo e renomado escritor francês, em sua obra que trata sobre a política e o direito constitucional, denominada “O Espírito das Leis” (1999), classifica o governo em: governo republicano, em que o poder soberano é de todo o povo (democracia) ou somente de uma parcela do povo (aristocracia); governo monárquico, em que somente um governa, por leis fixas e estabelecidas (leis fundamentais); e governo despótico em que somente um governa, mas sem lei e sem regra, satisfazendo a sua vontade e seus caprichos (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26). Aponta o motor de agir da

política que movimentava cada governo traduzindo-se em princípios, pois a natureza do governo é o que o faz ser como é, e seu princípio o que o faz agir (MONTESQUIEU, 2000, p. 19-26).

A separação dos poderes foi estudada por Montesquieu em sua obra “O espírito das Leis”, em que caracteriza o Poder como sendo único e indivisível, sendo imprescindível para seu exercício a designação de competências entre os três diferentes órgãos do Estado. Entretanto, Montesquieu prefere tratar a separação dos poderes como uma forma de equilíbrio entre os órgãos, sendo o Estado subdividido em três poderes: o Poder Legislativo; o Poder Executivo das coisas, que se traduz no poder Executivo propriamente dito; e o Poder Executivo dependente do direito civil, que é o poder de julgar. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas atribuições divididas, para que cada poder limite e impeça o abuso uns dos outros.

Montesquieu (2000, p. 168) menciona que: “Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. Ademais, os ensinamentos de Montesquieu reproduziram-se por toda Europa continental e, nos Estados Unidos da América, foi criado o sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais democraticamente eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo soberano, ficando estabelecida assim a separação dos poderes. A prática constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles” (PIÇARRA, 1989, p. 184).

Por fim, a separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157). A separação dos poderes, como limitadora do poder público, pretende favorecer a

abstenção do Estado, estabelecendo-se um sistema de freios e contrapesos capaz de impedir que um poder se sobreponha ao outro, garantindo o gozo efetivo dos direitos de liberdade, no qual o exercício de suas elevadas funções fosse devidamente contido às constituições com o intuito de criar um Estado respeitoso.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Os estudos de Montesquieu foram reproduzidos por toda Europa continental e, conseqüentemente, nos Estados Unidos da América, em que foi criado o sistema de freios e contrapesos entre órgãos constitucionais eleitos de forma democrática, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo soberano, estabelecendo a separação dos poderes. Nesse sentido, a atuação constitucional veio “revelar que o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles” (PIÇARRA, 1989, p. 184).

Montesquieu também associou a separação dos poderes ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais que foram acolhidos pelos revolucionários franceses, contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157). A separação dos poderes, como limitadora do poder público, tem o objetivo de favorecer a abstenção do Estado, de forma que garanta o gozo efetivo dos direitos de liberdade ante o Estado.

Outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, a primeira Constituição do Brasil trouxe normas peculiares quanto à forma da separação dos poderes. Nesse sentido, para demonstrar o avanço político, econômico e social da ex-colônia, D. Pedro I, ao declarar a independência, determinou a elaboração de uma Constituição nos moldes daquelas dos países líderes garantidores do liberalismo e do Estado de Direito. Entretanto, apesar da intenção de imprimir modernidade à constituição do império através da adoção do dogma da separação dos poderes de-

fendido pelos Estados Liberais, também houve a intenção de preservar a figura do imperador, garantindo-lhe a irresponsabilidade dos seus atos e o poder de controle sobre a decisão dos demais poderes (RICCITELLI, 2007, p. 83-84).

Nesse viés, a Carta Imperial de 1824 trouxe as seguintes normas:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

[...]

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma (on line — citação adaptada à ortografia atual da Língua Portuguesa).

Dessa forma, nota-se que a Carta do Império, formalmente, adotou a ideia de separação e harmonia dos poderes como pretendiam os ideais liberais e a doutrina de Montesquieu. Contudo, a Carta de 1824 se desvia dessa teoria quando institui um quarto poder: o Poder Moderador, desenvolvida por Benjamin Constant e que tinha como propósito a instituição de um poder neutro, que seria o poder real, ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Além disso, esse poder real deveria estar assentado na pessoa do rei, a quem caberia exercer o papel de autoridade neutra e intermediária e atuar como “o poder judiciário dos demais poderes” (BONAVIDES, 2000, p. 184).

Em síntese, o objetivo do Poder Moderador, conforme o artigo 98 da Carta de 1824, seria zelar pela manutenção da independência, o equi-

lívrio e a harmonia dos demais poderes. Entretanto, Riccitelli (2007, p.84) aponta que inserir o Poder Moderador em nossa Constituição teve o propósito substancial de preservar a figura do imperador, de forma a garantir-lhe completa irresponsabilidade dos seus atos, assim como o controle sobre os atos praticados pelos demais poderes, através do seu “poder de revisão”.

Desse modo, o que se percebe é que a separação dos poderes aconteceu tão somente no plano formal, já que, na realidade, a instituição do Poder Moderador e a sua delegação privativa ao imperador D. Pedro I, que também era chefe do Poder Executivo, figurou mais como uma dissimulação para assegurar a permanência da concentração do poder nas mãos do soberano.

Outrossim, na Constituição de 1891 o Poder Moderador deixou de existir. Já na contemporaneidade, na Constituição de 1988, o princípio da separação dos poderes está previsto nos artigos 2º e 60, § 4º, III da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60.

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1988 concedeu status de cláusula pétrea à separação dos poderes. Sob esse viés, qualquer proposta de emenda que tenha intenção de aboli-la, formal ou substancialmente, não poderá ser objeto de deliberação. Entretanto, isso não significa que a interpretação desse princípio seja estática, tendo em vista que o dogma da separação dos

poderes deve se adaptar às necessidades do Estado. Assim, partindo-se da definição do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput) cuja função precípua é a realização da justiça social, do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, não seria correto interpretar esse princípio como outrora e de modo tão rigoroso que só se justificaria diante do contexto do século XVIII.

3. O ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

Com a origem do Estado Constitucional de Direito, tendo como principal característica a força normativa da Constituição, surgiu a jurisdição constitucional e a supremacia do Poder Judiciário. Contudo, com o passar do tempo o Poder Judiciário alcançou maiores visibilidades por suas decisões recentes e recorrentes que acabaram exigindo do Poder Executivo o respeito estrito à ordem constitucional.

Nesse sentido, quando se observa o dever da magistratura frente as transformações sociais e das estruturas normativas, é defendido que a magistratura ocupa atualmente uma posição singular dentro da “nova engenharia institucional”, passando o juiz a integrar o “circuito de negociações políticas” e desempenhar “função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva” (CAMPILONGO, 2010). Com isso, a transformação na estrutura das funções do Poder Judiciário se deve principalmente a dois fenômenos, sendo a judicialização da política e o ativismo judicial, que mesmo se tratando de meios de exercício da responsabilidade social do Poder Judiciário, não se confundem.

De forma a diferenciar esses dois fenômenos da esfera de atuação do Poder Judiciário, a judicialização “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 382). Assim, a judicialização da política acontece quando há a transferência de poder do Poder Público, sendo o Executivo e o Legislativo, para o Poder Judiciário. Já no que diz respeito ao ativismo judicial, este consiste na participação mais ampla e enfática do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Trata-se, pois, de uma postura assumida

pela magistratura de procurar extrair o máximo das potencialidades da Constituição, principalmente a partir dos seus enunciados vagos (BARROSO, 2012, p. 386).

Outrossim, além da interferência do Poder Judiciário na fiscalização das atividades exercidas e desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo (quanto aos freios e contrapesos), há, também, a sua atuação no controle das políticas públicas. Dessa forma, os efeitos sociais da adoção de um modelo econômico neoliberal, tornaram os juízes do Estado brasileiro importantes na realização da justiça social, junto ao crescimento do Ministério Público que, após a promulgação da Constituição de 1988, foram fatores relevantes para a judicialização de muitas questões políticas. Além disso, a redefinição dos papéis do Estado, assim como o crescimento das demandas sociais concretas, acabaram ampliando a esfera de atuação destinada ao Poder Judiciário. Nesse sentido o Judiciário pode figurar, de forma mais efetiva, como um forte instrumento formador de políticas públicas, além de também ser palco do avanço da democracia ao permitir que temas relevantes para a sociedade sejam discutidos.

O Poder Judiciário, forte e responsável socialmente, é fundamental para o Estado Democrático de Direito. Entretanto, ao mesmo tempo que deve haver uma supervalorização de sua atuação, também deve haver cautela, como afirma Eduardo Appio (juiz federal):

A frustração coletiva decorrente de um Brasil contemporâneo, que vê cada uma das promessas sociais ser substituída por mais uma reforma da Constituição e pelo aumento do contingente policial, não pode legitimar uma atuação judicial arbitrária. Teorias da ruptura se justificam, unicamente, em sistemas em que a Constituição não possui qualquer normatividade. Conflitos familiares mal resolvidos facilmente se transformam em laboriosas teorias jurídicas de ruptura com o sistema vigente, através de uma revolução do Poder Judiciário. A professora Ingeborg Maus alerta para um processo de ‘divinização’ dos juízes, no que pode ser considerada uma nova teocracia constitucional: o Judiciário exerceria a função de superego da sociedade, através de um processo de infantilização dos cidadãos (APPIO, 2007, p. 20).

Sob tal ótica, é possível extrair que, para a judicialização da política se desenvolver de forma legítima e para que não aconteça ofensa ao princípio democrático, tampouco à supremacia da Constituição, deve ser levado em conta algumas ponderações. De início, é forçoso lembrar que a principal característica do Poder Judiciário é a inércia, ou seja, qualquer manifestação sua só pode se dar mediante provocação. Diferentemente do Executivo e do Legislativo, que podem dar início espontaneamente a reformas, o Judiciário somente poderá manifestar-se após prévia provocação dos interessados através dos meios processuais adequados. Por isso, antes de qualquer coisa, destaque-se que a intervenção judicial para efetivação de direitos por meio da implementação de políticas públicas pelos demais poderes só ocorre mediante provocação de interessados através do meio processual adequado e tendo sido respeitado o devido processo legal.

Em outro sentido, quanto a afirmação dos direitos fundamentais, foi gerado uma necessidade de revisão da Teoria da separação dos poderes, tendo em vista que não apenas os direitos de primeira dimensão – aqueles referentes aos direitos e liberdades individuais –, devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todos os direitos fundamentais presentes em todas as dimensões. Dessa forma, uma releitura ou readaptação da separação dos poderes, que tem como objetivo redimensionar a função judicial na materialização da Constituição, é indispensável para a efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito, podendo, inclusive, afirmar que o fenômeno da judicialização da política tem o objetivo de favorecer a colaboração do Poder Judiciário em relação aos demais poderes para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, e não de transformá-lo em poder supremo.

É fato ser necessário a valorização do Estado Democrático de Direito, entretanto, ao surgirem novos tipos de conflitos – tais como negligência dos direitos sociais, demandas de interesses coletivos, ofensa a direitos fundamentais, ofensa a direitos humanos –, o magistrado deve ser chamado e, conseqüentemente, deve assumir uma postura ativa e socialmente responsável pelos anseios da coletividade. Assim, essa postura foi gradativamente realizando uma mudança no perfil do Poder Judiciário, promovendo algumas mudanças no Estado brasileiro na forma

de produção do direito, na elaboração das políticas públicas, dentre outras. Primeiramente, o novo papel do Judiciário permite, por meio de seus debates judiciais, o avanço da democracia ao incentivar as discussões de temas relevantes. Independente da opinião a respeito dos mais diversos temas – censura, aborto, direito das minorias etc. –, sendo essas discussões importantes para uma sociedade, tendo em vista a ampliação do espaço e da participação democrática, exigindo, com mais ou menos sucesso, a racionalidade e o questionamento das propostas divergentes.

Outrossim, a alteração de perfil do Poder Judiciário fortifica a imagem da Constituição como norma suprema do Estado brasileiro, além de, também, favorecer a máxima efetividade das regras e dos princípios constitucionais e assegurar que o mínimo existencial dos direitos sociais seja oferecido e garantido pelo Poder Público. Assim, a existência de uma justiça constitucional e de um Poder Judiciário forte e ativo tornaram-se requisitos de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos, tendo em vista que a justiça constitucional deve ser considerada como uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, na contemporaneidade, o sistema representativo passa por uma grande crise, que consiste na falta de afinidade entre a vontade popular e a atuação parlamentar como efetivo instrumento de realização de representação, porque a ideia de soberania do Poder Legislativo e da separação dos poderes, com a submissão do Poder Judiciário à lei, deu lugar a um novo paradigma: do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma se baseia no regime democrático, na garantia dos direitos fundamentais e na atuação da justiça constitucional. Dessa forma, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição e o dogma da separação dos poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais em face do Estado (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 45).

O regime democrático, constantemente, tem exigido do Poder Judiciário uma postura mais ativa para que as normas constitucionais quanto aos direitos fundamentais sejam, de fato, efetivos na sociedade, sendo necessário essa maior atuação da jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade dos atos e omissões do Poder

Público, sendo como uma necessidade para um reequilíbrio do sistema de freios e contrapesos, como destaca Dirley da Cunha Júnior (importante pesquisador em Direito Constitucional):

O regime democrático e a necessidade de defesa e realização dos direitos fundamentais — premissas básicas do Estado Democrático de Direito — têm exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação mais ativa na efetivação e no desenvolvimento das normas constitucionais, máxime em face de omissões estatais lesivas a direitos fundamentais. Aqui reside, sem dúvida, a melhor das justificativas da legitimidade da justiça constitucional e do controle judicial de constitucionalidade, como instrumento de efetivo controle das ações e omissões do poder público, cumprindo lembrar que o que caracteriza a democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis - hoje mera ficção- mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 46).

Por todo o exposto, é notório perceber que essa nova atuação do Poder Judiciário caracteriza uma técnica para reestabelecer o controle recíproco dos poderes que é exigido pelo Estado Democrático de Direito e importante para a efetivação e promoção dos direitos fundamentais, juntamente com a garantia e proteção da supremacia da Constituição. Assim, na contemporaneidade, a separação dos poderes deve ser entendida como um procedimento de colaboração e ajuda mútua entre os poderes com o objetivo de uma atuação mais eficiente por parte do Estado na promoção das políticas imprescindíveis para o bem-estar da coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da antiguidade aos dias atuais, o Estado vem passando por um considerável processo de mudança na sua estrutura e na sua concepção. Todas essas mudanças resultaram em transformação na forma de atuação do Estado frente às necessidades da sociedade em cada período. Nesse sentido, com o objetivo de conter o poder do Estado, bem como, de maneira secundária, organizar a forma como deveria ser desempenhada

a sua atuação é que se desenvolve o princípio da separação dos poderes, assim, a ideia de controle, de fiscalização e de coordenação recíprocos acabou se tornando um dos focos de estudo na separação dos poderes.

Nos dias atuais, a separação dos poderes caracteriza a ideia de Estado constitucional democrático e o constituindo originário da Constituição brasileira em vigor consagrou o Princípio da Separação dos Poderes como cláusula pétrea, além de estabelecer o equilíbrio entre tais poderes, estabelecendo um modelo de independência e harmonia recíproco. Desse modo, a Judicialização da política figura como um fenômeno necessário à garantia do equilíbrio da atuação dos demais poderes, na medida em que assegura a manutenção da supremacia e da força normativa.

Por fim, compreende-se e conclui-se que a nova postura do Poder Judiciário configura uma técnica de reestabelecer um controle recíproco dos poderes exigida pelo Estado Democrático de Direito e essencial à efetivação e promoção dos direitos fundamentais e à garantia da supremacia da Constituição, tendo em vista que o ativismo judicial aparece como instrumento essencial a concretização dos ditames emanados pela Lei Maior, em especial a dignidade da pessoa humana. Assim, o Judiciário deve atuar dentro dos limites impostos pela Constituição, sem usurpar das competências atribuídas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, devendo a separação dos poderes ser entendida, no cotidiano, como uma técnica de colaboração e ajuda mútua entre os Poderes visando à atuação eficiente do Estado na promoção das políticas necessárias para o bem-estar da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENDDT, Hannah. **O que é política?**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. (Fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz).

- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades Jurídicas. Revista eletrônica do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. 4 ed. jan/fev., 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os Desafios do Judiciário: um Enquadramento Teórico**. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011.
- LINHARES, Emanuel Andrade e Hugo de Brito Machado Segundo (organizadores). **Democracia e Direitos Fundamentais, Uma Homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Senado: revista de informação legislativa. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92742>. Acesso em: 07 jul. 2022.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SILVA, Enio Moraes. **O Estado Democrático de Direito**. Senado: revista de informação legislativa. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/42/167/rii_v42_n167_p213.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MUDANÇA CLIMÁTICA E A ASCENSÃO DO POPULISMO AUTORITÁRIO NO SÉCULO XXI

Júlia Maria Ramalho Lisboa⁶

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos obstáculos enfrentados na luta contra a mudança do clima, o populismo apresenta-se como uma barreira para a efetivação de medidas que buscam a mitigação dos danos ao clima, na maior parte das vezes, indo na contramão dos acordos climáticos, na medida em que é perceptível a clara intenção de extermínio de políticas públicas voltadas para o meio ambiente.

A união do populismo de direita e de governos nacionalistas, com o negacionismo da crise climática, criou uma combinação inflamável e perigosa, abrindo lacunas para ataques a programas de proteção ambiental. A ascensão do populismo autoritário nos EUA, Turquia, Índia e Austrália emperra o enfrentamento da crise climática e analistas alertam que os impactos climáticos podem reforçar a agenda nacionalista. Sociedades ameaçadas tendem a se fechar, amplificando a xenofobia e o racismo (CHEMNICK, p. 1, 2020⁷).

6 Graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

7 Populismo e nacionalismo na contramão da luta climática; Climainfo, 24/01/2020; Disponível em: <https://climainfo.org.br/2020/01/24/populismo-e-nacionalismo-na-contram>

A instabilidade climática alcançou uma zona crítica, sendo necessário o implemento de medidas urgentes para contê-la. O atraso promovido por governos populistas efetiva o desmantelamento de ações já concretizadas na seara ambiental, impulsionando o retrocesso.

Nesse sentido, a pesquisa pretende mostrar como o populismo de direita pode afetar a luta climática, apresentando o populismo que se desenvolveu na última década e identificar os principais pontos de ameaça à democracia e aos direitos humanos, bem como o bloqueio ao embate à mudança climática.

Tendo em vista a temática abordada, o problema será debatido através de uma pesquisa qualitativa, baseando-se na filosofia fenomenológica. Dessa forma, a partir do objetivo geral do trabalho, a pesquisa será explicativa, identificando os fatores que determinaram a ocorrência de governos populistas na última década e relacionando-os à emergência climática.

A pesquisa é elaborada com base no método hipotético-dedutivo, será analisada a ocorrência de governos nacionalistas, identificando a relação entre o populismo autoritário e o negacionismo da crise climática. À vista disso, é utilizado o raciocínio lógico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, com base em artigos científico, livros e doutrinas a respeito da temática abordada.

O primeiro capítulo se trata do populismo moderno e a ascensão de governos nacionalistas na atualidade, apresentando sua ameaça para a democracia e principais características. A crise climática é abordada no segundo capítulo, apresentando o Acordo de Paris e as Contribuições Nacionalmente Determinadas a partir da COP 21. Por fim, o último capítulo apresenta um breve paralelo entre mudanças climáticas e populismo, identificando o negacionismo climático propagado por governos nacionalistas e a necessidade da colaboração internacional para a superação da emergência climática.

1. O POPULISMO AUTORITÁRIO E OS GOVERNOS NACIONALISTAS

O populismo é caracterizado pela forte retórica nacionalista, exibindo o papel de protetor dos valores da sociedade e de inimigos externos. Em termos ideológicos, o populismo de direita é definido pela ênfase em quatro temas: imigração, política externa, corrupção e segurança (SILVA; RODRIGUES, p. 4, 2021). Tal prática política visa dividir a sociedade em dois polos — nós e eles —, acarretando o confronto de ideologias e danos à esfera pública. Frequentemente, a manifestação de governos nacionalistas vem acompanhada da intimidação a direitos fundamentais, a pretexto de defender a identidade nacional, promover a segurança e fortalecer a economia. Por esse motivo, o populismo autoritário é visto como uma ameaça à democracia e aos direitos humanos, visto que se utilizam de premissas conservadoras para a o aniquilamento de políticas públicas já consolidadas, em especial as voltadas para minorias e meio ambiente.

Com a ascensão de governos nacionalistas na última década, o populismo de direita ganhou força nos Estados Unidos com a eleição de Donald Trump; na Inglaterra, durante a saída do Reino Unido da União Europeia; na Hungria, com o primeiro-ministro Viktor Orban e, por fim, no Brasil, através da eleição de Jair Bolsonaro (entre outros).

A propaganda do populismo moderno é assentada, em todos os países, nos sentimentos de raiva e medo existentes na grande massa dos seus eleitores, particularmente em grupos extremistas – estes compõem o núcleo duro de seus apoiadores, que se mobilizam, investem e agem. A esse grupo se soma a grande massa dos seus eleitores, que se sentem ameaçados por inimigos reais ou imaginários: os imigrantes, a globalização, a União Europeia, a valorização da diversidade, os valores tradicionais ameaçados pelas mudanças dos costumes, entre outros (NASCIMENTO, p. 3, 2021).

A manipulação por meio do sentimento de repulsa a determinados grupos políticos e sociais foi amplamente empregada no decorrer

de campanhas eleitorais e, no caso da Inglaterra, durante o plebiscito do Brexit. No slogan dos líderes populistas, é possível identificar a revolta do povo contra as elites globais, o capital financeiro, a intelectualidade de esquerda, os políticos e partidos tradicionais (NASCIMENTO, p. 3, 2021).

Um aspecto do populismo moderno é a conquista de eleitores identificados como “*angry white men*”, a classe média frustrada que acredita ser vítima da globalização e de governos ruins que acabaram os prejudicando. O ideal populista é marcado pelo discurso antiglobalização, reivindicando o fim de acordos comerciais e de blocos econômicos, a exemplo do Brexit.

Nesse sentido, cabe apresentar que grande parte dos apoiadores dos atuais governos nacionalistas acredita ser vítima de discriminação reversa (seja pela globalização, pela imigração em massa, governos anteriores etc.). A linguagem simplificada do populismo e sua noção de anti-intelectualismo são fortalecidas por uma cultura de medo, insegurança e incerteza (GIROUX, p.1, 2020). A raiva identificada em tal sentimento foi utilizada como catalisador para a ascensão do populismo autoritário e dos líderes nacionalistas, que traz implícita (muitas vezes, explícita) a campanha de extermínio dos fatores que provocam a raiva e o medo em seus eleitores.

A despeito do movimento antiglobalista promovido por governos autoritários e seus apoiadores, o populismo moderno é difundido através das redes sociais, por meio das micro propagandas direcionadas e *fake news*. Destaca-se que esta estratégia foi empregue como recurso para manipulação de eleitores durante campanhas eleitorais em diversos países; contudo, diferenciando-se e adaptando-se ao contexto de cada sociedade. A mineração de dados de usuários de redes sociais para a formulação de propagandas direcionadas foi amplamente utilizada durante o Brexit e o pleito eleitoral norte americano de 2016 pela empresa britânica Cambridge Analytica.

No entanto, no Brasil, para adaptar a prática às circunstâncias do país, a disseminação de notícias falsas através do *WhatsApp* foi o artifício aplicado para exercer o domínio sobre os eleitores, assim, as notícias eram direcionadas a grupos específicos, impedindo o diálogo entre in-

divíduos de diferentes pontos de vista, prejudicando o debate público e a formação de opinião, prática letal a democracia.

A campanha publicitária da eleição de Trump emitiu 5,6 milhões de mensagens dessa natureza; já a de Hillary, sua rival, 66 mil (EMPOLI, 2020, p. 153). Tais campanhas visavam mobilizar seus eleitores e desmobilizar os eleitores do adversário (...) com a propaganda customizada, de acordo com Giuliano da Empoli, o jogo político não consiste mais em reunir as pessoas em torno de um denominador comum, um programa de ideias e proposições, mas inflamar as paixões, estimular pequenos grupos nos extremos e depois adicioná-los, mesmo à revelia. Unir os extremos e não convergir ao centro (NASCIMENTO, p. 4, 2021).

Dessa maneira, é possível afirmar que o populismo moderno ascendeu de forma antidemocrática, outorgando o controle a governos nacionalistas que, desde o princípio, mostraram-se manipuladores e letais à liberdade de pensamento. A política de tais governos é pautada na mentira e na argumentação evasiva, moldando a sua retórica conforme os anseios e as frustrações de seus apoiadores, na maioria das vezes, dita de forma agressiva contra opositores e ferindo direitos fundamentais.

O populismo de direita ataca o pensamento crítico, mina os atos de coragem cívica, desmantela a ação coletiva genuína dos movimentos sociais, suprime as formas democráticas de oposição (GIROUX, p.1, 2020) apresentando uma ameaça real à soberania popular, beneficiando-se de falas racistas, xenófobas e anti-imigrantistas implícitas no sentimento de indignação dos eleitores.

Evidente é que, sem a democracia, não existem maneiras de lutar pelo meio ambiente e salvaguardar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A crise climática é um problema urgente, que precisa ser enfrentado de maneira séria e eficaz, sem o empecilho de governos autoritários que vão na contramão da luta ambiental. O ponto de não retorno climático apresenta a concepção de um momento em que não será mais possível reverter os efeitos das mudanças no clima. Dessa forma, cabe aos governos buscar estratégias para afastar o encontro

ao ponto de não retorno, e não para acelerar os efeitos da instabilidade climática. A democracia possui um papel primordial para impedir que a emergência climática alcance uma zona de impossível reversão. O populismo autoritário atinge muitos dos avanços ambientais duramente consensuados nos últimos anos, ameaçando não apenas a sustentabilidade do planeta, como também a qualidade da própria democracia (GUGLIANO *et al.* apud LEVITSKY; ZIBLAT, 2018; RUNCIMAN, 2018; BROWN, 2006).

2. CRISE CLIMÁTICA

A COP 26⁸ foi considerada a cúpula da última chance, caracterizando a última oportunidade para a humanidade reverter os efeitos da crise climática, limitando o aquecimento do planeta a 1,5C⁹, contudo, para que esse objetivo seja alcançado, é indispensável a atuação conjunta de diversos países, tendo em vista o princípio do patrimônio comum da humanidade, bem como o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada.

O princípio do patrimônio comum da humanidade caracteriza a natureza como um bem comum à toda humanidade e relaciona-se com a teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck. O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo, dando origem ao crescimento do nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras, catástrofes ecológicas e pobreza em massa (GUIVANT, p. 2, 2001). O dano ambiental ultrapassa fronteiras, atingindo diferentes sociedades, indivíduos que, em sua maioria, não contribuíram para a emergência climática. Dessa forma, a sociedade de risco também gera espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego (GUIVANT, p.2, 2001), no entanto, coexistindo com regiões que precisam lidar com a miséria e mudanças no clima.

8 26ª Conferência das Partes

Nesse contexto nasce o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada. Para Chris Wold (p. 14, 2003), “este princípio tem sua formulação associada aos esforços dos países em desenvolvimento para estabelecer critérios de compartilhamento da responsabilidade internacional pela solução de problemas ambientais globais que levem em consideração a realidade socioeconômica dos diferentes Estados”, assim, analisando o contexto social e econômico de países em desenvolvimento, foram estabelecidas “Contribuições Nacionalmente Determinadas” (NDCs,). O Acordo de Paris (COP 21) designou NDCs diferentes para os países desenvolvidos, que enriqueceram com uma economia à base de combustíveis fósseis, e os em desenvolvimento, que possuem a oportunidade de preservar suas florestas, assim como diversificar as matrizes energéticas (THOMAS, 2021). O documento também prevê ajuda financeira, fornecida pelos países desenvolvidos aos ainda em desenvolvimento, para que assim possam honrar com os compromissos assumidos na COP 21.

Durante a COP 26, o Brasil reajustou o compromisso firmado durante o Acordo de Paris, reduzindo o nível de emissões de gases de efeito estufa de 43% para 50% até 2030, ainda, comprometeu-se a zerar o desmatamento ilegal até 2028. Contudo, a NDC reformulada apresentada pelo governo federal parece ser uma promessa vazia, que dificilmente se concretizará. A despeito do novo compromisso assumido, a redução do desmatamento encontra resistência em regiões de grande relevância ecológica como a floresta amazônica, que ocupa mais da metade do território brasileiro, mas que sofre com a ação de grandes obras de infraestrutura, pecuária extensiva, grilagem de terras, extração ilegal de madeira, abertura e asfaltamento de estradas, entre outras inúmeras atividades prejudiciais à floresta. Apesar de ser a região mais rica do mundo em recursos naturais, a região é pobre e subdesenvolvida, em alguns locais o PIB per capita não passa de R\$160,00 por mês, um contraste incoerente, dado que a Amazônia é considerada a última fronteira agrícola do Brasil.

Em termos de espaços ambientalmente protegidos, a floresta amazônica possui cerca de 60 milhões de hectares classificados como áreas públicas, não tendo uso legal definido pelo governo, assim, não são consideradas áreas de proteção ambiental, abrindo margem para a ação de grileiros, distanciando-se da meta assumida pelo Brasil para 2028.

Apesar de todos os compromissos assumidos, o planeta deverá atingir a temperatura de +2,7 C° até o final do século. Para que a meta de 1,5C° consiga ser alcançada, seria preciso que todos os países participantes do Acordo de Paris se comprometessem a reduzir em 55% o volume de emissões, no entanto, este número chegou a apenas 7,5%⁹.

Os obstáculos políticos e econômicos tiveram e continuam tendo um papel determinante na formação da crise climática e na busca de solução ou atenuação do problema (LIMA; LAYRARGUES, p. 5, 2014). É indispensável a atuação conjunta de diversos países, em observância ao princípio do patrimônio comum da humanidade, uma vez que, em concordância a Beck, os riscos da modernização, cedo ou tarde, acabam atingindo aqueles que os produziram, ou que lucram com eles¹⁰.

3. MUDANÇAS CLIMÁTICAS E POPULISMO

Os impactos da crise climática já alcançam uma quantidade incalculável de indivíduos pelo planeta, podendo levar ao deslocamento forçado interno de até 216 milhões de pessoas até 2050¹¹. Ainda que os efeitos da mudança do clima sejam visíveis para milhares de pessoas, o populismo de direita persiste na distorção do debate climático, questionando a veracidade da crise e impedindo medidas de contenção, além do extermínio de programas voltados à proteção ambiental. A ascensão de Donald Trump e Jair Bolsonaro transformou a instabilidade climática a uma questão partidária, o que encorajou outros líderes a questionarem o Acordo de Paris.

9 O que você precisa saber sobre a Conferência das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (COP26); UN Environment Programme, 2021. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/o-que-voce-precisa-saber-sobre-conferencia-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 03 fev. 2022.

10 BECK, Ulrich; Sociedade de Risco, 2010 p. 26.

11 Climate Change Could Force 216 Million People to Migrate Within Their Own Countries by 2050; World Bank; 2021; Disponível em: https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2021/09/13/climate-change-could-force-216-million-people-to-migrate-within-their-own-countries-by-2050?cid=ccg_tt_climatechange_en_ext; Acesso em: 01 fev.2022.

A revisão e o aprofundamento das promessas de redução de emissões se tornaram ainda mais difíceis por conta da eleição de Trump ter sido seguida pelo surgimento de outros líderes nacionalistas, muitos dos quais compartilham seus pontos de vista sobre o Acordo de Paris. No Brasil, o presidente eleito Jair Bolsonaro publicamente mencionou a possibilidade de retirar o Brasil do Acordo e tem afirmado repetidamente que quer relaxar os controles sobre o desmatamento da Amazônia (HOOK, 2018).

O legado deixado por Trump, ainda hoje, 1 ano após a posse de Joe Biden, representa uma forte ameaça a acordos internacionais, a ascensão do populismo, dos EUA e da Europa para a América Latina e a Ásia, faz com que o pacto, construído sobre um conjunto de ideais que agora parecem escassas, torne-se fragilizado (HOOK, p.1, 2018¹²).

Os governos nacionalistas demonstram aversão a natureza como patrimônio comum da humanidade, uma vez que esse refuta o princípio da soberania, assim se contrapondo à cooperação necessária para os pactos referentes as mudanças climáticas e apresentando a natureza como um bem destinado à exploração para atender, unicamente, a interesses econômicos.

O populismo se esforça para ressignificar a natureza como “nacional”: um território nacional, com recursos nacionais e autosuficiência nacional. O líder populista atua, por conseguinte, de maneira a obscurecer ideias globais ou transfronteiriças em nome da defesa do “nós” (CAMPOS, ARAÚJO; p. 6, 2021).

Cabe ressaltar que a propaganda populista é pautada nos sentimentos de raiva e medo dos eleitores, dessa forma, os líderes autoritários utilizam-se dos mesmos artifícios para o implemento do negacionismo climático, valendo-se do discurso nacionalista e difundindo a retórica de ceticismo através de propagandas direcionadas e notícias falsas.

12 O Acordo de Paris enfrenta o populismo de direita; Disponível em: <https://climainfo.org.br/2018/12/06/populismo-de-direita-versus-clima/>. Acesso em: 25 jan. 2022.

A expressão “passar a boiada”, empregue pelo ex-ministro do meio ambiente Ricardo Salles, resume toda a agenda ambiental do governo Bolsonaro, que visa pela destruição da proteção ambiental no Brasil. O país oferece elementos importantes para a compreensão de como o populismo autoritário cerceia políticas ambientais e a ação de instituições de proteção ambiental (CAMPOS, ARAUJO; p. 7, 2021). O ataque às ONGs de proteção ao meio ambiente, comunidades tradicionais e ativistas é uma constante no atual governo, e o país, que já foi referência em proteção ambiental para o mundo, perde cada vez mais força no cenário internacional.

Com a volta dos Estados Unidos para o Acordo de Paris, é importante que o Brasil demonstre atitudes concretas na luta contra crise climática, apresentando compromissos reais contra o desmatamento ilegal e redução de emissões. A ascensão do populismo de direita turbina o negacionismo climático, por introduzir elementos do antielitismo e um engajamento antiglobalista (HOOK, p.1, 2018), isto posto, a instabilidade climática é um problema urgente, que não possui tempo para o embate com governos populistas, é primordial que todas as nações assumam objetivos efetivos, agindo sincronicamente contra a mudança do clima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo relatório do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), divulgado em 2021, afirma que a Terra está mais quente do que esteve nos últimos 125 mil anos¹³. Dessa forma, mesmo que a meta estipulada no Acordo de Paris consiga ser alcançada, os efeitos da instabilidade climática serão sentidos de forma mais intensa nos próximos anos. Contudo, para que o planeta não ultrapasse os 1,5C° até 2030, todas as nações deveriam cessar suas emissões agora, uma concepção distante da realidade.

13 Principais fatos do último relatório do IPCC; Ciência e Clima. Disponível em: <https://cienciaeclima.com.br/principais-fatos-do-ultimo-relatorio-do-ipcc/#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20mostra%20que%20a,nos%20%C3%BAltimos%20%20mil%20anos>. Acesso em: 07 jan.2022.

É nesse sentido que cabe afirmar: o ponto de não retorno climático está cada vez mais próximo. Estamos diante da última oportunidade para impedir que os efeitos da crise do clima se tornem irreversíveis. A resposta para a crise climática precisa se dar através da cooperação internacional. Uma questão desta relevância, que afeta toda a humanidade, embora os mais pobres com mais força, não será capaz de ser controlado com ações regionais. Por isso, as tarefas a serem desempenhadas pelo direito, pela litigância climática, pelos tratados internacionais, assim como pelos organismos internacionais obtêm notável destaque (FACHIN, p. 9, 2020).

As principais ações para reduzir as mudanças climáticas estão diretamente atreladas ao combate à pobreza e à redução das desigualdades sociais¹⁴ com o implemento de políticas públicas voltadas para o meio ambiente e a efetivação da justiça ambiental, seguindo na contramão dos ideais implementados por governos populistas autoritários. A luta por um clima estável e um meio ambiente sadio também é uma batalha pela democracia. Somente com um ambiente propício para o debate público é possível formular alternativas para a superação do estado de emergência climático, as práticas democráticas representam requisitos para a existência de um futuro habitável pela fraternidade, pela tolerância, pela igualdade, pela dignidade plena, pelo enfrentamento dos conflitos (FACHIN, p. 13, 2020) e proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Bruna Tosso; SILVA, Maria Beatriz Oliveira. **Meio ambiente como “bem comum”: revisitando conceitos e redefinindo o papel e a soberania do estado**; Universidade Federal de Santa Maria; 2013. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/gpds/anais/wp-content/uploads/2014/12/8>.

14 Principais fatos do último relatório do IPCC; Ciência e Clima. Disponível em: <https://cienciaclima.com.br/principais-fatos-do-ultimo-relatorio-do-ipcc/#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20mostra%20que%20a,nos%20C3%BAltimos%202%20mil%20anos>. Acesso em: 07 jan.2022.

MEIO-AMBIENTE-COMO-%E2%80%9CBEM-CO-MUM%E2%80%9D-REVISITANDO-CONCEITOS-E-REDEFININDO-O-PAPEL-E-A-SOBERANIA-DO-ESTADO.pdf. Acesso em: 12 jan.2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. São Paulo: Editora 34, 2011.

CAMPOS, Fernanda Safira Soares Campos; ARAÚJO, Bruno Bernardo, **Populismo Autoritário e Meio Ambiente: Enquadramentos do discurso antiambiental de Jair Bolsonaro em editoriais nacionais e internacionais**; 45o Encontro Anual da ANPOCS, GT24 - Mídia e Política; 2021. Disponível em: <https://www.anpocs2021.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czo=NToiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZPjltzOjQ6IjYxNjMiO30iO3M6MT0iaCI7czozMjoiMDY3YzE1ODM3Mz-M1MTk4MGFhNDkxNzU0ODRhYmQyODgiO30%3D>. Acesso em: 20 jan.2022.

FACHIN, Luiz Edson. Agenda 2030: emergência climática e o papel das instituições públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 3; 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7119>. Acesso em: 25 jan.2022.

LÖWY, Michael. **Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil**. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/MFzdwxKBBcNqHyKkckfW6Qn/abstract/?lang=pt>; Acesso em: 05. jan.2022.

MARTINI, George; ALVES, José Eustáquio Diniz. Disarray in global governance and climate change chãos. **R. bras. Est. Pop.**, v.36, 1-30, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/ck-cff4nGKWyvJm3zpn6nK/?lang=en>. Acesso em: 08 jan. 2022.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. As bases do novo populismo de direita. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 36, p. 1-7.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/znT889kXSmN-fSjCfYxBqRgr/?lang=pt>. Acesso em: 05 jan.2022.

OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça a democracia. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 93-118, maio/agosto, 2019. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1645>. Acesso em: 05 jan.2022.

Populismo e nacionalismo na contramão da luta climática; Climainfo, 24/01/2020. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2020/01/24/populismo-e-nacionalismo-na-contramao-da-luta-climatica/>. Acesso em: 06 jan.2022.

ROBINSON, Mary. **Justiça Climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Meire; BOCCHINO, Lavínia Assis. **Capitalismo de vigilância e tecnopolítica: os direitos fundamentais de privacidade e liberdade de expressão sob ataque**. *Opinião Jurídica*, 2021. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S169225302021000200509&script=sci_abstract&tlng=pt Acesso em: 05 jan.2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEIFERT, Carlos Alberto; STEIN, Guilherme de Queiroz; GUGLIANO, Alfredo Alejandro. ENTRE POLIS E PHISYS: A democracia como problema e como solução da crise climática. **Revista Ambiente e Sociedade**; São Paulo. vol. 23, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/mgK9mNbGBWvYKSQxBWY-Tpnr/?lang=pt>. Acesso em: 12 jan.2022.

SILVA, Mayra Goulart; RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. **O Populismo de Direita no Brasil: Neoliberalismo e Auto-**

ritarismo no Governo Bolsonaro. MEDIAÇÕES, Londrina, v. 26, n. 1, p. 86-107, jan-abr. 2021. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/download/42098/pdf>. Acesso em: 08 jan.2022.

VIEIRA, Aiane; SELEGHIM, Ariane D. Populismo, governabilidade e opinião pública. **Revista de Discentes de Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos**, v. 8; n. 2, São Carlos; 2020; 163-186. Disponível em: <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/361>. Acesso em: 10 jan.2022.

ZAMORA, José Antônio. Nacionalismo Autoritário e “Religião Da Vida Cotidiana”: O Populismo das Classes Medias em Crise. **Caminhos, Goiânia**, especial, v. 17, p. 30-53, 2019. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/caminhos/article/view/7592> Acesso em: 10 jan.2022.

O DIREITO AO LAZER DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DO CUMPRIMENTO AOS ARTS. 42-45 DO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS ESPAÇOS PÚBLICOS DE LAZER EM TERESINA-PI

Ana Angélica Fonseca Costa¹⁵

INTRODUÇÃO

O lazer faz parte da necessidade básica do ser humano em ocupar seu tempo livre para o ócio, proporcionando momentos de descanso, relaxamento, viagens, aprendizado, entretenimento ou troca de experiências. Descrito no rol dos direitos fundamentais, especificamente nos arts. 6º, 7º, inciso IV, 217, § 3º, e 227, caput, todos da Constituição da República de 1988, o lazer atingiu, contemporaneamente, uma importância significativa, mas é bem verdade que, até hoje, poucas foram as abordagens específicas da doutrina jurídica brasileira acerca do direito ao lazer. Um dos poucos a se aventurar nessa empreitada foi José Afonso da Silva, mesmo assim, de maneira superficial, no seu Curso de Direito Constitu-

¹⁵ Turismóloga (UNIFOR); Mestre em Gestão de Negócios Turísticos (UECE/UB-ESPANHA); Bacharelada em Direito (Univ. Estácio de Sá).

cional Positivo. No entanto, sua abordagem traz reflexões valiosíssimas que foram uma das bases doutrinárias deste estudo em complemento ao entendimento de outras obras de áreas afins e, especialmente o que aduz o Estatuto da Pessoa com Deficiência quando trata do assunto.

Para os efeitos desse Estatuto, a civilista Joyciane Bezerra de Menezes (2015) descreve algumas das características que identificam a pessoa com deficiência, bem como as barreiras à sua acessibilidade no ambiente social:

Aquela que tem “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art.2o.). As barreiras externas que agravam a deficiência são definidas como qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a sua participação social, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. Classificam-se em barreiras urbanísticas e arquitetônicas; barreiras nos transportes, nas comunicações e na informação; barreiras atitudinais e barreiras tecnológicas (art.3º). (DE MENESES, 2015, p. 12).

Outros dados do perfil da pessoa com deficiência também são apontados nas Pesquisas Nacional de Saúde (PNS, 2018), 1,3% da população do Brasil declarou possuir deficiência física, sendo o percentual para os homens (1,6%) maior que o observado para as mulheres (1,0%). A partir dos 30 anos, as proporções foram crescentes em todos os grupos de idade: 30 a 39 anos, 1,0%; 40 a 59 anos, 1,9%; e 60 anos ou mais, 3,3%. As pessoas sem instrução ou com fundamental incompleto apresentaram percentual superior (1,9%) ao verificado nos demais níveis de instrução.

Destacam também informações relevantes do PNS: 0,3% da população nasceu com deficiência física, enquanto 1,0% a adquiriu em decorrência de doença ou acidente. A Região Norte apresentou a menor proporção de pessoas com deficiência física adquirida por doença

ou acidente, 0,8%. Com base nesses dados qualitativos e quantitativos, acredita-se que: há um melhor planejamento de políticas públicas e investimentos públicos mais direcionados à implantação de estruturas que possibilitem uma melhor acessibilidade ao portador de deficiência física, inclusive para o lazer, objeto de estudo desse artigo.

Além disso, a questão da inclusão social das pessoas portadoras de deficiência é de extrema relevância, especialmente se for considerado o risco de qualquer indivíduo não-deficiente tornar-se deficiente diante do avanço da violência urbana, quer decorrente de criminalidade, quer de fatores como acidentes de trabalho, de trânsito, além da presença de confrontos sociais e políticos.

Assim, a acessibilidade aos espaços públicos de lazer às pessoas com deficiência deve ser um direito de todos. No entanto, sabe-se que nem sempre estes espaços dispõem de acessibilidade adequadas ao usufruto do lazer por estas pessoas. Desta forma, este projeto de pesquisa se justifica pela grande oferta de espaços públicos de lazer na cidade de Teresina que precisam ser avaliados na perspectiva legal de cumprimento da lei.

1. UMA BREVE COMPREENSÃO DE LAZER

O lazer, apesar de ser uma necessidade humana que estimula a ocupação do tempo fora do trabalho, é um direito contemporâneo, conquistado após a revolução industrial.

Segundo José Afonso da Silva, citado por Duarte (2015):

Lazer e recreação seriam duas faces da mesma moeda. Ambos se destinariam a refazer as forças do indivíduo após uma exaustiva carga de trabalho diária e/ou semanal. Seriam, pois, o refúgio necessário, a fonte de descanso e revitalização daquele que, cotidianamente, gasta sua energia no exercício de um ofício. *Lazer e recreação são funções urbanísti, cas*, daí porque são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de constituírem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. *Lazer é a entrega à ociosidade repousante.*

Recreação é entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos num, repletos de folguedos e alegrias em outro (DA SILVA, 2001, p. 318).

Já para o sociólogo Dumazedier, o lazer está ligado aos valores do divertimento e desenvolvimento humano, sendo entendido como um conjunto de ocupações as quais o indivíduo, de livre vontade, entrega-se para repouso, diversão, recreação e entretenimento ou ainda “para desenvolver sua formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.” (DUMAZEDIER, 1973, p.34).

O lazer pode ser um momento em que pode ser considerado como sendo uma necessidade quase fisiológica, pois proporciona o bem-estar necessário à saúde física, mental e espiritual especialmente quando praticado frequentemente e mais intensamente pelas pessoas que tem uma limitação física, mas que não encontram barreiras de acessibilidade nos espaços de lazer, dando-lhes não só o direito ao acesso, mas lhes garantindo principalmente equidade e dignidade de usufruto.

Para BlascoviAssis (2001) *apud* (Barrozo *et.all*, 2012, p.23): “o direito ao lazer para as pessoas com deficiência, é entendido sob o prisma da superficialidade, considerando outras necessidades apresentadas por tais pessoas, como os tratamentos de saúde e educação como necessários.”

Portanto, refletir sobre a garantia do lazer para pessoas com deficiência, através das políticas públicas, significa refletir também sobre todos os direitos fundamentais para todos os cidadãos, sem ficar alheio a outras necessidades que também são consideradas importantes para garantir a acessibilidade sociocultural com equidade para toda a população.

1.2 DISPOSIÇÕES LEGAIS DO DIREITO AO LAZER, SEGUNDO O ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O lazer faz parte do direito coletivo positivo, e é citado nos artigos 6º, 7º, 217 e 227 da Constituição de 1988 (Brasil, 1988). No artigo 6º, é

definido como direito social, ao lado da educação, da saúde, da alimentação, da moradia, da segurança, da previdência social entre outros. No parágrafo terceiro do artigo 217, por sua vez, o lazer figura como responsabilidade do poder público, que deve incentivá-lo como forma de promoção social. Tal atribuição é reforçada no artigo 227, o qual, além de configurar o direito ao lazer como dever do Estado, o coloca como dever da família e da sociedade, que devem assegurá-lo com prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem.

Já no Estatuto da Pessoa com Deficiência o tema está destacado no Capítulo IX, elencado nos dispositivos legais do Direito ao Lazer e outros direitos. Destacam-se aqui apenas os *caputs*.

Art. 42. A pessoa com deficiência tem direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (...);

Art. 43. O poder público deve promover a participação da pessoa com deficiência em atividades artísticas, intelectuais, culturais, esportivas e recreativas, com vistas ao seu protagonismo, (...);

Art. 44. Nos teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, locais de espetáculos e de conferências e similares, serão reservados espaços livres e assentos para a pessoa com deficiência, de acordo com a capacidade de lotação da edificação, observado o disposto em regulamento;

Art. 45. Os hotéis, pousadas e similares devem ser construídos observando-se os princípios do desenho universal, além de adotar todos os meios de acessibilidade, conforme legislação em vigor.

Já é uma realidade dos espaços públicos e mesmo nos privados, disponibilizar a acessibilidade para o deficiente físico, seja este cadeirante ou deficiente visual. No entanto, ainda há uma carência para as pessoas com deficiência auditiva em usufruir da experiência de comunicação com o público em geral, especialmente quando este quer acesso a um espetáculo ou mesmo ao cinema.

Percebe-se também que as barreiras arquitetônicas e atitudinais estão presentes em todos os tipos de deficiência e sujeitas a compromete-

rem também àqueles com deficiência temporária. Somando a tudo isso, há que se rever as atuais políticas públicas para a equidade de direitos quando se trata de acessibilidade, pois a infraestrutura física é a principal preocupação da lei que deve discutir com mais atenção os profissionais que atendem ou lidam com tais pessoas, em especial nos espaços de lazer, presume-se que são nestes espaços que estas pessoas querem se sentir mais independentes para usufruto do lazer e bem-estar.

1.2.1 O DIREITO AO LAZER DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ao logo dos anos, os deficientes visuais, no Brasil, vem sendo incluídos, através de direitos que garantem sua acessibilidade tanto no mercado de trabalho, quanto nos espaços de convivência social e de lazer. A exemplo disso, destaca-se o Decreto n.º 5296, de 02 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), “que regulamenta a Lei n.º 10.048, de 08 de novembro de 2000, que dá prioridade no atendimento às pessoas que especifica, e a Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (BRASIL, 2000)”, regimentos legais que também asseguram e norteiam a estrutura adequada como a instalação de piso tátil para um melhor orientar o deslocamento da pessoa cega, cuja instalação são obrigatórias em espaços públicos e recomendados em espaços privados (GARCIA; BRAZ, 2000).

Quando se trata de lazer em áreas naturais, a pessoa com deficiência tem o seu direito de ir e vir assegurado pela própria Constituição Federal de 1888, em destaque no seu Art. 5º. Esse direito também abriu outras vertentes e inspirou outros ordenamentos jurídicos. A exemplo disso, destaca-se em especial o direito atribuído aos deficientes visuais, que pudessem ter uma melhor acessibilidade ao usufruto do lazer em áreas naturais. É o que destaca Julião, 2006:

O direito de acesso e usufruto das áreas naturais é ratificado no Decreto nº 5.904/2006, art.1º, no qual “a pessoa com deficiência visual usuária de cão-guia tem o direito de ingressar e permanecer com o animal em todos os locais públicos ou privados de uso coletivo”, ou seja, de acordo com o art. 2º, “aquele que seja aber-

to ao público, destinado ao público ou utilizado pelo público, cujo acesso seja gratuito ou realizado mediante taxa de ingresso”, dentro das quais se inserem os Parques e outras unidades de conservação. Portanto, desde que o acompanhante do cão prove o cumprimento das normas estabelecidas neste decreto, o funcionário não poderá impedir a entrada deste visitante com o risco de sofrer as sanções previstas na legislação (JULIÃO, 2006, p.3).

Importante destacar que o acesso do cão guia de um portado de deficiência visual em áreas naturais, não pode ser barrado quando este está cumprindo a sua função de acompanhar o seu tutor em um passeio em áreas naturais que sejam regulamentadas pelo Sistema Nacional de Unidade de Conservação — SNUC, apesar das áreas preservação e conservação instituídas pela Lei Federal n.º 9.985/2000, no seu art. 31 destacar o seguinte: “é proibida a introdução nas Unidades de Conservação de espécies não autóctones”. Porém, sendo à visitação pública permitida, cria-se o direito igual também de acesso aos deficientes às áreas de lazer que estejam acompanhados com o seu cão-guia (JULIÃO, 2006, p.3).

Em 2013, a introdução do cão-guia para a companhia da pessoa com deficiência visual também ganhou força como política pública, através do programa do governo federal, “Viver sem Limites”, que criou cursos técnicos para adestradores de cães para esse fim social. Nesse programa, os gestores estadual e municipais eram estimulados à “criação de um cadastro de demanda por cães-guia junto às associações representativas das pessoas com deficiência visual e aos centros de reabilitação da região, de forma articulada com as coordenações dos cursos habilitados e que atendiam aos critérios estabelecidos” (BRASIL, 2013).

Independentemente do tipo de deficiência física, importante destacar que para garantir esses direitos, deve-se também fazer com que este se materializem através da infraestrutura necessária, planejada e adequada ao acesso aos espaços de lazer. De nada adiantaria se a lei não orientasse e exigisse também um conjunto de normas técnicas que norteiam como devem ser construídos e estruturados que esses espaços para que se tornem acessíveis a todos os cidadãos. Portanto, fazendo valer o seu direito de ir e vir, mesmo quando a deficiência é temporária.

1.3. OS ESPAÇOS PÚBLICOS DE LAZER NA CIDADE DE TERESINA

Com o aumento da população nas cidades, cresce também, na mesma proporção, a demanda por áreas destinadas para suprir as necessidades básicas desse contingente humano, tais como, os espaços edificados para atividades habitacionais, comerciais, industriais, de serviços e os espaços livres não construídos, como ruas, avenidas praças, parques, pátios, quintais, jardins, entre outros. Tais espaços livres são responsáveis pela articulação do tecido urbano, essenciais para a qualidade da vida urbana e para a formação da identidade cultural das cidades, representando locais referenciais de lazer para a população (FREITAS, 1988).

É importante a existência de um adequado sistema de espaços públicos livres, distribuídos de forma uniforme, quantitativamente e qualitativamente na malha urbana, para que possa atender às necessidades da população e da cidade, proporcionando áreas livres para melhoria ambiental e integração social. Neste trabalho será observado a acessibilidade parques em Teresina, cidade criada em 1852, para ser a capital do estado do Piauí, que conta com 861.442 habitantes segundo estatísticas do IBGE de 2018, sendo assim a maior cidade do Piauí, verificando a inserção destes espaços para as pessoas com deficiência física na malha urbana, a contribuição para o equilíbrio ambiental e a relação entre as essas pessoas e os espaços públicos a serem observados.

Quando trazemos essa realidade para o espaço de estudo dessa pesquisa, ou seja para os principais espaços de lazer da cidade de Teresina, tais como: o Parque da Cidadania, localizado na zona central da cidade; Parque Poticabana, localizado na zona leste, considerada zona nobre da cidade; Parque Encontro dos Rios, um dos mais tradicionais parques local. Em todos esses espaços de lazer pode-se identificar, através observar direta durante o desenvolvimento deste estudo que, a infraestrutura cumprem com os itens básicos de acessibilidade que possibilitam o conforto da visitação das pessoas com deficiência física reduzida, temporária ou permanente. Vejamos:

1.3.1 PARQUE DA CIDADANIA

O Parque da Cidadania é um dos mais tradicionais espaços históricos da cidade de Teresina, No local está localizada a Estação Ferroviária de Teresina, que data do início em 1922 e foi inaugurada em 1926, que integra um conjunto arquitetônico tombado em 1997 pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), devido a sua representatividade histórica com a identidade cultural da cidade (VIEIRA, 2020).

Como observa-se na foto 1, o parque é cortado o piso tátil, estrutura adequada às pessoas com deficiência visual. Ao longo do parque também se observou rampas de acesso aos cadeirantes e quase nenhum obstáculo que inviabilize a visitação de pessoas com deficiências físicas.

Foto 1: Parque da Cidadania (PI) — Piso tátil para um melhor orientar o deslocamento da pessoa cega



Fonte: Google imagens, 2022.

1.3.2 PARQUE POTICABANA

O parque Poticabana, localizado na zona leste da cidade, foi reestruturado e reinauturado em 2013. O parque está entre os mais visitados da cidade, instalado com muitos equipamentos de esporte e lazer que atraem muitas pessoas diariamente.

Pode se observar que toda a sua dimensão do parque que há estrutura adequada à acessibilidade aos portadores de deficiência física,

conforme podemos visualizar na foto 2, o que torna o espaço um ambiente mais democrático, com opções de lazer, acessíveis a todos os visitantes.

Foto 2: Parque Poticabana (PI) – Estrutura com rampas de acesso em todo o parque para cadeirantes e pessoas com deficiência visual.



Fonte: Google imagens, 2022.

1.3.3 PARQUE ENCONTROS DOS RIOS

O Parque Ambiental Encontro dos Rios é um dos espaços de lazer mais visitados de Teresina. Localizado na zona norte da capital, é um espaço público que proporciona a apreciação do encontro dos rios Poti e Parnaíba, dois rios que cortam toda a cidade. Há locais ainda para realizar pequenas exposições, quiosques para venda de produtos artesanais e o monumento à lenda do Cabeça-de-Cuia e, um restaurante flutuante, bastante tradicional e um dos principais atrativos do parque.

Foto 2: Parque Encontro dos Rios (PI) — Estrutura de acesso ao Restaurante Flutuante



Fonte: Google imagens, 2022.

Observando a infraestrutura desse parque, percebe-se que a estrutura está adequada e acessível às pessoas com limitações, mas deixa a desejar na acessibilidade ao restaurante flutuante, apesar da rampa de acesso, a estrutura não oferece muita segurança, especialmente aos cadeirantes, pelo fato de a rampa não ser fixa, causando um certo desconforto durante a travessia.

De forma geral, esse estudo analisou que a acessibilidade urbana é essencial a todos dos cidadãos e que cada deficiência merece e necessita de uma estrutura diferente e que esteja baseada de acordo com as normas técnicas que a legislação exige e recomenda. Observou-se durante as visitas aos parques elencados neste estudo que, os deficientes visuais, por exemplo, necessitam da leitura em braile, áudios descritivos e semáforos com indicação sonora. Já para os deficientes físicos, as rampas estão com alturas apropriadas, calçadas nem sempre são planas e sem degraus, o que não facilita o deslocamento nem mesmo das pessoas com mobilidade reduzida. Já a estrutura para os deficientes visuais, encontrou-se em todos os parques a presença dos pisos táteis de sinalização que auxiliam o deficiente visual durante a visita.

2. METODOLOGIA

A escolha do método de pesquisa está diretamente relacionada à natureza do problema que questiona: A estrutura dos espaços públicos de

lazer da cidade de Teresina, cumprem com o Estatuto da Pessoa com Deficiência? E como objetivo geral: avaliar o cumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos seus Arts. 42 ao 45, nos espaços públicos de lazer em Teresina-PI e como objetivos específicos: Identificar quais os principais ordenamentos jurídicos que dão suporte ao Direito da Pessoa com Deficiência. Compreender o entendimento doutrinário sobre o direito ao lazer das pessoas com deficiência física no Brasil; apontar as principais discursões legais do ordenamento jurídico brasileiro a respeito do tema; identificar e avaliar os espaços de lazer em Teresina que estejam adequados às Leis vigentes para as Pessoas com Deficiência.

Para cumprir tais objetivos e responder ao problema de pesquisa, optou-se pela pesquisa bibliográfica descritiva e exploratória, que segundo Barbosa (2012), explica que

Estudos exploratórios: são formados a partir da exploração do que já existe sobre o assunto. Podemos pegar trabalhos já publicados, revistas, periódicos, documentos públicos e privados, estatísticas, entre muitos outros. Neste caso, buscamos conhecer tudo que envolve a atividade ou o produto, como forma de conhecimento. • Estudos descritivos: buscam informar sobre a distribuição de um problema específico em termos quantitativos. Eles buscam identificar grupos na especificidade, por exemplo, demanda turística em um determinado espaço, ou seja, dados capazes de informar sobre as necessidades e as características dos segmentos que poderiam beneficiar-se de alguma forma nesse campo (BARBOSA, 2012. p.154).

Além disso, também para esta primeira etapa de estudos o conhecimento doutrinário e legal sobre o tema central, trarão neste primeiro momento uma reflexão que considera o acesso ao lazer das pessoas portadora de deficiência física como um direito não apenas social, tal como descrito no art. 6º, *caput*, da Constituição da República de 1988, mas também encarar a realidade de que, sob o paradigma democrático, esse direito é condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva.

Na segunda etapa da pesquisa, realizar-se-á um levantamento de campo, através de observação direta, em pelo menos 2 espaços de lazer de cada zona da cidade (zona norte, leste, sul e sudeste), analisando o nível de acessibilidade de parques públicos urbanos, pretendendo avaliar o nível de acessibilidade e infraestrutura destinados às pessoas com deficiência física permanente e temporária, tendo como base o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal observação se deu através de formulário avaliativo, elaborado com base no direito disponível ao público em questão.

As condições de acessibilidade também serão registradas através de fotografias para uma melhor análise dos resultados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A acessibilidade é um direito que garante às pessoas com deficiência e mobilidade reduzida que vivam de forma independente e exerçam seus direitos da cidadania e de participação na sociedade. A implementação de uma melhor infraestrutura de acesso ao lazer devem atender aos princípios dos Direitos Humanos e a garantia da dignidade humana.

