

ARGUMENTA

Journal Law

Nº 41 (SET/DEZ 2023)

E - ISSN 2317-3882



ARGUMENTA JOURNAL LAW

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Campus de Jacarezinho
Centro de Ciências Sociais Aplicadas
Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro
Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL
Tel.: +55 43 3511 4350 e +55 43 3511 4354
Site: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta>
argumenta@uenp.edu.br

EDITORES

Vladimir Brega Filho
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – Brasil

Fernando de Brito Alves
Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – Brasil

ASSESSORIA TÉCNICA

Maria Natalina Costa
Tania Regina Montanha Toledo Scoparo
Luiz Antonio Xavier Dias

FICHA CATALOGRÁFICA

Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), n. 41 – setembro / dezembro 2023 – Jacarezinho.

Periodicidade: quadrimestral

E-ISSN 2317-3882

1. Direito – Periódicos. 1. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

CDU 34(05) CDDir 340

As idéias emitidas nos artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.
Pede-se permuta. Exchange is solicited. Piedese canje. Si prega l' intercambio.
PUBLICADA EM MARÇO DE 2024.



FINANCIAMENTO DA





COORDENAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA / CCSA-CJ-UENP

Vladimir Brega Filho

Universidade Estadual do Norte do Paraná / Jacarezinho – Brasil

LINHA EDITORIAL

- 1 – Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça
 - 2 - Função Política do Direito e Teorias da Constituição
 - 3 – Direitos e Vulnerabilidades
-

CONSELHO EDITORIAL

Celso Ludwig

Universidade Federal do Paraná
Curitiba – Paraná – Brasil

Gilberto Giacoia

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho –Paraná – Brasil

Mario Frota

Universidade do Porto
Porto - Portugal

Oswaldo Giacoia Júnior

Universidade Estadual de Campinas
Campinas – São Paulo – Brasil

Vladimir Brega Filho

Universidade Estadual do
Norte do Paraná
Jacarezinho – Paraná - Brasil

Josefa Muñoz Ruiz

Universidade de Murcia
Murcia – Espanha

Àngel Cobacho López

Universidade de Murcia
Murcia – Espanha

Mario Alberto Pedrosa dos Reis Marques

Universidade de Coimbra - Portugal

Zulmar Fachin

Universidade Estadual de Londrina
Londrina – Paraná – Brasil

Paulo Nogueira da Costa

Universidade de Lisboa - Portugal

Gregório Assagra de Almeida

Universidade de Itaúna
Itaúna – Minas Gerais – Brasil

Jean Carlos Dias

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém – Pará – Brasil

Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira

Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul
Paranaíba – MS – Brasil

Cassius Guimarães Chai

Universidade Federal do Maranhão
São Luis – MA - Brasil

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacarezinho – Brasil

Samuel Rodríguez Ferrández

Universidade de Murcia
Murcia - Espanha

Dirceu Pereira Siqueira

UniCesumar
Maringá - PR – Brasil

Álvaro dos Santos Maciel

Universidade Veiga de Almeida – UVA
Rio de Janeiro -RJ - Brasil

CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Alexandre de Castro Coura

Faculdade de Direito de Vitória
Vitória – ES - Brasil

Antonio Sergio Cordeiro Piedade

Universidade Federal do Mato Grosso
Cuiabá – Brasil

Bruno Amaral Machado

Centro Universitário de Brasília
Brasília – DF - Brasil

Cláudia Karina Ladeira Batista

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Paranaíba – MS – Brasil

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro – RJ - Brasil

Lucas Gonçalves da Silva

Universidade Federal de Sergipe
São Cristóvão – SE - Brasil

Luciana A. Machado Gonçalves da Silva

Universidade Federal de Sergipe
São Cristóvão – SE - Brasil

Mario Lucio Garcez Calil

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Paranaíba – MS - Brasil

Paulo Tarso Brandão

Universidade Federal de Santa Catarina
Florianópolis – SC - Brasil

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Inst. Brasiliense de Direito Público
Brasília – DF – Brasil

Rogério Filippetto de Oliveira

Pontifícia Univ. Católica de Minas Gerais
Belo Horizonte – MG - Brasil

Carla Bertoncini

Faculdades Integradas de Ourinhos
Ourinhos – SP – Brasil

Gelson Amaro de Souza

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacareizinho – PR - Brasil

Ricardo Pinha Alonso

Faculdades Integradas de Ourinhos
Ourinhos – SP – Brasil

Renato Bernardi

Universidade Estadual do Norte do Paraná
Jacareizinho – PR - Brasil

Sergio Tibiriça Amaral

Fac. Integradas Antônio Eufrásio de Toledo
Presidente Prudente - SP - Brasil

José Eduardo Lourenço dos Santos

Centro Universitário Eurípedes de Marília
Marília –SP – Brasil

Leonel Pires Ohlweiler

Universidade Luterana do Brasil
Canoas – RS – Brasil

Maria Cristina Zainaghi

Centro Universitário Nove de Julho
São Paulo – SP – Brasil

Marcelo Alves Pereira Eufrasio

Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas
Campina Grande – PB – Brasil

Lorena Madruga Monteiro

Centro Universitário Tiradentes
Maceió - AL - Brasil

Leonardo Martins

Univ. Federal do Rio Grande do Norte
Natal - RN – Brasil

Angela Issa Haonat

Fundação Univ. Federal do Tocantins
Palmas – TO – Brasil

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Universidade Federal do Amazonas
Manaus – AM- Brasil

Rafael Zelesco Barretto

Universidade Presbiteriana Mackenzie
São Paulo – SP -Brasil

Jairo Neia Lima

Universidade Est. do Norte do Paraná (UENP)
Jacareizinho – PR - Brasil

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira

Tribunal Regional do Trabalho
Macau - RN – Brasil

Clóvis Marinho de Barros

Universidade Federal de Sergipe
São Cristóvão – SE - Brasil

Regina Celli Marchesini Berardi

Universidade Salamanca
Salamanca – Espanha

Sirlene de Fátima Melo

Universidade Planalto Catarinense
Lages – SC - Brasil

Flavia Danielle Santiago Lima

Universidade Católica De Pernambuco
Recife – PE – Brasil

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral

Universidade Estadual de Londrina
Londrina - PR - Brasil

Veronica Teixeira Marques

Centro Universitário Tiradentes (UNIT)
Maceió – AL – Brasil

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Fortaleza – CE - Brasil

Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Faculdade de Direito da UFBA
Salvador - BA - Brasil

Rogério Montai de Lima

Universidade Federal de Rondônia
Rolim de Moura - RO - Brasil

Luiz Carlos Montans Braga

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
São Paulo – SP -Brasil

Regina Vera Villas Bôas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
São Paulo - SP - Brasil

Luana Renostro Heinen

Fundação Universidade Regional de Blumenau
(FURB) - Blumenau - SC –Brasil

Elisaide Trevisam

Universidade Nove de Julho
São Paulo - SP

José Guilherme Wady Santos

Estácio Fcat – Faculdade de Castanhal
Castanhal - PA – Brasil

Rodrigo Garcia Schwarz

Universidade do Oeste de Santa Catarina
Joaçaba – SC – Brasil

Alvaro de Oliveira Azevedo Neto

Faculdade Boa Viagem
Recife - PE – Brasil

Marlene Helena de Oliveira Franca

Universidade Federal da Paraíba
João Pessoa - PB - Brasil

Tiago Cappi Janini

Centro Universitário Salesiano São Paulo
Lorena - SP - Brasil

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Campo Grande – MS - Brasil

Arthur Ramos do Nascimento

Universidade Federal da Grande Dourados
Dourados – MS - Brasil

Álvaro dos Santos Maciel

Universidade Veiga de Almeida – UVA
Rio de Janeiro - RJ – Brasil

Natalina Stamile

Universidade de Bergamo
Bergamo - Itália

Naima Worm

Universidade Federal do Tocantins,
Campi Palmas
Palmas – TO - Brasil

Janaína Rigo Santin

Universidade de Passo Fundo
Passo Fundo - RS - Brasil

José Mário Wanderley Gomes Neto

Universidade Católica de Pernambuco
Recife - PE - Brasil

Cynthia Soares Carneiro

Universidade de São Paulo - Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto
Ribeirão Preto - SP - Brasil

Renilda Aparecida Costa

Universidade Federal do Amazonas
Manaus – AM - Brasil

Rafael Gomiero Pitta

UNICEPLAC -Centro Universitário
Brasília – DF

Luziane de Figueiredo Simão Leal

Universidade do Estado do Amazonas
Boca do Acre - AM

SUMÁRIO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM MATÉRIA AMBIENTAL: UMA MEDIDA (DES)NECESSÁRIA PARA TRANSPOR A CRISE AMBIENTAL Amanda Caixeta de OLIVEIRA Deilton Ribeiro BRASIL	19
ALTERNATIVAS AO MODELO TRADICIONAL DE FINANCIAMENTO RURAL: VENDER PRIMEIRO, PLANTAR DEPOIS Kleber Souza SILVA André Felipe Soares de ARRUDA	39
COVID-19 E POVOS INDÍGENAS: NEOLIBERALISMO, NECROPOLÍTICA, DIREITO AO RECONHECIMENTO E DIÁLOGOS INTERCULTURAIS Gabriel Scudeller de SOUZA Roberto da Freiria ESTÊVÃO Vivianne RIGOLDI	71
A DIFÍCIL HARMONIZAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA SAÚDE INDIVIDUAL E O EXERCÍCIO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA Thais Ferreira Viturino BOUERES Paulo Henrique Tavares da SILVA Rogério Magnus Varela GONCALVES	105
EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA NA PROTEÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE DIGITAL Regina Vera VILLAS BÓAS Camila Costa Reis Rodrigues de PINHO	127
DAS TRAMPAS DO DIREITO COMO FORMA À TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS Bruno de Oliveira RODRIGUES Caio SOUTO	153
O MUNDO DO TRABALHO NO SÉCULO XXI E AS DIFICULDADES DECORRENTES DO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL BRASILEIRO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES Atáides Lemos da COSTA Suzete da Silva REIS	181
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PASSAM DE MODA NO DIREITO DO TRABALHO? Eduardo ALVES	201
MITIGAÇÕES AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL André Luiz Brandini do AMPARO Edmundo Alves de OLIVEIRA José Guilherme Silva AUGUSTO	215

POLÍCIA E(M) DEMOCRACIA: A PRODUÇÃO ACADÊMICA SOBRE VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL Lucas Da Silva SANTOS Augusto Jobim do AMARAL Felipe Da Veiga DIAS	239
A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB O PRISMA PENAL: LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA Thais Aline Mazetto CORAZZA Gustavo Noronha de ÁVILA	269
TEORIA DOS FILTROS MIDIÁTICOS E DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A DEMOCRACIA Carolina de ALBUQUERQUE Juliana de Oliveira VICENTINI	293
PARADIGMAS JURÍDICOS NO BRASIL: DE ESTRANGEIROS A CIDADÃOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO Duval Magalhães FERNANDES Marina Aparecida Pimenta da Cruz CORREA Valquiria ALMEIDA	313
O COMBATE À CORRUPÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOBRE AUDITORIA CÍVICA SOBRE O CONTROLE DE GASTOS PÚBLICOS Gabriela Eulalio de LIMA Brígida Helen Gomes de Oliveira MOURA	347
RECONFIGURACIONES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL PARA FORTALECER LA GOBERNANZA EN MÉXICO Rogelio López SÁNCHEZ Xóchitl Amelia Arango MORALES Diego Cristóbal Rodríguez RODRÍGUEZ	373
A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: UMA REVISITAÇÃO DO TEMA À LUZ DAS PREMISSAS DOUTRINÁRIAS Joel Meireles DUARTE Jadson Correia de OLIVEIRA	397
UMA ANÁLISE SOBRE A SUBUTILIZAÇÃO DO ITCMD COMO INSTRUMENTO DE ATENUAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS INTERGERACIONAIS SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JONH RAWLS Antonio Ricardo Surita dos SANTOS Victor Hugo TEJERINA-VELAZQUEZ	429
THE RIGHTS OF REFUGEES AND INTERNALLY DISPLACED PERSONS IN ARMED CONFLICTS Kateryna SLINKO Fernando de Brito ALVES	461

PRODUÇÃO CIENTÍFICA: TESES E DISSERTAÇÕES - (Setembro/Dezembro 2023)	490
AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO	497
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS	505

CONTENTS

THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE NOTICE TO ATTEND THE PUBLIC HEARINGS ON ENVIRONMENTAL MATTERS: A (UN) NECESSARY MEASURE TO BRIDGE THE ENVIRONMENTAL CRISIS Amanda Caixeta de OLIVEIRA Deilton Ribeiro BRASIL	19
ALTERNATIVES TO THE TRADITIONAL RURAL FINANCING MODEL: SELL FIRST, PLANT LATER Kleber Souza SILVA André Felipe Soares de ARRUDA	39
COVID-19 AND INDIGENOUS PEOPLES: NEOLIBERALISM, NECROPOLITICS, RECOGNITION 'S RIGHT AND INTERCULTURAL DIALOGUE Gabriel Scudeller de SOUZA Roberto da Freiria ESTÊVÃO Vivianne RIGOLDI	71
THE DIFFICULT HARMONIZATION BETWEEN INDIVIDUAL HEALTH PROTECTION AND THE EXERCISE OF HEALTH PROFESSIONALS IN PANDEMIC TIMES Thaís Ferreira Viturino BOUERES Paulo Henrique Tavares da SILVA Rogério Magnus Varela GONCALVES	105
EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE REDRESS IN PROTECTING THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE DIGITAL ENVIRONMENT Regina Vera VILLAS BÔAS Camila Costa Reis Rodrigues de PINHO	127
FROM THE BAITS OF LAW AS A FORM TO THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS Bruno de Oliveira RODRIGUES Caio SOUTO	153
THE WORLD OF LABOR IN THE 21ST CENTURY AND THE DIFFICULTIES ARISING FROM THE CURRENT BRAZILIAN POLITICAL SCENARIO IN RELATION TO WORKERS RIGHTS Ataídes Lemos da COSTA Suzete da Silva REIS	181
DOES FUNDAMENTAL RIGHTS GO OUT OF FASHION INTO LABOR LAW? Eduardo ALVES	201
MITIGATIONS TO THE OBLIGATORY PRINCIPLE: NON-PROSECUTION AGREEMENT AND CONSENSUAL DUE PROCESS OF LAW André Luiz Brandini do AMPARO Edmundo Alves de OLIVEIRA José Guilherme Silva AUGUSTO	215

POLICE AND DEMOCRACY: ACADEMIC PRODUCTION ON
POLICE VIOLENCE IN BRAZIL
Lucas Da Silva SANTOS
Augusto Jobim do AMARAL
Felipe Da Veiga DIAS

239

THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS UNDER THE
CRIMINAL PRISM: NEGATIVE AND POSITIVE FREEDOM
Thais Aline Mazetto CORAZZA
Gustavo Noronha de ÁVILA

269

THEORY OF MEDIA FILTERS AND THE RIGHT TO
INFORMATION: A REFLECTION ON DEMOCRACY
Carolina de ALBUQUERQUE
Juliana de Oliveira VICENTINI

293

LEGAL PARADIGMS IN BRAZIL: FROM FOREIGNERS TO
CITIZENS OF A DEMOCRATIC STATE OF LAW
Duval Magalhães FERNANDES
Marina Aparecida Pimenta da Cruz CORREA
Valquiria ALMEIDA

313

FIGHTING CORRUPTION IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF CIVIC
AUDITING OF PUBLIC SPENDING CONTROL
Gabriela Eulalio de LIMA
Brígida Helen Gomes de Oliveira MOURA

347

RECONFIGURACIONES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN
PRESIDENCIAL PARA FORTALECER LA GOBERNANZA EN
MÉXICO
Rogelio López SÁNCHEZ
Xóchitl Amelia Arango MORALES
Diego Cristóbal Rodríguez RODRÍGUEZ

373

THE RULE OF PROPORTIONALITY: A REVISIT OF THE THEME
IN THE LIGHT OF DOCTRINAL PREMISES
Joel Meireles DUARTE
Jadson Correia de OLIVEIRA

397

AN ANALYSIS ABOUT THE SUBUTILIZATION OF “ITCMD” AS AN
INSTRUMENT FOR THE ATTENUATION OF INTERGENERATIONAL
SOCIAL INEQUALITIES FROM THE PERSPECTIVE OF JUSTICE AS
FAIRNESS OF JONH RAWLS
Antonio Ricardo Surita dos SANTOS
Victor Hugo TEJERINA-VELAZQUEZ

429

THE RIGHTS OF REFUGEES AND INTERNALLY DISPLACED
PERSONS IN ARMED CONFLICTS
Kateryna SLINKO
Fernando de Brito ALVES

461

SCIENTIFIC PRODUCTION: THESES AND DISSERTATIONS (September/December 2023)	490
AUTHORS WHO PUBLISHED THIS ISSU	497
GUIDELINES FOR SUBMISSION	505

RESUMEN

EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA CONVOCATORIA DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EN MATERIA AMBIENTAL: UNA MEDIDA (NO)NECESARIA PARA SUPERAR LA CRISIS AMBIENTAL Amanda Caixeta de OLIVEIRA Deilton Ribeiro BRASIL	19
ALTERNATIVAS AL MODELO DE FINANCIACIÓN RURAL TRADICIONAL: VENDER PRIMERO, PLANTAR DESPUÉS Kleber Souza SILVA André Felipe Soares de ARRUDA	39
COVID-19 Y PUEBLOS INDÍGENAS: NEOLIBERALISMO, NECROPOLÍTICA, DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y DIÁLOGOS INTERCULTURALES Gabriel Scudeller de SOUZA Roberto da Freiria ESTÊVÃO Vivianne RIGOLDI	71
LA DIFÍCIL ARMONIZACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD INDIVIDUAL Y EL EJERCICIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN TIEMPOS DE PANDEMIA Thaís Ferreira Viturino BOUERES Paulo Henrique Tavares da SILVA Rogério Magnus Varela GONCALVES	105
EFICACIA DEL RECURSO COLECTIVO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL Regina Vera VILLAS BÔAS Camila Costa Reis Rodrigues de PINHO	127
DE LAS TRAMPAS DEL DERECHO COMO FORMA A LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Bruno de Oliveira RODRIGUES Caio SOUTO	153
EL MUNDO DEL TRABAJO EN EL SIGLO XXI Y LAS DIFICULTADES DERIVADAS DEL ACTUAL ESCENARIO POLÍTICO BRASILEÑO PARA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Ataídes Lemos da COSTA Suzete da Silva REIS	181
¿PASAN DE MODA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO LABORAL? Eduardo ALVES	201

<p>ATENUANTES AL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD: ACUERDO DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y GARANTÍAS PROCESALES CONSENTIDAS André Luiz Brandini do AMPARO Edmundo Alves de OLIVEIRA José Guilherme Silva AUGUSTO</p>	215
<p>POLICÍA Y (EN)DEMOCRACIA: PRODUCCIÓN ACADÉMICA SOBRE LA VIOLENCIA POLICIAL EN BRASIL Lucas Da Silva SANTOS Augusto Jobim do AMARAL Felipe Da Veiga DIAS</p>	239
<p>LA TUTELA DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD BAJO EL PRISMA PENAL: LIBERTAD NEGATIVA Y POSITIVA Thais Aline Mazetto CORAZZA Gustavo Noronha de ÁVILA</p>	269
<p>TEORÍA DE LOS FILTROS DE MEDIOS Y DERECHO A LA INFORMACIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA DEMOCRACIA Carolina de ALBUQUERQUE Juliana de Oliveira VICENTINI</p>	293
<p>PARADIGMAS JURÍDICOS EN BRASIL: DE EXTRANJEROS A CIUDADANOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Duval Magalhães FERNANDES Marina Aparecida Pimenta da Cruz CORREA Valquiria ALMEIDA</p>	313
<p>LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN BRASILEÑA: UN ANÁLISIS DE LA AUDITORÍA CÍVICA SOBRE EL CONTROL DEL GASTO PÚBLICO Gabriela Eulalio de LIMA Brígida Helen Gomes de Oliveira MOURA</p>	347
<p>RECONFIGURACIONES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL PARA FORTALECER LA GOBERNANZA EN MÉXICO Rogelio López SÁNCHEZ Xóchitl Amelia Arango MORALES Diego Cristóbal Rodríguez RODRÍGUEZ</p>	373
<p>LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD: UNA REVISIÓN DEL TEMA A LA LUZ DE LAS PREMISAS DOCTRINALES Joel Meireles DUARTE Jadson Correia de OLIVEIRA</p>	397
<p>UN ANÁLISIS SOBRE LA SUBUTILIZACIÓN DEL ITCMD COMO INSTRUMENTO PARA LA MITIGACIÓN DE LAS DESIGUALDADES SOCIALES INTERGERACIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO EQUIDAD DE JONH RAWLS Antonio Ricardo Surita dos SANTOS Victor Hugo TEJERINA-VELAZQUEZ</p>	429

THE RIGHTS OF REFUGEES AND INTERNALLY
DISPLACED PERSONS IN ARMED CONFLICTS

Kateryna SLINKO

Fernando de Brito ALVES

461

PRODUCCIÓN CINÉTICA:

TESIS Y DISERTACIONES (Septiembre/Diciembre 2023)

490

LOS AUTORES QUE PUBLICAN EN ESTE NÚMERO

497

REGLAS PARA ENVÍO DE TEXTOS

505

EDITORIAL

O programa de mestrado e doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná e a sua revista *Argumenta Journal Law* não emergiram em um grande centro, nas grandes torres do Paraná, mas numa cidade de 40 mil habitantes. No entanto, estamos diante de uma realidade acadêmica que serve de modelo para muitos desses grandes centros do Brasil, pela qualidade da sua produção intelectual que é sempre revigorada. O resultado desse trabalho de excelência reflete no interesse de muitos autores, do Brasil e Exterior, em enviar suas pesquisas para serem publicadas na revista do programa. Esse trabalho acadêmico que apresento é baseado e feito nas escolhas dos avaliadores, figuras essenciais em um trabalho vital e por vezes anônimo. Os artigos publicados na *Argumenta* têm um brilho próprio e reconhecimento internacional, como mostra a edição que tive a honra de prefaciar. Fica claro nas escolhas dos nossos avaliadores que sempre há (e houve no passado) uma preocupação com a qualidade e respeito aos seres humanos. Há sempre cuidado na avaliação dos manuscritos enviados durante todas as edições. Passo agora a apresentar, de maneira breve, os temas desta publicação, que foram escolhidos dentro dos padrões do “duplo cedo”. As abordagens são todas parte das mais importantes reflexões temáticas do Direito. Algumas são fascinantes. Uma dessas discussões vem das Minas Gerais, de Amanda Caixeta de Oliveira e Deilton Ribeiro Brasil (Universidade de Itaúna) que escolheram trazer sobre “O Supremo Tribunal Federal e a convocação de audiências públicas em matéria ambiental: uma medida (des)necessária para transpor a crise ambiental”.

Sempre existe a oportunidade de aprofundarmos nosso conhecimento acerca de determinada temática e as boas revistas, tem essa função. E uma delas é “As Alternativas ao modelo tradicional de financiamento rural: vender primeiro, plantar depois” é a contribuição de Kleber Souza Silva e André Felipe Soares de Arruda (Universidade Federal de Goiás).

Admirei muito a discussão e o posicionamento sistemático presente no trabalho “Covid-19 e povos indígenas: neoliberalismo, necropolítica direito ao reconhecimento e diálogos interculturais”, de Gabriel Scudeller de Souza, Roberto da Freiria Estêvão e Vivianne Rigoldi (Centro Univer-

sitário Eurípides de Marília).

Na mesma dimensão da crise mundial de saúde surgem os apontamentos doutrinários de Thaís Ferreira Viturino Boueres, Paulo Henrique Tavares da Silva, Rogério Magnus Varela Gonçalves (Centro Universitário de João Pessoa), que colaboraram com “A difícil harmonização entre a proteção da saúde individual e o exercício dos profissionais de saúde em tempos de pandemia”. Uma temática interessante e uma contribuição muito boa.

O artigo “Efetividade da tutela coletiva na proteção de direitos de crianças e adolescentes no ambiente digital” de Regina Vera Villas Bôas e Camila Costa Reis Rodrigues de Pinho (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) permite aos leitores conhecimento sobre questões tão vitais para a atual Sociedade de Informação. Há muitos temas a merecer ensaios, sendo que os acima estão entre eles.

No direito ainda há muitas questões doutrinárias inexploradas e que são repletas de temas. Um dos temas está na confrontação presente “Das trampas do Direito como forma à Teoria Crítica dos Direitos Humanos”. Os autores são Bruno de Oliveira Rodrigues e Caio Augusto Teixeira Souto (Universidade Federal do Amazonas).

Minha esperança é que publicações como às duas abaixo inspirem gerações futuras de acadêmicos a minerar temas inexplorados e novos que precisamos tanto. Do Sul, por Ataídes Lemos da Costa e Suzete da Silva Reis (Universidade de Santa Cruz do Sul) vem “O mundo do trabalho no século XXI e as dificuldades decorrentes do cenário político atual brasileiro aos direitos dos trabalhadores”.

De Portugal insular, Eduardo Alves (Universidade da Madeira) colaborou com um interessante questionamento: “Os direitos fundamentais passam de moda no Direito do Trabalho?”.

Com sensibilidade extraordinária para apresentar ideias complexas com linguagem acessível, a ucraniana Kateryna Slinko (num exercício de maiêutica socrática - “dar à luz”) e Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná) colaboraram com “The Rights of Refugees and Internally displaced persons in armed conflicts”.

Do México “Reconfiguraciones constitucionales del Régimen Presidencial para fortalecer la gobernanza em México”, de Rogelio López Sánchez, Xóchitl Amelia Arango Morales e Diego Cristóbal Rodríguez Rodrí-

guez (Universidad Autónoma de Nuevo León – México). Uma abordagem inovadora e de muita qualidade dos “astecas” sobre governabilidade.

Tenho convicção e esperança que a leitura da *Argumenta Journal Law* promova um senso crítico revigorado dentro da academia, por meio de discussões como: “O combate à corrupção brasileira: uma análise sobre auditoria cívica sobre o controle de gastos públicos”, de Gabriela Eulalio de Lima (Universitário Nilton Lins) e Brígida Helen Gomes de Oliveira Moura (Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia).

Também importante para desenvolver o senso crítico o artigo “Mitigações ao princípio da obrigatoriedade: acordo de não persecução penal e devido processo legal consensual”, de André Luiz Brandini do Amparo, Edmundo Alves de Oliveira e José Guilherme Silva Augusto (Universidade de Araraquara).

O tempo provou que o trabalho alcançou e impactou o continente de forma decisiva, com o interesse do acadêmico boliviano Victor Hugo Tejerina-Velazquez (Universidade Mayor de San Andrés, La Paz, Bolívia) junto com Antonio Ricardo Surita dos Santos (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) de estarem apresentando “Uma análise sobre a subtilização do ITCMD como instrumento de atenuação das desigualdades sociais intergeracionais sob perspectiva da Justiça como equidade de John Rawls”.

Na mesma direção de inovar e criar novos parâmetros Joel Meireles Duarte e Jadson Correia de Oliveira (Universidade Católica de Salvador) contribuem com “A regra da proporcionalidade: uma revisitação do tema à luz das premissas doutrinárias”.

O poder de transformação das discussões acadêmicas se fez presente em “Paradigmas jurídicos no Brasil: de estrangeiros a cidadãos de um Estado Democrático de Direito”, de Duval Magalhães Fernandes (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa (Academia da Polícia Militar de Minas Gerais) e Valquiria Almeida (Universidade Federal de Minas Gerais).

E também num outro artigo de temática que gerações futuras e presentes vislumbrarão sobre sua importância: “Polícia e(m) democracia: a produção acadêmica sobre violência policial no Brasil” com três autores Lucas Da Silva Santos (PUC-RS), Augusto Jobim do Amaral (PUC-RS) e Felipe Da Veiga Dias (Faculdade Meridional-IMED).

Duas publicações atingiram um bom potencial doutrinário para guiar aos leitores não apenas para a defesa dos direitos da personalidade, mas também para mostrar importância dos direitos de informação. “A tutela os direitos da personalidade sob o prisma penal: liberdade negativa e positiva” de Thais Aline Mazetto Corazza e Gustavo Noronha de Ávila (Centro Universitário de Maringá) discorrem sobre o aspecto penal da personalidade, enquanto que Carolina de Albuquerque (Universidade Federal de São Carlos) e Juliana de Oliveira Vicentini (Universidade de São Paulo) inovam com a abordagem “Teoria dos filtros midiáticos e o direito à informação: uma reflexão sobre a democracia”.

Agradeço a oportunidade de escrever esse prefácio. As palavras mais calorosas de gratidão, reservo aos juristas, acadêmicos: ao editor, Fernando Brito Alves, ao coordenador Vladimir Brega Filho e querida secretária Maria Natalina da Costa.

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de
Presidente Prudente / Instituição Toledo de Ensino(ITE) -Bauru

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS EM MATÉRIA AMBIENTAL: UMA MEDIDA (DES)NECESSÁRIA PARA TRANSPOR A CRISE AMBIENTAL

THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE
NOTICE TO ATTEND THE PUBLIC HEARINGS ON
ENVIRONMENTAL MATTERS: A (UN) NECESSARY
MEASURE TO BRIDGE THE ENVIRONMENTAL CRISIS

EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA
CONVOCATORIA DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EN
MATERIA AMBIENTAL: UNA MEDIDA (NO)NECESARIA
PARA SUPERAR LA CRISIS AMBIENTAL

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Uma análise da crise ambiental existente; 2.1 Origem do ideal de sustentabilidade; 2.2 Concepções do desenvolvimento sustentável pautado na sustentabilidade; 3. A proteção constitucional do meio ambiente na Constituição Federal Brasileira; 4. Audiências públicas como uma das alternativas para a crise ambiental do conhecimento; Considerações Finais; Referências.

RESUMO:

O objeto de estudo do presente artigo é analisar como a convocação de audiências públicas em matéria ambiental, convocadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode ser uma aliada à promoção do conhecimento, tendo em vista que uma das inúmeras

Como citar este artigo:
OLIVEIRA, Amanda,
BRASIL, Deilton. O
Supremo Tribunal
Federal e a convocação
de audiências públicas
em matéria ambiental:
uma medida (des)
necessária. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 19-38

Data da submissão:
01/01/2021

Data da aprovação:
26/09/2023

1. Universidade de
Itaúna - Brasil
2. Universidade de
Itaúna - Brasil

causas da crise ambiental existente é a compreensão errônea do conhecimento ambiental. A temática encontra sua relevância justificada pela necessidade de discussão da crise ambiental atual, bem como o estudo da proteção que deve ser conferida ao meio ambiente, uma vez que este é basilar a existência dos presentes e futuras espécies. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se o método dedutivo, o resultado alcançado é a comprovação de que as audiências públicas constituem um meio de transpor a crise do conhecimento, por meio da promoção de diálogo entre Poderes Públicos e sociedade.

ABSTRACT:

The object of study of this paper is to analyze how the convening of public hearings on environmental matters, convened in the scope of the Supreme Federal Court can be an ally to the promotion of knowledge, considering that one of the numerous causes of the existing environmental crisis is the understanding erroneous environmental knowledge. The theme finds its relevance justified by the need to discuss the current environmental crisis, as well as the study of the protection that must be given to the environment, since this is fundamental to the existence of present and future species. Through bibliographic and documentary research, using the deductive method, the result achieved is the proof that public hearings constitute a means of overcoming the knowledge crisis, through the promotion of dialogue between Public Authorities and society.

RESUMEN:

El objeto de estudio del presente artículo es analizar cómo la convocatoria de audiencias públicas en materia ambiental convocadas en el ámbito del Supremo Tribunal Federal puede ser una aliada a la promoción del conocimiento, tomando en consideración que una de las innumerables causas de la crisis ambiental existente es la comprensión errónea del conocimiento ambiental. El tema encuentra su justificación principal por la necesidad de discutir la actual crisis ambiental, así como el estudio de la protección que se debe dar al medio ambiente, ya que es fundamental para la existencia de las especies presentes y futuras. Por medio de la investigación bibliográfica y documental, utilizándose el método dedutivo, el resultado alcanzado es comprobar de que las audiencias públicas cons-

tituyen un medio de superar la crisis del conocimiento, por medio de la promoción del dialogo entre las Autoridades Públicas y la sociedad.

PALAVRAS-CHAVE:

Crise ambiental; Racionalidade econômica; Meio ambiente; Diálogo ético; Audiências públicas.

KEYWORDS:

Environmental crisis; Economic rationality; Environment; Ethical dialogue; Public hearings

PALABRAS CLAVE:

Crisis ambiental; Racionalidad económica; Medioambiente; Diálogo ético; Audiencias **públicas**.

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo é analisar como a convocação de audiências públicas em matéria ambiental, convocadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode ser considerada uma aliada à promoção do conhecimento, tendo em vista que uma das inúmeras causas da crise ambiental existente é a compreensão errônea do conhecimento ambiental.

A temática encontra sua relevância prática e acadêmica justificada pela necessidade de discussão da crise ambiental atual, além de que é fundamental o estudo da proteção que deve ser conferida ao meio ambiente, uma vez que este é basilar a existência das presentes e futuras espécies, em assim não restam dúvidas acerca da relevância da pesquisa e da atualidade do tema.

Inicialmente, o presente artigo realizará uma breve análise da crise ambiental existente, sob um de seus aspectos que ensejam sua ocorrência dentre os inúmeros existentes. Em seguida, realizar-se-á uma breve análise histórica acerca da origem do ideal de sustentabilidade, e ainda será traga algumas concepções concernentes ao desenvolvimento sustentável pautado na sustentabilidade.

Posteriormente, realizar-se-á uma breve análise da proteção ao meio ambiente conferida pela Constituição Federal de 1988, especialmente pelas questões inerentes à promoção de conhecimento que constituem dever

do Poder Público. Finalmente, na última seção deste estudo, estudaremos especificamente as audiências públicas como uma das alternativas para transpor a crise ambiental do conhecimento.

Em assim, a pesquisa busca solucionar à seguinte pergunta-problema: No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a convocação de audiências públicas em matéria ambiental pode ser capaz de promover um diálogo aberto entre poderes públicos e sociedade?

O método utilizado para a realização do trabalho foi o dedutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema a partir do qual foi realizado o recorte da problemática, visando analisar a questão de forma geral e posteriormente correlacionando-a ao objeto deste estudo. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

2. UMA ANÁLISE DA CRISE AMBIENTAL EXISTENTE

Para compreender a crise ambiental existente, é preciso salientar que existem inúmeras vertentes que apontam para a referida crise, e este estudo não objetiva esgotar o tema, mas trazer aspectos gerais do exposto, em assim considerar-se-á a crise do conhecimento traga, especialmente, por Enrique Leff.

Em assim, far-se-á importante conhecer a origem da crise em comento, sendo que segundo Enrique Leff (2006) o processo de objetificação e a consequente atribuição de valor econômico do meio ambiente, teve início com a ocorrência da modernidade, bem como com a racionalidade, sendo que segundo o autor, após tais processos, o conceito de natureza, fracassou. Tal fato, foi corroborado pela busca do conhecimento, que fundado na racionalidade trouxe uma grande objetividade ao mundo.

Além disso, a acessão dos meios de produção, através da utilização

dos recursos naturais não renováveis, como o carvão mineral e o petróleo, que começaram a ser largamente utilizados pelas indústrias nas Revoluções Industriais, sedimentaram o desinteresse pela proteção do meio ambiente, uma vez que a utilização dos recursos inerentes a este, viabiliza o crescimento econômico, sendo que tal processo subsistiu por longos anos, gerando a racionalidade econômica.

Corroborando com o exposto, Enrique Leff (2001, p.15) ressalta que:

A visão mecanicista da razão cartesiana converteu-se no princípio constitutivo de uma teoria econômica que predominou sobre os paradigmas organicistas dos processos da vida, legitimando uma falsa ideia de progresso da civilização moderna. Desta forma, a racionalidade econômica banuiu a natureza da esfera da produção, gerando processos de destruição ecológica e degradação ambiental.

Dessa forma, a racionalidade, considerada aqui como a utilização de métodos/modos de se obter determinado fim de forma puramente objetiva, refletiu-se para a questão ambiental, que consagra o modelo atual de exploração predatória da natureza objetivando somente a obtenção de lucros.

Acerca do exposto, Enrique Leff (2006, p. 290) ressalta que “a crise ambiental é o resultado do desconhecimento da lei da entropia, que desencadeou no imaginário economicista a ilusão de um crescimento sem limites, de urna produção infinita”.

Além disso, com a ocorrência do fenômeno de globalização e a explosão tecnológica, Zygmunt Bauman (2001) salienta que a sociedade está inserida em uma situação de hiperconsumo, e conforme preconiza este autor, a demanda pelo consumo, faz com que a produção seja cada vez maior, e tal fato corrobora com a exploração das matérias primas advindas da natureza, o que assevera ainda mais a crise ambiental existente, vez que o consumo sobressai à questão de proteção ambiental.

Corroborando com o exposto, salienta Enrique Leff (2009, p. 32) que “o processo de acumulação do capital foi gerando processos produtivos cada vez mais tecnificados para revalorizar e incrementar a taxa de mais-valia do capital”.

Deste modo, acerca da crise que vem sendo discutida, segundo Enrique Leff (2006, p. 226): “a crise ambiental colocou a descoberto a insustentabilidade ecológica da racionalidade econômica. Daí o propósito

de internalizar as externalidades socioambientais do sistema econômico ou de submeter o processo econômico às leis ecossistêmicas nas quais se inscreve”.

Em assim, o pensamento racional corroborado por uma visão mecanicista, com o objetivo precípua de obtenção de lucro, promove uma valorização da visão objetiva da natureza, sendo que esta consistiria, nessa proposta, um meio de proporcionar o avanço econômico, o que sobrestaria a proteção do meio ambiente.

Neste mesmo sentido, Enrique Leff (2009) ressalta que o consumo no nível que se encontra atualmente, se expressa por meio da concretização de ações de cunho destrutivo para o meio ambiente, objetivando somente a acumulação de capital.

Em que pese a questão econômica, a crise ambiental existente é em verdade produto de uma compreensão errônea do conhecimento, sendo que segundo Enrique Leff (2003) o conhecimento foi fortemente influenciado pela racionalidade, criando uma visão destorcida deste, com a ideia de totalidade, objetividade e universalidade, fazendo com que se atribua ao mundo o status de objeto, bem como determine a esta expressão econômica.

Após essa breve digressão acerca da crise ambiental existe, é preciso asseverar que em que pese o estágio de consumo atual, é necessário reafirmar a importância da natureza, uma vez que esta consiste em um elemento essencial à vida.

Para tanto, estudar-se-á brevemente o tópico subsequente algumas questões atinentes ao marco significativo acerca da origem do ideal de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, além de trazer, algumas concepções conceituais inerentes à sustentabilidade.

2.1 Origem do ideal de sustentabilidade

Acerca da origem das preocupações com a discussão da questão ambiental, e a consequente crise ambiental, para Susana Jimenez e Emanoela Terceiro (2009, p. 304), sem dúvidas:

[..] o pós-1945 inaugura, no quadro das prioridades mundiais, a preocupação com a questão da crise ambiental, marcando o início de uma fase de generosas discussões quanto ao modelo vigente de desenvolvimento e crescimento eco-

nômicos, acenando já, em alguma medida, para seus efeitos sobre o planeta. Essas discussões intensificam-se em diferentes níveis e espaços decisórios a partir da década de 1960, quando os discursos voltam-se decisivamente para o binômio meio ambiente-desenvolvimento

Com as mazelas advindas do período pós-guerra era preciso reconhecer, como forma de se garantir vida digna, os direitos humanos. Com tal objetivo, a Organização das Nações Unidas, proclamou em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que caracterizou o reconhecimento de inúmeros direitos, e dentre eles a necessidade de um ambiente ecologicamente equilibrado para exercício da vida digna.

Em assim, com a DUDH surgiu o que Ingo Wolfgang Sarlet (2021) chama de gerações de direitos fundamentais, que em seus estudos perfazem a quantidade de quatro gerações, mas neste estudo, analisaremos especificamente somente os direitos de fraternidade e solidariedade, que correspondem a terceira geração.

Após a DUDH, Susana Jimenez e Emanoela Terceiro (2009) asseveraram que somente nos anos 60, com a publicação da obra de Rachel Carson, que evidenciou que os agrotóxicos diminuía significativamente a qualidade de vida da população, o debate ambiental fez-se necessário, já que para garantir a manutenção da perpetuação de todas as espécies, era preciso frear os avanços da degradação ambiental.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2017) ressaltam que em que pese as diferenças internacionais entre ordenamentos jurídicos, bem como as particularidades inerentes à cada uma das Constituições tutelarem a defesa do meio ambiente, um ponto em comum entre os Estados, é que estes passaram a tutelar o meio ambiente com status constitucional, em assim “[..] a partir da Década de 1970, tem-se hoje a presença marcante da defesa ecológica, e da melhoria da qualidade de vida, como decorrência da atual crise ambiental”.

Em assim, Enrique Leff (2001) aponta o movimento ocorrido nos anos 60, marcou o início da consciência ambiental e que posteriormente com a ocorrência das Conferência das Nações Unidas de 1972 e 1992, o discurso de desenvolvimento sustentável foi sendo legitimado e difundido à nível mundial, sendo que é direito e dever do homem usufruir, bem como promover a proteção do meio ambiente, para as presentes e futuras

gerações.

Segundo André de Carvalho Ramos (2022) o documento inaugural de proteção ao meio ambiente, foi posteriormente debatido na Conferência de Estocolmo, denominada também como Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972, na ECO-92 ou Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, ocorrida no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, posteriormente na Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002, no Encontro Rio+20 ocorrido em 2012 e recentemente no Acordo de Escazú de 2018, que firmou o acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe.

Segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (2018, p. 7-8), o Acordo de Escazú:

[..] é um instrumento jurídico pioneiro em matéria de proteção ambiental, mas também é um tratado de direitos humanos. Seus principais beneficiários são a população de nossa região, em particular os grupos e comunidades mais vulneráveis. Seu objetivo é garantir o direito de todas as pessoas a ter acesso à informação de maneira oportuna e adequada, a participar de maneira significativa nas decisões que afetam suas vidas e seu ambiente e a ter acesso à justiça quando estes direitos forem violados. O tratado reconhece os direitos de todas as pessoas, proporciona medidas para facilitar seu exercício e, o que é mais importante, estabelece mecanismos para efetivá-los.

Sem dúvidas, tal documento evidencia a necessidade de acesso à informação, da participação pública e o acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe, sendo que tal acordo regional demonstra a preocupação da América Latina e do Caribe na proteção ambiental, em que pese as falhas existentes em seus países. Em assim, tal países por meio de uma análise crítica de seus ordenamentos, dão um passo para o avanço, que é o reconhecimento dos erros e inefetividades existentes.

2.2 Concepções do desenvolvimento sustentável pautado na sustentabilidade

Antes de nos atermos especificamente ao assunto em comento, é pre-

ciso visualizar brevemente o percurso do discurso ambiental foi sendo difundido e consagrado dentro dos Estados, o discurso ambiental, após os anos 60 posteriores à Primavera Silenciosa, para Susana Jimenez e Emanoela Terceiro (2009, p. 307):

[..] traduziria o novo paradigma de orientação quanto ao relacionamento da sociedade e da economia com a natureza, no sentido de atender às necessidades do presente, com incremento da qualidade de vida, do progresso econômico, da justiça social e da qualidade ambiental, sem, no entanto, comprometer as chances de plena sobrevivência das gerações futuras pela devastação do meio-ambiente.

Em assim, além de ser um novo paradigma para as atuações estatais, o desenvolvimento sustentável para Enrique Leff (2001) consiste em mais que um mero direcionamento, sendo em verdade um emaranhado de ações públicas e um diálogo permanente entre o crescimento econômico e o meio ambiente, que deve ser efetivado por todos de forma conjunta e que objetive um crescimento econômico sustentável, mas pautado e limitado pela igualdade social e no equilíbrio ecológico.

Em assim, o desenvolvimento sustentável consagrado é difundido pela promoção do diálogo, e que segundo Klaus Bosselmann (2015, p. 25) este como “[..] qualquer discurso de sustentabilidade é essencialmente um discurso ético”.

Sobre o processo do desenvolvimento sustentável, Enrique Leff (2001, p. 133) salienta que é preciso “[..] introduzir reformas democráticas no Estado, de incorporar normas ecológicas ao processo econômico e de criar novas técnicas para controlar os efeitos contaminantes e dissolver as externalidades socioambientais geradas pela lógica do capital”.

Em assim, não basta a mera discussão por parte dos Estados, são necessárias políticas públicas que impliquem na consecução ativa de propostas e/ou meios que viabilizem a sustentabilidade do desenvolvimento econômico.

Para compreender o desenvolvimento sustentável, far-se-á necessária a compreensão de sustentabilidade, que para Klaus Bosselmann (2015) pode ser vislumbrada como simples, mas ao mesmo tempo complexa, se assemelhando bastante aos ideais de justiça. Quando vislumbrada por sua forma simples, é compreendida como a necessidade do meio ambiente para a sobrevivência, enquanto sua forma complexa associa-se à justiça,

conceito este que não pode ser definido sem reflexão de princípios, valores e parâmetros de orientação.

Após as constatações apontadas neste item, é possível concluir que o ideal de sustentabilidade, deve ser buscado por um desenvolvimento sustentável, pautado por um diálogo ético entre meio ambiente e o crescimento econômico, devendo observar o equilíbrio ecológico ambiental e a igualdade social de seus cidadãos.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Robert Alexy (2015, p. 443) explica que o direito fundamental ao meio ambiente deve ser compreendido como um direito fundamental completo, constituído tanto por posições defensivas quanto prestacionais, neste sentido:

Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).

Nesse contexto, o direito fundamental ao meio ambiente deve ser compreendido por sua pluralidade facetaria que envolve tantos direitos prestacionais quanto protecionistas por parte do Estado, além disso, ao se conferir tal direito transcendeu-se somente a proteção por parte do Estado, sendo estendida à toda coletividade.

Acerca do direito em apreço, Norberto Bobbio (2004) ao propor a divisão dos direitos fundamentais em gerações, enquadrou a preservação do meio ambiente na terceira geração, que segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2021) também são:

[..] denominados de direitos de fraternidade ou de solida-

riedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Nesta senda da consagração de valores ambientais e reformas democráticas, o Brasil, fundado em um Estado Democrático de Direito, teve a promulgação em 1988 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais, e dentre estes, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2017) salientam que:

O reconhecimento de um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, tal como tem sido designado com frequência, ajuda-se, consoante já enfatizado, aos novos enfrentamentos históricos postos pela crise ecológica, complementando os já amplamente consagrados, ainda que com variações importantes, direitos civis, políticos e socioculturais, aumentando significativamente os níveis de complexidade. Com efeito, considerando a insuficiência dos direitos de liberdade e mesmo dos direitos sociais, o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente (ou à proteção ambiental) constitui aspecto central da agenda político-jurídica contemporânea.

Em assim, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, consagrou que é direito de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que seu uso é comum, sendo este essencial à vida sadia. Em assim, o referido dispositivo assevera a presença de um direito, mas também atribui o cuidado e a preservação do meio ambiente como um dever imposto à coletividade, bem como aos Poderes Públicos.

Em assim, é preciso considerar que a proteção conferida ao meio ambiente, transcende o mero status de garantia fundamental, devendo esta, ser um objetivo a ser alcançado por toda a sociedade e dos Poderes Públicos, para a sobrevivência das espécies.

As consagrações constitucionais de proteção ambiental, carecem de efetividade, em que pese a disposição constitucional que confere aos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988.

Em assim, o parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, determina que incumbe ao Poder Público efetivar tal direito de alguns modos, em especial, neste estudo a disposição contida no inciso VI, que assevera que a promoção da educação ambiental e a conscientização pública será promovida pelo Poder Público.

Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 490) assevera a necessidade do debate sobre o meio ambiente, uma vez que tal área é transdisciplinar e interdisciplinar, e carece da atenção de todos, em virtude disso, o meio ambiente é considerado a espinha dorsal da sociedade, sendo que em virtude do exposto, “não há dúvida, por força da necessidade, *urgente e premente*, de compreensão, de ampliação e de efetivação do Direito Ambiental como direito fundamental e condição básica para salvaguarda da casa comum: o Planeta Terra”.

Deste modo, conforme exposto anteriormente, uma das vertentes da crise ambiental existente é justamente a crise do conhecimento, e transcender esta pela sua causa originária é necessário.

Diante da extrema complexidade do direito coletivo em comento, é preciso que o conhecimento seja transmitido e entendido, uma vez que compreender o real sentido do texto constitucional, é necessário um conhecimento de diversas áreas, dentre estas as questões ambientais, e a interpretação destas áreas, deverá proporcionar um diálogo interdisciplinar.

Acerca do diálogo retro mencionado, Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 469) assevera que “a tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoração do próprio Direito como instrumento de transformação da realidade social”.

Em decorrência do exposto, é preciso que haja diálogos interdisciplinares pautados na ética, mas também é preciso que as instituições e a sociedade dialoguem de forma a promover a maior efetividade da garantia constitucionais em comento, vez que é de competência comum o cuidado e preservação com o meio ambiente.

Concernente aos diálogos entre as instituições, Ingo Wolfgang Sarlet (2021) assevera a “[...] necessidade de interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil, apontam para a oportunidade das concepções que propõe a instauração de uma espécie de diálogo institucional”.

É preciso transcender com a concepção que somente o Poder Público é capaz de solucionar a crise ambiental existente, para Zygmunt Bauman (2001) romper com o abismo imposto pelo consumo é tarefa política, mas que envolve a participação efetiva da sociedade.

Deste modo, é preciso compreender que além de ser um dever Público, o constituinte previu que incumbe também a sociedade o dever de proteger e defender o meio ambiente, e uma das formas de se promover a efetivação deste direito coletivo, é a participação efetiva da população nos processos decisórios e busca por um saber ambiental.

Acerca do saber ambiental, para Enrique Leff (2001, p. 155):

[...] se constitui através de processos políticos, culturais e sociais, que obstaculizam ou promovem a realização de suas potencialidades para transformar as relações sociedade-natureza. O objeto das “ciências ambientais” não surge da recomposição interdisciplinar dos campos atuais do conhecimento, nem da ecologização das ciências sociais. É um processo teórico que se dá através de movimentos sociais e mudanças institucionais que incidem na concretização do conceito de ambiente, em suas condições de aplicação e na transformação que induz nos paradigmas “normais” do conhecimento.

Deste modo, para transpor a crise do conhecimento, é preciso a efetivação de processos de cunho social, políticos e culturais com objetivo de ressignificar as relações entre a natureza e a sociedade. Em assim, por ser um movimento que envolve o conhecimento, far-se-á imprescindível a participação de todas as potências públicas e da sociedade nos processos públicos, em assim, as audiências públicas são uma como uma forma de transpor a crise ambiental através da participação, da informação e do conhecimento.

4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO UMA DAS ALTERNATIVAS PARA A CRISE AMBIENTAL DO CONHECIMENTO

No que concerne a possibilidade de convocação de audiências públicas, esta encontra-se regulamentada na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Civil, nos Regimentos Internos dos órgãos públicos, nas legislações dos entes federados e em legislações infraconstitucionais, como por exemplo das Leis nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99.

Em tempos que constante judicialização dos direitos fundamentais por parte da Corte Constitucional brasileira, cumpre verificar, para fins de recorte, a possibilidade de convocação de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, vez que conforme opção institucional, conferiu-se a este órgão o *status* de guardião da Constituição Federal de 1988, entretanto tal questão não impede a convocação de audiências públicas por outros órgãos ou potências públicas.

Segundo expressa previsão dos artigos 13, 21 e 154, todos do Regimento Interno do órgão de cúpula do Poder Judiciário, admitir-se-á a realização de audiências públicas, para fins de instrução processual, salvo algum motivo relevante que impeça tal ato, além disso, poderá o Presidente do Supremo Tribunal Federal e o relator do caso concreto, convocarem as audiências para fins de ouvirem o depoimento de pessoas com autoridade e/ou conhecimento em determinado assunto.

Desta forma, a convocação poderá ser realizada sempre que o Relator do caso concreto ou o Presidente do órgão em comento, entenderem que é necessário o esclarecimento de alguma circunstância fatídica ou de alguma questão, que envolva interesse público relevante ou repercussão geral.

De tal sorte, a proteção do meio ambiente conforme evidenciado, é um interesse coletivo e a discussão de qualquer aspecto merece atenção e cuidado. Por ser um dever do Estado e da coletividade, é preciso assegurar a efetividade deste direito. Segundo Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 460), quanto aos meios que devem ser utilizados para assegurar a efetivação e proteção do Direito Coletivo, todos devem ser utilizados, e “[..] a publicidade desses meios e canais de proteção deve ser ampla e irrestrita. A ampliação para a participação popular é uma exigência do Estado Democrático de Direito”.

Deste modo, a convocação de audiências públicas nas questões concernentes ao direito ambiental, tem o condão de propiciar aos processos judiciais, conhecimento específico sobre o que está sendo debatido, sendo possível então obter um diálogo adequado para a solução daquele conflito, em assim, o diálogo propiciado por tal instrumento atua como um verdadeiro auxílio à instrução processual.

Em assim, conforme observa-se o cenário fático do Brasil, são necessárias a convocação de audiências públicas, e exemplo disto, foi a ne-

cessária convocação de audiência pública na recente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708, em que o relator o Ministro Luís Roberto Barroso, para fins de apuração de fatos atinentes ao funcionamento do Fundo do Clima e produção, com o objetivo precípua de se conhecer a real situação do quadro ambiental brasileiro e conhecer das políticas públicas acerca do tema, determinou tal medida.

Dentre os participantes, além de entidades, foram admitidos como participantes, integrantes da sociedade civil, como professores e estudiosos sobre o tema, fato este que sedimenta que a participação social, é de suma importância, vez que esta enriquece o diálogo e gera conhecimento, vez que serão ouvidos especialistas em questões científicas, administrativas, técnicas, jurídicas, políticas e econômicas.

Neste sentido, as audiências públicas são importantes, especialmente, as promovidas por um órgão que é conferido à importante função de ser o guardião da Constituição Federal de 1988, e sem dúvidas tal convocação faz com que os ideais propostos por Zygmunt Bauman (2001) sejam atendidos, vez que este propõe que a sociedade civil se aproxime do espaço público e os poderes públicos.

Deve então, existir uma sociedade que atue de forma conjunta, propicia a um diálogo aberto, para que assim seja possível transpor os abismos existentes entre a preservação do meio ambiente e a economia, nesta senda, é preciso reafirmar que a participação social é elementar ao processo de rompimento com a crise do conhecimento.

Em que pese a necessária participação popular, as questões concernentes ao Direito por serem complexas e exigirem especificidade de conhecimento, geram segundo Luís Roberto Barroso (2022, p. 454) “[..] uma elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos lócus de discussão jurídica”.

Neste sentido, segundo Ailton Krenak (2019, p. 11) ressalta que:

[..] a humanidade está se distanciando do seu lugar, um monte de corporações espertalhonas vai tomando conta da Terra. Nós, a humanidade, vamos viver em ambientes artificiais produzidos pelas mesmas corporações que devoram florestas, montanhas e rios. Eles inventam kits superinteressantes para nos manter nesse local, alienados de tudo, e se possível tomando muito remédio. Porque, afinal, é preciso fazer alguma coisa com o que sobra do lixo que produzem,

e eles vão fazer remédio e um monte de parafernália para nos entreter.

Deste modo, é preciso representar à relação da humanidade com o meio ambiente, uma vez que a existência de todas as espécies, presentes e futuras, dependem da sua conservação, em assim, segundo Enrique Leff (2001, p. 143) é necessário:

A constituição de uma racionalidade ambiental e a transição para um futuro sustentável exigem mudanças sociais que transcendem o confronto entre duas lógicas (econômica-ecológica) opostas. É um processo político que mobiliza a transformação de ideologias teóricas, instituições políticas, funções governamentais, normas jurídicas e valores culturais de uma sociedade; que se insere na rede de interesses de classes, grupos e indivíduos que mobilizam as mudanças históricas, transformando os princípios que regem a organização social.

Em outras palavras, é possível verificar que as audiências públicas podem ser capazes de gerar conhecimento específico acerca da questão ambiental, fato este que além de poder promover um diálogo aberto entre poderes públicos e sociedade, é fundamental para decisões que mais se aproximem da preservação ambiental, no entanto, em que pese os avanços significativos tragos pelo Acordo Escazú, o ideal sustentabilidade complexa deve ser sempre pautado em uma busca pelas ideias de justiça, e agir com justiça na questão ambiental, é assegurar sua proteção, já que esta é casa comum e a sobrevivência terrena depende do meio ambiente.

Segundo Giovane Orso Borile e Cleide Calgaro (2016, sem paginação):

[..] a Democracia Ambiental no Brasil vem se desenvolvendo com efetividade e aplicabilidade comprovada, uma vez que, os diversos programas e meios de inclusão do cidadão nas questões que reclamam participação têm sido atendidos, portanto, confirma-se a ideia inicial apresentada nesse estudo de que a participação se consiste num instrumento efetivo de proteção e cuidado para com o ambiente e demais seres vivos, concretizando-se, assim, o anseio de uma Democracia Ambiental efetiva.

Em assim, o diálogo proposto pelas audiências públicas, por trazerem informações processuais relevantes acerca da situação jurídica ou de algum fato determinante, corroboram com o ideal de busca pelo conheci-

mento, e uma das formas de transpor a crise ocasionada pela compreensão errônea do conhecimento, é angariar conhecimento correto sobre as situações ambientais.

Mas é preciso que os ideais propostos no Acordo de Escazú sejam efetivamente cumpridos, já que segundo Luciana Stocco Betiol (2014, p. 43):

o compromisso dos governos em garantir o tripé acesso à participação, à informação e à justiça nas questões ambientais [...] para atender ao chamado de uma democracia ambiental. Essa questão ganha relevância diante de casos concretos de violação a esses direitos, nos mais recentes embates ambientais contra a realização de obras de grande impacto socioambiental, como [...] os direitos de acesso à informação, à participação pública e à justiça são essenciais para o desenvolvimento sustentável, e vêm sendo cobrados, internacionalmente, em diversos foros.

Neste sentido, segundo ainda Giovane Orso Borile e Cleide Calgario (2018) com o Acordo de Escazú é possível vislumbrarmos uma possível esperança na concretude das políticas procedimentais ambientais, como por exemplo a convocação das audiências públicas, tal avanço perpetrado pelos países da América-Latina são fundamentais, e em “[..] face dessa nova perspectiva de proteção ambiental, onde os valores humanos são reanalisados e a sociodiversidade juntamente com seus protetores receberá instrumentos dignos de combate aos dilemas ecológicos”.

Em assim, o caminho dialógico democrático deve ser visualizado e incorporado aos governos como uma forma de conferir proteção ao meio ambiente, e transpor as crises existentes, vez que a manutenção da espécie humana e de todas as outras, depende do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise da crise ambiental, é possível concluir, que entre os inúmeros fatores que causam sua existência, uma delas é a de conhecimento, que por meio do uso da racionalidade, criou uma objetificação da natureza, bem como a atribuição de valor econômico a esta, fato este que asseverou o interesse econômico em detrimento da proteção ambiental. Com a consagração dos ideais de sustentabilidade, o discurso ambiental, difundiu-se e fez-se necessário, salientando a importância do meio ambiente para a existência de todas as espécies, futuras e presentes.

Nesta senda, o reconhecimento de proteção internacional do meio ambiente, foi consagrado pelas constituições dos Estados, e neste mesmo sentido, o Brasil consagrou na Constituição Federal de 1988, a proteção destinada ao meio ambiente, por meio do direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

Em assim, em que pese os reconhecimentos, é preciso que o referido direito tenha efetividade, e uma das formas de se promover esta efetividade é por meio de um diálogo ético em matéria ambiental, efetuado entre sociedade e os Poder Públicos. Além disso, o acordo de Escazú de 2018, é significativo neste sentido por ser um documento que promover o acesso à justiça, a informação, bem como confere direito à participação popular em matéria ambiental, tal documento pioneiro é inovador e favorece os diálogos entre governo e governados.