Este estudo traz uma análise que, de forma geral, o direito ao lazer nos parques públicos e urbanos de Teresina tem um importante papel como espaço que possibilita relações sociais com todos os públicos, cumprindo a inclusão através da estrutura que possibilita uma melhor acessibilidade também as pessoas com deficiência física que exercem nesse espaço de lazer os seus direitos de ir e vir, garantidos pela Constituição Federal.

Assim, conclui-se que os espaços de lazer analisados encontram-se em condições para ser um espaço acessível que apesar de oferece vários tipos de lazer aos portadores de deficiência físicas, ainda são espaços “ilhados”, que não se conectam com a estrutura do restante da cidade, cabendo portanto um estudo mais crítico sobre as políticas públicas de mobilidade urbana, pois do que adianta garantir direitos apenas em espaços determinados e não planejar a cidade para que estes direitos sejam também garantidos nas ruas, nas praças, no transporte público, etc?

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei n.º 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). **Cartilha DEFICIÊNCIA, Viver sem Limite – Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/pessoa-com-deficiencia/cartilha-viver-sem-limite-plano-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia/view> . Acesso em: 13 maio 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Pesquisas Nacional de Saúde** (PNS, 2018). Disponível em: <https://www.pns.icict.fiocruz.br>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- BRASIL. IBGE. **Dados Demográficos de Teresina**. 2018.
- BARBOSA, Angelo Elis Regina. **Métodos e técnicas de pesquisa em turismo**. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2012.
- DE MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Periódico Civilistica.com. Ano 4. n. 1. 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/199/163> . Acesso em: 14 maio 2022.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 1976.

BARROZO, Amanda Faria; *et al.*. Acessibilidade Ao Esporte, Cultura E Lazer Para Pessoas Com Deficiência. **Cadernos de Pós-Graduação em Distúrbios do Desenvolvimento**, São Paulo, v.12, n.2, p. 16-28, 2012. Disponível em: https://www.mackenzie.br/fileadmin/OLD/47/Graduacao/CCBS/Pos-Graduacao/Docs/Cadernos/Volume_12/2o_vol_12/Artigo2.pdf. Acesso em: 13 maio 2022.

FREITAS, Clodoaldo. **História de Teresina**. Teresina: Fundação Cultural Monsenhor Chaves, 1988.

JULIÃO, Danielle P. Julião; IKEMOTO, Silvia Marie. **Direito ao Lazer do Deficiente Visual em Áreas Naturais Públicas e Unidades de Conservação**. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/3249751/DanielleJuliao-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1652621666&Signature=cTwLZu6esk~UmeBuCW1E-6FJsFzCQAsn6iZQ7AKPsVBytHpKsRneB0zMJx90hxVO-ZZuQmrD4rL4ZW3tXmdgLFcL1pbTSNrBIVz-3M-YH77n-7DI01RPvYX5ISif426oy9OhC33CViKYraUghxb~1fBmaw-Nort07y~pOP2018sZm9eCzXuNhyDyGwg6uLfUEEjlbP8G-fQ4B8kVsdwu9-4mphk8FnI4LddvpEVCt82remRyaShyeoVF-fc-Qtws-cvw~9X1JLZQdBaJYx7DID3OO8BYWUxen2mH-qQkkwRVsxWRtIw6WBIN6VbzoZM7xkR22AzeBTRs-16lxhXOtXVHNxA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRB-V4ZA. Acesso em: 10 maio 2022.

GARCIA, Fabiane Maia; BRAZ, Aissa Thamy Alencar Mendes. **Deficiência visual: caminhos legais e teóricos da escola inclusiva**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ensaio/a/6D8gzB5Dd-7vnLG3FXmvN4bw/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

POLI, Karina Lima de Cunha. **Gestão do Lazer e do Entretenimento**. São Paulo: Brasport, 2016.

VIEIRA, Adrielly da Silva. **Parque Estação da Cidadania, Teresina, Piauí, Brasil: processo de criação, implantação e evolução temporal da paisagem.** Research, Society and Development, v. 9, n. 8, e86984814, 2020.

A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

*Luciana Waly de Paulo*¹⁶

INTRODUÇÃO

No presente artigo é discutida a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ, Ministro Relator Dias Tófolli. Questiona-se sobre a possibilidade de o Direito ao Esquecimento coexistir os princípios da Liberdade de Expressão e o Direito à Informação com a Dignidade da Pessoa Humana e à Inviolabilidade da honra e da intimidade.

Estabeleceu-se a tese de que a Constituição da República de 1988 não abarca o direito ao esquecimento. Vejamos o que assentou o tema 786:

Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou da-

16 Mestranda em Direito Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil -UniBrasil. Pós-graduada em Direito Digital e Compliance - IBMEC. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense-UNIPAR.

dos verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. Relator: **MIN. DIAS TOFFOLI**. Leading Case: RE 1010606. (destaque acrescido).

Gavião Filho e Fernando de Freitas (2020, p. 233) afirmam que a Constituição da República de 1988 admite Direitos Fundamentais implícitos, tendo em vista que há um catálogo aberto aos Direitos Fundamentais. Ademais disso, há previsão expressa no “artigo 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em razão disso, asseveram que

O que se pretende justificar é que direitos fundamentais não são apenas os estatuídos diretamente, mas também outros que podem ser interpretativamente retirados das disposições de direitos fundamentais na atividade dos tribunais da jurisdição constitucional e infraconstitucional. Isso não significa afirmar que os tribunais criam direitos fundamentais para além do dado na constituição, produzindo novos direitos fundamentais. Cuida-se de tão somente da construção de normas de direitos fundamentais a partir do que já está dado no texto das disposições de direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO; FREITAS, 2020, p. 233).

Há uma diferenciação entre Direitos Fundamentais formais e o material, a diferença consiste, basicamente, que os primeiros estão positivados no ordenamento e os segundos são reconhecidos embora não estejam previstos expressamente (GAVIÃO FILHO; FREITAS, 2020, p. 239).

Será feita uma pesquisa exploratória do Tema n. 786, oriundo do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, de relatoria do Min. Dias Toffoli do Supremo Tribunal federal, a partir do método dedutivo. A técnica utilizada é a bibliográfica e jurisprudencial. Objetiva-se verificar se a decisão tomada de que a Constituição da República de 1988 não admite Direito ao Esquecimento é adequada com o ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, não há Direito ao Esquecimento expresso na Constituição da República de 1988 tampouco no ordenamento jurídico brasileiro. Explica Laura Mendes que o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais pode ser feito um paralelo com o Direito ao Esquecimento:

Como visto, com o advento da sociedade da informação, surgem importantes desafios para o ordenamento jurídico e os seus intérpretes, especialmente para a proteção da personalidade e da vida privada do indivíduo. Para possibilitar a resposta adequada aos desafios sociais atuais, é fundamental que a teoria do direito se reconstrua e se reinterprete a ponto de compreender e solucionar os novos problemas enfrentados pelo homem na era da informação (MENDES, 2014, p. 169).

Portanto, há uma nova realidade a ser enfrentada pela sociedade diante das novas formas de poder (MENDES, 2014, p. 169) e das novas tecnologias. Diante disso, há a necessidade de tutela tendo em consideração a sociedade da informação e dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição da República de 1988, haja vista que Constituição “deve expressar continuidade, permanência segurança e estabilidade, de outro, deve exprimir flexibilidade abertura de interpretação e atualização para a constante concretização dos direitos e princípios nela consagrados” (MENDES, 2014, p. 170).

Será abordado se é possível admitir o Direito ao Esquecimento com fundamento no Direito Fundamental à proteção de Dados Pessoais e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 13.709/2018. Também será discutido a possibilidade de reconhecimento desse Direito dentro de uma interpretação do ordenamento jurídico brasileiro

e se a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao Direito ao Esquecimento no âmbito do Direito Civil não foi ampla e restritiva demais quando se considera a evolução da sociedade, do Direito e das tecnologias.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Há diversas abordagens acerca da definição e do conceito do Direito ao Esquecimento, também varia conforme o sistema jurídico de cada país. O fundamento legal (MONCAU, 2020, p. 105) desse direito para alguns decorre do Direito à Privacidade, do Direito à Proteção de Dados Pessoais, da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana, dos Direitos da Personalidade, das legislações infraconstitucionais como o Marco Civil da Internet, do Código de Processo Penal, por exemplo.

No entanto, há uma distinção entre privacidade e o Direito Fundamental à proteção de dados pessoais, além disso, dados e informações são conceitos distintos (MENDES, 2014, p. 168). Os dados são tidos como símbolos ou sinais formais que independem de interpretação, por outro lado, a informação decorre de um ato de interpretação, do contexto, de um intérprete que realiza essa ação (MENDES, 2014, p. 168). Por conseguinte, os incisos X e XII não são considerados suficientes para a proteção dos dados pessoais, haja vista que os “dados são bases potenciais de informação” (MENDES, 2014, p. 168).

Quanto ao termo privacidade admite diversas acepções, ou seja, é polissêmico (MONCAU, 2020, p. 155), por isso, muitas vezes é tratado como um termo que abrange as diferenças entre intimidade e vida privada. Diante da complexidade que é o Direito ao Esquecimento, parece ser interessante o resgate da teoria de círculos concêntricos, haja vista que ajuda a transpor a dicotomia entre público e privado (MONCAU, 2020, p. 123), ainda mais no contexto da sociedade da informação e das redes sociais e de buscadores que podem a vir a desempenhar um papel que não se restringe a uma prestação de serviço privada, visto que muitas pessoas e empresas dependem desses serviços para desempenhar o seu papel social. Assim, argumenta Moncau:

[...] ainda hoje a teoria das esferas é reconhecida como uma ferramenta útil para determinar os níveis de gravidade de uma violação da privacidade, por oferecer um parâmetro, ainda que pouco preciso, para determinar em que a personalidade de um indivíduo é afetada por intrusões ou pela divulgação de aspectos da vida privada (2020, p. 123).

O Ministro relator Dias Toffoli afirmou em sua decisão, no Recurso Extraordinário que o silêncio do legislador foi propositalmente silente em relação a esse assunto, contudo, há proteção suficiente para o tema, citou os artigos 16 e 17 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a tutela dos direitos dos titulares dos dados pessoais no que diz respeito a liberdade, a intimidade e a privacidade.

Anderson Schreiber (TEPEDINO *et. al*, 2020, p. 376-377), por sua vez, entende que o silêncio na legislação brasileira não impede que o intérprete valore esse silêncio a fim de reconhecer esse direito com base no direito à eliminação de dados e na proteção da dignidade da pessoa humana. Ademais disso, a pessoa tem o direito de se “opor à recordação pública e opressiva de fatos que já não mais refletem sua identidade pessoal” (TEPEDINO *et. al* 2020, p. 376.).

O Ministro relator Dias Toffoli esclareceu que o direito de desindexação não se confunde como Direito ao Esquecimento, o primeiro é mais amplo. E as causas de um pedido de desindexação de conteúdos da rede pode estar dissociado a um Direito ao Esquecimento.

Foi apontado ainda que há diferentes direitos e nomenclatura, pelo relator do Recurso Extraordinário, mencionou as seguintes: (a) direito ao esquecimento; (b) direito a ser esquecido; (c) direito à desindexação; (d) direito a apagar dados; e (e) direito a ser deixado em paz.

O caso Google Espanha no Tribunal de Justiça (TJUE) foi mencionado no Recurso Extraordinário em estudo, considerado um marco sobre esse tema, é mencionado pelos Ministros e, também é estudado pela doutrina, essa decisão foi tomada sob a égide da Diretiva 95/46/EC.

Em síntese, em 1988 saiu em um jornal impresso um anúncio sobre um leilão de bens imóveis e com procedimentos para recuperar valores devidos ao sistema da seguridade social da Espanha (MONCAU, 2020,

p. 251-252). Posteriormente, os arquivos do jornal foram digitalizados e, por esse motivo a matéria aparecia nas buscas nos primeiros resultados que levavam ao *link* da matéria (MONCAU, 2020, p. 251-252).

Segundo Fernando Moncau, nessa decisão foi determinada a ofuscação parcial das buscas nominais, ou seja, a chamada desindexação e, também o Direito ao Esquecimento (MONCAU, 2020, p. 249). Nessa decisão entendeu-se que a depender das circunstâncias os buscadores de Internet devem responder as solicitações feitas por aqueles que não desejam ter informações que contenham dados pessoais indexados (MONCAU, 2020, p. 250). Por isso, é uma decisão mais abrangente e a informação não precisa ser difamatória ou imprecisa, por exemplo (MONCAU, 2020, p. 250). Assim pode ser explicado:

Ou seja, o TJUE admitiu que um indivíduo pode solicitar a remoção das páginas de resultados de informações não difamatórias, verídicas, públicas e inofensivas, mesmo nos casos em que o responsável pela publicação tiver o direito de mantê-la. Especificamente, o Tribunal decidiu que esse direito poderá ser exercido nos casos em que tais informações forem inadequadas, não forem pertinentes ou já não sejam pertinentes ou sejam excessivas, a não ser que o público possua um interesse preponderantemente em acessar tal informação por meio de uma busca nominal, como nos casos em que a pessoa retratada seja uma figura pública (MONCAU, 2020, p. 250-251).

Situação diversa, é a que consta no Recurso Especial n.º 1.293.249, em o Superior Tribunal de Justiça determinou a exclusão das buscas do navegador Google de uma página que mencionava uma pessoa que teria sido acusada pela prática de tráfico de influência (VITAL, 2021). Contudo, essa pessoa não foi implicada nas investigações da operação policial. Portanto, trata-se de uma informação inverídica, elemento que diverge do Direito ao Esquecimento em que a informação deve ser verdadeira (VITAL, 2021). Nesse caso específico, o conteúdo não é de responsabilidade do navegador, mas de terceiros que veicularam essa informação

(VITAL, 2021). Portanto, trata-se de desindexação e não de remoção de conteúdo. Diante disso, denota-se que há diferença entre remoção de conteúdo, desindexação e o Direito ao Esquecimento, em síntese: “nem toda demanda por desindexação pode ser considerada uma demanda por esquecimento” (MONCAU, 2020, p. 249).

Em relação ao buscador Google, este faz-se uso de software e algoritmos para criar um índice que incluem os termos buscados, que resulta em um ranking (MONCAU, 2020, p. 158) de informações, *sites*, *links*. Quanto à legislação brasileira e o Direito à Desindexação, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não afastou a responsabilidade dos intermediários de Internet previsto no artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), aqui neste ponto pode conter espaço para a discussão desse direito no Brasil, assim explica Moncau (2020, p. 363). Portanto, essa discussão é importante, pois pode acarretar uma série de restrições o que afeta a circulação de informação (MONCAU, 2020, p. 364).

1.1. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O caso discutido na decisão do Supremo Tribunal Federal envolvia um feminicídio que ocorreu em 1958, no Estado do Rio de Janeiro. O referido caso foi retomado pela Rede Globo de Televisão em um programa chamado Linha Direta: Justiça, reconstituiu os fatos e trouxe para debate o que ocorreu e como foi conduzido pelas autoridades. E abordou outros casos de violência contra a mulher.

O Ministro da referida decisão delimitou o debate sobre a questão se existe ou não no ordenamento jurídico-constitucional o Direito ao Esquecimento, independente, da plataforma midiática em que seja veiculada a informação. Enfatizou a sua tese com base em dados estatísticos decorrentes da epidemia de feminicídio existente no Brasil e o foco do Poder Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça de enfrentá-los de maneira eficiente e mais rápida possível. Asseverou em seu voto que os casos tratados no programa televisivo “não podem e não devem ser esquecidos”.

Primeiro, afastou desse direito a ilicitude da informação, ou seja, a informação deve ser verdadeira, caso contrário há legislações previstas para tutelar essa situação. Portanto, os fatos devem ser verdadeiros e obtidos licitamente.

O segundo elemento desse direito é o aspecto temporal, ou seja, fatos pretéritos. O relator afirma que o tempo seria elemento central, pois ainda que verídica estaria desatualizada, descontextualizada, o que induziria a uma percepção fragmentada da pessoa envolvida nessa situação.

Será examinado o voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, o qual afirmou tratar o caso de um conflito entre normas, de um lado, o Direito à Intimidade, à Vida Privada e à Imagem e de outro lado o Direito à Livre Manifestação do Pensamento, da liberdade jornalística e de comunicação. Asseverou, “trazendo uma leitura jurídico filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de conflito de princípios comparáveis entre si”. Concluiu que

[...] é possível compatibilizar o direito fundamental à privacidade e ao resguardo da imagem, além da dignidade da pessoa humana, com a liberdade de informação assegurada pela Constituição Federal, mormente ao assegurar que os fatos remotos ou distantes no tempo, que interessem à memória da sociedade, possam ser divulgados, desde que presentes o interesse público, histórico ou social atual(is) e observado o grau de acessibilidade da informação, de forma que, sem que ocorra a desnaturação da informação, seja possível anonimizar o fato ou qualquer outro elemento de identificação dos autores e das vítimas de delitos ou circunstâncias vexatórias, intimidatórias ou humilhantes, assegurando, assim, a adequada proporcionalidade da concordância prática com o direito à liberdade de expressão e de comunicação, resguardando-se a via resoluta do direito de resposta ou indenização, a posteriori, sem prejuízo de outros instrumentos a serem aprovados pelo Parlamento (Recurso Extraordinário n.º 1.010.606).

Explicou o Ministro Mendes que há situações em que os dados podem ser anonimizados sem prejuízo do Direito de ser informado e do

Dever de informar, ainda mais quando se trata de dados estatísticos que são importantes historicamente, como no caso da violência contra a mulher que é um problema que afeta a sociedade brasileira.

Para o Ministro Edson Fachin, voto divergente, o direito brasileiro alberga o Direito ao Esquecimento com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana, no Direito à privacidade, Direito à Autodeterminação Informativa. Afirmou que no conflito entre Direito ao Esquecimento e a Liberdade de Informação, essa última tem preferência num juízo de proporcionalidade, preservando-se o núcleo essencial dos direitos da personalidade. Por conseguinte, “[...] uma leitura sistemática da Constituição da República e dos precedentes do Supremo Tribunal Federal exige que se preceda a verdadeira hermenêutica da suspeição diante de ponderação entre os interesses públicos e privado” (Recurso Extraordinário n.º1.010.606). No que diz respeito ao caso concreto Fachin afirmou que não estão presentes as condições para se reconhecer o Direito ao Esquecimento, optou-se pela Liberdade de Expressão. Embora entenda que exista no ordenamento constitucional brasileiro o Direito ao Esquecimento.

Schreiber (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 372) entende que o Direito ao Esquecimento está vinculado a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III, Constituição de 1988), o qual se submete a ponderação com outros direitos fundamentais como a liberdade de informação, liberdade de expressão e, entre outros, que têm a mesma hierarquia (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 372).

Como já mencionado há uma diferenciação entre Direitos Fundamentais materiais e formais, e abertura permitida na Constituição de 1988, o que deve ser questionado quando pode ser válida novas normas de direitos materialmente fundamentais (GAVIÃO FILHO, FREITAS, 2020, p. 239).

Andrade explica que a decisão do Supremo Tribunal Federal adotou a Doutrina da posição preferencial (*Preferred Position Doctrine*) em que há uma hierarquia dos princípios privilegiando a liberdade de comunicação e expressão em face da privacidade do indivíduo (ANDRADE, 2021). A crítica do professor é de que a redação da Tese n. 786 do Supremo Tribunal Federal é drástica em relação as decisões que tinham sido tomadas

pelos tribunais superiores, e adotou-se a posição americana em relação ao tema de maneira absoluta, embora mesmo no direito americano não é uma tese absoluta (ANDRADE, 2021).

Contudo, não são todas as informações que são passíveis de interesse público, isto é, que são relevantes, ainda que verdadeiras e pretéritas. Fujita e Barreto Junior (2020, p. 22) argumentam que há uma colisão entre a liberdade de expressão e a privacidade, a intimidade decorrente dos desafios enfrentados na Sociedade da Informação. Ressaltam que:

Sempre importante lembrar que o Direito é fato social e que o fenômeno jurídico é resultado da realidade social, emanando desta por meio dos instrumentos e instituições destinados a formular o Direito. A teoria clássica ensina que alterações na estrutura social, nos pactos estabelecidos para sua sustentação e existência, assim como movimentos de mudança cultural, política e econômica, provocam transformações também nas estruturas jurídicas. Desse modo, faz-se necessário refletir sobre as relações existentes entre as dinâmicas e processos sociais e as manifestações das instituições de Direito e o aparato tecnológico da Sociedade da Informação, novo paradigma tecnológico, social, cultural e comportamental estabelecido como marco analítico para qualificar o modelo de sociedade, resultado das transformações verificadas nas décadas recentes, provocadas pela formatação de um cenário mundial interligado pela tecnologia e influenciado por essa transformação nas suas mais diferentes nuances (FUJITA, BARRETO JUNIOR, 2020, p. 22- 23).

Diante da dinamicidade da sociedade contemporânea novos direitos surgem, principalmente há mudanças na interpretação e acolhimentos de novos Direitos Fundamentais. Assim ensinam Gavião Filho e Freitas (2020, p. 246):

O texto jurídico pode ser o mesmo, mas se outro o momento hermenêutico, novos significados ou sentidos lhe podem ser atribuídos, conforme novas valorações culturais, sociais ou políticas – novo horizonte. O ato hermenêutico é também conhe-

cer, interpretar e aplicar simultaneamente. A interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão de algo. Compreender é já interpretar e, por isso, interpretação é uma forma de compreensão de algo (GADAMER, 1990, p. 312).

Elucidam Fujita e Barreto Junior o conflito entre o Direito à Liberdade de Informar e o Direito ao Esquecimento deve-se aplicar a “técnica da ponderação, com base no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade para cada caso que estiver sendo apreciado” (FUJITA, BARRETO JUNIOR, 2020, p. 24).

Em relação aos Direitos Fundamentais Gavião Filho e Freitas (2020, p. 246) explicam que se afirmar que há Direitos Fundamentais implícitos dá impressão que já estaria de alguma forma no ordenamento, mas como já dito, a sociedade como o Direito está em evolução. Portanto, o termo implícito não é preciso, principalmente no presente caso.

O disposto no artigo 5º, que permite a abertura para novos Direitos Fundamentais, eles devem decorrer dos direitos existentes expressamente, devem ser devidamente fundamentados, observando-se o ordenamento jurídico brasileiro (GAVIÃO FILHO, FREITAS, 2020, p. 250). Para Andrade (2021), os pressupostos mínimos para o reconhecimento do Direito ao Esquecimento são:

- 1) se o fato é atual – não se invoca o Direito ao Esquecimento;
- 2) para a invocação do Direito ao Esquecimento, há de haver o transcurso do tempo.
- 3) se o fato nem sequer é verdadeiro, incide o direito ao esquecimento.
- 4) Afinal: por que manter o fato em evidência/ por que resgatar a notícia? (ANDRADE, 2021).

Para Andrade (2021), a decisão do Supremo Tribunal Federal desconsidera a possibilidade de desenvolvimento da visão contemporânea de privacidade, também pode ser entendida como uma privacidade informacional. Dessa forma, concluiu em sua palestra que a decisão pri-

vilegiou uma visão institucionalista em detrimento de mecanismos de controle para a proteção individual.

O Ministro Relator da decisão menciona alguns desses dispositivos e afirma que não há esse direito ainda que genericamente, expressa e implicitamente o que há são expressas e pontuais previsões, em situações específicas, em relação ao tempo para suprimir dados ou informações.

Além disso, asseverou tratar-se de um “direito humano e direito fundamental” e que tem como fundamento “a proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões” (2015a). Portanto, seria um direito fundamental típico implícito, decorrente dos direitos “da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros” (2015a).

Moncau (2020, p. 366) assevera que são identificados quatro elementos do Direito ao Esquecimento, como um direito autônomo que não se confunde com a privacidade, à proteção de dados pessoais e ao direito de estar só. O tempo é um dos elementos relevante e que o distingue dos demais direitos, portanto, é considerado um elemento central desse direito (MONCAU, 2020, p. 366). Os demais elementos são a publicidade, a licitude e o caráter injustificadamente danoso ou discriminatório, no presente, da informação (MONCAU, 2020, p. 366). Em relação a publicidade e a disseminação ou o acesso a tal informação no passado, Moncau leciona que

[...] publicidade, entende-se que a informação que se busca esquecer deve ter sido de alguma forma veiculada ou disponibilizadas ao acesso ao público, no passado. Por meio desse elemento, torna-se possível excluir de um direito ao esquecimento a revelação de informações que não sejam públicas sobre um indivíduo, ou seja, a violação da privacidade pela revelação de fatos íntimos ou privados que não dizem respeito ao interesse público.

A disseminação ou o acesso a tal informação no passado deve, outrossim, ter ocorrido de maneira lícita. Em outras palavras, não caberia falar sobre um hipotético direito ao esquecimento em situações em que a informação veiculada no passado se deu ilicitamente (MONCAU, 2020, p. 366-367).

Como se nota há espaço para o Direito ao Esquecimento e que tenha os seus próprios requisitos, a partir do caso concreto, se a informação que fora veiculada de maneira lícita e verdadeira. Ainda assim, existe a possibilidade de se afastar um precedente, mas como ensina Robert Alexy haverá o ônus da argumentação para aquele que o deseja fazer (ATIENZA, 2014). Nota-se que uma análise lógico-dedutiva, muitas vezes, não consegue enfrentar e resolver todas as questões jurídicas (ATIENZA, 2014). É o que se ocorre nessa situação. Ao que parece o caso concreto analisado, na opinião de muitos juristas, não seria um caso de Direito ao Esquecimento. Contudo, não quer dizer que não se possa reconhecer esse Direito.

Dillings Maquiné e Bruno Lorenzetto (2022, p. 13) asseveram que há divergências quanto a possibilidade de derogabilidade ou não dos princípios. Em relação a teoria de Robert Alexy explicam que

Alexy afirma não existir princípio absoluto; caso existisse, seria o colapso de sua teoria das normas e o teorema da colisão restaria inaplicável. E caso de colidência com outros princípios, o princípio absoluto teria precedência em relação a todos os demais, inclusive em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas e, nesse caso significaria que a sua realização não conheceria “nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos” (ALEXY, 2008, p. 111). Princípios absolutos simplesmente inviabilizariam o exercício dos direitos e a concretização dos demais princípios (MAQUINÉ, LORENZETTO, 2022, p. 11).

Em razão da “natureza do mandamento otimizar um mandamento (ou um fim) a ser otimizado impede que o princípio seja derrotado quando em colisão com outros princípios ou em conflito com uma regra” (MAQUINÉ, LORENZETTO, 2022, p. 11).

Nayana Bueno e Fabricio Zanin (2021, p. 78-79), por sua vez, fizeram um estudo do Direito ao Esquecimento à luz da teoria interpretativa de Ronald Dworkin, no qual entendem que é possível conciliar a privacidade com a liberdade de expressão, haja vista que não são opostas à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com base na teoria

de Dworkin há uma unidade de valor e não oposição entre eles. Para os autores o Direito ao Esquecimento só há respaldo na Constituição se estiver identificado com o direito ao controle de dados pessoais, uma vez que

É que não se admite que uma informação de interesse público perca, com a passagem do tempo, importância para a memória individual ou coletiva. Existe um direito à memória, relacionada a subjetivismos individuais (dimensão individual). Por outro lado, a dignidade humana não pode ser entendida sob a perspectiva meramente individualista, mas deve ser compreendida na perspectiva relacional (dimensão social), (BUENO, ZANIN, 2021. p. 79).

Diante disso, a afirmação de ser o Direito ao Esquecimento incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento entende que há uma prevalência de um Direito em relação aos demais e não uma ponderação com a possibilidade de coexistência não se coaduna com a Constituição da República de 1988 e com a sociedade da informação contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No caso em estudo ao determinar que há uma incompatibilidade do Direito ao Esquecimento em relação à Constituição da República de 1988 inviabiliza o desenvolvimento do Direito e da Legislação brasileira. Poderia ter sido fixado os requisitos para o reconhecimento desse direito por derivar dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, haja vista que há abertura legislativa para isso no artigo 5º, § 2º e, agora, com o Direito Fundamental a Proteção de Dados Pessoais reconhecido expressamente na Constituição.

Além dos mais, se houver interesse público é possível a utilização e veiculação da informação com fundamento no artigo 20 do Código Civil, como já mencionado, em consonância com o Direito a Informação e Liberdade de Expressão. A doutrina e autores como Moncau traz um

elaborado estudo sobre o tema que contribui para o desenvolvimento desse tema.

Haja vista que uma distinção entre desindexação e o Direito ao Esquecimento, e os recursos tecnológicos vinculados a Internet contribuem para tornarem a vida das pessoas mais difíceis, especialmente, se quiser crescer como indivíduo e deixar o passado como um aprendizado pessoal, ou até mesmo em situações em que o que pode vir a ser encontrado não tenha relevância nenhuma para o presente ou contribua para a sociedade deveria ser mais difícil de ser encontrado. Assim como o cérebro humano trata das experiências do cotidiano, ao descartá-las, como no caso de traumas e de informações desnecessárias. E deve ser levado em conta que os mecanismos de buscas, algoritmos são tecnologias recentes e, também há o aspecto econômico como estudado no livro *A Era Capitalismo de Vigilância*.

Portanto, houve um excesso na decisão, ainda mais, por pretender barrar a doutrina e o Poder Legislativo de vir a tratar desse tema em um outro momento. Diante disso, há a possibilidade de um Direito ao Esquecimento a partir de um estudo da Constituição da República de 1988 e dos Direitos Fundamentais previstos no artigo 5º e os princípios nela contido. Ainda mais com o advento da Emenda Constitucional n.º 115 de 2022 em que traz expressamente a Proteção de Dados Pessoais como um Direito Fundamental, artigo 5º, inciso LXXIX — é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Direito ao Esquecimento. Painel VIII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia. Publicado 27 out 2021. Disponível em: VIII JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA - Primeiro dia tarde. Acesso em: 02 fev. 2022.

ATIENZA, Manuel (Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Forense Universitária: 2 ed. 2014. (livro eletrônico)

BUENO, Nayana Guimarães Souza de Oliveira Poreli; ZANIN, Fabricio Carlos. A Constitucionalidade do Direito ao Esquecimento à Luz da Teoria Interpretativa de Ronald Dworkin. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 7 , n. 1 , p. 61 – 82, jan–jul. 2021. Disponível em: A CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DA TEORIA INTERPRETATIVA DE RONALD DWORKIN | Guimarães Souza de Oliveira Poreli Bueno | Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais (indexlaw.org) .Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.709/2018, 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: L13709 (planalto.gov.br) Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em L12965 (planalto.gov.br). Acesso em: 03 fev. 2022.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; Barreto Junior, Irineu Francisco. **O Direito ao Esquecimento e a Liberdade de Informar na Sociedade da Informação**. Publicado em 28 ago. 2020. v. 25 n. 2 (2020): Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Disponível em: O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE INFORMAR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO | Revista Direitos Fundamentais & Democracia (unibrasil.com.br). Acesso em: 02 fev. 2022.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais estatuídos Não Diretamente ou Implícitos? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 25 n. 3, 2020. Publicado em 05 dez 2020. Disponível em: DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTATUÍDOS NÃO DIRETAMENTE OU IMPLÍCITOS? Revista Direitos Fundamentais & Democracia (unibrasil.com.br) Acesso em: 02 fev. 2022.

MAQUINÉ, D. B.; LORENZETTO, B. M. A derrotabilidade dos princípios enquanto mandamentos de otimização. **Revista de Direito**, [s. l.], v. 14, n. 01, p. 01–23, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/13110>. Acesso em: 10 fev. 2022.

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

MONCAU, Luiz Fernando. **Direito ao Esquecimento: entre a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre/RS: Arquipélago, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet**. ConJur. Publicado em 22 de maio de 2015a. Disponível em: ConJur - Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. Acesso em: 02 fev. 2022.

SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018b.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Re-**

percussões no Direito Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VITAL, Danilo. **Google não pode ser obrigado a desindexar os resultados de busca, diz STJ.** Publicado em 20 dez 2021. Conjur. Disponível em: Conjur - Google não pode ser obrigado a desindexar resultados de busca. Acesso em: 04 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 1.010.606 RIO DE JANEIRO Relator Ministro Dias Toffoli. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Julgamento: 11/02/2021. Publicação: 20/05/2021. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso: 15 jan. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. Trad. George Schlesinger. A Era do Capitalismo de Vigilância: **a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder.** 1 ed. Intrínseca, 2021. [livro eletrônico]

ARTIGOS — DIREITOS FUNDAMENTAIS

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: VIOLÊNCIA POR PARTE DO PODER PÚBLICO

*Mariana Carvalho Berça da Silva*¹⁷

INTRODUÇÃO

Na sociedade atual, muitos problemas passam despercebidos pela população e pelos Estados, um dos grupos que mais sofrem com essa invisibilidade é a população em situação de rua que sofrem diariamente e pouco é feito para reverter a situação. Ver pessoas passando fome, dormindo nas ruas e pedindo esmola se tornou tão comum para a comunidade, principalmente em grandes centros urbanos, que tal grupo vulnerável passou a ser invisível.

Neste viés, os maiores culpados pelas condições precárias e desumanas em que esses cidadãos vivem são os órgãos públicos. A pouca importância e evidência que é dada à essa situação cada vez mais comum nas cidades brasileiros é extremamente preocupante, visto que a população em situação de rua vem crescendo a cada ano.

¹⁷ Universitária do curso de direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM); estagiária voluntária na segunda vara criminal da comarca de Paranavaí, membro da gestão do Centro Acadêmico Horácio Racanello Filho e do projeto de extensão O Direito Pensa, ambos da UEM.

O descaso para com esses indivíduos, em si, é uma entre as diversas violências sofrida por eles diariamente por parte do Poder Público. Muitos são os tipos de violência acometidas à população em situação de rua pelos diferentes órgãos governamentais, tais como a violência policial, a falta de amparo social, de saneamento básico e de cuidados com a saúde dessa parcela da população.

O presente artigo abordará o contexto histórico-social da pobreza que leva as pessoas a viverem nas ruas, além dos fatores socioeconômicos que envolvem a situação, os tipos de violência cometidos contra esse grupo pelos órgãos públicos e as políticas públicas relativas ao assunto.

1. UMA VISÃO GERAL SOBRE O TEMA

1.1. O QUE LEVA AS PESSOAS ÀS RUAS

A população em situação de rua, de modo geral, tende a ser mais densa em grandes centros urbanos, o que não significa a inexistência de desabrigados em cidades menores. O Brasil não possui um censo demográfico oficial que inclua a população de rua, o que deixa ainda mais claro a invisibilidade desse grupo de pessoas pelo próprio Governo. De acordo com estimativas de Marco Antônio Carvalho Natalino, pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2016, 101.854 (cento e uma mil oitocentos e cinquenta e quatro) pessoas se encontravam em situação de rua.

Uma pesquisa realizada em março de 2019 pelo Cadastro Único revela que as quatro principais razões para viver nas ruas são problemas familiares, desemprego, perda de moradia e problemas com drogas. Essas e outras razões que levam às ruas podem ser relacionadas em três grupos: as relacionadas à pobreza, à vulnerabilidade social e aos vícios. Entre tais fatores, pode-se dizer que a pobreza é o principal, entretanto, todos estão visceralmente ligados.

1.1.1. A POBREZA COMO O GRANDE FATOR

Grande parte da população em situação de rua é resultado de diversos fatores que se relacionam à pobreza, cada um possuindo motivos

socioeconômicos que levam a essa hipossuficiência econômica. O desemprego, por exemplo, encontra-se ligado a saturação do mercado de trabalho, pessoas com menos instruções têm cada vez menos chance de conseguir uma fonte de renda fixa, visto que as empresas buscam por indivíduos com maior grau de instrução, o que não enquadra a grande maioria dos que vivem nas ruas nem aqueles que possuem grande dificuldade para sustentar a si e a família. Desse modo, o desemprego leva a pobreza assim como a pobreza leva ao desemprego, o que resulta na falta de moradia devido ao custo de vida que não pode ser sustentado, gerando um círculo vicioso: sem instrução ficam sem emprego, sem emprego ficam sem moradia, sem moradia são obrigados a viver nas ruas, vivendo nas ruas suas chances de conseguir um emprego diminuem mais ainda e assim por diante.

Pessoas em situação de rua se enquadram na estatística daqueles que vivem a baixo da linha da pobreza, ou seja, na pobreza extrema. De acordo com critério adotado pelo Banco Mundial, a pobreza extrema é caracterizada pela renda per capita inferior a U\$1,90 (um dólar e noventa centavos). Consoante ao levantamento realizado pelo IBGE, em 2018, cerca de 13,5 milhões de brasileiros viviam a baixo da linha da pobreza, número que aumenta a cada ano devido ao agravamento da crise econômica que assola o Brasil a anos, como fica comprovado por dados mais recentes publicados pelo pesquisador do Instituto Getúlio Vargas Marcio Neri, que aponta que o número de pessoas vivendo a baixo da linha da pobreza no Brasil cresceu para 62,9 milhões de pessoas em 2021, corresponde a 29,6% da população do país.

1.1.2. A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO CIRCUNSTÂNCIA PARA A SITUAÇÃO DE RUA

Outro grupo de fatores que levam as pessoas às ruas está relacionado a vulnerabilidade social, o que abrange diversos desafios sociais enfrentados pela população de baixa renda de modo geral. Um grande exemplo é a instabilidade familiar que leva muitos a preferir viver nas ruas que em um ambiente de constantes brigas e descaso dos membros da família um para com os outros. Nesse viés, a violência doméstica é um coefi-

ciente de grande valor na instabilidade familiar que a violência dentro do matrimônio, a violência por parte dos pais devido a não aceitação da sexualidade do filho, a violência ligada aos vícios, entre outros. Por isso, muitos preferem viver nas ruas a viver em constante ameaça e medo de sofrerem algum tipo de violência dentro da própria casa.

1.1.3. AS DROGAS LEVAM ÀS RUAS

O último dos fatores está ligado ao uso de drogas. Grande porcentagem das pessoas que vivem nas ruas possui vício em algum tipo de droga, a mais comum é o álcool, já que é de mais fácil acesso, todavia drogas ilícitas são frequentes entre essa população já que muitos gastaram o pouco que tinham para comprar entorpecentes. No Brasil, o maior exemplo a ser citado é a famosa “Cracolândia”, uma área na grande São Paulo onde centenas de moradores de rua viviam, já que lá o crack era facilmente adquirido. Muitas políticas de intervenção foram feitas ao longo dos anos, porém nunca eficazes o suficiente para que essa calamidade fosse realmente resolvida, fazendo apenas com que as pessoas que ali viviam migrassem para outras partes da cidade.

2. O QUE É VIOLÊNCIA

Antes de adentrar no tema da violência sofrida pelas pessoas em situação de rua por parte dos órgãos públicos, é de extrema importância definir o termo “violência”. No Relatório Mundial Sobre Violência e Saúde publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2002, é estabelecido o conceito de violência como:

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação” (OMS, 2002, p. 5).

Nesse mesmo relatório, é definido a tipologia da violência, sendo ela dividida em três tipos: a violência auto infligida, a interpessoal e a

coletiva. A violência coletiva é executada por um grande número de pessoas ou pelo Estado, subdividindo-se em outras três categorias sendo as mais pertinentes a violência política e a econômica.

Ainda segundo o relatório da OMS, a violência política “inclui guerras e conflitos de violência pertinentes, violência do Estado e atos semelhantes realizados por grupos maiores.” (OMS, 2002, p. 6). Já na violência econômica, como o próprio nome sugere, grupos maiores realizam ataques motivados pelo ganho financeiro, exemplificada como sendo “ataques realizados visando a interromper a atividade econômica, negar acesso a serviços essenciais ou criar segmentações e fragmentações econômicas.” (OMS, 2002, p.6).

Quanto à natureza dos atos violentos apresentados pela OMS, podem-se citar os atos de natureza física e aqueles que envolvem negligência ou privação. Portanto, é corretíssimo afirmar que apenas o fato de uma pessoa estar em situação de rua é considerado violência, visto que essa é privada de direitos básicos e negligenciada pelas autoridades e pela sociedade como um todo.

3. CONTEXTO HISTÓRICO

3.1. A POBREZA AO LONGO DA HISTÓRIA DO BRASIL

O Brasil, desde a chegada dos colonizadores portugueses, vive uma longa história de desigualdade social e, conseqüentemente, de pobreza. Como analisado anteriormente, pessoas em situação de rua se enquadram no percentual da população que vive em um cenário de extrema pobreza, criando assim um paralelo entre as situações.

A pobreza pode ser identificada em todos os períodos da história brasileira, tendo em vista que sempre foi gritante o contraste entre as classes sociais no país. Nesse sentido, tal diferença é notada quando comparados os ricos donos de capitâneas hereditárias com os escravizados, por exemplo.

A escravidão é a maior prova de desigualdade social e pobreza visto que os escravizados trabalhavam para seus senhores sem receber qual-

quer tipo de pagamento, ademais, viviam em situações precárias, onde nenhuma dignidade lhes restava.

Com a Lei Áurea assinada em 1888, os escravizados foram libertos, porém não receberam qualquer ajuda por parte da coroa, continuando a viver miseravelmente enquanto a elite passava a contratar mão de obra imigrante para trabalhar nas grandes propriedades. Esses imigrantes recebiam salários muito inferiores às funções por eles exercidas, dando continuidade ao ciclo da pobreza.

Com a industrialização do país no início do século XX, as cidades passaram a crescer rapidamente e com isso os problemas sociais relacionados à vida urbana aumentaram drasticamente, incluindo o crescimento da população em situação de rua. Desde então, algumas políticas públicas surgiram para controlar o crescimento da pobreza no Brasil, porém nenhuma eficaz o bastante para diminuir a porcentagem de pessoas que vivem na extrema pobreza que nunca parou de crescer desde os primeiros momentos da história do país.

3.2. A HISTÓRIA BRASILEIRA E A NORMALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA

De acordo com o artigo intitulado “Como a moralidade social pode contribuir para a normalização da violência”, publicado em 2018 pela revista de psicologia e filosofia “A Mente é Maravilhosa”, de modo geral, as pessoas tendem a buscar algum motivo plausível que leva o ato violento a ser cometido, muitas vezes atribuindo a violência a um comportamento da vítima, para assim serem psicologicamente tranquilizados com a ideia de que tudo ocorre por um motivo. Esse comportamento está relacionado diretamente à moral estabelecida socialmente que muda em conformidade com o momento histórico vivido.

Assim sendo, cada momento da história brasileira possui uma moralidade relacionada com aquele período, fundamentada pelas normas de conduta aceitas pela sociedade da época. Voltando para o Brasil escravocrata, a violência era utilizada amiudadamente como forma de punição aos escravizados, sendo visto como algo rotineiro. Outro exemplo é o fato de que, até pouco tempo, era comum que os cidadãos não levassem

seus problemas ao conhecimento das autoridades utilizando-se da prática da “justiça com as próprias mãos”, e mesmo com maior fiscalização, nos dias atuais ainda existem pessoas que acreditam que essa seja a forma mais eficaz de fazer justiça. Com isso, é possível concluir que as normas histórico culturais brasileiras seguem sustentando a ideia de que a violência é uma forma aceitável de resolver conflitos.

A respeito dessa normalização da violência fundamentada pelo histórico brasileiro, é notável que grande parte dos cidadãos que presenciavam algum tipo de violência contra um grupo mais vulnerável da sociedade tende a colocar a culpa na vítima, seja pela condição em que essa se encontra ou algum estereótipo.

À vista disso, Linda Dahlberg e Etienne Krug, referências na pesquisa de combate à violência, elencam em seu artigo “Violência: um problema de saúde pública” a existência de alguns fatores sociais que influenciam as taxas de violência, com destaque para as normas culturais que sustentam que a violência é uma forma aceitável para a resolução de conflitos, como as normas que dão prioridade aos direitos dos pais acima do bem-estar das crianças, as que impõem o domínio masculino sobre as mulheres e as crianças e normas que apoiam o conflito político e o uso excessivo da força policial contra os cidadãos. Os autores destacam ainda que a violência está intimamente ligada a problemas de saúde pública, educacionais, econômicos e sociais por manterem os níveis de desigualdade entre a população elevado.

4. DIREITOS VIOLADOS

Tendo em vista que a OMS considera a negligência e a privação de direitos um ato de violência, é mais que exato afirmar que as pessoas em situação de rua, apenas pelo fato de estarem nessa condição, são vítimas de violência por parte do Estado. Nesse sentido, muitos são os direitos civis e humanos violados praticamente ignorados pelos Órgãos Públicos em relação a população de rua.

A República Brasileira tem a igualdade e a liberdade como pilares da Constituição Federal de 1988. Logo nos primeiros artigos é explicitamente citado os objetivos fundamentais da república e os direitos básicos

dos cidadãos, todavia, ambos são privados da população em situação de rua.

Em seu artigo terceiro, a Carta Magna apresenta como objetivo de a República construir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e ainda promover o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação. Nesse único artigo é possível identificar que os quatro incisos são praticamente ignorados pelos Órgãos Públicos, tendo em vista que a política para erradicar a pobreza, até agora, não tem apresentado grandes resultados, o que é perceptível no aumento dos números de pessoas em situação de rua no país, assim como a manutenção da desigualdade social.

Em uma pesquisa realizada em 2019 pelo Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz da Fundação Getúlio Vargas, a desigualdade social é notável quando comparado a queda de 18% da renda da população mais pobre com o 1% mais rico que teve seu poder de compra aumentado em quase 10%. O estudo revela ainda que do segundo semestre de 2015 até 2017 a população vivendo na pobreza no país aumentou 33%, elevando a porcentagem de brasileiros nessa situação para quase 12%.

Quanto ao inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação”, é notório que o bem não é promovido como proposto já que a população em situação de rua é constantemente violentada pelo próprio Estado.

Outros princípios constitucionais violados são encontrados no artigo quinto da Constituição Federal, principalmente em seus incisos III e XLI, onde é assegurado que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e que a lei punirá qualquer ato que atente contra os direitos e liberdades fundamentais. Fazendo um paralelo com a realidade, nenhum dos dois incisos são realmente cumpridos pelos órgãos públicos.

Iniciando a análise da violação do artigo supracitado pelo inciso III, as pessoas em situação de rua vivem constantemente em uma situação desumana e degradante, essa parcela da população vive ao relento, sendo exposto constantemente a mudanças climáticas, como chuva e frio, que levam muitos a sucumbir, não possuem o mínimo de dignidade para se

viver, lhes falta comida, água, higienização básica, a saúde é de difícil acesso para essas pessoas, ou seja, tudo o que o Estado deveria garantir é negado a elas. Nesse sentido, quando o inciso XLI cita que será punido qualquer ato contra os direitos fundamentais é importante ressaltar que a justiça e as leis não funcionam de forma íntegra. Muitos são os fatores que levam a isso, mas o principal nesse caso é a desigualdade social, tendo em vista que a população marginalizada se encontra nesse estado justamente pelo descaso estatal para com ela, estando diretamente ligada ao histórico nacional de discriminação e marginalização de certos grupos na sociedade. Justamente por essa marginalização, a justiça praticamente ignora toda essa situação que atentam contra o artigo 5º da Constituição, esse processo de invisibilidade social faz com que a comunidade de modo geral e os poderes públicos façam a popular “vista grossa” para a situação, já que poucos são aqueles que buscam a justiça para esses cidadãos que, na maioria das vezes, não tem noção dos seus direitos garantidos por lei.

Dando continuidade, tais direitos sociais são assegurados pelo artigo 6º da Carta Magna Brasileira que garante que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”.

Voltando aos motivos que levam as pessoas às ruas, são citados o desemprego e a falta de moradia como um dos principais fatores, ambos garantidos constitucionalmente e, mesmo assim, negados às pessoas em situação de rua. Ainda nesse contexto, a educação e a saúde são de difícil acesso a esse grupo excluído socialmente, um grande exemplo são as crianças nessas condições que não têm acesso à educação, já que estão na luta pela subsistência, o que leva à mais um dos direitos violados: o direito à infância.

A segurança é outro ponto de extrema relevância ao assunto, mesmo sendo um direito garantido, inúmeros são os casos de violência física contra a população de rua, muitos levando, inclusive, à morte da vítima, e devido a invisibilidade já comentada, poucos são os casos em que a justiça é feita para essas vítimas. Quando o assunto é a violência chega a ser irônico o fato de que os órgãos de segurança pública que deveriam proteger esses indivíduos acabam sendo os autores dessa violência.

5. VIOLÊNCIA POLICIAL E HIGIENIZAÇÃO FORÇADA

5.1. VIOLÊNCIA POLICIAL *VERSUS* A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Como já previamente comentado, as forças policiais deveriam proteger a população como um todo, sem discriminação quanto a condições socioeconômicas, o que não acontece na grande maioria das vezes. No Brasil, existem diversos casos de pessoas em situação de rua sofrendo com a violência policial, porém, tais ocorrências não ganham grande repercussão na mídia. Entretanto, quando o assunto é a violência policial contra a população de rua, duas grandes chacinas tiveram grande retumbância: a Chacina da Candelária e o Massacre da Praça da Sé, que ocorreram nas duas maiores cidades do país, Rio de Janeiro e São Paulo, respectivamente.

A praça em frente à Igreja da Candelária, localizada no centro do Rio de Janeiro, é até o tempo atual utilizada como refúgio pela população desabrigada. Em 1993, ano da tragédia, a grande maioria que dormia nessa praça eram crianças e jovens, já que por ter um chafariz era visto como um bom lugar para descansar e se limpar depois de um dia nas ruas tentando sobreviver. Durante a madrugada do dia 23 de julho de 1993, sete policiais militares assassinaram a sangue frio oito crianças e adolescentes entre 11 e 19 anos que viviam nas ruas e dormiam na praça da igreja da Candelária, além de deixarem dezenas feridas. O fato ocorreu como forma de vingança dos policiais por algumas crianças terem vandalizado uma das viaturas em protesto à apreensão de seus amigos no mesmo dia mais cedo. Dentre os sete policiais militares, apenas três foram condenados, onde dois deles foram soltos antes de cumprirem sequer metade da sentença e um encontra-se foragido da justiça.

Outro caso marcante se passou entre os dias 19 e 22 de agosto de 2004, na Praça da Sé, em São Paulo. Cinco policiais militares e um segurança particular, como tentativa de se livrarem das testemunhas relacionadas ao envolvimento dos próprios com tráfico de drogas na região, assassinaram sete pessoas em situação de rua em quanto dormiam.

Dentre os seis, somente dois foram sentenciados pelo assassinato de apenas duas das vítimas.

É perceptível que, em ambos os casos, a violência foi empregada sem dar às vítimas sequer oportunidade de defesa. Além do mais, nem metade dos envolvidos foram devidamente sentenciados, o que mostra o descaso do Estado para com essas pessoas em situação de vulnerabilidade, provando que o direito à segurança citado no artigo 6º da Constituição Federal é constantemente ignorado, assim como a própria população em situação de rua.

O tipo de violência por parte da polícia nos casos apresentados é a física, porém, como já exposto, esse não é o único tipo de violência existente. Grande parte das pessoas em situação de rua sofre ainda com a violência psicológica ligada ao medo constante de que um simples gesto possa culminar em sua morte por parte de forças policiais que tem como base o estereótipo de que todas as pessoas em situação de rua fornecem algum perigo à sociedade.

5.2. HIGIENIZAÇÃO FORÇADA DOS CENTROS URBANOS

Além da violência policial em si, outra violência sofrida pela população de rua é visível nas políticas públicas de higienização forçada das cidades. A higienização forçada consiste em expulsar as pessoas em situação de rua da cidade com a finalidade de “embelezar” o local, deixar a aparência de uma cidade limpa e desenvolvida. Para esse fim, são utilizados agentes policiais que expulsam aqueles que vivem nas ruas por meio da força, além de estruturas construídas com o intuito de impedir que essas pessoas utilizem espaços públicos como refúgio.

Serve como exemplo dessa violência quando pessoas em situação de rua do município Rio de Janeiro foram retiradas a força e tiveram seus poucos pertences recolhidos pelos poderes municipais na intenção de “escondê-los” dos turistas durante a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Outro caso de higienização forçada ocorreu no final de janeiro de 2021 quando a prefeitura de São Paulo instalou pe-

dras sob alguns dos viadutos da cidade para evitar que moradores de rua utilizassem dos espaços como abrigo.

6. FALTA DE AMPARO

No artigo 6º da Constituição Federal de 1988, a assistência aos desamparados é apresentada como um direito social. Desamparados nesse caso engloba diversos grupos de pessoas à margem da sociedade, inclusive a população de rua.

No Brasil, são raros os abrigos estatais voltados para o acolhimento da população de rua, a maioria das iniciativas de inclusão dessas pessoas na sociedade parte de organizações privadas. Como era de se esperar, os abrigos existentes não têm capacidade de acomodação para o crescente número dessa porcentagem da população. Obviamente, os abrigos são apenas temporários, portanto é necessário que essas pessoas recebam auxílios governamentais para garantir sua subsistência, assim como necessitam do auxílio para serem reinseridas no mercado de trabalho.

Além de um lugar para se abrigarem, as pessoas em situação de rua necessitam de alimentos, acesso a saúde básica, incluindo também a recuperação daqueles que têm algum vício. O fato desses cidadãos não receberem a ajuda necessária por parte do Estado aumenta ainda mais a violência presente no cotidiano dessa população, tendo em vista que todos esses problemas de privação de direitos estão relacionados entre si, por exemplo, se uma pessoa nesse estado não possui uma moradia, dificilmente conseguirá um emprego, sem um emprego a renda é extremamente baixa, quase nula, o que não garante sequer a subsistência dessa pessoa.

7. POLÍTICAS PÚBLICAS

A própria Constituição Federal de 1988 traz como princípios básicos os direitos fundamentais, humanos e sociais. Uma vez que a Carta Magna fosse seguida de maneira correta, a criação e aplicação de políticas públicas voltadas para a população de rua não seriam necessárias, já que o problema não existiria. Como esse cenário utópico é quase impos-

sível de se tornar realidade, os órgãos públicos, principalmente aqueles ligados aos poderes legislativo e executivo, são responsáveis pela criação de projetos e leis que ampare as pessoas em situação de rua e resolva o máximo dos problemas sociais envolvidos nelas.

No ano de 2009, o então presidente Luís Inácio Lula da Silva, por meio do decreto nº 7.053 de 23 de dezembro do mesmo ano, instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e um Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, apresentando quinze artigos, dos quais cinco foram revogados por decretos posteriores. Popularmente conhecido como o Estatuto da Pessoa em Situação de Rua, o decreto presidencial em questão apresenta seus princípios expostos em seu art. 5º, onde inclui o respeito à dignidade humana e o atendimento humanizado e universalizado.

O decreto apresenta ainda diversos objetivos a serem alcançados por essa política nacional, sendo elas apresentadas nos artigos 7º, todos visando resolver os problemas enfrentados diariamente pela população de rua. Como exemplo podem ser citados os incisos II que busca garantir a capacitação profissional, o inciso VII que prevê a implantação de centros de defesa dos direitos humanos para a população de rua e o IX que assegura o acesso dessas pessoas à benefícios previdenciários e assistenciais. Dando continuidade, o art. 8º prevê os padrões básicos de qualidade, segurança e conforto das redes de acolhimento temporário, assim como a regulamentação nacional de tais estabelecimentos.

Mesmo com políticas públicas como esse decreto, pouco é feito na prática pelo Estado para amparar e diminuir a população em situação de rua. Essas legislações e propostas de políticas voltadas para a população de rua não passam de planos, muito pouco do que é colocado por elas é realmente cumprido, o que está mais uma vez relacionado a invisibilidade dessas pessoas perante a sociedade, entrando em um ciclo de menoscabo.

CONCLUSÃO

A população em situação de rua cresce por diversos fatores, sejam eles relacionados à pobreza, à vulnerabilidade social ou aos vícios. Como

consequência desse crescimento, aumenta também a violência sofrida por essas pessoas por parte dos órgãos públicos.

É importante levar em consideração o contexto sócio histórico da pobreza e da violência no país, ambos sempre atrelados um ao outro durante todo o decorrer da história do Brasil, desde a escravidão de indígenas e negros, até a imigração em massa após a abolição da escravatura em 1888, a industrialização e contemporaneidade. Tendo isso em vista, é possível afirmar que ocorre uma normalização de atos violentos por parte da sociedade como um todo.

A negligência e a privação dos direitos, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, são consideradas um tipo de violência, portanto o fato de estar em situação de rua em si é um ato violento por parte do Estado. Nessa situação, muitos direitos violados, inclusive diversos princípios constitucionais são ignorados quando um cidadão se encontra sem moradia e sem o mínimo da dignidade para se viver.

As políticas públicas têm pouquíssima eficácia já que ocorre o processo de invisibilidade da população em situação de rua, de onde é possível concluir que a conjuntura vivenciada por essas pessoas não será resolvida sem uma maior visibilidade para a causa, tendo em vista que o maior desafio para que alguma política seja realmente eficaz é a falta de apoio e pressão por parte da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

A MENTE É MARAVILHOSA. Como a moralidade social pode contribuir para a normalização da violência?. Termo *in*: **A mente é maravilhosa**. Disponível em: <https://amenteemaravilhosa.com.br/moralidade-social-violencia>. Acesso em: 20 ago.2022.

BANCO MUNDIAL. Covid-19 pode levar mais 150 milhões de pessoas para a extrema pobreza até 2021. Termo *in*: **The World Bank**. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2020/10/07/covid-19-to-add-as-many-as-150-million-extreme-poor-by-2021>. Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República,

1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Decreto n.º 7.053 de 23 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

CORTIZO, Roberta Mélega. População em situação de rua no Brasil: o que os dados revelam. Termo *in*: **Ministério da Cidadania**. Disponível em: https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/pesquisas/documentos/relatorio/relatorio_221.pdf. Acesso em: 03 set. 2022.

DAHLBERG, Linda. KRUG, Etienne. Violência: um problema global de saúde. Termo *in*: **Ciência & Saúde Coletiva**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/jGnr6ZsLtwkhvdkrdhpcdw/?lang=pt>. Acesso em: 02 set.2022.

KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L.; MERCY, James A.; ZWI, Anthony B.; LOZANO, Rafael. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016.

NERY, Carmen. Extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas e chega ao maior nível em 7 anos. Termo *in*: **Agência Notícia IBGE**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 02 set.2022.

DIREITOS HUMANOS PARA ENFERMEIRAS (OS) OBSTÉTRICAS (OBSTETRIZES)

Trícia Bogossian¹⁸

INTRODUÇÃO

A declaração dos direitos humanos pode ser apresentada como uma demonstração da busca por melhores condições de vida, assim como uma maneira de destacar as principais necessidades apresentadas pelos homens ao longo dos anos. Por meio da edição da declaração muitos direitos e algumas observações puderam ser praticadas dentro do campo jurídico e legislativo, ressaltando quais as responsabilidades do estado quanto a estabilidade e estrutura concedida aos homens (FRANÇA, 2016).

O objetivo geral da pesquisa consiste em destacar como os direitos humanos estão inseridos dentro da rotina das enfermeiras obstétricas, quanto aos objetivos específicos, são: evidenciar os pontos primordiais

18 Mestre em Gestão do Trabalho para Qualidade do ambiente construído pela USU. Pós-graduada em Enfermagem em Terapia Intensiva Adulto pela UERJ, Enfermagem em Terapia Intensiva Neonatal pela UERJ, Enfermagem em Terapia Intensiva Adulto pela UFRJ. Bacharel em Enfermagem pela UERJ. Funcionária pública federal Maternidade-escola UFRJ e funcionária pública Estadual SES-RJ. Preposta judicial pela CONPEJ de Maternidade-escola UFRJ. Perita Judicial em enfermagem pela CONPEJ.

trabalhados pelos direitos humanos; ressaltar as particularidades da rotina enfermagem obstétrica; avaliar a interação existente entre os direitos humanos e as rotinas obstétricas.

No campo metodológico, realizou-se uma revisão de literatura, tendo por base obras publicadas ao longo dos últimos 11 anos, consolidando a visão de autores renomados sobre os direitos humanos dentro do ambiente obstétrico. Dando aos leitores uma mensuração das principais informações relacionadas as práticas das enfermeiras obstétricas e os processos quanto ao respeito dos direitos humanos.

1. DIREITOS HUMANOS

Observando que grande parte das necessidades humanas provem do conhecimento ou das informações, verificou-se que a educação é um ponto chave dentro dos direitos para dignidade humana e desenvolvimento social dos indivíduos, por isso algumas metodologias foram alteradas ou implantadas dentro do ambiente escolar como uma maneira de proporcionar a todos uma base sólida de conhecimento e um nível básico de educação de forma eficiente (FRANÇA, 2016).