Em assim, o diálogo promovido pelas audiências públicas, especialmente as convocadas pelo Supremo Tribunal Federal, frente a sua posição de guardião da Constituição Federal de 1988, é uma forma sadia e necessária de promover-se um possível meio de utilização para o diálogo. Em assim, transpor a crise do conhecimento é propiciar meios e um destes, é a convocação das audiências públicas, uma vez que o objetivo destas é trazer informação ao processo e quando realizadas com base na preservação do meio ambiente, contribuem para os ideais sustentáveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 4. tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BETIOL, Luciana Stocco. **Democracia ambiental: estamos prontos?** p. 22, n. 87, ago. 2014. p. 43. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/pagina22/article/view/30297/29139>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BOSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** Tradução de: Phillip Gill França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União** de 05/10/1988, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União** de 11/11/1999, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União** de 04/12/1999, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União** de 04/12/1999, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Despacho proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF.** 31 ago. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344261272&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** 27 out. 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

BORILE, Giovani Orso; CALGARO, Cleide. Democracia ambiental e participação social. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 1-17, 27 dez. 2018.

BORILE, Giovani Orso; CALGARO, Cleide. Democracia, participação e desenvolvimento sustentável: o caminho da nova democracia ambiental bra-

sileira e a proteção do meio ambiente. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga, España, jul./sept, 2016. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/03/democracia-ambiental.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE, 2018, Costa Rica. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe**. San José: Cepal, 2018. Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. Belo Horizonte: Companhia das Letras, 2019.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Tradução de: Jorge E. Silva. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de: Lúcia Mathilde Endlich Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LEFF, Enrique. Racionalidad ambiental y diálogo de saberes: sentidos y senderos de un futuro sustentable. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Paraná, v. 7, n. 7, p. 13-40, 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/dma.v7i0.3042>. Acesso em: 01 set. 2020.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de: Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

JIMENEZ, Susana; TERCEIRO, Emanoela. A crise ambiental e o papel da Educação: um estudo fundado na ontologia marxiana. **Educação em Revista**, [S.L.], v. 25, n. 3, p. 299-325, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/edur/v25n3/15.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. rev. e ampl. com novos temas, precedentes e legislação. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual., 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALTERNATIVAS AO MODELO TRADICIONAL DE FINANCIAMENTO RURAL: VENDER PRIMEIRO, PLANTAR DEPOIS

ALTERNATIVES TO THE TRADITIONAL RURAL
FINANCING MODEL: SELL FIRST, PLANT LATER

ALTERNATIVAS AL MODELO DE FINANCIACIÓN RURAL
TRADICIONAL: VENDER PRIMERO, PLANTAR DESPUÉS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Os anos dourados; 3. Complexo agroindustrial (CAI) e a necessidade de financiamento público; 4. Sistema privado de financiamento do agronegócio; 5. Dados do crescimento privado no crédito rural; 6. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O crédito rural faz parte da política agrícola e segue o modelo tradicional definido por custeio, investimento e comercialização. Esse modelo tem demonstrado sinais de esgotamento com o desenvolvimento das relações comerciais no campo, necessitando de inovações nos instrumentos de circulação de valor representados pelos títulos de crédito do agronegócio.¹ A pesquisa tem como metodologia a análise bibliográfica que demonstra o aumento da produção pressionando a demanda por crédito e exigindo inovações no sistema tradicional. Concluir-se-á que o Estado deve fomentar o sistema privado de financiamento rural, fortalecendo a inversão da lógica tradicional de plantar primeiro para vender depois.

Como citar este artigo:

SILVA, Kleber,
ARRUDA, André.
Alternativas ao
modelo tradicional de
financiamento rural:
vender primeiro,
plantar depois.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 39-69

Data da submissão:
06/10/2023

Data da aprovação:
18/03/2024

1. Universidade Federal
de Goiás – Basil
2. Universidade Federal
de Goiás - Basil

ABSTRACT:

Rural credit is part of the agricultural policy and follows the traditional model defined by funding, investment and commercialization. This model has shown signs of exhaustion with the development of commercial relations in the field, requiring innovations in the instruments of circulation of value represented by agribusiness securities. The research methodology is based on a bibliographical analysis that demonstrates the increase in production, putting pressure on the demand for credit and demanding innovations in the traditional system. The conclusion is that the State should encourage the private rural financing system, strengthening the inversion of the traditional logic of planting first and selling later.

RESUMEN:

El crédito rural forma parte de la política agrícola y sigue el modelo tradicional definido por la financiación, la inversión y la comercialización. Este modelo ha dado muestras de agotamiento con el desarrollo de las relaciones comerciales en el campo, lo que exige innovaciones en los instrumentos de circulación del valor que representan los valores agroindustriales. La investigación tiene como metodología el análisis bibliográfico que demuestra el aumento de la producción presionando la demanda de crédito y requiriendo innovaciones en el sistema tradicional. La conclusión es que el Estado debe fomentar el sistema privado de financiación rural, reforzando la inversión de la lógica tradicional de plantar primero para vender después.

PALAVRAS-CHAVE:

Sistema Nacional de Crédito Rural; Complexo Agroindustrial; Cédula de Produto Rural; Títulos de Crédito; Sistema Privado de Financiamento.

KEYWORDS:

National Rural Credit System; Agroindustrial Complex; Rural Product Bill; Credit titles; Private Financing System.

PALABRAS CLAVE:

Sistema Nacional de Crédito Rural; Complejo agroindustrial; Cédula

de Productos Rurales; Títulos de crédito; Sistema de financiación privada.

1. INTRODUÇÃO

Incontestemente a relevância do agronegócio na economia brasileira, demonstrada pela sua participação nos índices que medem a produtividade, capacidade de geração de riqueza e divisas cambiais nacionais, como se observa em 2019 o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA/USP) (CEPEA, 2019), quando a soma de bens e serviços gerados no agronegócio chegou a R\$ 1,55 trilhão ou 21,4% do PIB brasileiro. A capacidade produtiva no campo tem aumentado ano após ano, a área plantada, os volumes colhidos e os resultados financeiros crescentes, o que denota fomento na oferta de crédito visto a necessidade de recursos para desenvolvimento das atividades rurais e manutenção do crescimento para acompanhamento das exigências produtivas globais.

Essa necessidade de crescimento na área plantada, leva os produtores rurais a buscar novas regiões produtivas, criando fronteiras de expansão a exemplo do ocorrido outrora², esse fenômeno criado pela necessidade capitalista de produção repercute sobre as comunidades locais onde essa frente de expansão chega, alterando a organização social e o modo de vida das pessoas que estão nesses locais, pautando essas transformações pela necessidade capitalista, criando um ambiente muito diferente do existente anteriormente, alinhando o local às novas realidades desse complexo agroindustrial.

Essa escalada de produção e mudanças na forma de organização no campo, analisaremos historicamente partindo da década de 50 no Brasil, mais especificamente os anos de 1956 com o governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira e seu ideal de nacional desenvolvimentismo que culminou com a ruptura do antigo modelo de produção pautado no minifúndio e latifúndio, o que gerou oposição das oligarquias rurais e setores conservadores do período. Este período de governo denominado na literatura nacional como “os anos dourados” teve como característica a proposta de industrialização e reformas estruturais no Brasil, que aconteceram e alteraram o curso da organização política, econômica e social brasileira.

Em 1964, os militares deram continuidade a tarefa de industrializar e modernizar o país criando as bases para a Revolução Verde³, um dos pilares do “milagre econômico”⁴ durante o Governo Militar, responsável por aumentar a produção no campo com um perfil agroexportador, o que ainda

permanece sem substanciais alterações.

Os novos arranjos econômicos e produtivos do mercado agrícola, somado às pressões políticas das elites agrárias, levou o Estado a criar mecanismos de subsídios financeiros para custeio da produção e manutenção desse processo de desenvolvimento proposto por JK, criando respectivamente em 1965 e 1964, o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR)⁵ e o Estatuto da Terra para viabilizar e disciplinar, nos moldes definidos pelo projeto nacional desenvolvimentista, atendendo os anseios dessa elite agrária e as exigências capitalistas, o uso da terra com o combate a improdutividade justificada pela recém criada função social da terra.

Nas décadas de 1960 e 1970 o governo militar interveio substancialmente no meio rural, com foco na “modernização” e expansão da fronteira agrícola, para aumento da produção de grãos destinados ao mercado externo. No entanto, o cenário adverso dado pela macroeconomia da década de 1980 caracterizada pelo processo inflacionário e crise fiscal do Estado impediram o governo de continuar como principal fomentador da oferta abundante de crédito e subsídios, dando início ao processo de diversificação das fontes de crédito rural.

O rearranjo e renovação da atividade rural, sua crescente industrialização e modernização, alavancou a produtividade e exigências do setor, e somado a rapidez de adaptação do sistema bancário brasileiro, criou-se a necessidade de novos meios de financiamento rural, além do modo tradicional de custeio e investimento.

Devido a essa nova realidade, foi necessária a criação de novos meios para circulação de papeis representativos de produtos agroindustriais, desde a lei 8.929 de 1994 e posteriormente a lei 11.076 de 2004 que implementou o Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio (SPFA).

Dessa forma, o objetivo geral deste artigo é investigar o crescimento do modelo privado de financiamento do agronegócio, por meio da análise temporal dos últimos três anos⁶. Como objetivos específicos pretende-se avaliar o crescimento do montante de recursos aplicados via títulos de crédito do agronegócio, demonstrar uma possível alteração no perfil de financiamento e sobretudo levantar a possibilidade de utilização desse modelo como forma viável de financiamento, como indutores ou modifi-

cadores da política agrícola brasileira.

Os diplomas legais, tratam da criação de títulos do agronegócio, oficializando uma forma de financiamento da produção, invertendo a lógica natural no campo de plantar primeiro e vender depois, com os títulos sendo emitidos em garantia de safra futura, vendendo primeiro para plantar depois.

A presente pesquisa está dividida em seis seções. A seção 2 discute sobre os anos do governo de Juscelino Kubitschek de Oliveira (1956-1961), enquanto a seção 3 enfatiza as discussões sobre as transformações históricas ocorridas no campo, sua organização e forma de produção. Na seção 4 são identificados os pontos centrais da pesquisa, a denominação de sistema privado de financiamento do agronegócio que trataremos como SPFA, a seção 5 argumenta sobre os dados coletados que fortalecem o entendimento da seção anterior e a seção 6 apresenta as considerações finais deste artigo.

2. OS ANOS DOURADOS

O crédito rural começa a ser institucionalizado no Brasil desde o Império, com a criação por D. Pedro II do Penhor Agrícola em 1885, em que pese tratar-se somente de uma garantia e não, propriamente, de um financiamento:

Em meados do século XX, o Brasil tinha uma economia agrícola tradicional, de baixa produtividade e baseada em um sistema desigual de posse da terra, com latifúndios imensos por todo o país. Enquanto outras nações latino-americanas estavam recorrendo à reforma agrária como um modo de introduzir tecnologia moderna na agricultura tradicional, os governos brasileiros desse período decidiram fornecer incentivos para que os proprietários de terra tradicionais se tornassem agricultores modernos. O resultado foi um processo de modernização baseada em um sistema tradicional de posse de terra, que muitos chamaram de modernização conservadora. Como havia abundância de terras subutilizadas, o governo pôde reprimir a demanda para reforma agrária promovendo a colonização em massa por agricultores pobres, não atuando na estrutura de posse de terra, que se manteve altamente concentrada. (KLEIN, 2020, p. 20).⁷

Com a crescente produção de café impulsionada pela demanda ex-

terna, foi criado em 1909 o Banco de Crédito Hipotecário e Agrícola do Estado de São Paulo, dando origem posteriormente ao Banco do Estado de São Paulo (BANESPA), destinado para financiar a atividade rural no Estado de São Paulo, em especial os cafeicultores (COSTA NETO, 2004).

Em 1937 foi criada a Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) viabilizada pela Lei 492 do mesmo ano, que regulamentou o penhor rural e a cédula pignoratícia. A condução da CREAI ficou a cargo do Bando do Brasil, sendo a primeira ação efetivamente direta de instrumento de política creditícia rural realizada pelo governo. Um instrumento que já incluía a denominação industrial, ou seja, a ideia de união entre indústria e campo, o que mais tarde nas décadas de 50 e 60 foi denominado de complexo agroindustrial, dado o entrelaçamento dos segmentos.

A ideia de desenvolver o Brasil mediante metas de construções e reformas estruturais veio com o governo do presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira (1956-1961). Esse período tomaremos como ponto de partida para o corte temporal no trabalho para explorar o desenvolvimento do sistema de financiamento rural devido a importância do período para a organização agrária no Brasil.

Anteriormente à ideia de desenvolvimento nacional pautada na industrialização, “modernização” do campo e reformas de infraestrutura básica, tínhamos um sistema de produção de baixa produtividade e pautada na manutenção dos latifúndios, saídas do modelo escravocrata e transformadas em oligarquias regionais, como se observa (OLIVEIRA, 1989, pag. 15):

A Primeira República herda, pois, uma economia cujas condições de acumulação e de crescimento haviam sido grandemente potencializadas. Em primeiro lugar, avançam os processos de acumulação primitiva, que a nova classe revertia agora *pro domo suo*, e que significavam não apenas a ampliação da posse e propriedade da terra, mas o controle das nascentes trocas entre unidades de produção distintas, desfeita a autarquia anterior, por intermédio de todas as instituições que depois vão caracterizar a estrutura política e social da República Velha, como o coronelismo, o complexo latifúndio-minifúndio, os agregados. Em segundo lugar, a instauração do trabalho livre no coração das próprias unidades produtivas do complexo agroexportador significa uma inversão da situação da economia escravocrata, predominando agora o capital

variável e fazendo crescer a rentabilidade das explorações.

A reiteração das condições de produção criou uma burguesia agrária (antigo baronato) que se transformou em uma oligarquia anti-burguesa⁸, e regionalmente cada parcela dessa classe formou as oligarquias regionais, com domínios locais paralelos e até concorrentes aos do Estado. Esse sistema produtivo pautado na exportação (primeiramente da cana-de-açúcar e posteriormente do café) culminou na propensão agrícola do Brasil, por conta de suas vantagens climáticas e territoriais privilegiadas, que só foram possíveis mediante financiamentos de capital externo, criando um círculo vicioso de fomento com destinação certa, alterando a própria característica do Estado, como observado por (OLIVEIRA; 1989, pag. 30 e 35):

Este ponto, fundamental para a compreensão do processo, forma uma espécie de círculo vicioso: a realização do valor da economia agroexportadora sustentava-se no financiamento externo e este, por sua vez, exigia a reiteração da forma de produção do valor da economia agroexportadora. Simultaneamente, o mecanismo do financiamento externo bloqueava a produção do valor de mercadorias de realização externa. (p. 30)

(...)

O próprio Estado era produto dessa reiteração. Apoiando-se, para a realização de suas receitas e de suas despesas, nos mecanismos de produção do valor da agroexportação, ele perde a autonomia de um ente separado das classes sociais dominantes. Torna-se incapaz de opor à reiteração agroexportadora os interesses das outras classes sociais.

Dada a limitação de produção de valor das mercadorias para destinação interna, e a limitação da atuação estatal no controle e financiamento do modelo exportador, somado a crescente urbanização criada pela mão de obra assalariada houve uma nova forma de organização do trabalho, deixando para trás a figura do meeiro, e antes ainda do escravo.

Ainda assim, em que pese as mudanças ocorridas, a produção rural continuava refém de uma economia agroexportadora, e, após a crise de 1929 e a derrocada no preço do café, bem como a revolução de 1930 em São Paulo, o Brasil adentra a experiência republicana.⁹

Em novembro de 1937, quando se instalou o Estado Novo, e poste-

riormente a deposição de Getúlio Vargas (1945)¹⁰, o Brasil então respirava os ares da democracia, surgimento de partidos políticos, realização de novas eleições e a formação da Assembleia Constituinte para elaboração da nova Constituição do país de 1946.

Em 1956, com a eleição de Juscelino Kubitschek de Oliveira deu-se início ao governo JK (1956 – 1961) que ficou conhecido como “anos dourados”, o qual foi de longe o melhor sucedido democraticamente, pois a administração de Dutra apesar da estabilidade política não teve tamanha expressão econômica, ressaltando que nos demais governos os presidentes não concluíram seus mandatos, desde o suicídio de Getúlio Vargas, a renúncia de Jânio Quadros e o golpe político sob João Goulart em 1964.

Diante desse cenário de incompletude política, alinhado a uma sociedade instável com interesses divergentes no campo e na cidade, o governo JK representou uma façanha na conciliação do processo eleitoral e a intensificação do sistema capitalista de produção pautado da exportação e no capital externo e superendividamento.

A política econômica de JK é marcada pela participação do capital externo e fortalecimento do sistema capitalista de produção, como se observa em (IANNI, 1979, pag. 149-150):

O que é essencial, para a compreensão desse governo e da sua política econômica, é que se adotou, então, uma estratégia política de desenvolvimento que acabou por consolidar e expandir o capitalismo dependente; ou associado, segundo a perspectiva do governo da época. Assim, o que distinguiria as políticas econômicas dos Governos Getúlio Vargas (1951-1954) e Juscelino Kubitschek (1956- 1960) seria o seguinte: teria havido uma transição (casual ou deliberada, conforme o nível em que se desenvolve a análise) de uma política destinada a criar um sistema capitalista nacional para uma política orientada para o desenvolvimento econômico dependente.

O governo de Juscelino ficou marcado por seu perfil desenvolvimentista, desde a campanha como slogan de “cinquenta anos em cinco”, norteado por seu Plano de Metas, um programa que na realidade era essencialmente um documento econômico, que traçava planos para investimentos em infraestrutura de logística, industrialização e aumento da produção rural, como o próprio presidente enfatizou (KUBITSCHKEK, 1955, pag. 126):

O êxodo rural será um sintoma de progresso se tiver como causa real um aumento de produtividade da agricultura, paralelo a uma demanda correspondente de trabalho nas indústrias e serviços urbanos. Será um mal, se resultar de uma expulsão do trabalhador rural ou de uma atração urbana que só represente uma miragem de melhor trabalho nas cidades.

O processo de desenvolvimento nacional passava sobretudo pela mudança no sistema produtivo rural, pautado no modelo exportador e de capital externo, em uma sociedade de classes sociais “arcaicas” que vieram desde o período colonial até a década de 1930. Sendo necessário esse rompimento agroexportador e criação de uma matriz industrial e diversificada setorialmente, como trabalhado por (MOREIRA, 2003, pag. 167):

Embora hoje a ideia de “desenvolvimento nacional” nos pareça ampla e imprecisa para qualificar um projeto social específico, o fato é que, para os contemporâneos do governo JK, o conceito tinha um sentido muito claro: industrialização. Não se confundia, desse modo, com a ideia de um processo de desenvolvimento baseado exclusiva ou prioritariamente no setor agropecuário. Entre os segmentos mais radicais, significava também a modernização da sociedade nacional, via reformas profundas no sistema político-eleitoral, na administração do Estado, na estrutura agrária, na educação e nas relações internacionais.

Desde o colapso econômico de 1929, ficou relativamente claro para setores políticos e intelectuais importantes do cenário brasileiro o quanto era frágil a nação, justamente por ter-se sustentado em um processo de desenvolvimento dependente do mercado externo, isto é, no modelo agrário-exportador.

O governo JK pautado na industrialização, mobilizou o movimento nacionalista com dimensões claramente liberais, representado pelo nacionalismo econômico que se pautava na presença do capital estrangeiro no processo de desenvolvimento, o que gerou descontentamentos setoriais produtivos nacionais, bem como o processo inflacionário criado pela emissão de papel moeda para implementação do Plano de Metas, esses incentivos financeiros foram deliberados, como observa (BENEVIDES, 1976, pag. 215) que a política de incentivos fiscais foi usada pelo Governo como uma forma de conter artificialmente o incremento no custo de vida e, assim, contornar o descontentamento popular com a política de

financiamento inflacionário do Programa de Metas.

Ao final da década de 1940 e início da década de 1950 as transformações econômicas eram visíveis, a indústria era a parte preponderante do desenvolvimento econômico e agricultura voltada parcialmente para o mercado interno, no entanto, o sistema agroexportador permanecia importante, porque gerava divisas cambiais para o Brasil.

Deu-se início então, ao projeto social ruralista, que defendia a integração entre indústria e agropecuária, a manutenção da grande propriedade rural, o que por consequência excluía a grande maioria da população rural de pequenos posseiros e trabalhadores do campo, essa conciliação entre o setor agropecuário e o desenvolvimentismo na busca pela manutenção dos privilégios da oligarquia rural, tem-se a construção de Brasília sintetizando o “plano de integração nacional”, como aponta (MOREIRA, 2013, pag. 177):

A operação foi, contudo, o meio encontrado por Juscelino de favorecer o desenvolvimento industrial, sem entrar em rota de colisão com os fortes interesses da oligarquia rural e, mais que isso, de costurar a aliança política com aquele setor político e social, interessado em ampliar as fronteiras agrícolas em regiões até então apartadas do processo de desenvolvimento econômico nacional.

Sendo essa a gênese do complexo agroindustrial (CAI) vigente atualmente, ou seja, a oligarquia rural sabendo de sua importância para o projeto desenvolvimentista nacional nos anos JK defendeu a manutenção de seus interesses, alinhando-se ao processo de industrialização. A oligarquia rural, tinha interesse na construção de Brasília pois expandia as fronteiras produtivas do setor, sob uma ideia de frente pioneira após a chegada da frente de expansão, ampliando além da área explorada, novos mercados consumidores, como ensina o sociólogo José de Souza Martins (MARTINS, 1997, p. 152):

A designação de frentes de expansão, que o próprio Ribeiro havia formulado, tornou-se de uso corrente, até mesmo entre antropólogos, sociólogos e historiadores que não estavam trabalhando propriamente com situações de fronteira da civilização. Ela expressa a concepção de ocupação do espaço de quem tem como referência as populações indígenas, enquanto a concepção de frente pioneira não leva em conta os índios e tem como referência o empresário, o fazendeiro, o comerciante e o

pequeno agricultor moderno e empreendedor.

E o sistema rural pautado na grande propriedade permanece como almejado pelas oligarquias rurais, assim como a necessidade de buscar novos mercados consumidores devido ao processo de industrialização e disponibilidade de produtos industrializados, o que definia uma demanda de busca por novas fronteiras e consequente manutenção do modelo oligárquico, unindo as vontades do governo e dos proprietários de terra. Como observa (MOREIRA, 2003, pag. 190):

Para além dos debates teóricos, políticos e ideológicos que marcaram os anos JK, a sustentação do projeto nacional-desenvolvimentista foi fruto de um pacto tácito entre os grandes interesses rurais e o capital industrial, de origem nacional, internacional ou uma combinação de ambos. É nos parâmetros desse pacto que se torna explicável a relativa estabilidade política do governo JK, a intensificação da industrialização e, também, um outro fenômeno pouco notado por quase todos os estudiosos desse período: a reprodução ampliada e modernizada da oligarquia rural brasileira.

Continuando pela trajetória histórica da formação agrária brasileira, nos deparamos como fim dos anos JK e adentramos o período do golpe militar em 1964, após três presidentes entre 1961-1964¹¹, durante o período militar o ideário de desenvolvimento do campo integra definitivamente a crença da necessária reformulação na forma de produção rural, com luta contra a improdutividade da terra e a valorização da integração agroindustrial.

Em 1965 a união entre a economia agrária e a indústria se sacramenta, conforme Muller (1989) a agricultura passa a ser rapidamente incorporada à cadeia intersetorial da economia, prevalecendo amplamente a forma industrial de produção.

De acordo com Bacha (2018), com o Golpe Militar de 31 de março de 1964 os partidários de quem havia empecilhos estruturais à produção de alimentos no Brasil saíram vitoriosos do ponto de vista de implementação de políticas econômicas voltadas à agropecuária (BACHA, 2018, pag. 316). Com essa integração (indústria e agricultura) no período de 1960 a 1980, impulsionada pela aliança do capital nacional, capital externo e capital estatal, criou-se grandes empresas e grupos econômicos que influenciaram a dinâmica das atividades agrárias.

Sobre o período, ensina Delgado (2012, pag. 13) sobre o a modernização ainda conservadora da Agricultura Brasileira:

O período histórico que estamos considerando, 1965-1985, constitui com muito maior clareza a etapa do desenvolvimento de uma agricultura capitalista em processo de integração com a economia urbana e industrial e com o setor externo. É importante ter em conta que a chamada “modernização conservadora” da agricultura nasceu como derrota do movimento pela reforma agrária (DELGADO, 2012, pag. 77-109.)

Ressaltando que essa modernização, manteve as características agroexportadora, caracterizada pelos latifúndios, as elites agrárias e o capital externo, que assegurou o perfil conservador da ordem social vigente e fortaleceu absolutamente o sistema capitalista de exploração nesse processo de integração da cadeia produtiva conhecida atualmente de agronegócio ou *agrobusiness*.

3. COMPLEXO AGROINDUSTRIAL (CAI) E A NECESSIDADE DE FINANCIAMENTO PÚBLICO

Não se pode datar com exatidão o momento de criação do Complexo Agroindustrial (CAI), pois conforme define Muller (1989, pag. 47) trata-se de uma das tantas denominações dadas ao termo *agrobusiness*, guardando os elementos básicos de sua concepção originária, essa falta de demarcação pode ser explicada por ele como a desorganização produtiva brasileira entre seu território:

No estudo do CAI no Brasil convém evitar este tipo de viés analítico e enfatizar a constituição histórica do mesmo, o que significa enfatizar o caráter histórico da definição. Em termos mais concretos, pode-se dizer que por volta de 1960 os setores industriais voltados para a agricultura no Brasil não estavam ainda constituídos enquanto indústrias no país. Por conseguinte, a rigor, não se pode falar em complexo agroindustrial brasileiro por essa época, o que, todavia, não implica não haver, alguma agroindústria como a de trigo/moinhos, desde os fins dos anos 40; mas tratava-se, então, de uma agroindústria cuja indústria para agricultura estava inteiramente localizada no exterior (não fazendo parte, portanto, da divisão social do trabalho no país).

Os militares quiseram dar continuidade ao projeto nacionalista ca-

pitalista, manter as condições de mão de obra assalariada disponível, espaços produtivos e zelar pela estabilidade política e social, para tanto, foi normatizado juridicamente a relação de homens e mulheres com a terra, editando em 1964 a Lei 4.504, de 30 de novembro, conhecida por Estatuto da Terra. Moreira (1986, pag. 10), trata do tema em trabalho sobre o Plano Nacional de Reforma Agrária, onde apresenta.

Três parâmetros mais gerais inserem o Estatuto da Terra no propósito da modernização: (1) a vinculação do uso social da terra ao aumento da produtividade e o desenvolvimento econômico; (2) a definição da empresa rural como objetivo a ser atingido com a “gradual extinção do minifúndio e do latifúndio”; e (3) o referencialmente geral da questão do campo à industrialização do país.

É exatamente isso que se infere da análise do arcabouço taxonômico e estatístico a partir do qual o Estatuto da Terra se erige como sistema normativo. Sua base é o tripé minifúndio-empresa rural-minifúndio. Como se vê, interpõe-se no binômio latifúndio- minifúndio a empresa rural. Essa é o objetivo a ser atingido, via, “gradual extinção do minifúndio e do latifúndio” (MOREIRA, 1986, pag. 06-19).

O Estatuto da Terra, previu a desapropriação por improdutividade, criou a função social da terra e a conseqüente desapropriação para fins sociais, resguardando o anseio capitalista pela não existência de áreas sem produção, assegurou o uso adequado da terra com a finalidade de produzir, padronizou os contratos agrários e criou normas para desapropriação desde que indenizado o proprietário improdutivo, normas essas que se mantém até a atualidade.

Os militares continuaram o processo de industrialização e modernização do campo iniciado em 1960, sendo um dos pilares do “milagre econômico” proposto pelos governos militares. As universidades e os centros de pesquisas foram os responsáveis por introduzir essas inovações, sobretudo a recém criada Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) fundada nesse contexto, no ano de 1973.

Todo o processo de “modernização” e aumento da produtividade no campo, exigiu fortíssimos investimentos econômicos, quando o governo para financiar toda essa expansão criou o SNCR, instituído pela Lei 4.829 de 5 de novembro de 1965. O SNCR teve como finalidade principal o

financiamento da produção agrícola, estímulo à formação de capital, fomento da modernização no campo com a aquisição de insumos modernos e benefício dos produtores rurais pequenas e médios. Como assevera Buranello (2018, pag. 187), o SNCR é mais do que um sistema de crédito, já que assume também a forma de instrumento de planejamento da produção para evitar gargalos no fornecimento de bens primários para os setores correlatos, inclusive a oferta de divisas para importação de bens de capital.

Com taxas de juros subsidiadas, justificadas pelo forte crescimento das taxas de inflação durante os anos JK e pelos efeitos do modelo de industrialização do campo culminou em 1962, uma crise de abastecimento e reforçou a necessidade de incentivos para a produção agrícola nacional. O SNCR ofereceu crédito rural à produção desde 1965, utilizando de recursos provenientes dos depósitos a vista, captados por letras do agronegócio e recursos equalizados, sem considerar os recursos disponíveis para fundos específicos, como por exemplo, o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia (FDA), do Nordeste (FDNE) e do Centro-Oeste (FDCO).

O SNCR é dividido basicamente em operações de custeio, comercialização e investimentos, modalidades que compõem a política agrícola nacional, conforme preconizado pela Constituição Federal de 1988 no art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal. O sistema de financiamento rural, atua com relevante participação, via programas econômicos específicos, voltados à áreas distintas com regramento próprio no tocante a condições de crédito e fonte de recursos.¹²

A fiscalização, normatização, coordenação e direção das deliberações do Conselho Monetário Nacional, aplicáveis ao crédito rural são realizadas pelo Banco Central (BACEN), sintetizando ações dos órgãos financiadores e sobretudo a coordenação dos agentes financeiros, determinando as prioridades na distribuição do crédito rural e os meios adequados para tanto. O tradicional SNCR não se restringe as operações de Custeio e Investimento, tem-se outros mecanismos que compõe a política pública e o fomento da produção, como a Política de Garantia de Preços Mínimos (PGPM)¹³ instituída em 1966 e a ação governamental que se apresenta mais incisivamente em programas setoriais com atuação por ano safra.