A garantia da observância aos Direitos Humanos tomou uma proporção tão grande nos últimos anos, que começou a ser algo exigido pela sociedade contemporânea, de modo que segundo Dos Santos (2011) compreende-se atualmente, que além de proteger a população e prezar pela ordem pública, a atuação do policial militar deve necessariamente respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Os Direitos Humanos estão amplamente instituídos dentro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que se deu em 26 agosto 1789, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mas, em âmbito nacional, são amplamente difundidos dentro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segundo Bonavides (2019), a garantia dos Direitos Fundamentais é a força motriz que move a própria força pública. Essa força pública é realizada por meio da Ação Policial, assim, observando que a Polícia Militar está em constante contato com a sociedade, e que é a instituição do Estado que promove a paz social, é sua responsabilidade promover a

aplicação dos Direitos Humanos dentro de cada ação que venha a tomar, e prezar para que esses direitos não sejam desrespeitados.

A declaração dos direitos humanos pode ser apresentada como uma demonstração da busca por melhores condições de vida, assim como uma maneira de destacar as principais necessidades apresentadas pelos homens ao longo dos anos. Por meio da edição da declaração muitos direitos e algumas observações puderam ser praticadas dentro do campo jurídico e legislativo, ressaltando quais as responsabilidades do estado quanto a estabilidade e estrutura concedida aos homens.

Uma das medidas aplicadas em observação aos direitos humanos e as rotinas educativas consiste na ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), ela tem por base 17 objetivos e 169 metas a serem alcançadas por meio da interação entre a educação e as rotinas ou observações dos direitos humanos. Na educação infantil verifica-se que a ODS busca formar as crianças para uma compreensão da importância do meio ambiente, assim como desenvolver nas mesmas uma concepção diferenciada de como realizar as atividades laborais junto ao meio ambiente (INEP, 2018).

Com a proposta de estimular práticas e atitudes continuadas que reflitam a promoção de Direitos Humanos, a educação em Direitos Humanos recomenda o encorajamento, a afirmação e valorização da diversidade cultural, de grupos sociais e em situação de vulnerabilidade. Neste aspecto, busca possibilitar um processo de humanização pessoal e das relações com os outros em um movimento de abertura para o outro e de acolhimento ao outro (SEGATO, 2016).

A profissão docente no mundo contemporâneo tem exigido, não somente pela própria demanda de trabalho e desafios, como também exigência dos organismos internacionais como Banco Mundial e Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que o profissional saiba lidar com todo tipo de sujeito, diversidade cultural, dentre outros aspectos. Isso exige cada vez mais um redimensionamento das funções do profissional docente, tanto na escola quanto na sociedade, cuja compreensão das identidades docentes pode contribuir para a atuação profissional do professor.

A prática docente é reconhecidamente um processo reflexivo que abrange as experiências que emanam do cotidiano da sala de aula e das reflexões que são produzidas por outros docentes. Este processo engloba, portanto, o saber prático e o saber teórico.

No espaço escolar uma das dificuldades encontradas pelos docentes é o exercício da reflexão sobre a prática pedagógica, ou seja, a apropriação de teorias se constitui um caminho para subsidiar estas reflexões e promover melhorias na prática do ensino e é por meio delas que o professor pode aprimorar seu saber-fazer e seu instrumento de ação pedagógica (BOBBIO, 2004).

Na concepção de França (2016), teoria e prática constituem uma relação intrínseca, sendo fundamental para o processo ensino-aprendizagem. Esta relação é permanente e é a partir da qual se dá a construção e transformação do saber docente, partindo da reflexão sobre a teoria e da reflexão sobre a prática.

2. ENFERMAGEM OBSTÉTRICA

Segundo Cunha (2018), todos os anos ocorrem 120 milhões de gestações no mundo, resultando na morte de cerca de meio milhão de mulheres devido a complicações decorrentes da gravidez ou que sofrem limitações severas resultantes do estado gestacional. No Brasil, de acordo com o Ministério da Saúde (2013), a taxa de mortalidade é de 68 mulheres para cada 100 mil nascimentos.

O processo de assistência de pré-natal tem por objetivo principal realizar uma supervisão e acompanhamento da mortalidade tanto das mulheres como os cuidados que devem ser empregados aos recém-nascidos. O cuidado pré-natal consiste em observar a mãe, permitindo desde cedo a detecção de mudanças no quadro de saúde da gestante e da criança. Nesse sentido, surge o papel do enfermeiro como profissional na consulta de enfermagem, habilitado para assistir às gestações de baixo risco.

De acordo com o Manual de Pré-natal e Puerpério, consultas de pré-natal podem ser realizadas nas clínicas, hospitais ou mesmo de forma domiciliar. Quando realizadas em casa, as consultas acabam por for-

talecer o vínculo entre a mãe e o profissional de enfermagem, que deve ser avisado sobre qualquer alteração no quadro de saúde da gestante, bem como qualquer fator de risco para ela (NEUTZLING, 2014).

As consultas de pré-natal englobam procedimentos relativamente simples e não requerem estrutura física sofisticada. Assim, os profissionais — previamente capacitados para fazer uso de tecnologias leves — devem fazer uso deste encontro para detectar as demandas de cada gestante, objetivando um atendimento holístico, e que proporcione à mulher maiores esclarecimentos e uma gestação mais autônoma (NUNES *et al.*, 2012).

Assim que a gravidez é identificada pelo profissional da saúde, é realizado um exame físico completo em que o enfermeiro irá procurar por qualquer sinal de condição médica preexistente, tal como uma condição séria como um câncer de mama, por exemplo. Outra parte importante do pré-natal é a determinação da data estimada do parto, fundamental, para que se tomem decisões assertivas quanto ao tratamento com base no atual trimestre da paciente (SOUZA; BOECKER; MARCON, 2020).

Para Sales *et al.* (2013), o nascimento de uma criança é um dos eventos mais importantes que acontecem na vida dos pais e requer uma preparação física e emocional. Na opinião dos autores, nove meses é pouco tempo para os pais de primeira viagem aprenderem os muitos fatos importantes sobre como manter uma criança saudável antes, durante e depois do nascimento. O papel desempenhado pelo enfermeiro nesse período constitui-se em um importante diferencial, auxiliando na saúde e bem-estar de toda a família.

Vale ressaltar que todos um dos principais objetivos do pré-natal consiste em conceder uma verificação de possíveis doenças que podem impactar consideravelmente a vida da gestante ou de seu filho, concedendo todos os métodos e processos necessários para que em caso de existência de alguma doença grave essa possa ser tratada e os seus possíveis danos clínicos sejam minimizados.

Pode-se verificar que o pré-natal consiste atualmente em um dos principais procedimentos realizados dentro do ambiente hospitalar para conceder as mulheres todo suporte especializado necessário durante esse período tão significativo e importante para ela. Com destaque para a

relevância dos profissionais enfermeiros ao longo dos procedimentos realizados a fim de conceder orientação, supervisão e auxílio em alguns momentos.

O procedimento do pré-natal pode ser definido como uma forma encontrada por parte dos governantes e representantes de saúde de acompanhar e auxiliar as mulheres durante o período gestacional. Promovendo e realizando procedimentos clínicos a fim de observar o quadro clínico tanto da mulher como da criança, com destaque para a utilização dos enfermeiros nesse processo.

De acordo com Almeida (2014) os enfermeiros possuem papel fundamental no processo de acompanhamento das gestantes, verificando se elas apresentam algum problema e verificando o desenvolvimento da criança. Assim como mensalmente analisando se existe alguma possibilidade de risco para ambos, dessa forma verifica-se que nesse procedimento os enfermeiros têm papel muito importante.

Lima & Moura (2015) enfatizam que o principal objetivo da prestação da assistência à saúde deve ser a satisfação da paciente gestante, atendendo as suas necessidades e expectativas. Assim, a consulta de enfermagem atualmente encaminha para o prestígio e aceitação da população, isso devido a transformações em sua concepção, metodologia e inserção nos serviços de saúde.

Pode-se verificar que o pré-natal consiste atualmente em um dos principais procedimentos realizados dentro do ambiente hospitalar para conceder as mulheres todo suporte especializado necessário durante esse período tão significativo e importante para ela. Com destaque para a relevância dos profissionais enfermeiros ao longo dos procedimentos realizados, a fim de conceder orientação, supervisão e auxílio em alguns momentos.

Ao longo do período de pré-natal existem alguns procedimentos considerados de extrema importância para o suporte clínico, os testes realizados ao longo do período podem ser aplicados em caso de problemas já apresentados ou mesmo devido a informações familiares. Os profissionais enfermeiros precisam estar atentos e observando as possíveis informações relevantes para determinar os testes necessários.

De acordo com Gonçalves (2017), os testes de sangue e urina podem ser considerados de extrema importância para verificar a existência de algumas doenças dentro do organismo das mulheres ao longo do período gestacional, concedendo uma oportunidade de tratá-los e consolidar os impactos que essas doenças podem causar no bebê.

O acompanhamento pré-natal é indispensável na assistência às gestantes com vistas a assegurar melhores resultados maternos e neonatais. Ademais, é neste período que a mulher tem a chance de conhecer fisiologia do seu corpo, os benefícios do parto normal, desmistificando a ideia negativa que se tem do momento do nascimento, muitas vezes associado com fortes dores e sofrimento (GOMES, 2014).

Benigna *et al.* (2014) acrescenta que o enfermeiro pré-natal é um tipo especial de profissional médico que ajuda a gestante a manter sua saúde e a do filho ainda não nascido. Esses profissionais são extremamente importantes, pois auxiliam as grávidas a reconhecer problemas de saúde que podem surgir antes, durante ou depois do parto. Além disso, eles auxiliam as mães a adotar hábitos saudáveis durante a gravidez, fundamentais para que o ciclo gestacional corra bem até o final e o feto se desenvolva de maneira adequada, transformando-se em uma criança forte e saudável.

Seguindo esse raciocínio, enfermeiros trabalham em estreita colaboração com os pais durante todo o período da gestação, ajudando os pais a utilizar melhor os recursos locais, ensinando técnicas de amamentação ou outras habilidades parentais. Dessa forma, é preciso que estes enfermeiros possuam habilidades de comunicação proficientes a fim de realizar tais tarefas com eficácia. Anversa *et al.* (2012) afirmam que esse papel não é tão simples quanto se possa imaginar.

Os prestadores de cuidados pré-natais trabalham em prol da promoção e manutenção da saúde das mulheres e de seus bebês em gestação. Tal prática permite que esses profissionais intervenham prontamente e de forma precoce ao surgir qualquer complicação na gravidez. Durante os tratamentos, o enfermeiro é capaz de avaliar regularmente o bem-estar e desenvolvimento do feto, para que o mesmo ocorra conforme o esperado (VIEIRA; PARIZOTTO, 2013).

3. DIREITOS HUMANOS NA ENFERMAGEM OBSTÉTRICA

Os direitos fundamentais são fruto de diversos contextos e fontes que estão presentes dentro da sociedade. Desse modo, são influenciados por aspectos como a religião, a filosofia e a liberdade. Portanto, esses direitos surgiram dentro de um contexto que procura instaurar um limite e um controle social em relação aos abusos do Estado (GEBRAN NETO, 2012, p. 33).

Além disso, o objetivo principal dos direitos fundamentais é garantir aos cidadãos uma vida mais digna, respeitando limites mínimos de existência, como acesso a comida e a liberdade de manifestação de consciência.

A origem dos Direitos Humanos remonta a antiguidade, segundo Binenbojm (2012, p. 08), onde, utilizando a religião como meio, e na preeminência do ser humano que ela prega, surgiu a fé monoteísta. A bíblia trouxe como contribuição para a sociedade, a ideia de que o mundo teria sido concebido a partir da vontade de um único Deus, transcendente.

Porém, conforme a sociedade foi se desenvolvendo, ficou cada vez mais difícil acatar essa ideia como universal. A partir do século V a.C., segundo Bobbio (20, p. 38), período em que a filosofia deu os seus primeiros passos na Ásia e na Grécia, pela primeira vez na história, concebeu-se a ideia de substituir o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão (MORAES, 2018, p. 15).

A transição da religião para a filosofia fomentou o surgimento de muitos questionamentos a respeito dos mitos religiosos, utilizados até então para a compreensão dos fenômenos naturais, bem como as coisas da vida cotidiana. O homem, a partir dessa transição, começou a ser observado a ser considerado o principal objeto de análise e reflexão (MORAES, 2018, p. 37).

O jusnaturalismo, desse modo, começa a ter espaço e surge como uma teoria que prega que o fato, simples e notória da existência do ser humano, é o suficiente para que o ser humano seja sujeito de direitos naturais. Os mencionados direitos, não podem alienados.

O jusnaturalismo, é uma corrente que compreende que o homem, possui direitos, que não estão vinculados a outorga do Estado, segundo Sarlet (2019). Esses direitos, estariam relacionados com a essencialidade da própria vida, como o direito à sobrevivência, que engloba em si, o direito à propriedade e o próprio direito à liberdade.

A influência dessa corrente, é muito forte quando se fala nos séculos XVI e XVIII, quando começaram a surgir teorias contratualistas. Paralelo a esse desenvolvimento, começou a ocorrer, o chamado processo de laicização do direito natural, que atingiu seu ápice no iluminismo, segundo Bonavides (2018). Como consequência desse período é interessante destacar o processo de elaboração doutrinária do contratualismo, bem como da teoria dos direitos naturais individuais.

Desse modo, o desenvolvimento do direito jusnaturalista, é essencial para a compreensão de que, o sujeito, a partir do momento que é detentor de uma autonomia individual, moral e intelectual, serviu de base para que houvesse a redação da declaração dos direitos do homem, de onde, surgiram os direitos fundamentais, que estão englobados dentro de uma esfera própria, não podendo estar sujeitos aos desmandos do Estado (CANOTILHO, 2020, p. 28).

Pode-se observar ainda que, os direitos fundamentais possuem um escopo democrático, principalmente diante do fato de que o exercício do poder, somente pode ser concretizado mediante a contribuição de todos os cidadãos. Portanto, a democracia nesse sentido, implica a participação livre, principalmente diante de garantias que implicam a liberdade desse exercício.

CONCLUSÃO

Verifica-se que a violência obstétrica pode-se mostrar de diversas formas no trabalho de parto e parto, desde a não explicação e solicitação de autorização para a realização de procedimentos, até a injúria verbal, exprimida por palavras ofensivas, visando impedir a mulher de demonstrar o que estava sentindo no momento antecedente e durante a parturição, de modo que ao longo dos anos de discussão sobre a Política Nacional de Humanização ao Pré-Natal, Parto e Puerpério, o processo

de institucionalização do parto no Brasil continua interferindo na medicalização do parto e no incremento dos índices de cesariana, reforçando a medicalização do corpo feminino e o seu impedimento de ser sujeito pleno de sua história, perpetuando a violência obstétrica.

Todas essas questões que envolvem a desumanização do cuidado, juntas e mal trabalhadas tanto na formação médica quanto na sociedade, contribuem para o cenário violento que as mulheres grávidas encontram hoje nos hospitais e favorecem a ocorrência das situações degradantes física e psicologicamente as quais as mulheres são submetidas ao buscarem atendimento nas maternidades. Esse fator somado à falta de conhecimento de algumas mulheres sobre seus direitos, e a não informação destas pelas equipes facilitam ainda mais o uso de intervenções violentas sem questionamento ou objeção por parte das parturientes.

É necessário que haja uma mudança na assistência, esta deve ser pautada na humanização. As instituições de saúde e os profissionais, principalmente o enfermeiro, devem acolher a mulher, seus familiares e o recém-nascido com dignidade, respeito para que se crie um ambiente que proporcione a autonomia da mulher para que ela se sinta protagonista de seu parto.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, E. P. O Papel Do Enfermeiro Do Programa Saúde Da Família No Atendimento Pré-Natal. **Revista de Enfermagem do Centro-Oeste Mineiro**, v. 4, n. 1, p. 1029-1035, jan./ abr., 2014.
- ANVERSA, E. T. R.; BASTOS, G. A. N.; NUNES, L. N.; Pizzol, T. S. D. Qualidade do processo da assistência pré-natal: unidades básicas de saúde e unidades de Estratégia Saúde da Família em município no Sul do Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 28, n. 4, p. 789-800, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2012000400018>. Acesso em: 23 set. 2022.
- BENIGNA, MJC; NASCIMENTO, WGM; LOPES, J. Pré-natal no Programa Saúde da Família: com a palavra os enfermeiros. **Rev-Cogitare enfermagem**, 2014.

- BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social, as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde Brasil 2013**. Uma análise da situação de saúde e das doenças transmissíveis relacionadas à pobreza. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_brasil_2013_analise_situacao_saude.pdf. Acesso em: 23 set. 2022.
- BRASIL. Organização Mundial da Saúde (OMS). **Declaração de Fortaleza, Brasil. Recomendações da OMS sobre o nascimento**. Lancet 2013; (2): 436-437.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Edição. 10 impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra editora Ltda., 2020.
- CUNHA, MA. **Assistência pré-natal por profissionais de enfermagem no município de Rio Branco-AC: contribuição para o estudo da atenção qualificada no ciclo gravídico-puerperal**. [Tese]. Ribeirão Preto (SP): Universidade de São Paulo, 2018.

DOS SANTOS, Leonardo Fernandes. **Artigo: Quarta Geração/Dimensão Dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia E O Direito De Ser Diferente.** Maringá, 2011.

EMBAIXADA DA FRANÇA NO BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Brasília, DF: Embaixada da França no Brasil, 1789. Disponível em: http://www4.policia-militar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20DIREITOS%20DO%20HOMEM%20E%20DO%20CIDAD%C3%83O%20-%201789%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf. Acesso em: 23 set. 2022.

FRANÇA, Marco Túlio Aniceto; Gonçalves, Flávio. **O Sistema Educacional Brasileiro e os Mecanismos Perpetuadores da Desigualdade,** 2016.

GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, 2012.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Censo Escolar 2017: notas estatísticas. Brasília: Inep, 2018.

LIMA, Y. M. S, MOURA, M. A. V. **Revista de Pesquisa:** Cuidado é Fundamental, Rio de Janeiro, ano 9, n. 1/2, p. 93-99, 1./2. sem. 2015.

MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEUTZLING, VT. **Contracepção e saúde da mulher no puerpério.** [Dissertação]. Pelotas (RS): Universidade Católica de Pelotas, 2014.

NUNES, D. C.; SILVA, L. A. M. Humanização na assistência de Enfermagem durante gestação, parto e puerpério e seus desafios na

promoção de saúde. **Revista Mineira de Ciências da Saúde**, v. 4, p. 57-68, set. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

SALES, K. C.; SEMENTE, P. S. N.; FERNANDES, E. R. L. **Cartão da Gestante: um elo fundamental**. **Revista Brasileira de Informações Científicas**, v. 4, n. 3, p. 8-15. jul./set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2016.

SOUZA, V. B.; ROECKER, S., MARCON, S. S. **Educação em Saúde na Assistência Pré-Natal: Percepção de Gestantes Atendidas na Rede Básica de Maringá-PR**. III Semana de Enfermagem em HUOP. XIX Jornada de Cascavelense de Enfermagem. UNIOESTE. Campus de Cascavel. 10-12 maio, 2020.

VIEIRA, B. D.; PARIZOTTO, A. P. A. V. Alterações psicológicas decorrentes do período gravídico. **Unoesc & Ciência - ACBS**, Joaçaba, v. 4, n. 1, p. 79-90, jan./jun. 2013.

DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Ana Flávia Costa Sordi*¹⁹

*Nilson Tadeu Reis Campos Silva*²⁰

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a possibilidade de condenação por danos morais nas hipóteses de improbidade administrativa, através da interpretação da legislação e da jurisprudência brasileira acerca da responsabilidade civil e das sanções previstas para as condutas ímprobas, em especial na Lei n.º 14.230/2021 (BRASIL, 2021) que alterou a Lei n.º 8.429/1992 (BRASIL, 1992).

19 Advogada, bacharel em Direito (Universidade Estadual de Maringá - 2022), Mestranda em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina), Pós-graduanda em Direito Público e Administrativo (Universidade Presbiteriana Mackenzie) e em Direito Processual e do Trabalho pela CERS.

20 Advogado, bacharel em Direito (Universidade Estadual de Maringá - 1980), Mestre em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina - 2004), Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (Instituição Toledo de Ensino - 2011), Pós Doutor em Ciências Histórico-Jurídicas (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - 2014), Professor associado da Universidade Estadual de Maringá e Professor visitante do programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade Estadual do Norte do Paraná, e coordenador de grupo de pesquisa do CNPq.

Serão examinadas as divergências doutrinárias sobre o tema, bem como a existência de respaldo para a configuração de violação aos direitos transindividuais, a fim de que sejam dirimidas eventuais dúvidas nesse sentido.

Por fim, serão elucidados os critérios para a fixação do *quantum* indenizatório, sendo apontados os parâmetros utilizados para tal, com base no ordenamento jurídico vigente.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL COLETIVO

Não há como tratar de dano moral sem que haja uma vinculação sua com o instituto com a responsabilidade civil.

Na contemporaneidade, é possível apontar três tendências sobre tema: a expansão dos danos indenizáveis, a coletivização dos danos, e a objetivação da responsabilidade civil.

Segundo Fernando Noronha (1999), a evolução tecnológica e as mudanças na vida social acabaram por contribuir para o aumento do potencial lesivo dos indivíduos na sociedade atual, o que gerou a expansão das lesões indenizáveis e a extensão do dever de indenizar danos extrapatrimoniais, proporcionando uma reparação civil mais abrangente, permitindo-se abarcar também danos de natureza coletiva e difusa, tal como aspirava a sociedade pós-moderna.

Nesse viés, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu teor o reconhecimento expresso quanto a possibilidade de indenização quando houver lesão aos direitos da personalidade.

Partindo dessa previsão, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), juntamente com a Súmula nº. 37 do Superior Tribunal de Justiça, sistematizou a possibilidade de cumulação de indenização por dano moral e material, mesmo que oriunda do mesmo fato gerador.

Nesse diapasão, a doutrina entende que a noção anteriormente adotada à culpa vem passando a divergir do conceito ora utilizado de previsibilidade do resultado danoso, modificando-se ao ponto de convergir para a noção de lesão à parâmetros objetivos, deslocando o foco da responsabilidade civil da conduta.

Assim, evoluindo a responsabilidade civil, em especial quanto ao dano moral, houve a consideração de sentimentos de sofrimento, angústia e dor para a sua configuração, através da concepção objetiva, que entende o dano moral como aquele que lesiona os direitos da personalidade.

Com isso, aponta a doutrina (PROLA JÚNIOR, 2009) que há uma coletivização de direito que, junto ao reconhecimento e a tutela dos direitos coletivos e difusos, fez com que a responsabilidade civil, ora voltada à composição de danos individuais e privados, passasse a voltar seus olhos à reparação do dano moral não só como individual, mas também na sua natureza coletiva.

Surgiram, assim, outras situações existenciais de dano, além de novas categorias de prejuízos. Nelas, é possível incluir e caracterizar o dano moral coletivo, no objetivo de reparar os danos aos direitos coletivo *latu sensu*, concretizando a dignidade coletiva.

Nesse sentido, salienta-se que com a previsão nos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o instituto do dano moral passou a ter o *status* de direito fundamental, dando-se ênfase à tutela de interesses transindividuais (artigos 6º; 7º; 170, incisos III, V, VI e VII; 194; 196; 203; 205; 215; 216; 220; 225; 226; 227 e 231, entre outros), existindo a previsão de instrumentos próprios à tutela de tais interesses (art. 5º, incisos XXXIV, LXX e LXXIII; e art. 129, inciso III).

Por outro lado, na esfera infraconstitucional, houve sua previsão no art. 186, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

Ainda nesse âmbito, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), em seu art. 1º, previu a ação de responsabilidade pelos danos morais (BRASIL, 1985), ao passo que a Lei n.º 8.078/90 contemplou, nos termos do art. 6º, VI, como direito básico do consumidor, a possibilidade de reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (BRASIL, 1990).

Partindo das disposições legais, a doutrina passou a entender que, para ser configurado o dever de indenizar, é imprescindível a produção de um dano real, individual ou coletivo, cuja natureza seja moral ou material (HACHEM, 2014, p. 547), sendo o dano, deste modo, um dos

pressupostos para a responsabilidade civil, conforme Bittar Filho (2018, p. 146). Portanto, sem dano, não haveria responsabilização.

Por conseguinte, foram criadas algumas teorias envolvendo o dano, como a teoria da diferença que, conforme Severo (1996, p. 4-8), aponta que o dano seria a distinção entre a situação que haveria sem o prejuízo (*status quo ante*) e a que realmente se tem, após ele existir.

Há, ainda, a teoria do interesse, que aponta o dano como aquilo que fere o interesse juridicamente protegido (LEITE, 2015, p. 103-110; TEIXEIRA NETO, 2014, p. 115-137; DINIZ, 2019, p. 88).

Nessa hipótese, para a configuração do dano, é imprescindível a constatação de dois requisitos, sendo um material e outro formal. O material seria o fato e o prejuízo em si, sendo algo concreto, que representa a efetiva violação ao interesse ou a diminuição do bem. Por outro lado, o formal proveria da norma jurídica, da antijuridicidade do prejuízo.

Não obstante, com a tendência de ampliação da tutela dos danos coletivos e efetivação dos princípios da reparação integral e da Justiça Social, a jurisprudência vem pacificando a existência do dano moral coletivo como categoria autônoma de dano indenizável.

Nesse diapasão, na V Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado nº 456, *in verbis*:

A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também dos danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. (Centro de Estudos Judiciários, 2006).

No que tange ao conceito de dano moral coletivo, sublinhe-se que

[...] é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de

vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (BITTAR FILHO, 1994, p. 146.).

Por isso, é importante salientar que, ao contrário da reparação dos danos individuais, os coletivos carecem de um tratamento específico na responsabilização do causador da lesão, tanto quanto ao procedimento a ser utilizado para reparar a coletividade, quanto aos objetivos buscados no arbitramento da indenização.

2. AS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N.º 8.429/1992 E NA LEI N.º 14.230/2021

Nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a Administração Pública de qualquer um dos Poderes, direta e indireta, obedecerá ao princípio da moralidade.

No § 4º do dispositivo supracitado, há a disposição das consequências da improbidade administrativa (BITENCOURT NETO, 2005, p. 102), as quais ensejam a: (i) suspensão dos direitos políticos, (ii) perda da função pública, (iii) indisponibilização dos bens e (iv) ressarcimento ao Erário.

Nesse tocante, a Constituição dispõe também que as referidas consequências serão aplicadas na forma e gradação previstas em lei, ressalvando que tais penalidades podem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível.

Para regulamentar o dispositivo constitucional supracitado, foi promulgada a Lei de Improbidade Administrativa n.º 8.429/1992 (BRASIL, 1992), a qual previa três espécies de ato de improbidade: aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e, por fim, os atos que atentam contra os princípios da administração pública, inclusive, o princípio da moralidade (art. 11).

Quanto aos elementos do ato de improbidade, na referida legislação era possível citar que o sujeito passivo seriam as entidades enunciadas no art. 1º da Lei n.º 8.429/1992, sendo o sujeito ativo o agente público ou um terceiro em colaboração com este (BRASIL, 1992).

Havia, ainda, a necessidade de constatação de conduta antijurídica e do dolo, como elemento subjetivo. Nesse viés, conforme dispunha a doutrina, a improbidade poderia ser fruto tanto de uma conduta quanto de uma omissão (DI PIETRO, 2019, p. 816-843).

No que diz respeito ao dolo, é necessário esclarecer que, até 2021, não havia consenso na doutrina quanto à sua necessidade para a configuração do ato de improbidade.

Por isso, Di Pietro (2019, p. 825-840) entendia que dentre as três hipóteses de improbidade, ambas poderiam ser configuradas por dolo ou por culpa.

Outros doutrinadores defendiam que o ato culposos só seria ímprobo na espécie que causar real prejuízo à Administração Pública, conforme art. 10 da LIA (BRASIL, 1992), enquanto nas outras espécies seria necessário o dolo (GARCIA e ALVES, 2011, p. 531).

A par desses entendimentos, havia doutrinador que sequer entendia como exigência a presença de mera culpa, nos casos em que a improbidade se caracteriza por violação a princípio (LEAL, 2014, p. 87-107).

Por sua vez, Bitencourt Neto (2005, p. 102) e Gabardo e Rocha (2014, p. 257-274), defendiam que, como a improbidade se relaciona com desonestidade, não se pode dizer que esta ocorra por uma conduta meramente culposa, por imprudência, imperícia ou negligência. Para os autores, por conseguinte, é indispensável o dolo para toda e qualquer espécie de improbidade.

Em consonância ao entendimento dos doutrinadores supracitados, a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, gerada pela Lei nº 14.230/2021 (BRASIL, 2021), modificou o entendimento predominante, estabelecendo que a improbidade administrativa somente restaria caracterizada se comprovada a conduta dolosa do agente público ou terceiro.

Deste modo, cessaram as controvérsias doutrinárias quanto a possibilidade da modalidade culposa de improbidade, ainda que a culpa seja grave ou o erro seja grosseiro.

Além da exclusão da modalidade retro mencionada, o art. 1º, § 8º, da Lei n.º 14.230/2021 (BRASIL, 2021), dispôs sobre a impossibilidade de caracterização da improbidade administrativa quando ocorrer a divergência de interpretação da legislação. Pois, não era razoável julgar como improbo o simples ato de interpretação diversa do ordenamento jurídico.

Propor ações de improbidade, nesses casos, causaria o medo do agente público decidir, sendo prejudicial para a sociedade atual, que é cada vez mais marcada por complexidades, riscos e incertezas.

Denota-se, em suma, que pela Reforma da Lei de Improbidade Administrativa não deve ser admitida a propositura de ação de improbidade fundada em suposta culpa do acusado, em razão da extinção da modalidade culposa até então prevista no art. 10 da Lei n.º 8.429/1992 (BRASIL, 1992), ou baseada em dolo genérico, em razão do novo comando do art. 1º, § 2º, da Lei n.º 14.230/2021 (BRASIL, 2021), bem como por condutas que não constam do rol taxativo da atual redação do art. 11 da Lei retro mencionada.

Configurada a improbidade, mantiveram-se na Lei n.º 14.230/2021 (BRASIL, 2021) as penalidades previstas no art. 12 da Lei n.º 8.429/1992 (BRASIL, 1992), sendo elas: a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e a proibição de contratar com a Administração, além da impossibilidade de auferir benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Limitou-se, nesses casos, a sanção durante o período de 20 (vinte) anos.

Ao analisar a natureza jurídica das sanções a serem aplicadas, Di Pietro (2019, p. 816-843) ressalva que as penalidades não possuem natureza penal, ainda que as condutas ímprobadas possam corresponder a um crime, em determinados casos.

Com isso, tem-se que, embora o ato de improbidade possa suscitar a instauração de ações nas três instâncias, suas sanções têm natureza meramente civil, em regra.

Pode, no entanto, ter consequências na esfera penal, como a instauração de processo criminal, bem como na parte administrativa, que pode ensejar na perda da função pública e instauração do processo administrativo.

3. O DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO POR ATO DE IMPROBIDADE

A necessidade de ressarcimento do dano é prevista tanto no dispositivo constitucional (art. 37, § 4º) como na Lei n.º 14.230/2021 (art. 12):

Art. 12. [...] I -na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver [...]; II -na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano [...]; III -na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver [...] (BRASIL, 2021).

Em consonância a essa previsão, o art. 18 da mesma lei determina que o ressarcimento do dano em favor da pessoa prejudicada:

Art. 18. A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 desta Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.(BRASIL, 2021).

Assim, entende a doutrina que a reparação civil é um efeito que tanto a Constituição quanto a lei não dispensam (MATTOS NETO, 1997, p. 159-170). Para o autor, a responsabilidade civil decorreria da submissão das pessoas (jurídicas e físicas), juntamente com o Estado, ao ordenamento jurídico.

Embora haja previsão legal e respaldo jurisprudencial para a responsabilidade civil, há discussão quanto à ocorrência da responsabilidade em detrimento de atos de improbidade administrativa, havendo questionamentos da existência de interesse transindividual que possa justificar a eventual reparação do dano coletivo.

Acerca disso, há entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs que um ato de improbidade não motivaria o que se tem entendido por dano moral coletivo por não envolver interesse metaindividual.

Há, no entanto, algumas decisões desta Turma reconhecendo a presença destes interesses difusos em discussões semelhantes, que tratam também atos ímprobos, mas cuja ação trata-se de ação civil pública resarcitória.

Neste sentido, é a seguinte decisão:

À luz dos artigos 127 e 129, III, da CF/88, o Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios de compra de medicamentos pelo Estado da Paraíba mediante a utilização de recursos federais”. In: Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 10/05/2011 (BRASIL, 2011).

O entendimento doutrinário, em contrapartida, é de que a exigência da atuação dos administradores públicos com estrita observância ao princípio da juridicidade é de interesse transindividual, de modo que o ato de improbidade violaria este interesse difuso (GARCIA; ALVES, 2011, p. 530-531).

Por conseguinte, a probidade administrativa é um interesse de toda a sociedade, sendo um bem jurídico indivisível, ao passo que as vítimas diretas de sua violação são, indiretamente, toda a coletividade, conforme entende a doutrina (SOBRANE, 2010, p. 105-111).

Até hoje, há uma corrente que entende que todo ato de improbidade é passível de reparação por dano moral coletivo, em detrimento à proteção da dignidade da pessoa humana.

Segundo Carlos Humberto Prola Júnior (2009, p. 191-233), o entendimento parte do pressuposto de que qualquer ato improbe viola interesses coletivos conectados com à dignidade, causando, portanto, um dano moral transindividual.

De acordo com Tiago de Xisto (2007, p. 50-60), tal linha de raciocínio converge com o entendimento utilizado pelo direito trabalhista na

violação de norma laboral, haja vista a fundamentação de que o empregador que descumpra a legislação de forma corriqueira, pela ciência de que sua ilicitude apenas levaria à aplicação de multas e eventuais condenações individuais, lesiona não só os direitos de personalidade daqueles que ele emprega, mas de toda a sociedade.

Nesse caso, entende-se que o resultado da ilicitude repetitiva no contrato de trabalho seria “a precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção”, o que geraria dano moral de dimensão difusa (MAIOR, 2007, p. 1317-1323).

Indo contra alguns entendimentos doutrinários, como o de Garcia e Alves (2011, p. 531), o acórdão proferido na Operação Lava Jato, em sede recursal pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Agravo n.º 5003488-30.2017.4.04.0000), apontou que os atos de improbidade culminam em dano moral “à legitimidade da Administração Pública em razão da ofensa de seus princípios norteadores, constitucionalmente assegurados” ou em decorrência do sentimento de “indignação social” em que a indenização teria importante papel punitivo.

A doutrina supracitada adverte que nem todo ato improbo pode gerar dano moral coletivo, sendo “(...) necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não bastando meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa”. (GARCIA e ALVES, 2011, p. 531).

Por sua vez, a jurisprudência também tem reconhecido a possibilidade de condenação por dano moral coletivo por atos de improbidade administrativa, como se demonstra abaixo:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. (...) 3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. (...) (STJ, REsp 960.926/MG, Rel. Ministro CASTRO

MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008). (BRASIL, 2008).

E:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PERITO JUDICIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. (...) 9. A doutrina mais abalizada bem como a jurisprudência, admitem o ressarcimento de dano moral causado por ato de improbidade do agente público. Entretanto, não é todo e qualquer ato de improbidade que causa dano moral à coletividade. A identificação do dano moral demanda análise do conjunto probatório constante dos autos, devendo ser consideradas as circunstâncias que envolvem cada caso concreto. 10. Não basta somente a ocorrência do suposto ato ímprobo, faz-se necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não sendo suficientes meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa. (...) (TRF 3ª Região, Sexta Turma, Apelreex 0006786-54.2003.4.03.6105, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, julgado em 06.06.2013, e-DJF3 Judicial 1 Data:14.06.2013) (BRASIL, 2013).

Sendo reconhecida a possibilidade de reparação do dano moral por ato de improbidade, surge a preocupação quanto a banalização e a indústria do dano moral. Com isso, alguns tribunais passaram a condicionar o reconhecimento da lesão reparável apenas nas hipóteses em que “o ato ímprobo cause evidente e significativa repercussão no meio social, não sendo suficientes meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa” (TRF 1, 675320084013901, e-DJF1 de 29/11/13). (BRASIL, 2013).

Nesse mesmo sentido:

É de se observar que a doutrina mais abalizada assim como a jurisprudência admitem o ressarcimento de dano moral causado por

ato de improbidade do agente público. (...) De qualquer forma, não basta somente a ocorrência do suposto ato ímprobo, faz-se necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não bastando meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa. (TRF 3, AI 00021103520094030000, e-DJF3 de 26/01/2010). (BRASIL, 2013).

Em que pese a fundamentação de tal posicionamento, ele ainda encontra divergência na doutrina e jurisprudência (PROLA JUNIOR, 2009, p. 225-226), de modo que aqueles que se opõem a ele pautam-se na ideia de que o dano moral é decorrência lógica do ato de improbidade.

Assim, os seus reflexos sociais seriam consequência dessa conduta improba e, embora possa ser relevante para fixação do *quantum* indenizatório, não altera na caracterização.

4. PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO E SUA DESTINAÇÃO

No tocante à liquidação do dano moral coletivo, há um caminho tortuoso para que o magistrado consiga apurar o valor condenatório, tendo em vista que a lógica do processo individual não se aplica em seus exatos termos ao processo coletivo.

Isso ocorre em detrimento da existência de interesse social, pela natureza difusa e/ou coletiva dos bens jurídicos ora protegidos, de modo que, nestes casos, não se busca o retorno ao *status quo ante*, mas sim a inibição de ações futuras a estes bens, um caráter pedagógico.

Em virtude disso, o valor da condenação não pode ser ínfimo, devendo ser de montante suficiente para atingir a função tríplice do dano moral, qual seja a penalização do agente, evitar a reincidência, bem como o desestímulo dessas condutas por terceiros.

Araújo Junior (2006, p. 79-87) defende que o magistrado deve utilizar-se de sua sensibilidade como ser humano, aplicando uma reparação em valor justo a ponto a suprir a repercussão do dano. O

juiz deverá, portanto, observar como os danos morais abalaram as relações familiares e sociais, qual foi o alcance econômico do valor arbitrado na coletividade afetada e na vida do ofensor, qual foi a situação que ensejou o dano, se a conduta foi culposa, dolosa ou acidental, dentre outros pontos.

Ainda nesse viés, é necessário apontar a diferença da quantificação da condenação quanto o dano é patrimonial e extrapatrimonial, uma vez que nas reparações a lesões materiais, há a possibilidade de avaliar economicamente o bem, utilizando a lógica do mercado para levantar o valor final a ser restituído, havendo um arbitramento objetivo no valor.

Entretanto, o mesmo não ocorre com os danos a bens imateriais, posto que a lógica mercadológica não se aplica ao íntimo de um ser humano, não havendo como precificar sentimentos, emoções, liberdades e direitos.

Indispensável, portanto, que seja feito um arbitramento do valor baseado em critérios aptos a garantir a eficácia da condenação e reparação.

Acerca disso, Leite e Ayala (2012) apontam que no ordenamento jurídico há normas que versam especificamente sobre os danos extrapatrimoniais coletivos ou individuais, a ponto de fornecer critérios para auxiliar na fixação do *quantum* indenizatório.

Surgiram, então, alternativas pela jurisprudência e doutrina para suprir essa necessidade, utilizando-se das normas do Código Civil em seus artigos 944, 945, 946 e seguintes (BRASIL, 2002), que determinam que o valor das perdas e danos seja apurado por arbitramento.

Cabe salientar que, diferentemente da função típica prevalecte na seara dos danos individuais, na ofensa a direitos essencialmente transindividuais, onde a vítima não pode ser identificada, a função compensatória da reparação fica prejudicada, predominando as funções sancionatória, perante o ofensor, tal como a dissuasória, diante de terceiros.

Assim, não há como existir reparação direta à coletividade, dada a inviabilidade de alcançar toda a extensão da lesão coletiva, assim como identificar exaustivamente quais foram os indivíduos atingidos (MEDEIROS NETO, 2007, p. 160).

Mediante essa impossibilidade, os valores relativos à indenização, portanto, serão destinados a um fundo de recursos específico, denomi-

nado Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, o qual foi criado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) que assim dispõe:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. (BRASIL, 1985).

Ainda quanto a quantificação, salienta-se que com a aprovação da Lei da Reforma Trabalhista em 2017, foram trazidos alguns critérios para serem observados quando da condenação, como no art. 223-G. Com a nova lei, foram ratificados alguns critérios já mencionados pela doutrina, como o grau de culpa e a situação econômica do agente

Com relação aos danos morais coletivos, a problemática da quantificação persiste, no entanto, aparenta ser menor pela maior facilidade na delimitação do dano, posto que já não é mais algo tão subjetivo tal qual o dano moral puro.

Nas ações de tutela coletiva, os critérios de fixação trazidos pela Reforma Trabalhista devem ser considerados na quantificação do *quantum* indenizatório. Nesse teor, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2007, p. 163-166) aponta que na fixação da indenização por danos morais coletivos, deve ser observada a extensão, a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa, a situação econômica do ofensor, o grau de culpa e a dimensão dos efeitos do dano na coletividade.

Além disso, pontua Tatiana Florence (2009) que, se houver a arbitramento de parcela extra referente a função punitiva e pedagógica, o juiz deve considerar pontos mais criteriosos, avaliando, por exemplo, quais foram os benefícios obtidos com o ilícito, ou qual seria a finalidade dissuasiva futura perseguida.

CONCLUSÃO

No presente estudo, tratou-se sobre a responsabilidade civil, com enfoque nos danos de titularidade coletiva, voltada ao Direito Adminis-

trativo, demonstrando-se a possibilidade de atos de improbidade administrativa serem passíveis de implicarem na condenação à reparação do agente público e/ou particulares ímprobos por lesão moral coletiva, sem prejuízo às demais sanções previstas em lei em outras esferas do direito.

Conclui-se com o estudo que a reparação moral coletiva cumpre uma função essencial na sociedade, visto que apazigua conflitos sociais nos quais houve uma lesão ao bem jurídico coletivo.

A função da indenização, nos casos de dano coletivo, seria não só a compensação do grupo lesado, mas também a punição do agente, bem como uma lição para toda a sociedade, partindo do caráter pedagógico da condenação, no intuito de inibir a ocorrência de novas lesões da mesma espécie.

Como demonstrado, os importes arrecadados como indenização poderão ser revertidos para a entidade titular do direito protegido; para um fundo de reconstituição de bens lesados; ou até mesmo para fundos específicos que terão a finalidade de tornar a medida mais eficaz.

Tal ponto, no entanto, é alvo de críticas por parte da doutrina, tendo em vista que pela indeterminação dos sujeitos lesados, o valor seria administrado por um conselho integrado pelo próprio Estado, que muitas vezes é o próprio causador de danos morais coletivos.

Portanto, conclui-se que a reparação do dano moral coletivo em ações de improbidade administrativa é possível quando houver lesão a interesse difuso e coletivo que tenha tido o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido, e que tal fim esteja relacionado à dignidade.

As pretensões nesse sentido podem ser requeridas tanto pelas vítimas quanto pelo próprio Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. **Dano moral coletivo decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo**. Revista do TST. V. 72. n. 3, set./dez. Brasília: TST, 2006.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-ºBRASIL>>. Acesso em: 01 set 2022.

BRASIL, **Constituição da República do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Lei da Ação Civil Pública. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm Acesso em: 10 set 2022.

BRASIL . **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992**. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm Acesso em: 10 set 2022.

BRASIL . **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 10 set 2022.

BRASIL . SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STF – SEGUNDA TURMA – **Resp. n.º 960.926/MG**,

Rel. CASTRO MEIRA. j. em 18/03/2008. Brasília: DJe 01/04/2008.

BRASIL . TRIBUNAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO – TRF 3ª. SEXTA TURMA, **Apelreex n.º 0006786-54.2003.4.03.6105**, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, julgado em 06.06.2013. Brasília: e-DJF3 Judicial de 14.06.2013.

BRASIL . TRIBUNAL FEDERAL DA 3ª. REGIÃO – TRF 3ª. **AI 00021103520094030000**. Brasília: e-DJF3 de 26/01/2010.

BRASIL . SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1003126/PB**,

Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011; Brasília: DJe 10/05/2011.

Centro de Estudos Judiciários – CEJ – Conselho da Justiça Federal – CJF - **V Jornada de Direito Civil**, Brasília, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. **Danos Extrapatrimoniais Coletivos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2009.

GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. *In*: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (org.). **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Íthala, 2014, p. 257-274. GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental - do Individual ao Coletivo**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e prática. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAIOR, Jorge Luis Souto. O Dano Social e sua reparação. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 71, n. 11, nov. 2007.

MATTOS NETO, Antônio José de. **Responsabilidade Civil Por Improbidade Administrativa**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 210 out./dez. 1997. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v210.1997.47093>.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Revista dos Tribunais ano 88, mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. **Improbidade administrativa e dano moral coletivo**. Boletim Científico ESMPU, Brasília: ano 8, n.º 30/31. jan./dez. 2009. Brasília: ESMPU, 2009.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Fernando Nogueira Bebiano²¹

INTRODUÇÃO

O artigo presente, de início apresenta breves notas acerca do regime e estrutura do Estado, identificando duas importantes particularidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático.

Destaca o processo evolutivo dos direitos fundamentais contextualizado com o modelo de estado, considerando a evolução dos direitos fundamentais em gerações como método de sistematização evidenciou que, os direitos fundamentais foram ganhando relevância na medida em que a sociedade se desenvolvia, com o Estado abandonando sua postura fria (formal) de não intervenção no estado liberal para uma postura proativa se amoldando as conquistas do homem no Estado Social, evoluindo para o atual momento.

21 Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de ensino superior (Curso de Direito). Membro do Grupo de pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem da UNESA. Advogado atuando nas áreas Cível, Empresarial, Trabalhista e Previdenciária.

Outra questão importante é avaliação do direito fundamental de eficácia vertical e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a eficácia dos direitos sociais. Oportuno destacar, nesse cenário, a diferenciação entre regras e princípios, para concluir que as normas de direitos fundamentais têm conteúdo normativo duplo.

Os direitos fundamentais sociais não são apenas os formalmente positivados na Constituição Federal de 1988, visto que existe uma série de direitos fundamentais sociais materiais, que tem como marca da sua fundamentalidade, a correlação entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, notadamente os princípios enumerados no Título I da CF/88, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana. Desta forma, sob aspecto material, os direitos fundamentais representam as decisões axiológicas fundamentais eleitas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado, bem como, da Sociedade.

Ressalta-se que existe uma grande dificuldade de garantir o mínimo existencial, sobretudo, pela escassez dos recursos, sendo orçamento insuficiente para realizar os direitos fundamentais sociais dos cidadãos, portanto, é necessário maior equilíbrio para administrar os recursos, pois os direitos fundamentais podem ser considerados “trunfos” dos cidadãos perante o Estado, mas é necessária ponderação e razoabilidade para que possam ser efetivados na maior medida possível.

Sobre a tese da ponderação, Robert Alexy defende a ideia de que princípios são mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, e que, portanto, direitos são ponderáveis. Nesse cenário, importante efetivação dos direitos fundamentais sociais na maior medida possível (ALEXY, 2010).

1. MODELO E ESTRUTURA DO ESTADO: TUTELA JURÍDICA ESTATAL

Os indivíduos, com vistas a uma convivência pacífica, renunciam a uma parcela de sua liberdade elegendo o Estado como detentor do Poder de ditar as regras e gerenciar os conflitos entre os homens. Nesse norte Cichocki (2009) assevera, sob a perspectiva dos indivíduos, o poder visto

sob esse ponto de vista, relação entre dois sujeitos, torna evidente o liame mantido com o conceito de liberdade. O poder do Estado de um lado, e a liberdade do indivíduo, de outro, são, de fato, os polos problemáticos da convivência social e, ao mesmo tempo, os elementos definidores do modelo e regime do Estado.

Em verdade, não se pode olvidar que o Estado, nos regimes democráticos, tem como fim, a justiça e o respeito à liberdade. Conforme Bobbio (1990), trata-se da limitação do poder estatal em benefício das liberdades individuais. Esse é o pensamento central de Rousseau (1965, apud CICHOCKI, 2009, p.25), considerado mentor da democracia moderna, assim a definiu “uma forma de associação, que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”.

Portanto, fica evidente a importância do Estado na manutenção de uma estrutura adequada de vida em sociedade, estabelecendo punições para os transgressores das regras com vistas a manter o equilíbrio e paz entre os homens, garantida a liberdade de cada um para exercer seus Direitos (REALE, 1987).

O poder do Estado, desta forma, encontra sua legitimação nos próprios indivíduos, portanto, não deve se afastar de seu objetivo, qual seja o Bem Comum. Para atingir esse fim, deve estar atento ao dinamismo cultural, já que a evolução da sociedade tornou as relações intersubjetivas mais complexas, segundo (CICHOCKI, 2009, p.27), “essa mutação social desenfreada, oriunda da denominada - civilização em massa - tende a provocar uma - crise de valores -, sem precedentes, na história”. Consequentemente a falência do Estado enquanto instituição criada com vistas a organizar a sociedade. Desta forma se faz necessário ao Estado acompanhar o ritmo de desenvolvimento social para não se tornar obsoleto, no que tange aos anseios dessa massa de pessoas.

1.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Com a mutação cultural provocada pela globalização houve uma grande transformação na sociedade, sendo que essas mudanças e a pró-

pria evolução do homem como indivíduo social, provocaram alterações na estrutura do Estado e sua organização. Nesse cenário, o Estado Constitucional de Direito mostra-se, atualmente, como a base jurídico-normativa das sociedades civilizadas. Sendo que, “a evolução do antigo Estado de Direito (liberal ou social) para o Estado Constitucional de Direito retrata um avanço (jurídico e político) extraordinário” (GOMES, 2008, p.15-18).

De acordo com Canotilho “o Estado de Direito é um Estado Constitucional”. Segundo o referido jurista, a constituição confere à ordem estatal e aos atos dos poderes públicos medida e forma. Assim, discorre ele, trata-se de uma genuína ordenação normativa fundamental munido de supremacia – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional (como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito) que o primado do direito do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão (CANOTILHO, 2003, p.245-246).

Desta forma, “O Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado Constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente.” (CANOTILHO, 2003, p.92-93).

Por seu turno, Gomes (2008, p.15-18), aduz que o Estado Constitucional de Direito é caracterizado pelo seguinte decálogo:

pluralidade de fontes normativas; (2) positividade não só legal senão também constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo; (3) subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal e, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; (4) superação da democracia formal (democracia das maiorias) pela democracia substancial (ou material); (5) distinção entre vigência e validade da lei; (6) convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico; (7) eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis; (8) revisão do papel do juiz; (9) revisão do papel da ciência jurídica; e (10) revisão e atualização normativa do princípio do devido processo legal (GOMES, 2008, p.15-18).

Por outro lado, Miranda ao debruçar sobre o conceito de Estado de Direito escreve que “não é suficiente enumerar, definir, explicitar, assegurar de per si (isoladamente) os direitos fundamentais; requer que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção” (MIRANDA, 2000, p.195).

A gradual substituição das constituições semânticas pelas constituições “para valer” suscitou uma série de repercussões por todo o âmbito social, em especial no atinente à dicotomia público-privado (BREUS, 2007, p.37).

O que evidência efetivamente a Constituição do Estado Constitucional ante o Texto Maior de um Estado de Direito é a introdução de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, “essencialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados (BREUS, 2007, p.41).”

1.1.1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO E/OU CONSTITUCIONAL DE DIREITO E SUAS REPERCUSSÕES

Passados momentos históricos obscuros, como a colonização, coronelização, liberalismo e consecutivas ditaduras políticas, quando o juiz nada mais era do que a “boca da lei”, vivenciamos, atualmente, o Estado Democrático de Direito, denominado também como Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado Pós-Moderno, sendo que fundamento consiste não apenas na proteção e efetivação dos direitos fundamentais de “primeira dimensão (direitos civis e políticos) e segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), como também dos direitos de terceira dimensão (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) (LEITE, 2014, p.09).”

A dignidade da pessoa humana, portanto, passa a ser o epicentro de todo o sistema político, jurídico, econômico e social, conforme leciona Leite:

Podemos dizer, portanto, que o Estado Democrático de Direito tem como princípio estruturante a dignidade da pessoa humana, ladeado pelos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade. [...] Para propiciar a máxima efetividade desses princípios, a Constituição elegeu alguns objetivos fundamentais que devem ser implementados não apenas pelo Estado, como também pela sociedade e por todos os cidadãos e cidadãs, como a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais [...] (LEITE, 2014, p.19).”

Pontua-se que a justificação dos direitos civis, políticos, sociais e me-taindividuais compreendidos como direitos fundamentais, é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, mas o principal, afirma-se, é a garantia desses direitos. Nesse cenário reside a importância do Poder Judiciário e, também, do processo, na realização da defesa dos direitos fundamentais, sobretudo, da inclusão social, notadamente por intermédio do controle e fomento judicial de políticas públicas (BOBBIO, 1992).

2. DIREITOS SOCIAIS

Sobre direitos Sociais, Roesler explica que “o Estado Democrático de Direito é concebido com base em dois fundamentos: respeito aos direitos fundamentais/sociais e democracia. O Estado Democrático de Direito é, portanto, um plus em relação ao Estado Social, na medida em que o Direito é visto como instrumento necessário à implantação das promessas de modernidade não cumprido pela Estado Social” (ROESLER, 2014, P.81). Nesse passo, afirma que

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade Constitucional da realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um Plus normativo em relação ao direito provedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito [...] Desse modo, se a Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações [...] é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função

social do estado não foram (ainda) cumpridas [...] A noção do Estado democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada a realização dos direitos Fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de Plus normativo do estado democrático de direito (ROESLER, 2014, P.82).

A Constituição Federal de 1988 “estabelece uma ordem econômica e financeira voltado alcançar a justiça social. Desse modo, salvaguarda o capitalismo social democrático, dando prioridade ao valor do trabalho humano” (ROESLER, 2014, P.87). A valorização do trabalho e a efetividade dos direitos sociais resguardam a própria democracia, além de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais podem ser entendidos como dimensão dos direitos fundamentais do homem, “sendo eles prestações positivas proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes de normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vidas aos mais necessitados e que tendem a realizar igualdade de situações sociais desiguais” (ROESLER, 2014, P.88). Os direitos sociais foram incorporados às constituições como valores essenciais da dignidade da pessoa humana.

O art. 6º da CF de 1988 diz que são direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, à maternidade e à infância, assistência aos desamparados na forma desta constituição”. E:

Os direitos sociais devem ser interpretados como com o título da ordem social, que tem por, base o primado do trabalho, e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais”. Portanto, a constituição coloca os direitos dos trabalhadores como os direitos sociais e o trabalho como a base fundamental da ordem econômica vigente (ROESLER, 2014, P.83).

2.1 DIREITOS SOCIAIS QUANTO A FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL

A análise dos direitos sociais, a partir de um estudo do sistema jurídico brasileiro não pode deixar de levar em conta a afirmação da fun-

damentalidade destes direitos. Essa característica lhe garante um especial tratamento no sistema jurídico, no que se refere ao aspecto formal e no material (CANOTILHO, 1993).

Sarlet (2005) entende que a fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos, e apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.

Já a marca da fundamentalidade material é atinente à correlação entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, notadamente os princípios enumerados no Título I da CF/88, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana. Desta forma, sob aspecto material, os direitos fundamentais representam as decisões axiológicas fundamentais eleitas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade.

É cediço que não bastava a fundamentalidade formal para que a Constituição de 1988 considerasse um direito como fundamental. “Afim, o constituinte inseriu uma cláusula de abertura quando tratou do regime de direitos fundamentais no parágrafo 2º do artigo 5º, da CF, admitindo como fundamentais os direitos decorrentes dos princípios”, bem como, do regime constitucional, e aqueles previstos em tratados internacionais. Nesse prisma, somente poderiam ser considerados direitos fundamentais não expressamente previstos na Constituição aqueles que, materialmente, fossem dotados da mesma dignidade (OLSEN, 2008, p.24).

Este conceito material não se aplica somente quando se tem objetivo de identificar direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, de acordo com Olsen (2008), assume, também, especial relevância para se compreender a real fundamentalidade de todos os direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional, ainda que não exatamente no catálogo do Título II. Destaca-se como exemplo: a previdência social (art. 201, CF/88), a seguridade social (art. 194, CF/88), a assistência social (art. 203, CF/88).

Noutro giro, frisa-se que sendo o direito social entendido como direito fundamental, possui aplicação imediata conforme o escólio de Bonavides (2002, p.518) que “atribui aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais, na medida em que positivados no texto constitucional, e submetidos ao regime da aplicabilidade imediata prevista no § 1º do art. 5º da CF/88 (BONAVIDES, 2002, p.518)”.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÕES

Os direitos fundamentais sociais “são frequentemente associados a direitos que demandam dos poderes públicos uma prestação que satisfaça uma necessidade ou um interesse jurídico de seu titular (OLSEN, 2008, p.49)”.

É o que se depreende, também, da definição clássica formulada por Silva:

Direitos sociais, como dimensão de direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2007, p. 286).

Olsen destaca que “em que pese a definição de direitos fundamentais a prestações ser adequada a uma série de direitos fundamentais sociais, ela não pode se aplicar indistintamente a todos aqueles assim considerados pela Constituição Federal de 1988. [...] Um exemplo, é o direito a greve (OLSEN, 2008, p.49)”.

Ingo Sarlet entende que os direitos á prestações, claramente, impõem ao Estado a incumbência, ou seja, a garantia daqueles direitos considerados fundamentais:

[...] de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações obje-

tivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos (SARLET, 2009, p.211).

Frisa-se que a positivação dos direitos fundamentais sociais na CF/88 não basta, é necessária atuação dos poderes públicos em todas as esferas, até porque, é cediço que a escassez de recursos dificulta a efetivação desses direitos. Nesse ponto, “[...] as normas constitucionais que exprimem direitos a prestações sociais necessitam, em regra, não só da atuação conformadora ou concretizadora do legislador ordinário, como também das transformações de natureza econômica, social e administrativa, para ficar em apenas três esferas (DUARTE, 2011, p.140)”.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Segundo Olsen, “a noção de mínimo existencial está relacionada com a nova dogmática do direito constitucional, cujo foco está voltado para a ‘pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico’”. E,

Nestes termos, como já observado, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 se relacionam com a realização do ser humano, reconhecendo, na sua esfera jurídica subjetiva, direitos correspondentes às suas necessidades básicas, como saúde, moradia, renda mínima, bem como direitos relacionados à sua dignidade social, como a educação, os direitos de natureza trabalhista, dentro outros (OLSEN, 2008, p.318).

No entanto, a efetivação dos direitos fundamentais sociais está condicionada a existência de recursos materiais suficientes, desta forma, é necessário que os poderes públicos tenham capacidade de gerir os recursos, visto que são escassos. É nesse sentido que, mesmo os direitos fundamentais sociais, encontram limitação na sua realização, conforme bem observa Duarte, “um olhar realista evidencia que os direitos sociais

em geral – como o direito à educação, o direito à saúde e o direito à assistência social – estão sujeitos a certas condições de fato (DUARTE, 2011, p.140)”.

Dessa forma, por meio de tal concepção, foi largamente difundida a tese de que a realização dos direitos a prestações sociais, em razão da implicação econômica do seu objeto, está condicionada aos recursos de que o Estado dispõe, ou seja, está sujeita a uma reserva do possível (SARLET, 2009).

Assim, é necessário cuidado para gerir o orçamento público, já que os recursos são escassos, mas os cidadãos devem ser contemplados com os direitos fundamentais sociais, pelo menos no que diz respeito ao mínimo existencial. Nesse sentido, assevera Duarte

A teoria da reserva do possível – além de ligar-se às limitações econômico-financeiras do Estado frente às demandas sociais, especialmente as que ultrapassam o conteúdo mínimo dos direitos sociais – está também, em certa medida, relacionada ao entendimento de que a decisão acerca da destinação dos (sempre) escassos recursos públicos situam-se na esfera da discricionariedade política no âmbito da elaboração do orçamento estatal (DUARTE, 2011, p.148).

Ressalta-se que existe uma grande dificuldade de garantir o mínimo existencial, sobretudo, pela escassez dos recursos, sendo orçamento insuficiente para realizar os direitos fundamentais sociais dos cidadãos, portanto, é necessário maior equilíbrio para administrar os recursos, pois os direitos fundamentais podem ser considerados “trunfos” dos cidadãos perante o Estado, mas é necessária ponderação e razoabilidade para que possam ser efetivados na maior medida possível.

4. O MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE ALEXY

Regras e princípios são subespécies de normas defende Alexy (2008). De acordo com ele, ambos são normas porquanto dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o fundo de ordem,

permissão ou proibição). Portanto, pontua-se que a diferença entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Sob o escólio de Alexy (2008), princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes e, esse seria o ponto fundamental para diferenciar regras dos princípios. Essa é a razão dos princípios serem mandados de otimização, notadamente pela circunstância de que tem possibilidade de serem cumpridos em diferentes graus e que a dimensão devida de seu cumprimento não só consiste nas possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

No que se refere regras, segundo Alexy trata-se de normas que só podem ser cumpridas ou não. Há de fazer rigorosamente o que determina seu comando, em se tratando de regras válida, sem mais nem menos. Essa é a razão das regras conterem determinações (definitivas) na esfera fática e juridicamente possível. No que toca a essa diferenciação, determinados autores concluem que, enquanto é factível empregar o método subjuntivo para a aplicação de uma regra, essa técnica não será apropriada para a aplicação de um princípio, desta forma, existe a necessidade de se utilizar de outros métodos hermenêuticos para aplicação dos princípios (ALEXY, 2008).

Assim, conclui-se que a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Portanto, para Alexy, toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. “Nota-se, pois, que a distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições de dever-ser (BUSTAMANTE, 2002, p.3).

Sobre o método adequado de aplicação dos princípios, destaca-se que a ideia de que princípios são mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Nesse cenário, comportam realização em graus variados, diverso das regras, que são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, por conterem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p.90).

Essa diferenciação qualitativa feita entre regras e princípios se mostra importante, também, porque, reflete na forma de solução empregado nos casos de colisões e de conflitos. Conflitos entre regras acontecem no plano da validade, por outro lado, conflitos entre princípios acontecem na dimensão do peso. “Os julgadores devem, desta forma, proceder a um mecanismo de ponderação quando determinados princípios colidirem em um caso concreto, com o objetivo de definir qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível tem maior peso naquela situação.” Essa teoria, portanto, afirma, desse modo, que o peso dos princípios não é entendido de forma absoluta, mas, ao contrário, que só podemos falar em pesos relativos (ALEXY, 2008, p. 93-95).

4.1 PRINCÍPIOS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO

A diferenciação efetuada por Dworkin entre regras e princípios, no entanto, “entende que a proposição formulada pelo filósofo americano, segundo a qual os direitos seriam trunfos sobre decisões políticas estabelecidas para o bem da comunidade, é muito rudimentar. Isso levaria a uma conclusão de que os direitos individuais sempre seriam mandados definitivos contra os bens coletivos (ALEXY, 2010, p. 180).”

Em sentido contrário aos Liberais como John Rawls e Ronald Dworkin, que defendem a tese de que direitos seriam trunfos, Alexy (2008) na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, defende a ideia de que princípios são mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Nesse cenário, comportam realização em graus variados, diverso das regras, que são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, por conterem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p.90).

Essa diferenciação qualitativa feita entre regras e princípios se mostra importante, também, porque, reflete na forma de solução empregado nos casos de colisões e de conflitos. Conflitos entre regras acontecem no plano da validade, por outro lado, conflitos entre princípios acontecem

na dimensão do peso. “Os julgadores devem, desta forma, proceder a um mecanismo de ponderação quando determinados princípios colidirem em um caso concreto, com o objetivo de definir qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível tem maior peso naquela situação.” Essa teoria, portanto, afirma, desse modo, que o peso dos princípios não é entendido de forma absoluta, mas, ao contrário, que só podemos falar em pesos relativos (ALEXY, 2008, p. 93-95).

No processo de ponderação de princípios, preliminarmente são detectadas as circunstâncias sob as quais um princípio tem preferência em face do outro tendo em vista o caso concreto, estabelecendo-se, depois disso, um enunciado de preferência condicionada. Contudo, isso não é o bastante, “é necessário ainda fundamentar o enunciado de preferência, de forma a tornar a decisão racional, e é nesta etapa que ocorre propriamente a ponderação, uma ponderação é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ela conduz, pode ser fundamentado de forma racional (ALEXY, 2008, p.165)”.

A racionalidade apontada por Alexy (2008) é, em verdade, propiciada pela lei da ponderação, conforme segue:

a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Em outras palavras, o custo do sacrifício de um princípio se justifica pelo benefício obtido com o outro princípio (proporcionalidade em sentido estrito). É a partir do processo de ponderação, pois, que passamos a entender o conceito de princípios como mandamentos de otimização, uma vez que o referido procedimento consiste exatamente em uma tarefa de otimização, isto é, de avaliar uma relação de custo-benefício (ALEXY, 2008, p.167).

Constata-se que a Teoria que Alexy nos apresenta é pautada em uma visão subjetiva e formal dos princípios, não os produzindo com um conteúdo substantivo predeterminado. De acordo com esse entendimento, não existem princípios absolutos, sendo que todos podem ser ponderados, tanto que afirma que princípios absolutos não são compa-

tíveis com um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p.111).

4.2.1. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A PONDERAÇÃO ALEXYANA

De acordo com o método adotado por Alexy (2006), quando uma norma de direito fundamental com natureza de princípio conflita com um princípio antagônico, é fundamental o sopesamento nos termos da lei da colisão, para que se chegue a uma decisão. Instaura-se um vínculo de precedência condicionada entre os princípios, baseado nas circunstâncias do caso concreto. “O estabelecimento de relações de precedências condicionadas consistiria na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Cria-se, dessa forma, a chamada lei da colisão, que põe fim ao conflito e define o princípio que deverá prevalecer, solucionando o caso concreto (ALEXY, 2006, p.23).”

Entende que “o mínimo existencial e os direitos sociais são referidos a esses princípios fundamentais e entram igualmente no jogo de ponderação diante dos interesses emergentes. A extensão do mínimo existencial e dos direitos sociais, bem como a sua interação, dependem da respectiva ponderação diante dos casos emergentes (SARLET, 2003, p.29)”.

No entanto, os direitos fundamentais sociais não podem ser mitigados ou não efetivados com base na tese estatal da reserva do possível:

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial (CLÈVE, 2003, p.28).

A ponderação tem grande importância para o planejamento estatal, “para as políticas públicas e para as opções orçamentárias necessárias à maxi-

mização dos direitos sociais”. Sendo que esse mecanismo deve ser utilizado sempre com equilíbrio, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais sociais e garantindo o mínimo existencial (SARLET, 2003, p.29).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que os direitos fundamentais estão situados no topo do ordenamento jurídico-constitucional, gozando de uma condição de supremacia, ou seja, em posição hierarquicamente superior, conferindo-lhes eficácia e aplicabilidade plena. Destaca-se que, a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional encontra amparo na supremacia dos direitos fundamentais, visto que estes gozam de posição privilegiada na constituição.

Os direitos fundamentais sociais formalmente positivados na CF/88 não são os únicos, visto que existe uma série de direitos fundamentais sociais materiais, que tem como marca da sua fundamentalidade, a correlação entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, desta forma, sob aspecto material, os direitos fundamentais representam as decisões axiológicas fundamentais eleitas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado, bem como, da Sociedade.

Apesar de haver grande dificuldade em garantir o mínimo existencial, sobretudo, pela escassez dos recursos, sendo orçamento insuficiente para realizar os direitos fundamentais sociais dos cidadãos, contudo, esses direitos não podem ser mitigados ou não efetivados com base na tese estatal da reserva do possível, sendo necessária ponderação e razoabilidade para que possam ser efetivados na maior medida possível. Pois, de acordo com Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, e que, portanto, direitos são ponderáveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. SP: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Noberto. **Estado, Governo, Sociedade - Para uma teoria geral política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.
- ALEXY, Robert. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, DF: Senado, 1988.
- BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. BH: Fórum, 2007.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica**. S. l.: s. n., out. 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**, 1º ed., Curitiba: Juruá, 2009.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **B. Cient.** ESMPU, Brasília, a. II – n. 8, jul./set. 2003.
- DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais**. RJ: Renovar, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito processual do Trabalho**. 12. Ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.
- REALE, Miguel. **Liberdade e Democracia**. São Paulo. Editora Saraiva, 1987.
- ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang . **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. SP. Malheiros. 2007.

INVISIBILIDADE SOCIAL, DISCRIMINAÇÃO E DIGNIDADE HUMANA: DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE JUSTA

Romualdo Aparecido Callegari²²

Sandra Morais de Brito Costa²³

Ursula Spisso Monteiro Britto²⁴

Walter Carvalho Monteiro Britto²⁵

INTRODUÇÃO

A invisibilidade social é um produto da discriminação dos indivíduos dentro de uma sociedade, nesse contexto, esse fenômeno deve ser combatido segundo princípios fundantes da República Federativa do

22 Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela EPD. Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Especialista em Direito Contratual pela EPD. MBA na área de Comércio Exterior e Negócios Internacionais pela FGV e Ohio University – USA.

23 Doutoranda pela FADISP. Mestre pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Administrativo pela Universidade Mackenzie. Professora de Direitos Humanos da ENIT. Auditora Fiscal do Trabalho do Ministério da Economia.

24 Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FIEO. Especialista em Processo Civil e Direito Civil, e em Direito Constitucional e Administrativo. Procuradora do Legislativo Municipal.

25 Pós-Doutor em Direito pelo Mackenzie. Doutor pela FADISP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FIEO. MBA em Direito Empresarial e Especialista em Direito Tributário pela Faculdade EPD. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxa do Estado de São Paulo. Advogado.

Brasil, a fim de se preservar a tutela universal da dignidade humana como alicerce valorativo dos direitos. Partindo desse cenário, contextuaremos a temática desse arrazoado, com breves considerações sobre a Declaração dos Direitos Humanos, e sobre a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ante a premente necessidade de respeito, e de liberdade a todos.

O conceito de invisibilidade social está diretamente ligado a indivíduos que, por serem discriminados, não são vistos pela sociedade, e tampouco, pelos entes públicos e privados, dentro do contexto da dignidade humana. Essa situação colide frontalmente com os direitos básicos, os quais deveriam ser assegurados a todos, conforme veremos, o combate a invisibilidade social acompanha o estudo do capitalismo humanizado, por se tratar de um instrumento para o alcance da dignidade da pessoa humana, e para que se assegure o mínimo existencial.

A visibilidade dos excluídos dentro de uma sociedade, perpassa pelo seu reconhecimento como cidadão, pelo simples fato de poder existir, iniciando com o acesso aos documentos de identificação básica para que tenha a possibilidade de inserção social, como por exemplo, na utilização de serviços público básicos, com vistas à promoção condigna de sua própria subsistência por meio de trabalho.

Abordaremos ao final, sobre o a discriminação estrutural, também conhecida como sistemática ou institucional na qual se dá quando determinados grupos sociais são apartados, e subordinados à determinadas situações. Essas discriminações ultrapassam aspectos de cunho psicológico, atingindo formas de desvantagens materiais, seu enfrentamento ocorre por meio de implementação de políticas públicas voltadas para a transformação de estruturas sociais discriminatórias existentes em nosso país.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos ou Declaração de Paris, a qual o Brasil é signatário delineou os direitos humanos básicos como fundamental instrumento relativo aos direitos humanos adotado pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, se

tornou um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.

Esta conhecida concepção contemporânea de direitos humanos, destaca-se pela universalidade e indivisibilidade, permeando toda a dignidade da pessoa humana, o que importa dizer, que essa gama de direitos faz com que, alcancemos a compreensão de que os direitos civis, políticos, direitos econômicos, sociais, culturais, permeiam todo o universo dos indivíduos. Constitui, sem dúvida alguma, a base axiológica (alicerce valorativo) dos direitos humanos, impondo-se a universalidade, e indivisibilidade destes direitos, constituindo o arcabouço do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a criação de inúmeros instrumentos internacionais de proteção.

Importante destacar que a Declaração de Paris, logo em seu primeiro artigo, estatui que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, devendo um para com os outros pactuar o espírito de fraternidade. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) determina que os Estados-Partes devem se comprometer a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos garantindo o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, destacando que para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.²⁶

Consistem, assim, bem da verdade, de direitos naturais garantidos a todo e qualquer indivíduo, que, por serem universais, abarcam todos os povos e nações, independentemente de classe social, etnia, gênero, nacionalidade, ou viés político, reafirmando que nenhum tipo de discriminação poderá ser aceito, não se permitindo a banalização desses direitos (RAMOS, 2017).

Nesse ponto não poderíamos deixar de mencionar Hannah Arendt, que bem nos ensina que os direitos humanos não algo simplesmente

26 Logo em seu preâmbulo reafirma seu propósito de consolidar no Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem.

dado, mas sim, algo construído, é uma invenção humana, que se encontra em constante processo de construção e reconstrução (ARENDDT, 1979). Nessa mesma linha, Norberto Bobbio, afirma que os direitos humanos nascem como universais, porém, se desenvolvem como direitos positivos particulares, a partir do momento em que cada uma das Constituições existentes incorpora às Declarações de Direito, objetivando a plena realização como direitos positivos universais (BOBBIO, 1988).

Observe-se que os direitos humanos são “garantias jurídicas universais as quais protegem indivíduos, e grupos contra ações, ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”, conforme a Organização das Nações Unidas (ONU) são exemplos de direitos humanos, o direito à vida, direito à integridade física, direito à dignidade, dentre outros (COMPARATO, 2022). Importante, ainda notar que esses direitos foram ao longo da história se adaptando à medida que necessidades específicas foram surgindo, por isso, é que os direitos humanos são conhecidos como direitos fundantes na forma como o conhecemos hoje. De outro lado, os direitos fundamentais, são assim identificados quando às normas de direitos humanos as quais passam de fato, a integrar à norma constitucional.

O ordenamento jurídico constitucional pátrio estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o que, importa dizer, que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, e distintiva de cada ser humano, o que o torna merecedor de respeito, e, implica em um complexo de direitos e de deveres fundamentais, com objetivo maior de proteger a pessoa contra todo e qualquer ato degradante, e desumano garantindo condições mínimas para uma vida saudável, à propiciar sua participação social de forma ativa e responsável (SARLET, 2004, p. 62). Toda essa proteção é disposta sob a forma de cláusula pétrea, prevista no caput do art. 5º da CR/88, de maneira genérica, podemos dizer que esses direitos arrolados prescrevem as chamadas liberdades públicas compostas por cinco valores fundamentais.

Este breve reavivamento, implica como necessário para que possamos entender as normas sob as quais devem estar lastreadas o conjunto de valores dos quais deve se sustentar uma sociedade, com o objetivo de

refirmar a necessidade de respeito aos direitos dos indivíduos sob todos os seus vieses, para tanto, políticas públicas fundadas na valorização²⁷ do trabalho humano, na liberdade de iniciativa, na existência digna, e na justiça social, devem estar presentes para a promoção da dignidade humana, almejando alcançar uma sociedade plena em justiça, e primorosa em igualdade e fraternidade, reprimindo toda e qualquer tipo de invisibilidade social.

2. INVISIBILIDADE SOCIAL E DIGNIDADE HUMANA

O conceito de invisibilidade social tem sido aplicado à identificação de indivíduos que sejam socialmente invisíveis, esse fenômeno pode se dar pela indiferença, ou pelo preconceito, o que nos leva a compreensão de que ela atinge diretamente, e tão somente, àqueles que estão à margem da sociedade. A invisibilidade de uma situação, de algo, ou de alguém, consiste na característica de um objeto, ou pessoa, como é o caso, não ser visível, consistindo no fato da luz visível não ser absorvida, nem refletida pelo indivíduo em questão, metaforicamente, nesse conceito, enquadram-se todas as pessoas que não são vistas por outras pessoas dentro um determinado grupo, ou de uma coletividade.

A ocorrência da invisibilidade não se aplica somente às pessoas propriamente ditas, há também, certas profissões em nossa sociedade que estão à margem da devida atenção, tornam-se praticamente ignoradas por uma determinada parcela da população, mais uma vez, pelo preconceito, ou pela indiferença. Outro ponto interessante de colocarmos é que a invisibilidade social é fruto do sistema capitalista frente ao liberalismo econômico, quando nos deparamos, com uma lamentável situação, conforme nos apresenta Fernando Braga da Costa ao afirmar que “a invisibilidade se dá quando o gari, cobrador de ônibus, o empacotador, não tem o mínimo de voz nas relações de trabalho, bem como, não tem outra opção, a não ser aceitar as condições impostas pelo patrão” (COSTA, 2004, p. 204).

27 Conforme ensina Robert Alexy, o conceito de valor é utilizado de formas muito distintas tanto na linguagem coloquial, quanto no jargão filosófico, quanto na linguagem técnica das diferentes ciências. Quando se diz que algo tem valor expressa-se um juízo de valor e se realiza uma valoração.

O quadro de invisibilidade social tem sua formação permeada por preconceito, e pela indiferença, o questionamento quanto à insuficiência e a ausência de políticas públicas efetivas para a extinção dessa situação é uma indagação mais do que corriqueira, por isso, se mostra tão importante o combate a subcidadania da qual estão sujeitos os invisíveis sociais, pois estes são fruto de uma discriminação estrutural como subproduto do sistema capitalista.²⁸

Segundo o mapa da invisibilidade do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística -IBGE, mais de 3 (três) milhões de pessoas encontram-se em situação de invisibilidade, na qual, sequer, possuem registro de nascimento, esses dados numéricos são alarmantes, e representam uma estatística da qual, a bem da realidade, pode ser composta por um número ainda maior de indivíduos que estão à margem da sociedade. O fato de todas essas pessoas não possuírem o registro básico de nascimento, impede a qualquer política pública cidadã, como o acesso à saúde, educação, emprego, voto, acirrando ainda mais a desigualdade social, que deveria ser fortemente combatida, justamente, por tomarmos por base os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Isso significa dizer, que aqueles que não são registrados são tidos como invisíveis perante a nação, e este é apenas uma parte do grupo o qual compõe-se os invisíveis sociais.

Esses exemplos de invisibilidade acima narrados, de fato não deveriam existir, pois, a carta constitucional garante a igualdade entre os indivíduos, sob essa ótica, não se mostra devido atribuir aos interesses alheios, peso distinto do qual atribuímos aos nossos próprios interesses, desse modo, estaríamos agindo de acordo com o princípio da solidariedade, o qual deveria permear todas as relações na sociedade (ANDRADE, 2021).

A dignidade humana como qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano visa proteger o indivíduo contra todo tratamento degradante e discriminatório, bem como, assegura condições materiais mínimas

28 O conceito de direitos humanos está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana e, esta invisibilidade que assola nossa sociedade afronta a dignidade de milhões de brasileiros diariamente.

existenciais, conforme nos ensina Ingo Sarlet (2001, p. 50). É por assim dizer, uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais, na medida em que se exercem de forma autônoma a razão prática dos seres humanos na construção de distintas personalidades humanas.

A dignidade é assim, um valor incondicional e incomparável, único e insubstituível, conforme afirma Emmanuel Kant, uma coisa que possui um determinado preço pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todos os preços, não admite qualquer equivalência, essa que é a dignidade (KANT, 2004, p. 65). Sob sua ótica, vemos ainda, que a dignidade da pessoa humana consiste no fator do qual, cada indivíduo deve ser considerado como um fim em si mesmo, dotado de autonomia para que possa se comportar de acordo com seu arbítrio, pois, não representa um meio, ou um instrumento para a consecução de resultados, logo não há sua precificação (TAVARES, 2021), sua doutrina filosófica sob direitos humanos, possui vetor existencial.

Nesse contexto, é que se origina o sistema internacional de proteção dos direitos humanos com vistas ao respeito da dignidade da pessoa humana, por consequência, a utilização da razão pelo homem esclarecido nada mais é do que o ponto de partida para o exercício de sua porção racional com vistas à dignidade, por esse motivo, é que o pensamento de Kant se destaca até os dias de hoje, por sua atemporalidade – é como um divisor de águas da modernidade – por possuir grande impacto na construção dos direitos humanos na contemporaneidade, e que o torna inquestionável ante o fato da dignidade da pessoa humana ser um princípio que erradia de forma universal (TAVARES, 2021).

Deste modo, não há espaço para renúncia aos direitos humanos, uma vez que essa situação implicaria na impossibilidade de se abrir mão da própria condição humana, por isso, muito se diz sobre a vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos, o chamado efeito “cliquet”, ou seja, não há retorno ao *quo ante* após sua concretização. Por toda essa construção, podemos correlacionar que a invisibilidade social somente poderá ser de fato superada, quando tivermos a plena realização do princípio da dignidade humana, no momento em que todos os indivíduos sejam de fato vistos, e que todos seus direitos estejam plenamente cumpridos e efetivados dentro de uma sociedade.

3. DIGNIDADE HUMANA FRENTE AO CAPITALISMO HUMANIZADO

A Constituição Federal de 1988 nos traz padrões éticos de comportamento econômico que precisam ser conjugados para que a liberdade econômica seja direcionada pela carga constitucional valorativa relativa à tutela universal da dignidade humana. A chamada constituição econômica importa no conjunto de preceitos, e instituições jurídicas, na qual é garantido os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituído por uma forma de organização para o funcionamento da economia (MOREIRA, 1974).

A exegese dessa temática se mostra adequada às questões humanistas frente ao capitalismo que reclamam a harmonia estatuída na CR/88 no contexto da pós-modernidade (SAYEG, 2021), e nos traz as premissas do Capitalismo Humanista no momento em seu preâmbulo aborda a universalidade e, a dignidade da pessoa humana e exterioriza a dimensão da liberdade econômica pautada em uma sociedade livre, justa e fraterna edificada com base nos fundamentos constantes do artigo 3º do texto constitucional.²⁹

A Lei n.º 13.874/2019³⁰ ao conceituar liberdade Econômica a define como o direito que as pessoas possuem de desenvolver atividades econômicas, trabalhar, gerar reservas e investir sem muita interferência do Estado na ordem econômica. Segundo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica foi traçado diretrizes normativas para a proteção à livre iniciativa, e o livre exercício de atividade econômica, além disso, trouxe disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, exigindo a observância de diversos diplomas legais, tais como, do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho.

Partindo desse aparato normativo é que o capitalismo liberal deve se transformar em capitalismo humanista de forma estruturada, permean-

29 O art. 170 da CR/88 estabeleceu a finalidade à ordem econômica constitucional com a garantia da existência digna, conforme os ditames da justiça social, ali enumerados, os quais são os princípios regentes da ordem econômica brasileira.

30 Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera outros diplomas legais.

do sua edificação sob os parâmetros da liberdade humanizada, ou seja, o iter procedimental dos princípios da ordem econômica devem ser conjugados com a viga mestra de nosso arcabouço constitucional, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este, dotado de coercitividade ética, e eficácia espraiada à todas as demais normas jurídicas infraconstitucionais (MAZUOLLI, 2021).

Em outras palavras, o plano ético pode e deve preceder ao jurídico, pois, nossa constituição econômica aborda toda a gama de princípios e fundamentos estabelecidos a fim de que se possa garantir o mínimo existencial a todos, portanto, é vedada à ordem econômica qualquer conduta, ou medida que se distancie do conceito universal de dignidade da pessoa humana. A regulação jurídica da ordem econômica traz consigo o dever de por meio de uma organização de instituições pertencentes às relações econômicas, pautar-se em prol da garantia do mínimo existencial, dentro da sociedade em que se estabelece.

Nesse ínterim, todo o conteúdo instituído pela mencionada lei de liberdade econômica deve ser interpretado sob a égide da dignidade da pessoa humana, com vistas a se alcançar de fato uma sociedade justa, livre e solidária. Bem da verdade, a constitucionalização dos valores econômicos não teve como objetivo apenas a confirmação teórica de uma proposta democrática, mas sim, um desígnio de um programa político no qual implica na atuação permanente do Estado para garantir a eficácia de normas alicerçadas sob os direitos fundamentais os quais são inerentes ao indivíduo, atuam de modo determinante pelo Estado (CANOTILHO, 2000).

O equilíbrio entre liberdade e igualdade é a tônica do capitalismo voltado ao ser humano, não só como base do direito, mas também, como ciência econômica como um todo, levando em consideração a dignidade da pessoa como um direito individual protetivo (em relação ao próprio Estado ou à pessoa individualmente considerada) e, como um compromisso de receber tratamento igualitário, o que por si só, justifica tratamento diferenciado visando à igualdade.

Outrossim, a teor do tratado internacional, os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos, e das liberdades fundamentais por todas as pessoas, e, em

caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência, pois, a garantia do mínimo existencial frente as estruturas da liberdade econômica constitui um verdadeiro marco normativo no qual concretiza, e formata o âmbito de econômico internacional.

Vemos que, a fundamentação constitucional do direito à dignidade da pessoa humana, combinada com a referida norma internacional deverá se pautar, e dialogar com os princípios que instituem a liberdade econômica na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, intentando assim, à erradicação pobreza, redução da marginalização, e a diminuição das desigualdades sociais e regionais, rechaçando todo e qualquer preconceito quanto a origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Importante destacar, que o nosso ordenamento constitucional elegeu a “livre iniciativa” e, a “propriedade privada” como princípios, e ao mesmo tempo, mitigou esses conceitos ao afirmar que a propriedade atenderá a sua função social, a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Sua finalidade foi justamente, de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, em observância aos princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca por pleno emprego.

O que se pretende de forma efetiva é definir o âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos ao poder econômico frente a dignidade da pessoa humana. As constituições tendem a ser Cartas econômico-sociais as quais na prática são compostas por critérios formados pelo binômio econômico-social. Impõe-se ao Estado, por força de seus deveres de proteção, não apenas zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional no tocante aos diplomas legais isoladamente considerados, mas também, promover sua integração e harmonização produtiva no modelo econômico para superar eventuais contradições e assegurar o preceito fundamental da garantia do mínimo existencial, e de sua máxima eficácia e efetividade.

Cumpra aqui lembrar as proposições de John Rawls, no sentido de que para alcançarmos uma sociedade livre, justa e solidária devemos pri-

mar pela igualdade de oportunidades, como vetor econômico e social, fundamentados em princípios normativos de justiça os quais irão nortear este objetivo. (SEGAT, 2021). O princípio da dignidade da pessoa humana por consistir um fundamento, e, na razão de ser das regras jurídicas, desde logo, salienta a primazia daqueles sobre estas, pois, a natureza normogenética e principiológica de fundamentação das regras, possuem aplicação ao caso concreto (CANOTILHO, 2000, p. 372).

De outra parte, Amartya Sen (2012) superando debates centrados no utilitarismo, e na justiça redistributiva Rawlsiana, nos apresenta uma ideia de justiça na qual possibilita avaliar situações concretas para o alcance de proposições mais equânimes, ampliada para uma titularidade universal. Para o autor a compreensão de justiça deve estar baseada em uma análise mais ampla de questões políticas, e de desafios globais (LOREDO, 2021).

Depreende-se que, sob o prisma do direito econômico a latente necessidade de aplicação a visão social do capital, para que ele se torne empático aos princípios de justiça social fundamentada no indivíduo, essa temática se encontra em voga, a partir do momento que toda sociedade enfrenta o agravamento das desigualdades sociais, e a instituição de políticas voltadas exclusivamente para o capitalismo desenfreado, e deixa à margem questões sociais, que são relegadas ao segundo plano.

Assim, pelas ideias aqui trazidas o capitalismo humanista ou humanizado se encontra implicitamente em nossa Constituição Federal, na medida em que todas as condutas econômicas devem pautar-se sob o manto da dignidade da pessoa humana, e da garantia do mínimo existencial na promoção de uma justiça social, dentro do contexto daquilo que se tem chamado de um constitucionalismo de múltiplos níveis.

4. DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL

A acumulação de vantagens sociais em razão das mais diversas formas de discriminação causa a estratificação de certos grupos sociais, ela gera posição de subordinação temporária ou perene, segundo Adilson Moreira (2020, p. 470). Nesse cenário, a discriminação estrutural está contida dentro de inúmeros, e perversos processos sociais, os quais con-

vergem em diferentes formas de desvantagens materiais, ou seja, a ideia de discriminação está distante de ser um ato de natureza meramente psicológica e individual. De fato, ocorre de modo mais significativo e intenso em certos grupos sociais, que se mantém de forma injustificada em condição de inferioridade para o acesso a determinados bens sociais, haja vista sua desvantagem com outras classes sociais (RADOMYSLER, 2021).

A partir dessa análise, o que se confirma é que os mecanismos discriminatórios não são apenas expressões comportamentais, mas sim sistemas de controle social que informam diferentes aspectos da vida dos indivíduos. (MOREIRA, 2020), e, esse acúmulo de desvantagem sustentadas por um determinado grupo social, implica não só, na necessidade de promoção de ações afirmativas a fim de reverter esse quadro que mantém certos grupos em uma situação subalterna, como restabelecer a integridade, e a individualidade desse determinado conjunto de indivíduos.

A discriminação estrutural pode, e deve ser contornada com um olhar profundo sobre as estruturas de poder, perpassando pela análise da complexidade histórica de formação dessa situação, que após sua conformação, se mostra como uma tarefa complexa a ser enfrentada, mas, viável com a realização de necessárias e profundas alterações nos mais diversos campos sociais, com vistas a uma transformação das bases sociais discriminatórias até então instituídas.

Inclusive o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa Gomes, assevera no sentido de que “as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a ser perpetuar” (2007, p. 56), revelando a discriminação estrutural, na qual espelha as abissais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados³¹. A discriminação estrutural deve ser um dado da sociedade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade brasileira.

31 Cf. Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 895, de 30 de março de 2018.

Importante ainda consignar, que constitui a redução de toda e qualquer desigualdade um dos objetivos da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU (Objetivo 10), que é um plano global para que se atinja em 2030 um mundo melhor para todos os povos e nações, estabelecendo ali 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, compromisso esse, assumido por 193 estados membros sob uma agenda que envolve a adoção de medidas abrangentes e essenciais a fim de se promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsabilidade das instituições políticas.

Vê-se que a concepção de discriminação está assim, diretamente ligada a questão da invisibilidade social, incumbindo às instituições sejam elas públicas ou privadas, o dever de transformar esse cenário, por meio da implementação de políticas sociais estruturas de modo a se reverter processos históricos de desigualdades de oportunidades, para tanto imprescindível a promoção de ampla reforma institucional a fim de promover diálogo com diferentes atores técnicos, e políticos para este fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A invisibilidade social conforme vimos é fruto da discriminação e deve ser combatida segundo princípios valorativos previstos na República Federativa do Brasil para a preservação da tutela universal da dignidade. Neste contexto, trouxemos à baila, os fundamentos de direitos humanos de titularidade universal, o conceito invisibilidade social, já que seus reflexos perpassam por todo o ordenamento jurídico pátrio, alcançamos que o combate a invisibilidade social acompanha o estudo do capitalismo humanizado o qual, pode, e deve ser instrumento para o alcance da dignidade da pessoa humana para a garantia do mínimo existencial.

Os direitos fundamentais como conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, tem por finalidade primordial o respeito a sua dignidade, por meio da proteção contra o arbítrio do poder estatal, bem como, o estabelecimento de condições mínimas de subsistência, a previsão desses direitos se coloca em elevada posição, em relação aos demais direitos previstos. Nesse contexto, o capitalismo humanista

se apresenta sob o fundamento das premissas básicas da dignidade da pessoa humana, e do mínimo existencial. O Estado social democrático de direito somente cumprirá sua missão a partir do momento que os seus objetivos econômicos constitucionais forem seguidos na busca de uma sociedade mais justa, humana e fraterna, com o alcance do equilíbrio humanitário em seus métodos e condutas econômicas.

O primado universal da dignidade da pessoa humana, e da garantia do mínimo existencial, não somente em seus aspectos principiológicos, necessitam permear de forma integral e absoluta e Ordem econômica pátria. A fundamentação constitucional do direito à dignidade da pessoa humana combinada com as normas internacionais deverão dialogar com os princípios que instituem a liberdade econômica com vistas à erradicação pobreza, da marginalização, e da redução das desigualdades sociais e regionais, despindo-se de todo e qualquer preconceito que possa estar relacionado a origem, raça, sexo, cor, idade ou a quaisquer outras formas de discriminação.

Depreende-se, que a discriminação estrutural deve ser combatida fortemente com a implementação de políticas públicas a fim de superar as desigualdades sociais históricas, e, para tanto deve-se haver uma conjunção de esforços tanto da iniciativa privada, quanto do ente público, para que as pessoas de fato sejam vistas e respeitadas em sua integralidade, respeitando-se sua dignidade, fazendo com que alcancem a visibilidade dentro da sociedade passando de atores coadjuvantes para atores principais na formação de uma nova história de vida, mediante um reposicionamento da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; trad. Alfredo Bozi. 2. ed. São Paulo: Martins,Fontes, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfi->

le.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%-
C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.
pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em:http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. Acesso em: 18 set. 2022.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

BRASIL. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 16 set. 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4977109/mod_resource/content/1/A_afirmacao_historica_dos_direitos_humanos%20%281%29.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.
- COSTA, Fernando Braga da. **Homens invisíveis: relato da humilhação social**. 1.ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2004.
- COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. In: SANTOS, Sales Augusto. *Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007, p. 56.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf. Acesso em: 16 set. 2022.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Estatística do registro civil**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=destaques>. Acesso em: 22 set. 2022.

- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4134878/mod_resource/content/1/Ferdinand% 20Lassalle-1.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4134878/mod_resource/content/1/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf). Acesso em: 16 set. 2022.
- LOREDO, Geraldo Marcimiano. FRASCAT. Jacqueline Sophie Perrioto Guhur. **A ideia de justiça de Amartya Sen: uma análise dos pressupostos da justiça global**. Disponível em: [https://npd.uem.br/eventos/assets/uploads/files/evt/29/trabalhos/RESUMO%20EXPAN DIDO%20-%20GERALDO%20MARCIMIANO%20LOREDO.pdf](https://npd.uem.br/eventos/assets/uploads/files/evt/29/trabalhos/RESUMO%20EXPAN_DIDO%20-%20GERALDO%20MARCIMIANO%20LOREDO.pdf). Acesso em: 21 set. 2022.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1608/a-influencia-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-no-direito-interno>. Acesso em: 10 set. 2022.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=pertencimento>. Acesso em: 10 set. 2022.
- MONTANHANA, Beatriz Cardoso. **A dinâmica do poder das relações de trabalho e os impactos sobre a dignidade humana**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA, Adilson José. **Tratado de direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

NUNES, Maria do Rosário. **A transversalidade dos direitos humanos na gestão pública**. Revista do serviço Público – ENAP. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/135>. Acesso em: 18 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem** https://declaracao1948.com.br/declaracaouniversal/declaracaodireitoshumanos/gclid=EA1aIQobCh-MIgve5_Ty6wIVhwuRCh3pzA7REAAAYASAAEgJ8PvD. Acesso em: 18 set. 2022.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n. 8, jun./2006.

Resolução ONU nº 217-A de 10/12/1948. Norma Federal - Publicado no DO em 10 dez 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html. Acesso em: 18 set. 2022

RADOMYSLER, Clio Nudel. **Discriminação estrutural e tensões no Ministério Público de São Paulo: uma etnografia da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da Inclusão Social**. Rev. direito GV 18 (1), 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202204>. Acesso em: 18 set. 2022.

SALLES, Sergio de Souza. **Os sentidos de dignidade em Tomás de Aquino**. XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fs-1345/2p7e8wdv/U6dA48bg0o2t956V.pdf>. Acesso em: 16 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.
- SAYEG, Ricardo Hasson. HUDLER, Daniel Jacomelli. Capitalismo humanista: uma nova ética universalista para economia de mercado. **Revista de direito, economia e desenvolvimento sustentável.** Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistatddsus/article/view/7683>. Acesso em: 17 set. 2022.
- SEGAT, Juliana Lazzaretti, JUNIOR. Valmôr Scott. **Apontamentos sobre os princípios de justiça em John Rawls a partir de uma teoria da justiça.** Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/5782>. Acesso em: 18 set. 2022.
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- TAVARES, Italo Klay. **O conceito de dignidade em Kant.** Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/1098>. Acesso em: 20 set. 2022.

O BOLSONARISMO E A ERA DO NÃO-DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UM BREVE LEVANTAMENTO DE TAIS FENÔMENOS E DAS SAÍDAS POSSÍVEIS A PARTIR DOS ENSINAMENTOS DE NORBERTO BOBBIO

*Gabriela Lima Valença Almeida*³²

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão teórica que tem como enfoque o Governo Bolsonaro, o fenômeno denominado bolsonarismo e a condução da gestão de saúde pelo governo, desde a eleição presidencial, dando-se uma maior ênfase na condução da crise sanitária decorrente da pandemia COVID-19.

Foi realizado um levantamento bibliográfico, sem pretensão exaustiva, acerca dos atos normativos editados bem Governo Federal atinentes à saúde pública, com objetivo de demonstrar que, no que diz respeito ao

32 Mestranda em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília – Unisanta. Analista Processual no Ministério Público Federal. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Ministério da Saúde, o objetivo seria o desmonte do Sistema Único de Saúde. Com a chegada da pandemia, o então presidente Jair Bolsonaro entra em cena como personagem principal na má condução do problema sanitário ocasionado pela doença do coronavírus.

Para além dos apontamentos acerca do bolsonarismo, busca-se fazer um entrelaçamento com os ensinamentos de Norberto Bobbio sobre democracia e direitos humanos. O objetivo central deste estudo é, pois, a tentativa de resposta aos seguintes questionamentos: a) o que explica a eleição de Jair Messias Bolsonaro e o bolsonarismo?; b) a figura de Jair Bolsonaro está diretamente ligada ao desmonte do SUS e aos aumentos de casos de Covid-19? e c) quais as saídas, a partir dos ensinamentos bobbianos, para a atual crise democrática brasileira?

1. NORBERTO BOBBIO E A ERA DOS DIREITOS

A obra *A Era dos Direitos*, publicada em 1991, é o livro da convergência dos temas recorrentemente abordados por Bobbio, nos diversos campos de estudo a que se dedicou. Vale salientar que, o filósofo italiano, trata dos direitos humanos de forma esparsa na obra, porém o núcleo de sua teoria foi estruturado na primeira parte da referida obra.

Destaca Bobbio que os embates, desenvolvimentos e lutas por direitos, que, no período da modernidade, originaram as declarações de direitos, são representativos da historicidade dos direitos humanos. Ao afirmar que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos e que nascem de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas, nascem quando devem ou podem nascer (BOBBIO, 1992, p. 05/06), o jusfilósofo está a ressaltar que os direitos humanos foram construídos pela ação consciente e inconsciente de homens, que mobilizaram e interpelaram as suas realidades cotidianas, a partir de distintas atuações filosóficas, jurídicas e políticas. Portanto, há necessidade de integrarem a pauta das reivindicações sociais.

O autor afirma que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, na época em que escreveu o ensaio, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (BOBBIO, 1992, p. 23). Nesse sentido, os direitos huma-

nos, muito embora sejam bandeiras dos discursos políticos brasileiros e figurem consagrados no texto constitucional, encontram-se rejeitados por amplas parcelas da sociedade e, inclusive, por aqueles enquadrados no conceito de vulneráveis, os quais, em tese, mais carecem da proteção através de tais direitos. Assim, a temática referente à concretização dos direitos humanos manifesta-se como um dos grandes dilemas em solo brasileiro.

No ensaio “Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem”, Bobbio propõe a discussão de três temas: a) qual é o sentido do problema que nos pusemos acerca do fundamento absoluto dos direitos do homem; b) se um fundamento absoluto é possível e c) e, caso o fundamento absoluto seja possível, será que seria desejável?

Bobbio expressa que a necessidade de fundamentação se encontra no fato de os direitos humanos serem coisas desejáveis, que merecem ser perseguidas, mas que não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos e, portanto, o fundamento serve para dar aos direitos um amplo reconhecimento.

Contudo, ao mesmo tempo em que fundamentar se faz necessário, o fundamento absoluto não é possível, em síntese, pelos seguintes motivos: os direitos humanos são mal definíveis (as definições, não raras vezes, apresentam conceitos ideológicos), variáveis (dependem do momento histórico e cultural) e, por vezes, o fundamento absoluto seria um fundamento que tornaria um direito e o seu oposto (outro direito) inquestionáveis e irresistíveis.

Por conseguinte, ainda que possível, o fundamento absoluto de um direito humano não seria desejável, pois poderia dificultar o avanço da positivação dos direitos humanos, na medida em que posições conservadoras, com a justificativa do fundamento absoluto, obstaculizariam a introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com os já reconhecidos.

No ensaio sob o título “Presente e Futuro dos Direitos do Homem”, o autor, em suma, estabelece que, o desafio a atual não é identificar os direitos humanos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, classificar se são naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo

mais seguro para impedir que, apesar das solenes declarações, os direitos humanos sejam continuamente violados.

No plano internacional, destaca que seriam três as vertentes voltadas para o problema prático da proteção dos direitos humanos: a promoção, o controle e a garantia. A promoção consiste em irradiar o valor dos direitos humanos. O controle se faz mediante relatórios que monitoram o cumprimento, pelos Estados, dos compromissos assumidos em matéria de direitos humanos. Por sua vez, a garantia é a possibilidade de uma tutela jurisdicional internacional (*vis coactiva*).

Vale salientar que, na obra de Norberto Bobbio, os temas democracia, paz mundial e direitos humanos são recorrentes e se encontram entrelaçados. Em relação à democracia, toda a defesa da temática tenta rebater a ideia de direitos dados pela natureza, com um fundamento único e absoluto, e busca afirmar um conceito baseado em uma construção jurídico-histórica voltada ao aprimoramento da convivência coletiva.

A historicidade, argumenta Bobbio, talvez seja a mais marcante característica dos direitos humanos, na medida em que, conforme já aduzido, os direitos não nascem todos de uma só vez e nem de uma vez por todas. Apenas nascem quando podem nascer e, por isso, há necessidade de constarem da lista de reivindicações sociais.

A paz mundial, outrossim, é pressuposto para a consolidação dos referidos direitos. Ocorre que, sem a democracia, a paz almejada não será alcançada e, por conseguinte, não serão efetivados os direitos humanos, dentre eles, o direito à saúde.

2. ASPECTOS DO BOLSONARISMO E A SUA ASCENSÃO

A ascensão eleitoral de Jair Bolsonaro, que o levou a vencer as eleições presidenciais em 2018, está intrinsecamente ligada a uma interpretação e percepção social acerca dos direitos humanos. A corrupção generalizada da classe política e a violência urbana acabaram por fortalecer a concepção de que direitos humanos seriam os direitos de bandidos e vagabundos, e, portanto, representariam um mal a ser extirpado da nação. Tal falta de entendimento e repulsa acerca dos direitos do homem

contribui, significativamente, para o sucesso do projeto político da direita conservadora, representada por Bolsonaro (SCHOLZ, 2020, p.18).

Historicamente, o Estado aparece nas periferias urbanas brasileiras para bater e atirar no pobre negro ou para lembrar que precisa de votos em época de eleição. No vazio deixado pelo coletivo e pelo abandono institucional de ambos os espectros ideológicos (direita e esquerda tradicionais), entra em cena a ojeriza à política. Sem direitos, lançadas a trabalhos precários ou ao desemprego, em meio a uma avassaladora violência, as classes populares são seduzidas por discursos totalitários e vulneráveis às respostas rápidas e radicais que sempre culpam “os outros” (PINHEIRO-MACHADO, 2019, p. 130). E, então, Bolsonaro é lançado como aquele representante da “nova política”.

Outrossim, não se pode explicar o surgimento do bolsonarismo sem tocar nos temas internet e mídias sociais. A antropóloga Rosana Pinheiro-Machado (2019, p. 139), ao realizar rápida busca no *Google Trends*, mostra que o interesse em Bolsonaro cresceu justamente por conta do envolvimento do político em polêmicas envolvendo outros políticos e que, dessa forma, ele foi caindo nas graças do povo, que o achava autêntico e sincero. A pesquisa aponta que, no final de 2013, a categoria “Bolsonaro zuero” teve crescimento repentino e, em 2014, quando Bolsonaro se tornou o deputado mais votado do Rio de Janeiro, a busca que predominava em seu nome já era por “Bolsonaro presidente”.

O domínio das redes sociais pelos responsáveis pela campanha de Bolsonaro, pois, alavancou a ascensão do “mito” e a vitória nas eleições. Outrossim, o algoritmo do *Facebook* também teve sua contribuição na eleição do presidente, na medida em que permitiu a proliferação de notícias falsas, espalhadas, predominantemente, por seguidores do político.

O discurso de Bolsonaro ataca a ciência, as universidades e a mídia. Propagou-se o projeto Escola sem Partido, que prega o fim da suposta “doutrinação ideológica” nas salas de aula. Professores são coagidos e vários relatam que acabam por não ministrar certos conteúdos para proteger seu emprego e sua integridade física. É que “os neoconservadores constroem sua identidade a partir da posição de vítima de um *establishment* intelectual das universidades e da grande mídia, o qual, ao priorizar determinados grupos, teria virado as costas para as pessoas comuns”

(PINHEIRO-MACHADO, 2019, p. 82). Ademais, ao emitir declarações homofóbicas, Bolsonaro se aproxima de uma bancada política em crescimento vertiginoso: a evangélica.

Diante do exposto, o bolsonarismo seria um novo fascismo? Primeiro é preciso esclarecer que, quando Bolsonaro e seus seguidores falam em liberdade, não expressam a mesma liberdade dos liberais, já que, como cediço, a busca do liberalismo é a do Estado regido por leis, um Estado que possibilita que todos os cidadãos tenham direitos equivalentes. No entanto, nesse governo que milita pela liberdade de madeireiros e garimpeiros que desmatam perante o “excesso” de regulamentações ambientais, pela liberdade de o “cidadão de bem” se armar com o equipamento que desejar e comprar munição sem ser rastreado, desvirtua-se o sentido da palavra liberdade. “Porque é a liberdade de o mais forte se impor sobre o mais fraco, algo que o liberalismo inglês jamais toleraria” (DORIA, 2020, p. 255).

O fascismo é, simultaneamente, revolucionário e reacionário. É óbvio que Jair Bolsonaro é reacionário e seu reacionarismo reside em só aceitar a tradicional família cristã, de pai, mãe e filhos; na total identificação com o lado mais primitivo do agronegócio; no flerte com a monarquia e seus símbolos; no autoritarismo histórico que ignora, por exemplo, a existência dos milhões de indígenas antes da chegada dos colonizadores. Por outro lado, não parece existir, no discurso bolsonarista, a faceta revolucionária, já que não quer construir um Estado radicalmente novo, mas apenas destruir sem indicar o que colocará no lugar (DORIA, 2020, p. 256). Assim sendo, saber se o bolsonarismo é ou não fascista, depende de como se defina a palavra fascismo.

Por fim, há que se informar que a intensa polarização da política brasileira (petistas x antipetistas) favoreceu o discurso antidemocrático dos apoiadores de Bolsonaro. Partilha-se do entendimento de que a polarização é capaz de destruir as normas democráticas. É que, quando as diferenças raciais, religiosas e socioeconômicas abrem espaço para o sectarismo extremo, condição em que as sociedades se dividem em campos políticos cujas visões de mundo não são apenas distintas, mas mutuamente excludentes, torna-se difícil sustentar a tolerância, e, à medida em que desaparece a tolerância, os políticos se veem cada vez mais ten-

tados a abandonar a reserva institucional e a tentar vencer no do-a quem doer, ignorando as regras do jogo (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 115/116).

2.1. A POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA DO GOVERNO BOLSONARO

Uma das características marcantes do governo Bolsonaro é sua postura agressiva em relação aos espaços de mobilização e controle social. A equipe da presidência enxerga os referidos espaços como de ideologia de esquerda, daí a necessidade de serem readequados. Essa perspectiva levou o governo Bolsonaro a publicar o Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019, fazendo com que os mecanismos de controle democrático do Estado tenham que justificar a sua importância perante o governo federal para que obtenham autorização para prosseguir no desempenho de suas atividades. O instrumento reduziria de 700 para 50 o número de conselhos previstos na Política Nacional de Participação Social. Ora, o referido decreto, que promove a extinção dos conselhos gestores, foi uma clara tentativa de aniquilar o direito de participação da sociedade no governo, ocasionando retrocesso em temas que versam sobre direitos fundamentais.

No final de 2018, logo após a eleição de Bolsonaro, o Programa Mais Médicos (PMM) já sentiu abalos significativos. A descontinuidade do serviço prestado pelo Programa foi motivada pelas declarações públicas de Jair Bolsonaro, pelas quais questionava a capacidade profissional dos médicos cubanos, fazendo críticas diretas ao PMM, idealizado pelo governo Dilma Rousseff, bem como ao regime político de Cuba.

Ademais, o governo federal defendeu a utilização da bolsa-saúde, política pública que, na teoria, ajudaria na redução de custos, na maior eficiência e na ampliação da rede de saúde, tendo em vista que o atual governo defende que a prestação dos serviços de saúde por parte da iniciativa privada representa maior eficiência se comparada àquela realizada pelo SUS.

É cediço que tais medidas são um mecanismo neoliberal, na tentativa de sucatear o SUS, no intuito de promover a sua privatização,

umentando, assim, o lucro do mercado privado de saúde. Sabe-se que a viabilidade do Sistema Único de Saúde é sempre posta em dúvida, tendo o ex-Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, inclusive, defendido que o acesso gratuito aos serviços ofertados pelo SUS deveria ocorrer a partir de uma avaliação da situação socioeconômica do cidadão³³, defesa que desconsidera os pilares principais do Sistema Único de Saúde: a universalidade e a gratuidade.

A modificação das políticas de Saúde Mental e da Política Nacional sobre Drogas representam um nefasto retrocesso. A contrarreforma manicomial, instituída pela Norma Técnica nº 11/2019³⁴ do Ministério da Saúde, prescreve o retorno de instituições asilares e, até mesmo, o retorno do eletrochoque. Em relação aos usuários de drogas, observa-se a retomada do discurso da criminalização, o enfoque na internação compulsória e a prática de tratamentos pautados na abstinência. Ambas as políticas segregam, ainda mais, os pacientes psiquiátricos e os usuários de drogas.

Por sua vez, a educação sexual voltada aos jovens foi incisivamente atacada pelo governo Bolsonaro. Temáticas sobre métodos contraceptivos, prevenção de DSTs, sexualidade e gênero, foram e são considerados tabus pelo governo, que defende que, nas escolas, não deve existir abordagem que englobe tais temas, cabendo apenas aos pais e responsáveis a educação da prole em relação ao uso de preservativos, iniciação sexual e gravidez na adolescência.

Na mesma linha conservadora, foi publicado, em 03 de maio de 2019, despacho do Ministério da Saúde que recomendava a abolição, nos documentos institucionais, da expressão, já consagrada no meio acadêmico e social, ‘violência obstétrica’, por enquadrar tal expressão como inapropriada. Por conseguinte, como fiscal da ordem jurídica, o

33 Notícia acessada em <https://www.brasildefato.com.br/2019/05/29/ministro-da-saude-de-bolsonaro-e-o-primeiro-a-propor-cobranca-de-atendimentos-no-sus/>, no dia 23 de junho de 2021.

34 Nota técnica que presta esclarecimentos sobre as mudanças na Política Nacional de Saúde Mental e nas Diretrizes da Política Nacional sobre Drogas, acesso em http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/cuidados_prevencao_drogas/obid/legislacao/nota_saudemental.pdf, no dia 25 de maio de 2021.

Ministério Público Federal recomendou ao Ministério da Saúde que, em vez de realizar ações que acabassem por encobrir a realidade da violência obstétrica, a partir da desproporcional negação do uso do termo, realizasse ações “para coibir práticas agressivas durante o parto” (MPF, 07 maio 2019)³⁵.

Do mesmo modo, outra atuação do governo que compromete a saúde (saúde do trabalhador, especificamente) foi a proposta de revisão de todas as Normas Regulamentadoras (NRs) de segurança e saúde no trabalho, com o objetivo, segundo a fala do próprio presidente da República, de redução em 90% das que, atualmente, encontram-se vigentes, sob o argumento neoliberal de simplificar as regras para um aumento da oferta de emprego.

Ignorando os dados estatísticos que apontam que milhares de brasileiras deixam de ir à escola ou outros locais por estarem menstruadas, bem como que já sentiram constrangimento na escola ou em lugares públicos por causa da menstruação, Jair Messias Bolsonaro, sanciona com veto, a Lei n.º 14.214/21, que instituiu o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual. O veto atingiu o principal ponto do projeto de lei, que consistia na oferta gratuita de absorventes higiênicos às beneficiárias, sob o fundamento de contrariedade ao interesse público, inconstitucionalidade, não adequação ao princípio da universalidade, da integralidade e da equidade no acesso à saúde do SUS e violação à Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2021, pois, de acordo com Bolsonaro, não teria havido a indicação da fonte de custeio.

Em março de 2020, após a OMS declarar que o mundo estava por enfrentar uma epidemia mundial ocasionada pelo vírus Sars-Cov2, Bolsonaro é apontado por estudiosos, cientistas, governos, imprensa, ONU e instituições de todo o globo terrestre como o gestor público que pior conduziu a maior crise sanitária do século. Até o momento da finalização do presente artigo, o Brasil contabilizava mais de 686.254 mil

35 Acesso da recomendação em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-11.pdf>, no dia 20 de junho de 2021.

mortos pela COVID-19³⁶ e estudos realizados por renomadas entidades³⁷ estimam que 12.663 indivíduos com 60 anos ou mais de idade não teriam falecido entre março e maio de 2021, se o Ministério da Saúde tivesse adquirido, em agosto de 2020, as 70 milhões de doses da vacina do laboratório Pfizer.

Vale, ademais, citar o estudo realizado por WERNECK *et al.ii*, segundo o qual, 120 mil mortes poderiam ter sido evitadas até o final de março de 2021, caso o Brasil tivesse adotado, de forma sistemática, medidas não farmacológicas rígidas e ampliadas (uso de máscaras, distanciamento social e propagandas preventivas), pois teria havido uma redução dos níveis de transmissão da Covid-19 em cerca de 40% (WERNECK *et al.ii*, 2021, p. 19). O estudo ressalta que ações de organização da assistência à saúde na atenção básica e nos cuidados hospitalares (com a inclusão de profissionais, leitos e equipamentos de UTI) poderiam ter contribuído para uma maior redução dos óbitos em excesso.

2.3. A PANDEMIA DE COVID-19 E A CONDUÇÃO DA CRISE SANITÁRIA PELO PRESIDENTE JAIR MESSIAS BOLSONARO

De início, relembremos que, no auge na pandemia, e no interstício de um mês, são demitidos dois Ministros da Saúde por discordâncias quanto ao protocolo de assistência médica de infectados e os doentes, bem como quanto a medidas de prevenção frente às propostas do Presidente da República, gerando uma confusão sem precedentes na população no que diz respeito à orientação a ser seguida para evitar o contágio. Em meio ao caos instaurado, descontrói-se no interior do Ministério da Saúde, a equipe de técnicos altamente especializada, tendo sido substituída, quando assume a interinidade da pasta um quadro do Exérci-

36 Segundo dados oficiais lançados em <https://www.seade.gov.br/coronavirus/>, conforme acesso em: 02 out. 2022.

37 AMAKU *et al.ii*. Modelling the impact of delaying vaccination against SARS-CoV-2 assuming unlimited vaccines supply. February 2021. Preprint. Disponível em <https://doi.org/10.1101/2021.02.22.21252189>. Acesso em: 10 set. 2022.

to absolutamente alienado nas questões de saúde pública, por militares (COHN e FERREIRO PINTO, p. 74/75).

Por sua vez, a Universidade de São Paulo publicou um estudo detalhado, comprovando que o governo federal, conscientemente, optou por deixar o coronavírus espalhar-se pelo Brasil, sob os argumentos de que a alta taxa de infecção seria a solução (a tão propagada imunidade de rebanho) e de que as medidas de isolamento causariam prejuízo para a economia, o que seria uma consequência mais grave do que as mortes e sequelas causadas pela doença. Consigna o relatório que a opção do Governo Bolsonaro é expressa por meio de declarações do presidente e seus apoiadores, na edição de atos normativos e de governo.

Destaque-se que as informações compiladas no referido estudo, foram colhidas do período entre fevereiro de 2020 e maio de 2021, tendo sido colacionados três espécies de evidências: atos normativos (a exemplo de vetos presidenciais); atos de governo (como ações contra as medidas de contenção e omissões de apoio a tais medidas) e propaganda contra a saúde pública (discursos políticos, disseminação das *fake news* e de estudos e informações sem base científica – a exemplo de tratamentos precoces e uso de cloroquina). Vale salientar que toda essa condução do Governo Federal pode ser vista como um ataque direto à ciência (na tentativa de usar “estudos” para enfraquecer a credibilidade das autoridades sanitárias) e, indiretamente, à democracia brasileira.

A linha do tempo trazida pelo estudo da Universidade de São Paulo demonstra a relação direta entre as normas editadas pelo Governo Federal, a obstrução constante às respostas locais e a propaganda contra a saúde pública promovida pelo governo federal. Na esfera federal, para além da ausência de um enfoque de diretos no plano estratégico de enfrentamento à COVID-19, a referida pesquisa da USP revelou a existência de uma estratégia institucional de propagação do vírus, promovida pelo governo brasileiro sob a liderança do presidente da República Jair Bolsonaro. Da leitura atenta da pormenorizada pesquisa, emergem o dolo e a desumanidade do nosso dirigente máximo.

Medidas adotadas diretamente por Jair Bolsonaro que impactaram nas mortes dos quase 700 mil brasileiros foram: defesa da tese da imunidade de rebanho por transmissão como forma de combate à Covid-19;

incitação constante à exposição do povo ao vírus e ao descumprimento de medidas sanitárias; obstrução deliberada e sistemática às medidas de contenção editadas por governadores e prefeitos; a banalização das mortes e das sequelas causadas pela doença; difusão e estímulo do uso de hidroxicloroquina como forma de prevenção e cura da Covid-19 e negativa de compra de vacinas, sendo estas apenas algumas das principais medidas adotadas pelo presidente e equipe.

2.4. O BOLSONARISMO É UM CONVITE À RESISTÊNCIA?

No ensaio sob o título *Presente e Futuro dos Direitos do Homem*, da obra *Era dos Direitos*, Bobbio afirma que caso o cidadão não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção, apenas lhe restará o caminho do chamado direito de resistência (BOBBIO, 1992, p. 31).

O direito à resistência, de acordo com Bobbio, é um direito secundário e serve para proteger um direito primário. O direito de resistência, enquanto direito secundário, supõe que seu exercício está em favor do gozo de um direito primário como a vida, a dignidade humana ou a propriedade. E seu exercício apenas se justifica caso haja o descumprimento de algum direito primário, configurando-se, quase sempre, como sinônimo a direito de defesa.

A resistência ficou consagrada como uma estrutura típica do comportamento sociopolítico. É concebível que a sociedade sufocada e oprimida pelos nazifascistas, em nome de sua própria sobrevivência como grupo social devia se manifestar e reagir contra aquelas circunstâncias históricas: conquista, usurpação e exercício abusivo do poder (BUZANELLO, 2001, p. 149).

Por oportuno, certo é que chamar e julgar o trabalhador pobre que votou em Jair Bolsonaro para presidente de fascista em nada ajuda na batalha ideológica que a ala progressista vem perdendo. Ao agir-se assim, aproxima-se, ainda mais, o referido eleitor da extrema direita brasileira (PINHEIRO-MACHADO, 2019, p. 128). É preciso estratégia e atenção para perceber que, se há quem votou no “Messias”, há também os

42 milhões de brasileiros que anularam ou se abstiveram do voto nas eleições presidenciais de 2018.

Faz-se necessário compreender que entre os ricos e os miseráveis, está todo o restante da população brasileira, os ditos precarizados, ou seja, os trabalhadores em condições mais ou menos precárias. E é entre os precarizados que reside o grande imbróglio do eleitor bolsonarista, que engloba desde (A) o motorista de Uber, a vendedora delicada, o porteiro prestativo, o microempresário trabalhador e a manicure festeira – todos indignados com o sistema político frouxo ou com a moral tradicional abalada, além de frustrados com a própria situação – até (B) o fanático, o agressor tomado pela fúria prestes a “se vingar” e matar um esquerdista, uma pessoa negra, um LGBTQI+, uma feminista, em suma, os “culpados” pela deterioração do mundo (PINHEIRO-MACHADO, p. 149).

É indispensável confrontar os eleitores que foram seduzidos pela narrativa fácil do autoritarismo, que se encontram em trabalhos precários, sem qualquer organização coletiva (a reforma que enfraqueceu o direito sindical, teve grande papel na ascensão do bolsonarismo), mostrando-lhes que são vítimas do atual neoliberalismo predatório e de que não existe um “salvador da pátria”. É preciso lembrar e reverberar que não existem soluções simples para problemas complexos.

Uma estratégia possível é escutar a periferia. Tende-se a afirmar que os mais humildes, por não terem acesso à educação, não sabem votar. Tal afirmação não responderia o motivo pelo qual a grande parte da elite brasileira votou em Bolsonaro nas últimas eleições. É salutar enxergar que a periferia já está politizada e as comunidades já possuem ideias para a solução para os próprios problemas. Acontece que não há escuta genuína aos anseios dessas comunidades. Não é preciso politizar a periferia; são os seguimentos progressistas que precisam dar verdadeira voz a tais cidadãos vulneráveis. É a esquerda que precisa adentrar na periferia.