No final da década de 1970, o sistema de crédito rural, devido ao processo inflacionário, na avaliação de Almeida e Zylbersztajn (2008) já

apresentava problemas devido a diminuição de participação do Tesouro nos financiamentos ao campo, devido aos subsídios dos empréstimos, o que veio acontecendo quando existe um descasamento das taxas básicas de juros praticadas, a inflação e os subsídios governamentais.

Na década de 1980, a crise fiscal do Estado e a inflação pioraram drasticamente esgotando as fontes de recursos não inflacionarias para o crédito rural, quando em 1986 houve a criação da Caderneta de Poupança Rural com a finalidade de abastecer os financiamentos agrícolas, tendo em seguida se tornado a principal fonte de recursos para o crédito rural. Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, tem-se uma nova forma de organização judicial do Estado, uma constituição cidadã que previa direitos, na década de 1990 após a saída do período militar, a sociedade civil apresentou mudanças significativas em sua organização política, marcada pelo processo de redemocratização com a criação de novos partidos políticos, liberdade de expressão e representatividade.

No dia 15 de janeiro de 1985 o colégio eleitoral elegia para a presidência da república Tancredo Neves, tendo como vice José Sarney uma chapa contrária ao regime militar, segundo Luis Roberto BARROSO (2008, pag. 95): “O Regime Militar chegava ao fim e tinha início à Nova República, com a volta à primazia do poder civil”.

Essas mudanças seguiram na economia, com a criação do plano real, crescimento dos investimentos internacionais, estabilidade da moeda, necessidade de aumento na produtividade do campo pressionada pela demanda de produtos aos mercados externos, a necessidade de controle dos gastos públicos. Essas mudanças fizeram com que o Estado diminuísse gradativamente sua participação nos financiamentos rurais (SILVA, 2006, pag. 54).

Com essa diminuição, criou-se a necessidade de novos meios de recursos para o crédito rural, assim foi instituída em 1994 a Lei 8.929/1994 que criava a Cédula de Produto Rural (CPR), o primeiro título de crédito negociável com a destinação de captar recursos de capital de giro para os produtores rurais, dando início ao Sistema Privado de Financiamento do agronegócio.

4. SISTEMA PRIVADO DE FINANCIAMENTO DO AGRONEGÓCIO

Nas palavras do jurista Eros Grau, planejamento não necessariamen-

te significa intervenção direta ou controle, como se observa na análise econômica do direito:

“o planejamento, assim, não configura modalidade de intervenção – note-se que tanto intervenção quanto intervenção sobre o domínio econômico podem ser praticadas *ad hoc* ou, alternativamente, de modo planejado – mas, simplesmente, um método a qualificá-la, por torná-la sistematizadamente nacional” (2014, pag. 146).

Esse planejamento passa pela previsão legal das ações do Estado e do mercado privado, pelo incentivo estatal para ações do mercado com incentivos fiscais¹⁴ e monetários, sendo que essas ações estruturantes de incentivo e proibição fazem parte desse planejamento.

As previsões legais e instrumentos de circulação de capital e produtos, são os elementos que criam a argamassa de união para viabilizar esse sistema de financiamento, como se observa conceitualmente nas palavras de Buranello (2011, p. 450), “na fundamentação desse sistema e dentro do sistema jurídico da atividade econômica, devemos destacar que as funções do Estado se dividem em sociais e jurídicas.” (BURANELLO, 2011, p. 450)

A legislação concernente ao crédito e operacionalização das formas de financiamento rural tem acompanhado as tendências internacionais, alterando o modelo anterior, como a Lei 8.929 de 1994 que cria a CPR, e posteriormente foi alterada pela Lei 10.200 de 2001 incluindo o artigo 4º-A nessa legislação, permitindo a liquidação financeira da cédula, inovada novamente pela Lei 13.896 de 2020, com a possibilidade de inclusão da cláusula de variação cambial e em moeda estrangeira, inserindo o parágrafo 3º ao artigo 4-A na legislação que trata da CPR.

Quanto a atuação do Estado na regulamentação da atividade do agronegócio, tem-se a criação de novos meios para auxiliar a circulação de riquezas e desenvolvimento capitalista do setor, englobando os agentes envolvidos na complexa cadeia produtiva, essa atuação estatal é primordial como se observa:

A partir da nova formulação de títulos de crédito para o agronegócio, o papel condutor do governo, por meio do direito econômico, em sua forma de planejamento procurou definir instrumentos específicos para que houvesse uma real integração do mercado agroindustrial a mercado financeiro e

de apitais, menos dependente de escassos recursos públicos e mais resistente às adversidades normais desse segmento. (BURANELLO, 2011 p. 453)

O mercado do agronegócio tem a securitização como opção para buscar recursos no mercado financeiro, pautado por leis específicas que criam e normatizam títulos de créditos, a lei 11.076 de 2004 a legislação que criou novos títulos do agronegócio (CDA-WA, CDCA, NCA, LCA e CRA)¹⁵, inspirada na legislação da securitização imobiliária (SFI - Lei 9.514 de 97), buscando disponibilizar ao agronegócio uma nova fonte de recursos, via emissão de títulos no mercado de capitais.

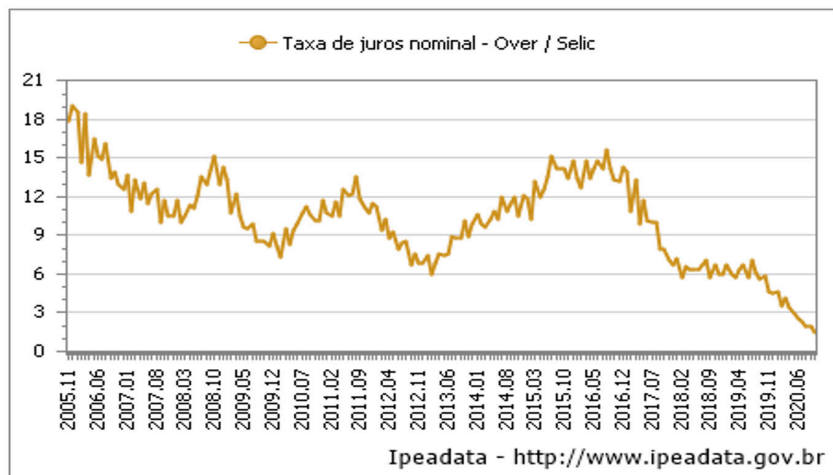
Tais títulos trazem celeridade ao mercado do agronegócio, como advoga Renato Buranello (2011, p. 454):

Com os novos títulos, o mercado financeiro privado passa a ter instrumentos mais adaptados, e o mercado de capitais passa a ser uma alternativa para financiar o agronegócio, ampliando a liquidez a longo prazo das cadeias produtivas. Esses novos instrumentos possibilitam, ainda, o refinanciamento às empresas do agronegócio, constituindo-se em instrumentos de limitação de risco e de captação de recursos para ampliação da oferta e redução do custo de crédito para o agronegócio brasileiro.

Além dos títulos de créditos já existentes, o mercado dispõe de meios comerciais não exclusivos da atividade rural para financiamento que podem ser utilizados pelo agronegócio como: Fundos de investimentos em cotas de participação (FIP), fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC), fundos de investimentos imobiliários (FII) e o próprio mercado decapitais com ofertas públicas (IPO) para as empresas em regime de capital aberto.

Partindo da lógica de “vender primeiro plantar depois”, deixou-se à parte, de fora da porteira em primeiro lugar, para depois trazer o negócio para dentro da porteira, o sistema de financiamento tem se viabilizado devido à baixa taxa de juros no Brasil praticada a dois anos, conforme dados do BACEN, que seguem:

Figura 1 – Sistema de financiamento brasileiro (Taxa de Juros Nominal versus SELIC)



Fonte: Adaptado de IPEADATA (2020).

Com uma taxa no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) atualmente em 2,00% ao ano, e um Certificado de Depósito Interbancário (CDI) precificado em 1,91% ao ano (aproximadamente), a viabilidade financeira das operações de desconto de notas ou antecipações dos títulos de crédito do agronegócio se torna monetariamente interessante, pois não exige formalismos processuais que o sistema bancário exige para contratações de operações do SNCR. Não exige contratação de seguros rurais, não exige apresentação de projetos de assistência técnica e atualmente pode ser comercializado em dólar e emitida por qualquer integrante da cadeia agroindustrial, inclusive a agroindústria.

Essa diminuição da taxa de juros básicas alavanca a utilização de instrumentos financeiros privados para o agronegócio, como ensina Sztajn (2011), a expansão dos instrumentos financeiros, em constante inovação, demonstra a importância dos custos de transação e a eficiência do local em que são negociados. Assim o Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio exerce importante papel na política agrícola nacional, destacando-se os títulos de crédito do agronegócio em especial a CPR, principal título do agronegócio, como podemos observar no levantamento realizado junto ao BACEN dos volumes histó-

ricos de crédito rural.

5. DADOS DO CRESCIMENTO PRIVADO NO CRÉDITO RURAL

Foi realizado levantamento na base de dados históricos (2017 a 2020) do crédito rural com títulos de crédito do Agronegócio, especificamente (CPR – Cédula de Produto Rural, Desconto de Nota Promissória Rural (NPR) e Duplicata Rural (DR) onde a emissão e descontodesses três títulos (CPR, NPR e DR) apresenta crescimento, mesmo com o montante de crédito disponibilizado pelo governo tem crescido, ou seja, a oferta de crédito subsidiado tem aumentado e os produtores estão optando pelo uso de recursos livres e sem burocracia nas instituições bancárias, dado que os custos estão cada vez menores com diminuição na taxa média anual da SELIC, o que tende a viabilizar as operações (Tabela 1).

Entretanto a maioria do crédito utilizado no agronegócio continua sendo o SNCR com subsídio financeiro estatal cada vez maiores em planos safras sucessivas, o que demonstra a dependência cada vez maior do Estado pelos produtores rurais, que somente financiam suas atividades com recursos livres a partir do momento que esgotam os limites de recursos com subsídios, dado o custo financeiro desses recursos, o que representa de certo modo um paradoxo político-ideológico.

Devido a limitação do sistema tradicional de crédito, o mercado tem adotado uma política de crédito expansionista pautada na redução da taxa de juros e alavancagem do sistema privado, na tentativa de fomento no consumo e conseqüentemente do financiamento à produção, como leciona Sztajn (2011, p. 36).

A política monetária expansionista, mesmo que a taxa de juros seja zero, ao aumentara liquidez, encoraja a atividade econômica. A estabilidade de preços é objetivo importante da política monetária, no que coincide com a econômica, meta de longo prazo, porque a flutuação não antecipada, não prevista, do preço dos bens provoca flutuações na produção. Instrumentos de política monetária e expansão ou contração da atividade econômica estão ligados, assim como a eles se associam as normas jurídicas.

Não foi possível precisar os títulos de “gaveta”, de lastro em operações de *Barter*, e os demais títulos de crédito que não são descontados ou negociados no mercado financeiro e que assim restringem-se à esfera entre particulares, como assevera Reis (2019, p. 399).

Barter é uma palavra de origem inglesa cuja tradução para o português significa “troca”.

Para o agronegócio, representa um mecanismo de financiamento de safras consistentena aquisição de insumos agrícolas pelo produtor rural, junto às agroindústrias, indústrias de insumos, *tradings*, exportadoras ou distribuidoras de insumo, para pagamento, no período pós-safra, com o próprio produto de sua própria safra.

Entretanto, não se trata de uma simples negociação de troca ou de escambo. Ao contrário, caracteriza-se pela formatação de operações complexas e bem aparelhadas, que normalmente são liquidadas financeiramente pela parte interessada nos produtos agropecuários, o chamado *offtaker*, que, para a segurança da operação, trava o preço das *commodities* via *hedge*, em bolsas de mercadorias nacionais e internacionais, contando, por vezes, com a presença de uma instituição financeira apta a antecipar o pagamento de toda a operação aos compradores.

Em que pese esse modelo de troca ocorra cada vez mais, devido à grande participação de multinacionais no setor agrícola, as quais muitas operam diretamente com o produtor rural dessa forma, visto a garantirem exclusividade no recebimento desses produtos, o sistema de financiamento bancário ainda é a principal forma como o campo se financia.

Sistema bancário que acompanha as necessidades dos setores assistidos, utiliza-se de múltiplos recursos e fontes, tratando do agronegócio pela modalidade de desconto (antecipação) de títulos de crédito.

Tabela 1 – Títulos de crédito rural (CPR, NPR e DR), taxa SELIC

FONTE DE RECURSOS*						
ANO	SELIC ANUAL	LCA - TAXA LIVRE		RECURSOS LIVRES		DISPONIBILIZADO PELO GOVERNO**
		AGRÍCOLA	PECUÁRIA	AGRÍCOLA	PECUÁRIA	
2017	10,11%	R\$ 29,88	R\$ 6,47	R\$ 41,40	R\$ 173,30	R\$ 190,25
2018	6,58%	R\$ 162,45	R\$ 37,95	R\$ 125,69	R\$ 325,17	R\$ 194,30
2019	6,03%	R\$ 355,75	R\$ 548,43	R\$ 131,13	R\$ 365,94	R\$ 222,70
2020	3,65%	R\$ 115,76	R\$ 23,54	R\$ 280,79	R\$ 550,60	R\$ 236,30

*Valores em Milhões de reais; **Valores em Bilhões de reais Fonte: BACEN, 2020.

No sistema privado existe uma maior liberdade contratual em relação ao SNCR, Renato Buranello (2015), entende, também, que o papel instrumental da liberdade negocial entre os agentes do sistema agroindustrial concerne ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e titulação contribuem para a promoção do desenvolvimento. No âmbito privado, pode existir operações estruturadas e personalizadas, enquanto no modelo tradicional é estruturado basicamente em três tipos de operações; custeio, investimento e comercialização, com condições previamente estabelecidas (taxas, prazos de pagamento e garantias). Ou seja, não existiria possibilidade de um desconto de CPR para viabilização da aquisição de insumos antecipados para duas ou três safras, tendo em vista a exigência de comprovação da utilização com vistorias e demais formalidades exigidas, como seguros agrícolas, mapa da área plantada, assistência técnica e certificação de sementes e produtos.

No ano de 2017 verificou-se um cenário atípico, devido ao período (final de 2016 e início de 2017) existir uma substancial crise interna, com o processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, alargamento da crise fiscal nas contas públicas e sobretudo um processo de desaceleração no crescimento econômico da China, principal consumidor de produtos agrícolas brasileiros. (IBGE, 2020) (BACEN, 2020)

Nos anos que seguem, temos uma caminhada para outro cenário, com valor do câmbio mais elevado (o que impulsiona o valor das exportações, valorizando os produtos agrícolas), taxas de juros mais baixas, uma política de discurso liberal e cada vez mais dependente do agronegócio. No período de 2019 para 2020 um crescimento nos valores agropecuários com recursos livres captados em mercado, e diminuição dos recursos com LCA, tendo em vista a diminuição da disponibilidade de aplicações em LCA e Poupança, devido ao baixo rendimento dos investimentos, fazendo com que esses recursos migrem para outras aplicações mais rentáveis, saindo dos investimentos em renda fixa atrelados à SELIC (GOEKING, 2018).

Como se observa na conclusão do documento emitido pelo IPEA intitulado de Carta Aberta de Conjuntura (número 43 – 2º trimestre de 2019).

A expectativa para o próximo Plano Safra, de 2019-2020, é de um avanço na direção da tendência ora observada, qual

seja, de redução do subsídio explícito e do seu custo fiscal e de ampliação das operações a taxas de mercado, com maior focalização dos recursos públicos nos pequenos e médios produtores rurais. Com isso, espera-se preservar (e até mesmo avançar nos) os montantes totais de crédito rural para a atividade agropecuária e a agroindústria, sem comprometer o processo de ajuste fiscal pelo qual atravessa o país.

Com a falta de *Funding* para oferecimento de crédito com esses lastros, o Significado de SFN (SFN) tem se aperfeiçoado em oferecimento de linhas com recursos livres, sem auxílio ou subsídio, como demonstra os dados das últimas safras e anos, bem como a mídia sobre o tema (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

Diante da crescente implementação de recursos livres no agronegócio, e sua necessidade de diversificação, o crédito privado tem papel de destaque quando consideradas todas as possibilidades disponíveis de financiamento, somente o desconto de títulos de crédito (CPR, NPR e PR) representam 0,5% de todo o recurso destinado pelo governo para cada ano safra. Esse volume tem atendido mais de 16 mil produtores rurais nesses últimos 4 anos, somente na modalidade de antecipação da produção¹⁶

Assim, acredita-se ser de fundamental importância para o agronegócio o constante aperfeiçoamento dos mecanismos de financiamento, vide exemplo da possibilidade de emissão de CPR na modalidade 100% digital pelo produtor, em fração de segundos (BANCO DO BRASIL. 2020).

Como discutido no dia 2 de setembro de 2020, no Ciclo de Seminários do Instituto de Economia Agrícola (IEA) órgão da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, onde foi discutido a respeito da Cédula de Produto Rural (CPR) digital, enquanto ferramenta de crédito para o setor, apontou-se a criação de um fluxo 100% eletrônico de CPR que facilita o registro e ganha tempo, fluxo este – garantido por pareceres jurídicos. Mencionou-se que existem diversas plataformas realizando as operações e que caberia ao produtor se inteirar e escolher a que melhor lhe conviesse (IEA, 2020).

O sistema privado não se restringe à antecipação de safras via títulos de crédito, ou operações tradicionais com recursos livres, o sistema é um conjunto complexo de instrumentos para financiamento e soluções para viabilização da atividade rural, podendo ser via bolsa de valores, mercado de balcão, cooperativismo ou pelos agentes de crédito bancário.

A complexidade do sistema abrange desde operações de simples escambo, *barter*, *Initial Public Offering* (IPO) – Oferta Pública Inicial, debêntures, emissão de títulos de crédito como o Certificado de Depósito Agropecuário (CDA); Warrant Agropecuário (WA); Certificado de direitos creditórios do agronegócio (CDCA); Letra de Crédito do Agronegócio (LCA); Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA) e as tradicionais linhas de custeio e investimento, com fontes de recursos não equalizadas, como observado por CHAVECO (2015 pag. 15).

Como se vê, há uma clara disposição em se mitigar a participação do setor bancário – notadamente o setor público – como intermediário na concessão de crédito rural entre a ponta do investidor e a ponta do tomador, intentado uma ligação direta entre o mercado de capitais e o setor rural. Além disso, essa forma de financiamento afasta a utilização dos créditos de origem compulsória e com juros predeterminados abaixo dos naturalmente praticados no mercado.

Assim podemos observar uma gradual mudança no perfil de financiamento rural e sobretudo uma mudança na forma de planejamento da política pública agrícola, conforme exposto pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) (MAPA, 2020) sobre as fontes e agentes fornecedores de recursos para o crédito rural e o foco público nos pequenos e médios produtores.

As principais fontes dos financiamentos de custeio e seus respectivos valores e participações foram: Recursos Obrigatórios oriundos do Depósitos à Vista, R\$ 44,79 bilhões (42%), Poupança Rural – Subvenção Econômica R\$ 25,16 bilhões (23%) e os recursos provenientes das LCAs, R\$ 17,14 bilhões (16%). Sob este aspecto, merece destaque o fato de os recursos equalizáveis de custeio das fontes Recursos Próprios dos Agentes financeiros e recursos da Poupança Rural, que têm subvenção econômica do Tesouro Nacional, destinados ao Pronaf (R\$ 9,15 bilhões) e ao Pronamp (R\$ 11,5 bilhões), terem sido superiores ao destinado para os Demais produtores – “grandes produtores” – (R\$ 5,8 bilhões), o que reflete a orientação da política agrícola, cujo foco são os pequenos e médio produtores.

As contratações de crédito rural, com recursos da fonte LCA, na safra 2019/20, atingiram R\$ 59,94 bilhões, incluindo as operações de crédito rural (R\$ 26,74 bilhões), as aquisições

de CPRs e as operações com agroindústrias (R\$ 33,2 bilhões), realizadas até maio de 2020.

Os recursos desta fonte LCA respondem por cerca de 27% do total das contratações de crédito rural, cuja contribuição para o funding do crédito rural resulta da política de diversificação das fontes de financiamento agropecuário.

A inversão do padrão tradicional, onde conforme Araújo (2013), o sistema rural se divide em: (i) antes da porteira, representada pelos fornecedores de insumos, financiadores, sementes e implementos; (ii) dentro da porteira, referindo-se ao campo especificamente, a produção, a lavoura, colheita; (iii) após a porteira, como o mercado consumidor, o beneficiamento industrial dos produtos.

Com essa possibilidade, inverteu-se a lógica: anteriormente o negócio no campo acontecia primeiramente “fora da porteira”, sendo atualmente ocorrido “para dentro da porteira e para fora novamente”. Logo, excluiu-se o “antes da porteira”, tendo em vista que muitas vezes o próprio comprador final também foi o financiador e fornecedor dos insumos para produção, ou seja, o produtor exerceu o “antes e dentro da porteira”, simplesmente “vendendo o que ainda não existia.”

Se o cenário monetário futuro for de juros baixos, câmbio elevado e política de crédito rural farta, o sistema de financiamento privado continuará crescendo, sobretudo com a utilização de *barter*. Logo, ocorrerão descontos de títulos do agronegócio, com preferência para os instrumentos aparentemente mais ágeis e menos onerosos à cadeia agroindustrial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O setor agroindustrial é um dos elos mais importantes na economia brasileira e, portanto, é foco de políticas públicas de fomento, com programas próprios devido a suas particularidades produtivas. Nessa pesquisa partiu-se da era dos “anos dourados”, passando pelo “milagre econômico” e a Revolução Verde, chegando ao período democrático Brasileiro atual, em todos esses momentos, a produção agroindustrial não foi negligenciada por nenhum Governo.

O Estado, conhecendo o histórico de baixa produtividade rural, oriundo dos modelos desde as sesmarias, escravocrata, minifúndio-latifúndio e barracão, em seu período de governo militar cria o SNCR e o

Estatuto da Terra com a missão de regulamentar a relação de homens e mulheres com a terra. Primou-se pela produtividade, o combate ao mini-fúndio e ao latifúndio, buscando a criação da empresa rural no conceito de Complexo Agroindustrial (CAI).

No entanto, nas décadas de 70 e 80 o processo inflacionário, a crise fiscal e os cenários macroeconômicos, diminuíram a disponibilidade de recursos e a possibilidade de subvenção de taxas de juros para o custeio do setor, escancarando as limitações do SNCR. Tendo em vista sua nova realidade e perfil tecnológico da produção no campo, o Estado pressionado pelas necessidades dos agentes produtivos pertencentes ao complexo agroindustrial, criou a CPR e posteriormente os demais títulos de crédito do agronegócio, perfazendo um complexo sistema de mecanismos de circulação de riquezas entre os agentes do agronegócio, fortalecendo o sistema privado de financiamento.

Diante da parcela de dados apresentados pode-se observar o crescimento da CPR, título de crédito mais utilizado nos negócios rurais, utilizado como lastro financeiro (garantia) do *Barter* (troca) ou desconto do título junto ao SFN. Esses dados demonstram que os números de beneficiários e montante desembolsado tem apresentado crescimento ao longo dos anos.

Conclui-se que os motivos para o aumento na procura das linhas de crédito privadas, está na diminuição dos custos devido à tendência de queda nos últimos anos na taxa básica de juros brasileira - SELIC. A busca por meios de financiamento aparentemente mais rápidos e modernos, maior liberdade de negociação no prazo e formas de pagamento, dada a complexidade do agronegócio tem sido crucial na busca pelas linhas de créditos privadas.

Exemplo de operações que têm crescido junto ao agronegócio está o sistema de *Barter* lastreado por CPR, onde o produtor realiza a troca da safra futura com o fornecedor de insumos, garantindo pela entrega do produto colhido como forma de pagamento, invertendo a lógica tradicional de plantar primeiro e vender depois. Em que pese as inovações apresentadas por esse caminho da formação agrária nacional, essa modernização foi conservadora do ponto de vista estrutural, pois não houve mudança de paradigma no campo, continua-se exportadores, pautados nos latifúndios e devedores de uma reforma agrária emancipatória, conforme garantido e

exigido por constituição.

O Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio é uma realidade presente no cotidiano do produtor rural, sendo assim, o Estado tem inserido este modelo nas políticas agrícolas, com vias de incentivo e expansão dos mecanismos de fomento do modelo privado, com foco nos grandes produtores rurais.

Por outro lado, o sistema tradicional com juros subsidiados, tem sido utilizado sobremaneira pelos pequenos (PRONAF) e médios (PRONAMP) ~~por~~ via programas específicos, melhorando a oferta de crédito a esses beneficiários e diminuindo a responsabilidade fiscal do Estado, criando uma atuação mais equânime no campo, subsidiando quem não tem efetivo acesso a todos os meios de financiamento à atividade rural.

De suma importância ressaltar que, embora o Estado mediante políticas públicas econômicas e inovações legislativas venha fomentando a utilização do Sistema Privado de Financiamento, a participação nos subsídios de juros nas linhas de crédito rural do SNCR tem crescido substancialmente devido a demanda ano safra após ano safra, dada pelo aumento da produtividade e área plantada.

Tais produtores rurais usualmente utilizam os limites possíveis de recursos subsidiados (BRASIL, 2021) para somente depois recorrerem às linhas com recursos livres, caracterizando um verdadeiro paradoxo político-ideológico, tendo em vista que parte da classe ruralista defende a participação mínima do Estado, diminuição da interferência estatal no mercado, flamulando as bandeiras do liberalismo econômico em seus posicionamentos políticos e sociais, enquanto utilizam de todo o subsídio possível em seus financiamentos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. F. de; ZYLBERSZTAJN, D. **Crédito Agrícola no Brasil: uma perspectiva institucional sobre a evolução dos contratos**. Internext – Revista Eletrônica de Negócios Internacionais, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 267-287, ago./dez. 2008.

ARAÚJO, M. J. **Fundamentos de Agronegócios**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas. 2013. 237 p.

BACHA, C. J. C. **Economia e política agrícola no Brasil**. Campinas: Alínea, 2018. 316p.

BACEN, **Relatório de Crédito Rural Crédito Concedido**. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/reportmi-rrural?path=conteudo%2FMDRCR%2FReports%2Fqvc%2FComercializacaoRegiaoUfProduto.rdl&nome=Quantidade%20e%20Valor%20dos%20Contratos%20de%20Comercializacao%20por%20Regiao%20UF%20e%20Produto&exibeparametros=true&moesExportar=true>> Acesso em 10 outubro de 2020.

BACEN, **Sistema Gerenciador de Séries Temporais (SGS)**. 2020. Disponível em <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>> Acesso em 10 de outubro de 2020.

BANCO DO BRASIL. **CPR Digital Banco de Brasil**: E, para deixar tudo ainda mais simples e rápido, você pode contratar a Cédula de Produto Rural direto pelo aplicativo do BB no seu celular. Disponível em: <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/agronegocios/agronegocio---produtos-e-servicos/aplicativos-agro/cpr-digital/> - Acesso em 26 de outubro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição de 1988**: a reconstrução democrática do Brasil. In: DANTAS, Bruno. CRUXÊN, Eliane. SANTOS, Fernando. LAGO, Gustavo Ponce de Leon. Os alicerces da Redemocratização – Do Processo Constituinte aos Princípios e Direitos Fundamentais. Senado Federal. Instituto Legislativo Brasileiro: Brasília, 2008, p.95.

BENEVIDES, Maria. **Governo Kubitschek**: desenvolvimento econômico e estabilidade política, 1956-1961. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1976.

BRASIL. 2021. **Resolução CMN nº 4.899, de 25 de março de 2021**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cmn-n-4.899-de-25-de-marco-de-2021-310882063>>. Acesso em 12 de junho de 2022.

BURANELLO, R. M. **Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio** – Regime Jurídico – 2a. Ed. – Revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Quartier Latin, 2011. 728p.-

BURANELLO, R. M. **Securitização do crédito como tecnologia para**

o desenvolvimento do agronegócio: proteção jurídica do investimento privado. 2015. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BURANELLO, R. M. **Manual de direito do agronegócio**. 2a. Ed. São Paulo: SaraivaEducação, 2018. 343p.

BRASIL. **Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937**. Regula o penhor rural e a cédula pignoratícia. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0492.htm>. Acesso em 05 de novembro de 2020.

CEPEA. **Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada**. 2019. Disponível em: <<https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

CHAVENCO, M. R. de A. **O SNRC e os novos instrumentos de financiamento do agronegócio:** o mercado de crédito rural brasileiro entre dois modelos. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-11042016-133049. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

COSTA NETO, Yttrio Corrêa da. **Bancos oficiais no Brasil** : origem e aspectos de seu desenvolvimento. -- Brasília : Banco Central do Brasil, 2004.

DELGADO, G. C. **Período de transição – da ‘modernização conservadora’ à economia do agronegócio & Reestruturação da economia do agronegócio anos 2000**. In: DELGADO, G. C. Do Capital Financeiro na agricultura à economia do agronegócio: mudanças cíclicas em meio século (1965-2012). p. 77-109.

GOEKING, W. (2018). **85% dos brasileiros ainda estão na poupança, mas juro menor leva investidores para fundos**. InfoMoney. Recuperado de <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/poupanca/noticia/7281813/85-dos-brasileiros-ainda-estao-na-poupanca-mas-juro-menor-levainvestidores-para-fundos>

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2014.382p.

IANNI, Octávio. **Estado e planejamento econômico no Brasil (1930/1970)**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1971.

IBGE, **Sistema de Contas Nacionais**. 2020. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/industria/9052-sistema-de-contas-nacionais-brasil.html>> Acesso em 10 de outubro de 2020.