No mais, é vital ter em mente e propagar que um país em que o presidente ataca os jornalistas e a imprensa, emite comentários misóginos e homofóbicos, estabelece relação estreita com os militares, questiona o voto eletrônico, faz piada, em rede nacional, sobre a pandemia COVID-19, não pode defender a democracia de maneira crível.

Além disso, a sociedade civil precisa se organizar e estabelecer coalizões. É notório que estabelecer coalizões que se estendam para além dos nossos aliados naturais é bastante difícil e significa ceder, abrindo mão, temporariamente, de divergências, a fim de encontrar bases morais comuns. É uma forma estratégica de se unir para, nas urnas, em 2022, tirar Bolsonaro da presidência.

Um exemplo de política social que possa unir os dois grupos de eleitores seria uma política voltada para a assistência à família, em que seriam ampliadas as licenças remuneradas para os pais trabalhadores e o fornecimento de educação pré-escolar gratuita e de qualidade. Outrossim, a defesa do SUS deve ser explorada como pauta de união. No combate à pandemia, é indubitável que a vacinação e salvamento de vidas apenas foi possível por conta da estrutura e dos profissionais que atuam no nosso Sistema Único de Saúde.

Comunga-se do entendimento de que não é concebível um Estado sem o dever jurídico da obediência por parte dos indivíduos. No entanto, quando opera fora ou contra o direito, cessa a autorização da autoridade pública. Sendo assim, se o cidadão resiste não fará outra coisa senão se opor à violência comum em defesa de seus direitos. E frise-se que não se oporá a um direito do Estado, porém a uma injusta pretensão dos órgãos estatais (BUZANELLO, 2001, p. 119).

O ensinamento bobbio nos mostra que não convém, no modelo de Estado democrático, optar por formas violentas de resistência. É que a alternativa por meios não violentos tem se mostrado mais eficiente para atingir o objetivo da resistência, que é o de uma sociedade menos desigual, sem opressão e violência. E é na política que o que a resistência, quando não há a autorização para o uso de mecanismos legais (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular), torna-se factível.

Por fim, é preciso ter mente que a Constituição Federal de 1988 é um importante instrumento de combate ao “*modus operandi*” bolsonarista. A Carta Magna, conhecida como Constituição Cidadã, apresenta dispositivos que contemplam minorias, Direitos Humanos, pluralidade política, políticas públicas para redução de desigualdades regionais e participação popular. É, por conseguinte, o instrumento mais significativo de resistência do âmbito jurídico.

CONCLUSÃO

O artigo, por meio de levantamento teórico, tenta responder como um político de segundo escalão como Bolsonaro, conquistou o cargo de Presidente da República, ao tempo em que faz um levantamento dos principais atos do governo federal que contribuíram para piorar a situação da saúde pública brasileira, dando ênfase à atuação de Bolsonaro e sua equipe técnica frente à pandemia. Do mesmo modo, procuram-se propostas, inspiradas nos ensinamentos do filósofo político Norberto Bobbio, para a cambaleante democracia brasileira.

A corrupção generalizada, o antipetismo exacerbado, a dificuldade da ala progressista em escutar a periferia, em lidar com os novos comportamentos da era digital, em conversar com os novos e velhos eleitores por meio das redes sociais e plataformas eletrônicas, impulsionaram o crescimento da figura de Jair Bolsonaro. A eleição do candidato de viés ultraconservador é um dos sintomas da crise da democracia brasileira. Aliás, o retrocesso das democracias é de dimensão global, da qual os governos da Hungria, Turquia, Venezuela, Polônia e a era Trump são alguns exemplos.

Foram trazidas à baila as principais medidas do Governo Bolsonaro no campo da saúde, as quais perpassam pela fragilização da Atenção Básica em Saúde, com o fim do acordo com o governo cubano envolvendo o Programa Mais Médicos, pela proposta de criação do bolsa-saúde, pelo avanço da contrarreforma no campo da saúde mental, pelo ataque à saúde indígena, pelo retrocesso no campo da educação sexual em saúde; pela defesa da reforma do SUS, implementada pelo Banco Mundial e, por fim, pela condução irresponsável e desumana da pandemia ocasionada pela coronavírus, que já acarretou a perda de mais de 500 mil vidas brasileiras.

Em meio a uma pandemia, na qual o Governo, em vez de promover medidas que visassem à preservação de vidas e à proteção dos vulneráveis, aproveitou-se do colapso do sistema de saúde para aprovar medidas contrárias ao meio-ambiente, ao direito do trabalho e previdenciário, em um total descompasso com a afirmação dos direitos humanos.

Como saída, levantou-se a questão do direito de resistência, previsto na obra de Bobbio e aqui revisitado e readequado.

Para além de fé e confiança na resiliência da democracia liberal, é necessária ação por parte da sociedade civil, da imprensa, do Ministério Público, das Defensorias, da OAB e demais instituições republicanas, para que prevaleçam a defesa das liberdades, o respeito às diferenças, bem como a manutenção e o investimento na saúde pública brasileira.

A pandemia demonstrou ser imperioso defender o SUS. Comprovou que a regulação pelo livre mercado não é capaz de solucionar as mais profundas crises, sendo indispensável alguma interferência estatal.

REFERÊNCIAS

AMAKU *et al.* **Modelling the impact of delaying vaccination against SARS-CoV-2 assuming unlimited vaccines supply.** February 2021. Preprint. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.02.22.21252189v1.full>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** LTC: Rio de Janeiro, 29ª tiragem, 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 9.759, de 11 de abril de 2019.** Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 abril, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Recomendação n.º 5, de 9 de maio de 2019. Recomendação ao Ministro da Saúde sobre políticas públicas em relação à violência obstétrica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de junho, 2019. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/recomendacao-n-5-de-9-de-maio-de-2019-149878165>. Acesso em: 30 jun 2021.

- BRASIL. Relatório Final da CPI da Pandemia. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia (Instituída pelos Requerimentos n.º 1.371 e 1.372, de 2021) Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência como Problema Constitucional**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/81488>. Acesso em: 12 jan. 2022.
- COHN, Amélia e FERREIRO PINTO, Rosa Maria. **Direito da Saúde na era pós Covid-19**. Coord. Verônica Scriptore Freire e Almeida e outros. Almedina: São Paulo, 2021.
- DORIA, Pedro. **Fascismo à brasileira – como o integralismo, maior movimento de extrema-direita da história do país, se formou e o que ele ilumina sobre o bolsonarismo**. Planeta do Brasil: São Paulo, 2020.
- GOUVEIA, R., e PALMA, J. J. (1999). **SUS: na contramão do neoliberalismo e da exclusão social**. Estudos Avançados, 13(35), 139-146. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9465>. Acesso em: 02 maio 2021.
- LAFER, Celso. **Norberto Bobbio: trajetória e obra**. Perspectiva, 1ª edição, 1ª reimpressão, 2013.
- LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Zahar: Rio de Janeiro, 1ª edição, 2018.
- PINHEIRO-MACHADO, Rosana. **Amanhã vai ser maior: o que aconteceu com o Brasil e as possíveis rotas de fuga para a crise atual**. Planeta do Brasil: São Paulo, 2019.
- SANDEL. Michael J. **JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa**; Civilização Brasileira, 29ª edição, Rio de Janeiro, 2020.
- SCHOLZ, Jonathan Marcel. **O mal-estar nos direitos humanos: afetos políticos e direitos humanos no Brasil (1945-1964)**.

2020. 211 f. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.te.2020.172>. Acesso em: 27 jun. 2022.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; REIS, Rosana. **A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da covid-19**. Direitos na pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil, São Paulo, n. 10, p. 6-31, 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

WERNECK *et al.* **Mortes Evitáveis por Covid-19 no Brasil**. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/especiais/mortes-evitaveis-por-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

ARTIGOS — DIREITOS SOCIAIS

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS QUE INTEGRAM AS CADEIAS GLOBAIS DE VALOR NO QUE SE REFERE AOS DIREITOS HUMANOS

*Joseph Murta Chalhoub*³⁸

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, parte-se da premissa de que grande parte da miséria, devastação ambiental, massificação cultural e tantos outros direitos violados no mundo globalizado são resultados de relações comerciais injustas e predatórias, entre pessoas, empresas e nações.

Blocos econômicos, monopólios, trustes, internacionalização, incorporação, fusão, aliança, abertura, joint venture, cartéis e privatização passam a ser consideradas soluções para resolver os problemas do desemprego, das favelas, da violência, da fome, enfim, para promover o desenvolvimento. Crescem as evidências de que, na economia global, cada vez mais são as grandes corporações e não os governos, que, em última instância, decidem sobre as prioridades de desenvolvimento.

Constata-se uma crise civilizacional muito maior, que envolve o próprio modelo de desenvolvimento que hoje predomina, sendo, pois,

38 Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

importante construir um padrão alternativo de desenvolvimento que viabilize sustentabilidade ambiental, justiça socioeconômica, radicalização da democracia em diversas esferas incluindo o âmbito econômico e o respeito aos diferentes recortes de raça, etnia e gênero.

Assim, as empresas, enquanto organizações produtivas, para além de se constituírem uma unidade econômica com fins lucrativos e, ainda em razão de tal circunstância, revelam sua faceta social ao interagirem com os stakeholders e devem observar regramentos não violando direitos dos trabalhadores. Especialmente a partir dos anos de 1990, em uma perspectiva de mundo global, a atuação de empresas que expandem suas cadeias produtivas a nível mundial, devem se dar na sociedade e nos mais distintos países, desenvolvidos ou não, em estrita observância de valores de cidadania, levando-se em conta direitos humanos, que evidenciam sua responsabilidade social para além-fronteiras.

As cadeias globais de valor presentificam a forma de organização da produção na contemporaneidade. Novos desafios, sobretudo no campo jurídico trabalhista, desta forma, se apresentam. Particularmente importante, então, a abertura de espaço para a soft law que, aos poucos, vem sendo introduzidos em fontes estatais.

Em geral as manifestações do poder judiciário ao enfrentar questões que envolvem trabalhadores, apreciam cada etapa isoladamente. Há eventualmente menção às cadeias, que se restringem às cadeias produtivas, não sendo feita nenhuma referência às cadeias globais de valor. De todo modo, as referidas indicações das cadeias produtivas, quando vêm introduzidas para debate, é apenas e tão só para os fins de analisar a terceirização ou a caracterização de grupo econômico e acabam sendo solucionadas a partir do direito sumulado e da legislação infraconstitucional trabalhista.

Nenhuma referência às normas constitucionais, à legislação ordinária não trabalhista ou às fontes internacionais. Pretende-se, assim, introduzir a temática das cadeias globais de valor e cadeias produtivas sob o olhar de diretrizes que pautam a ação das empresas para explicitação de sua responsabilidade social para com os trabalhadores e os direitos humanos de que são titulares, como uma cláusula de abertura para novas

oportunidades — estratégias — de pensar o Direito do Trabalho, dar respostas às reivindicações e prevenir/combater violações.

A categoria cadeias produtivas e cadeias globais de valor serão observadas como uma realidade pertinente para a consolidação da responsabilidade social e sua dinâmica no que se refere aos direitos humanos e, por conseguinte, direitos dos trabalhadores. Como proposto por Pedro Nicoli (2016, p. 85), “a internacionalização da produção e dos fluxos de capital, associada à precariedade nas relações locais de trabalho, revela enfaticamente que há uma hiperglobalização do econômico e uma hipoglobalização do social”.

Os documentos que servem como parâmetros foram escolhidos como exemplificadores da percepção da necessidade e da existência de resposta para a questão advinda de fontes heterônomas estatais e, mais ainda, de documentos de organismos internacionais, ainda que voluntárias as suas disposições.

1. AS RELAÇÕES DE TRABALHO NAS CADEIAS GLOBAIS

Cadeias globais de valor não são o mesmo que cadeias produtivas. Não há menção específica na legislação trabalhista que as reconheçam: nem cadeias globais de valor, nem tampouco cadeias produtivas ou cadeias de fornecimento. E a regulamentação do empregador como organização da produção ou do grupo econômico, mesmo que por coordenação são insuficientes para abraçar essa nova e impactante realidade global (ROLAND *et al.*, 2018).

Trata-se de um processo de produção complexo e fragmentado, no qual etapas se encadeiam desde a concepção, design, passando pelos insumos transformados em produtos, incorporando-se partes, peças ou produtos intermediários, que vão sendo agregados até a chegada ao consumidor final. A produção em cadeia é realizada de modo disperso em distintos países, por diferentes empresas em geral, mas, não necessariamente, coordenadas por uma empresa líder. As escolhas podem ser determinadas pela opção de redução de custo — inclusive da força de

trabalho —, mas igualmente pela proximidade do mercado consumidor final ou pela extensão do mercado.

O fatiamento em etapas autônomas, mas conexas, torna as economias dos diversos países interdependentes e mais vulneráveis. A ampla possibilidade de realocar geograficamente uma ou várias etapas ou de substituir empresas que integram a cadeia, torna ainda mais frágil e debilitada a situação de trabalhadores, principalmente em países em desenvolvimento ou destituídos de domínio da tecnologia. E são exatamente essas inovações tecnológicas e a facilitação da logística que se encontram de modo privilegiado em países desenvolvidos que, sem precedentes, determinou um crescimento vertiginoso do comércio internacional (NEGRI; VERDE, 2020).

Ao contrário da noção conceitual de cadeia produtiva, que se limita a um conjunto de fases sequenciais e relacionadas de transformação de insumos em bens e serviços, a cadeia global de valor não ignora a questão do valor agregado no decorrer do processo produtivo fragmentado. Nas cadeias globais de valor existe um complexo sistema de valor que em cada fase, termina por ser adicionado na medida em que aquela empresa ou fabricante adquire seus próprios insumos e então, passa a adicionar valor ao bem intermediário, o que inclui tanto a remuneração do trabalho como também o lucro, que passam a integrar o preço e, portanto, os custos projetados para a fase subsequente do processo de integração produtiva (ROLAND *et al.*, 2018).

A expansão global do comércio e da produção situa os países que ostentam condições diferenciadas em termos de desenvolvimento econômico mais elevado e níveis mais intensos de proteção jurídica do trabalho em uma posição privilegiada.

O Brasil se insere nas cadeias globais de valor em uma posição digna de preocupação; segundo documento publicado pela Organização Internacional do Trabalho, preparatório para o centenário do organismo internacional em 2019 e de iniciativa do Escritório da OIT no Brasil:

Em que pese à inserção brasileira nas cadeias globais de fornecimento que se dá, prioritariamente, por meio de exportação de commodities agrícolas e minerais, e, em menor escala, através

de atividades intensivas em trabalho, os desafios trazidos pelas tendências mundiais na produção industrial e na especialização dos serviços foram caracterizados como cruciais.

[...] Os participantes do debate que este livro registra – em louvável iniciativa do Escritório da OIT no Brasil – têm chamado a atenção para a forma como vem se dando a inserção de países como o Brasil nas cadeias globais de valor e seus possíveis impactos sobre o mundo do trabalho. Tende-se a salientar mais os desafios do que as oportunidades que uma maior participação em cadeias globais pode trazer (OIT, 2018, p. 11).

O principal desafio é situar o país como partícipe dessas cadeias globais de valor na produção, tanto na produção de bens quanto de serviços, pela inovação e produtividade, afastando-se de uma competitividade negativa e nefasta em que a opção Brasil se dá prioritariamente pelo baixo custo da mão de obra, o que se traduz em baixos salários, ou apenas pela situação de fornecimento de insumos de matéria-prima, para que receba um *upgrading* para posicionar-se pela alta produtividade do trabalho, mão de obra qualificada, conhecimento e tecnologia. Não por outro motivo, então, a erradicação do trabalho infantil, do trabalho forçado ou em condição análoga à de escravo, assim, como políticas públicas de melhoria da capacitação do trabalhador e, acrescente-se, investimento em educação e tecnologia, são tão importantes. Inclusive para que se possa pensar em aumentar postos de trabalho. Ao contrário do que vem alardeado, no sentido de que é o “custo do trabalho”, “custo Brasil”, ou o Direito do Trabalho o responsável pela pequena oferta de postos de trabalho ou baixo desempenho da economia, ao compreender as cadeias globais de valor se pode concluir no sentido absolutamente contrário.

Diante de tais circunstâncias é que as perspectivas mais recentes em termos de tratamento legislativo trabalhista, para além de acarretarem a precarização das condições de trabalho e empobrecimento da população, situam as empresas nacionais como menos importantes nas cadeias globais de valor. Note-se que, desta forma, na distribuição interna do valor agregado, o que resta para as firmas nacionais é de ínfimo impacto.

2. AS DIRETRIZES NACIONAIS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são direitos aos quais todos os seres humanos fazem jus, independentemente de raça, etnia, nacionalidade, idioma, convicção religiosa ou quaisquer outras condições. Todos merecem usufruir destes direitos, sem discriminação. Entretanto, em um momento da história houve a necessidade de proteger a pessoa humana, surge em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (EVANS, 2014).

Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 não tenha delineado, autêntica e literalmente, uma definição do que seja dignidade da pessoa humana, não se furtou, no âmbito de seu texto, a estabelecer que a dignidade da pessoa humana é formada por valores fundamentais como a vida, igualdade, proibição de tortura, escravidão, servidão, direito de propriedade, bem como de liberdades atinentes à expressão, locomoção, consciência e profissão (SHAW, 2016), motivo pelo qual não há como se obliterar da análise de instrumentos jurídicos capazes de tornar esse arcabouço de direitos fundamentais acessíveis.

É nesse contexto que a própria DUDH de 1948 traz a seguinte disposição:

Art. XXIII.

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses (ONU, 1948, s.p.).

Ainda no âmbito internacional, importa destacar o que se encontra disposto no Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apresentando definição mais precisa do que vem a ser direito ao trabalho:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
2. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados-Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho (CIDH, 1988, s.p.).

Por fim, cumpre mencionar a Convenção 122 da OIT, ratificada pelo Brasil através do Dec. 61/1966 e recepcionada pelo direito interno pelo Dec. n.º 66.449/1970, dispondo sobre a política de emprego.

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) traz em seu art. 6º o trabalho como direito social fundamental, além de no art. 1º apresentar como fundamento da República os valores sociais do trabalho.

Ainda no que concerne ao âmbito interno, as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, a serem observadas por médias e grandes empresas, inclusive as multinacionais e, nos termos da Lei complementar 123/2006, pelas microempresas e empresas de pequeno porte, na medida de suas capacidades, foram estabelecidas pelo Decreto n.º 9.571/2018, por Rodrigo Maia quando em exercício na Presidência da República.

Sua implementação é referida como voluntária, consoante prevê o art. 1º, § 2º; tal circunstância, nas poucas menções feitas sobre o Decreto, é o principal foco de crítica; por todos:

3. O ponto de partida do Decreto é o paradigma dos Princípios Orientadores, e, como consequência imediata, as Diretrizes propostas tornam-se facultativas às empresas, ignorando todas as críticas que já floresceram no âmbito da sociedade civil e em encontros de atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos, como, por exemplo, na 1ª Audiência Pública sobre o tema, aonde críticas a mecanismos voluntários e a prática empresarial compensatória, e favorável também à realização de acordos na solução de conflitos, foi muito criticada [...] (CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS, 2018, s.p.).

De todo modo, é preciso compreender que as normas legislativas não se constituem em um “nada jurídico”; sua juridicidade está presente pela introdução no ordenamento jurídico de um novo diploma, cujo conteúdo tem o condão, no mínimo de fixar pelas portas abertas da validade, eventual controle que fulminará de nulidade – e, por conseguinte, de ineficácia – todo e qualquer ato que contrarie suas disposições principiológicas. Outrossim, a imperatividade incide automaticamente para os que aderirem, cuja vinculação não mais permite se despojar de sua incidência por um “arrependimento” que se pretenda eficaz.

A par do selo “Empresa e Direitos Humanos” que cria, cuja importância não se nega, mas que não é determinante como expressão de relevância da sua edição, quatro eixos orientadores são indicados, a saber: (i) a responsabilidade estatal com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais; (ii) a responsabilidade de empresas em relação aos direitos humanos; (iii) o acesso a todos os que tiveram seus direitos violados ou afetados, por mecanismos de reparação e remediação e; (iv) implementação, monitoramento e avaliação da observância das Diretrizes.

A obrigação do Estado para com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais **não decorre do mencionado Decreto, senão, por um lado da própria CRFB/1988 e, por outro, nos tratados internacionais aos quais o Estado brasileiro se vincula. Obviamente, a definição da responsabilidade estatal não é tão simples. As leis regulamentam essa questão de maneira clara na esfera nacional, pois, os fatos reputados como antijurídicos**

são nela estabelecidos. E a teoria da responsabilidade supre as eventuais lacunas da legislação pátria.

Em virtude da falta de uma regulamentação formal clara de alcance mundial, as decisões judiciais e a doutrina têm uma importância fundamental no que concerne à construção de uma teoria da responsabilidade internacional do Estado. Também a Comissão de Direito Internacional da ONU se dedicou à matéria e produziu um Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos. A estrutura básica do trabalho, concluído em 2001, ficou a cargo do jurista italiano Roberto Ago.

Aos olhos do direito internacional, o Estado é responsável por todo ato ilícito por ele cometido, ou por um terceiro Estado quando por ele auxiliado ou coagido (arts. 1º, 16-19). O Estado, uma vez considerado responsável, tem o dever de cessar o ato ilícito e, se necessário, oferecer garantias de não repetição. Ademais, há também a obrigação de reparar os danos materiais e morais causados (CASSESSE, 2005).

Um fato internacionalmente ilícito, conforme o art. 2º do Projeto é o resultado de todo ato comissivo ou omissivo quando “imputável ao Estado em virtude do direito internacional” e “constitua uma violação de uma obrigação internacional”. É possível que um fato seja considerado ilícito para o direito internacional e interno. Isso, contudo, não gera prejuízo à classificação do fato internacionalmente ilícito.

Conquanto a condução da política externa seja normalmente uma atribuição do Poder Executivo, os atos cometidos por órgãos e agentes ligados a qualquer dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e não importa em que nível político-administrativo serão considerados atos do Estado. Tem-se, conseqüentemente, que a inobservância das normas previstas na Constituição relativas à divisão das competências não exclui a responsabilidade internacional do Estado. Assim, tomando o Brasil como exemplo, um ato cometido por um governo estadual pode ser considerado do país ainda que a CRFB/1988 determine que manter relações com Estados estrangeiros seja competência da União (art. 21, I).

Mais importante do que a forma ou o agente são as repercussões jurídicas internacionais do ato e que ele seja exteriorizado de maneira a presumir a vontade do Estado. Desta forma, caso um agente público ou

outro qualquer órgão ou entidade que haja nessa condição, ainda que vinculado a um Estado estrangeiro, pratique um ato em nome de um Estado, sobre este recairá qualquer responsabilidade. Isso vale para pessoas, grupos de pessoas ou um terceiro Estado que atuem sob as instruções ou cuja ação esteja subordinada a um Estado.

No entanto, em termos práticos, como bem observa Nolkaemper (2011), os tribunais nacionais devem ser colocados em posição pelo sistema interno para aplicar o direito internacional. No entanto, mesmo quando esse for o caso, os principais atores na ordem jurídica internacional ainda não consideram os tribunais nacionais como instituições que podem ser invocadas para dar uma contribuição significativa e confiável para o Estado de Direito Internacional. Essa função é melhor desempenhada por organizações internacionais, a exemplo da ONU, conforme se verá a seguir.

Referente à responsabilidade das empresas, foi proposto em 1999, pelo Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, no Fórum Econômico Mundial de Davos, o Pacto Global (Global Compact), previsto como “uma iniciativa voluntária que fornece diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, por meio de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras” (PACTO GLOBAL, 1999, s.d.). Este Pacto objetiva obter o compromisso voluntário das corporações no que concerne à adoção de práticas de negócios em conformidade com o conjunto de valores aceitos em âmbito internacional e expressos em dez princípios, apoiados em quatro eixos, quais sejam: “direitos humanos , trabalho , meio ambiente e anticorrupção ” (POMPEU; SANTIAGO, 2012, p. 47).

Em 2003, o projeto foi submetido à Comissão de Direitos Humanos para aprovação, no entanto, esta optou por não o implementar, prevalecendo o entendimento das corporações. Porém, apesar do projeto não ter sido aprovado, pode-se dizer que o destaque da segunda fase foi a participação ativa de empresas e ONGs que fomentaram os debates favoráveis e contrários às “normas da ONU”, e ao contrário do que se observou na primeira etapa em que somente os Estados foram fomentadores das discussões (BILCHITZ; DEVA, 2013).

A terceira etapa teve início em julho de 2005 quando John Ruggie foi nomeado como Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (RESG). Como expõem Bilchitz e Deva (2013), o destaque dessa fase se deu pela ampla consulta às partes interessadas, que puderam participar na elaboração das regras que deveriam ser aplicadas. Complementarmente, destacou-se também um intenso pragmatismo no qual o princípio matriz tinha o objetivo de fortalecer a promoção e a proteção dos direitos humanos no âmbito das atividades corporativas. Essa iniciativa de promover boas práticas na gestão empresarial possibilitou que John Ruggie driblasse de forma inteligente as questões que ainda se mostravam controversas na área de empresas e direitos humanos. Em 2011, Ruggie apresentou um conjunto de “Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos”, que foi aprovado por unanimidade pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Ressalte-se que esta etapa está em curso, por meio do Grupo de Trabalho criado com o objetivo de divulgar e implementar os princípios orientadores (BILCHITZ; DEVA, 2013).

A responsabilidade social das organizações, em todas as suas arestas, nasceu em um contexto internacional em que pautas como direitos humanos, direito do trabalho, meio ambiente, ecologia e desenvolvimento sustentável ganham vulto nos debates entre os países membros da ONU, resultando em diretrizes que orientam a formulação da RSE (PIOVESAN; GONZAGA, 2018).

Tais iniciativas foram sedimentadas em acordos, padrões, recomendações, normas, Códigos (unilaterais e multilaterais), que ajudam na compreensão da responsabilidade enquanto necessidade emergente para grande parte das organizações (empresariais ou não empresariais).

Aliás, é feita menção aos Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da ONU no art. 3º, inc. I, como pauta de capacitação dos servidores públicos nessa temática enquanto responsabilidade do Estado e, para a empresa fica a obrigação da sua divulgação, bem como dos demais instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos, a exemplo das Diretrizes para as multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e demais convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Merece particular destaque a extensão às cadeias de fornecimento para observância dos impactos diretamente gerados pela empresa, como se pode extrair do art. 3º, inc. VI, “a”. Outrossim, é responsabilidade das empresas o monitoramento do respeito aos direitos humanos dentro de toda a cadeia produtiva na qual ela se insere, como prevê o art. 5º, inc. I. Medidas de prevenção e precaução de violações de direitos humanos, para além da fiscalização (monitoramento), serão adotadas pelas empresas a todos os que integrem a cadeia de produção dos grupos empresariais, como fixado no art. 7º, § 2º, razão pela qual deverá adotar procedimentos para avaliação da observância na cadeia produtiva (art. 9º, inc. III) e, por conta de “[...] garantia de transparência ativa”, proceder a “divulgação de informações relevantes, de documentos acessíveis às partes interessadas, quanto aos mecanismos de proteção de direitos humanos e de prevenção e de reparação de violações de direitos humanos na cadeia produtiva [...]” (art. 11 do Dec. no 9.571/2018). O trabalho desponta como explicitação dos direitos humanos. Da parte das empresas resta explicitada nos arts. 6º e 7º do Dec. n.º 9.571/2018, a sua responsabilidade de não violação dos direitos dos trabalhadores e de assegurar trabalho decente.

Imperioso ressaltar que a responsabilidade é assumida pela empresa em relação a sua força de trabalho, mas ultrapassa as fronteiras de sua atuação, para abarcar o mencionado monitoramento de todas as demais que se integram na cadeia produtiva, com o objetivo de “não manter relações comerciais ou relações de investimentos, seja de subcontratação, seja de aquisição de bens e serviços, com empresas ou pessoas que violem os direitos humanos” (art. 7º, inc. IV do Dec. n.º 9.571/2018) e, explícita e mais precisamente, para impedir o trabalho infantil ou o trabalho análogo à de escravo (art. 7º, inc. VI do Dec. n.º 9.571/2018).

Trata-se da explicitação de uma nova cultura em termos de governança corporativa, em que as corporações assumem a responsabilidade social e em relação a ela pautam suas ações, nos trajetos de comprometimento ético, integridade e conformidade. Os princípios que regem a nova atuação se situam nos marcos da transparência, equidade, *accountability* (prestação de contas) e responsabilidade corporativa.

3. DIRETRIZES DA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONAIS

A OCDE mantém um compromisso político para promoção do desenvolvimento dos países membros e, como parte dele, fixa, em 1976, diretrizes para as multinacionais, levando em conta a necessidade de estabelecimento de uma conduta socialmente responsável. O Brasil, não obstante não seja ainda um membro integrante da OCDE, mantém com ela desde o ano de 1990 uma cooperação, da qual resultou a abertura de um Ponto de Contato Nacional em 2013 que, dentre outras funções, divulga o compromisso assumido e recebe alegações de inobservância. Salienta-se que o Brasil aderiu à Declaração sobre investimento internacional e empresas multinacionais que abrande as Diretrizes para as multinacionais. As atividades do Ponto de Contato Nacional, com sede em Brasília, estão regulamentadas pela Resolução n. 1, de 16 de novembro de 2016 e, mais recentemente, pelo Decreto n.º 9.874, de 27 de junho de 2019.

O ponto de contato nacional é um grupo de trabalho interministerial que tem como função implementar as Diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais, apesar de não se constituírem um instrumento vinculante para o governo brasileiro (art. 2º, inc. II). As Diretrizes para as multinacionais se situam nos marcos de uma perspectiva de apoio e defesa de “princípios da boa governança corporativa, desenvolvendo e aplicando boas práticas de governança corporativa, inclusive em grupos empresariais” (item A, n. 6). Dentre as políticas gerais há também menção expressa em torno de responsabilidade para com as demais integrantes da cadeia produtiva (item B, n. 2).

Na temática específica do trabalho e relações empresariais (Capítulo V) os direitos fundamentais dos trabalhadores encontram guarida e proteção, principalmente no tocante à abolição do trabalho infantil, eliminação das formas de trabalho forçado, não discriminação, direito à sindicalização e negociação coletiva. Na hipótese de a atividade empresarial ser operada em países com níveis de garantia inferiores ao do país de origem, há norma expressa para a extensão da norma e condição mais benéfica, evitando-se assim o deslocamento no território global de

parte da produção para países que representem redução de custos por conta da precarização do trabalho. No mesmo trilhar, as empresas devem abster-se de ameaçar seus trabalhadores com o deslocamento de parte da produção como estratégia para assegurar melhores condições de negociação. Anote-se:

4. [...] b) Quando as empresas multinacionais operam nos países em desenvolvimento, onde empregadores comparáveis podem não existir, devem oferecer os melhores salários, benefícios e condições de trabalho possíveis, no contexto das políticas governamentais. Esses devem estar relacionados com a situação econômica da empresa, mas devem ser no mínimo suficientes para satisfazer as necessidades básicas dos trabalhadores e suas famílias.

[...]

8. Possibilitar aos representantes autorizados dos trabalhadores sob seu emprego a condução de negociações relativas a acordos coletivos de trabalho ou a relações entre trabalhadores e empregadores, permitindo às partes realizar consultas sobre matérias de interesse comum com representantes patronais capacitados para tomar decisões sobre essas matérias (BRASIL, 2021, s.p.).

A atuação de uma empresa multinacional no contexto da sua responsabilidade social, conforme prescreve a OCDE pressupõe o reconhecimento de efeitos que ultrapassam os limites da sua própria organização. A escolha dos parceiros, com os quais celebram contratos, tanto para obter os insumos, quanto para intermediações e, mesmo ao longo da cadeia produtiva até alcançar o consumidor final, pressupõe cooperação e comunhão de interesses e, dentre eles, a atuação com conformidade e integridade.

CONCLUSÕES

O presente estudo abordou a responsabilidade social das empresas que integram as cadeias globais de valor no que se refere aos Direitos

Humanos. Um dos aspectos importantes a ser considerado, é o fato de que Diretrizes, assim como a certificação SA 8000, são apropriadas pelas empresas como um fator diferencial de performance no mercado competitivo mundial, podendo ser reduzido a mero “produto de aparência” ou diferencial de marca.

Pode se reduzir a mera estratégia de minoração de riscos, ou sua avaliação, na hipótese em que houver uma condenação judicial ou denúncia que afete a imagem da corporação divulgada pela mídia, com reflexos geradores de prejuízos aos acionistas e trabalhadores.

Há, ainda, que se considerar o desconhecimento por parte de atores envolvidos, como sindicatos, ou ainda pelo Poder Judiciário e Ministério Público do Trabalho de tais normativas. Agregue-se o caráter meramente voluntarista e, nestes termos, apontado como destituído de coercitividade, de normas nacionais, como o Decreto n.º 9.571/2018, que institui as Diretrizes Nacionais sobre empresas e direitos humanos ou internacionais como as Diretrizes para as multinacionais da OCDE.

Alguns aspectos, no entanto, devem ser indicados como positivos, tanto pelo valor simbólico, quanto pelo valor jurídico. A atuação das empresas em estrita observância dos direitos humanos é resultado no aspecto simbólico das expectativas sociais geradas, o que lhes impõe um lugar ocupado, uma função a ser exercida, que extrapola na inserção social um interesse meramente egoístico e financeiro de obtenção de lucro. No domínio do Direito, tanto a ordem constitucional quando as legislações infraconstitucionais delimitam marcos de atuação para as corporações, que transitam por princípios e regras de observância dos direitos humanos. Os Estados, assim o Brasil, se obrigam para com organismos internacionais e países membros que os integram, no compromisso que ao mesmo tempo é jurídico e simbólico de conformação.

Ingressar o trabalho na categoria dos direitos humanos é a explicitação do espaço de proteção da pessoa para além de se constituir como força de trabalho ou mercadoria; é reafirmar a dignidade que constitui sua identidade social. A proteção internacional dos direitos humanos é tarefa de todos, independentemente de qualquer previsão de responsabilidade a Estados ou empresas.

E, por fim, o foco na cadeia global de valor, cadeia produtiva, cadeia de fornecedores, cadeia de suprimento ou outra que denote que há uma implicação mútua de controle e responsabilidade, se constitui na forma mais certa de garantir o progresso em termos de proteção.

No caso do Brasil, sustentar um projeto ou uma estratégia de proteção do trabalho é abrir possibilidades para maior inserção das empresas nas cadeias globais de valor e, portanto, da participação do Brasil na economia mundial.

Sem empregos de qualidade e sem proteção efetiva aos trabalhadores, a participação do Brasil na economia mundial tende a reduzir-se, quando muito, aos produtos primários, posicionando-se na nova divisão internacional do trabalho, dentre os países menos desenvolvidos, como fornecedores/exportadores de commodities agrícolas e minerais para a cadeia global de valor, adotando-se um modelo econômico que se mantém na superexploração.

REFERÊNCIAS

- BILCHITZ, David; DEVA, Surya. The human rights obligations of business: a critical framework for the future. In: BILCHITZ, David; DEVA, Surya. **Human rights obligations of business**. New York: Cambridge University, 2013.
- BRASIL. **Decreto nº 9.571, de 21 de dezembro de 2018**. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9571.htm. Acesso em: 03 jan.2022.
- BRASIL. Ministério da Economia. **Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>. Acesso em: 3 jan. 2022.
- CASSESSE, Antonio. **International Law**. 2. ed. USA: Oxford University Press, 2005.

CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS. Reflexões sobre o Decreto 9.571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. **Cadernos de pesquisa – Homa**, Juiz de Fora, v. 1, n. 7, p. 8, dez. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 03 jan. 2021.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Empresas e Direitos Humanos**: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar. São Paulo: Conectas, mar. 2012.

EVANS, Malcolm D. **International Law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HILST, Sérgio de Mattos. **Responsabilidade social na cadeia produtiva automotiva**: estudo de caso. Dissertação. Escola Brasileira de Administração Pública e de empresas. Mestrado Executivo. Fundação Getúlio Vargas. 27 fev. 2002.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; VERDE, Rômulo Goretta Villa. Dever de diligência em direitos humanos e os modelos de responsabilização de empresas transnacionais. In: ROLAND, Manoela Carneiro; ANDRADE, Pedro Gomes. **Direitos humanos e empresas**: responsabilidade e jurisdição. Belo Horizonte: São Paulo, 2020.

NICOLI, Pedro Augusto Gravata. **Fundamentos de direito internacional social**. São Paulo: LTr, 2016.

NOLKAEMPER, Andre. **National court and the international rule of law**. Oxford University Press. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Futuro do trabalho no Brasil**: perspectiva e diálogos tripartites. Brasília: OIT, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoes.unidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2022.

PACTO GLOBAL. **A iniciativa**. 1999. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em: 03 jan. 2022.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações. In: PIOVESAN, Flavia; VIRGÍNIA, Inês P. Soares; TORELLY, Marcelo (orgs.). **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Ius Podivum, 2018, p. 83-110.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SANTIAGO, Andreia Maria. Responsabilidade social das empresas como nova forma de gestão. In: POMPEU, Gina Marcílio Vidal (org.). **Direitos humanos, econômicos e a responsabilidade social das empresas**. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 47.

ROLAND, Manoela C.; SOARES, Andressa O.; BRAGA, Gabriel R.; OLIVEIRA, Lucas de S.; CARVALHO, Maria Fernanda C. G.; ROCHA, Renata P. Cadeias de valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa Homa**, v. 1, n. 5, 2018.

SHAW, Malcom. **International law**. 7. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

AS ALTERNATIVAS PARA REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE EM CONFLITOS AMBIENTAIS

*Vinicius Rosa Bezerra*³⁹

INTRODUÇÃO

O patrimônio ambiental recebe especial destaque no ordenamento jurídico brasileiro a partir da positivação constitucional do dever de preservação do meio ambiente, entendido como bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, tanto da atual, quanto das futuras gerações.

É certo que esse dever de proteção ao meio ambiente por vezes conflita com outros interesses também positivados no texto constitucional, em especial aqueles inerentes à livre iniciativa, manifestada no desenvolvimento de atividades econômicas que interagem de modo determinante no ambiente natural em que inseridas.

Nesse contexto das relações conflitivas decorrentes das relações humanas junto ao meio ambiente, surge interesse em explorar a necessidade de resolução destes conflitos, assim como as possibilidades de solução desta espécie de litígio à margem da jurisdição estatal.

39 Mestrando em Direito pela Unifacvest. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito. Graduado em Direito e Ciências Contábeis. Auditor Fiscal da Receita Estadual de São Paulo.

Isso pois, a emergência dos métodos alternativos de solução de conflitos, a exemplo de mediação, conciliação e arbitragem, se por um lado representa redução de litigiosidade e incremento de eficiência na solução de controvérsias, por outro encontram resistência do operador do direito quanto à aplicabilidade em litígios envolvendo bens jurídicos indisponíveis.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem por objetivo evidenciar a possibilidade de extrajudicialização de conflitos envolvendo o meio ambiente, a partir da hipótese de que a indisponibilidade do bem jurídico ambiental não é óbice à utilização de métodos alternativos de controvérsias.

Para alcance desse objetivo, realiza-se uma pesquisa bibliográfica, amparada pela exposição do direito positivo, por meio da qual é feita uma análise da evolução legislativa da extrajudicialização de conflitos envolvendo direitos tidos como indisponíveis e, a partir de uma argumentação de análise econômica do direito, são verificadas as possibilidades de redução de litigiosidade em conflitos concernentes ao meio ambiente.

O primeiro capítulo desta pesquisa aborda elementos filosóficos das relações litigiosas e o papel do estado na solução de conflitos. Após, o segundo capítulo trata da análise econômica do litígio, evidenciando a particularidade que um conflito ambiental pode possuir face aos demais.

O terceiro capítulo, por sua vez, analisa a tendência evolutiva do direito positivo em albergar resoluções de conflitos fora do Poder Judiciário e as iniciativas de redução de litigiosidade ainda que em exercício da jurisdição estatal. Após, o quarto capítulo trata as possibilidades de utilização de métodos alternativos aos conflitos de ambientais, sendo seguido da conclusão.

1. A SOCIEDADE DO LITÍGIO

A discussão sobre o papel do Estado diante de um conflito de interesses ocorridos no meio social remonta ao contratualismo, conjunto de correntes filosóficas que, a fim de explicar a imposição de uma ordem social ao convívio humano, estudam a origem e evolução das sociedades politicamente organizadas.

Argumentava Hobbes (1979, p.30) que o homem é mau por natureza, sendo o conflito uma característica que lhe é inerente pelo simples fato de ser humano. Assim, seja em seu ambiente natural, seja em ambiente politicamente organizado, o conflito é intrínseco ao homem, de modo que a convivência harmônica passa a depender da existência de mecanismo que ponha fim aos conflitos surgidos da interação entre os seres humanos.

Dado o estado de beligerância e de permanente conflito entres os seres humanos, Hobbes (1979, p.31) afirma ser necessário “instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos”.

É nesse contexto que Hobbes explica o surgimento do Estado. A fim de que a pacificação social seja realizada, a coletividade, em unidade de desígnios, cede o poder de governo a um homem ou assembleia de homens, legitimando que o Estado imponha regras que evitem conflitos, assim como neles intervenha com imposição de solução.

Embora a teoria de Hobbes não esgote o contratualismo, tampouco seja a única que explique a existência de uma sociedade politicamente organizada, serve de substrato teórico para evidenciar a propensão humana pelo aprofundamento da litigiosidade em um conflito de interesses jurídicos. Da mesma forma, explica a então preponderância da jurisdição estatal como mecanismo de resolução de controvérsias.

Tanto assim, Bensoussan e Boiteux (2019, p.28) pontuam que a emergência dos Estados nacionais europeus unificados em torno de uma monarquia, que remonta aos séculos XVI a XVIII, influenciados pela doutrina de Hobbes, acarretou progressiva perda de poder político de uma série de atores sociais privados.

Recordam os autores supra que os comerciantes do século XVI a XVIII se organizavam em torno das corporações de ofício, verdadeiras associações de classe que produziam o direito aplicável às relações entre seus membros, dispendo de jurisdição privada com aptidão para resolver os conflitos entre os mercadores.

Com a emergência dos Estados nacionais e a centralização do poder em torno de uma monarquia, a possibilidade de que uma instituição privada pudesse livremente organizar o direito aplicável a seus membros e resolver em caráter definitivo o conflitos de interesses entre eles surgidos, tornou-se incompatível com o exercício do poder pelo Estado organizado, suprimindo-se iniciativas de resolução de conflitos diferentes da jurisdição estatal.

Assim, mesmo que sinteticamente apresentados, verifica-se que há razões históricas e filosóficas que apontam os motivos para a sobrecarga de processos pendentes de julgamento pelo Poder Judiciário brasileiro.

Nos termos do anuário estatístico do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2021, em 2020 a jurisdição estatal brasileira encerrou o exercício com um número superior a 75 milhões de processos pendentes de julgamento, distribuídos ao número total de total de 17.988 magistrados, cujo tempo médio de tramitação estava em 5 anos e 2 meses⁴⁰.

A pouca celeridade da jurisdição estatal em oferecer uma solução às controvérsias que lhe são submetidas não passam despercebidas pela doutrina. Nesse sentido, Neves (2019 ,p.61) pondera que a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário é prejudicial à qualidade da prestação do serviço jurisdicional, sobrelevando a importância de soluções de conflitos fora do aparato estatal.

Assim, Neves (2019, p.61) leciona que a solução de conflitos atualmente não é atribuição exclusiva do Estado, reconhecendo mecanismos alternativos de resolução de controvérsias que servem de desafoço ao Poder Judiciário, de que são exemplos mediação, conciliação e a arbitragem, sendo que a depender natureza do conflito, tais mecanismos têm uso mais adequado que a própria jurisdição estatal.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO LITÍGIO

Sob uma perspectiva de análise econômica do direito, é de interesse colacionar a explicação de Porto e Garoupa (2020, p. 303) de que a

40 O conselho nacional de justiça consolida anualmente os números de produtividade do Poder Judiciária, disponível em: os <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>

instauração de um litígio e sobretudo o seu prolongamento é uma ineficiência, isso é, um desperdício de riqueza. Assim ocorre pois o litígio em si considerado não significa produção de bens e serviços, mas uma briga por uma riqueza que já existe.

Para os autores supra, quem litiga não busca, em regra, a geração de novas riquezas no ambiente no qual está inserido, mas sim a redistribuição de uma riqueza anteriormente produzida. Não apenas isso, há custos inerentes ao desenvolvimento do litígio, de modo que ao final do conflito, independentemente de quem seja o vitorioso ou o vencido, a riqueza total disponível no ambiente terá sido reduzida, visto que consumida pelo desenvolvimento do conflito.

Nesse sentido, em sua análise sob perspectiva estritamente econômica, Porto e Garoupa (2020, p.305) identificam o advogado que estimula o litígio como um agente capturador de riqueza, que atua no sentido provocar a diminuição das riquezas disponíveis. Tanto assim, exemplificam:

Um advogado envolvido num processo de divórcio litigioso (...) não produzirá riqueza. Em lugar disso, brigará pela repartição de um capital anteriormente criado (por exemplo, os bens a serem partilhados no divórcio). O capital conversado por um casal no curso da relação matrimonial não aumentará durante o processo de separação. É até possível que diminua. Isso porque cada um dos (ex -) cônjuges gastará com honorários e custas na disputa por um patrimônio criado anteriormente (PORTO e GAROUPA, 2020, p. 306).

Os autores supra reconhecem, entretanto, que essa visão pode ser bem pejorativa em relação ao profissional advogado, alertando que entre as funções deste profissional pode também estar inseridas aquelas inerentes à redução de litigiosidades, como a redação adequada de instrumentos que previnam conflitos, ou até mesmo aquelas geradoras de renda, a exemplo da elaboração de um contrato de sociedade empresarial.

Ainda que assim seja, sob aspecto econômico, a existência de custas, emolumentos, honorários, demais despesas pecuniárias e o próprio tem-

po dispendido na resolução de um litígio é fator para que se considere a sua existência uma ineficiência para o agente econômico. Nessa situação, a atuação morosa e custosa do Poder Público no sentido de pôr um fim ao litígio, em regra, significa um verdadeiro consumo de recursos.

Trata-se de uma regra com exceção. Isso pois há determinados bens que o particular na condição de agente econômico simplesmente não possui qualquer interesse em produzir, seja pelo fato de que seu consumo não retira a utilidade que ele possuía antes de ser consumido, seja pela impossibilidade de excluir o consumo de demais pessoas que não arcaram com o custo de sua produção. Aos bens com estas características, a doutrina econômica atribui a designação de bens não rivais e não excludentes, respectivamente.

Sobre os bens que ostentam a característica de não excludente e não rival, Olson (2015, p. 33) apresenta a ideia de que todos os indivíduos da coletividade têm interesse em usufruir do benefício oriundo da exploração do bem econômico, mas nenhum dos indivíduos possui qualquer disposição em arcar com o custo necessário à manutenção do referido bem.

Isso pois, de acordo com Olson (2015, p.26) “as quantidades de benefícios coletivos que determinado membro do grupo receber de graça de outros membros irão reduzir seu incentivo para prover mais desse benefício às suas próprias custas”.

Tomemos por exemplo hipotético uma farto curso d’agua que abastece pequenas indústrias pesqueiras da região. A atividade pesqueira de um agente econômico não exclui a mesma atividade dos demais (bem não exclusivo), assim como eventual investimento que um deles realize na preservação do curso d’agua aproveitará a todos, sem que aquele que tenha realizado o investimento possa exigir compensação (bem não rival).

Diante inviabilidade de excluir os demais usuários da fruição de benefícios oriundos do uso do curso d’agua, assim como da impossibilidade de ser ressarcido dos custos que venha a assumir, é aplicável a lição de Olson segundo a qual nenhum dos agentes econômicos são centrados no próprio interesse e nenhum deles assumirá unilateralmente a tarefa de preservar este patrimônio comum ambiental.

Em uma situação de agressão a bens não excludentes e não rivais não haverá interesse de qualquer agente econômico em protegê-los. Para

esta espécie de bens, a presença de um litígio, mesmo que demorado e patrocinado pelo Estado, produz um bem social que o agente privado não produziria.

É nesse contexto que Porto e Garoupa (2020, p. 318) concluem que a instauração de um litígio perante a jurisdição estatal tratando de bens não rivais e não excludentes, pode garantir a preservação de um bem e a melhoria de um serviço que seja de interesse comum, não sendo uma ineficiência, portanto.

Ainda que assim seja, os autores supra lecionam que a resolução eficiente de qualquer espécie de conflito está condicionada à minimização do desperdício de recursos, sendo o processo judicial marcado pelos custos oriundos não apenas das despesas judiciais, mas também do tempo de tramitação e da incerteza quanto ao provimento jurisdicional.

Assim, verifica-se que o desenvolvimento de um conflito pode ser eficiente sob o aspecto econômico, mas quanto ao meio de solução da controvérsia, tal deve ocorrer na forma que racionalize o uso dos recursos necessários à resolução de conflitos.

3. A TENDÊNCIA DE ADOÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O legislador brasileiro tem oferecido sucessivas amostras de estar atento a tendência de extrajudicialização de conflitos, positivando medidas de desafogo do Poder Judiciário, incentivando a resolução de controvérsias no âmbito da própria administração pública ou com atuação eminentemente privada, inclinando-se pela redução do ambiente de litigiosidade e otimização de recursos para solução de conflitos.

Tanto assim que o Código de Processo Civil de 2015 é pautado pela valorização dos métodos alternativos de solução de conflitos, estipulando no parágrafo 3º do artigo 3º⁴¹ o dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, estimularem a mediação, a

41 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

conciliação e outros métodos de solução de conflitos, ainda que já em curso uma demanda judicial.

Tamanha a relevância que o Código confere à busca por uma solução consensual do conflito, em vez de uma resolução determinada imperativamente pelo juízo, que o artigo 334⁴² passou a determinar a designação de audiência de mediação ou conciliação previamente à resposta do réu, dando preferência à solução obtida por autocomposição das partes, em relação ao prosseguimento ao procedimento comum.

Além da regra geral estabelecida pela legislação adjetiva, no sentido de conferir primazia a solução consensual de conflitos, há outras passagens do Código de Processo em que são disciplinadas formas extrajudiciais de solução de conflitos. Nesse sentido, há também leis esparsas em que o legislador igualmente evidencia esforço pela solução de conflitos pautada pelo ajuste de vontades das partes.

Outrossim, nos termos do parágrafo primeiro do art. 539⁴³, do Código de Processo Civil, em se tratando de obrigação em dinheiro, em vez de inicialmente valer-se da consignação judicial, pode o devedor promover o depósito da quantia em estabelecimento bancário, cientificando-se o credor, por carta com aviso de recebimento, para manifestação em 10 dias, findos os quais, inerte o credor, considera-se o devedor liberado da obrigação.

Também em prestígio ao consenso e a extrajudicialização de conflitos, o parágrafo primeiro do artigo 610 e artigo 733, ambos do Código de Processo Civil, conferem continuidade normativa às disposições da Lei n.º 11.441/2007, possibilitando que diante da inexistência de inte-

42 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

43 Art. 539. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.

§ 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.

resses de incapazes e por concordância das partes, inventários, divórcios e as correspondentes partilhas de bens podem ser realizada perante serventia extrajudicial, por meio de escritura pública.

No âmbito do direito material, em se tratando de bens imóveis, as Leis n.º 9.514/97 e n.º 10.931/2004 desjudicializaram os procedimentos inerentes à alienação de bens imóveis objeto de propriedade fiduciária em garantia e retificação de matrículas imobiliárias, respectivamente, conferindo maior destaque à resolução de conflitos no âmbito das serventias extrajudiciais de registro de imóveis.

Já no âmbito do direito comercial, o legislador tem mostrado sensibilidade quanto à necessidade de solução de conflitos com menor intervenção do Poder Judiciário, estabelecendo que o empresário em crise, visando preservar a continuidade da empresa, possa valer-se do procedimento de recuperação extrajudicial, nos termos do artigo 161⁴⁴ da Lei n.º 11.101/2005.

De grande valia para a solução extrajudicial de conflitos empresariais figura a Lei n.º 9.307/96, rompendo o monopólio do estado para o exercício da jurisdição, ao informar que árbitros eleitos pelas partes litigantes, podem atuar como juízes em relação a um conflito que lhes tenham sido submetidos.

A esse respeito, define Scavone Júnior (2020, p. 2):

A arbitragem pode ser definida, assim, como meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direito patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

Do conceito apresentado, com matriz no artigo 1º da Lei n.º 9.307/96, surge o particular interesse em verificar as limitações ao uso da arbitragem, em especial pela extração do significado das expressões “partes capazes” e “direito patrimonial e disponível”, delimitando o

44 Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.

âmbito de incidência do conflito passível de ser submetido à solução arbitral.

A esse respeito, ainda de acordo com Scavone Júnior (2020, p.14), o fato do artigo 1º da Lei n.º 9.307/96 informar o uso da arbitragem por qualquer pessoa capaz de contratar, atrai a incidência das regras de direito civil inerentes à personalidade. Assim, bastaria que a aquisição de personalidade jurídica para que o litigante pudesse ser parte da arbitragem.

Na visão do autor, sendo dotados de capacidade de direito, o incapaz poderia valer-se da arbitragem desde que representado, se absolutamente incapaz, ou assistido, caso relativamente incapaz. Em tais situações, a assistência ou representação do incapaz seria elemento integrativo de sua capacidade, habilitando-o à participação na arbitragem.

Essa posição do autor é, entretanto, assumida por ele como minoritária, devendo ser dada primazia a interpretação literal do artigo 1º da Lei n.º 9.307/96⁴⁵, de modo que a arbitragem não pode ter participação de incapaz sob assistência ou representação, exigindo a atuação pessoal da parte capaz.

Ademais, quanto ao objeto do direito submetido à arbitragem, o autor define como patrimoniais àqueles direitos de caráter oneroso, oriundo de relações obrigacionais, contratuais, derivadas de ato ilícito ou mesmo declarações unilaterais de vontade. Tais direitos seriam considerados disponíveis quando passíveis de transação, isto é, disponíveis para negociação e alienação.

Esta abordagem poderia conduzir ao raciocínio de que os métodos alternativos de solução de conflitos teriam aplicabilidade limitada em se tratando de litígios envolvendo bens indisponíveis, vedando-se em especial, a utilização da arbitragem nessas situações.

A vista das inúmeras manifestações legislativas brasileiras pela redução da litigiosidade e até mesmo extrajudicialização de conflitos envolvendo bens indisponíveis, pensamos que tal raciocínio não pode prosperar.

45 Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Isso pois, segundo Holliday (2014, p.19), a partir da edição da Lei n.º 8.197, de 27 de junho de 1991, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com dispositivo expresso em autorizar a possibilidade de acordo judicial envolvendo a Fazenda Pública.

Anteriormente a Lei n.º 8.197, argumenta Holliday, a preponderância dos princípios administrativos da supremacia e indisponibilidade do interesse público, além da legalidade estrita que orienta a administração pública, impediam que o interesse ou o patrimônio público fosse objeto de transação. Em vez disso, a normatização especial dos bens públicos, ao prever sua inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, constituía verdadeiro óbice para que, sem autorização expressa em lei, houvesse qualquer tipo de disposição da administração pública baseada no consenso.

Na atualidade, entretanto, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público são objeto de desconstrução e reconstrução pela doutrina do direito administrativo, não significando óbices à que possa o administrador valer-se dos métodos extrajudiciais de conflitos. Nesse sentido, segundo Binenjojm (2005, p.17) a supremacia do interesse público não pode ser utilizada como norma jurídica justificadora de categorias jurídicas rígidas, desconsiderando soluções proporcionais e adequadas para o atendimento do interesse particular e até mesmo ao interesse público.

Assim, utilizar-se do mecanismo mais adequado para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública não significa descumprir o mandamento fluido da supremacia do interesse público, mas sim obediência de obediência do administrador ao dever utilizar a proporcionalidade como técnica de decisão acerca da solução mais eficiente ao caso concreto.

Nesse sentido, multiplicam-se as situações legais que autorizam o Estado, seja em sua função administrativa, seja na função acusatória, valer-se de instrumentos que reduzam a litigiosidade.

Tanto assim que o artigo 174 do Código de Processo Civil estabelece à União, Estados, Municípios e Distrito Federal o dever de criar câmaras de conciliação e mediação orientadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Em igual sentido, a Lei n.º 13.140/2015

apresenta critérios específicos para a solução extrajudicial de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público.

Ressalte-se que até mesmo o direito de punir do Estado tem sido objeto de redução de litigiosidade. Nos termos dos artigos 76 e 89 da Lei n.º 9.099/95, que institui os juizados especiais criminais, atendidos os requisitos legais, pode o órgão do Ministério Público, em vez de insistir na tramitação de uma morosa instrução criminal, oferecer solução consensual à pretensão punitiva, oferecendo a transação penal ou suspensão condicional do processo.

Não apenas isso, intensificando a tendência de redução de litigiosidade acerca do estado de liberdade individual, o artigo 28-A⁴⁶ do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, igualmente possibilita a racionalização da justiça criminal, instituindo a possibilidade de acordo de não persecução penal.

Desse modo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo o qual o exercício da ação penal seria um dever do Ministério Público, tem sido objeto de paulatina relativização por parte da doutrina processualista penal, passando a ser referida por Avena (2017, p. 222) como princípio da obrigatoriedade regrada.

A aplicação de medidas despenalizadoras que reduzam o grau de litigiosidade na preservação de um bem jurídico tem sido igualmente observada no direito administrativo sancionador e em matéria de ilícito civil.

Nesse sentido, o parágrafo 6º, do artigo 5º, da Lei n.º 7.347/85⁴⁷, que dispõe sobre as ações civis públicas, permite aos legitimados à promoção da demanda judicial a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), possibilitando a transação junto ao infrator e impon-

46 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente

47 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial

do-lhe determinadas condicionantes ao exercício de direito, em proteção ao bem jurídico tutelado.

A celebração do termo de ajuste de conduta pode ocorrer antes ou após propositura da demanda judicial e, uma vez homologado em juízo, torna-se um título executivo extrajudicial passível de ser prontamente executado em face do infrator, dispensando que seja percorrido todo o rito processual de um feito judicial de conhecimento.

Também a Lei n.º 8.492/93, com a redação dada pela Lei n.º 14.230, disciplinando a improbidade administrativa, estabelece em seu artigo 17-B⁴⁸ a possibilidade de celebração de acordo de não persecução civil, permanecendo revogada a anterior redação original do artigo 17, que vedava transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade.

A par do mecanismo de cobrança judicial da dívida ativa, nos termos estabelecido pela Lei n.º 6.830/80, a edição da Lei n.º 12.767/2012, incluiu o parágrafo primeiro no artigo 1º da Lei n.º 9492/97⁴⁹, que regulamenta o serviço de protesto extrajudicial de títulos e documentos, para constar expressamente a possibilidade de que sejam objeto de protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

A esse respeito, Bueno (2020, p.84) destaca que se trata um esforço do legislador em conferir à Administração Pública de um mecanismo que cumpra a função arrecadatória com maior eficiência. Ainda recorda o autor que a constitucionalidade do dispositivo legal foi confirmada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.135, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser razoável e proporcional conferir ao ente público um meio mais célere de satisfação do crédito, em relação ao procedimento de execução fiscal.

48 Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados

49 Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas

Assim, é de se verificar que a iniciativa do legislador de promover a desjudicialização de conflitos, subtraindo-os da esfera de atuação exclusiva da jurisdição estatal, alcança uma ampla gama de situações fáticas, inclusive temas sensíveis e essenciais ao funcionamento do próprio Estado, a exemplo da cobrança de dívida ativa de natureza tributária.

4. A REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE EM CONFLITOS AMBIENTAIS

A releitura de institutos jurídicos tradicionais e a expansão dos métodos alternativos de resolução de conflitos evidencia a tendência da extrajudicialização para abarcar litígios sobre bens jurídicos antes tidos como insuscetíveis de discussão fora do poder estatal.

Nesse sentido, mesmo aspectos do interesse público e do estado de liberdade individual foram objeto de iniciativas que vocacionadas a redução da litigiosidade e simplificação de procedimentos, conferindo eficiência a solução de controvérsias. Assim, é de se verificar em que medida o conflito envolvendo o patrimônio ambiental estaria sujeito à solução por método extrajudicial.

Isso pois, conforme conclui Khamis (2017, p. 170), o patrimônio ambiental goza dos atributos da inviolabilidade e da indisponibilidade. Por este, o direito ambiental não poderia ser objeto de disposição por parte de qualquer indivíduo ou instituição, por tratar-se um patrimônio jurídico pertencentes a todos, por aquele, a qualquer pessoa é dado o direito de proteger o meio ambiente contra agressões que sejam promovidas por terceiros.

Por esta concepção, em leitura conjugada com o artigo 1º da Lei n.º 9.307/96, o uso da arbitragem para solução de conflitos ambientais deveria ser vedado, visto a ausência de um direito patrimonial disponível em matéria ambiental. Entretanto, recordam Assis e Araújo (2014, p.17) que a matéria deve ser examinada com maior profundidade.

Isso pois, argumentam os autores, a edição da Lei n.º 9.478/97 outorgou à Agência Nacional de Petróleo- ANP a missão institucional de promover a conservação da energia com preservação do meio ambiente em sua área de atuação e, concomitantemente, conferiu a atribuição

de solucionar conflitos surgidos no âmbito de sua atividade regulatória utilizando mediação, conciliação e arbitragem. Assim, estaria positiva a possibilidade de solução extrajudicial de conflitos em se tratando do bem indisponível ambiental.

Em que pese o esforço argumentativo, pensamos que a utilização de arbitragem para definição da proteção do bem ambiental deve ser evitada, uma vez que conferiria a um particular – o árbitro– o estabelecimento de medida protetiva a um patrimônio de toda a sociedade, sem que o mérito dessa decisão pudesse ser revista pelo poder judiciário e sem que se oferecesse a publicidade inerente à jurisdição estatal.

Ainda assim, mesmo em se tratando de matéria ambiental, a compensação financeira por um dano, isto é, penalidade pecuniária originária ou conversão em perdas e danos de uma obrigação de fazer, assume feição eminentemente patrimonial e transacionável.

Quanto aos demais métodos alternativos de solução de conflitos, a mediação surge como uma ferramenta cuja aplicação prática tem se mostrado eficaz na solução de controvérsias envolvendo o meio ambiente.

Nesse sentido, Silva (2017, p.83) correlaciona às características do conflitos ambiental às propriedades da mediação, informando as razões pela qual este método pode ser de especial valia para solução de controvérsias envolvendo o meio ambiente.

Na concepção da autora, o meio ambiente é gerador de conflitos multilaterais, permeado por interesses públicos e privados, atuais e futuros, dotados de especificidades técnicas e cuja solução, por vezes, se afigura urgente. Demais disso, há nessas espécies de conflito um elevado grau de incerteza quanto aos efetivos efeitos da intervenção humana no meio ambiente que tornam especialmente difícil a avaliação e solução do litígio, o qual pode, inclusive, acabar por transpor barreiras geográficas nacionais.

Estes conflitos, informa a autora, encontram sua solução adequada na flexibilidade da mediação, pois, em vez de submeter as partes ao rigor do procedimento judicial, permite o reestabelecimento do diálogo e melhoria do ambiente de consenso por meio da percepção do mediador quanto a melhor forma de busca a solução do conflito.

Além disso, diferentemente do processo judicial, em que o juiz julga a procedência ou improcedência de um pedido conforme sua convicção acerca da prova colhida, a mediação permite o aprofundamento da exposição dos mais variados pontos de vista sobre uma controvérsia, facilitando a compreensão do litígio e estimulando a criação consensual de uma solução que maximize o interesse de todos os envolvidos, em verdadeiro respeito à autonomia privada.

Assim, a vista da preponderância da vontade no procedimento de mediação, a justiça da decisão acaba por ser aquela negociada pelas partes, de modo a estimular o cumprimento voluntário da decisão adotada, assim como possibilita que os ex-litigantes cujo diálogo foi restaurado pelo mediador, mantenham um relacionamento racional e pacífico para situações que possam surgir na continuidade de suas atividades após a mediação.

CONCLUSÃO

A instauração de litígios possui raízes filosóficas na natureza humana, sendo a existência de mecanismos de solução de controvérsias e própria existência de um Estado organizado uma necessidade para a harmonia do convívio em sociedade.

A concepção histórica de que a resolução de conflitos seria uma atribuição exclusiva do Estado como manifestação de seu poder soberano não mais prevalece, sendo necessária adoção de medidas alternativas até mesmo como medida de desafio ao Poder Judiciário, dada a quantidade de processos e a pouca celeridade de sua tramitação.

Na atualidade, além da resolução de controvérsias na estrutura imperativa do Estado, emerge a aplicação de outros mecanismos de solução de conflitos como a mediação, conciliação e a arbitragem, os quais, a depender da espécie de litígio que se apresente em um caso concreto, têm sido entendidos como mais adequados para solução de conflitos do que a própria jurisdição estatal. Nesse sentido, o direito positivo tem conferido progressivo prestígio à busca de uma solução consensual de conflitos, valorizando o resgate do diálogo entre litigantes e o alcance da pacificação social com preservação da autonomia privada.

Esta tendência tem sido observada não apenas no âmbito das relações privadas e de natureza estritamente patrimonial, passando a alçando litígios versando sobre bens tradicionalmente tidos como indisponíveis, como o interesse público, e aqueles considerados direitos fundamentais, a exemplo do estado de liberdade individual.

Tanto assim que o artigo 28-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, passou a possibilitar a celebração de acordo de não persecução penal e o artigo 174 do Código de Processo Civil determinou a implementação da extrajudicialização de conflitos a envolver a Administração Pública.

Em matéria de meio ambiente, verificamos que sua natureza econômica de bem não exclusivo e não rival torna possível o raciocínio de que o surgimento e definição de um conflito é, por vezes, sua única ferramenta de proteção.

Não apenas isso, verificamos que diferentemente de outras espécies de bens, em se tratando de um bem ambiental a existência de uma relação conflitiva não significa necessariamente uma ineficiência sob aspecto econômico, ainda que a tutela jurídica do bem ambiental ocorra por meio de um processo judicial.

Ainda assim, a definição do melhor mecanismo de tutela jurídica do meio ambiente ocorre pelo método que empregue de modo mais adequado os recursos necessários à resolução do conflito ambiental, oferecendo-lhe uma solução com uso racional dos recursos necessários ao desenvolvimento do litígio.

Nesse passo, embora seja incipiente a discussão acerca de elementos de redução da litigiosidade em conflitos ambientais, constatamos que os métodos alternativos solução de conflitos podem ser de valia na solução de controvérsias envolvendo o meio ambiente.

É certo, entretanto, a utilização de métodos alternativos à jurisdição estatal deve ser ponderados com a cautela que requer a natureza jurídica do bem ambiental.

Em se tratando de arbitragem, a Lei n.º 9.307/96 delimita seu âmbito de aplicação apenas aos direitos patrimoniais disponível, ao que verificamos que caso eleito este método para solução de um conflito

ambiental, seu âmbito de incidência deveria estar restrito à definição da reparação patrimonial por um dano ao meio ambiente.

Por outro lado, em se tratando de mediação, vislumbrou-se nesse método características que podem ser de especial valia na solução de controvérsias ambientais, em especial pela ampliação da cognição sobre o conflito e a possibilidade de construção de uma solução que atenda ao maior número de interesses que circundam a controvérsia.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Natália Maria Freitas de; ARAÚJO, Lílians Gabriele de Freitas. **A Arbitragem aplicada ao conflito ambiental**. Revista Direito E-nergia, v. 3, n. 2, 14 mar. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5004>. Acesso em: 01 dez. 2021.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal. 9 ed. São Paulo: Método, 2017.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; Boiteux, Fernando Netto. **Manual de direito empresarial**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 1-32, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>. Acesso em: 01 dez 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.307, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.492, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art672. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 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. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

BUENO, Sérgio Luiz José. **Tabelionato de protestos**. 5ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. **Os métodos consensuais e sua cultura evolutiva: redução da litigiosidade e concretização de direitos**. A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, v. 23, 2014. Disponível em: <https://d1wqtx-ts1xzle7.cloudfront.net/36577931> . Acesso em: 26 nov. 2021.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, mai./ago. 2017. Acesso em : 01 dez. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm. 2019.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. São Paulo, Edusp, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Alessandra Vick Coelho da. **Mediação Ambiental**. 2017. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/81108>. Acesso em: 01 dez. 2021.

A INTENSIFICAÇÃO DA INSEGURANÇA ALIMENTAR FACE AO DESMONTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*Daniela Costa Soares Mattar*⁵⁰

*Luís Henrique Rezende*⁵¹

*Marcelo Patrick Carvalho*⁵²

INTRODUÇÃO

Incutido na Constituição Federal, o direito à alimentação, um corolário dos direitos humanos e fundamentais, muito embora seja o mínimo para se garantir a dignidade da pessoa humana, não é satisfatoriamente garantido, sendo a fome, ainda nos atuais idos de 2022, um infortúnio que horroriza nossa sociedade.

Os jornais, amiúde, noticiam a miséria que inúmeros brasileiros enfrentam em seu dia a dia. Decorrente da ausência de programas estatais atinentes à temática, bem como pela situação financeira crítica em que muitos brasileiros se submetem, sobretudo no contexto da pandemia,

50 Doutoranda em direitos fundamentais pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Mestre em direito das Relações Econômicas Empresariais pela Universidade de Franca/SP.

51 Acadêmico de direito da Faculdade Una Divinópolis/MG.

52 Acadêmico de direito da Faculdade Una Divinópolis/MG.

milhões de cidadãos têm seus direitos flagrantemente violados hodiernamente no Brasil.

A displicência estatal em face dos direitos insetos na Constituição causa efeitos corrosivos delicados, eis que culminam na sujeição do cidadão a situações humilhantes e inaceitáveis. Portanto, debater sobre a fome na academia e na sociedade será inevitável enquanto a mazela da desigualdade fizer parte da realidade brasileira.

Sendo assim, o presente estudo visa propor uma reflexão acerca da (in)eficácia das políticas públicas de combate à fome existentes no Brasil em contraponto com a abundância de alimentos e o seu desmoderado desperdício. Busca-se, outrossim, tecer breves comentários sobre o furto famélico, o qual é considerado um problema social em ascensão, tendo em vista as trágicas consequências econômicas ocasionadas pela pandemia de COVID-19.

Quanto à metodologia, valeu-se da pesquisa bibliográfica ao coletar recursos através de artigos científicos, livros, doutrinas, revistas jurídicas e textos acadêmicos de matérias relacionadas ao direito, bem como da pesquisa documental através de uma análise jurisprudencial e de diplomas legais.

Por fim, foi utilizada a técnica qualitativa, uma vez que o presente estudo busca examinar evidências baseadas em dados para compreender o fenômeno da insegurança alimentar face ao desmonte das políticas públicas, visando obter um entendimento profundo acerca do tema.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA FLAGRANTE VIOLAÇÃO FRENTE À PECHA DA FOME

A fome em nosso país é um problema histórico:

As raízes da fome brasileira encontram-se no processo histórico-político da formação da economia, tendo suas origens no período colonial, nos séculos XVI até o XIX, relacionadas com a prioridade do mercado exportador de matéria-prima, como açúcar, tabaco, ouro, diamante, algodão e café sobre o mercado interno

que inclui a mandioca, feijão e milho, e da concentração da riqueza da colônia nas mãos de poucos proprietários. Inicialmente, a população que tinha como base a cultura da cana-de-açúcar e o trabalho escravo se fixou ao longo do litoral. Existiam, nesse ambiente, homens livres, como os lavradores que alugavam terras e produziam cana para outros engenhos, pedreiros, carpinteiros e especialistas na produção do açúcar; essa população consumia cerca de 25% da receita do engenho, além de comerciantes, traficantes de escravos, funcionários da coroa, religiosos, mestiços, mendigos e prostitutas. A alimentação inicial, trazida pelos primeiros colonos portugueses, continha frutas, legumes e verduras, não foi mantida no Brasil pela população mais pobre, pois esta foi obrigada a abandonar a policultura pela monocultura da cana-de-açúcar. (CASTRO, 2004, p. 57; PRAZERES, 2005, p. 42).

Infelizmente a fome e a desigualdade social, resultado de uma má distribuição de renda, não foram uma pecha somente do período da colonização, tendo atravessado toda a constituição da sociedade brasileira e permanecido até os dias atuais, que mesmo com significativos avanços na salvaguarda de direitos, ainda nos impede de constatar condições dignas e igualitárias para todos os cidadãos.

Partindo da ideia de que a dignidade da pessoa humana é inerente ao ser humano, gerando um complexo de direitos e deveres fundamentais, sua análise deve ser feita sob o aspecto jurídico. O legislador brasileiro buscando alcançar proteção máxima a esse princípio, incorporou-o na Constituição de 1988, dentre um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o dotando de caráter jurídico normativo e plena eficácia na ordem constitucional.

Disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988: “Art. 1º: República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade humana é característica fundamental do Estado Democrático de Direito. De acordo com Farias e Rosenthal:

A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como conseqüências naturais. i) o respeito a integridade física e psíquica das pessoas; ii) a admissão de existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade (FARIAS, ROSENTHAL, 2009, p.91).

Séguim (2005) diz que o homem deve ser respeitado em sua dignidade, em seu valor de fim e não de meio, pois a dignidade da pessoa humana, que, como conseqüência, impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana tem implicações as quais é dever do Estado zelar pela ocorrência de condutas efetivas que visem proteger e gerar condições para que os indivíduos possam viver dignamente em um ambiente com qualidade para todos, de modo a garantir o progresso de uma nação. Além do mais, uma alimentação adequada está intimamente ligada ao direito à saúde à vida.

Lamentavelmente, a dignidade humana é, dia após dia, afrontada nas mais diversas formas, sobretudo quando o mínimo existencial não é garantido à pessoa. A fome é considerada um fenômeno geograficamente mundial, por meio do qual milhões de indivíduos sofrem, cotidianamente, com as suas nefastas conseqüências. Não há, portanto, nenhum continente capaz de se livrar desta chaga social que assola a humanidade desde os primórdios. A propósito:

A má nutrição e a fome são problemas de magnitude inestimável e enquanto subsistirem serão considerados ofensivos à consciência da humanidade. Sob esse prisma, o dever da União não se limita ao combate dos efeitos da pobreza, mas deve ser estendido até a total eliminação de suas causas, de forma que haja efetiva e

verdadeira melhora na qualidade de vida dos indivíduos e da população considerada em seu todo (NUNES, 2006, p. 70).

Acerca disso, Foucault (2008, p. 40) preleciona que tal problemática não é apenas uma relação do espaço com o meio, é a relação do governo com o acontecimento. Neste sentido, ao perquirir sobre a fome, mister consignar que esta se origina da pobreza e tudo que se correlata com o viés econômico, a qual, muitas vezes, é ocasionada pela omissão estatal principalmente no que se refere ao desemprego e a má distribuição de renda.

Em geral, a conceituação de pobreza leva em conta a renda das famílias, seja ela monetária ou não, e uma linha de pobreza assentada no custo previsto para obtenção das necessidades básicas. Contabilizam-se como pobres as famílias cuja renda seja inferior à linha da pobreza. Quando a linha da pobreza se baseia apenas no custo da alimentação, fala-se em pobreza extrema, indigência ou mesmo em insegurança alimentar (MONTEIRO, 2004).

Por sua vez, a fome é a falta de alimento, na medida em que comer é uma necessidade fisiológica do indivíduo para viver e sobreviver. Já a escassez alimentar é a insuficiência atual da quantia necessária de alimentos para a subsistência humana.

Foucault (2008, p. 40), em análise sobre o tema, assim preceitua:

A escassez alimentar é um estado de raridade de gêneros que tem a propriedade de gerar um processo que a traz de volta e, que tende, se não houver outro mecanismo que venha detê-la, a prolongá-la e acentuá-la. É um estado de raridade, de fato, que faz os preços subirem. Quanto mais os preços sobem, mais os que detêm os objetos escassos procuram estocá-los e açambarcá-los para os preços subirem mais ainda, e assim até o momento em que as necessidades mais elementares da população deixam de ser satisfeitas.

Uma técnica de regulação econômica para prevenir a escassez é analisar os fenômenos, através das políticas de incentivo e supressão de estocagem de alimentos, de modo a manter os preços acessíveis e garan-

tir e equilíbrio entre estoque e permissão de exportação (FOUCAULT, 2008, p.50).

2. A SUBTRAÇÃO DE ALIMENTOS COMO MEIO DE GARANTIA DA SUBSISTÊNCIA

Nada obstante o presente trabalho vise tratar da fome sob o ângulo das políticas públicas, afigura-se pertinente realizar uma digressão sob o enfoque do direito penal. Como é sabido, a seara penalista possui como uma de suas características a subsidiariedade, isso é, portanto, dizer que esta vertente do direito é a *ultima ratio*.

Furtar alimentos, visando saciar sua fome infelizmente é uma realidade muito mais frequente do que se possa imaginar. Muitas vezes, em face da ausência de possibilidades, bem como da inarredável situação de fome, o furto torna-se o único de modo de prover algo para alimentar-se.

Evidentemente, de modo geral, quem subtrai produtos alimentícios não o faz para enriquecer-se, mas sim pela imediata indispensabilidade. Portanto, o furto famélico se revela mais como uma problemática social, em virtude da desigualdade e da escassez de oportunidade do que de crime.

Sobre o tema, assim preleciona o penalista Nelson Hungria:

Furto necessitado. Desde a Idade Média, por influência do direito canônico, se reconhecia a impunibilidade do furto famélico, isto é, do furto praticado por quem em estado de extrema penúria, é impelido pela fome (*coactus fame*), pela inadiável necessidade (*propter necessitatis vim*) de se alimentar. Discutiam os doutores sobre o fundamento de tal impunibilidade: ora se dizia que a necessidade excluía o dolo específico do furto, ora que fazia retornar as coisas ao primitivo estado de comunhão (*necessitas legem*). A Carolina expressamente isentava de pena o furto quando premido o agente pela necessidade de se alimentar a si próprio e à sua família. Na França, ao tempo do bom juze MAGNAUD, o furto necessitado foi um tema rumorosamente debatido, e como o Código de Napoleão não contemplasse, como excludente de

crime, o estado de necessidade, a isenção de pena foi admitida, em famosa decisão do Tribunal de Chateau-Thierry, porque ‘a fome é suscetível de privar parcialmente a todo ser humano o livre-arbítrio e reduzir nele, em grande parte, a noção do bem e do mal’. Presentemente, o estado de necessidade figura nos códigos penais em geral como discrimine, e na sua órbita se inclui o furto famélico. (HUNGRIA, 1980, p.34).

De modo geral, os Tribunais Superiores reconhecem a situação de atipicidade material no caso de furto de pequena quantidade de alimentos. Porém, mormente pela situação de reincidência dos autores desse delito, que nunca serão primários da fome, a condenação pelo delito de furto permanece como medida aplicável, o que não resolve com eficácia a problemática, eis que a razão pela qual levou o agente a praticar o crime permanece assolando.

3. A PIORA DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO BRASIL EM VIRTUDE DA PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS DESDOBRAMENTOS

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde elevou o estado da contaminação do coronavírus à pandemia de Covid-19, doença causada pelo vírus Sars-Cov-2. Segundo o diretor-geral da citada organização: “o termo ‘pandemia’ se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade. A designação reconhece que, no momento, existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo.”⁵³

A partir desse momento, houve uma mudança significativa no modo de funcionamento de todas as coisas, haja vista que as adoções de medidas sanitárias se tornaram necessárias para evitar a proliferação do vírus. Lavar as mãos constantemente, uso de máscaras de proteção e álcool em gel, distanciamento social, e outras precauções tornaram-se habituais em todos os ambientes.

53 Disponível em <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 25 set. 2022.

Em meio a grave crise sanitária instalada em virtude do vírus, piorava-se também a economia brasileira. O gerenciamento desastroso da pandemia descontrolada afetou consideravelmente o cenário econômico. Sendo assim, como corolário lógico da alta taxa de desemprego causada pelo contexto pandêmico, bem como pelo aumento da inflação, que ocasiona um aumento considerável no preço dos alimentos, o simples e indispensável ato de se alimentar torna-se um verdadeiro desafio para milhões de brasileiros.

3.1 BRASIL: SUCESSO NAS EXPORTAÇÕES DE ALIMENTOS X AUMENTO DA FOME NO PAÍS

Conforme matéria publicada em agosto de 2022 no Jornal Folha de São Paulo, o Brasil é o maior exportador líquido de alimentos de todo o mundo, atingindo nos últimos 12 meses a monta de R\$716 bilhões de reais em exportações. Fazendo um paralelo entre exportação e importação de alimentos, infere-se que a cada US\$ 1 importado, o Brasil conseguiu dez vezes mais nas exportações no presente ano.

Todavia, mesmo com números aparentemente positivos, o brasileiro está com dificuldade de pôr arroz e feijão na mesa. Segundo pesquisa do Datafolha, um terço dos entrevistados alegaram não ter comida suficiente na mesa. Do período de 2019 para cá, os alimentos tiveram um aumento de 54% em seus preços, bem acima da inflação geral, que representa 28%, referente ao mesmo período⁵⁴.

O setor do agronegócio fomenta a insegurança alimentar. Segundo Yamila Goldfarb, doutora em ciências humanas pela USP, o cenário de fome, mesmo com a produção de alimentos nas alturas é motivado por uma decisão política, que investe na atividade agropecuária sem foco no abastecimento interno. Consigna a citada especialista (GOLDFARB, 2021)⁵⁵ “É uma aposta em um setor que produz *commodities* para exportação e que não está produzindo de fato alimento que vai para a mesa dos brasileiros”.

54 Disponível em <https://www.poder360.com.br/pesquisas/datafolha-26-nao-tiveram-comida-suficiente-para-se-alimentar>.

55 Disponível em: <https://bityli.com/AeiCvIL>. Acesso em: 20 set. 2020.

Sabe-se que a insegurança alimentar no país é multifatorial. Portanto, para que o preço dos alimentos abaixe e a fome deixe de fazer parte da realidade cotidiana, far-se-á necessário que o poder executivo priorize a elaboração de políticas públicas visando estimular a produção interna de alimentos, bem como a regularização de territórios para o fortalecimento da agricultura familiar.

3.2 O MAPA DA FOME COMO FORMA DE MAPEAMENTO DA INSEGURANÇA ALIMENTAR

Criado pela Organização das Nações Unidas, o Mapa da Fome é uma ferramenta elaborada com a finalidade de analisar e indicar os países que não tem acesso adequado aos alimentos. Segundo o diretor do Programa Mundial de Alimentos da ONU, Daniel Balaban:

“O mapa da fome da ONU é um mapa-múndi criado no início deste século para mostrar para todos, de uma forma gráfica, os países do mundo onde existe fome. Então, todos os países do mundo onde a fome está acima de 5% da população, o país começa a ter uma cor um pouquinho mais escura.” (BALABAN, 2021, Disponível em <https://bitly.com/yByRgiGU>. Acesso em 19 set. 2022).

Em 2014, o relatório da ONU indicou a saída do Brasil do Mapa Mundial da Fome após dados indicarem a redução da fome no país. Segundo Tereza Campelo, ministra do Desenvolvimento Social e Combate à Fome à época, um dos principais motivos pela melhora nos indicadores é colocar o tema como prioridade (CAMPELO, 2014).

Entretanto, em decorrência do desmonte de políticas públicas voltadas ao combate da fome, lamentavelmente o Brasil retornou ao Mapa da Fome no ano de 2018, ocasionando em um nítido retrocesso ao propósito da promoção do direito à alimentação saudável e adequada.

No início de julho do presente ano, fora divulgado o relatório sobre o estado da segurança alimentar e da nutrição do mundo, onde consta-

tou-se, através do levantamento realizado que, entre 702 e 828 milhões de pessoas passaram fome no ano de 2021.

Ainda de acordo com o relatório da FAO, Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, agência voltada para o combate à fome e à pobreza, no período compreendido entre 2019 e 2021, 61,3 milhões de brasileiros, o que representa quase três em cada dez habitantes, lidaram com alguma forma de insegurança alimentar.

4. AVANÇOS E RETROCESSOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO COMBATE À FOME

A atual conjuntura brasileira é caracterizada por fortes crises, sejam elas, econômica, social, política e moral. O povo brasileiro vive tempos sombrios, marcados por insegurança generalizada, abandono da solidariedade e descaso às necessidades básicas do cidadão. Um período onde o medo da fome, da miséria, da violência e do desemprego, a cada dia se faz mais presentes, intensificado, sobretudo, com as drásticas consequências oriundas da pandemia de COVID-19.

Por este ângulo, tais problemas vêm se tornando empecilhos ante o contexto histórico de globalização da solidariedade e de igualdade como requisitos instituidores da noção de cidadania. A fome presente no Brasil é corolário da ausência da preocupação estatal na efetivação de uma gestão social, sendo esta, atualmente, baseada em políticas assistencialistas ineficazes, com o intuito único de responder a lógica neoliberal do mercado externo.

A proteção do “Estado Mínimo” e a negligência por parte do atual governo federal em concretizar políticas públicas no combate à fome, em meio a abundância de alimentos e o seu demasiado desperdício, foram intensificando o cenário de precarização da qualidade de vida da população em vulnerabilidade, de modo que qualquer manifestação de política inclusiva é consecutivamente refutada e culpabilizada de assistencialista.

O principal desafio dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM durante a época de sua criação, em 2000, era garantir que a globalização se tornasse uma realidade palpável para todos os povos do mundo, já que seus benefícios sempre foram compartilhados de maneira

desigual entre os países devido às disparidades entre nações que estavam em um amplo desenvolvimento econômico e nações que viviam constantes momentos instáveis de economia em transição (ROMA, 2019).

O ODM mais expressivo é o primeiro: acabar com a fome e a miséria, que possuía como objetivo erradicar a extrema pobreza e a fome. Em virtude da redemocratização e do período de transição para o século XXI, é possível constatar maiores movimentações estratégicas de políticas públicas para o combate à fome em razão da pressão internacional exercida pelas metas da ONU e pelo próprio agravamento da pobreza e vulnerabilidade alimentar da população brasileira.

Todavia, somente com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva (Partido dos Trabalhadores) em 2003 que o tema passou a ocupar um papel de destaque nas políticas públicas do governo, alcançando medidas mais incisivas e tangíveis para a diminuição da insegurança alimentar. A proposta central do primeiro governo Lula (2003–2006), era constituída por ações que pretendiam combater a fome para além de doações, bolsas e projetos de caridade, como um país agroexportador e uma potência econômica mundial (BARBOSA, SOUZA, 2009).

A partir da gestão de Lula, o Estado passa a dar maior relevância às questões sociais, de maneira a propiciar a inclusão social das famílias de baixa renda, com acesso à nutrição, educação, saúde e bens de consumo. Neste espeque, em 2003 foi criado o projeto Fome Zero, com o intuito de fomentar, além das ações estruturais de erradicação da fome, políticas de apoio à agricultura familiar, o direito à complementação de renda, o aumento da distribuição de merenda escolar e apoio a programas implementados a partir desses princípios por parte dos governos estaduais e municipais.

As ações do programa consistiam no auxílio financeiro às famílias mais pobres, criação de cisternas no sertão nordestino, bem como construção de restaurantes populares e distribuição de vitaminas e suplementos alimentares para combater a subnutrição (BARBOSA, SOUZA, 2009).

Em 2004, com vistas a aperfeiçoar o desenvolvimento social, foi criado o programa Bolsa Família, por meio da qual havia a transferência de renda para famílias em situação de extrema pobreza e tinha como principais condições para acesso ao benefício o acompanhamento de nu-

trição, da saúde e da frequência escolar das crianças cujo grupo familiar era beneficiado.

No final de 2005, o valor total do Bolsa Família alcançou a cifra de 0,3% do PIB, beneficiando 8,7 milhões de famílias. Importante frisar que tal programa não se limitava à transferência direta de renda, mas colaborou para o acesso efetivo das famílias aos serviços básicos de educação, saúde e assistência social, além de integrar-se com outras ações e programas do governo e sociedade civil voltados ao desenvolvimento de alternativas de ocupação, geração de renda e elevação do bem-estar das famílias pobres (MERCADANTE, 2010, p. 12).

Não se pode olvidar que, após a saída do Brasil do mapa da fome, em 2014, a Organização Mundial das Nações Unidas mudou sua abordagem de divulgação de dados, passando a adotar a chamada “Agenda 2030”, que dispõe sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Segundo a ONU, em 2015, definiu-se os ODS como: “[...] um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade” (MERCADANTE, 2010, p. 12).

Outrossim, mister consignar que o contexto brasileiro antes da pandemia de COVID-19, apresentava uma conjuntura política polarizada, uma crise econômica, com altas taxas de desemprego e reformas no aparato institucional de proteção social, além de demonstrar, conforme dados do IBGE (2019), um crescimento no número de pessoas vivendo em situação de extrema pobreza, totalizando 13,5 milhões. Soma-se a isso o progressivo desmonte dos programas e políticas relacionados a projetos de segurança alimentar e combate à fome. Entre os exemplos a serem citados está a extinção do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) (FREITAS, 2020).

A extinção do CONSEA ocorreu com a edição da Medida Provisória n.º 870/19 no primeiro dia de mandato de Jair Messias Bolsonaro (Partido Social Liberal, 2018-2019) em 2019. A organização era responsável por políticas de combate à fome nos últimos 15 anos e desempenhava um papel formidável no supervisionamento do problema da segurança alimentar. Entre seus poderes, estava o de convocar conferências nacionais, gerir a Política e o Plano Nacional de Segurança Alimentar e

Nutricional⁶ além de ser a principal ferramenta da sociedade civil para dialogar com o governo acerca das demandas de segurança alimentar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão da temática relacionada ao direito à alimentação adequada, como forma de garantia ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, tiveram transmutações ao decorrer da história, entretanto, permanece no cerne da realidade de milhões de pessoas.

Os estudos acerca da problemática da fome no Brasil são uníssomos ao apontar que a falta de renda para alimentar-se satisfatoriamente, configurada em estado de pobreza, é o retrato da desigualdade social existente no país, aliada aos elevados níveis de desemprego e a carência de políticas públicas na seara da segurança alimentar.

Verifica-se que a insegurança alimentar é um problema antigo e quase sempre subestimado pelos governantes, sendo corolário de causas multifatoriais, ao passo que a implementação de ações de combate à fome beneficiará, sobremaneira, a luta contra a pobreza.

Constata-se que o crescente número de furtos familiares tem raízes na desigualdade social permeada no Brasil desde os primórdios e intensificada com o advento de crises econômicas por ocasião do surgimento da pandemia da Covid-19. Todavia, a seara penalista não deve ser invocada neste tipo de delito, eis que o direito penal se destina tão somente a violação de bens jurídicos irrenunciáveis.

Noutro giro, em que pese o Brasil ostentar excelentes índices de exportação de alimentos, a realidade é que falta comida na mesa de muitos brasileiros, fato este causado pelo aumento dos preços no mercado interno, eis que o agronegócio prioriza a venda de alimentos para outros países visando tão somente o lucro, bem como pelo considerável desperdício de produtos do gênero alimentício.

Outrossim, restou amplamente evidenciado que os indivíduos que já se encontravam em situação de vulnerabilidade e risco antes da propagação do vírus SARS-CoV-2 são os que mais sofreram com os drásticos efeitos da pandemia, realçando profundamente as discrepâncias sociais, étnico-raciais e de gênero. A fome abrange a adesão de políticas públicas sociais que englobam a redistribuição de renda e de poder, devendo a

sociedade civil se organizar para defender tais medidas, as quais necessitam de fortalecimento por parte do Estado com a observação contínua da população.

Todavia, para que haja a concretização de tais políticas sociais é imprescindível que estas sejam emancipadoras, de modo a contribuir para a cidadania, na medida em que o direito à alimentação é fruto das constantes lutas sociais e das ações da minoria para que a fome pudesse ser discutida e seu enfrentamento se tornasse uma obrigação social. Assim, caso não haja a contribuição da cidadania, referidas políticas serão consideradas apenas como meios tuteladores ou assistencialista.

Por derradeiro, revela-se esclarecido que somente com a priorização do combate à insegurança alimentar por parte do poder executivo, mediante prestações positivas eficazes, bem como através do esforço de toda a sociedade civil, construir-se-á um Brasil mais justo e equânime.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Nelson; SOUZA, José Antônio Pereira de. **A Inflexão do Governo Lula: Política Econômica, Crescimento e Distribuição de Renda**. Disponível em: <https://nodocuments.files.wordpress.com/2010/03/barbosa-nelson-souza-jose-antonio-pe-reira-de-a-inflexao-do-governo-lula-politica-economica-crescimento-e-distribuicao-de-renda.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

CASTRO, Josué de. **Geografia da Fome**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil Teoria Geral**. 7. ed. atual. Pela Lei nº11.382/06 (que alterou o Código de Processo Civil e o regime de impenhorabilidade). 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Líder mundial nas exportações líquidas de alimentos, parte do Brasil passa fome**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vaivem/2022/08/lider-mundial-nas-exportacoes-liquidadas-de-alimentos-parte-do-brasil-passa-fome.shtml>. Acesso em: 09 set. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população: curso dado no College de France (1977-1978)** _Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOV.BR. **Relatório indica que Brasil saiu do Mapa Mundial da Fome em 2014**. Disponível em <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2014/setembro/relatorio-indica-que-brasil-saiu-do-mapa-mundial-da-fome-em2014-#:~:text=%E2%80%9CPara%20um%20Pa%C3%ADs%20conseguir%20combater,essencial%2C%20n%C3%A3o%20vai%20acabar%E2%80%9D>. Acesso em: 20 set. 2022.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, vol. VII, p. 34, 1980.

MERCADANTE, Aloízio. **As Bases do Novo Desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)**. 537f. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010, p. 12.

MONTEIRO, Carlos Augusto. **A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/PcfwPvTcqCT7P4vS8KFZYjQ/?lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2022.

NUNES, Mérces da Silva. **O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: Efeitos adversos dos alimentos industrializados e a saúde humana**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012534.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

ONU BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**, 2015. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 17 set. 2022.

ONU BRASIL. **Relatório sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 17 set. 2022.

OPAS. **Histórico da pandemia de COVID-19**. Disponível em <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 25 set. 2022.

PODER360. **Datafolha: 26% não tiveram comida suficiente para se alimentar**. Disponível em <https://www.poder360.com.br/pesquisas/datafolha-26-nao-tiveram-comida-suficiente-para-se-alimentar/>. Acesso em: 25 set. 2022.

ROMA, Júlio César. **Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252019000100011. Acesso em: 17 set. 2022.

ROSÁRIO, Fernanda. Agência de Jornalismo Alma Preta. **Agro-negócio é o principal responsável pela fome no Brasil, aponta estudo**. Disponível em <https://almapreta.com/sessao/cotidiano/agronegocio-e-o-principal-responsavel-pela-fome-no-brasil-aponta-estudo>. Acesso em: 10 set. 2022.

SÉGUIN, Élidea. **Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

UNA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do Novo Coronavírus**. Disponível em [https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%Bade%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%Adrus,-Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars-Cov-2\)](https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%Bade%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%Adrus,-Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars-Cov-2)). Acesso em: 18 set. 2022.

UOL. **Brasil volta ao mapa mundial da fome**. Disponível em <https://www.band.uol.com.br/noticias/jornal-da-band/ultimas/brasil-volta-ao-mapa-mundial-da-fome-16346961>. Acesso em: 19 set. 2022.

A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA DO TRABALHO PARA RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DECORRENTES DE DECISÕES TRABALHISTAS

*Fernando Nogueira Bebiano*⁵⁶

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exibe um dualismo ideológico no que se refere aos Direitos fundamentais (valorização do trabalho humano e livre-iniciativa), por um lado apresenta-se sob a perspectiva neoliberal, pois “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de

56 Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de ensino superior (Curso de Direito). Membro do Grupo de pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem da UNESA. Advogado atuando nas áreas Cível, Empresarial, Trabalhista e Previdenciária.

órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (parágrafo único, Art. 170, CF/88), ou seja, a livre iniciativa, também prevista no art. 1º, IV. Mas o Estado do bem-estar Social também tem por meta garantir o desenvolvimento nacional, (consubstanciado na valorização do Trabalho humano), e a proteção a previdenciária, princípios fundamentais catalogados, também, no rol dos Direitos Sociais (art. 6º).

O sistema de justiça do trabalho é dinâmico e aberto, portanto, não tem caráter, exclusivamente positivista. A sociedade vive em constante transformação, havendo a necessidade de o Direito acompanhar estas mudanças. Mas como ele pode servir a esta nova realidade que se apresenta à ceara trabalhista? Onde as regras de Mercado Econômico são ditadas sob a ideologia neoliberal, precarizando a forma de trabalho, dando ênfase ao fenômeno da flexibilização e desregulamentação (Pejotização, Trabalho a Zero Hora etc.)? Qual será a consequência desses fenômenos na Previdência Social? Assim, objetivou-se avaliar como o sistema de justiça trabalhista se comporta diante dessa crescente informalidade no mercado de trabalho, que tem corroído o Sistema Nacional de Seguridade Social, visto que a fonte de custeio fica cada dia mais comprometido.

1. SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

O Direito é produto das relações humanas em sociedade, resultado dos costumes que nasceram juntos com a civilização, pois era imprescindível um mínimo de ordem e controle para que os homens pudessem viver em harmonia (REALE, 2002).

A sociedade vive em constante transformação, sendo que é firme o entendimento que vivemos uma nova era do direito, que supera o paradigma positivista e estabelece outra forma de aplicar e pensar o direito.

Assim, o artigo será desenvolvido adotando-se, também, o critério de sistema normativo dinâmico, nesse sentido, Norberto Bobbio, citado por Morais, “compreende o “direito como um conjunto orgânico de norma”, isto é, o Direito como “um caráter de certos ordenamentos normativos mais que certas normas”, pois “o termo direito, na acepção mais comum do direito objetivo, indica o tipo de sistema normativo,

não tipo de norma (MORAIS, 2015, p.22)”. Desta forma, oportuno destacar que, ao adotarmos o sistema normativo dinâmico, estamos re- futando qualquer pensamento jurídico exclusivamente positivista.

O modelo estrutural de justiça (gestado em ambiente liberal) era compatível com a Constituição da República do Brasil de 1967, visto que ela não priorizava os direitos fundamentais, contudo, o modelo tornou-se insuficiente com a promulgação da Constituição da República do Brasil de 1988 (Constituição Cidadã).

Isto porque, a (Constituição Cidadã) catalogou um rol de direitos fundamentais, sendo o modelo de justiça brasileiro inadequado para dar efetividade aos referidos direitos, mostrando a necessidade de renovação, já que, apenas o modelo romano-germânico (*civil law*) desenvolvido na ideologia positivista, mostra-se insuficiente.

Pedro Paulo Guerra de Medeiros, citado por Lima Junior, discorrendo sobre essa mutação no modelo de justiça brasileiro, chegou à seguinte conclusão:

[...] O Brasil se encontra hoje em uma estranha posição relativamente à sua filiação jurídica. Nos livros de doutrina ele pertence, como digo, ao tronco da civil Law. Entretanto, no plano normativo essa petição de princípio é desmentida. De fato, ao lado de incontestável predomínio da regra escrita existe a supremacia da vinculação a uma decisão tomada por um tribunal mais alto. [...] (Lima Junior, 2015, p.92).

Nesse sentindo, Jaime Domingues Brito e Fábio Luiz de Oliveira, citado por Lima Junior, afirmam que “Não há dúvida de que o sistema jurídico brasileiro tem se aproximado do sistema da common law que vigora na Inglaterra e nos EUA (LIMA JUNIOR, 2015, p.91).”

A globalização da economia, a criação de blocos econômicos, o comércio entre os vários povos, o aumento das comunicações entre os Estados e a necessidade de maior segurança jurídica entre os vários sistemas jurídicos, caracteriza “um processo de aproximação gradual, ou melhor, fusão dos dois maiores sistemas jurídicos do mundo ocidental,” a saber, o *common law*, também denominado de direito an-

glo-saxônico ou Inglês, e o *civil law*, de origem romano-germânica ou continental. E:

O elemento mais marcante no processo de aproximação da jurisdição brasileira do regime do common law, contudo, foi a súmula vinculante. Também introduzida no contexto da reforma do Poder Judiciário, efetuada pela EC nº 45/2004, a súmula foi idealizada como um meio capaz de prevenir litígios pela pacificação de controvérsias em enunciado que passaria a cristalizar a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre dispositivo ou questão jurídica constitucional, dotado de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública em geral. (LIMA, 2015, p.243).

Quanto à natureza jurídica da súmula vinculante, entende-se que “[...] possui eficácia *erga omnes*, ou seja, sua destinação é geral, extrapolando as fronteiras dos julgados; e vinculante, no sentido de ser obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração. Possui, portanto, conteúdo normativo, aproximando-a da lei, em sentido estrito”. Portanto “é o judiciário, pois, nos dias atuais, também na tradição romanista, não apenas um guardião e tradutor do direito, mas um agente de criação da norma jurídica (LIMA JÚNIOR, 2015, p. 262)”.

1.1 SISTEMA DE JUSTIÇA DO TRABALHO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao contrário da Constituição de 1967, prioriza os direitos fundamentais, portanto, conflita com o sistema de justiça trabalhista que ainda está estruturado em ideais Liberais do século XIX. O então modelo de justiça trabalhista brasileiro, que tem origem no século XIX, formatado em um ambiente histórico liberal não acompanha a principiologia e axiologia dos direitos neoconstitucionais.

Esse comprometimento da Constituição de 1988, centrado no “objetivo do bem-estar” e “justiça social”, respaldada nas bases fundamentais da República brasileira, apoia-se nos princípios “da cidadania e da

dignidade da pessoa humana”. Essa é a estrutura do princípio de justiça social.

O Estado Democrático de Direito, apoiada nos valores neoconstitucionais, prioriza a efetivação dos direitos fundamentais e, para objetivo do presente trabalho, especialmente, o direito do trabalho e a previdência, esta, dentro do Sistema Nacional de Seguridade Social.

O sistema de justiça concebido pelas ideias do modelo liberal mostra-se insuficiente para dar concretude aos direitos fundamentais, portanto, o modelo positivista apoiado no *civil law* vem perdendo espaço para o modelo Inglês *common law*, fato que ficou mais evidente após a EC 45/2004 que introduziu no sistema a súmula vinculante, nos moldes citado alhures (Art.103-A).

Por outro lado, Morais “explica que a jurisprudência, como decisões judiciais uniformizadas, assume função criadora, “o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma (individual) que vem completar o sistema objetivo de Direito (MORAIS, 2015, P.44).”

Neste sentido, a jurisprudência possui função criadora de direito, revelando-se força determinante da experiência jurídica. Morais, afirma, a propósito dessa função criadora é “muitas vezes, inovar em matéria jurídica estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos (MORAIS, 2015, P.36)”.

Na edição italiana da obra *Giudici Legislatori? – no Brasil recebeu o título de Juízes legisladores? “Do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são law-making processes.” Assim, quando os tribunais superiores realizam uma criação jurisprudencial, acabam por exercer “poderes de regulação processual como ocorre nos países da *common law* (MORAIS, 2015, P.49).”.*

Ademais, não há diferença “ontológica entre as súmulas e as súmulas vinculantes, não havendo distinção em essência entre elas, pois, no atual contexto e diante da função do STF, (é impossível entender que as suas decisões, proferidas em sede de controle difuso, possam não ter eficácia vinculante ou obrigatória (MARINONI, 2013, p.487).” Observa-se que Marinoni entende que não há, em essência, diferença entre

súmulas e súmulas vinculantes do STF, por entender que a decisão proferida em sede de controle difuso tem eficácia vinculante ou obrigatória.

Nesse cenário não há como negar eficácia vinculante as súmulas e Orientações Jurisprudências do TST, pelo critério infraconstitucional, com entrada em vigor da Lei n.º 13.015/14, que regulamenta a uniformização da jurisprudência, entre outras medidas.

Eugênio Cesário Rosa (2015), Desembargador do TRT 18.^a Região, aduz que “Como foi regulamentada a Lei n. 13.015/14, a jurisprudência do TST passa a ser vinculante e geradora de um procedimento inusitado, que obriga o órgão julgador a julgar de novo, se julgou contrário a ela.

Eugênio Cesário Rosa (2015), chama atenção, será o Fim da Instância Ordinária da Justiça do Trabalho? Interna corporis, abaixo do TST a Justiça do Trabalho deixa de ser composta por órgãos judiciais, com competência para dizer o direito. Passamos a ser meros fiscais e aplicadores da jurisprudência do TST. Pareceristas a dizer o que nela prevalece. Independência judicante da Instância Ordinária Trabalhista acaba aqui.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Lenza, conceituando neoconstitucionalismo, aduz que “a doutrina passa desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominado, neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo (LENZA, 2012, p.61).”

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a “concretização das prestações sociais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para implantação de um Estado democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo (LENZA, 2012, p.64).”

Foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo direito Constitucional, “a reaproximação entre direito e a ética, o direito e a moral, o direito e a justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e sua ascendência ao filtro axiológico de todo

e sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (LENZA, 2012, p.62)”.

Pontua-se que no neoconstitucionalismo busca-se, dentro dessa nova realidade, “não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da constituição, deixando de ter o texto um caráter meramente retorico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2012, p.62).”

3. ESTADO DEMOCRÁTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O texto da constituição passa ser efetivo, ganhando força normativa com objetivo de concretizar os direitos fundamentais e os direitos da dignidade humana.

Segundo Delgado, “O paradigma do Estado democrático de direito constrói-se em torno de três eixos centrais: a pessoa humana e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva, a sociedade civil, também democrática inclusiva (DELGADO, 2015, p.53).” Então:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação é a Constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e, “inalienáveis” do indivíduo (AMARAL, 2008, p.60).

A jurisprudência está em estudo, contudo, ao menos empiricamente, tanto o STF quanto o TST, vêm adotando e aplicando os direitos fundamentais as relações privadas.

No mesmo sentido o TST, exemplificando, pode-se citar o julgamento no RR nº. 462.488/1998182, no qual se declarou a nulidade de demissão ocorrida em razão de idade, por vulnerar os artigos 5º, caput, e 7º, inciso XXX, da CF. Nesse julgamento, os direitos fundamentais são aplicados às relações privadas.

4. DIREITOS SOCIAIS

O Estado Democrático de Direito é concebido com base em dois fundamentos: respeito aos direitos fundamentais/sociais e democracia. “O Estado Democrático de Direito é, portanto, um plus em relação ao Estado Social, na medida em que o Direito é visto como instrumento necessário à implantação das promessas de modernidade não cumprido pela Estado Social (ROESLER, 2014, p.82)”. Assim:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade Constitucional da realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um Plus normativo em relação ao direito provedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito [...] Desse modo, se a Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações [...] é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do estado não foram (ainda) cumpridas [...] A noção do Estado democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada a realização dos direitos Fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de Plus normativo do estado democrático de direito (ROESLER, 2014, p.82).

A Constituição Federal de 1988 “estabelece uma ordem econômica e financeira voltado alcançar a justiça social. Desse modo, salvaguarda o capitalismo social democrático, dando prioridade ao valor do trabalho humano (ROESLER, 2014, p.82)”. A valorização do trabalho e a efetividade dos direitos sociais resguardam a própria democracia, além de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Para José Afonso da Silva, citado por Roesler, os direitos sociais podem ser entendidos como dimensão dos direitos fundamentais do homem, sendo eles prestações “positivas proporcionadas direta ou indiretamente pelo Estado, constantes de normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vidas aos mais necessitados e que

tendem a realizar igualdade de situações sociais desiguais (ROESLER, 2014, p.88)”. Os direitos sociais foram incorporados às constituições como valores essenciais da dignidade da pessoa humana.

O art. 6º da CF de 1988 diz que são direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, à maternidade e à infância, assistência aos desamparados na forma desta constituição”. E:

Os direitos sociais devem ser interpretados como com o título da ordem social, que tem por base o primado do trabalho, e como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais”. Portanto, a constituição coloca os direitos dos trabalhadores como os direitos sociais e o trabalho como a base fundamental da ordem econômica vigente (ROESLER, 2014, p.83).

4.1 VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO X LIVRE-INICIATIVA

A CRFB de 1988 representa a ideologia política e os objetivos do Estado Democrático brasileiro, que estão expressamente dispostos no rol de diretrizes no seu art. 3º. Entre eles, o princípio da Solidariedade, bem como: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos.

Uma das inconsistências produzidas pelo sistema político, que tem o condão de provocar inconstitucionalidades, desestabilizando o subsistema jurídico, é desarmonia principiológica na CF de 1988, quando, por exemplo, prevê uma dualidade antagônica de princípios fundamentais: de um lado (os artigos 1º, IV e 170 “livre iniciativa”, princípio neoliberal); por outro lado (o artigo 1º, III e IV “Valor social do Trabalho; Dignidade da Pessoa Humana”, princípio neoconstitucional).

Dessa colisão entre os princípios constitucionais (‘neoliberal’ versus ‘neoconstitucional’), a grande questão é saber se “[...] as motivações do lucro privado podem realmente ser contrárias aos interesses sociais?

(SEM, 2000, p.53)”. A resposta a esse questionamento é negativa, pois “o paradigma do Estado democrático de direito constrói-se em torno de três eixos centrais: a pessoa humana e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática inclusiva (DELGADO, 2015, p.53)”.

Há, portanto, um contraponto, ao mesmo tempo que valoriza a ideologia neoliberal, tenta reduzir as desigualdades sociais e valoriza o trabalho como base fundamental para o bem-estar e a justiça sociais.

Boaventura Sousa Santos, citado por Morais, aduz que, “portanto, se se medida o valor social do trabalho como fator de inclusão social, na Era da globalização hegemônica, o trabalho humano perde espaço face ao crescimento tecnológico, a medida em que” e “é sabido que utilização das formas de trabalho tem vindo a ser utilizada pelo capital global como modo de disfarçado de transformar o trabalho em critério de exclusão” (MORAIS, 2014, p. 26).

Isso também acontece porque, “o modelo de estado neoliberal estimula o processo de dessocialização da economia, atrelado ao fator da redução do trabalho, pela escassez de postos de trabalho, pelo aumento do desemprego.” Então, no trabalho clássico a sociabilidade “ocorre pela relação funcional no âmbito da empresa. trabalho parassubordinado para que empresa alcançar seus fins econômicos, os trabalhadores são apenas “colaboradores” sem efetiva liberdade contratual. Não há a preocupação com valor social do trabalho, no sentido gerador de solidariedade automática entre as gerações (MORAIS, 2014, p.30).”

Pontua que “no neoliberalismo, o valor do trabalho é atrelado a concepção ultraindividualista, baseado no liberalismo da livre concorrência do mercado, sendo vedada à interferência do Estado em questões que digam respeito à proteção ao trabalho (MORAIS, 2014, p.37)”. Mas atualmente a livre-iniciativa tem levado a situações que podem vir a comprometer a seguridade social, como, por exemplo, a pejetização, o trabalho a zero hora e a mão de obra informal.

Na prática a pessoa jurídica encobre uma verdadeira relação de emprego, fazendo transparecer formalmente uma situação jurídica de natureza civil. A denominação é derivada da sigla da pessoa jurídica, isto

é, PJ dá o termo pejotização, a “transformação” do empregado (sempre pessoa física) em PJ (pessoa jurídica).

O Direito do trabalho tutela o empregado - pessoa física, não havendo a possibilidade de uma pessoa jurídica ser trabalhador. O conceito de empregado extraído do artigo 2º e 3º da CLT, é claro com relação a essa exigência, além do fato de o contrato ser “intuito personae”, o que quer dizer que é personalíssimo, não podendo ser executado por parte diversa daquela que o pactuou. (COLOMBY, 2015).

Ademais, o trabalho a Zero Hora (trabalhador só ganha pelo período que labora) já está em grande escala em alguns países da Europa, especialmente Espanha, Inglaterra, e já chegou no Brasil, sendo mais uma forma de precarização do trabalho humano. Imperioso, também, a proteção dos postos de trabalho contra despedida arbitrária, conforme assevera Moraes:

Tratando-se do futuro da previdência social no Brasil, como nova norma, exige urgência; por exemplo, a regulamentação do inciso I, art. 7º da Constituição da República de 1988, isto é, a proteção normativa da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, com a indenização por danos morais em razão do ato ilícito da empresa que demitir de forma arbitrária (MORAIS, 2014, p.37).

5. FONTES GERADORAS DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Aduzindo sobre as fontes geradoras de Contribuições Previdenciárias, Moraes entende que são “duas, então, são as fontes geradoras diretas das contribuições sociais na ordem Constitucional de 1988: uma, decorrente dos recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Outra, oriunda das contribuições dos empregadores e dos trabalhadores”. E:

No entanto, a Seguridade Social, nela incluída, por conseguinte, o regime Geral de previdência, também financiado de forma indireta por toda a sociedade, sendo ainda possível, na forma da lei,

a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da Seguridade Social. (Art. 195, § 4º, CF/88) (MORAIS, 2015, p.45).

A Constituição brasileira disciplina no art.195, I, “A”, a incidência da contribuição social do contrato de trabalho é a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Como direito fundamental, as contribuições sociais, na constituição de 1988, “possui como centro antropológico a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos basilares da República (art. 1º, III), porque ela é pressuposto do núcleo prestacional do regime geral de previdência: os benefícios e prestações (MORAIS, 2015, p.41).”.

5.1 RELAÇÃO ENTRE SISTEMA DE JUSTIÇA DO TRABALHO, NATUREZA NEOCONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E A PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 catalogou no seu art. 1º, alguns princípios Fundamentais, tais como: “III - a dignidade da pessoa humana”; e “IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Os direitos Sociais estão previstos no artigo art. 6º “São direitos sociais: o Trabalho; a previdência social”, sendo que esses direitos são reconhecidos como direitos fundamentais, visto que, para ter uma vida digna (art. 1º, III, CF/88) é necessário a valorização do trabalho humano e acesso a previdência social.

Nesse norte, a ordem social brasileira com base no trabalho humano, tem por objetivo a justiça e o bem-estar social e elege como suporte para esse fim, o Sistema Nacional de Seguridade Social, conforme por exemplo, os artigos 193; 194; 196; 203 e, principalmente, o art. 201, § 11º, todos da Constituição Federal de 1988.

Além do art. 1º, IV da CF/1988, o artigo 170 (CF/88) também catalogou um rol de princípios que se chocam, de índole neoliberal (livre-iniciativa) e neoconstitucional (Valor Social do Trabalho).

Sobre as contribuições previdenciárias, de acordo com Moraes, estão, também, previstas no (art.195, I, “A”, CF/88), e “a incidência da contribuição social do contrato de trabalho é “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (MORAIS, 2015, p.38)”.

Destaca-se, também, que a ideologia neoliberal (livra-iniciativa), também, causa grande prejuízo a Previdência Social, visto que: o fenômeno da flexibilização; desregulamentação; trabalho informal; Pejotização; trabalho a Zero Hora; proteção contra despedida arbitrária com a regulamentação do (art. 7º, I, CF/88), não recolhe contribuição previdenciária.

Por outro lado, o Brasil está em franco processo de envelhecimento, segundos dados do (IBGE, 2015), há uma diminuição importante das taxas de natalidade, até 2030, e a taxa de mortalidade ficará estável, logo menor taxa de natalidade, sendo que a taxa de mortalidade não acompanha esta baixa, portanto, o Brasil terá uma população idosa, havendo também uma população produtiva menor que a população não produtiva.

Alguns trabalhadores, informais, em busca de seus direitos trabalhistas, acionam o judiciário para resolver seu problema, quando é reconhecido o vínculo empregatício pela justiça do trabalho, é recolhido a previdência relativas ao objeto (valor) da condenação, observando o prazo prescricional.

O valor oriundo da condenação é recolhido pela Previdência, no entanto, o tempo de contribuição não é reconhecido pelo INSS, assim, o contribuinte terá que ingressar com ação na Justiça Federal requerendo o reconhecimento do referido período. Nesse sentido é, por exemplo, a súmula vinculante nº 53 do STF e súmula nº 368 do TST, não sendo as únicas.

Nesse panorama entrou em vigor a Lei nº 13.015/2014 que, entre outras matérias, regulamenta a uniformização de jurisprudência. Assim, a situação dos jurisdicionados agravou-se, visto que, os julgadores, de certa forma, estarão vinculados, também, as súmulas e Orientações Jurisprudências do TST, já que, se julgarem de modo diferente, o TST

determinará retorno dos autos ao Juízo “a quo” para julgar conforme a súmula. Eugênio Cesário Rosa, Desembargador do TRT 18º Região, assevera:

Pode ser uma visão pessimista, mas na crise sistêmica atual e do que dela se antecipa, esse novo processo do trabalho é um primeiro passo para sermos aliados do Judiciário. Por que não? Gigantismo desta Justiça, necessidade de racionalização do judiciário brasileiro, o estabelecimento de outras instâncias para solução de conflitos, a transferência do processo de execução para mera ação administrativa, cabe lembrar que na última crise geral do estado brasileiro, a Justiça do Trabalho esteve na berlinda. Depois, o TST, exclusivamente, esteve. Agora, não estaria o nosso órgão de cúpula antecipando-se? (ROSA, 2015, p.45).

Seja por acidente ou por incidente, fato é que — mantendo-se o status quo dado açodadamente ao problema — a Lei n.º 13.015/14 e o Ato n.º 491/TST inauguram uma nova fase da Justiça do Trabalho, na qual somente o TST mantém-se como órgão judicial. “Os atos de toda a sua instância ordinária estão relegados à natureza de atos aplicativos — de mera execução, atos administrativos — a mera aplicadora ou fiscalizadora da jurisprudência do TST. Isto é atividade administrativa e não, judicial (ROSA, 2015, p.48).”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico do trabalho é dinâmico e aberto, portanto, não tem caráter, exclusivamente positivista, sofrendo influência de outro sistema.

Há dualidade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando por exemplo, prevê como princípios fundamentais (arts. 1º, “IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e no art. 170), princípio neoliberal (livre-iniciativa) e neoconstitucional (valor social do trabalho).

No entanto o artigo art. 6º estabelece “São direitos sociais: o Trabalho; a previdência social”, sendo que esses direitos são reconhecidos como direitos fundamentais, visto que, para ter uma vida digna (art. 1º, III, CF/88) é necessário a valorização do trabalho humano e acesso a previdência social.

Destaca-se, também, que a ideologia neoliberal (livra-iniciativa), também, causa grande prejuízo a Previdência Social, visto que: o fenômeno da flexibilização; desregulamentação; trabalho informal; Pejotização; trabalho a Zero Hora; proteção contra despedida arbitrária com a regulamentação do (art. 7º, I, CF/88), não recolhe contribuição previdenciária, devendo ser estabelecido políticas públicas para combater esse tipo de exploração.

O Brasil é um país onde se vive, uma transição demográfica pois se encontra em pleno processo de envelhecimento, projeções apontam para um país de idosos, no qual a população jovem com condições de geração de riquezas será responsável por manter a proteção social de uma população mais velhas, em menor condição de gerar riquezas. Logo, este é um problema que deve ser enfrentado com busca de soluções, estabelecendo políticas que venham a melhorar a efetiva valorização do trabalho como base para o bem-estar e a justiça sociais.

Há vozes na doutrina, conforme alhures, alertando para a possibilidade de a instância ordinária ser relegados à natureza de atos aplicativos – de mera execução, atos administrativos, com a vigência da Lei n.º 13.015/2014 que, entre outras matérias, regulamenta a uniformização de jurisprudência. Nesse diapasão, a situação dos jurisdicionados agravou-se, visto que, os julgadores, de certa forma, estarão vinculados, também, as súmulas e Orientações Jurisprudências do TST, já que, se julgarem de modo diferente, o TST determinará que o processo volte para o Juízo “a quo” afim de que seja julgado conforme a súmula.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Arnaldo José Duarte do. **Estado democrático de direito: nova teoria geral do direito do trabalho: adequação e compatibilidade**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

BRASIL. **Lei n.º 13.015, de 21 de julho de 2014**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União, Poder Legislativo**, Brasília, DF, 22.07.2014

COLOMBY, Ortiz, Fernanda. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 22 ago.2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e Direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação entre civil law e common law e aplicabilidade do stare decisis** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, Océlio de Jesus C. **Competência da justiça federal do trabalho e a efetividade do direito fundamental à previdência**. São Paulo: LTr, 2014.

MORAIS, Océlio de Jesus C. **Inclusão previdenciária: uma questão de justiça social**. São Paulo: LTr, 2015.

MORAIS, Océlio de Jesus C. São Paulo: LTr, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo, Saraiva, 2002.

ROSA, Eugênio Cesário - Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho 18.ª Região. : Disponível em: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica>. Acesso em: 22 ago.2022.

ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Morta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.150.