IEA. **Instituto de Economia Agrícola**. 2020. Disponível em < <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/secretaria-de-agricultura-e-abastecimento-debate-cedula-de-produto-rural/>> Acesso em 10 de outubro de 2020.

IPEADATA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. 2020. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/Default.aspx>>. Acesso em 05 de novembro de 2020.

KLEIN, H. S. **Alimentando o mundo: o surgimento da moderna economia agrícola no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2020. 440p.

KUBITSCHKE, Juscelino. **Diretrizes Gerais para o Plano Nacional de Desenvolvimento**. Belo Horizonte, 1955.

MAPA. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento**. Disponível em <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/credito-rural>> Acesso em 10 de outubro de 2020.

MARTINS, J. de S. **A reprodução do capital na frente pioneira e o renascimento da escravidão**. In: Martins, José de Souza. **Fronteira: a degradação do Outro nos confins do humano**. São Paulo Editora Hucitec, 1997. p. 81-112.

MOREIRA, R. **O Plano Nacional de Reforma Agrária em Questão**. In: Revista Terra Livre. Nº 01, Ano 1. São Paulo: Associação dos Geógrafos Brasileiros, 1986. p. 06-19.

MOREIRA, V. M. L. Os anos JK: industrialização e modelo oligárquico de desenvolvimento. In: FERREIRA, J.; DELGADO, L. de A. N. (orgs.) **O Brasil Republicano: O tempo da experiência democrática – da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 157-194.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. **Os anos JK: industrialização e modelo oligárquico de desenvolvimento rural**. In: DELGADO, Lucília de Almeida Neves; FERREIRA, Jorge. (Org.). **O tempo da experiência democrática: da democratização de 1945 ao golpe civil militar de 1964**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 155-194, 2013.

MULLER, G. Indústria e agricultura no Brasil: do latifúndio-minifúndio ao CAI. & Formulações gerais sobre o CAI. & A agricultura Brasileira no CAI. In: MULLER, G. **Complexo Agroindustrial e modernização agrária**. São Paulo: Editora Hucitec, 1989. p.27-107.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Agronegócio parte em busca de crédito privado**. 2020. Disponível em <<https://www.estadao.com.br/economia/coluna-do-broadcast-agro/agronegocio-parte-em-busca-de-credito-privado/>> Acesso em 10 de outubro de 2020.

OLIVEIRA, Francisco M. C. *A Economia da Dependência Imperfeita*. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1977.

OLIVEIRA, F. **A emergência do modo de produção de mercadorias: uma interpretação teórica da economia da República Velha no Brasil (1889-1930)**. In: OLIVEIRA, F. *A Economia da Dependência Imperfeita*. 5ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Graal. 1989. p. 9-38

OLIVEIRA, F. de. Padrões de acumulação, oligopólios e Estado no Brasil (1950-1976). In: OLIVEIRA, F. de. **A economia da dependência imperfeita**. 5ª ed. Rio de Janeiro: EdiçõesGraal, 1989. p. 76-113.

SILVA, Fernanda Faria. **Distribuição de crédito para agricultura familiar: um estudo do PRONAF a partir de um indicador de desenvolvimento rural**. - 2006. 250 f.

SILVA, Gustavo de Souza e. **Novos instrumentos de financiamento do agronegócio brasileiro e uma análise das alternativas de investimentos para o CDA/WA**. Piracicaba, 2006. 242 p.

SZTAJN, R. **Sistema financeiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 182p.

'Notas de fim'

1 A diferença entre Agronegócio e Agricultura familiar está na relação do Homem com a terra, não somente na dimensão da produção, a pesquisa tomará a posição que agronegócio versa sobre a produção rural onde o pequeno produtor também está inserido, de modo geral latu sensu relacionado aos negócios rurais. Importante ressaltar que a alimentação da população não depende do agronegócio, tampouco que a importância do segmento ante a econômica nacional justifica a insegurança alimentar de parte da população, ou das injustiças sociais e violências presentes no campo, muito menos na forma predatória de exploração do meio ambiente. Essa diferenciação será tomada durante todo o trabalho.

2 O conjunto da informação histórica que hoje se tem sobre a frente de expansão e a frente pioneira sugere que a primeira foi a forma característica de ocupação do território durante longo período, a segunda se deu com o deslocamento dos típicos agentes da frente pioneira sobre territórios novos, em geral já ocupados por aqueles que haviam se

deslocado com a frente de expansão. (MARTINS, 1996, pag. 43)

3 A chamada “Revolução Verde”, iniciada na década de 1960, orientou a pesquisa e o desenvolvimento dos modernos sistemas de produção agrícola para a incorporação de pacotes tecnológicos de suposta aplicação universal, que visavam a maximização dos rendimentos dos cultivos em distintas situações ecológicas. As mais diversas técnicas e tecnologias não eram e não são acessíveis a todos os produtores, tendo em vista o elevado valor desses métodos e equipamentos, excluindo uma parcela de produtores do acesso a essas tecnologias.

4 O crescimento econômico se deu às custas de altos empréstimos estrangeiros e uma gestão não democrática, criando um superendividamento externo para financiar as políticas públicas.

5 Tanto o CNCR e o Estatuto da Terra foram conduzidos sob perspectivas conservadoras para manutenção de privilégios e fomento da ideia de modernização da agricultura e geração de divisas externas, segundo (DELGADO, 2005 p. 30)

6 Incluindo 2020 até o mês de outubro.

7 KLEIN, H. S. Alimentando o mundo: o surgimento da moderna economia agrícola no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2020. 440p

8 (OLIVEIRA, 1977, pag. 34). A negação do valor da própria economia agroexportadora implicava necessariamente na negação das demais atividades econômicas [...]. Na reiteração dessa negação, a burguesia agrária transforma-se em oligarquia antiburguesa.

9 Primeira República (1889-1930).

10 Estado Novo, ou Terceira República Brasileira (1937-1946).

11 Jânio Quadros (1961) - Ranieri Mazzilli (1961) - João Goulart (1961-1964).

12 Agricultura de Baixo Carbono (ABC); Programa de Incentivo à Irrigação e à Armazenagem (MODERINFRA); Programa de Modernização da Agricultura e Conservação de Recursos Naturais (MODERAGRO); Programa de Plantio Comercial e Recuperação de Florestas (PROPFLORA); Programa de Modernização da Frota de Tratores Agrícolas e Implementos Associados e Colheitadeiras (MODERFROTA); Programa Nacional de Apoio ao Médio Produtor Rural (PRONAMP), e demais programas lançados conforme necessidade de fomento setorial.

13 Do ponto de vista do produtor, o preço mínimo atua como um seguro, garantindo uma renda mínima para a produção, tendo a necessidade de contratação de operação de PGPM operacionalizada por meio dos Empréstimos do Governo Federal (EGF) e das Aquisições do Governo Federal (AGF).

14 Lei 13.043/14, de incentivos para negociações de ações. Lei nº 9.981/95 que isenta a tributação sobre depósitos em caderneta de poupança, para a criação de recursos para o agronegócio. Decreto 7.487/11 que isenta a incidência de IOF sobre os rendimentos.

15 CDA – Certificado de Depósito Agronegócio e WA – Warrant Agropecuário. Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA). Cédula do Produtor Rural – CPR. Letra de Crédito do Agronegócio (LCA). Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA. (SILVA, 2006, pag. 242).

16 Quantidade de beneficiários: 2017 - 1.744, 2018 – 3.204, 2019 – 6.659 e 2020 – 4.685.

COVID-19 E POVOS INDÍGENAS: NEOLIBERALISMO, NECROPOLÍTICA, DIREITO AO RECONHECIMENTO E DIÁLOGOS INTERCULTURAIS

COVID-19 AND INDIGENOUS PEOPLES:
NEOLIBERALISM, NECROPOLITICS, RECOGNITION'S
RIGHT AND INTERCULTURAL DIALOGUE

COVID-19 Y PUEBLOS INDÍGENAS: NEOLIBERALISMO,
NECROPOLÍTICA, DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y
DIÁLOGOS INTERCULTURALES

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Biopolítica e necropolítica: a governamentalidade dos povos indígenas; 3. Dignidade humana: direito ao reconhecimento como fundamento constitucional; 4. Pluralismo jurídico, diálogos interculturais e constitucionalismo de chegada; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

Os povos originários brasileiros sofrem com o tratamento desrespeitoso, numa necropolítica de prática neoliberal. A pandemia da Covid-19 jogou luz à desigualdade existente no tratamento dos indígenas brasileiros, reclamando uma leitura da dignidade humana à luz da vertente do direito ao reconhecimento, para produção de espaços plurais condizentes com a interculturalidade de um Estado Democrático de Direito, funcionando como medida de promoção do pluralismo sociojurídico. Utiliza-se do método dedutivo, a partir dos instrumentos bibliográficos, artigos científicos e de notícias veiculadas, e procura-se su-

Como citar este artigo:

SOUZA, Gabriel,
ESTÊVÃO,
Roberto, RIGOLDI,
Vivianne. Covid-19
e povos indígenas:
neoliberalismo,
necropolítica, direito
ao reconhecimento e
diálogos interculturais.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 71-104

Data da submissão:

27/01/2021

Data da aprovação:

28/06/2023

1. Centro Universitário
Eurípides de
Marília - Brasil

2. Centro Universitário
Eurípides de
Marília - Brasil

3. Centro Universitário
Eurípides de
Marília - Brasil

gerir um caminho possível para a proteção e a efetivação dos direitos humanos fundamentais dos povos originários pátrios, por meio dos diálogos interculturais como remédios transformativos.

ABSTRACT:

Brazilian native people suffer from disrespectful treatment, in a necropolitic of neoliberal practice. The Coronavirus Pandemic has brought to light the inequalities of Brazil's indigenous communities treatments, claiming for a reading of Human Dignity in the light of the right of recognition, for the creation of public spaces consistent with the interculturality of the democratic State based on the Rule of Law, to promote the social-legal pluralism. It will be use the deductive method, based on bibliographic instruments, scientific articles journal news, and aim to suggest a path of possible protections and effectiveness of the Fundamental Human Rights of native peoples, through intercultural dialogues as transformative solutions.

RESUMEN:

Los pueblos indígenas de Brasil sufren un trato irrespetuoso, en una necropolítica de práctica neoliberal. La pandemia del Covid-19 ha arrojado luz sobre la desigualdad existente en el tratamiento de los indígenas brasileños, exigiendo una lectura de la dignidad humana a la luz del derecho al reconocimiento, para producir espacios plurales y coherentes con la interculturalidad de un Estado Democrático de Derecho, que funcione como medida de promoción del pluralismo socio-jurídico. Utiliza el método deductivo, basado en instrumentos bibliográficos, artículos científicos y reportajes periodísticos, y busca sugerir un posible camino para la protección y realización de los derechos humanos fundamentales de los pueblos originarios de Brasil, a través de diálogos interculturales como remedios transformadores.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos humanos; Neoliberalismo; Necropolítica; Direito ao reconhecimento; Povos indígenas.

KEYWORDS:

Human rights; Neoliberalism; Necro politics; Right to recognition; Indigenous peoples.

PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos; Neoliberalismo; Necropolítica; Derecho al reconocimiento; Pueblos indígenas.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus Covid-19 causou graves danos, em especial pelas mortes provocadas, no mundo todo. Trata-se de uma situação que merece o cuidado preventivo e de atitude por parte de todos, numa responsabilidade socialmente compartilhada, e especialmente por parte dos gestores públicos, em atenção ao Estado de Direito vigente.

No Brasil os números já não demonstravam um horizonte positivo para o enfrentamento da doença (PAINEL CORONAVÍRUS, 2021; SÃO PAULO, 2021). Ainda assim, mesmo diante do aumento exponencial da curva de contágio. Estados-membros e Municípios começaram a flexibilizar a rotina de isolamento social, cedendo a iniciativas econômicas, na ânsia de retorno às atividades do mundo pré-Covid-19 (SÃO PAULO, 2021).

A atenção dispensada pelos governos não corresponde à melhor técnica de enfrentamento da pandemia, uma vez que especialistas sanitaristas recomendaram fortemente o isolamento social, além de medidas de higiene, principalmente nos países considerados epicentros do coronavírus, como o Brasil (OMS, 2019).

Situação de destaque numa sociedade com índices de desigualdade alarmantes como a brasileira é a dos grupos vulneráveis e das minorias. Medidas de combate à pandemia — tais como higienização, recolhimento social, uso de máscaras e álcool em gel — são realidades distintas que não alcançam esses grupos de pessoas.

Nesse sentido, a demanda por políticas públicas que busquem a salvaguarda de tais atores sociais é fundamental para o combate à Covid-19. Porém, não se verificam esforços significativos das autoridades para dar eficácia social às medidas requeridas (SOCIOAMBIENTAL, 2021; APIB, 2021).

Este artigo apresenta como foco específico o estudo da condição dos povos originários brasileiros: os indígenas. Tais minorias — e aqui tratar-se-á de forma genérica, em que pese não se deva equilibrar culturalmente os diversos grupos indígenas que existem no país, sob pena de sufoca-

mento da diversidade — encontram-se em situação de indireto abandono, uma vez que precisam de atenção especial dos governos diante de sua posição de extrema vulnerabilidade (como já ocorreu em outras situações, com diversas doenças) (CEDEFES, 2020).

A Constituição brasileira reconhece a pluralidade e a solidariedade (art. 1º, V e art. 3º, I, CF) como pilares do Estado Democrático de Direitos e, com isso, o tratamento digno dos povos indígenas é medida de satisfação da igualdade material requerida (BRASIL, 1988).

Além da crise sanitária vivenciada, que jogou luz nos obstáculos enfrentados pelos povos indígenas, há outros interesses que remontam há tempos o tratamento destes no Brasil, e que acabam por auxiliar negativamente no enfrentamento da pandemia, permitindo-se, ainda que indiretamente, o genocídio contra os povos originários, correspondendo a verdadeiro crime contra a humanidade (IHU, 2015).

Entretantes, o que se nota é certo comportamento estatal que vai de encontro com as necessidades indígenas no combate ao coronavírus. Isso, portanto, produz clivagem entre cidadãos brasileiros, o que os coloca em condições desiguais de proteção e de não respeito ao *mandamus* constitucional.

Assim sendo, a questão que se apresenta é a de verificar se o tratamento dispendido aos povos originários brasileiros é condizente com a dignidade humana, bem como se a política das autoridades brasileiras condiz com o direito ao reconhecimento dos povos indígenas ou se, em verdade, tem-se o controle dos corpos e a permissão de uma necropolítica.

Para a resposta das indagações acima destacadas, tem-se o auxílio de bibliografia especializada, especialmente com os reforços teóricos de Michel Foucault (2010; 2019; 2014a; 2014b) e sua biopolítica, Achille Mbembe (2016) e sua necropolítica, ambos tratando da governamentalidade, bem como de Nancy Fraser (2002; 2006) sobre o direito ao reconhecimento como vertente da dignidade humana. Finaliza-se com a proposta da pluralidade com base nos diálogos interculturais necessários para a promoção de um universalismo de chegada.

O artigo se desenvolve sob o método dedutivo, na tentativa de abarcar a realidade dos povos originários de forma geral durante o estado pandêmico. A análise dos dados apresentados, com foco maior no ano de 2021, reforçam o estado de vulnerabilidade, contribuindo para a vali-

dade e confiabilidade da pesquisa. Trata-se, portanto, de um diálogo entre teorias, tendo como objetivo dar maior visibilidade à problemática, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas trazendo luz à vulnerabilidade dos grupos minoritários.

Mais uma vez, não se ignora as diferenças culturais dos diversos povos originários. Aqui optou-se por uma pesquisa dedutiva justamente para dar ênfase ao estado de vulnerabilidade em que se encontram os povos indígenas. Ao final, a proposta apresentada como alternativa para a inclusão dos povos minoritários — o diálogo intercultural — é o início de uma abordagem específica de cada uma das realidades, objeto de novo estudo a ser realizado posteriormente.

2. BIOPOLÍTICA E NECROPOLÍTICA: A GOVERNAMENTALIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

A posição dos povos indígenas no Brasil remonta a aspectos escravagistas e que, a partir disso, acabou por solidificar no cenário social certa condição de exclusão — o selvagem, o outro —, que acaba por não permitir a participação dessa minoria nas decisões socialmente impostas aos cidadãos brasileiros, aumentando ainda mais a desigualdade social. Com isso, formou-se o que Jessé Souza (2018) chama de subcidadania brasileira, onde os povos indígenas suportam o *habitus* precário diante da inadequação social vivenciada.

Nesse contexto, permite-se o encontro com os fundamentos desenvolvidos por Michel Foucault (2010; 2014) em sua analítica do poder, a partir de onde se pode buscar a compreensão de uma postura autoritária do governo em face dos povos originários.

Foucault desenvolve sua pesquisa no intuito de identificar os sistemas de diferenciação promovidos a partir de instrumentos institucionalizados do poder, para conduzir as ações das pessoas. O discurso é o modo pelo qual o poder acaba por se veicular, compondo um conjunto de dispositivos estratégicos que buscam determinar subjetividades por meio de efeitos de verdade (FOUCAULT, 2014).

Para Foucault, os discursos — que produzem exclusões — são contextualizados em determinado momento histórico, e flexíveis, a depender da coerção institucional. Não há um campo único de localização do poder, mas sim uma microfísica por onde se compreende as relações entre

os poderes, para permitir os já citados efeitos de verdade (FOUCAULT, 2019).

A construção desses discursos produtores de efeitos de verdades se dá pela colonização dos aparatos institucionais, pautados também nos conhecimentos científicos produzidos, funcionando como campo de fala do que é verdadeiro e do que é falso. Tais aparatos — políticos, econômicos, sociais etc. — são denominados dispositivos (FOUCAULT, 2010; AGAMBEN, 2005).

Foucault apresenta, também, a construção do poder no decorrer do processo histórico. Subdivide, assim, em poder soberano, poder disciplinar e, por fim, biopoder. O poder soberano é definido por meio da autoridade que decide quem vive e quem morre, fazendo morrer e deixando viver. Já o poder disciplinar se institui sobre os corpos individuais das pessoas, para controlá-los — vigiá-los e puni-los, se necessário (FOUCAULT, 2014) — para que se adêquem às necessidades da produção.

Já o biopoder é baseado na biopolítica, e inverte essa lógica:

Ora, durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, sendo outra tecnologia de poder, não disciplinar dessa feita. Uma tecnologia de poder que [...] não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia [...]. Ao que essa nova técnica de poder não disciplinar se aplica é [...] a vida dos homens, ou ainda, se preferirem, ela se dirige não ao homem-corpo, mas ao homem vivo [...] a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens enquanto essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não enquanto eles se resumem em corpos, mas enquanto ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo [...] temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante, mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz e direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie (FOUCAULT, 2010, p. 203–204).

Verifica-se que novas tecnologias de poder foram desenvolvidas para o acompanhamento das necessidades econômicas de uma sociedade que se industrializava e aumentava, com isso, a população urbana. Surge, assim, a genealogia do poder de Foucault, partindo do poder soberano, passando pelo poder disciplinar e alcançando o poder regulamentar, traduzindo-se numa biopolítica. Ressalta Giacóia Júnior (2005, p. 620):

Dizer que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície estendida do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra. Portanto, estamos num poder que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o polo do corpo e o polo da população. Biopoder, por conseguinte, do qual logo poderemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite de seu exercício.

Portanto, tem-se uma tecnologia de poder desenvolvida para dar suporte ao corpo individual, num primeiro momento, e, posteriormente, ao corpo coletivo, para docilizar a população para interesses de utilidade e produtividade. Isso foi feito a partir do desenvolvimento de novas ciências, pautadas na coletividade. Nesse sentido, José Eduardo Lourenço dos Santos (2016, p.104) dispõe que:

Diverso do poder soberano, o biopoder trata de formas de gestão da vida, substituindo o “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”: o biopoder tem a função de gerar a vida, tendo por suporte as ciências do homem, como a demografia e a medicina social, uma tecnologia da população (passa-se de um Estado territorial a um Estado de população). Tem-se a substituição do “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”, como já observado: a vida passa a ser a forma de atuação dessa forma de poder.

Verifica-se que o biopoder incide sobre a vida das pessoas, e o faz por meio dos dispositivos acima citados, em constante docilização dos corpos. Busca-se, ao contrário do poder disciplinar — que incide sobre a vida individual — o controle da população toda, como verdadeiro corpo político.

Assim, houve uma primeira acomodação, a dos mecanismos de poder sobre o corpo individual, efetivados por meio de

vigilância e treinamento, envolvendo instituições como a escola, o hospital, o quartel, etc. (mecanismos de disciplina). Essa acomodação, mais fácil, ocorreu mais cedo, a partir do final do século XVII, início do século XVIII. A segunda acomodação aconteceu mais tarde, no final do século XVIII, e tem em vista fenômenos de população, envolvendo processos biológicos e biosociológicos das massas humanas (mecanismo regulamentar) (MARCHETTI; ESTEVÃO; SACONATO, 2014).

No Brasil atual há forte discurso, especialmente do governo federal, no sentido de normalização social, uma vez que há direcionamento para determinados assuntos (GUIRADO, 2019; ISTO É, 2018) e, inclusive de forma explícita, exclusão de outros modos de vida, considerados falsos. Pode-se pensar, de fato, num hiperpresidencialismo (ALVES; CASTILHO; MANDARINO, 2020), que traz o debate do convívio harmônico com o neoconstitucionalismo e a democracia participativa, tendo em vista a concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo.

Desta feita, tem-se, por meio do discurso veiculado pelos aparatos institucionais, a consolidação do biopoder normalizador acima referido, o que descumpra com o mandamento constitucional de liberdade (art. 3º, I e art. 5º, caput, CF).

O reflexo produzido a partir dessa postura institucionalizada — que configuram dispositivos estratégicos de poder (FOUCAULT, 2019) — é a consequente hierarquia de raças, onde os que não se encontram na condição de normais — os *outsiders* (BECKER, 2008) — são os que serão deixados para morrer.

Não há, assim, necessidade de atitude comissiva do poder público no controle da população, pois, a partir da omissão estatal no desenvolvimento de políticas públicas, acaba-se por permitir o que Foucault chamou de assassinato indireto (FOUCAULT, 2010, p. 215–216) É dizer, a omissão estatal na realização de políticas de eficácia social acaba por (fazer) deixar morrer grupos minoritários que não reclamam os padrões considerados verdadeiros.

Trata-se, assim, de verdadeiro racismo de estado (FOUCAULT, 2010, p. 215), provocado pelas autoridades por meio dos dispositivos estratégicos de controle e normalização social. Segundo estudo produzido pela Faculdade de Saúde Pública da USP e pelo Conectas Direitos Hu-

manos (CEPEDISA; CONECTAS, 2021), em análise de 3.049 normas relacionadas à Covid-19 editadas pela União, em 2020, verificou-se verdadeira estratégia institucional de propagação do coronavírus, em vez de sua contenção pelas autoridades federais. No caso específico dos povos indígenas, há atitudes de negação de água potável, materiais de higiene e limpeza, leitos hospitalares, UTIs, ventiladores, máquinas de ventilação sanguínea, materiais informativos e acesso à internet, não distribuição de alimentos e cestas básicas, sementes e ferramentas, de permissão de acesso a povos originários que nunca tiveram contato com não-indígenas, levando, também, ao contato com novas doenças, e, após longo período de pandemia, não há plano emergencial para tais povos (EL PAÍS, 2021).

Há ainda o conceito de *homo sacer*, desenvolvido por Giorgio Agamben (2010), que se encaixa na situação atual dos povos indígenas brasileiros, dispondo sobre vulnerabilidade. Outro conceito importante do autor é acerca do estado de exceção (AGAMBEN, 2004), que virou a regra no mundo contemporâneo — e, a partir do discurso da pandemia do Covid-19, acaba por ser intensificado¹.

Para Agamben (2010), a *zoe*, vida simples, oposta à *bios*, vida política, foi colonizada pelo poder político justamente na figura do *homo sacer*. Este representava a pessoa que, na Antiguidade, fora julgada e condenada por um crime, sem poder se sacrificar. Porém, qualquer que a matasse não seria considerado homicida. O ponto nodal, aqui, diz respeito à desproteção legal do *homo sacer*, transformando sua *zoe* em política por meio da exceção (AGAMBEN, 2004).

Com isso, verifica-se o biopoder sobre o *homo sacer*, para subjugar-lo pela exclusão do ordenamento jurídico. Por assim ser, há — indiretamente, ou pela omissão da proteção, ao menos — o reconhecimento do estado excepcional em que se encontra tal indivíduo, o que, ao fim e ao cabo, resulta na omissão estatal diante do reconhecimento desse sujeito de direitos.

Ora, o soberano exerce o biopoder numa zona de indeterminação em relação à norma (anomia), declarando-se fora da lei e, ao mesmo tempo, estipulando que ninguém pode ser colocado fora do ordenamento. Deste modo, captura a vida humana, transformando o ser humano em “*homo sacer*” (MARCHETTI; ESTEVÃO; SACONATO, 2014).

No caso dos povos indígenas, verifica-se essa exclusão estatal, uma

vez que os povos indígenas se encontram em alto risco de morte e o governo brasileiro não toma medidas consideradas possíveis de enfrentamento da pandemia. Há, inclusive, mortes entre os povos originários, o que agrava ainda mais a urgência da situação sanitária².

As ideias de Foucault sobre a biopolítica acabam por traduzir bem as noções de “governamentalidade”, a partir das considerações acima trazidas. Porém, Achille Mbembe (2016) buscou, por meio do conceito de necropolítica, diferenciar a “governamentalidade” em centros mundiais que compõem o terceiro mundo. Essa expressão “terceiro mundo” já se encontra superado em diversos marcos teóricos.

[...] la biopolítica es un punto de partida fundamental para el análisis de las relaciones de dominación, pero em el contexto del tercer mundo resulta insuficiente porque los dispositivos, técnicas, prácticas y estrategias em las relaciones de dominación tienen efectos muy radicales [...] No se trata de decir que biopoder y necropoder se contrapongan, sino que es necesario situar los fines de cada uno – regulación de la vida y de la muerte, respectivamente – para ubicar con precisión cómo sus dispositivos y estrategias se entrelazan (ESTEVEZ, 2018, p. 18-19).

Mbembe (2016) dispõe que nos casos de países que compõem o terceiro mundo há, de fato, a existência de locais de morte, que acabam por definir populações que vivem como se mortos estivessem, uma vez que a marginalização é tamanha. Há, portanto, a presença de uma política sobre a morte, e não sobre a vida. Partindo, também, da ideia de estado de exceção, o autor relata que, numa emergência sistemática, o poder acaba por reclamar constantemente a exceção, especialmente partindo da ideia de inimigo.

Atualmente, o direito de matar não se encontra apenas nas mãos do soberano estatal, mas acaba por frequentar campos como as milícias e os campos de segurança privada, por exemplo. Assim, diante da proliferação dessas entidades, por meio do acesso amplo a tecnologias sofisticadas de destruição e diante das consequências das políticas socioeconômicas — aqui também outro ponto de destaque para a temática do presente artigo —, de fundo neoliberal, geograficamente há novos campos de concentração não tão necessários diante de uma tecnologia do necropoder, que atua a qualquer momento e em qualquer lugar (MBEMBE, 2016).

Este novo momento é o da mobilidade global. Uma de suas principais características é que as operações militares e o exercício do direito de matar já não constituem o único monopólio dos Estados, e o “exército regular” já não é o único meio de executar essas funções. A afirmação de uma autoridade suprema em um determinado espaço político não se dá facilmente. Em vez disso, emerge um mosaico de direitos de governar incompletos e sobrepostos, disfarçados e emaranhados, nos quais sobejam diferentes instâncias jurídicas *de facto* geograficamente entrelaçadas, e nas quais abundam fidelidades plurais, suseranias assimétricas e enclaves. Nessa organização heterônima de direitos territoriais e reivindicações, faz pouco sentido insistir na distinção entre os campos políticos “interno” e “externo”, separados por limites claramente demarcados (MBEMBE, 2016, p. 139).

Os povos indígenas brasileiros sofrem não apenas com a pandemia atual, mas também – e há tempos — com uma ideologia capitalista neoliberal que impõe uma nova razão ao mundo (DARDOT; LAVAL, 2016) e acaba por limitar o direito de reconhecimento e cultura próprios dos povos originários brasileiros, formadores de nossa sociedade. Em verdade, forças da elite econômica acabam por sufocar cada vez mais os povos indígenas, em nome de um desenvolvimentismo que se baseia, ao fim e ao cabo, apenas no fornecimento de matéria-prima para exportação, trazendo lucros econômicos a poucas famílias — os detentores do poder do agronegócio³.

Dessa forma, perde-se pelo sufocamento sociocultural dos indígenas brasileiros, de um lado, e perde-se pela política econômica não baseada em novas tecnologias e pesquisas, de outro, fazendo com o que Brasil continue como um país exportador de *commodities* e importador de produtos desenvolvidos a partir de nossa matéria-prima exportada. Isso é provocado pelo discurso neoliberal, que produz efeitos de verdade e define o que é verdadeiro (incluído) e falso (excluído), gerando aumento da desigualdade social⁴.

[...] la biopolítica es la conceptualización específica de la gubernamentalidad neoliberal exclusivamente reservada para el primer mundo, pues para el segundo mundo (el de los países ex socialistas) y el tercer mundo (Asia, África y América Latina) la regulación de la vida se ha transformado em

la regulación de la muerte dentro de condiciones extremas producidas por el capital. La vida es regulada a través de la perspectiva de la muerte y transformada em regulación de la muerte, en una mera existência debajo del nivel de vida más básico (ESTEVEZ, 2018, p. 20).

Desta feita, a biopolítica controla a vida a fim de garantir um estilo de vida boa, e a necropolítica busca, em verdade, controlar a morte para capitalizá-la como máquina de guerra. Assim, há na necropolítica uma morte real, pelo massivo empobrecimento, e uma morte simbólica, por decorrência das intervenções do capitalismo (ESTEVEZ, 2018, p. 20).