PARA ALÉM DA PANDEMIA: UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E A INEFICIÊNCIA DE POLÍTICAS SOCIAIS PARA MULHERES NA ATUALIDADE

*Kellen Magalhães da Silveira*⁵⁷

*Maryanna C. da Silva Gomes*⁵⁸

INTRODUÇÃO

O contexto da pandemia demonstrou de maneira exacerbada a desigualdade social e a precariedade das condições trabalhistas. Os ataques aos direitos trabalhistas, a desigualdade social, o racismo e a violência contra a mulher já se estruturavam antes mesmo da crise sanitária que vivenciamos, porém, de maneira mais evidente, assistimos a um desmonte da saúde pública, violação de direitos e exclusão social, que gritam à nossa porta diariamente, conforme descreveu o autor Santos (2020).

A violência contra a mulher é um forte exemplo. Fica notório o quanto situações de violência intrafamiliar passaram a fazer parte com

57 Graduada em Psicologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), pós-graduada em Direitos Humanos (FIOCRUZ) e Mestranda em Políticas Sociais (UFF).

58 Graduada em Letras - Português/Literaturas pelo Instituto Federal Fluminense -IFF.

mais frequência dos assuntos expostos em campanhas governamentais e reforçado em redes sociais.

É evidente, também, que as medidas sanitárias estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) não contemplam uma população mais carente, que sequer obteve recursos para promover sua higienização básica, quem dirá ficar em casa, fazer o uso de máscara ou álcool em gel. Trabalhos fundamentais, como do autor Santos (2020), cujo livro “A cruel pedagogia do vírus”, deixa claro que, a única escolha possível aos mais pobres, diante da pandemia, foi ou morrer de fome, ou do Coronavírus.

Tal discussão possibilita pensar numa questão fundamental, o modo que a nossa sociedade, numa dimensão global, se estrutura e como tal modo de funcionamento é desumano num sentido em que, questões como o direito à saúde e a preservação da vida não são prioridade para um Estado que visa a produção material e negligência, numa totalidade o bem-estar e a garantia de direitos básicos, como vem ocorrendo no Brasil.

A questão central deste artigo, parte da ideia que, as políticas sociais são fundamentais para manutenção dos direitos básicos da população, entretanto, não é possível que uma política social criada há anos ainda tenha uma aplicabilidade na realidade atual, ainda mais pensando sobre os direitos das mulheres, estas que, ainda se encontram subordinadas à um sistema patriarcal, sistema este que se sustenta em trabalhos análogos à escravidão e produzem dinheiro às custas da exploração de crianças, mulheres e homens em sua maçante quantidade, pessoas que sobrevivem na miséria ou na extrema pobreza e que denunciam as falhas de um Estado que não se importa com o bem-estar social.

1. A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DAS MULHERES

Segundo Antunes (2020), a dimensão política da atualidade nos convoca a entender que, nos encontramos condicionados a uma política higienista, em que a pandemia denunciou o quanto as pessoas consideradas menos produtivas para um modelo capitalista são descartáveis em

um Estado neoliberal, que trabalha no sentido de priorizar o mercado, deixando as questões do bem-estar social em segundo plano.

Com isto, presencia-se a precarização do trabalho, a desassistência às pessoas com suas funções comprometidas, como idosos e pessoas com deficiência, e uma exacerbação das violências cometidas contra mulheres, crianças e outros corpos, que penalizados por um modelo patriarcal não conseguem sobressair, visto que, as medidas de segurança orientadas para a prevenção da Covid-19 não os contemplavam.

O desinteresse do Estado em fornecer condições mínimas para os cuidados, a falta de investimento em equipamentos de saúde e como aconteceu escrachadamente no nosso país no desinteresse político em vacinar sua população, demonstra como esse modelo Capitalista trabalha em uma função higienista, termo utilizado por autores como Foucault (1978), que explica como pessoas em condições não produtivas são jogadas nas instituições de aprisionamento, para que seus corpos possam ser tirados de circulação e dos olhares das cidades, sendo assim, esquecidos. Afinal, o que não é visto, não é lembrado.

O autor Chapadeiro (2021), nos convoca a pensar sobre o aumento do desemprego, principalmente entre mulheres negras, e com isso, um agravamento na saúde mental delas. É atribuído também a dificuldade de autonomia, precarização do acesso à escolaridade e inexistência de renda, fatores infelizmente comuns às mulheres que precisam abdicar de suas vidas, para alimentar um sistema que não às recompensas e se sustenta num modo de funcionamento que oprime aqueles se encontram condicionados a um modelo capitalista e misógino.

A síntese apresentada acima a respeito da condição cruel imposta às mulheres, é intensificada num contexto de pandemia, agravada por um governo negacionista e que trabalha num sentido de retirada de direitos e não na manutenção deles. Sem poder sair de casa para trabalhar, estudar ou sem escolas e creches funcionando para poderem deixar seus filhos, a maternidade solo, sem parceria e sem rede de apoio, torna-se um lugar perigoso para a saúde não apenas mental, mas também física dessas mulheres.

Ainda sobre os direitos fundamentais e a violação deles, a Constituição Federal de 1988 foi crucial para promover a garantia de direitos civis.

O direito à saúde, por exemplo, foi um importante marco instituído por lei, que estabeleceu o acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS), como maneira de oferecer os cuidados em saúde da população em geral.

Com isso, entende-se que o Estado tem um papel fundamental no cumprimento de deveres e garantia de direitos, e que quando este é omissivo, deve responder pelos danos causados aos atendidos, visto que a responsabilidade civil do Estado se fundamenta na obrigação do cumprimento de obrigações estabelecidas em lei, e que quando este não comparece, deve responder pelos danos causados, sejam eles advindos das organizações ou agentes.

Sobre a responsabilidade civil do Estado é possível compreender que, atos provenientes de ações lesivas por parte dos agentes, omissão do cumprimento do que está estabelecido por lei pelas instituições ou danos morais e patrimoniais, condutas inadequadas por parte destes, e que causem danos ao atendido, poderá se configurar como responsabilidade civil do Estado, também por omissão quando este deixa de efetuar ações para a manutenção da segurança e bem-estar social.

A responsabilização do Estado, quando este descumpra suas funções e viola o direito civil, é de suma importância para ser posto em prática o que é estabelecido pela constituição, visto que, anteriormente a ela, atividades de interesse públicos funcionavam num modelo absolutista dentro das instituições, e em que os direitos civis eram constantemente violados. Essa responsabilização viabiliza também o cumprimento adequado por parte dos agentes, que devem desempenhar suas funções de maneira mais ética e em cumprimento da lei.

A escrita do autor Chapadeiro (2021), convida o leitor a pensar sobre a importância de falar sobre a vida das mulheres em um contexto de pandemia, visto que, as violências cometidas contra a corporeidade das mulheres seguem acontecendo dentro e fora dos lares, não apenas pelos seus companheiros, como também pelas instituições que nos governam.

Com isso, a precarização do trabalho e a falta de suporte de políticas públicas tende a intensificar a questão da desassistência na vida das mulheres. As gestantes que precisam se afastar ou estão no período de amamentação, correm o sério risco de ficarem desempregadas, assim,

sem direitos e desassistidas pelas políticas do Estado, os riscos de um comprometimento de sua saúde mental é potencializado.

1.1 POLÍTICAS SOCIAIS PARA MULHERES NUM ESTADO NEOLIBERAL

Conforme Mill (2019), historicamente as mulheres ficaram condenadas as atividades não remuneradas e impostas muitas vezes a exercer funções que colocavam sua saúde física e mental em risco. Sua presença em ocupações públicas por muito tempo não lhe foi permitida, sendo assim, na história as funções femininas estiveram sempre em função de trabalhos cotidianos do lar e submetidas a uma vida precária.

Quando as mulheres tiveram a oportunidade de adentrar ao mundo do trabalho, numa dimensão pública, ainda sim mantinham-se em situações precárias, sem cuidados também direcionadas a elas. Países na atualidade, com modelos de governabilidade diferentes, ainda negam condições mínimas de trabalho, reproduzindo e instaurando modelos políticos com violência de gênero e poderes instituídos que se preocupam majoritariamente com a economia.

Segundo ainda Santos (2020), a precarização trabalhista se estende a uma realidade mundial, países considerados subdesenvolvidos encontram-se mergulhados num sistema opressor, em que grandes potências econômicas mundiais disputam o mercado e concentram grande riqueza, enquanto os países pouco desenvolvidos ficam à mercê de decisões políticas e econômicas tomadas por aqueles que detém o poder de mercado, como é o caso dos Estados Unidos da América (EUA) e da China, grandes economias, mas com modelos de governabilidade distintos.

Países menos interessados em investir em políticas públicas, como é o caso do Brasil, tem andado na contramão no sentido de oferecer suporte e dignidade à sua população. No que tange a atenção as mulheres, assistimos um aumento massivo da violência doméstica e crescente número de abuso de crianças e adolescentes, que condicionados à miséria mantiveram-se em cárcere em suas casas e comunidades desassistidos pelo Estado, de acordo com Santos (2020).

Apesar de estabelecida a importância de uma responsabilidade do Estado na administração e garantia de direitos nos serviços, os ataques de uma política neoliberal avançaram no sentido de retirada de direitos e flexibilização à contratação de mão de obra terceirizada, para cumprir funções de trabalhos antes apenas desempenhadas por agentes públicos.

Cabe ressaltar que, os serviços públicos sofrem constantemente com a limitação drástica de investimento para sua manutenção, restrição de cargos e conseqüentemente concursos, influenciado por uma política neoliberal que desde a Lei Federal n.º 8.745 de 1993, passou a conceber a contratação de trabalhos temporários, os conhecidos processos seletivos, que tem como característica a instabilidade empregatícia e uma desresponsabilização do Estado em promover os benefícios e direitos aos agentes que atuam nas funções públicas.

Deste modo, serviços como o de saúde passam a integrar em seu quadro de funcionários mão de obra de trabalho com instabilidade e alta rotatividade, fragilizando cada vez mais o desenvolvimento e desempenho das funções nas organizações.

A falta de vínculo empregatício impacta diretamente no funcionamento do trabalho desempenhado pelas instituições de saúde, inclusive viabilizando a violação de direitos, visto que, falhas cometidas por funcionários não contratados diretamente pelo Estado, mas sim por empresas, tendem a comprometer o desempenho tanto dos agentes quanto das organizações num nível macro e micropolítico.

Serviços fundamentais como o do SUS são prejudicados por esse sistema, precarizando as funções de trabalho, inviabilizando a promoção e garantia de direitos. É importante lembrar que, a violação de direitos na saúde impacta os mais diversos tipos de serviços, por exemplo, a dificuldade no fornecimento de medicações, atrasos na realização de cirurgias complexas, atendimentos emergenciais precarizados, irregularidades na fiscalização alimentar, e como temos assistido, atrasos e desinteresse em promover a vacinação em situações de pandemia. Juntos, estes e outros problemas sobrecarregam as demandas no campo jurídico, que quando recorrido, nem sempre conseguirá êxito em suas ações em tempo hábil.

Somado a gravidade do mundo pós-pandemia, os resultados da negligência do Estado para sua população aparecem de maneira sórdida e com brutalidade, em que crianças e adolescentes órfãs são acolhidas em instituições. A falta de acesso à educação, a gravidade de adoecimento e sofrimento psicológico, e a dificuldade de dispositivos assistenciais são ainda sem dimensão.

Outro recorte deve ser feito aos trabalhadores que operam dentro dessas políticas, acometidos por diversos adoecimentos, além de uma sobrecarga de trabalho e precariedade nas suas condições de trabalho e salário. Até aqui, evidenciamos diversas questões que agravam as condições das mulheres, conforme também citam os autores Padilha *et al.* (2021).

Outro importante marcador que evidencia essa negligência nos direitos das mulheres e crianças, se refere à falta de ofertas escolares que não retornaram ativamente às aulas ou ainda não dispõe de um lugar adequado e seguro para agregar as crianças. Tal fator impacta ativamente a produção e trabalho da mão de obra feminina, que não obtendo uma rede de apoio para os cuidados, mantém-se fora do mercado ou estão inseridas em atividades não formais que não as asseguram nem financeiramente, muito menos sobre os seus adoecimentos, visto que elas estão em condições subumanas.

Na contramão dessa precariedade da mão de obra feminina, no período mais grave da pandemia intensificou-se a procura por trabalhadoras da área da saúde Padilha (2021), essas trabalhadoras muitas vezes destinadas a realizar trabalhos exaustivos e sem tempo para descanso ou para retorno ao lar, obviamente, tais condições ocasionaram o adoecimento dessas mulheres, que em sua maioria não tiveram o devido cuidado e suporte, também por não existir uma rede ou profissionais que conseguissem absorver tamanha demanda.

Entende-se, portanto, que o Estado como principal provedor de direitos, com uma economia neoliberal, não tem se responsabilizado no sentido de garantir acesso e manutenção de direitos básicos à sua população, posicionamento que foi gravemente amplificado no decorrer da pandemia.

Ainda mais evidente esta reflexão, quando nos deparamos com a falta de investimento em políticas sociais que trabalhem no sentido de cuidado e manutenção de direitos tão básicos. Também, no que tange ao recorte desta pesquisa, sobre as condições das mulheres na atualidade, há um impacto ainda maior, pois, estas encontram-se cada vez mais submetidas às más condições de garantia de direitos, como saúde, trabalho, educação, moradia, entre outros.

A análise aqui apresentada foi de pensar criticamente sobre as negligências promovidas por um Estado neoliberal contra as mulheres e seus dependentes, violando seus direitos e ressaltando mais uma vez o posicionamento de um modelo político que prioriza a economia e não a vida daqueles que ainda se encontram sujeitados.

1.1.1 METODOLOGIA

Esta pesquisa é de abordagem qualitativa, em que se utilizou como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, para este tipo de pesquisa foram realizadas etapas conforme orientadas pelo autor Gil (2002), que ao longo da leitura do material selecionado proporcionou que fosse realizada de forma fidedigna e com uma leitura coerente abordando os aspectos atuais e sócio-históricos que atravessam o tema proposto nesta pesquisa.

As obras utilizadas para leitura se referem a livros que abordam temas diversos, mas que integram o assunto aqui discutido e artigos presentes em bases de dados científicas como LILACS, Scielo e manuais do Ministério da saúde.

A proposta de pesquisa caminha no sentido de uma reflexão das condições estruturais na atualidade globalizada que o capital coloca as mulheres, apontando também as consequências de uma realidade que negligência, para além da pandemia, as condições de vida de mulheres e crianças, no que diz respeito ao acesso e manutenção básica de seus direitos.

Os textos abordados contemplam a discussão proposta neste artigo, ao enfatizar a necessidade de uma revisão das condições atuais de políticas sociais destinadas para mulheres, considerando que, num contexto

pós-pandemia, a precariedade as quais muitas famílias se encontram se intensificaram amplamente, colocando assim, a vida e a manutenção de populações mais pobres em risco, sobretudo, das mulheres que por necessidade estiveram mais uma vez em posições de cuidado, renunciando a sua trajetória profissional ou ainda sobrecarregadas nas múltiplas funções à elas compulsoriamente atribuídas.

A intensidade em que os direitos humanos foram violados, se faz presente, antes, durante e depois da pandemia. As mulheres, antes mesmo de terem que ser convocadas profissionalmente para as funções, ou tendo suas demandas maternas aumentadas, já eram violadas em muitas dimensões, este é um dos principais pontos deste trabalho, visto que, discutir de uma maneira geral como o capitalismo afeta a vida de mulheres e suas crianças de uma forma globalizada é muito importante.

É preciso discutir a negligência do Estado no que diz respeito à violação de direitos básicos e fundamentais da pessoa humana, e convidá-lo a pensar políticas sociais que pensem de maneira ética como prover a manutenção da vida dessas mulheres, que desde o nascimento vem sendo desumanizadas.

Numa realidade em que o interesse econômico tem se sobreposto à vida humana, questionar, pensar e abordar os direitos humanos é uma maneira de fazer resistir a dignidade, o respeito e o cuidado daqueles que têm, por direito, serem atendidos pelo Estado. É preciso, ainda, ressaltar que tais direitos se referem basicamente à dignidade do trabalho, do acesso à educação, saúde, lazer, cultura, entre outros, que há tempos vêm sendo negado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de leituras realizadas em trabalhos publicados nas plataformas escolhidas como base de dados para esta pesquisa, constatou-se que a desigualdade de gênero em relação à sobrecarga de trabalho e cuidados entre homens e mulheres ficou ainda mais evidente durante a pandemia, considerando que, ainda, as mulheres têm ocupado espaços de trabalhos direcionados ao cuidado, estendendo também suas funções aos seus lares e cuidados com a própria família. No entanto, as oportunidades

no mercado de trabalho ainda aparecem como desiguais em relação aos homens.

Tais fatores contribuem cada vez mais para a vulnerabilidade e violências que submetem essas mulheres, não dispondo ainda políticas sociais coerentes criadas para a realidade enfrentada por elas em nossa sociedade, e como anteriormente já publicado pelo ministério da saúde (2004), se reconhece uma necessidade de cuidado voltado para essas mulheres.

Como citado anteriormente, nesta pesquisa, a falta de rede de apoio e políticas públicas para o suporte e atenção das crianças dessas mulheres também é uma problemática que já existia, e que ficou ainda mais agravada no contexto pandêmico e pós-pandemia, visto que creches e escolas ou não retornaram às aulas, ou retornam gradativamente de um modo precário.

Desse modo, assiste-se uma violação massacrante de direitos das mulheres, no sentido que o Estado não assegura nem o trabalho digno, nem o acesso à saúde ou educação dessas pessoas que continuam a buscar sua sobrevivência sem o suporte de políticas sociais adequadas e direcionadas para atender as demandas de mulheres e crianças negligenciadas por políticas estatais, incoerentes com a realidade encontrada na atualidade.

As políticas sociais são de extrema importância para o suporte e manutenção dos direitos básicos das mulheres, conforme citado durante o texto, inclusive, no que tange aos direitos humanos que, diante das atividades do Estado, vem sendo negligenciados, principalmente na vida dessas mulheres que foram descritas ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

A intenção deste trabalho foi fazer um recorte sobre a situação das mulheres na pandemia, em específico mulheres trabalhadoras e assalariadas submetidas às instituições totais que delimitam suas condições perante o Estado, quando em sua maioria estão sujeitas à péssima qualidade dos serviços oferecidos, como falta de escolas, creches, a desassistência de serviço de saúde e/ou assistenciais, mas também pensar junto a outros autores, como muitos dos agentes desses serviços, também são mulheres sobrecarregadas em suas múltiplas funções.

Também foi fundamental pensar sobre como um Estado que privilegia o desenvolvimento econômico e não se preocupa com a qualidade de vida da sua população, coloca em risco a vida humana, conforme vivenciado no período da pandemia.

A violação dos direitos humanos está intimamente ligada ao poder do Estado, a dificuldade dos direitos humanos enquanto universal de assegurar todos os povos e nações, considerando que estes possuem suas particularidades e singularidades. As nações menos privilegiadas à mercê dos interesses políticos e econômicos de países que são considerados potências mundiais, fator que não contribui para sustentar o conceito de igualdade de direitos entre os povos, em específico a se pensar sobre os direitos das mulheres, já historicamente submetidas a situações de vulnerabilidade, violência e condições de trabalho precárias, portanto, um assunto que deve ser mais amplamente discutido.

Uma discussão mais ampliada, também, no sentido de poder pensar como inserir políticas sociais numa realidade de modos de governabilidade baseados no liberalismo, em que o interesse econômico ainda se sobrepõe a vida humana, em específico, conforme discutido neste artigo, a vida das mulheres, estas que historicamente têm sido negligenciadas no acesso aos serviços e tendo assim, conseqüentemente, menores condições materiais, físicas e psicológicas para exercer um cuidado para com seus dependentes.

A implementação de políticas sociais devem ser coerentes com a realidade de sua população com um olhar atual. Políticas que foram pensadas anos atrás e obtiveram êxito, podem não ser eficientes na realidade que nos encontramos neste momento, ainda mais numa realidade pós-pandemia, com conseqüências graves de aumento da pobreza, desestruturação familiar, miséria, os mais diversos tipos de adoecimentos físicos e mentais. Portanto, deve ser amplamente questionado um Estado que deixa sua população desassistida e sem acesso aos mínimos direitos, que permita que seu cidadão tenha sua vida e a vida de sua família amparada pelos poderes instituídos e participe ativamente da implementação de políticas que façam parte da sua realidade e daqueles que com eles e elas convivam. Sendo assim, convoca-se o leitor a pensar conjuntamente na

realidade ao qual estamos inseridos e refletir sobre a política instaurada numa ótica que entenda a importância da garantia de direitos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **CORONAVÍRUS O trabalho sob fogo cruzado**. Boitempo, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Atenção à Saúde. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes**. Brasília: Ms, 2004.

CHAPADEIRO, Bruno. SÓ AS MÃES SÃO FELIZES (?). **Coluna Opinião**, Rio de Janeiro, p. 1-2, maio 2021. Disponível em: https://www.multiplicadoresdevisat.com/_files/ugd/15557d_575be-34dbda4448490580aa8c436fae1.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

FOUCAULT, Michel. **A história da loucura**. São Paulo: Perspectiva S.A, 1978.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

MILL, Stuart. **A sujeição das mulheres**. São Paulo: Lafonte, 2019.

PADILHA, Monica; GOSCH, Cristiane; POSSA, Lisiane Bôer; FERLA, Alcindo Antônio. **MULHERES E SAÚDE: AS DIFERENTES FACES DA INSERÇÃO FEMININA NO TRABALHO E NA EDUCAÇÃO EM SAÚDE**. Brasília: Re-deunida, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020.

ENTRE O EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A NECESSIDADE DOS GASTOS COM SAÚDE PÚBLICA PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO PODER PÚBLICO

*Frederico Luís Alves Tavares*⁵⁹

INTRODUÇÃO

O Estado Liberal, por se centrar na figura do indivíduo como sujeito de direito, resultava na interpretação de que caberia a ele, Estado, através do Direito e, conseqüentemente, dispor em Constituição, a garantia dos interesses privados, ou seja, sem qualquer interferência externa para tal. Havia, à luz do pensamento intelectual europeu e ocidental predominante do início do Século XVII ao XX, a pretensão de tornar o Poder Público apenas um observador das liberdades dos indivíduos, por isso os direitos fundamentais eram verdadeiras garantias negativas

59 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito Público. Assessor de membro do MPPE.

de não intervenção do Estado na sociedade, como exemplo, a defesa da propriedade privada.

A polissemia em torno do vocábulo “liberalismo” é notada não só pela vastidão de interpretações dadas ao longo dos séculos por estudiosos sobre o tema, mas também cada lugar teve seus problemas estruturais próprios. O mesmo raciocínio pode ser espelhado nas ideologias sociais, pois as questões que envolviam os trabalhadores em um Brasil pré-industrial, não seriam as mesmas, a princípio, daquelas enfrentadas por operários na cidade de Manchester em épocas similares. Mas sob uma perspectiva jurídica tem como denominador comum a concepção do Estado que garanta os direitos dos indivíduos contra o arbítrio do poder pelos governantes.

Até a Primeira Guerra mundial, o liberalismo prevaleceu quase incontestável, com exceção da inserção de doutrinas sociais, especialmente, o marxismo. A visão liberal não mais respondia as demandas surgidas, pois o aumento da desigualdade econômica e social era perceptível e inaceitável.

Em resposta ao Estado Liberal, o Estado social tem como objetivo diminuir a desigualdade material entre os cidadãos. Do ponto de vista da entidade política, o aparelho estatal tem que garantir a coesão social, o elo que traduz as demandas das pessoas mais vulneráveis. Através do um Estado arrecadador, os cidadãos começaram a exigir uma parcela da renda auferida através da cobrança de tributos, dividindo-a de diversos modos, seja como forma de transferências, seja mediante serviços públicos. Ou seja, no Estado social há uma ampliação das funções do Estado.

As constituições que antes eram absenteístas, passaram a ser essencialmente positivas em termos de prestações que o Estado deveria satisfazer.

Todas essas considerações desembocaram nas Constituições do México (1917) e Weimar (1919). É importante mencionar a Constituição da República de 1934 como a nossa primeira sob influência do Estado Social. Já a Constituição da República Federativa de 1988 é um projeto de concretização desse Estado Social.

Porém, os ideários ou simpatizantes de um Estado Social pareciam não atinar sobre os custos de sua manutenção e sobre a “crise fiscal” gerada, como pano de fundo.

No Brasil, em síntese, a Seguridade Social se amolda em um modelo híbrido, pois enquanto a Previdência Social é contributiva, a Assistência Social e a Saúde, tema deste artigo, são não contributivas.

O art. 196 da CF/88 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

No entanto, as Administrações Públicas municipais, estaduais e federais, atualmente, veem-se refém de excessiva judicialização referente à temática de fornecimento de medicamento pelo Poder Público.

Busca-se através desse escrito suscitar reflexão sobre o custeio dessa “judicialização excessiva” e o equilíbrio orçamentário dos entes responsáveis pela concessão de demandas envolvendo Saúde Pública.

1. NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO: PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E OS GASTOS PÚBLICOS

O Princípio do Equilíbrio Orçamentário é uma construção doutrinária e jurisprudencial, embora implícito. Em outras palavras, a CF/88 não contempla tal princípio, portanto, não possui hierarquia constitucional. Porém, a Lei Complementar n.º 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal tornou regra elaborar orçamento equilibrado. Este princípio estabelece um equilíbrio entre receitas e despesas, ou seja, os gastos devem acompanhar a previsão das receitas, ainda que exista a necessidade de contrair empréstimos⁶⁰.

A LRF não proíbe que haja gastos e, conseqüentemente, déficits públicos. O que se exige é equilíbrio entre gasto e arrecadação, através do estabelecimento de metas fiscais.

Conforme o art. 194 da CF, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. No §5º desse artigo, dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendi-

60 LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro/Harrison Leite – 8. Ed. Rev. Ampl. E Atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019. P. 127.

do sem a correspondente fonte de custeio total. Portanto, embora não seja previsto constitucionalmente, a disposição normativa mencionada traduz o equilíbrio refletido em tela.

Com isso, deve-se esclarecer o que são sonhos e limitações, onde aqueles são as despesas que se quer que o Estado faça e estes são os recursos que se é dado para o Estado trabalhar. Embora possa parecer que não haja limite, ele existe.

O art. 196 da CF federal quando prevê que 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, está-se diante de uma norma programática, dotada de generalidade e de abstração elevada, portanto são direitos subjetivos não vinculantes ou meras pretensões constitucionais a prestações⁶¹.

Nesse diapasão, para regulamentar as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e seu funcionamento foi instituído o Sistema Único de Saúde — SUS, através da Lei nº 8.080/90, que no seu art. 6 dispõe que dentre as ações do SUS, está a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Quando a Constituição definiu o processo orçamentário brasileiro, não modernizou a sua formalização, haja vista a Lei que o estabelece seja de 1964. A Lei n.º 4.320 estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, Estados, Municípios e DF.

O orçamento é o coração financeiro-fiscal da democracia, onde a população discute suas prioridades. O Brasil está numa trajetória insustentável de endividamento. A dívida pública é muito alta, mesmo diante Emenda Constitucional n.º 95/2015, que teve que limitar o aumento dos gastos públicos à variação da inflação pelos próximos 20 anos.

Essa emenda sofreu duras críticas antes mesmo da sua vigência e com o acometimento da Pandemia da Covid-19, os gastos públicos, principalmente com a saúde, tiveram aumento exponencial.

61 ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (Trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo, Malheiros, 2012, p. 501.

Porém, não se pode perder de vista que o objetivo da atividade financeira do Estado é auferir recursos para o custeio da manutenção e funcionamento do Estado, no modelo em que a Constituição de 1988 propôs, ou seja, um Estado Social, como finalidade o bem comum da população.

2. A SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

O Sistema de Saúde tem como finalidade a universalização do acesso à população brasileira, sendo, como afirmado anteriormente, não contributivo. A gestão dos recursos financeiros destinados, conforme o texto constitucional, fica a cargo da União, Estados e Municípios.

O art. 196 expõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, porém se deve enfrentar como será feito o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) afinal de contas “não existe almoço grátis”, frase que costuma ser atribuída ao economista Milton Friedman, mas sua autoria é do escritor Robert Heinlein. Ou seja, tudo tem um preço.

A Emenda Constitucional n.º 29/2000 garantiu investimento mínimo de recursos para o setor da saúde. Os Municípios e o Distrito Federal devem aplicar anualmente, no mínimo, 15% da arrecadação de impostos em ações e serviços públicos de saúde. Cabe aos Estados, no mínimo, 12% da arrecadação. Os percentuais de investimento financeiro dos Municípios, Estados e União para o SUS são definidos atualmente pela Lei Complementar n.º 141/12, que passou a regulamentar o §3, do art. 198 da CF. Quanto à União, o montante aplicado deve corresponder ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual relativo à variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano antecedente ao da Lei Orçamentária Anual.

Com a Emenda Constitucional n.º 86/05, criou-se o famigerado Orçamento impositivo, ou como cunhou Fernando Facury Scaff “orçamento impositivo à brasileira”, em remissão a expressão “democracia à brasileira” usada pelos militares ao prenderem o advogado Sobral Pinto, durante o período do AI-5, que foi respondida da seguinte forma “À brasileira eu conheço peru — Peru a Brasileira. A democracia é univer-

sal”. O professor critica a edição dessa emenda, pois, conforme explicitado acima, o processo orçamentário brasileiro remonta os idos de 1964, com isso a falta de detalhamento quanto as responsabilidades e as obrigações de cada Poder resultavam no descumprimento das leis orçamentárias. O tributarista complementa: “ao invés de aprovar uma norma que realmente obrigasse o Poder Executivo a cumprir as leis orçamentárias, foi aprovada uma emenda constitucional que obriga o Poder executivo a cumprir as emendas parlamentares, que se caracterizam como uma pequena parte do orçamento, e vinculada a interesses eleitorais dos próprios parlamentares”⁶².

A EC n.º 86/15 alterou e inseriu parágrafos e incisos nos arts. 165 e 166 e alterou o art. 198 da CF/88 para estabelecer 15% de vinculação de recursos da União para os programas e ações de saúde, que será advindo.

Já a EC n.º 95/16 instituiu um Novo Regime Fiscal e da Seguridade da União, acrescida dos seguintes arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114 do ADCT. Como consequência ao congelamento do gasto primário por 20 anos, no âmbito federal, a aplicação dos recursos na saúde naturalmente diminuiria, o que fez com que os governos locais ficassem mais comprometidos orçamentariamente⁶³.

O acesso à saúde inclui o acesso aos medicamentos. Portanto, a prestação da saúde pública não se restringe ao oferecimento de assistência médico-hospitalar, que nos rincões do país é ainda mais precária, mas também no oferecimento farmacêutico, ou seja, os fármacos são essenciais para concretização dos ditames previstos no texto constitucional.

A escassez de recursos públicos para atender a demanda social tem como origem diversos fatores, desde o aumento de preços dos medicamentos como a gestão deficiente da Receita Pública. Ademais, a crise econômica-social associada ao custo de planos de saúde e serviços hos-

62 SCAFF, Fernando Facury. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. Consulta: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>. Acesso em: 17 set.2022.

63 SOBRINHO, José Eudes de Lorena; ARRUDA, Mariana de Fátima Alves; DE ALBUQUERQUE, Lauriluci Farias Lopes; MONTARROYOS, Ulisses Ramos Montarroyos. GASTOS COM SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O PORTE POPULACIONAL DOS MUNICÍPIOS: UM ESTUDO EM PERNAMBUCO. Revista de Gestão em Sistemas de Saúde – RGSS. Pág. 56.

pitalares privados têm obrigado a população a socorrer-se cada vez mais aos serviços públicos.

Os municípios enfrentam desabastecimento periódico de medicamentos. Portanto, o cidadão médio procura o município, que acusa falta de medicamento; encaminha o pedido ao Estado, que também sofre do mesmo mal; por fim, requer a União, haja vista a responsabilidade solidária, porém, obtém a mesma resposta dos entes públicos anteriores.

Há nuances jurídicas e materiais nessas insatisfações do direito à saúde pública que serão detalhadas nos tópicos seguir.

O direito à saúde deve ser efetivado por meio de execução de políticas públicas, sem que isso implique a redução de outros direitos previstos constitucionalmente.

3. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES POLÍTICOS

Conforme dito anteriormente, há direitos positivos e negativos dispostos na Constituição de 1988. A satisfação de direitos positivos pressupõe prestações positivas, o que se demanda recurso público empregado. Portanto, a concretização destes direitos sempre os atrelou à disponibilidade financeira do Estado. Porém, há maior complexidade na discussão do tema ao abordar a feitura e planejamento das políticas populares, ou seja, se à saúde está sendo dada importância devida.

Os litígios envolvendo a prestação do serviço de saúde pública, via de regra, encontra barreira no Princípio da Reserva do Possível, construído na Corte Constitucional Alemã⁶⁴. A primeira decisão neste sentido declarou que satisfação dos direitos sociais encontram limite na reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Para Fernando Facury Scaff, a reserva do possível é assim definido: “Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado — o que

64 MALDONADO, Viviane Nóbrega. O Poder Judiciário e o princípio da reserva do Possível. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 189-212, Abril-Junho/2015.

não ocorre com outros direitos, tal como o de maioria, a qual se obtém de um dia para outro — literalmente. Os direitos sociais são direitos implementados à prestação, de forma progressiva⁶⁵”.

Os entes públicos, por meio de seus advogados e procuradores, argumentam nesse sentido quando diante da garantia de medicamentos, sejam eles de altos custos ou não autorizados pela Anvisa, previstos ou não na lista do SUS ou, inclusive, a ausência de genéricos de mesma eficácia, menos custosos.

No RE n.º 566.471, o Ministro Alexandre de Moraes fixou-se tese no seguinte sentido: Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”.

A praxe é o cidadão requerer administrativa a medicação, inclusive, previamente ao ajuizamento de qualquer ação judicial. Diante da negativa ou impossibilidade de oferta do remédio na rede pública, socorre-se ao judiciário.

65 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. Consultor Jurídico.

Diante de essa última fronteira, pergunta-se quem possui legitimidade passiva em ação que verse sobre o fornecimento de medicamento?

Retorna-se a redação do art. 196 da CF/88. Com isso, o Supremo Tribunal Federal no Tema 793 posicionou-se no sentido de que “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. Ou seja, cabe ao Estado, ao Município e à União responderem por tais demandas.

Há formação no polo passivo de um litisconsórcio facultativo, ou seja, pode ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça possui o seguinte entendimento:

O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. STJ. 1ª Seção. REsp 1203244-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9/4/2014 (Recurso Repetitivo - Tema 686).

Portanto, para o STJ, o direito à garantia fundamental do cidadão à saúde por ser de responsabilidade solidária, propor chamamento ao processo é estratégia processual inadequada.

3.1. O ESTADO PODE SER OBRIGADO A FORNECER MEDICAMENTO FORA DA LISTA DO SUS? E NOS CASOS QUE NÃO POSSUEM REGISTRO NA ANVISA, QUEM SERÁ LEGITIMADO PASSIVO?

A judicialização de pedidos de medicamentos ausentes da previsão do programa estatal sempre foi recorrente, ainda mais com a moderniza-

ção da medicina e a descoberta de novas enfermidades ou complexidade de tratamentos.

O uso do canabidiol ou CBD, que devido ao avanço de pesquisas neurológicas, tem sido empregado há muito tempo para tratamento de epilepsias. Atualmente, só vem sendo fornecido de modo compulsório, em cumprimento de ordem judicial, ainda não tendo sido incorporado à lista de medicamentos do SUS.

O Estado não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamento não disponível na lista do SUS, salvo hipóteses excepcionais.

Para o Superior Tribunal de Justiça:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença **cumulativa** dos seguintes requisitos:

a) **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;**

b) **incapacidade financeira** de arcar com o custo do medicamento prescrito;

c) **existência de registro do medicamento na ANVISA**, observados os usos autorizados pela agência.

STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (Recurso Repetitivo – Tema 106) (Info 633).

Neste caso, a responsabilidade dos entes políticos continuaria solidária? Atualmente, a jurisprudência não é pacífica.

Para o STJ, a presença da União nesses casos é dispensável, afinal de contas a responsabilidade como já abordada é solidária (STJ. 2ª Turma. RMS 68602-GO, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 26/04/2022).

Já o STF, é obrigatória a presença da União no polo passivo da demanda na qual se pede o fornecimento gratuito de medicamento registrado na Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não incorporados na lista do SUS (STF. 1ª Turma. RE 1286407 AgR–segundo/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/4/2022).

Com isso, em regra, o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Há exceções se cumulados os seguintes requisitos: comprovação, por laudo médico, da imprescindibilidade do medicamento e da ineficácia dos fármacos já fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira do requerente de arcar com os custos do medicamento prescrito; e existência de registro da Anvisa.

Quanto a solidariedade passiva, não há unanimidade, pois há decisões em sentidos opostos sobre a obrigatoriedade ou não da União figurar na demanda.

Ressalta-se que no caso de medicamentos sem registro na Anvisa, a responsabilidade a presença da União é obrigatória, conforme o STF (RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019).

A Anvisa trata-se de uma autarquia federal, portanto integrante da estrutura da Administração Pública Federal, com isso não podem os Estados e Municípios ser condenados a custear as prestações da saúde nesse caso já que não possuem responsabilidade pela mora da Agência. A competência, inclusive, deverá ser da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88. Com isso, os Estados e Municípios podem fazer parte da demanda, mas a União deve.

3.2. O ESTADO PODE SER OBRIGADO A FORNECER MEDICAMENTO *OFF-LABEL*?

A tradução literal da expressão “*off – label*” é “fora de indicação”. O percurso de fabricação ou comercialização de medicamento no Brasil passa pelo pedido de registro na Anvisa, cujas indicações são apresentadas. Porém, apesar de indicados para determinadas enfermidades, surte efeito para outras finalidades. O AAS foi desenvolvido como

analgésico, mas tem sido usado para prevenir infartos, mesmo sem indicação do remédio.

Conclui-se que medicamento *off label* é aquele medicamento que é prescrito para determinada enfermidade que não expressamente constante na bula. O Estado, neste caso, não é obrigado a atender o pleito do demandante, salvo autorização da Anvisa (STJ. 1ª Seção. PUIL 2.101-MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10/11/2021).

A solução do paciente, com isso, seria recorrer a saúde suplementar, pois os planos de saúde, em regra, não podem negar tratamento prescrito pelo médico, mesmo sendo *off label* (STJ. 3ª Turma. AgInt no AREsp n.º 1.819.953/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 22/06/2021).

Logo, o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos experimentais. Apenas em casos excepcionais é possível a concessão judicial de medicamento sem registro na Anvisa. Para o STF, três requisitos devem ser cumulados:

- a) a **existência de pedido de registro do medicamento no Brasil** (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- b) a **existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior**; e
- c) a **inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil**.

As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Vê-se que tanto para o STJ como para o STF, a presença da União nessa espécie de obrigação é obrigatória.

4. ATUAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DA FAZENDA PÚBLICA

Em Pernambuco, pesquisadores analisaram a relação dos gastos entre a saúde e a população absoluta. Constatou-se, com surpresa, que “os municípios de pequeno porte das mesorregiões da Zona da Mata, Agreste e do Sertão demonstraram maior percentual de aplicação de recursos financeiros em saúde, e os municípios de médio e grande porte dessas mesmas regiões apresentaram investimento menor”⁶⁶. Complementam no sentido que se espera que “os valores reais sejam mais expressivos nos municípios de grande porte, uma vez que, nestes, a complexidade das ações e dos serviços de saúde são mais acentuadas”⁶⁷. Isso demonstra que o aprimoramento da gestão é urgente e necessário.

O cidadão que busca administrativamente respostas para as falhas nos serviços médicos e hospitalares e a ausência de medicamentos fornecidos na rede pública, poderia ter seu pleito satisfeito com uma gerência mais responsável dos recursos públicos. Evitaria, inclusive, a “via crucis” daqueles que necessitam de fármacos.

O recorte feito no Estado de Pernambuco sobre a gestão do recurso público direcionado para a saúde não é isolado. Do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, originou-se um caso em que gerou profundo debate na comunidade jurídica.

O Ministério Público estadual ajuizou ação civil pública requerendo que o Poder Judiciário determinasse que o Estado do Rio de Janeiro mantivesse em seu estoque determinado medicamento. Acolhido o pedido, a Procuradoria do Estado questionou em sede de Recurso Extraordinário a violação do Princípio da Separação dos Poderes, pois o

66 SOBRINHO, José Eudes de Lorena; ARRUDA, Mariana de Fátima Alves; DE ALBUQUERQUE, Lauriluci Farias Lopes; MONTARROYOS, Ulisses Ramos Montarroyos. GASTOS COM SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O PORTE POPULACIONAL DOS MUNICÍPIOS: UM ESTUDO EM PERNAMBUCO. Revista de Gestão em Sistemas de Saúde – RGSS. P. 62.

67 SOBRINHO, José Eudes de Lorena; ARRUDA, Mariana de Fátima Alves; DE ALBUQUERQUE, Lauriluci Farias Lopes; MONTARROYOS, Ulisses Ramos Montarroyos. GASTOS COM SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O PORTE POPULACIONAL DOS MUNICÍPIOS: UM ESTUDO EM PERNAMBUCO. Revista de Gestão em Sistemas de Saúde – RGSS. P. 62.

Estado não teria se recusado a comprar o medicamento, com a decisão de obrigar o ente político a manter no seu estoque determinada quantidade de medicamento o Poder Judiciário ofenderia o princípio retrocitado.

Os argumentos da Fazenda Pública não lograram êxitos, o que foi decidido da seguinte forma:

A Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento. Não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso. Isso porque com essa decisão o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes. Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014.

Os ministros emitiram opinião no sentido de que a Administração Pública não pode omitir-se dos problemas da saúde, muito embora, data vênia, não houve omissão do Poder Público, mas sim ausência de medicamento como recorrente acontece devido à falta de recursos públicos para reposição de estoque.

Para o Poder Judiciário, a viabilidade econômica para o fornecimento de medicamentos deve ser analisada caso a caso, concretamente, e não de forma abstrata ou sob a negativa automática usando como argumento o Princípio da Reserva Legal ou falta de isonomia.

Inclusive, é possível, no curso da demanda ou mesmo após a sentença, a alteração do medicamento requerido ou de acréscimos de outros medicamentos (STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp n.º 1.881.171/SP, Rel. Min. Gurgel De Faria, julgado em 23/02/2021). Ademais, para o STJ a alteração de medicamentos postulados na inicial não incorre em modificação do pedido (1ª Turma. AgRg no REsp n.º 1.377.162/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 28/03/2017).

CONCLUSÃO

O Poder Público tem por dever constitucional garantir aos cidadãos o acesso aos medicamentos, pois saúde é direito de todos. Cabe aos Estados, aos Municípios e à União encontrar uma equação, por meio de uma gestão responsável fiscalmente e eficiente, dos recursos públicos auferidos. A atuação da Administração Pública deve começar bem antes da tentativa de efetivação do direito via Poder Judiciário, inclusive para distensionar a interferência de um poder no outro.

Há de refletir urgentemente como sustentar o Estado que se deseja, sendo este voltado para atender aos que mais precisam de sua presença e atuação, afinal de contas o próprio art. 196 da CF/88 associa o direito à saúde a políticas sociais e econômicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, (Trad. Virgílio Afonso da Silva), São Paulo, Malheiros, 2012.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **O Poder Judiciário e o princípio da reserva do Possível**. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n.º 40, p. 189-212, abr./jun., 2015.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel_pressupoe-escolhas. Acesso: 17 set.2022.

SCAFF, Fernando Facury. **Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86>. Acesso: 17 set.2022.

SOBRINHO, José Eudes de Lorena; ARRUDA, Mariana de Fátima Alves; DE ALBUQUERQUE, Lauriluci Farias Lopes; MONTARROYOS, Ulisses Ramos Montarroyos. GASTOS COM SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O PORTE POPULACIONAL DOS MUNICÍPIOS: UM ESTUDO EM PERNAMBUCO. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde – RGSS.**

VULNERABILIDADE SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS SOCIAIS DE IDOSOS E CRIANÇAS EM SISTEMAS DE ALERTA DE DESASTRES⁶⁸

*André Francisco Pugas*⁶⁹

INTRODUÇÃO

De acordo com o relatório do *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC, 2018) eventos extremos, como tempestades, ondas de calor e secas, ocorreram com maior frequência e intensidade nos últimos anos. Em algumas situações tais eventos ocorrem com curto intervalo de tempo, deixando as comunidades com pouco ou nenhum recurso financeiro e humano para se recuperar entre os eventos.

Tais danos recaem com maior intensidade sobre as populações mais vulneráveis, as quais geralmente estão mais suscetíveis aos efeitos deletérios dos desastres, devido ao seu menor potencial de resiliência, a falta de medidas estruturais e não estruturais nas fases de prevenção, preparação

68 Orientadora: Sílvia Midori Saito e inserir o mini cv.

69 Mestrando em Desastres Naturais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Desastres Naturais. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

da comunidade e o conhecimento do risco precário característico nessas populações (LUZ; FILGUEIRA, 2018).

A exposição das pessoas aos desastres tem causado impactos socioambientais desproporcionais em relação aos mais vulneráveis dentro de uma sociedade. De acordo com Dunning e Durden (2013), crianças e idosos são considerados mais vulneráveis, pois respondem aos desastres de maneiras diversas e muitas vezes inadequada a sua autoproteção.

Segundo a *United Nations Office for Disasters Risk Reduction* (UNDRR, 2020) há uma tentativa exaustiva de definir e padronizar parâmetros para a exposição no contexto de desastres, e na definição de indicadores de vulnerabilidade para redução de risco de desastres. Porém, devido a multidisciplinariedade da temática, não existe consenso na definição ou aplicação de tais parâmetros para uso na avaliação de risco e no desenvolvimento de sistema de alertas efetivos centrados nas pessoas.

Os sistemas de alerta de desastres devem ser focados nas pessoas, capacitando os indivíduos e as comunidades vulneráveis a responderem aos desastres no tempo e de forma adequada. Além disso, devem proporcionar a redução dos prejuízos à propriedade, aos meios de subsistência, ao meio ambiente e a perdas de vida humana (UNISDR, 2006).

Apesar dos esforços das instituições que realizam monitoramento de ameaças e avaliam os riscos de desastres, a vulnerabilidade social da população só foi recentemente considerada como uma variável relevante para os sistemas de alarmes de desastres (ALVALÁ *et al.*, 2019).

O presente trabalho busca evidenciar a importância de compreender os aspectos relacionados à vulnerabilidade social apresentados por idosos e crianças no contexto dos sistemas de alertas de desastres. A partir de levantamento bibliográfico, identificou-se as diferentes especificidades desses dois grupos etários, que corroboram para sua maior vulnerabilidade.

As informações apresentadas neste trabalho, basearam-se na bibliografia relativa a conceitos e características de vulnerabilidade social apresentadas por idosos e crianças, estudos de indicadores e índices de vulnerabilidade relacionados a desastres. Logo após, buscou-se identificar medidas que permitam contribuir com o aprimoramento dos sistemas de alerta de desastres nos seus diversos eixos.

1. CONCEITOS DE VULNERABILIDADE

Para entender o conceito de vulnerabilidade, necessita-se compreender também o conceito de ameaça, componente essencial para que se tenha uma condição de risco. Tratar sobre risco remete a relação entre ameaça e vulnerabilidade, e assim pode-se dizer que a primeira é um evento adverso que pode atingir uma população em situação de vulnerabilidade (MEDEIROS; BARBOSA, 2016).

A UNDRR (2021) trata a ameaça como fenômeno, atividade humana ou condição perigosa que pode causar morte, ferimentos ou outros impactos à saúde, bem como danos à propriedade, perda dos meios de subsistência e serviços, ruptura social e econômica, ou dano ambiental. Diretamente ligado a ameaça está a vulnerabilidade, que de igual forma apresenta várias definições, utilizado nas ciências naturais e sociais, e cada campo tem manifestado uma definição de forma diferente, levando assim a uma série de definições e abordagens (MEDEIROS; BARBOSA, 2016).

A vulnerabilidade é um conceito complexo em muitas disciplinas, que possuem várias maneiras de definir, medir e avaliar. O conceito envolve muitas características de pessoas e grupos que os expõem a danos e limitam sua capacidade de antecipar, lidar e se recuperar deles. Esse conceito geralmente é entendido como a interação entre uma população vulnerável e as ameaças naturais, biológicas e/ou tecnológicas (MARCHEZINI *et al.*, 2017).

Em geral, as comunidades vulneráveis costumam ter menos recursos para se preparar para um desastre, morar em áreas de risco em habitações abaixo do padrão, ter menor conhecimento ou conexões sociais e políticas necessárias para dispor de recursos que aceleram sua recuperação (DUNNING; DURDEN, 2013).

Ao relacionar a gestão de risco de desastres com os conceitos de vulnerabilidade, extrai-se o conceito de vulnerabilidade social que traz à tona um aspecto humanizado dos demais conceitos, visto que leva em consideração aspectos sociais relacionados a determinados grupos sociais. Segundo Wisner (2004), vulnerabilidade social refere-se às características de uma pessoa ou grupo e sua situação que influenciam na sua

capacidade de se antecipar, enfrentar, resistir ou se recuperar do impacto de uma ameaça.

Além disso, percebe-se que de uma mesma ameaça ou desastre, diversos grupos sociais sofrem diferentes graus de perdas, bem como experimentam distintas gradações de dificuldade, sucesso ou fracasso no processo de recuperação, como mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, minorias étnicas, raciais, religiosas, imigrantes ilegais, dentro outros (MARCHEZINI; LONDE, 2018).

Dentre os subgrupos sociais afetados pelos desastres tem-se os idosos, cuja faixa etária é de 60 anos ou mais, segundo o disposto no Estatuto do Idoso, e crianças, que devido a sua imaturidade, apresentam maior vulnerabilidade e dependência de outras pessoas, no que se refere a adoção de medidas protetivas em desastres (UNICEF, 2021). Nota-se que a questão etária é aspecto frequentemente estudado, dado o grau de vulnerabilidade, em especial, os idosos e as crianças (DUNNING; DURDEN, 2013; ASSIS DIAS *et al.*, 2020), conforme exposto na seção a seguir.

2. CARACTERÍSTICAS DE VULNERABILIDADE SOCIAL DE CRIANÇAS E IDOSOS EM DESASTRES

2.1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES DIANTE DE CENÁRIOS DE DESASTRES

No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente define na Lei n.º 8.069, de 13/07/1990, como criança o indivíduo com até 12 anos de idade incompletos, que juntamente com a população idosa, compõem os grupos especialmente vulneráveis aos impactos dos desastres e possuem necessidades específicas diante de emergências (BRAGA *et al.*, 2006).

Segundo Costa (2016), os jovens tendem a ser mais vulneráveis devido a menor capacidade física para sobreviver a desastres e mais suscetíveis a certos fatores estressantes. A vulnerabilidade é maior tanto quanto menor for a idade, principalmente em relação às diferenças de percepção de risco, capacidade motora e na utilização da visão periférica (BRASIL, 2014). Além de apresentar uma maior vulnerabilidade diante das emergências

complexas, como as encontradas em cenários de desastres (HAYES *et al.* 2018), são mais afetados do que os demais, apresentando números mais expressivos no total de vítimas de desastres (MOSS *et al.*, 2006).

Tal população, devido estar nas etapas iniciais do ciclo de vida, a falta de empirismo em alguns campos e disporem de poucos recursos ativos em situações de desastres, os tornam vulneráveis (DESCHAMPS, 2004). O desenvolvimento biológico e motor característicos, associadas às condições socioambientais, aumentam a suscetibilidade em relação ao impacto dos desastres neste grupo, ensejando ações específicas (SILVA, 2015).

As limitações inerentes à essa faixa etária, em caso de eventos de desastres, requerem a necessidade de cuidados essenciais para a sobrevivência desse grupo, por serem mais frágeis e dependentes (UNICEF, 2021). Moss *et al.* (2006) corrobora com esse entendimento e afirma que este grupo demonstra maior dificuldade de recuperar-se e prevenir-se em desastres, o que resulta em perda de resiliência e aumento da vulnerabilidade.

As crianças demonstram maiores dificuldades de orientação e não possuem uma educação adequada para situações de risco. Muitas vezes devido ao caráter de urgência e a imperícia inerente aos desastres, torna-se fácil ignorar o devido apreço às questões da idade, o que incide em ações aquém do que o necessário ou muitas vezes inúteis (COSTA, 2016).

Ainda assim, este segmento demonstra habilidades físicas limitadas, dependentes de outras pessoas para seus cuidados, proteção, segurança e provisão, tornando as crianças e adolescentes pertencentes a grupos com alto índice de vulnerabilidade (GARCIA; SHEEHAN, 2016). Dados do período de 2000 a 2012 sustentam a hipótese que crianças e adolescentes representam a população mais vulnerável ao impacto dos desastres (SILVA, 2015). Destaca-se que, em média, um terço do conjunto de desfechos analisados ocorreu na população de 0 a 14 anos.

De acordo com Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2013), o Brasil possui 24% do total de habitantes residentes na faixa etária de 0 a 14 anos. Cerca de 14% das crianças são expostas a algum tipo de desastre (BECKER-BLEASE *et al.*, 2010) e manifestam maior risco psicológico de respostas inadequadas em situações de desastres (BURKE *et al.*, 2018).

Cerca de 67 milhões de crianças foram afetadas por eventos de desastres por ano em todo o mundo até o final do século XX. Pesquisas apontam que este número tenha triplicado nas últimas décadas devido ao crescimento da população em áreas de risco e o aumento na frequência de desastres (BARTLETT, 2008). De acordo com a PNUMA (2004) e Braga (2006) estudos revelam que os indicadores mais relevantes para análise, especificamente na análise da vulnerabilidade infantil, são: faixa etária específica, classe, raça, gênero e etnia.

As crianças são mais suscetíveis a manifestações agudas de doenças nos abrigos, em relação a estresse pós traumático e hospitalizações, além de muitas vezes responderem negativamente a episódios dramáticos como as tentativas de suicídio de um membro da família (FERNANDES; BOEHS, 2013).

Considerando a fase de pós-desastre, as vítimas infantis encontradas em abrigos apresentam, eventualmente, maior vulnerabilidade em relação aos demais grupos, algumas vezes apresentam desnutrição e falta de acesso a serviços básicos de saúde, encontram-se em situação de abandono temporário e sem a devida proteção contra doenças infecciosas, fatores que afetam substancialmente esse segmento, além de responderem de forma negativa a precariedade da qualidade de vida nos abrigos (ROCHA; ALPINO, 2016).

2.2 IDOSOS DIANTE DE CENÁRIOS DE DESASTRES

O aumento na população de idosos, bem como sua maior longevidade, é um fato resultante do estilo de vida atual (COSTA *et al.*, 2019), considerado um acontecimento positivo decorrente da sociedade moderna (VERAS, 2009). De acordo com a Organização das Nações Unidas (2019) estima-se que em 2050 cerca de 1,5 bilhão de pessoas no mundo terão 65 anos ou mais. Isso representa aproximadamente 16% da população total.

Contudo, Bodstein *et al.* (2014) já apontavam que os idosos representavam 11,5% da população mundial com expectativas que em 2050 a população de idosos chegue a 22%, alcançando o dobro da população. Ainda assim, estudos recentes indicam que de 2015 a 2070, mesmo que

o processo de crescimento populacional permaneça estável, o número de idoso será significativo (COSTA *et al.*, 2019).

Estudos realizados acerca dos efeitos da vulnerabilidade na população idosa, mostram que este grupo é especialmente vulnerável em diversas situações, e neste sentido, incluindo o contexto de desastres (CUTTER *et al.*, 2003; DESCHAMPS, 2004; BRAGA *et al.*, 2006; ALDERMAN *et al.*, 2012; MAZOTO, 2015; FREITAS, 2018; COSTA *et al.*, 2019).

Mais da metade dos idosos vivem em cidades com mais de 100 mil habitantes em todo o mundo, no entanto, a maioria dessas cidades não está preparada para as limitações que essa população apresenta (BODSTEIN *et al.*, 2014). Neste aspecto a vulnerabilidade dessa população aumenta considerando as peculiaridades apresentadas em situações catastróficas.

Em se tratando de riscos e desastres, idosos são mais vulneráveis, devido demonstrarem maior tempo de locomoção e menor resistência a pequenas lesões que os demais indivíduos, muitas vezes pela falta de autonomia característica desse público (FREITAS, 2018). A tomada de decisão sobre suas ações e comportamento podem ser afetadas por tais lesões, reduzindo a resiliência e aumentando a vulnerabilidade desse grupo (BODSTEIN *et al.*, 2014).

Mazoto (2015) afirma que as condições de saúde dos idosos, associadas à mobilidade física prejudicada e diminuição da consciência sensorial, criam obstáculos na capacidade de adaptação a desastres e impedem uma preparação adequada. Determinadas características como declínio funcional, falta de mobilidade, maior tempo para recuperação de lesões e maior dependência pós desastres, os tornam menos propensos a uma resposta positiva durante eventos adversos.

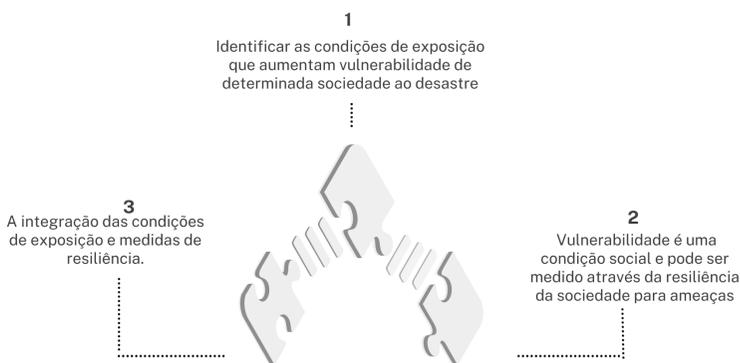
Um aspecto fundamental no cenário de desastres é a percepção de risco dos idosos. Além da mobilidade, o estado de alerta também se encontra parcialmente ou totalmente comprometido, prejudicando a capacidade de reação frente a uma situação adversa (BODSTEIN *et al.*, 2014). Durante os furacões Katrina e Rita nos Estados Unidos, os idosos representaram 85% das vítimas fatais, dentro da faixa de óbitos acima dos 50 anos e cerca de 50% acima dos 75 anos. Quase 70% das mortes ocorreram no interior das residências (JONKMAN; KELMAN, 2005).

Na França, durante as ondas de calor que atingiram a Europa em 2003, 70% das mortes causadas pelo evento foram de indivíduos com 75 anos de idade ou mais (BODSTEIN *et al.*, 2014). No Brasil, os deslizamentos ocorridos em Nova Friburgo (RJ) em 2011, atingiram de forma diferenciada as populações mais vulneráveis, contudo, os idosos foram os mais atingidos e em maiores proporções (CARMO; ANAZAWA, 2014).

3. INDICADORES E ÍNDICES DE VULNERABILIDADE SOCIAL

Com base no âmbito geral do conceito de vulnerabilidade social, Assis Dias *et al.* (2020) afirmam que costumeiramente os estudos de vulnerabilidade social abordam três temas específicos (Figura 1). A partir dessas premissas, índices e indicadores de vulnerabilidade social são confeccionados com a finalidade de mensurar o quão frágil determinada comunidade pode estar.

Figura 1— Representação do conceito de vulnerabilidade social.



Fonte: baseado em Assis *et al.* (2020).

Um dos estudos precursores foi desenvolvido para avaliar a vulnerabilidade social dos Estados Unidos, no nível de condados, com base em dados do censo. O índice, que foi denominado Índice de Vulnerabilidade Social, comumente conhecido como SoVI, do inglês *Social Vulnerability Index* (CUTTER *et al.*, 2003).

Nesse estudo, utilizou-se de indicadores multidimensionais de população e resiliência após um desastre. Os resultados destacaram os principais componentes capazes de aumentar a vulnerabilidade da população a desastres. Com esta iniciativa proposta por Cutter *et al.* (2003), diversos estudos de diferentes regiões do mundo adotaram a mesma metodologia (ASSIS DIAS *et al.*, 2020).

Em outro estudo, Dunning e Durden (2011) elencaram alguns índices de vulnerabilidade social que estão relacionados diretamente às fases de socorro e reabilitação em um cenário de desastre — no caso, um cenário de inundação —, conforme quadro 1 abaixo:

Quadro 1 — Indicadores de vulnerabilidade social e suas implicações durante e após inundações

Vulnerabilidade	Fase de Socorro	Fase de Reabilitação
Baixa renda	A falta de recursos pode complicar a evacuação.	A falta de recursos pode impedir a capacidade de se recuperar.
Idosos / Crianças	Maiores dificuldades na evacuação, mais questões de saúde e segurança, potencial para maior perda de vidas.	Pode faltar recursos, motivação, habilidade para se recuperar.
Deficientes físicos e mentais	Maiores dificuldades na evacuação, problemas especiais de saúde e segurança, potencial para maior perda de vidas.	Falta de instalações, medicamentos e pessoal médico para retorno à normalidade.
Mulheres chefes de família	Falta de recursos e necessidades especiais pode complicar a evacuação.	A falta de recursos pode impedir a capacidade de recuperar.
Minorias	Falta de influência para proteger interesses; falta de conexões com centros de poder ou influência.	Falta de influência para proteger interesses; falta de conexões com centros de poder ou influência.
Moradores de aluguel	Ocupar moradias mais vulneráveis.	Impossibilidade de morar em locais com aluguéis mais altos.
Moradores de rua	Difícil de localizar e fornecer informações; difícil estimar números.	

Fonte: Traduzido de Dunning e Durden (2011).

No estudo de Assis Dias *et al.* (2020), utilizou-se determinados indicadores (i.e. renda per capita, idade, total de pessoas expostas e esgotamento sanitário inadequado) para identificar a vulnerabilidade social,

bem como utilizá-los para desenvolver o InOV (Índice Operacional de Vulnerabilidade) aplicado ao contexto de sistema de alertas de desastres especificamente para ocorrências de deslizamentos. Este índice considera a vulnerabilidade de idosos e crianças (ASSIS DIAS *et al.*, 2020).

Ressalta-se que a utilização de indicadores de vulnerabilidade social nos sistemas de alertas de desastres não são incomuns, porém escassos. Apesar disso, diversos países da Europa e América utilizam estes dados como fonte de informação para confecção dos respectivos manuais e sistemas de alertas (ALVALÁ *et al.*, 2019).

Segundo Braga *et al.* (2006), é adequada a inclusão de indicadores de razão de dependência como crianças e idosos pois, em geral, a maioria das famílias em situação de risco apresentam um número maior de crianças ou idosos em relação a adultos. A capacidade de resposta ao desastre desse grupo, consubstancia em um aspecto importante na determinação dos índices de vulnerabilidade social voltado a desastres.

Entretanto, é preciso ser cauteloso nas análises de dados para utilização como índices de vulnerabilidade social, pois dependendo dos dados utilizados podem não refletir a vulnerabilidade social de determinada região ou país.

A partir disso, existem índices de vulnerabilidade social que não diferem, conforme pode ser identificado nos estudos de Alvalá *et al.* (2019), que no Brasil cerca de 18% da população de risco era composta por crianças e idosos (dados estes que não mudam conforme grau de desenvolvimento econômico).

Da mesma forma, outro índice de vulnerabilidade encontrado neste estudo foi o tipo de moradia, saneamento básico e abastecimento de água inadequados, percebendo-se assim, que são índices que podem variar entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos (ALVALÁ *et al.*, 2019).

Especificamente no Brasil, os resultados dos indicadores de risco de desastres no Brasil mostraram que o risco está fortemente entrelaçado com condições socioeconômicas e culturais e do cotidiano normal, bem como com o desempenho do Estado e instituições que lidam com a vulnerabilidade (ALMEIDA *et al.*, 2016).

Embora diversos países considerem a relevância de incluir dados de vulnerabilidade social para a utilização nos sistemas de alertas de de-

sastres naturais, os esforços têm se concentrado no desenvolvimento de métodos e tecnologias a serem implementadas a nível local. A literatura científica não se concentra na elaboração de um banco de dados de vulnerabilidade social a nível internacional (ALVALÁ *et al.*, 2019).

4. VULNERABILIDADE SOCIAL NOS SISTEMAS DE ALERTAS DE DESASTRES

De acordo com a UNDRR (2021), sistemas de alertas são integrações entre o monitoramento e previsão de ameaças, a avaliação do risco de desastres, a comunicação dos potenciais eventos críticos e a resposta dos indivíduos a esses eventos. Os quatro eixos norteadores que compõem os sistemas de alertas de desastres são demonstrados visualmente conforme a figura 2.

Figura 2 — Elementos que compõem os Sistemas de Alertas de Desastres.



Fonte: Adaptado de UNISDR (2006).

Os sistemas de alertas centrados em pessoas exigem a necessidade de observar e compreender fatores que vão além do monitoramento e previsão de ameaças. Também é necessário identificar as características da população que está em potencial risco (BASHER, 2006). Apesar dessa necessidade, ainda é incipiente o conhecimento científico relacionado ao uso de informações de vulnerabilidade social da população com o objetivo de serem incorporadas nos sistemas de alertas de desastres, tanto no âmbito nacional quanto regional e municipal (HOFFLINGER *et al.*, 2019).

Os avisos de risco emitidos pela Agência Meteorológica do Japão (JMA), que monitora as ameaças de desastres por meio de sistemas de alertas desde 2007, constatou a necessidade de comunicar os alertas de maneira diferenciada para os diferentes grupos sociais, como por exemplo, idosos e crianças (NAYLOR *et al.*, 2018).

Na França, houve a inclusão das características de vulnerabilidade social da população nos planos de contingência, e nos sistemas de alertas hidrometeorológicos, o qual é comunicado diariamente à população (BORRETTI *et al.*, 2012). Nos EUA, as informações sobre a vulnerabilidade social da população foram incluídos nas estimativas dos impactos de desastres, e propostos a inserir nos alertas emitidos por órgãos como Serviço Meteorológico Nacional (NWS) ou National Oceânico e Atmosférico Administração (NOAA), com o objetivo de priorizar as ações de resposta e definir locais de abrigo (KEENEY JR *et al.*, 2012).

No cenário latinoamericano, em Huaraz, no Peru, foi adotado nos modelos hidrológicos destinados à evacuação das pessoas dos locais suscetíveis, informações sobre a vulnerabilidade social apresentada pela população local (HOFFLINGER *et al.*, 2019).

De acordo com Alvalá *et al.* (2019), sistemas de alertas, que consideram a vulnerabilidade social da população alvo, possibilitam a comunicação de risco mais eficiente. Os alertas são constituídos considerando os diferentes grupos populacionais, bem como auxilia uma melhor proposição de ações de resposta a desastres.

5. DESAFIOS DA DISSEMINAÇÃO DE ALERTAS A IDOSOS E CRIANÇAS

A gestão de risco de desastres, devido a sua complexidade, se empenha em desenvolver ações e medidas para reduzir os riscos de desastres de maneira *Top Down* (BAUDOIN *et al.*, 2016). Em consequência disso, presume-se que idosos e crianças possuem um papel passivo diante da comunicação de risco e nas ações de resposta aos desastres ignorando a representatividade desses grupos (MITCHELL *et al.*, 2008).

De acordo com Costa (2016), a percepção individual que as pessoas têm dos riscos, não são as mesmas compartilhadas pela totalidade da sociedade, mesmo que o convívio ocorra em um ambiente comum. Desta forma, é necessário a inclusão das perspectivas de crianças e idosos na comunicação de ameaças nos sistemas de alertas.

Além da estratificação socioeconômica, em relação às vulnerabilidades, fatores como autonomia, conhecimentos empíricos e acesso a informações influenciam na construção das diferentes formas de concepção de mundo (ROCHA; ALPINO, 2016). Neste sentido, os sistemas de alerta podem desenvolver alertas destinados a essas limitações apresentadas por grupos de crianças e idosos.

Diante disso, além das informações sobre os impactos, intensidades e perdas potenciais de desastres, o uso adequado da linguagem destinada a uma população específica, como crianças e adolescentes, contribui para a efetividade dos avisos realizadas pelos sistemas de alerta (DUTTA; BASNAYAKE, 2018).

Com efeito, para o auxílio desses grupos é importante manter a comunicação com seus familiares e responsáveis, devido às crianças e idosos dependerem de outras pessoas para responderem de forma adequada em situações adversas como os desastres (VERAS, 2009).

Sistemas de alertas baseados em ferramentas tecnológicas como telefones móveis, podem auxiliar na comunicação entre os responsáveis por esse público, bem como informar os riscos de desastres de forma direta e localizar essas pessoas por meio dos serviços de localização (ZHANG *et al.*, 2014). Este sistema é orientado para usuários extensivos que preci-

sam de cuidados, como idosos, crianças e deficientes físicos, bem como seus familiares.

A falha em um sistema de alerta e a falta de informação antecipada a esse público, a exemplo, durante a evacuação de locais em risco, aumentam o número de mortes de crianças e idosos. Muitas vezes, por dependerem de informações de outras pessoas que eventualmente também estão envolvidas nos eventos adversos (MAZOTO, 2015).

A baixa autonomia do idoso e o pouco discernimento que o público infantil possui, limita o acesso a serviços de emergência durante eventos de desastres (BRAGA *et al.*, 2006; VERAS, 2009; MAZOTO 2015). Esse tipo de limitação, apesar de não ser algo exclusivo dos sistemas de alertas, precisa ser reinterpretado à luz do que está sendo efetivamente oferecido a esse público como possibilidade de redução de risco de desastres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível verificar na literatura científica, que crianças e idosos possuem uma maior vulnerabilidade social. Prova disso, são os índices que consideram tais grupos como vulneráveis (Assis Dias *et al.* (2020); e Dunning e Durden (2011; 2013) Partindo do pressuposto que idosos e crianças são populações mais vulneráveis socialmente, urge a necessidade de um sistema de alerta de desastres que seja diferenciado, visto que sua percepção sofre mudanças conforme determinada idade e capacidade de interpretação.

Dessa forma, eles são incapazes de se auto proteger, tornando-os especialmente vulneráveis em emergências. Além disso, sua condição de saúde pode causar limitações de locomoção e percepção de risco.

Esta diferenciação é importante, pois não somente ações de planejamento e preparação para os desastres são utilizados com base em dados de vulnerabilidade social. Essas informações também estão sendo utilizadas para a composição de sistemas de alertas de desastres (FATHANI *et al.*, 2016).

Além disso, na fase de resposta, é possível organizar abrigos temporários de acordo com o perfil dessa população (Idoso e crianças). Logo, a utilização de sistemas de alertas específicos é inquestionável e pode ser aplicado tanto no contexto de preparação, como resposta a desastres (SAITO, 2018).

Portanto, recomenda-se que os sistemas de alertas de desastres considerem as especificidades das populações de idosos e crianças com a finalidade de aperfeiçoar a comunicação de risco nestes cenários, visto que a vulnerabilidade social desta população é consenso na literatura. Com estas ações, melhorar-se-á as ações de prevenção, preparação e resposta a desastres e tornará esta população e, por consequência, uma sociedade mais resiliente.

REFERÊNCIAS

- ALDERMAN, K.; TURNER, L. R.; TONG, S. **Floods and human health**: a systematic review. *Environment International*, v. 47, p. 37-47, out. 2012.
- ALMEIDA, L.Q.; WELLE, T.; BIRKMANN, J. Disaster risk indicators in Brazil: a proposal based on the world risk index, *Int. J. Disaster Risk ReductIon*, v. 17, p. 251-257, ago. 2016.
- ALVALÁ, C.S.R.; ASSIS DIAS, M. C.; SAITO, S.M.; STENNER, C.; FRANCO, C.; AMADEU, P.; RIBEIRO, J.; SANTANA, R.A.S.M.; NOBRE, C. A. Mapping characteristics of at-risk population to disasters in the context of Brazilian early warning system. **International Journal of Disaster Risk Reduction**, v. 41, p. 1-14, dez. 2019.
- ASSIS DIAS, M. C.; SAITO, S.M.; ALVALÁ, C.S.R.; SELUCHI, M. E.; BERNARDES, T.; CAMARINHA, P. I. M.; STENNER, C.; NOBRE, C. A. Vulnerability index related to populations at-risk for landslides in the Brazilian Early Warning System (BEWS). **International Journal of Disaster Risk Reduct**, v. 49, out. 2020.
- BAUDOIN, M.A.; SHEPARD, S.H.; FERNANDO, N.; SITATI, A.; ZOMMERS, Z. From Top-Down to “Community-Centric” Approaches to Early Warning Systems: Exploring Pathways to Improve Disaster Risk Reduction Through Community Participation. **International Journal Disaster Risk Science**, v. 7, p. 163-174, mai. 2016.

- BARTLETT, S. The implications of climate change for children in lower-income countries. **Children, Youth and Environments**, v. 18, n. 1, p. 71-98, 2008.
- BECKER-BLEASE, K. A.; TURNER, H. A.; FINKLHOR, D. Disasters, victimization, and children's mental health. **Child Development**, v. 81, n. 4, p. 1040-1052, jul./ago. 2010.
- BRAGA, T. M.; OLIVEIRA, E. L.; GIVIZIEZ, G. H. N. Avaliação de metodologias de mensuração de risco e vulnerabilidade social a desastres naturais associados à mudança climática. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1, p. 81-95, jan./mar. 2006.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Guia de políticas, programas e projetos do Governo Federal para a população idosa: compromisso nacional para o envelhecimento ativo**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2015.
- BASHER, Reid. Global early warning systems for natural hazards: systematic and people-centred. *Philosophical Transaction of The Royal Society A*. v. 364, p. 2167-2182, jun. 2006.
- BODSTEIN, A.; DE LIMA, V. V. A.; DE BARROS, A. M. A. A vulnerabilidade do idoso em situações de desastres: necessidade de uma política de resiliência eficaz. **Ambiente & Sociedade**, v. 17, n.2, p.157-174, jun. 2014.
- BORRETTI, C.; DEGRACE, J. N.; COVA, P. The French vigilance system. Contributing to the reduction of disaster risks in France. **Institutional Partnerships in MultiHazard Early Warning Systems**. Berlin: Springer, 2012.
- BURKE, S. E. L.; SANSON, A. V.; VAN HOOM, J. The psychological effects of climate change on children. **Current Psychiatry Reports**,v. 20, n. 35, p. 1-8, Abr. 2018.
- BUSSE A. L.; JACOB FILHO W. **Envelhecimento: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Atheneu; 2015.

- CARMO, R. L.; ANAZAWA, T. M. Mortalidade por desastres no Brasil: o que mostram os dados. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 9, n. 19, p. 3669-3681. set. 2014.
- CARNEIRO, J. L. S.; AYRES, J. R. C. M. Saúde do idoso e atenção primária: autonomia, vulnerabilidades e os desafios do cuidado. **Revista de Saúde Pública**, v. 55, n. 29, p. 1-9, jan. 2021.
- CASTILLO-RODRÍGUEZ, J. T.; ESCUDER-BUENO, I.; PERALES-MOMPARLER, S.; PORTA-SANCHO, J. R. **Enhancing local action planning through quantitative flood risk analysis: a case study in Spain**, *Natural Hazards and Earth System Sciences*, v.16, n. 7, p. 1699-1718, jul. 2016.
- COSTA, S. M. B. **Vulnerabilidade de Crianças e Adolescentes em Desastres - Caso do Morro do Bumba**. (2016) Dissertação (mestrado) - Programa de Mestrado Profissional em Defesa e Segurança Civil, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2016.
- COSTA, J. S.; COSTA, D. G. S.; POLTRONIERI, C. F.; SOARES, N. Notas críticas: risco e vulnerabilidade social no processo de envelhecimento e velhice. **Ser Social**, v. 21, n. 45, p. 390-412, Jul./Dez. 2019.
- CUTTER, S.L.; BORUFF, B.J.; SHIRLEY, W.L. Social vulnerability to environmental hazards. **Social Science Quarterly**, v. 84, n. 2, p. 242-261, jun. 2003.
- DESCHAMPS, Marley Vanice. **Vulnerabilidade socioambiental na região metropolitana de Curitiba/PR**. (2004). Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.
- DUNNING, C.M.; DURDEN, S. **Social Vulnerability analysis methods for corps planning**. United States Army Corps of Engineers, Institute of Water Resources, 2011. (relatório)
- DUNNING, C.M.; DURDEN, S. **Social Vulnerability Analysis: A Comparison of Tools**. United States Army Corps of Engineers, Institute of Water Resources, 2013. (relatório)

- DUTTA, R.; BASNAYAKE, S. Gap assessment towards strengthening early warning systems. **International Journal of Disaster Resilience Built Environment**, v. 9, n. 2, p. 198-215, Abr. 2018.
- FERNANDES, G. C. M.; BOEHS, A. E. Mudanças das rotinas familiares na transição inesperada por desastre natural. **Escola Anna Nery Revista de Enfermagem**, v. 17, n. 1, p. 160-167, jan./mar. 2013.
- FREITAS, Bruno Pinto. **Índice de impactos de desastres: critérios para a declaração e reconhecimento de situação de anormalidade**. 2018. 78 p. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós graduação em Gestão de Riscos e Desastres na Amazônia, Instituto de Geociências / Universidade Federal do Pará. Belém, 2018.
- GARCIA, D. M.; SHEEHAN, M. C. Extreme weather-driven disasters and children's health. **International journal of health services**, v.46, n. 1, p. 79-105, jan. 2016.
- GIACOMIN K. C.; DUARTE Y. A. O.; CAMARANO A. A.; NUNES D. P.; FERNANDES, D. Cuidado e limitações funcionais em atividades cotidianas: ELSI-Brasil. **Revista Saúde Pública**, n. 52, p. 1-12, Abr. 2018.
- GUIMARÃES, R. M.; ASMUS, C. I. R. F. Por que uma Saúde Ambiental Infantil? Avaliação da Vulnerabilidade de Crianças a Contaminantes Ambientais. **Pediatria**, São Paulo, v. 4, n. 32, p. 239-245, out./dez. 2010.
- HAYES, K., BLASHKI, G., WISEMAN, J., BURKE, S. & REIFELS, L. Climate change and mental health: risks, impacts and priority actions. **International Journal of Mental Health Systems**, v. 12, n. 28, Jun. 2018.
- HOFFLINGER, A.; VALENZUELA, M. A. S.; ROMERO, A. V. Response time to flood events using a social vulnerability index (ReTSVI). **Natural Hazards Earth System Science**. 19, n. 1, p. 251-267, Jan. 2019.

- IPCC, Intergovernmental Panel Climate Change. Summary for Policemakers. **Six Assessment Report**. Suíça: IPCC, 2018.
- JONKMAN, S. N.;KELMAN, I. An Analysis of Causes and Circumstances of Flood Disaster Deaths. **Disasters**, v. 29, n.1, p. 75-97, Mar. 2005.
- KEENEY JR, H. J.; BUAN, S.; DIAMOND, L. Multi-hazard early warning system of the United States national weather service. *In: **Institutional Partnerships in Multi-Hazard Early Warning Systems***. Berlin: Springer, 2012. p.115-157.
- LUZ, M. B.; FILGUEIRA, H. J. A. Sistemas de alerta a desastres relacionados com fenômenos naturais: algumas alternativas no Brasil e no mundo. *In: PRIMEIRO ENCONTRO NACIONAL DE DESASTRES*, 1, 2018, 40 anos da Associação Brasileira de Recursos Hídricos. Porto Alegre: END, 2018.
- FATHANI, T. F.; KARNAWATI, D.; WILOPO, W. An integrated methodology to develop a standard for landslide early warning systems. **Natural Hazards and Earth System Sciences**, v. 16, n. 9, p. 2123-2135, Set. 2016.
- MARCHEZINI, V.; WISNER, B.; LONDE, L. R.; SAITO, S. M. **Reduction of vulnerability to disasters: from knowledge to action**. 1 ed. São Carlos: Editora Rima, 2017.
- MARCHEZINI, V.; LONDE, L. R. Sistemas de Alerta centrados nas pessoas: Desafios para os cidadãos, cientistas e gestores públicos. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, v. 7, p. 525-558, Jun. 2018.
- MAZOTO, Maíra Lopes. **Índice de vulnerabilidade social para a análise da ocorrência de inundações no estado do Rio de Janeiro: 2000 a 2013. (2015)**. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Saúde Coletiva. Instituto de Estudos em Saúde Coletiva / Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

- MEDEIROS, M. C. S.; BARBOSA, M. P. Vulnerabilidade social, percepções de riscos e desastres: conceitos e abordagens no/do urbano. **Revista Brasileira de Geografia Física**, v. 9 n. 1, p. 144-162, Fev. 2016.
- MITCHELL, T.; HAYNES, K.; HALL, N.; CHOONG, W.; OVEN, K. The Role of Children and Youth in Communicating Disaster Risk. **Children, Youth and Environments**, v. 18, n. 1, p. 254-279, Jan. 2008.
- MOSS W. J.; RAMAKRISHNAN M.; STORMS D.; HENDERSON SIEGLE A.; WEISS W. M.; LEJNEV I.; MUHE L. Child health in complex emergencies. **Bull World Health Organ**, v. 1, n. 84, p. 58-64, Jan. 2006.
- NAYLOR, A.; WALKER, J. F.; SUPPASRI, A. Suitability of the early warning systems and temporary housing for the elderly population in the immediacy and transitional recovery phase of the 2011 Great East Japan Earthquake and Tsunami. **International Journal of Disaster Risk Reduction**, v. 31, p. 302-310, out. 2018.
- ONU, Department of Economic and Social Affairs, Population Division 2020. **World Population Ageing 2019**: highlights. New York: United Nation; 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/World-PopulationAgeing2019-Report.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- PNUMA. Perspectivas para el medio ambiente en México - Geo Mexico. México: PNUMA, 2004. (relatório).
- ROCHA, V.; ALPINO, T. M. A. Aspectos Básicos em Desastres Naturais. In: NOAL, D.S.; OLIVEIRA, S.S.; ALPINO, T.M.A.; ROCHA, V. Gestão Local de Desastres Naturais para a Atenção Básica. São Paulo: Universidade Federal de São Paulo, 2016. p. 11-45.
- SAITO, S. M. Vulnerabilidades no contexto de sistemas de alerta de risco de desastres. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, v. 7, p. 618-630, Jun. 2018.

- SILVA, M. A. **Impacto dos desastres naturais sobre a saúde de crianças e adolescentes. Um estudo de caso. (2015)**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Saúde Coletiva. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- UNISDR, United Nations Office For Disaster Risk Reduction. **Early Warning – From Concept to Action: the Conclusions of the Third International Conference on Early Warning (EWC III)**. Bonn, Alemanha: UNISDR. 2006.
- UNDRR, United Nations Office for Disaster Risk Reduction. Hazard & Definition Classification **Review**. Suécia: ONU, 2020. (relatório)
- UNICEF. United Nations Children’s Fund. **The climate crisis is a child rights crisis: Introducing the Children’s Climate Risk Index**. New York: UNICEF, 2021. (relatório)
- VERAS, R. Envelhecimento populacional contemporâneo: demandas, desafios e inovações. **Revista Saúde Pública**, v. 43, n. 3, p. 548-54, 2009.
- WISNER, B.; BLAIKIE, P.; CANNON, T.; DAVIS, I. **At risk: Natural hazards, people’s vulnerability and disasters**. London: Routledge, 2004.
- ZHANG, Y. N.; NING, H. Y., BAI, J.; CHEN, B. C.; ZHOU, P. C., ZHAO, X. L. Elderly safety early-warning system based on android mobile phones. *In: 10th International Conference on Natural Computation*, China: ICNC, 2014.

RESUMOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UM BREVE EXAME

*Tiago Martinez*⁷⁰

INTRODUÇÃO

É pensando no passado que se torna possível compreender o presente e vislumbrar o futuro. A presente pesquisa parte dessa assertiva para demonstrar como o Ministério Público foi alçado à condição de instituição de garantia essencial à construção da democracia, tornando-se um dos principais artífices do Estado Democrático de Direito brasileiro.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A ideia é apresentar ao leitor/ouvinte a linha evolutiva da instituição Ministério Público, isto é, as causas históricas que permearam a sua concepção, seu aperfeiçoamento e que nos colocaram diante de um perfil institucional direcionado à transformação social. Diante dessa delimitação temática, o estudo se desenvolve mediante uma análise descritiva da

70 Doutorando e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

origem do Ministério Público e do tratamento conferido (ou não) pelas Constituições brasileiras ao *Parquet* no decorrer da história.

METODOLOGIA

Para cumprir com os objetivos propostos, a presente análise se amparou em uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e legislativa, em artigos disponibilizados em periódicos, assim como em informações fornecidas por instituições especializadas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O objetivo geral é demonstrar que a Carta Cidadã de 1988 trouxe um novo paradigma à instituição, o atual perfil institucional é resultado do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro e da superação de regimes autoritários ou ditatoriais. A partir da leitura da bibliografia indicada, busca-se compreender as controvérsias e os consensos quanto à origem do Ministério Público, tratando da busca pelas raízes do *Parquet* na Antiguidade e nos Estados Modernos, bem como das raízes portuguesas do Ministério Público brasileiro.

Ademais, após exame das Constituições brasileiras, verifica-se uma inconstância na forma como as Constituições brasileiras se referiram ao Ministério Público no decorrer da história, consignando-se que a presença de regimes autoritários influenciou a relação entre a Lei Maior e o *Parquet*, gerando impactos diretos na atuação da instituição. É tão somente na Carta Republicana de 1988, quando o regime democrático se mostra vigoroso no país, que o Ministério Público alcança maior participação no texto constitucional, tornando-se, de fato e de direito, uma instituição intrínseca à democracia constitucional.

CONCLUSÕES

Conclui-se que é apenas na Carta Magna de 1988 que o *Parquet* é alçado à condição de instituição de garantia essencial à construção da democracia, sendo-lhe atribuída a missão de tutelar coletivamente os

direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros, tornando-se, um dos principais artífices da democracia.

REFERÊNCIAS

- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021.
- MACHADO, Rafael Moreno Rodrigues Silva. **A essencialidade do Ministério Público no mundo líquido**: desafios para o século XXI. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MORAES, Alexandre de; *et al.* **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- SOUZA, Alexander Araujo de. **O Ministério Público como instituição de garantia**: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

COM A PALAVRA, O STF: A DECISÃO QUE PODERÁ CAUSAR O COLAPSO NOS MUNICÍPIOS E DECRETAR A FALÊNCIA NACIONAL DA EDUCAÇÃO BÁSICA

*Pedro Cravo Guimarães Freire*⁷¹

INTRODUÇÃO

Está em pauta de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n.º 1.008.166, que possui como temática principal, a obrigatoriedade do poder público municipal, ofertar e garantir vagas em creches e pré-escolas para todas as crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.

O referido recurso chegou ao STF por provocação do Município de Criciúma-SC, que vislumbrou a preocupação extrema-tanto que foi afetado o tema pelo rito da Repercussão Geral, pois poderá afetar os serviços de educação básica Brasil à fora, e totalizar um prejuízo de R.\$ 120,5 bilhões aos Municípios, considerando aqui, a inclusão de todas as crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos.

71 Advogado, Especialista em Direito Tributário (FBDG- 2018.1); Especializando em Direito Público Municipal (UCSAL – 2022.1); Membro Conselheiro da Comissão de Orçamento e Finanças Públicas da OAB-BA; Membro da Comissão de Direito Tributário OAB-BA.

Caso tenha decisão favorável, o Município de Criciúma e os demais entes municipais terão de garantir e reservar vagas para todas as crianças na faixa etária de zero a cinco anos. Existem, atualmente, cerca de vinte mil processos em curso que tratam sobre esta temática, e que foram sobrestados para poder aguardar a lavra do voto pelopretório excelso.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Os Municípios brasileiros que já estão autores, e litigam sobre a matéria na via judicial, as vagas deverão ser disponibilizadas de imediato. Além disso, a decisão do STF poderá causar o excesso de judicialização por diversos entes públicos, com a finalidade de que sejam suspensos os efeitos do julgamento, haja vista o desequilíbrio financeiro causado, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei Complementar n.º 101/00.

A Constituição Federal, no artigo 208, I, dispõe que a oferta da educação básica obrigatória à idade adequada à pré-escola (crianças de 4 e 5 anos), é de competência municipal, porém os Municípios não podem ser penalizados pelo não oferecimento das vagas ou a oferta irregular do ensino obrigatório.

A Carta Magna diferencia as creches das pré-escolas, e esta última tem o caráter de prestação obrigatória e a meta de cumprimento do país, em arrimo ao disposto no Plano Nacional de Educação (PNE), e atender completamente as crianças em idade compreendida entre quatro e cinco anos no segmento da educação básica. Já as creches não têm como medida universalizar o atendimento, mas sim, assegurar até 2024, o mínimo de 50% de cobertura para crianças de 0 a 3 anos.

METODOLOGIA

De acordo com o IBGE, o Censo Escolar de 2021 trouxe numerais correspondente a 11,8 milhões de crianças que estão compreendidas na faixa etária de zero a três anos, entre as quais 3,4 milhões estão atendidas pelas creches, e os Municípios responsáveis por 70% (setenta por cento) dessas matrículas, enquanto os outros 30% são de cabo da iniciativa privada.

Em cálculo estimativo realizado, cada aluno custa em média R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por mês aos cofres Municipais, e ao final de cada ano, trazem uma monta no orçamento contabilizada como despesa pública corrente o importe de R\$ 35 bilhões de reais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para que sejam efetivamente matriculadas as crianças de 0-3 anos no sistema básico de ensino do Município, é necessária a criação de 8,4 milhões de vagas, o que corresponde à 71%(setenta e um por cento) da estimativa populacional da faixa etária no ano de 2021, sem contar ainda com o investimento necessário em profissionais, estrutura, merenda, medicamentos etc.

CONCLUSÕES

Como fundamentação de reforço, é importante salientar que a PEC n.º 122/2015 trata da obrigatoriedade de reforço de repasse quando haja a ampliação/criação de obrigação aos Municípios por parte dos “Entes Criadores”.

Na formulação das Políticas educacionais, é preciso considerar as necessidades das famílias e a disponibilidade de cada ente municipal, e que sejam ampliados os repasses do FUNDEB, para que não seja causado um colapso do sistema público de base.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br).

BRASIL. **Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Diário Oficial da União, 25

jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

ZIULKOSKI, Paulo. **Decisão do STF sobre creches pode impactar Municípios em R\$ 120,5 bilhões e afetar todas as etapas de ensino**. Portal CNM, 22 set. 2022. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/decisao-do-stf-sobre-creches-pode-impactar-municipios-em-r-120-5-bilhoes-e-afetar-todas-as-etapas-de-ensino>. Acesso em: 30 set. 2022.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.010.606

*Joseph Murta Chalhoub*⁷²

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento, compreendido como aquele de não ser lembrando por fatos pretéritos, de modo a gerar exposição ou revolver fatos criminosos que possam comprometer os direitos da personalidade, é temática que vem ganhando cada vez mais espaço na doutrina e jurisprudência, uma vez que a liberdade de informação e os direitos da personalidade, não raras vezes, entram em conflito.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX, estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; e, no § 1º, do mesmo dispositivo constitucional, resta consagrado o princípio de que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de

72 Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL, 1988).

Não bastasse isso, o texto constitucional também dispõe, no inciso V, do artigo 5º, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e, no inciso IX, do mesmo artigo, enuncia que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

Anote-se que as garantias constitucionais acima elencadas se encontram consagradas dentre os direitos fundamentais. Porém, estes não são absolutos, pois embora traduzam o espírito de garantia fundamental, assegurados em diversas nações democráticas, podem, no caso concreto, entrar em rota de colisão. Por conseguinte, cabe ao operador do Direito, na análise do caso concreto, e diante dos fatos sociais, buscar a correta interpretação e alcance do direito à informação quando colide com os direitos da personalidade, questão que ganha relevo quando se discute o direito ao esquecimento.

Isso se deve porque alguns fatos, quando lembrados pelos meios de comunicação, de forma reiterada, expõem desnecessariamente os envolvidos, obstando o direito ao esquecimento, principalmente quando envolvem delitos que geraram clamor social. Nesse contexto, discute-se a colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade, à honra, à intimidade de todos os envolvidos, a saber, autor, vítima e familiares.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo averiguar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao direito ao esquecimento, de modo a compreender como se posiciona a jurisprudência dos Tribunais Superiores diante da informação em conflito com os direitos da personalidade.

METODOLOGIA

Para alcançar o objetivo supra, adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, e como método de procedimento, o descritivo. Quanto à técnica de pesquisa, classifica-se como bibliográfica e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, jurisprudên-

cias entre outras fontes, elementos para a compreensão do problema de pesquisa.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Buscou-se, ao longo do presente estudo, compreender como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona diante do direito ao esquecimento, questão que evidencia o conflito entre o direito de informação e os direitos da personalidade, mormente o direito à vida, à honra, ao nome, à privacidade.

Os direitos da personalidade são aqueles próprios da condição humana, a atualidade trouxe uma expansão desses direitos, que passaram a ser protegidos de uma forma mais ampla, com fundamento na dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade de informação é o direito de comunicar ideias e notícias de qualquer espécie, tanto de informar como de ser informado, fundamentado na democracia.

De fato, ambos são preservados pela Constituição Federal de 1988, possuem status de direitos fundamentais e protegem a esfera privada, o direito individual do ser humano, ao passo que a liberdade de informação tutela também o direito coletivo.

Viu-se, ainda, que o direito ao esquecimento é o direito que a pessoa tem de ter fatos de sua vida suprimidos ou apagados, em decorrência do tempo, por não condizer com sua realidade atual, protegido dentro do direito geral da personalidade e baseado dignidade da pessoa humana.

Quando alguém, no exercício do seu direito a informação divulga fatos pretéritos verídicos, e viola a dignidade de outro, este, com fundamento na tutela da sua honra, privacidade e/ou intimidade, pode invocar o direito ao esquecimento? Como se soluciona o conflito entre o direito à liberdade de informação e os direitos da personalidade, já que inexistente hierarquia entre os direitos fundamentais.

Para melhor compreender o tema, foram analisados dois julgados do Superior Tribunal de Justiça. Nos autos do RESP n.º 1.334.097-RJ, viu-se que Jurandir França foi preso inocentemente, acusado de participar da Chacina da Candelária, motivo pelo qual foi posteriormente inocentado. Porém, alguns anos após o ocorrido a Rede Globo veiculou os

fatos no programa “Linha Direita”, relatando o inquérito policial defeituoso, mas também apresentou a imagem de Jurandir, que havia se manifestado contra a divulgação de informações pessoais, motivo pelo qual pleiteou reparação civil com fundamento no direito ao esquecimento.

Neste caso o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento, pois na ponderação de valores o mesmo direito da reabilitação criminal também cabe aos absolvidos e inocentes, e que se houvesse ocultado o nome a imagem de quem não queria aparecer não traria prejuízos a notícia e pautado na receptividade do homem médio, reconheceu-se a reparação civil a título de danos morais.

No segundo caso (RESP n.º 1.335.153-RJ), envolvendo Aída Curi, jovem assassinada e jogada do alto de um prédio há cinquenta anos, a Rede Globo, também no programa “Linha Direita”, veiculou matéria expondo os fatos, tendo os irmãos da vítima pleiteado reparação por danos morais e materiais em virtude do direito ao esquecimento.

O Superior Tribunal de Justiça, nesta situação, não reconheceu o direito ao esquecimento, levando-se em conta o decurso do prazo entre o acontecimento e o domínio público dos fatos. Logo, embora a lembrança gere desconforto, não há o direito a reparação por danos morais e/ou materiais, o que restou também sedimento pela mais alta Corte do país, em recente julgamento, no qual se firmou o entendimento de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÕES

De fato, o desejo de ter fatos apagados não pode ser convertido em direito fundamental, pois os meios de comunicações, agindo no exercício regular de direito “informando”, e divulgando fatos verdadeiros, não comete nenhum ato ilícito, pois a simples passagem do tempo não é base jurídica para que a divulgação de informações verídicas torne a veiculação ilícita. Portanto, o interesse público não pode ser suprimido, o que ceifaria o Estado Democrático, onde, para evitar sanções, os meios de comunicações se silenciam, havendo uma censura velada.

Destarte, o direito ao esquecimento nunca esteve tão presente, e a tendência é que ele venha a ser requisitado cada vez mais, sendo que os julgados analisados servirão de base para a resolução de outros casos; e, embora o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado sobre a questão, muito ainda precisa ser discutido, seja porque os meios de comunicação estão em constante evolução, seja porque a temática está longe de restar sedimentada, ainda dividindo opiniões dos operadores do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.335.153/RJ**, Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, publ. 10 set. 2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1237428&tipo=0&nreg=201100574280&Seq-CgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130910&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Repercussão Geral: Tema n.º 789 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. **Recurso Extraordinário n.º 1010606**, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 11 fev. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786#>. Acesso em: 07 set. 2022.

CHEHAB, Gustavo C. **O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 103, v. 946, p. 88, ago./dez. 2014.

TEFFÉ, BARLETTA, Chiara Spadaccini de, Fabiana Rodrigues, **O Direito ao Esquecimento**: Uma possível expressão a privacidade. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, v. 105, mai./jun., 2016.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

*Natan Oliveira de Souza*⁷³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o processo evolutivo das normas jurídicas de proteção dos Direitos Fundamentais por intermédio das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Desse modo, analisar-se-ão as jurisprudências nas quais o referido tribunal obteve a missão de proferir uma decisão em face de violações aos Direitos Fundamentais de seus cidadãos. Nesse sentido, justifica-se a relevância do tema, tendo-se em consideração a averiguação do progresso dos respectivos direitos no âmbito do ordenamento jurídico da União Europeia, utilizando-se o estudo da atuação do TJUE, por intermédio de suas jurisprudências.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A União Europeia iniciou o processo de integração das Comunidade Europeias em 1950, com a finalidade de criar um mercado comum

73 Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT). Pós-graduado em Direito Constitucional e Direitos Humanos e Ressocialização pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Rio de Janeiro, Brasil.

européu. No ano posterior, por meio do Tratado de Paris, criou-se a denominada Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), que visava o crescimento econômico dos países-membros e apresentava, em sua estrutura, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), com a responsabilidade de assegurar a ordem do direito comunitário europeu (SOUZA; CASTILHOS, 2022).

Contudo, o ordenamento jurídico da CECA não tinha, em suas normas, dispositivos que protegessem os Direitos Fundamentais dos cidadãos. Com a expansão do leste europeu e a inserção de novos países na Comunidade Europeia, princípios e valores precisaram ser incluídos no ordenamento jurídico para haver uma maior defesa dos direitos básicos do homem.

Assim, nos anos seguintes, houve diversas cooperações entre os países integrados para se promover o desenvolvimento europeu, além dos Tratados que foram inseridos na integração europeia a fim de introduzir progressos culturais, sociais e políticos. Nesse contexto, com o Tratado de Maastricht, em 1992, procedeu-se a uma verdadeira revolução à proteção dos Direitos Fundamentais, pois, através desse documento, sucedeu-se a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a alteração do nome da Comunidade Europeia para a União Europeia e a atribuição ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) da missão de velar para que os direitos europeus fossem interpretados e aplicados da mesma forma em todos os Estados-membros (UNIÃO EUROPEIA, 2021).

METODOLOGIA

A construção da pesquisa se dará por intermédio da metodologia qualitativa, mediante estudos bibliográficos de artigos, livros, documentos jurídico-normativos, além de análise jurisprudencial para consolidação da investigação que percorrerá os julgados do TJCE e do TJUE, pertencente à atual União Europeia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Enquanto Comunidade Europeia, observou-se que os aparatos jurídicos não apresentavam catálogos que protegessem os Direitos Fun-

damentais dos cidadãos, motivo pelo qual após violações aos preceitos básicos do homem, países-membros e entidades particulares suscitaram a defesa para proteger seus indivíduos.

Destarte, em 1969, a fim de estimular a comercialização de manteiga em um preço inferior aos consumidores que recebiam determinada assistência social, o TJCE prolatou uma decisão reconhecendo os Direitos Fundamentais como parte dos princípios gerais do direito comunitário, impondo aos Estados-membros a obrigatoriedade pela proteção aos cidadãos, sendo este um marco jurisprudencial:

STJCE, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1969, EN EL ASUNTO: E. STAUDER V. STADT ULM - SOZIALAMT (29/69): [...] Fundamentos del Derecho [...] 7 que, interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (TRIBUNAL DE JUSTICIA, 1969).

No ano seguinte, em 1970, frente a duas questões relativas à validade do regime dos certificados de exportação e de caução, o tribunal proferiu um acórdão no processo n.º 11/70, reafirmou a defesa dos Direitos Fundamentais como princípio geral do direito comunitário, fortalecendo a proteção dos respectivos direitos aos cidadãos, conforme demonstra abaixo:

Quanto à protecção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário: 4 [...] o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1970).

Cabe ainda destacar o acórdão proferido no processo n.º 4/73, em 1973, em que o TJCE, no corpo de sua decisão, utilizou-se não apenas

de Constituições nacionais dos Estados-membros, como também referenciou mecanismos de proteção internacionais para a proteção dos Direitos Humanos, demonstrando de forma categórica o compromisso de promover os Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, diante de uma pretensa violação aos Direitos Fundamentais, tendo em consideração a lesão de um direito equiparável ao direito de propriedade, bem como o direito ao livre exercício das atividades profissionais, o referido tribunal reafirmou que “os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito, cuja observância lhe incumbe garantir” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1974), ratificando a proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, no âmbito da Comunidade Europeia.

Com a adesão de Tratados, documentos internacionais e a elaboração do CDFUE, a União Europeia proporcionou uma expansão da proteção aos Direitos Fundamentais, alcançando e resguardando o direito de diversos grupos minoritários. Em 2020, por exemplo, o TJUE, no caso do Processo C-507/18, originário da Itália, em Reenvio Prejudicial ao Tribunal de Justiça, pôde resguardar os Direitos Fundamentais da Comunidade LGBTI (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2020), ao ser provocado sobre o expediente de um advogado que, em uma entrevista de transmissão radiofônica, declarou que não recrutaria ou não recorreria aos serviços de pessoas homossexuais em seu escritório. Após o discurso de ódio, uma Associação que representa judicialmente os direitos LGBTI ajuizou uma ação para obter uma indenização em face do advogado.

Após a sentença da primeira instância ter deferido todos os pedidos da Associação, o advogado recorreu à Corte Suprema Di Cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) que submeteu o recurso ao TJUE. O tribunal entendeu que as declarações que sugerem a existência de uma política de recrutamento homofóbica estão abarcadas pelo conceito de «condições de acesso ao emprego [...] ou à atividade profissional», na acessão da Diretiva «antidiscriminação», mesmo que sejam advindas de uma pessoa que não tenha personalidade jurídica de contratar, necessitando apenas de umnexo não hipotético entre as declarações e a política de recrutamento do empregador (SOUZA; CASTILHOS, 2022).

CONCLUSÕES

Diante do exposto, constatou-se que, enquanto Comunidade Europeia, as normas jurídicas apresentavam uma grave fragilidade por não apresentarem, em seus dispositivos, a proteção aos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Assim, o TJCE carecia de normas externas à integração europeia para resguardar os direitos dos indivíduos.

O reconhecimento dos Direitos Fundamentais como princípio geral do direito comunitário pelo TJCE, ressignificou os objetivos iniciais da Comunidade Europeia e impôs aos países-membros a obrigatoriedade de proteger os direitos de seus cidadãos.

Nesse contexto, após a inserção dos Tratados, da CDFUE e dos documentos internacionais, o tribunal obteve a ampliação dos mecanismos de defesa dos Direitos Fundamentais, abrangendo a proteção às minorias no âmbito da União Europeia.

Desse modo, averiguou-se se a atuação do TJCE tornou-se decisiva para a formação dos valores da atual União Europeia e se possibilitou que o TJUE pudesse promover e defender os Direitos Fundamentais contra atos discriminatórios, preconceituosos e garantir a missão de construir uma integração ainda mais compromissada com a dignidade humana, a liberdade e a igualdade dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

SOUZA, Natan Oliveira de, CASTILHOS, Daniela Serra. A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia em defesa dos Direitos Humanos. *In: Revista Jurídica Portucalense*. 2022. Disponível em <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/27320>. Acesso em: 22 ago.2022..

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Declarações homofóbicas constituem uma discriminação no emprego e na atividade profissional quando são proferidas por uma pessoa que tem ou se pode considerar que tem uma influência determinante na política de recrutamento de um empregador**. Luxemburgo: Comunicado de Imprensa n.º 48/20, 2020.

Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200048pt.pdf>. Acesso em: 23 ago.2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA . **Acórdão do Tribunal de Justiça**. Alemanha: EUR-Lex, 1974. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/ALL/?uri=CELEX%3A61973CJ0004>. Acesso em: 23 ago.2022.

TRIBUNAL DE JUSTICIA. **Sentencia del Tribunal de Justicia**. Alemanha: EUR-Lex, 1969. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>. Acesso em: 24 ago.2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**. Portugal, 2020. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt#como-funciona-o-tjce? Acesso em: 22 ago. 2022.

O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Laura Rodrigues Rosa da Silveira*⁷⁴

INTRODUÇÃO

O objetivo do estudo é analisar o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. A relevância do tema mostra-se fundamental, pois devido à ausência de parâmetros expressos na Constituição da República de 1988 e nas leis ordinárias em geral, a doutrina buscou oferecer caminhos para auxiliar o intérprete nos casos de colisão entre os referidos grupos de direito.

Procura-se, assim, refletir sobre essa perspectiva, mediante doutrina e do Supremo Tribunal Federal (STF).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A liberdade de expressão se destaca por proporcionar ao cidadão a livre manifestação de pensamentos, ideias, opiniões e sentimentos, sem impedimentos ou discriminações. De acordo com Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 68), “A liberdade de expressão tem por finalidade a realização pessoal, a possibilidade de se autodeterminar [...]”.

⁷⁴ Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto na ADI n.º 4.815, a liberdade de expressão possui uma “posição de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios e valores dotados de elevado valor axiológicos.” Ainda, conforme o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* [...]”. Ademais, em um caso concreto ocorrido em 2016, o referido Ministro Luís Roberto Barroso suspendeu uma liminar de tutela provisória de retirada de conteúdo ofensivo à dignidade da pessoa humana, alegando que a “liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades”.

Dessa maneira, nota-se um posicionamento acolhedor do STF ao atribuir certo privilégio do direito da liberdade de expressão diante de situações que envolvem conflitos entre o referido direito e os direitos da personalidade, como nos julgamentos citados acima.

Do outro lado, os direitos da personalidade recaem sobre particularidades essenciais para o fomento e a proteção da dignidade da pessoa humana, como a sua imagem, integridade, vida, honra, intimidade e privacidade; além de possuir uma intrínseca ligação com o princípio democrático. Nesse quadro, destacam-se algumas garantias que visam a sua efetividade, presentes no artigo 59, incisos V, X, XI, XII da Constituição da República de 1988, como a indenização por dano material ou moral, a imagem, a inviolabilidade da casa, o direito de resposta e o sigilo das comunicações (BRASIL, 1988).

Assim, mesmo com o reconhecimento majoritário (STF/ADI) de uma relevância especial àquele preceito constitucional no sistema jurídico, deve-se ressaltar que não há hierarquia normativa entre os direitos constitucionais. Nesse plano, na VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2018, aprovou-se o Enunciado n.º 613, que dispõe que “a liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018).

METODOLOGIA

A pesquisa realizada é bibliográfica, estabelecida por livros, artigos científicos, dissertações e teses de doutoramento, bem como a pesquisa documental, constituída por revistas científicas e relatórios de pesquisas, além da pesquisa jurisprudencial, com a utilização do site do STF. Ademais, utiliza-se o raciocínio dedutivo para desenvolver uma hipótese que busca solucionar o problema jurídico-científico.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados obtidos por meio do presente estudo indicam que o choque entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, este último também possui um “peso abstrato”, devido a sua conexão imediata com a dignidade da pessoa humana. Por isso, deve-se dar, também, grande importância aos meios de tutela eficazes a sua proteção.

Dessa maneira, nota-se que mesmo com o posicionamento majoritário (STF/ADI) de preferência à liberdade de expressão, é indispensável conferir e aplicar aos direitos da personalidade a mesma relevância. Nesse contexto, deve-se considerar o postulado da unidade da Constituição da República de 1988 e dos seus direitos garantidos.

Assim, é essencial construir parâmetros que possam ser empregados na ponderação de casos em que há colisão dos referidos direitos fundamentais, visto que os valores em questão possuem a mesma hierarquia normativa e axiológica. Portanto, por meio do uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve-se descobrir um equilíbrio para que ambos os direitos sejam aplicáveis.

CONCLUSÕES

Conclui-se, portanto, que a incidência de divergências oriundas desses direitos deve ser examinada de acordo com o caso concreto e seu respectivo contexto, para verificar e ponderar o peso que será conferido para cada direito garantido aplicado, quais sejam a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, e não deixar de aplicar um sobre o outro.

Ainda que qualquer tentativa de privilegiar a liberdade de expressão ou os direitos da personalidade deve ser considerada arbitrária, pois, como dito acima, a relação de prevalência deve ser elaborada por meio de elementos extraídos do caso concreto.

Nessa circunstância, aos verdadeiros juristas, que têm papel importante na preservação do Direito, cabe construir o caminho dogmático para promover e incentivar a solução dos referidos conflitos de forma artesanal para cada caso, ao buscar a melhor solução por meio da ponderação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815**. Relator: CÁRMEN LÚCIA, julgado em 10/06/2015 PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 01 out. 2022.

JUSTIÇA FEDERAL, **VIII Jornada de Direito Civil**: Enunciados Aprovados, 2018. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

MEYER-PLUG, Samantha Ribeiro, **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**, 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2009, 271p.

SANKIEVICZ, Alexandre, **Liberdade de Expressão e Pluralismo**: perspectivas de regulação. 1. Ed. São Paulo: Ediora Saraiva, 2011, 225p.

SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; e TEFFÉ, Chiara Spadaccini de (coord.). **Direito e Mídia** - Tecnologia e Liberdade De Expressão. 2. Ed. Indaiatuba, São Paulo: Ediatora Foco, 2022.

AS POLÍTICAS SOCIAIS NA VIDA DE MULHERES EM UM CONTEXTO PÓS-PANDEMIA

*Kellen Magalhães da Silveira*⁷⁵

*Maryanna C. da Silva Gomes*⁷⁶

INTRODUÇÃO

A pandemia evidenciou as condições nas quais mulheres se encontram dentro da nossa sociedade na atualidade. No que diz respeito à aplicabilidade de políticas públicas e à manutenção e garantia de direitos, assistimos o desmonte de investimento em políticas e o desinteresse de planejamento e elaboração de políticas sociais voltadas para este tema.

Este estudo, portanto, justifica-se na grande importância existirem reflexões e críticas acerca das funções das políticas públicas voltadas para mulheres, ainda existentes na atualidade, assim como convocar discussões que abordem e escrevam tais temas, considerando que, historicamente mulheres se encontram subordinadas a um modelo do qual as denomina a um lugar de servidão e negligenciam sua saúde física e mental.

75 Graduada em Psicologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), pós-graduada em Direitos Humanos (FIOCRUZ) e Mestranda em Políticas Sociais (UFF).

76 Graduada em Letras — Português/Literaturas pelo Instituto Federal Fluminense — IFF.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Este trabalho fundamenta-se na discussão em que, mulheres historicamente estiveram colocadas em lugares sociais que não as contemplavam. Foi evidenciado durante a pandemia que, o alto índice de desemprego e trabalhos formais, contribuíram amplamente para que mulheres ativas no mercado de trabalho, tivessem que retornar as atividades de seus lares, e ainda em determinadas circunstâncias, submetidas a violência doméstica, conforme nos apresentou o autor, Santos (2020), a precariedade na qual uma política neoliberal submeteu sua população, e em que parte da população marginalizada fosse mais prejudicada no Contexto de pandemia.

A discussão apresentada aqui também permite um olhar sobre as condições históricas as quais mulheres ao longo dos anos vêm sendo colocadas na subordinação em um Estado neoliberal, que privilegia homens e pessoas brancas, no que tange às oportunidades e ao acesso à qualidade de vida, assim como, distancia cada vez mais pessoas marginalizadas do acesso aos seus direitos.

Esta pesquisa se propõe a pensar nas condições das políticas sociais, na garantia e manutenção de direitos humanos de mulheres que necessitam de políticas públicas para sua sobrevivência, no campo da saúde, educação e acesso ao trabalho. A cruel maneira que o Estado se desresponsabiliza no que tange à elaboração e à revisão de políticas sociais para essa população demonstra as falhas de um Estado que nega os direitos básicos a essas mulheres que, em muitos casos recorrem a serviços parte de políticas públicas como recurso de sobrevivência.

Considerando que mulheres negras, ainda mais marginalizadas e submetidas à desumanização, conforme apontam as autoras Biroli e Miguel (2015), é necessário um olhar atento e crítico, a fim de rever a real condição das políticas que ainda estão à disposição para o cuidado e acolhimento dessas mulheres e crianças.

METODOLOGIA

Refere-se a uma pesquisa de abordagem qualitativa, que cujos procedimentos metodológicos utilizados, baseou-se na pesquisa bibliográfica

fica, denominada por Gil (2008) como um método de etapas em que o pesquisador, além de fazer um recorte nas bases de dados a serem utilizados, deve-se de maneira fidedigna realizar uma leitura atenta dos materiais escolhidos para reforçar as análises que serão feitas pelo pesquisador em seu trabalho também de escrita.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir dos materiais utilizados durante o processo metodológico, a fim de pensar nas condições as quais as mulheres estão atualmente expostas, e no que diz respeito à violação de seus direitos.

Foi possível perceber que o contexto histórico aos quais as mulheres vêm sendo subordinada, não a potencializa no sentido de cuidados promovidos pelo Estado e que este, historicamente vem sendo principal provedor de violências institucionais, partindo de suas organizações e dispositivos que negligenciam os cuidados das mulheres e seus dependentes na prestação de serviços básicos, como saúde, educação, alimentação e trabalho. Também, fica evidente o quanto em situações de calamidade, como a presenciada durante a pandemia, estas foram as mais expostas a situações consideradas degradantes à existência humana. Dentro deste contexto, podemos identificar que mulheres negras, são as mais impactadas quando o assunto é sobre violência e negligência do Estado, conforme lido em Biroli e Miguel (2015).

Realizadas as análises, é possível dizer que, há uma necessidade histórica de rever as políticas públicas que essas mulheres têm acessado e em que dimensão estas, ainda conseguem ser contempladas, bem como considerar as mudanças sócio históricas que ao longo do tempo impactaram a vida dessas mulheres e que, possuem suas demandas modificadas, necessitando consequentemente de políticas coerentes com suas realidades, que são sem dúvidas muito diversas.

Vale ainda apontar a importância da formulação de políticas e a sua manutenção para a garantia e preservação de direito dessas mulheres que por muitos anos não têm sido colocados como pauta .

CONCLUSÕES

A partir da problemática apresentada no decorrer da pesquisa, assim como, o material escolhido enquanto suporte teórico, é necessário um olhar atento sobre a aplicabilidade de políticas sociais para mulheres na nossa atualidade, considerando que as mesmas, historicamente vem sendo negligenciadas no acesso aos seus direitos básicos, como saúde, educação e trabalho.

Para tal conclusão, foi necessário, fazer uma análise sobre as responsabilidades do Estado para com essa população e o quanto, neste momento pós pandemia, assim como durante a pandemia o interesse econômico sobressai de maneira cruel ao interesse da vida humana, portanto, cabe a sociedade questionar o papel do Estado enquanto instituição responsável pela manutenção da vida e pela preservação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Gênero, Raça, Classe: opressões cruzadas e convergências na reprodução das desigualdades**. Dossiê - Desigualdades e Interseccionalidades, Brasília, v. 20, n. 2, p. 27-55, nov. 2015.
- GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2020.

OS AVANÇOS NA INCLUSÃO QUILOMBOLA FRENTE AO CENSO IBGE 2022

*Adriely Gusmão de Carvalho*⁷⁷

*Maria Helena Alves Ramos*⁷⁸

INTRODUÇÃO

Este estudo — o qual é relacionado aos resultados de pesquisas desenvolvidas no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) durante a graduação — é voltado à análise da relação entre a invisibilidade dos povos quilombolas e as consequências para políticas públicas voltadas para estes. Sob um aspecto teórico decolonial, a proposta de investigação parte da trajetória de invisibilidade à legalidade desses povos e seus espaços. Dentro dessa ótica, a recente inclusão destes no censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não só é decorrência dessa “colonialidade” histórica, como também pode ser chave para um melhor monitoramento do andamento de políticas públicas e servir como via de participação dos quilombolas

77 Graduada de Direito Bacharelado na Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), pesquisadora bolsista pela Universidade Estadual do Maranhão.

78 Graduada de Direito Bacharelado na Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), pesquisadora bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão – FAPEMA.

na avaliação daquelas — atendendo aos objetivos da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As teorias decoloniais, com especial destaque a Boaventura de Sousa Santos (2013), abrem a perspectiva do que é considerado objeto de estudo ciências, inclusive a jurídica. Sua análise desse cenário de violência e omissão se dá a partir do conceito de “Linhas Abissais”: aquelas que dividem o que é “visível” e estudado e tutelado, daquilo que é invisibilizado por não se encaixar na lógica hegemônica do capitalismo colonial (SANTOS, 2013, p. 2). Nesse contexto, há de se mencionar as comunidades quilombolas omitidas do Direito brasileiro e das políticas públicas desde a abolição formal da escravidão em 1888, quando se presumiu que “deixaram de existir” (LITTLE, 2002). Esse cenário de invisibilidade só veio a ser alterado durante o século XX.

Nesse sentido, no âmbito internacional, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), segundo Duprat (2007, p. 9) dá visibilidade aos chamados “povos tribais” e se relaciona à garantia de: a) autodefinição de sua identidade, assim como b) poder controlar suas instituições, desenvolvimento econômico e cultural dentro dos Estados em que habitam. Já no contexto nacional, a Constituição de 1988 foi um grande marco para as comunidades quilombolas, trazendo-as para a legalidade.

Diferentemente dos povos indígenas — tratados não só em outras constituições (LITTLE, 2002), como também no Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) desde 1991 — a travessia “abisal” quilombola se iniciou posteriormente e apresenta suas peculiaridades.

É nesse cenário pós-constitucional que se insere a análise da inserção dos quilombolas no Censo do IBGE, pela primeira vez, em 2022.

METODOLOGIA

Para o presente trabalho, utilizou-se, principalmente, a lógica decolonial de Santos (2013) de “Linhas Abissais”, sobre a perspectiva de pesquisa exploratória-histórica.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), as comunidades quilombolas saíram do manto da invisibilidade e passaram a ter reconhecidos seus territórios. Após quase um século à margem da tutela do Estado, somente quinze anos do reconhecimento constitucional de seu direito real tradicional é que a “titulação” (política pública voltada ao registro das terras habitadas por esses povos) ganhou reais contornos e, somente em 2022 é que “quilombola” entra como categoria levada em conta no Censo do IBGE.

Além de abordar as perguntas gerais do censo — relacionadas com acesso à saneamento, domicílio, à rede de computadores e educação, por exemplo — os questionários também trazem a abordagem da identificação (ou não) como quilombola e da comunidade que se vê como integrante. Ademais, as pesquisas são realizadas com referenciamento geográfico (IBGE, 2022), o que permite uma coleta de dados relacionada com a cartografia e os dados já coletados no que diz respeito ao mapeamento e georreferenciamento desses povos. Com uma análise por toda a extensão do território nacional, é possível fazer um levantamento de quais agrupamentos se identificam como quilombolas e perceber como seus espaços se encontram juridicamente — isto é: se são áreas certificadas pela Fundação Cultural Palmares, áreas tituladas, áreas de assentamento ou áreas sem a menor intervenção do Estado. Cabe mencionar, nesse sentido, que a elaboração destes mapas leva em consideração o critério da autodeterminação (DUPRAT, 2007), ponto essencial ao se analisar este campo social. Outro aspecto que mereceu destaque é que, para a elaboração dos questionários e da própria metodologia empregada no censeamento houve o diálogo entre os agentes do IBGE, as comunidades e suas entidades representativas, como o Conselho Nacional de Articulação de Quilombos — CONAQ (IBGE, 2022) — o que leva a um alinhamento da atuação e dos interesses desses povos, efetivando as diretrizes de autodeterminação, traçadas na Convenção 169 OIT (DUPRAT, 2007), no sentido de ter autonomia para definir *como* e *o que* ocorrerá dentro de seus territórios.

CONCLUSÕES

A inclusão dos povos quilombolas no censo constitui parte da trajetória para fora do pensamento abissal, que se iniciou em 1988, com a CF/88. Apesar de tardia, a inserção dessas comunidades no Censo contribui profundamente com uma melhor compreensão (especialmente a partir do detalhamento dos dados gerados a partir do Censo) da realidade em que vivem e de qual situação jurídica se encaixam— o que leva, consequentemente, a perceber demandas sociais distintas a serem atendidas por políticas públicas distintas. Ademais, a participação das entidades e das próprias comunidades — a qual foi essencial para a desenvoltura da abordagem deste censo — é uma prova de que é possível garantir e efetivar a autodeterminação desses povos, sendo modelo a ser seguido quando da aplicação das demais políticas públicas a eles destinadas.

REFERÊNCIAS

DUPRAT, Debora. **O Direito sobre o marco da pluriethnicidade / multiculturalidade**. In: DUPRAT, Debora (org). **Pareceres Jurídicos: Direito dos povos e comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Povos e comunidades tradicionais**. Sítio eletrônico: IBGE, 2022. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/sobre/povos-e-comunidades-tradicionais.html>. Acesso em: 1 set. 2022.

LITTLE, Paul Elliott. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma Antropologia da Territorialidade**. Brasília: UnB, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa (orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2013.