Verifica-se, portanto, que questões capitalistas — neoliberais — são fundantes das formas de controle de vida e de morte das sociedades atuais⁵, em especial no terceiro mundo, que, pela globalização, sofre as consequências de políticas econômicas maquiavélicas. Tais discursos funcionam, também, como incentivo para o não respeito dos direitos dos povos originários pátrios, para insuflar a necropolítica, indo além de momentos de crise sanitária como a atual.

En el corazón de los marcos interpretativos de la regulación de la vida y la muerte, se encuentran las relaciones de producción. Actualmente, se conduce la vida hacia su expansión, precariedad o extinción con el objeto de incidir en las relaciones de reproducción económica del capitalismo. No obstante, esta conducción puede ser analizada a través del funcionamiento de su discurso político-económico, el neoliberalismo, o de sus actividades y sectores de extracción y acumulación, el capitalismo em su dimensión material y económica (ESTEVEZ, 2018, p. 23).

Nesse sentido, importa o destaque dado por Foucault ao termo “governamentalidade”:

Para concluir, gostaria de dizer o seguinte. O que cogito fazer nos próximos anos é uma história da governamentalidade. E com essa palavra quero dizer três coisas: 1) o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais, os dispositivos de segurança. 2) a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência

deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros — soberania, disciplina, etc. — e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes. 3) o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado. [...] a governamentalização do Estado foi o fenômeno que permitiu ao Estado sobreviver [...] São as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, o que é público ou privado, o que é ou não estatal, etc.; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido com base nas táticas gerais da governamentalidade (FOUCAULT, 2019, p. 429-430).

A “governamentalidade” atual está colonizada (LUHMAN, 2011) pelo sistema econômico neoliberal, de forma que a política e o direito acabam sendo construídos com base nos efeitos de verdade do discurso do neoliberalismo atualmente difundido, criando técnicas de dominação e controle dos corpos populacionais. Assim, surge o *homo economicus*, incompatível com o perfil dos povos indígenas, os quais são relegados condição de subcidadãos (SOUZA, 2018).

[...] o neoliberalismo idealiza o Estado organizador do mercado evitando o monopólio e intensifica a racionalidade econômica da produção como núcleo da sociedade e das relações políticas com foco na competição (no liberalismo, troca) atuante na vida social, desde o berço até a morte (GARCIA; GRISOTTO, 2018, p. 103).

O modo de ser neoliberal transforma o ser humano em seu próprio capital, produtor de sua fonte de renda e consumidor de si, em busca de satisfação pessoal (GARCIA; GRISOTTO, 201, p. 98). Dessa forma, por meio de normas, o Estado define políticas públicas de enfrentamento das questões relacionadas aos grupos indígenas. O que se verifica é que tais comandos normativos acabam, assim, por impedir o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais da população originária brasileira, numa tentativa de padronização social aos olhos dos interesses do capital, sufocando a interculturalidade e a multiculturalidade (RODRIGUES, 2013).

No período ditatorial, o governo brasileiro adotou uma “política desenvolvimentista de levar o progresso para as áreas indígenas, que escon-

dia sua face corrupta e até mesmo cruel das práticas associadas ao Serviço de Proteção ao Índio.” (ALVARENGA; AMERICO JÚNIOR, 2019, p.218).

Dessa forma, a tutela exercida sobre os indígenas demonstra o biopoder, diante da violência e repressão pela dominação, com intuito de controle e produção da subjetividade conforme a norma (LIMA, 1995). Com isso, “retirada sua condição de humanidade [dos indígenas], o assassinato de um indígena poderia ser considerado algo próximo a eliminar um animal selvagem que causa transtornos às situações de desenvolvimento dos invasores brancos.” (ALVARENGA; AMÉRICO JÚNIOR, 2019, p. 218-219).

Ele chegava nas aldeias, aí, quando tinha índio pequeno assim, menino índio, chegava e atacava a porta da aldeia [...] ele pegava e jogava dentro do rio e matava afogado. Os outros, ele metia tiro e acabava de matar. Os outros grandes ele topava no mato e campeava de cavalo pra matar. O cara [não-índio] acendeu o fogo, talvez com óleo diesel, para queimar a lenha para jogar os que estavam mortos, por cima do fogo os três que estavam mortos. Um, acho que não estava muito morto [...] porque ele estava falando, gemendo de dor [...]. Mas mesmo assim os caras jogaram no fogo e queimaram eles (BRASIL, 2014).

Pelo relato tomado na Comissão Nacional da Verdade verifica-se a brutalidade do assassinato realizado aos indígenas durante o período ditatorial, retomando a condição de *homo sacer* do povo originário, diante da noção da vida nua, da *zoe*, esvaziada de direitos em face de um não cidadão.

Nesse sentido, verifica-se que o Estado ditatorial brasileiro, fundamentado na política de desenvolvimento nacional, sob os mandamentos da ordem e progresso, acabava por operar em verdadeira necropolítica, diante da gestão da vida nua das minorias indígenas.

Atualmente, vive-se num Estado Democrático de Direito, com uma Constituição Cidadã que consagra diversos direitos humanos fundamentais, inclusive dos povos originários pátrios. Porém, algumas atitudes das autoridades que governam o país têm se demonstrado autoritárias, no sentido de retomada dos ideais nacionalistas, de ordem e progresso, de restabelecimento de instituições e, com isso, promovendo o sufocamento de vozes sociais que possibilitam a diversidade e a interculturalidade,

marcas originárias da população brasileira⁶⁷. Dessa forma, importante o destaque ao relatório da APIB — Emergência Indígena (2020), que destaca de forma clara e objetiva que o governo federal é o principal agente transmissor da Covid-19 entre os povos originários, diante da falta de ações coordenadas e efetivas para combate da pandemia, o descaso com os profissionais da saúde e usuários do subsistema de saúde indígena, bem como o favorecimento de políticas de invasão de territórios dos povos originários.

O discurso neoliberal — que fundamentava o período ditatorial brasileiro — acaba por incentivar essa postura desenvolvimentista e de progresso econômico, e, por meio de dispositivos de controle e docilização dos corpos, impõe verticalmente (DERRIDA, 2010) a padronização social, pasteurizando, homogeneizando, em verdadeira indústria cultural (ADORNO; HORKHEIMER, 1985), as diferentes culturas aqui presentes.

Passa-se, em verdade, para além da administração da vida, incidindo na facilitação — permissão — da morte, não necessariamente por meio dos aparelhos estatais, mas, por inércia das autoridades públicas, e pela atuação dos dispositivos tecnológicos que atuam a qualquer tempo e em qualquer lugar, verifica-se a legitimação de mortes — culturais — dos povos indígenas. Nesse ponto, a pandemia da Covid-19 acaba por servir de argumento para a permissão de violações de direitos humanos fundamentais que, em verdade, já são violados há tempos, especialmente pela retórica neoliberal que se impõe no mundo globalizado.

Utilizar dessa visibilidade que o coronavírus proporciona e jogar luz para a tamanha desigualdade em que se vive no Brasil é um caminho que pode auxiliar na melhoria das respostas tomadas pelas autoridades públicas brasileiras. O primeiro passo é reforçar o conteúdo teórico importante do respeito à dignidade humana, na vertente do direito ao reconhecimento, e buscar a efetividade de tais direitos.

3. DIGNIDADE HUMANA: DIREITO AO RECONHECIMENTO COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A partir da análise feita até o momento, verifica-se o tratamento desigual dado aos povos originários brasileiros que acabam por serem colocados à margem das políticas de reconhecimento necessárias para a

sobrevivência de suas culturas. Surge, assim, a vertente da dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal brasileira: o direito ao reconhecimento.

O princípio da dignidade [...] é uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Por isso, se o reconhecimento é essencial à integridade moral da pessoa, ele é amparado pelo referido princípio [...] O reconhecimento é também associado pela doutrina aos princípios da igualdade e da solidariedade, o que não é desacertado. A ideia de reconhecimento intersubjetivo situa-se na zona de confluência desses três princípios, que devem ser interpretados de forma harmônica e reciprocamente iluminada. No que concerne ao reconhecimento, tais princípios não entram em tensão, mas se reforçam mutuamente (SARMENTO, 2016, p. 255-256).

Nancy Fraser (2002) auxilia na compreensão da necessidade de se conferir o direito ao reconhecimento à pluralidade cultural — e aqui, diretamente, aos povos indígenas — diante do restabelecimento de uma sociedade justa socialmente.

A autora desenvolve sua teoria a partir de uma releitura de teorias socioeconômicas — que traduzem as desigualdades sociais por questões de distribuição de renda — de um lado, e pela reanálise das políticas de reconhecimento — que se pautam por uma análise identitária — de outro, reconduzindo o “foco da justiça de questões distributivas para matérias concernentes ao tema da diferença e das políticas de reconhecimento.” (LIMA, 2016, p. 127).

Segundo Habermas (1997, p. 159), “o paradigma do direito liberal e do Estado social cometem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como ‘distribuição’ e equiparam ao modelo da repartição igual de direitos adquiridos ou recebidos.” A partir da globalização, Nancy Fraser (2002, p. 9) entende que se está a:

[...] gerar uma nova gramática de reivindicação política. Nesta constelação, o centro de gravidade foi transferido da redistribuição para o reconhecimento. Como deveremos caracterizar esta transição? Quais são as suas implicações para a justiça social? A meu ver, as perspectivas são ambivalentes. Por um lado, a viragem para o reconhecimento representa um alargamento da contestação política e um novo entendimento da justiça social. Já não restrita ao eixo da classe,

a contestação abarca agora outros eixos de subordinação, incluindo a diferença sexual, a 'raça', a etnicidade, a sexualidade, a religião e a nacionalidade. Isto constitui um claro avanço relativamente aos restritivos paradigmas fordistas que marginalizavam tal contestação. Além disso, a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de representação, identidade e diferença. Também neste aspecto constitui um avanço positivo relativamente aos redutores paradigmas economicistas que tinham dificuldade em conceptualizar males cuja origem reside, não na economia política, mas nas hierarquias institucionalizadas de valor.

Para Sarmiento (2016, p. 256), numa visão que colabora com a trçada anteriormente, e destacando o panorama constitucional brasileiro que alberga a relação reconhecimento intersubjetivo e redistribuição econômica:

Há muito mais sinergia e complementaridade do que tensão entre as agendas de reconhecimento intersubjetivo e redistribuição econômica, e ambas encontram sólido amparo em uma ordem constitucional como a brasileira, que se preocupa com a proteção integral da pessoa e não confere ao intérprete o poder de escolher entre uma ou outra.

Verifica-se, portanto, que o objetivo da autora é identificar os fatores que se articulam a partir dos novos tempos, a fim de proporcionar uma teoria de justiça capaz de alcançar, ao mesmo tempo, os horizontes da redistribuição e os do reconhecimento. Para tanto, há necessidade de virada normativa, para permitir-se que os cidadãos, independentes e autônomos, possam estabelecer direitos por meio das relações socialmente subjetivas.

Liberdade política é a forma de liberdade que as pessoas como cidadãos concedem umas às outras de modo recíproco e genérico. Não é 'o Estado' ou 'a comunidade' que distribui direitos e liberdades aos cidadãos; pelo contrário, os cidadãos mesmos são, ao mesmo tempo, os autores e os destinatários de reivindicações de liberdades (geralmente na forma de reivindicações de direito). Como cidadãos, pessoas são simultaneamente reivindicadores de liberdade (ou usuários de liberdade) e garantidores de liberdade (FORST, 2012, p. 126).

Nancy Fraser (2002) destaca três problemas colocados pela globalização atual: (i) problema da substituição, (ii) problema da reificação e (iii) problema do enquadramento desajustado.

Há, com a globalização econômica, uma transição da redistribuição para o reconhecimento, para exacerbar radicalmente as desigualdades econômicas resultantes do capitalismo agressivo praticado no mundo contemporâneo. Como proposta, Fraser apresenta uma visão bidimensional da justiça, para abranger tanto uma distribuição justa, quanto uma questão de reconhecimento recíproco.

O que é preciso é uma concepção ampla e abrangente, capaz de abranger pelo menos dois conjuntos de preocupações. Por um lado, ela deve abarcar as preocupações tradicionais das teorias de justiça distributiva, especialmente a pobreza, a exploração, a desigualdade e os diferenciais de classe. Ao mesmo tempo, deve abarcar igualmente as preocupações recentemente salientadas pelas filosofias do reconhecimento, especialmente o desrespeito, o imperialismo cultural e a hierarquia do estatuto. Rejeitando formulações sectárias que caracterizam a distribuição e o reconhecimento como visões mutuamente incompatíveis da justiça, tal concepção tem de abrangê-las a ambas. O resultado seria uma *concepção bidimensional de justiça*, o único tipo de concepção capaz de abranger toda a magnitude da injustiça no contexto da globalização (FRASER, 2002, p. 11).

Este, portanto, o problema da substituição apresentado por Nancy Fraser, e merece como solução o tratamento conjunto, numa teoria única, que abarque tanto uma política de redistribuição, quanto uma política de reconhecimento, neutralizando-se o risco de substituição, por meio da bidimensionalidade da teoria da justiça.

Fraser propõe, para ser realizada essa teoria bidimensional, o respeito ao princípio normativo da paridade de participação, “segundo o qual a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir entre si como pares.” (FRASER, 2002, p. 13)

Para tanto:

São necessárias pelo menos duas condições para a paridade participativa ser possível. Primeiro, deve haver uma distribuição de recursos materiais que garanta a independência e “voz” dos participantes. Esta condição impede a existência de formas e níveis de dependência e desigualdade econômicas que constituem obstáculos à paridade de participação. [...] Em contraponto, a segunda condição para a paridade participativa requer que os padrões institucionalizados de valor

cultural exprimam igual respeito por todos os participantes e garantam iguais oportunidades para alcançar a consideração social. [...] Portanto, excluem-se padrões institucionalizados de valor que negam a alguns o estatuto de parceiros plenos nas interações — quer ao imputar-lhes a carga de uma “diferença” excessiva, quer ao não reconhecer a sua particularidade (FRASER, 2002, p. 13).

Por assim ser, tem-se que a concepção bidimensional de justiça requer tanto a distribuição como o reconhecimento, sem que haja redução de qualquer dos aspectos citados. Para o problema da “reificação” — ou seja, para lidar com as lutas pelo reconhecimento que simplificam e reificam drasticamente as identidades de grupos, não fomentando a interação e o respeito, mas inflando o separatismo e cisões multiculturais — a autora propõe nova leitura acerca do reconhecimento.

Tradicionalmente, o direito ao reconhecimento é visto a partir do foco da identidade, de onde se tem que essa constatação é fruto da identidade cultural específica de certos grupos. Assim, surge o falso reconhecimento, no sentido de que a depreciação da identidade de certo grupo acaba por ser solapada pelo grupo dominante, resultando dano aos membros, que, para tornar indene, há necessidade de uma política que busque a retificação da imagem formada pelo grupo dominante acerca do grupo identitário a ser reconhecido. A partir da construção da nova imagem do grupo identitário — pelos membros desse grupo restaurada — há a exibição coletiva com o intuito de se atingir respeito e consideração sociais (FRASER, 2002, p. 14-15).

Ocorre que nessa política identitária, segundo a autora, há defeitos no sentido de se ocultar a subordinação de certos grupos, bem como de coisificação de certas identidades, para reciclar estereótipos, fomentar separatismo e repressão comunitária.

Dessa forma, propõe Fraser (2002, p. 15) uma nova concepção de reconhecimento. Assim,

[...] baseada no que pode designar-se por um “modelo de estatuto”, o reconhecimento é uma questão de *estatuto social*. O que requer reconhecimento no contexto da globalização não é a identidade específica de um grupo, mas o estatuto individual dos seus membros como parceiros de pleno direito na interação social. Desta forma, o falso reconhecimento

não significa a depreciação e deformação da identidade do grupo, mas antes a subordinação social, isto é, o impedimento da participação paritária na vida social. A reparação desta injustiça requer uma política de reconhecimento, mas isto não significa uma política de identidade. No modelo de estatuto, pelo contrário, significa uma política que visa superar a subordinação através da instituição da parte reconhecida distorcidamente como membro pleno da sociedade, capaz de participar ao mesmo nível dos outros.

Em verdade, o que está propondo a autora é uma análise dos padrões culturais institucionalizados sobre determinados atores sociais, para averiguar se há, de fato, reconhecimento recíproco e posições de igualdade de estatuto — no caso de atores constituídos como pares — ou se há a constituição de atores inferiorizados, excluídos, invisibilizados, para caracterizar-se o falso reconhecimento ou a subordinação de estatuto. Assim, “o falso reconhecimento é uma relação social de subordinação transmitida por padrões institucionalizados de valor cultural.” (FRASER, 2002, p. 16).

Dessa forma, o objetivo de Fraser é desinstitucionalizar padrões que subjugam grupos, retirando a parte subordinada, com o intuito de proporcioná-la voz e vida social, interagindo de forma paritária com os demais atores sociais. O foco não é mais — apenas — a identidade dos grupos, mas sim os efeitos oriundos das normas institucionalizadas. Esse o projeto do modelo de estatuto proposto pela autora.

Por fim, no tocante ao problema do enquadramento desajustado, tem-se a necessidade de descentralização, de uma concepção múltipla acerca da justiça social no contexto globalizado. É necessário remover os obstáculos à paridade de participação no contexto social contemporâneo.

Com isso, Fraser quer defender que o princípio da paridade de participação deve ser aplicado em campos de participação social especificados, de forma a se atentar para as particularidades de cada necessidade. Assim, “a justiça requer paridade de participação numa multiplicidade de contextos de interação, que incluem os mercados de trabalho, as relações sexuais, a vida familiar, a esfera pública e as associações voluntárias da sociedade civil.” (FRASER, 2002, p. 18-19). E define, ainda:

Contudo, a participação tem significados diferentes em cada um desses contextos. [...] Por conseguinte, o âmbito da aplicação do princípio deve ser ajustado ao contexto em questão,

o que significa não haver uma fórmula única que baste para todos os casos. Daí que sejam necessários múltiplos enquadramentos. [...] O que é preciso é antes um conjunto de enquadramentos múltiplos e uma concepção de soberania com múltiplos níveis [...] Relativamente a cada caso, devemos perguntar quem são precisamente os sujeitos relevantes da justiça e quem são os actores sociais entre os quais se exige que exista paridade de participação (FRASER, 2002, p. 19).

Nesta senda, destaca-se que pelos processos existentes no mundo globalizado, de nível transnacional e subnacional ao mesmo tempo, não há mais como identificar o país como uma única instância justa, de forma que diversos enquadramentos são necessários na promoção de uma nova estrutura emergente, de formação de múltiplos níveis. Finaliza que

[...] as deliberações acerca da institucionalização da justiça devem ter o cuidado de colocar as questões no plano adequado, determinando quais os assuntos que são verdadeiramente nacionais, locais, regionais ou globais. Elas têm de delimitar vários contextos de participação de forma a distinguir os conjuntos de participantes com direito a paridade dentro de cada uma delas (FRASER, 2002, p. 19).

Dessa forma, verifica-se que as ideias de Fraser acerca da justiça bidimensional, aliando o aspecto distributivo com a necessidade do reconhecimento, aplicam-se aos povos originários brasileiros, diante da situação que se encontram — historicamente — presentes, qual seja a desigualdade de opções — que identifica a não paridade de participação —, fortalecida por políticas que não os tomam enquanto atores com vozes sociais relevantes — institucionalização de padrões — e que, ao fim e ao cabo, não atendem adequadamente às necessidades materiais e de reconhecimento — espaços de enquadramento desajustados — que lhes são de direito.

A condição de subcidadãos a eles imposta, marginalizando e discriminando sua cultura, retratam, portanto, o *habitus* precário que Jessé Souza, de forma a identificar os povos originários como *outsiders* — *homosacer*, para Agamben — na sociedade brasileira contemporânea, o que dialoga com as ideias de Mbembe acerca das sociedades colonizadas e a necropolítica nela legitimada.

Assim sendo, dispõe Lima (2016, p. 129) que:

[...] lutas por reconhecimento acontecem em um mundo

quase na sua totalidade marcado por desigualdades sociais e degradação das condições materiais de existência, seja na saúde, educação, alimentação, moradia, saneamento, lazer, expectativa de vida e taxas de mortalidade não ideais. Nesse sentido, focar apenas no reconhecimento em detrimento da redistribuição é algo de saída problemático, sobretudo devido à ambivalência em que muitos sofrem injustiças tanto socioeconômicas quanto no que diz respeito à negação do reconhecimento. Por isso, a tese de Fraser é que a justiça pressupõe tanto redistribuição quanto reconhecimento. A isso ela chama de “concepção dual ou bidimensional de justiça”

Em síntese, Sarmiento (2016, p. 257) dispõe que:

[...] violam o reconhecimento as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitam a identidade das suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações. É possível falar em um direito fundamental ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito da identidade pessoal. Trata-se de um direito que tem tanto uma faceta negativa como outra positiva. Em sua faceta negativa, ele veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes.

Há, porém, uma dificuldade de solução para o tratamento de uma teoria da justiça que abranja, simultaneamente, o modelo redistributivista e o modelo do reconhecimento. Isto porque o primeiro exige a supressão das diferenças e o segundo, a afirmação destas. Assim, Fraser identifica, a partir dos modelos híbridos ou de coletividades ambivalentes — aqueles grupos que sofrem injustiças tanto de problemas de redistribuição, quanto de não-reconhecimento, como os povos indígenas aqui tratados — remédios afirmativos e remédios transformativos.

Por remédios afirmativos para a injustiça, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais de arranjos sociais sem abalar a estrutura subjacente que os engendra. Por remédios transformativos, em contraste, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais precisamente por meio da remodelação da estrutura gerativa subjacente. O ponto crucial do contraste é efeitos terminais vs. processos

que os produzem — e não mudança gradual vs. mudança apocalíptica (FRASER, 2006, p. 237).

Fraser entende que os remédios mais promissores são os transformativos, com o intuito de reestruturação das relações sociais, de forma a eliminar diferenciações de grupos, bem como, além do multiculturalismo dominante, conseguem desconstruir bases mantenedoras de racismos, de discriminações institucionalizadas. Tal situação encontra-se conforme a proposta pluralista de propiciar, a partir de diálogos interculturais, a efetivação do direito à diversidade, tema este aplicável ao caso das minorias indígenas aqui tratados e objeto da conclusão desse artigo.

4. PLURALISMO JURÍDICO, DIÁLOGOS INTERCULTURAIS E CONSTITUCIONALISMO DE CHEGADA

Como abertura deste artigo, verificou-se a situação de marginalidade dos povos originários brasileiros, que retrata a biopolítica transformada em necropolítica, diante das atitudes de docilização dos corpos e de permissão da morte, ainda que indiretamente.

Para tanto, necessário se faz dar voz ao grupo minoritário citado — e aqui, novamente, retoma-se a necessidade de não caracterizar as diversas culturas indígenas numa só, padronizando a multiplicidade sociocultural rica e presente nos diversos povos indígenas pátrios — para permitir-se a interculturalidade e o direito à diversidade, e nesse sentido, os remédios apresentados por Fraser podem auxiliar, em especial os transformativos. Um caminho possível é apresentado neste tópico: a promoção do pluralismo jurídico por meio dos diálogos interculturais.

A facilidade da estabilidade e o conforto da vida provinciana não são tão interessantes como deveriam parecer. É justamente a distância cultural existente, metaforicamente, entre o navio e a terra firme que é intrigante. As fronteiras que passam as realidades diferentes não conseguem imobilizar, muito pelo contrário, elas instigam a travessia e a transposição. É a busca pelo outro lado, pelo que há após o risco imaginário ou a linha no mapa. É na fronteira que acontecem as produções enriquecedoras. O debate sobre essa questão evidencia a multidimensionalidade das relações sociais, que evidencia o protagonismo dos sujeitos e a justificam a existência de um ordenamento jurídico aberto às imprevisibilidades (ELIEZER; FARIA; FERREIRA, 2020, p. 350)

Daí a importância da dimensão multicultural das relações fronteiriças, que pode contribuir com o campo jurídico, uma vez que ele trabalha com conceitos em diferentes contextos discursivos. (ELIEZER; FARIA; FERREIRA, 2020).

A cultura é essencial para a humanidade, ao permitir o compartilhamento de valores e tradições importantes para a identidade de cada ser. Para os povos originários, tem-se especial proteção, diante da necessidade de preservação dos laços comunitários e dos valores relacionados aos processos de socialização, mais coletivistas, o que, nos casos de fraturas em suas identidades, o sofrimento é maior do que nas culturas pautadas por identidades individualistas. Além disso, o risco de dizimação a que estão expostos os povos indígenas, é maior, pela relação desigual em face da sociedade que os envolve. Assim sendo, há risco à sobrevivência cultural em face do preconceito enfrentado por tais minorias, que são estigmatizadas pelo padrão da sociedade capitalista de massas, que tritura as culturas tradicionais como um liquidificador cultural. Há, também, o argumento histórico de proteção dos direitos dos povos indígenas, relacionado às graves injustiças por eles sofridas em suas trajetórias, pela situação de exclusão atualmente vivenciada — tanto socioeconômica, quanto da perspectiva da subordinação cultural (SARMENTO, 2016, p. 278-280).

É necessário, portanto, proteger-se a cultura dos povos indígenas, por meio de proteção⁸ ativa das condições que permitam a defesa da dignidade de pessoas concretas, de tal forma que também se permite favorecer toda a sociedade, nas gerações atual e futuras, diante da diversidade cultural que lhes beneficiará (SARMENTO, 2016, p. 280-281).

Uma postura de simples omissão estatal diante das diferenças culturais, como que confiando na “mão invisível” de um suposto mercado, não é suficiente. Os grupos não hegemônicos são injustamente prejudicados nesse “mercado” pelas práticas cotidianas de pessoas, empresas e instituições, que tendem a refletir o *ethos* dominante. Isso pode comprometer gravemente a viabilidade da reprodução da cultura social dessas comunidades. Daí a necessidade de proteção de direitos diferenciados dos povos tradicionais (SARMENTO, 2016, p. 281).

Neste sentido, diante das considerações apontadas a partir da forma-

ção de um padrão dominante — estruturado pelo mercado — é importante destacar no termo interculturalidade, que designa

[...] la aceptación de la transversalidad de la diferencia cultural. Conduce a una contextualización del pensamiento y del conocimiento en el marco de la pluralidad y de la diversidad cultural y ética del mundo. La interculturalidad afronta la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica (FARIÑAS, 2019, p. 17-18).

A partir da ideia de interculturalidade, o intuito é de propiciar o direito à diversidade — mais do que o direito à diferença, que se limita a traçar dois opostos, ainda numa lógica de exclusão (MAGALHÃES; GORGOZINHO, 2019) — que propõe um espaço de existência:

[...] livre comum. O espaço de diversidade é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o outro, os outros. Ouço o outro não para derrotar seu argumento, não para vencê-lo, impossibilitando o diálogo, ouço o outro para aprender com ele assim como o outro me ouve para aprender comigo. A resultante do diálogo obrigatório nos espaços de diversidade não será uma fusão de argumentos, nem uma soma de argumentos, muito menos a vitória de um argumento, mas sim um novo argumento, construído pela postura de abertura, onde todos devem renunciar a alguma coisa para que todos possam ganhar alguma coisa, e tudo pode ser permanentemente discutido e rediscutido. O direito à diversidade (individual e coletivo) parte do pressuposto da complementaridade (MAGALHÃES; GORGOZINHO, 2019, p. 148).

Para tanto, diante da proposta aqui apresentada, verifica-se que a promoção dos direitos humanos fundamentais, pautados na dignidade e no direito à diversidade, com o reconhecimento da interculturalidade, pode propiciar a superação dos obstáculos socioeconômicos e dos espaços institucionalizados que concentram e reproduzem o padrão dominante, sufocando os povos originários, tidos como *homo sacer*, sujeitos à “espada de Dâmocles” da necropolítica.

Alternativa que visa o auxílio da reestruturação dos aparelhos estatais — segundo problema apresentado por Fraser — que funcionam como dispositivos estratégicos de docilização dos corpos indígenas é a

oportunidade aos diálogos interculturais⁹, que:

[...] tiene como punto de partida el respeto a los diferentes, con el objetivo de evitar que se conviertan em antagónicos. El es cenário del “diálogo entre culturas” ha de ser representado como un lugar de encuentro y de debate sobre las diferencias, pero también sobre las desigualdades sociales y económicas. Lo que está em juego es la voluntad de compartir y dialogar, transformando entonces el pendular y tradicional conflicto dialéctico y dualista de categorías opuestas (el bien o el mal, la unidad o la pluralidad, la racionalidad o la irracionalidade,...) en una tensión dialógica o em um “diálogo dialógico”, relacional e intersubjetivo. En el diálogo entre culturas, el único enfrentamiento posible es el de las palabras, enlazadas en una conversación continua (FARIÑAS, 2019, p. 35).

Portanto, para a teoria do diálogo intercultural – hermenêutica diatópica, para Boaventura de Sousa Santos (1997) –, tem-se a premissa de que há, nas diversas culturas, correntes interpretativas diferentes entre si, de forma que o auxílio dos diálogos interculturais possibilita uma maior defesa da dignidade humana por conferir maior legitimidade social aos direitos requeridos, com aumento, inclusive, de chances de eficácia social (SARMENTO, 2016, p. 291-292). Trata-se do que Raimundo Panikkar (2004) chamou de “equivalentes homeomórficos”, ou seja, postulados que desempenham funções parecidas com as desempenhadas pelos direitos humanos.

Dessa forma, verifica-se, nas palavras de Sarmento (2016, p. 292):

O diálogo intercultural não serve apenas para equacionar problemas jurídicos e morais atinentes a grupos culturais diferentes. Ele deve ser também uma fonte de aprendizado para a sociedade envolvente, que lhe permite tomar contato com valores e experiências alternativas, que podem, eventualmente, desnudar as incompletudes e incoerências do seu discurso e das suas práticas sobre direitos humanos. [...] Imersos nos valores culturais que compartilhamos, tendemos a naturalizar injustiças graves que o olhar do outro pode nos revelar. No mínimo, o diálogo intercultural amplia os nossos horizontes e repertório moral, tornando-os menos provincianos e mais autocríticos. O diálogo, portanto, não é só um método para lidar com problemas de “estranhos morais”. Mais que isso, ele permite que uma sociedade se conhe-

ça melhor, provendo *insights* para poder refletir sobre os seus próprios problemas.

Dessa forma, tem-se que, a partir dos diálogos interculturais acima apresentados, chega-se à ideia de “universalismo de chegada”, de Joaquín Herrera Flores (2005) — em contraposição ao universalismo de partida, que reproduz valores etnocêntricos iluministas —, que caracteriza o objetivo a ser alcançado por meio do reconhecimento das diversas culturas e dos diversos sujeitos de direitos, que merecem ter voz e não serem subjugados ao padrão determinado pelo *mainstream*.

Portanto, assim se permite que os povos originários brasileiros assumam sua condição de sujeitos dignos de direitos — primeiro problema de Fraser –, a partir do reconhecimento de sua cultura, ultrapassando obstáculos socioeconômicos e desinstitucionalizando os aparatos estatais reprodutores de preconceitos e discriminações, de forma que, ao fim e ao cabo, se possa superar a condição de homo sacer e conferir efetividade aos direitos humanos fundamentais, de que são titulares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta à problemática, verifica-se que o tratamento conferido aos povos originários brasileiros não condiz com a dignidade humana. Muito ao contrário, denota-se que o poder econômico controlará os corpos indígenas e, também, permitir a necropolítica. Tais situações tornaram-se mais visíveis com o avanço da pandemia da Covid-19, mas remontam a aspectos coloniais e de formação da sociedade pátria.

Passou-se, então, a reforçar o direito ao reconhecimento, vertente da dignidade humana, dos povos indígenas, especialmente com base na teoria bidimensional da justiça de Nancy Fraser, com o intuito de atingir aspectos de redistribuição socioeconômica e, também, pontos de promoção da identidade e cultura dos povos originários, por meio da desinstitucionalização dos aparatos estatais que funcionam como dispositivos estratégicos de normalização social.

Um caminho possível, aqui apresentado como proposta para enfrentamento da situação de marginalidade vivida pelos povos originários, é o pluralismo jurídico, por meio dos diálogos interculturais, em atenção especial ao terceiro problema apresentado por Fraser. O entendimento dialógico da sociedade, abarcando as diversas culturas, pode ser conside-

rado um remédio transformativo que, ministrado gradualmente, auxilia na correção de efeitos desiguais da estrutura social brasileira, conferindo dignidade aos povos marginalizados, dos quais são exemplos os povos indígenas, objeto deste estudo. O desenvolvimento desse processo merece maior aprofundamento noutra pesquisa.

Dessa forma, busca-se a promoção dos povos originários enquanto sujeitos de direitos, a partir da confirmação de sua dignidade humana, indo além dos obstáculos institucionais e socioeconômicos, com o intuito de salvaguardar a cultura pela promoção do pluralismo jurídico por meio dos diálogos interculturais e da concretização de um universalismo de chegada, pensando na eficácia jurídica e social de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos/ Theodor W. Adorno, Max Horkheimer; tradução Guido Antonio de Almeida. – Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. 1942 — **Estado de exceção**/ Giorgio Agamben: tradução de Iraci D. Poleti. 2ª edição. São Paulo: Boitempo. 2004 (Estado de sítio).

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I (2 Ed.) Belo Horizonte. Editora UFMG. 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** Ilha de Santa Catarina. 2º semestre de 2005. Tradução de Nilcéia Valdati. Outra travessia. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/view/12576>, acesso em 27.01.2021.

ALVARENGA, Rodrigo; AMÉRICO JUNIOR, Elston. Da biopolítica à necropolítica contra os povos indígenas durante a ditadura militar brasileira (1964-1985). **Ciências Sociais Unisinos**.v.55, nº 2, Agosto, 2019. Disponível em http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/viewFile/csu.2019.55.2.07/60747331, acesso em 11.06.2020.

ALVES, Fernando de Brito; CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira; MANDARINO, Renan Posella. Fatores que levam ao hiperpresidencialismo e a necessidade de uma reforma política no estado brasileiro. In: **Revista Videre**, v.12, n.25, set/dez, p. 124 a 144, 2020.

APIB, Articulação dos povos indígenas no Brasil. **Nuestra lucha es por la vida.** Covid-19 y los pueblos indígenas. Enfrentando la violencia durante la pandemia. Sangre indígena: ni una gota más. Comisión Nacional para la vida y la memoria indígena. Noviembre de 2020. Disponível em https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/APIB_relatoriocovid_v7ES.pdf, acesso em 27.01.2021.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Revisão técnica Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade.** Arquivo 00092.003063/2014-40: depoimentos sobre repressão contra indígenas. Brasília, CNV, 8 p.2014. Disponível em http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/14-Nota%20104%20-%2000092.003063_2014-40.pdf, acesso em 11.06.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

CEDEFES, **Artigo:** contaminação e guerra de extermínio contra os povos indígenas – pestes, armas biológicas e o Covid-19. Por Alenice Baeta., Publicado em 16/04/2020, Disponível em: <https://www.cedefes.org.br/artigo-contaminacao-e-guerra-de-extermínio-contra-os-povos-indigenas-pestes-armas-biologicas-e-o-covid-19/>, acesso em 25.01. 2021

CEPEDISA, Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; CONECTAS, Conectas Direitos Humanos. **Direitos na Pandemia.** Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à covid-19 no Brasil. Boletim n.10, São Paulo, 20.01.2021. Disponível em https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2021/01/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf, acesso em 27.01.2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo:** ensaio sobre a sociedade neoliberal / Pierre Dardot; Christian Laval; tradução Mariana Echalar. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** O fundamento mítico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELIEZER, Cristina Rezende; FARIA, Alex Junior Bilhoto; FERREIRA, Helena Maria. Relações fronteiriças: reflexões sobre polissemia, dinamismo, conflitos e multiculturalismo. In: **Revista Videre**, v.12, n.25, set/dez.,

p.341 a 356, 2020.

EL PAÍS. **Pesquisa revela que Bolsonaro executou uma “estratégia institucional de propagação do coronavírus.** Eliane Brum, 21 de jan de 2021 – 16:13h. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-01-21/pesquisa-revela-que-bolsonaro-executou-uma-estrategia-institucional-de-propagacao-do-virus.html>, acesso em 27.01.2021.

ESTÉVEZ, Ariadna. Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?. **Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad.** Vol. Xxv, n. 73. Septiembre/Diciembre, 2018. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/espinal/v25n73/1665-0565-espinal-25-73-9.pdf>, acesso em 11.06.2020.

FARIÑAS, María José. Derecho e Interculturalidad: el encuentro con el otro. **Interculturalidade, Poder, Direitos.** p. 17-50. BONFIM, Vinícius Silva [et al] (Organizadores) 1ª ed. Curitiba: Appris, 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. **La reinención de los derechos humanos.** Madrid: Atrapasueños, 2005.

FORST, Rainer. **The Right of Justification.** Elements of a Constructivist Theory of Justice. Translated by Jeffrey Flynn. New York: Columbia University Press, 2012.

FOUCAULT, Michel. 1926 – 1984. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975 – 1976); tradução Maria Ermantina Galvão. – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 (Coleção obras de Michel Foucault)

FOUCAULT, Michel. 1926 – 1984. **Microfísica do poder;** organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. – 9ª ed. – Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FOUCAULT, Michel. 1926 – 1984. **A ordem do discurso:** aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970; tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. – 24 ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2014a.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014b.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. Tradutora Teresa Tavares. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** Globalização: fatalidade ou utopia? 63 / 2002. Disponív-

el em <https://journals.openedition.org/rccs/1250>, acesso em 11.06.2020.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução Julio Assis Simões. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109/54229>, acesso em 16.10.2020, p. 237.

GARCIA, Emily, GRISOTTO, Américo. Novas formas de controle biopolítico: uma leitura a partir de Foucault. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 79-105. Data da submissão: 14/12/2017 Data da aprovação: 16/05/2018, jan/jun., 2018.

GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. Direitos humanos e biopoder. Anais... **XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI**, 2006: A construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis, Santa Catarina: Fundação BOITEUX, 2005.

GUIRADO, Marlene. **Entre discurso e ato, há muito mais do que se imagina**. Instituto de Psicologia USP, vol. 30, p.1-9, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/nrBNjsLhmnGY9fCDGFXMmqb/?format=pdf&lang=pt>, acesso em 20.01.2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IHU. Genocídio dos povos indígenas. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 478, Ano XV, 30/11/2015. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/edicao/478>, acesso em 20.01.2021.

ISTO É. **Frases de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias**. Mundo, 24/09/2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>, acesso em 20.01.2021.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação de Estado no Brasil**. Petrópolis, Vozes, 1995.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. Para além do dilema redistribuição-reconhecimento: Nancy Fraser e a concepção bidimensional de justiça. **Ethic@** - Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, v. 15, n. 1, p.126-141, Julho, 2016. Disponível em file:///C:/Users/gabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/43744-154849-1-PB%20(1).pdf, acesso em 11.06.2020

LUHMANN, Niklás. **Introdução à teoria dos sistemas**. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Editora Vozes. 3ª ed. São Paulo. 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros; GORGOZINHO, Mariana Lara. O Novo Constitucionalismo Latino-americano: direito à diversidade como caminho para o diálogo intercultural e a construção de um saber trans-cultural. **Interculturalidade, Poder, Direitos**. p. 125-151. BONFIM, Vinícius Silva [et al] (Organizadores) 1ª ed. Curitiba: Appris, 2019.

MARCHETTI, Livia Estêvão; ESTEVÃO, Roberto da Freiria.; SACONATO, Thais Estêvão. Biopoder e estado de exceção: mecanismos de funcionamento da nova ordem penal no atual estado capitalista globalizado neoliberal. **Encontro de ensino, pesquisa e extensão. 8º ENEPE UFGD. 5º EPEX UEMS**. 2014. Disponível em: <http://eventos.ufgd.edu.br/enepex/anais/arquivos/545.pdf>, acesso em 11.06.2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. Arte e ensaios. **Revista do PPGAV/EBA/UFRJ** n. 32. Dezembro, 2016. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>, acesso em 11.06.2020.

OMS. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic**. World Health Organization, 2019. Disponível em: https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=Cj0KCQjwy5maBhDdARIsAMxrkw36pyuTdsYswID3ie-G7nznKU3b0Ve5bMIDp3j3hV87U1JIO0Ncg2FkaApAGEALw_wcB, acesso em 20.01.2021

PAINEL CORONAVÍRUS. **Covid-19**. Painel Geral Coronavírus Brasil. Atualização constante. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>, acesso em 20.01. 2021

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? Tradução Roberto Cataldo de Costa. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Saulo Tarso. A cidadania dos povos indígenas e a ressignificação do paradigma liberal. In: **Direito, justiça e ambiente: perspectivas franco-brasileiras**. Org. Anderson O.C. Lobato e Philippe Pierre, p.245-274 – Rio Grande: Editora Furg, 2013. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7998/Direito%20justi%C3%A7a%20e%20ambiente%20perspectivas%20franco-brasileiras.pdf?sequence=16>, acesso em 20.01.2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48. Junho, 1997. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF, acesso em 11.06.2020.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. O surgimento do biopoder, os avanços tecnológicos e o controle social. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho – PR, Brasil. n. 25, p.87-114. 2016.

SÃO PAULO. **SP contra o novo coronavírus**. Saiba como se proteger. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/>, acesso em 20.01. 2021.

SÃO PAULO. **Retomada consciente**. Plano São Paulo. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/plano-sp/>, acesso em 20.01. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia** / Daniel Sarmento. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOCIOAMBIENTAL. **Covid-19 e os povos indígenas**. Plataforma de monitoramento da situação indígena na pandemia do novo coronavírus (Covid-19) no Brasil. Disponível em: <https://covid19.socioambiental.org/>, acesso em 20.01.2021

SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro** / Jessé Souza. – Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

'Notas de fim'

1 Por todos, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651>, acesso em 19.01.2021

2 Nesse sentido, ver a postura do Ministério Público Federal tomada frente ao discurso do Presidente da República em face dos povos indígenas: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-inclui-novas-declaracoes-discriminatorias-em-acao-e-reforca-pedido-de-direito-de-resposta-a-povos-indigenas>. Ver, também, a postura adotada pelo STF no tocante a processos de reintegração de posse e anulação de terras indígenas: <http://apib.info/2020/05/09/16-durante-pandemia-stf-suspende-todos-os-processos-judiciais-de-reintegracao-de-posse-e-anulacao-de-terra-indigena/> e o alerta emitido pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB: <http://apib.info/2020/05/09/17-alta-letalidade-da-covid-19-no-brasil-atinge-violentemente-povo-kokama/>. Insta lembrar, também, das declarações emitidas pelo ministro do Meio Ambiente, em reunião ministerial divulgada pelo STF, manifestando o desejo de privilegiar a desregulamentação normativa ambiental: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=443959&ori=1>. O número de mortos entre povos originários é crescente: <http://apib.info/2020/04/28/09-cresce-numero-de-mortos-e-indigenas-contaminados-apib-realiza-mobilizacao-online/>, e <https://apiboficial.org/emergenciaindigena/>. Todos os links foram acessados em 19.01.2021.

3 Entre outros estudos que atestam a dificuldade enfrentada pelos povos originários em face do poder do capital, especialmente configurado no setor do agronegócio (envolvendo, por exemplo, a demarcação de terras indígenas), cita-se: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/288> e <https://mst.org.br/2018/12/16/agronegocio-ameaca-sobrevivencia-de-povos-indigenas-e-quilombolas/> ambos com acesso em 19.01.2021. E ainda, especificamente sobre o caso Raposa Serra do Sol, que também trata acerca da influência capitalista sobre a cultura e o desenvolvimento indígena, cita-se o trabalho: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40551/Flavia%20de%20Faria%20Gomes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 08.06.2020.

4 O Relatório do Banco Mundial identifica que o Brasil – e demais países da América Latina – sofrerá com o pós-pandemia diante da baixa demanda em face das commodities <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview>. Veja o estudo acerca da liberação dos agrotóxicos, por exemplo, incentivado pelo neoliberalismo, ainda que violador de direitos fundamentais: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v12n1/02.pdf>. Nesse sentido, registra-se que o governo federal atual aumentou consideravelmente o número de agrotóxicos permitidos no país, inclusive durante a pandemia: <https://apublica.org/2020/05/em-meio-a-pandemia-governo-bolsonaro-aprova-96-agrotoxicos-em-dois-meses/>. A ONU, no Relatório Social Mundial, definiu que a desigualdade é ameaça ao progresso social. A sociedade brasileira tem níveis altos de desigualdade social. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2020/02/World-Social-Report2020-FullReport.pdf>. Todos os links foram acessados em 19.01.2021.

5 A respeito dessa construção subjetiva a partir dos ideais neoliberais, cita-se no âmbito psicanalítico o estudo: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/mental/v3n4/v3n4a11.pdf>, e, no âmbito ético-político: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Veritas_v.62_n.02.05.pdf, ambos com acesso em 19.01.2021.

6 É digno de nota a postura do Presidente da República que, há tempos – e recentemente, no poder, ainda assim atua – possui retórica autoritária e antidemocrática, conforme destaca o trabalho:

7 https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/28473/1/Dissertação_Priscilla_Dibai_final.pdf, acesso em 19.01.2021. Diversas manifestações populares com propostas antidemocráticas contaram com a participação do chefe do Poder Executivo Federal, o que motivou, tanto de autoridades dos demais Poderes da República, quanto de diversos setores da sociedade – juristas, políticos e entidades – notas de repúdio em face da postura do Presidente. Houve, inclusive, denúncia à ONU: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/presidente-e-vice-da-comissao-de-direitos-humanos-denunciam-a-onu-projeto-autoritario-em-curso-no-brasil>, acesso em 19.01.2021. Por fim, ressalta-se a decisão do STF determinando o retorno da publicação dos números relacionados à Covid-19, em detrimento da política adotada pelo Presidente da República e Ministério da Saúde de não divulgação dos dados completos: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445071&ori=1>, acesso em 19.01.2021. Houve, inclusive, denúncia junto ao Tribunal Penal Internacional, promovida pelo PDT: <https://www.pdt.org.br/index.php/tribunal-penal-internacional-atende-pedido-do-pdt-e-analisa-denuncia-contra-bolsonaro/>, acesso em 19.01.2021.

8 Veja-se, nesse sentido, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº. 6.177/2007. Veja-se, também, no plano internacional o principal diploma de proteção de direitos dos povos indígenas e tribais é a Convenção nº. 169 da OIT, internalizada pelo Brasil pelo Decreto nº. 5.051/2004.

9 Ver, como exemplo de aplicação da teoria dos diálogos interculturais, a decisão da Corte Constitucional da Colômbia, proferida em caso que envolveu a aplicação de pena corporal pela comunidade indígena Paez: Sentencia T-523/97.

A DIFÍCIL HARMONIZAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA SAÚDE INDIVIDUAL E O EXERCÍCIO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE DIFFICULT HARMONIZATION BETWEEN
INDIVIDUAL HEALTH PROTECTION AND THE EXERCISE
OF HEALTH PROFESSIONALS IN PANDEMIC TIMES

LA DIFÍCIL ARMONIZACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN
DE LA SALUD INDIVIDUAL Y EL EJERCICIO DE LOS
PROFESIONALES DE LA SALUD EN TIEMPOS DE
PANDEMIA

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Da proteção à saúde do servidor público; 3. Dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível; 4. Dos serviços essenciais e o conflito jurídico-interpretativo das normas a serem impostas aos servidores públicos em meio à pandemia da Covid-19; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

Este artigo se propõe a responder ao seguinte problema: os servidores, em especial os profissionais da saúde, que prestam serviços essenciais e são integrantes do “Grupo de Risco”, têm direito a se afastar dos postos de trabalho de maior risco de contaminação do novo Coronavírus? A hipótese se encaminha no sentido de que a salvaguarda da vida coletiva deve se sobrepôr à individual na proteção. O objetivo deste artigo é analisar a obrigatoriedade de prestação de serviços essenciais pelos servidores públicos integrantes do denominado “Grupo de Risco”. Para tanto, optou-se pelo método hipotético-dedutivo e pela téc-

Como citar este artigo:

BOUERES, Thaís,
SILVA, Paulo,
GONCALVES,
Rogério. A difícil
harmonização entre
a proteção da saúde
individual e o exercício
dos profissionais de
saúde em tempos
de pandemia.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 105-125

Data da submissão:
20/10/2023

Data da aprovação:
15/03/2024

1. UNIPÊ - Centro
Universitário de João
Pessoa - Brasil

2. UNIPÊ - Centro
Universitário de João
Pessoa - Brasil

3. UNIPÊ - Centro
Universitário de João
Pessoa - Brasil

nica da revisão bibliográfica.

ABSTRACT:

This article proposes to answer the following problem: servers, especially health professionals, who provide essential services and are members of the “Risk Group”, have the right to move away from jobs with higher risk of contamination of the new Coronavirus? The hypothesis is that the safeguarding of collective life must take precedence over the individual in terms of protection. The purpose of this article is to analyze the mandatory provision of essential services by public servants who are members of the so-called “Risk Group”. For that, we opted for the hypothetical-deductive method and for the bibliographic review technique.

RESUMEN:

Este artículo propone dar respuesta a la siguiente problemática: los servidores, especialmente los profesionales de la salud, que brindan servicios esenciales y son miembros del “Grupo de Riesgo”, ¿tienen derecho a alejarse de puestos de trabajo con mayor riesgo de contaminación del nuevo Coronavirus? La hipótesis es que la salvaguarda de la vida colectiva debe primar sobre la individual en términos de protección. El objetivo de este artículo es analizar la obligatoria prestación de servicios esenciales por parte de los servidores públicos integrantes del denominado “Grupo de Riesgo”. Para ello optamos por el método hipotético-deductivo y por la técnica de revisión bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE:

Conflito de direitos; Direito a saúde; Direito a vida; Pandemia; Profissionais da saúde.

KEYWORDS:

Conflict of rights; Right to health; Right to life; Pandemic; Health professionals.

PALABRAS CLAVE:

Conflicto de derechos; Derecho a la salud; Derecho a la vida; Pandemia; Profesionales de la salud.

1. INTRODUÇÃO

A atual pandemia causada pela doença COVID-19 atingiu, de forma silenciosa, todos os países, ocasionando, em muitos deles, o colapso no sistema de saúde. Assim como ocorreu nesses países, o Estado brasileiro se vê em imbróglgio jurídico, uma vez que a atual legislação, por motivos óbvios, não prevê as relações de trabalho que estão sendo redesenhadas.

Nesse cenário, especificamente em decorrência da pandemia da COVID-19, o município de João Pessoa editou o Decreto Municipal nº 9.460/2020, de 18.03.2020, o qual prevê que os servidores municipais que integram o chamado “Grupo de Risco” e que prestam serviços tidos como essenciais, não poderiam se afastar dos postos de trabalho de maior risco de contaminação durante o estado de calamidade pública decretado.

Mesmo que a citada doença seja erradicada neste ano, as transformações sociais, políticas e econômicas por ela ocasionadas se manterão, talvez em uma nova ordem social pós-pandemia, conforme artigo de Daniel Araya publicado na revista Forbes (2020).

O objetivo deste artigo é analisar a obrigatoriedade de prestação de serviços essenciais pelos servidores públicos integrantes do denominado “Grupo de Risco” no âmbito do município de João Pessoa à luz do Decreto Municipal nº 9.460/2020, de 18.03.2020.

Com o escopo de granjear referido objetivo, será explicado o conceito de essencialidade de serviço público, da proteção da saúde do servidor público em seu aspecto individual, e do direito à vida coletiva, examinando o direito social ao trabalho como desdobramento da dignidade da pessoa humana e esta, como catalisadora do direito à igualdade, debatendo a necessidade de ponderação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial nas escolhas trágicas a ser feita pelo administrador público quando da formação da escala de trabalho nos serviços essenciais. Para tanto, optou-se pelo método hipotético-dedutivo e pela técnica da revisão bibliográfica.

2. DA PROTEÇÃO À SAÚDE DO SERVIDOR PÚBLICO

Pela redação dada pelas ECs n. 26/2000, 64/2010 e 90/2015 ao art. 6º da CF/88, a saúde está arrolada dentre os principais direitos sociais, na perspectiva de um Estado Social de Direito. Nos ensinamentos de Silva (2012), os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou co-

letivas de caráter concreto.

Enquanto direitos de segunda dimensão, consubstanciam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito, e possuem como escopo a isonomia substancial e social para melhoria das condições de vida, consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).

Sobre a fundamentalidade dos direitos sociais (inclusive de cunho prestacional), Sarlet (2008) disciplina que estes são dotados de plena eficácia e, logo, de direta aplicabilidade, sujeitos à lógica do art. 5, §1º da CF/88, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível.

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, sendo de relevância coletiva as ações e serviços prestados nesta área, cabendo ao Poder Público, nos limites da lei, regulamentá-la, fiscalizá-la e controlá-la (MORAIS, 2005).

Nos ensinamentos do ilustre Professor Canotilho (1999, p. 544):

O reconhecimento e garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, em nível constitucional, é, pois, uma resposta a tese da impossibilidade de codificação de valores sociais fundamentais na Constituição e à tese do princípio da democracia social como simples linha da actividade do Estado. Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um standard mínimo de vida ou de afirmar tão somente uma dimensão subjectiva quanto a direitos a prestações de natureza derivativa, isto é, os direitos sociais que radicam em garantias já existentes (ex: direito à reforma, ao subsídio de desemprego, à previdência social). Trata-se de sublinhar que o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino, os quais são direitos fundamentais.

Desta forma, os direitos sociais são direitos fundamentais, razão pela qual têm aplicabilidade imediata, ainda que se argumente que sua implementação dependa de condições objetivas por parte do Estado (SILVA, 2010).

Em relação à proteção da saúde do servidor público, assunto deste tópico, os preceitos celetistas de higiene, saúde e segurança do trabalho e as normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, desde que compatíveis com os estatutos dos servidores públicos, a eles

se aplicam subsidiariamente, enquanto não vier legislação superveniente que tutele de forma mais ampla e efetiva a saúde dos servidores, tudo por força da previsão contida no artigo 39, § 3º, da Constituição Federal, que elenca, entre os direitos sociais aplicáveis aos estatutários, as disposições do artigo 7º, inciso XXII, da Carta Magna, que prevê a redução dos riscos do trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança.

Nessa linha, a Orientação nº 07 da Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho do Ministério Público do Trabalho determina que:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATUAÇÃO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. O Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para exigir o cumprimento, pela Administração Pública direta e indireta, das normas laborais relativas à higiene, segurança e saúde, inclusive quando previstas nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, por se tratarem de direitos sociais dos servidores, ainda que exclusivamente estatutários. (Redação alterada na 6ª reunião Nacional dos Membros da CODEMAT, ocorrida em agosto de 2008).

Segundo Villela (2019), as normas atinentes à medicina e à segurança do trabalho perpassam o Direito do Trabalho, aplicando-se a elas, também, os Direitos Ambiental e Sanitário, pois incontestavelmente correlatas ao meio ambiente, cujo princípio da proteção integral resta preconizado no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, e à saúde, direito de todos e dever do Estado, de acordo com a previsão do artigo 196, *caput*, do mesmo diploma legal.

3. DOS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Para a doutrina moderna, regras e princípios são espécies de norma que não guardam entre si nenhuma espécie de hierarquia, coadunando-se este pensamento à ideia de unidade da Constituição (LENZA, 2017).

Ávila (2007) esclarece que um sistema não pode ser composto apenas de princípios ou de regras. Um sistema que só possua princípios, seria demasiadamente flexível, pela ausência de previsão de marcos definidos de condutas. Um sistema só de regras, por sua vez, tenderia para a rigidez exacerbada, por ausência de mecanismos

de amoldamento às particularidades dos casos concretos.

Ainda seguindo a linha de pensamento do prefalado autor, a aplicação e a interpretação dos princípios e das regras serão feitas com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam: a ponderação, a concordância prática e a proibição ao excesso, assim como pelos específicos, como o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Barroso (2004) leciona que a Constituição Federal é um sistema aberto de princípios e regras, permeável de valores jurídicos suprapositivos, para os quais a justiça e os direitos fundamentais ocupam posição de destaque. Essa nova visão e aplicação das normas, para o autor, muito se deve às concepções de Ronald Dworkin e aos encaminhamentos a elas dados por Robert Alexy. Entretanto, como bem destaca Silva (2005), na obra de Dworkin não está presente a ideia de otimização, assim como a possibilidade de única resposta correta é rechaçada pela teoria dos princípios na forma defendida por Alexy.

No Estado Social de Direito, as políticas públicas devem ser voltadas a propósitos de concretude aos direitos sociais. Neste cenário, o administrador, pautado no princípio da reserva do possível, deve implementar referidas políticas. O legislador, ao normatizar os direitos, deve observar os estritos limites do núcleo essencial, e, por fim, o Judiciário, quando as soluções do conflito, deve corrigir eventual distorção para garantir a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (LENZA, 2017).

Ao se abordar o princípio do mínimo existencial, necessário se faz a diferenciação entre este e o mínimo vital. O mínimo vital se refere à sobrevivência da pessoa no seu aspecto vital, garantia da vida humana em sua vertente mais básica.

Já o mínimo existencial pode ser definido como a manutenção das condições mínimas das quais o indivíduo necessita para viver dignamente. Está relacionado diretamente às prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável e à vinculação com direito a saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo.

Para Barroso (2005, p. 38-39):

É a locução que identifica o conjunto de bens e uti-

lidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade, destacando-se que o elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, asseverando haver razoável consenso de que inclui: saúde básica e educação fundamental, havendo ainda um elemento instrumental, que é o caso de acesso à Justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Segundo Sarlet (2008, p. 22) “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é - e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente”.

O princípio da reserva do possível, por sua vez, teve sua origem na Alemanha e está relacionada diretamente com as limitações econômicas que podem comprometer a plena efetivação de direitos sociais, ficando a satisfação destes direitos condicionada à existência de condições materiais para a possibilidade de seu atendimento.

As prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais e sociais dependem da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica do Estado, tendo como norte o princípio da reserva do possível, limitador fático e jurídico, o qual, porém, não deverá prosperar quando as condições mínimas da existência do ser humano estão ameaçadas, ou seja, o seu mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, estrutura central de um Estado Democrático Constitucional (SOLON, 2012).

Para Sarlet (2008), na reserva do possível há uma tríplice dimensão: a) disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, aqui contidos os sociais; b) disponibilidade jurídica dos recursos; e c) princípio da proporcionalidade e razoabilidade de do caso concreto.

A tensão dialética entre a necessidade do Estado de dar concretude às ações e prestações de saúde e as dificuldades governamentais de tais ações, projetam ao cenário das escolhas trágicas, conforme se verá a seguir no caso prático apresentado.

4. DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS E O CONFLITO JURÍDICO-INTERPRETATIVO DAS NORMAS A SEREM IMPOSTAS AOS SERVIDORES PÚBLICOS EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19

Presentemente, o mundo está em alerta diante da exponencial contaminação da espécie humana pelo novo Coronavírus. Em 11.03.2020, a OMS (2020) elevou o estado da contaminação ao de pandemia.

Essa mudança de ótica da Organização Mundial de Saúde alterou, por conseguinte, o posicionamento de diversos gestores públicos que, embasados em orientações da própria OMS e em estudos científicos, adotaram medidas que resultaram em um enfrentamento direto do surto pandêmico da doença COVID-19.

No município de João Pessoa, a situação não foi diversa. O Chefe do Poder Executivo Municipal proclamou diversos decretos no combate à situação crítica presenciada. Um dos mais importantes foi o Decreto Municipal nº 9.460, de 18.03.2020, que declarou o Estado de Emergência no município de João Pessoa e regulamentou o funcionamento das atividades exercidas pelos servidores públicos municipais. Este decreto previu, em seu art. 18, as formas alternativas de trabalho aos servidores que compõe o chamado “Grupo de Risco”, veja-se:

Art. 18. Os titulares dos órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundação devem submeter ao regime de teletrabalho:

(...)

III – pelo período de emergência:

a) as servidoras gestantes e lactantes;

b) os servidores maiores de 60 (sessenta) anos;

c) os servidores expostos a qualquer doença ou outra condição de risco de desenvolvimento de sintomas mais graves decorrentes da infecção pelo coronavírus (COVID-19), nos termos definidos pelas autoridades de saúde e sanitária.

§ 1º A execução do teletrabalho, nas hipóteses preconizadas nos incisos do “caput” deste artigo, sem prejuízo da observância das demais condições instituídas pelo titular do órgão da Administração Direta, Autarquias e Fundação, consistirá no desenvolvimento, durante o período submetido àquele regime, das tarefas habituais e rotineiras desenvolvidas pelo

servidor, quando passíveis de serem realizadas de forma não presencial, ou de cumprimento de plano de trabalho ou tarefas específicas, de mensuração objetiva, compatíveis com as atribuições do cargo ocupado pelo servidor, de sua unidade de lotação e com o regime não presencial.

§ 2º Por decisão do titular do órgão da Administração Direta, Autarquias e Fundação, o disposto neste artigo não será aplicado aos servidores lotados em unidades que prestem serviços essenciais, especialmente os necessários para o combate da pandemia.

Observa-se que a norma expressamente excluiu da possibilidade de realizar suas atividades de formas alternativas, os servidores integrantes do “Grupo de Risco” que prestam os chamados serviços essenciais.

A Lei Federal nº 7.783/1989, dentre outras atribuições, definiu quais são as atividades essenciais. Entretanto, devido à atual pandemia, foi publicada a Lei Federal nº 13.979/2020, que “*dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”.

Esta nova lei, juntamente com seu decreto regulamentador (Decreto Federal nº 10.282/2020), esmiuçou e aumentou o detalhamento sobre as atividades consideradas essenciais, sendo que o rol de serviços e atividades considerados essenciais para a Administração Pública foi bastante dilatado, abrangendo situações e categorias não contempladas à época da Lei Federal nº 7.783/1989.

Percebe-se que o Decreto Municipal nº 9.460, de 18.03.2020, ao disciplinar normas que objetivaram o confronto direto ao surto de COVID-19, preocupou-se com a manutenção dos serviços essenciais a serem executados em favor da coletividade, reforçando medidas de combate e enfrentamento ao surto pandêmico, posto o vislumbre de que a insuficiência de servidores poderia desencadear problemas insanáveis que provocariam caos na saúde pública e a conseqüente derrota para a vida e sociedade pessoense.

Para os servidores integrantes do denominado “Grupo de Risco”, foi disponibilizado o regime de teletrabalho, podendo, assim, o servidor público municipal ausentar-se presencialmente de seu local de trabalho, executando suas atividades sob o regime de *home office*. Contudo, ao observar-se o §2º do art. 18 do referido diploma legal, percebe-se que essa

prerrogativa encontra limitações expressas, pois o alcance da aplicação dessas medidas não atinge aqueles servidores públicos municipais que estejam lotados em unidades que prestem serviços essenciais, especialmente os necessários ao combate à pandemia de COVID-19.

Há, indubitavelmente, um conflito de interesses e direitos a ser resolvido, pois, se de um lado existe a preocupação com a sociedade de forma ampla, de outro se observa o direito individual à vida do profissional em risco.

Em relação específica aos médicos que integram o chamado “Grupo de Risco”, os sindicatos têm solicitado, administrativamente e judicialmente, os seus afastamentos para esguardar a incolumidade física destes profissionais.¹

Entretanto, o posicionamento individualista dos sindicatos supramencionamos afronta a previsão expressa do Código de Ética Médica confeccionado pelo Conselho Federal de Medicina – CRM que, em seu Capítulo I, elenca a saúde da coletividade como princípio fundamental e estabelece a obrigação do médico em prestar serviços quando não haver outro profissional, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. Este mesmo diploma legal veda, em seu artigo 8º, que os médicos deixem de atender em setores de urgência e emergência, mesmo com o respaldo de eventual decisão majoritária da categoria.

No Brasil, há jurisprudência pátria prevendo o teletrabalho como instrumento de proteção sanitária do trabalhador. Como exemplo, cita-se a Ação Civil Coletiva de n.1000353-66.2020.5.02.0058, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde no Estado de São Paulo, na qual o juiz da 58ª Vara do Trabalho de São Paulo concedeu liminar determinando a alocação em *home office*, férias ou licença remunerada dos servidores de saúde e profissionais contratados que integram o grupo de risco do Coronavírus.

Porém, trata-se de posicionamento minoritário, pois as decisões administrativas e judiciais adotadas pela maioria dos tribunais e dos órgãos administrativos são no sentido de primar pela saúde da coletividade.

Na Paraíba, por exemplo, bombeiros da reserva remunerada voltaram à ativa e reforçaram os quadros de servidores do Corpo de Bombeiros Militar da Paraíba (CBMPB)². No Distrito Federal, foi planejada a cria-

ção de uma gratificação para o chamamento de médicos e enfermeiros aposentados³.

Na esfera judicial, o magistrado da 17ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (0708071-18.2020.8.02.0001), acertadamente, decidiu que a possibilidade de concessão de afastamento dos médicos para tratamento de saúde apenas seria cabível em caso de existência de enfermidade a que o servidor tenha sido acometido, de modo a inviabilizar sua atuação profissional.

Em sua sentença, o Juiz responsável pelo caso concreto definiu como sendo uma irresponsabilidade o ato do Poder Judiciário, em meio a uma pandemia, invadir a esfera administrativa e obrigar a Administração Pública a praticar atos de gestão genéricos, administrando um problema que demanda difíceis soluções. Para o magistrado, a opção pela medicina no serviço público é personalíssima e ninguém está compelido a permanecer nos quadros da saúde se compreende que as atribuições do cargo estão acima de suas possibilidades.

Em sua decisão:

O servidor público não é servidor de si mesmo e os seus direitos estão atrelados aos seus deveres perante a população que os paga. Cada profissão tem uma ética própria que, especialmente em certos momentos, determina imposições e exigências que superam em muito as de outras. Os servidores públicos médicos merecem tanto ou mais aplausos que os médicos privados, pelo dever legal, de regra, de enfrentar o perigo, pelas condições mais precárias dos serviços públicos de saúde, pela essência, enfim, do juramento de todo e qualquer médico: 'consagrar a vida a serviço da humanidade.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos autos da Ação Coletiva nº1000353-66.2020.5.02.0058, assentou o entendimento de que os médicos mais experientes não podem, em um momento tão difícil, ser afastados dos quadros de profissionais da saúde, sendo um juramento do médico abraçar o ofício de salvar vidas.

Ainda, a 12ª Vara da Fazenda Pública Comarca de São Paulo, no bojo do processo nº 0013592-19.2020.8.26.0000, manifestou-se no sentido de que a decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em meio a uma pandemia, pois o Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a

tomada de decisão equilibrada e harmônica, podendo criar embaraços ao adequado exercício das funções típicas da Administração, comprometendo a condução coordenada e sistematizada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19.

Observa-se que o conflito interpretativo provocado pelos diplomas legais e as decisões que abordam o surto pandêmico de Coronavírus (COVID-19) atingem, especialmente, os servidores públicos que prestam atividades essenciais e se enquadram como pertencentes a “Grupo de Risco”, decisões estas que ponderaram com a devida cautela a necessidade de determinados profissionais estarem ativos e presentes durante este momento de crise provocado pelo surto de COVID-19, objetivando resguardar a proteção da coletividade.

Isso porque a vida é o mais importante direito abarcado pelo Código Civil Brasileiro e pela Constituição Federal que, em seu artigo 5º, *caput*, define o direito à vida a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem.

Diversos são os autores que discorrem teses sobre a vida e os direitos dela decorrentes. Para Russo (2009), o direito à vida é o bem mais relevante de todo ser humano.

Já Branco (2010, p.) leciona que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

Moraes (2005) afirma que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os outros, pensamento também compartilhado por Tavares (2010).

Portanto, a vida humana é o direito mais importante protegido em nossa Constituição Federal. Porém, e quando a vida coletiva coloca em risco a individual? Como resolver este conflito de interesses? Por meio da ponderação de princípios – uma das interpretações possíveis para dirimir

o choque que ora perpassa pelo conceito de igualdade.

Historicamente, registra-se que, com a CF/88, a igualdade surge como direito fundamental (art. 5º, *caput*), consignando uma aspiração ampla, um valor assegurado pelo Estado para uma configuração social pautada na fraternidade, na pluralidade, na harmonia social e comprometida, na ordem interna e externa, com a solução pacífica de controvérsias.

Salienta-se que o princípio da igualdade, embasado na herança aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mantém o intérprete num círculo tautológico (BASTOS, 2004). Segundo Mello (1993), o conteúdo jurídico do princípio da igualdade envolve discriminações legais de pessoas, sendo que a correlação lógica entre o *discrimen* e a equiparação pretendida, justificaria a discriminação positiva em favor de determinados indivíduos.

No entendimento de Canotilho (1998, p.), situações concretas de desigualdade exigem tratamento diferenciado e permitem discriminações positivas, devendo ter conexão “[...]com uma política de ‘justiça social’ e com a concretização das disposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais [...]”.

Para Alexy (2015, p. 937):

[...] o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre. Diferenças em relação à saúde, à inteligência e beleza podem ser talvez um pouco relativizada, mas sua eliminação se depara com limites naturais. [...] o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar como é possível encontrar um meio termo entre dois extremos.

Quando se aborda tal direito, importante ressaltar que a ideia de igualdade defendida por Aristóteles e Rawls (1971) são permissivas à diferença. Se a justiça aristotélica parte da desigualdade para alcançar a igualdade por meio de compensações, em Rawls (1971) a desigualdade poderia se sobrepor a uma igualdade plena para benefício da coletividade, razão pela qual seu pensamento é criticado por Arrow (1973), que defende as

pessoas poderiam estar em pior situação mesmo contando com a mesma dotação de bens primários, porquanto haveria diferenças na conversão destes bens em bem-estar.

Desta forma, para Sen (2000), é necessário encontrar uma outra maneira de fazer comparações interpessoais. Na busca para se solucionar esse problema, Sen (2000) desenvolve a noção de capacitações, propondo o foco sobre como as pessoas vivem e sobre quais são suas liberdades para conduzir seus projetos de vida, na incansável busca da concretização de uma comunidade constitucional igualitária (HABERMAS, 2002).

Destarte, embasando-se no princípio da igualdade, o direito à vida deve ser preservado acima de qualquer outra questão, seja pelo aspecto individual, seja pelo coletivo. A questão concreta ora posta é que, havendo o afastamento dos médicos integrantes do “Grupo de Risco”, seriam afastados justamente os profissionais mais experientes, líderes de suas equipes e mais capacitados para enfrentar a doença COVID-19.

O risco é inerente à profissão da medicina. Aqueles que abraçam essa tão nobre profissão, responsável pela preservação da vida, o fazem por vocação, sabendo que, para salvar vidas, muitas vezes terão que expor as suas próprias.

A incidência do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB faz com que as normas jurídicas aplicáveis ao caso devam ser interpretadas sempre se considerando que existe uma política pública para o enfrentamento da pandemia.

A Administração Pública deve primar pela preservação do direito à vida do seu servidor público que se encontra em “Grupo de Risco”. Porém, devem ser garantidas condições para que a coletividade também tenha salvaguardado o seu direito à vida, dispondo, por conseguinte, dos adequados amparo e suporte que o Poder Executivo Municipal é obrigado a prestar.

Exemplifica-se esse dever e garantia através do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que estabelece:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

A Administração Pública, assim, é obrigada a resguardar o direito à

saúde e à vida da criança e do adolescente, não podendo permitir que seu quadro médico esteja desfalcado com o afastamento dos seus servidores das áreas de atividades essenciais integrantes do “Grupo de Risco”. É imperioso que a Administração Pública recorra aos ensinamentos de Nery Júnior (1999, p.42): “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Entretanto, necessário se faz fazer uma ressalva em relação às servidoras que desempenham atividades essenciais e estão gestantes ou lactantes. Amparando-se nos já citados direito à vida e princípio da igualdade, além do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, ADI nº 6938, conclui-se que a gestante, assim como a lactante, carece de tratamento diferenciado, devendo-se respeitar sua condição atual e ampliar, ainda mais, sua proteção, afastando-a do risco de contaminação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo as recomendações da OMS, o município de João Pessoa editou o Decreto Municipal nº 9.460/2020, de 18.03.2020, o qual prevê que os servidores municipais que integram o chamado “Grupo de Risco” e que prestam serviços considerados como essenciais, não podem se afastar dos postos de trabalho de maior risco de contaminação durante o estado de calamidade pública ora decretado.

A tensão dialética entre a necessidade do Estado de manter a prestação integral dos serviços essenciais e as dificuldades governamentais de tais ações projetam ao cenário das escolhas trágicas ao qual os gestores estão submetidos.

É notória a preocupação do legislador em proteger as atividades e serviços essenciais, com o escopo de resguardar e garantir a manutenção dos direitos e o bem-estar social da população pessoense, precavendo-se, indubitavelmente, para que a pandemia de COVID-19 não venha a afetar, de forma exacerbada, a saúde da sociedade.

Observa-se que o conflito interpretativo provocado pelos diplomas legais e as decisões que abordam o surto pandêmico de Coronavírus (COVID-19) atinge, especialmente, os servidores públicos que prestam atividades essenciais e se enquadram como pertencentes a “Grupo de Risco”, decisões estas que ponderaram com a devida cautela a necessidade de que

os médicos mais experientes não podem, em um momento tão difícil, ser afastados dos quadros de profissionais da saúde, sendo um juramento do médico abraçar o ofício de salvar vida, objetivando resguardar a proteção da coletividade.

A Administração Pública deve primar pela preservação do direito à vida do seu servidor público que se encontra em “Grupo de Risco”. Porém, devem ser garantidas condições para que a coletividade também tenha salvaguardado o seu direito à vida, dispondo, por conseguinte, do adequado amparo e suporte que o Poder Executivo Municipal é obrigado a prestar.

O estudo ora proposto poderá subsidiar os municípios na tomada de decisão quanto à manutenção integral das atividades essenciais, resguardando-se, porém, a integridade física de seus servidores, em especial os profissionais da área da saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARROW, K. Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice. **The Journal of Philosophy**, Vol. 70, No. 9 (May 10, 1973), pp. 245-263.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. **Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10282.htm. Acesso em 29 set.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 set.2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em 29 set.2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, 1989. Disponível em [http:// https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7783-28-junho-1989-372139-norma-pl.html](http://https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1989/lei-7783-28-junho-1989-372139-norma-pl.html). Acesso em 29 set.2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 12 out.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 29 set.2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018 , modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

DWORKIN, R. What is Equality? Part 1: Equality of Welfare. **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 10, No. 3 (Summer, 1981), pp. 185-246.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise juslaboral. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 236, ago. 2003. P.?

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

JARDIM, Carla da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: LTr/Biblioteca LTr Digital 2.0, 2004.

JOÃO PESSOA. **Decreto nº 9.460, de 17 de março de 2020**. Altera o Decreto N. 9.456, de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da infecção humana pelo novo coronavírus (COVID-19), declara situação de emergência no Município de João Pessoa e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus, e dá outras providências. Semanário oficial do Município de João Pessoa: Atos do Prefeito, Edição Especial, p. 001, João Pessoa, PB, 17 de março de 2020.

KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Revista de Economia Política**, vol. 31, nº 3 (123), pp. 352-369, julho-setembro/2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000300002. Acesso em 29 set.2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KISSELER, Stephen M. *et al.* Projecting the transmission dynamics of SARS-CoV-2 through the postpandemic period. **Science**. 14 abr 2020. Disponível em:

<https://science.sciencemag.org/content/early/2020/04/14/science.abb5793>. Acesso em 29 set.2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LINHARES, Solon **Cícero. Conhecimento Interativo**. São José dos Pinhais, PR, v. 6, n. 1, p. 119-122 125, jan./jun. 2012.

MARQUES, Brenda. Pessoas com deficiência têm 3 vezes mais risco de contrair coronavírus. **R7**. 13 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/saude/pessoas-com-deficiencia-tem-3-vezes-mais-risco-de-contrair-coronavirus-13042020>. Acesso em 29 set.2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O que vem após a pandemia? **Cidade de São Paulo**. 17 abril 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2020/04/o-que-vem-apos-a-pandemia-especialistas-apostam-no-renascimento-digital/>. Acesso em 29 set.2020.

ONU lançou alerta mundial sobre as pessoas com deficiência e o coronavírus. **Cidade de São Paulo**. https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/pessoa_com_deficiencia/noticias/?p=295359. Acesso em 29 set.2020.

ORGANIZAÇÃO Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. **Una-SUS**, 11 março 2020, Geral. Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>). Acesso em 29 set.2020.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

_____. The Priority of Right and Ideas of the Good. **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 17, No. 4 (Autumn, 1988), pp. 251-276.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Russo, Luciana. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed.rev.atual.e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **RDU**, Porto Alegre, n. 24, 2008, 1-60, 02 jul. 2018.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e dire-

ito constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SE não houver vacina, estudo de Harvard avalia isolamento social até 2022. **Sul 21**. 14 abril 2020. Últimas notícias. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/coronavirus/2020/04/se-nao-houver-vacina-estudo-de-harvard-avalia-isolamento-social-ate-2022/>. Acesso em 29 set.2020.

SEN, A. K. **The Idea of Justice**. Cambridge: Belknap Harvard, 2009.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da (Org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: malheiros, 2005.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 224 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TRANSFORMANDO Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. **Nações Unidas Brasil**. 13 out. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 29 set.2020.

VILELLA, Fábio Goulart. A proteção do meio ambiente do trabalho no serviço público. **Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho**. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/images/olds/arquivos/anpt10980O10038138.pdf>. Acesso em 30 set.2020.

'Notas de fim'

1 <https://agorarn.com.br/cidades/sinmed-solicita-afastamento-de-medicos-do-estado-em-grupo-de-risco-do-coronavirus/>

<https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/03/simepe-entra-com-acao-para-protoger-medicos-do-grupo-de-risco-durante.html>

<https://sindmepa.org.br/2020/03/orientacao-aos-medicos-que-fazem-parte-do-grupo-de-risco-do-corona-virus/>

2 http://auniaio.pb.gov.br/noticias/caderno_paraiba/bombeiros-da-reserva-voltam-a-ativa-e-reforcam-corporacao

3 <https://www.metropoles.com/distrito-federal/politica-df/gdf-quer-reforcar-saude-com-medicos-e-enfermeiros-aposentados>

EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA NA PROTEÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE DIGITAL¹

EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE REDRESS IN
PROTECTING THE RIGHTS OF CHILDREN AND
ADOLESCENTS IN THE DIGITAL ENVIRONMENT

EFICACIA DEL RECURSO COLECTIVO EN LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES EN EL ENTORNO DIGITAL

*“O ensino sobre os direitos humanos e fundamentais pode ter início no diálogo entre a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e os artigos 6º, 205, 206, 214 e 227, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, destacados os direitos fundamentais sociais, enumerados no referido artigo 6º. É pela educação de qualidade que são abertos e traçados os caminhos da compreensão e da conquista dos direitos humanos, permitindo-se que todas as pessoas possam desfrutar dos direitos fundamentais e promover, simultaneamente, o direito ao acesso a respectivos direitos”.*²

SUMÁRIO:

Notas introdutórias; 1. Função protetiva do processo coletivo e sua função social: direitos sociais e direitos coletivos; 1.1 Função protetiva da ação coletiva na tutela dos interesses de vulneráveis: superioridade?; 2. Direitos coletivos *lato sensu* de crianças e adolescentes; 3. A tutela coletiva na proteção de crianças, jovens e adolescentes no ambiente digital; Conclusão; Referências.

RESUMO:

A presente pesquisa objetiva tratar a tutela cole-

Como citar este artigo:
VILLAS BÔAS,
Regina, DE PINHO,
Camila. Efetividade
da tutela coletiva na
proteção de direitos de
crianças e adolescentes
no ambiente digital.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 127-152

Data da submissão:
08/06/2023

Data da aprovação:
26/09/2023

1. Pontifícia
Universidade Católica
de São Paulo -
PUC-SP – Brasil
2. Pontifícia
Universidade Católica
de São Paulo -
PUC-SP - Brasil

tiva como ferramenta protetiva dos vulneráveis, notadamente, crianças e adolescentes. Aprecia as características do instituto, caminhos para pacificação social, propostas de soluções à democratização do acesso à justiça e à construção de políticas públicas destinadas aos vulneráveis, focando em ambientes de convivência, principalmente, o ambiente digital de vigilância. A pesquisa se justifica pela atualidade dos temas abordados e pela busca contemporânea da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em debate. Para tanto o presente estudo se vale dos métodos de pesquisa bibliográfica e documental, além do método de raciocínio dedutivo.

ABSTRACT:

This research aims to address collective redress as a tool to protect vulnerable groups, especially children and adolescents. It examines the characteristics of the institute, paths to social pacification, proposals for solutions to democratize access to justice, and the construction of public policies for the vulnerable, focusing on coexistence environments, especially the digital surveillance environment. The study is justified by the current relevance of the issues addressed and the contemporary search for the effectiveness of fundamental rights and guarantees under discussion. To this purpose, this investigation uses bibliographical and documentary research methods, in addition to the deductive reasoning method.

RESUMEN:

Esta investigación tiene como objetivo abordar la protección colectiva como una herramienta para proteger a los vulnerables, especialmente los niños y adolescentes. Examina las características del instituto, los caminos para la pacificación social, las propuestas de soluciones para democratizar el acceso a la justicia y la construcción de políticas públicas dirigidas a los vulnerables, con foco en los ambientes de convivencia, especialmente en el ambiente de vigilancia digital. La investigación se justifica por la actualidad de los temas abordados y por la búsqueda contemporánea de la efectividad de los derechos y garantías fundamentales en debate. Para ello, este estudio utiliza métodos de investigación bibliográfica y documental, así como el método de razonamiento deductivo.

PALAVRAS-CHAVE:

Ações Coletivas; Ambiente Digital; Criança e Adolescente; Proteção Integral; Tutela Coletiva.

KEYWORDS:

Collective actions; Digital environment; Children and Adolescents; Integral Protection; Collective Redress.

PALABRAS CLAVE:

Acciones Colectivas; Entorno Digital; Infancia y Adolescencia; Protección Integral; Tutela Colectiva.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A revolução das máquinas, a massificação e a complexidade das relações sociais irradiam reflexos sobre a administração das demandas jurídicas. As relações e situações sociais, jurídicas, econômicas e ambientais ocorridas em sociedades complexas, transversais e massificadas, dão origem a demandas padronizadas, as quais pulverizadas, exigem novos modelos e instrumentos de resolução de conflitos, em face dos antigos e/ou tradicionais, os quais não mais suprem às necessidades contemporâneas da população demandante.

Nesse sentido, a abordagem das demandas complexas, a partir da molecularização de conflitos, se torna imperiosa, objetivando ampliar as ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário, por meio do processo coletivo, em benefício da efetividade dos direitos e, conseqüente pacificação social, desafiando riscos e perigos das sociedades contemporâneas. Referida perspectiva designa importante reflexão pretendida pela presente pesquisa, que ao destacar a proteção dos vulneráveis pelo processo coletivo, aponta o potencial de utilização desse instrumento jurídico na concretização dos direitos fundamentais, notadamente das crianças, jovens e adolescentes.

Importante, também, é o destaque ofertado à argumentação sociojurídica necessária à prática de debates mais alargados sobre o âmbito dos instrumentos do processo coletivo e dos direitos coletivos. Conhecer vieses da complexidade, da transversalidade e das vulnerabilidades pelas

perspectivas do processo coletivo, na ambiência sociojurídica e econômico ambiental, objetivando ampliar a possibilidade de concretização da proteção dos direitos e garantias das crianças, jovens e adolescentes corrobora a justificativa da construção do presente artigo.

Por derradeiro, a estrutura expositiva e argumentativa da pesquisa foca a proteção dos direitos e garantias das crianças, jovens e adolescentes, notadamente no ambiente digital, buscando demonstrar que a tutela coletiva, em prol dos referidos vulneráveis, se amolda às suas específicas necessidades protetivas, em ambiente de riscos e perigos, presentes na rede digital.

1. FUNÇÃO PROTETIVA DO PROCESSO COLETIVO E SUA FUNÇÃO SOCIAL: DIREITOS SOCIAIS E DIREITOS COLETIVOS

Tratar do processo coletivo e sua respectiva função protetiva implica, antes, uma reflexão sobre referido processo desafiado como ferramenta de transformação social e detentor de função voltada à efetivação de direitos de grupos vulneráveis, entre outros, o grupo das crianças, jovens e adolescentes, que designa a população infanto-juvenil do Brasil.

O presente estudo ressalta a importância dos diplomas legais previstos no microsistema de tutela coletiva, da origem de alguns dos seus fundamentos, abordando, inclusive, lições doutrinárias atuais sobre aspectos pontuais do processo coletivo. Nesse sentido, a matéria selecionada à pesquisa se embebe de matéria que extrapola os estudos sobre propriedades instrumentais da ação coletiva e do aprofundamento teórico do microsistema brasileiro de tutela coletiva.

Recorda, de início, que a ação coletiva está prevista nos artigos 5º, XXXV e 129, III, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil; os princípios norteadores do processo coletivo, dispostos no mesmo artigo 5º, caput, e seus incisos I, XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXXVIII; além do artigo 93, IX da vigente Constituição da República Federativa do Brasil; agrega-se à matéria, as normas relacionada à tutela do meio ambiente, do consumidor, e outros direitos considerados na categoria dos direitos difusos, conforme disposto nos incisos XXXII, LXX, LXXIII, do mesmo artigo 5º, e dos artigos 127, 129, 170, 225 (PIZZOL, 2019, p. 70).

Importa, ao presente estudo, o conteúdo do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, do qual se extrai o comparti-

lhamento do dever de garantir às crianças, aos jovens e aos adolescentes - com absoluta prioridade - os direitos individuais e sociais, entre outros, os direitos: à liberdade, à vida digna, à saúde, à alimentação saudável, à educação de qualidade, ao lazer, à convivência familiar e comunitária. Extrai-se, também, que as crianças, os jovens e os adolescentes devem estar a salvo das violências manifestadas por ações e/ou atividades de negligência, exploração, discriminação, opressão e crueldade, destacados o “bullying”, o “ciberbullying” e todos os atos e/ou atividades que levam à prática de violência física, moral, sexual, mental e/ou psicológica em face de referida população vulnerável.

Resta evidente que o princípio da proteção integral da criança e do adolescente norteia o dever constitucional compartilhado entre o Estado, a família e a sociedade, não podendo ser negligenciado por ninguém, notadamente porque se direciona à população vulnerável. A garantia dos direitos sociais e coletivos dessa população vulnerável tem se mostrado enfraquecida relativamente à efetivação de ações sociais, econômicas, ambientais e políticas desenvolvidas em benefício de referidos direitos. Apesar de os vulneráveis, de variados grupos, ocuparem o palco central dos debates políticos nacionais e internacionais, atualmente, no que toca à efetivação de políticas públicas de implementação de seus direitos sociais e coletivos, o âmbito jurídico deixa muito a desejar.

Na esfera infraconstitucional, integrando a jurisdição coletiva, fundamentam elementos do processo coletivo, entre outras, a Lei da Ação Civil Pública (LACP), a Lei nº 7.347/85, e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei nº 8.078/90. Importantes, também, a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), e a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Recordar-se que referidas leis alimentam o microsistema de direitos, garantias e instrumentos processuais coletivos e difusos, o qual contém regras e normas jurídicas sobre as ações coletivas, assim consideradas de acordo com o objeto que tutelam. Entre as regras da jurisdição civil coletiva aplicadas ao processo coletivo, são invocadas as legislações acima apontadas, ressaltada a aplicação subsidiária das regras do Código de Defesa do Consumidor, e a aplicação específica dos conteúdos do artigo 90 da Lei nº 8.078/90, e do artigo 21 da Lei nº 7.347/85.

No âmbito das ações coletivas, as esferas protegidas desafiam fundamentos jurídicos, também, da tutela ambiental, merecendo destaque a Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), que é dirigida à proteção e preservação do meio ambiente, buscando garantir a existência da humanidade, por meio da manutenção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, nos termos do artigo 225 da vigente Constituição da República Federativa do Brasil. A importância do bem ambiental é tamanha, que o texto constitucional o arrola na categoria dos direitos fundamentais, elegendo o Poder público e a coletividade como responsáveis pelo dever de sua preservação e defesa, viabilizando a existência das gerações presente e futuras (VILLAS BÔAS; MOTTA, 2021, p. 794).

A respeito dos direitos sociais, Vinci Júnior (2019, p. 375) afirma que apesar de serem eles previstos em muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ainda são frequentes os casos fáticos de não aplicação e/ou implementação de referidos direitos, o que ocorre, notadamente, por omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, ocasião em que o Poder Judiciário, ao ser provocado, tem a incumbência de materializar o direito pleiteado. Nesse sentido, questão relevante colocada por Vinci Júnior diz respeito à existência de vantagens (ou desvantagens) na utilização do processo coletivo, buscando instrumentalizar com o objetivo de efetivação judicial dos direitos sociais.

Leciona Vinci Júnior (2019, p. 385) que os direitos sociais são compreendidos como direitos fundamentais de segunda dimensão, razão pela qual exigem “conduta proativa por parte do Estado para ofertar maior igualdade material entre os indivíduos, membros de uma sociedade, concretizando a dignidade da pessoa humana”. A utilização da ação coletiva em face da individual, nos casos permitidos, deve ser preferida, residindo entre as vantagens de sua utilização, a concretização da segurança jurídica e a igualdade material entre as pessoas, que ocupam situação similar.

Reforça-se que o microsistema de tutela coletiva contém princípios, regras e normas dispostas nos textos da Lei de Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, entre outros diplomas legais, inclusive da Lei infraconstitucional nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, que trata da matéria central do presente estudo. Essa Lei abrange aspectos materiais e instrumentais da tutela jurídica, direitos e garantias das crianças, jovens e adolescentes, disciplina esta, abrangente de demandas

coletivas que buscam a proteção dos interesses e direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos desses vulneráveis.

1.1 Função protetiva da ação coletiva na tutela dos interesses de vulneráveis: superioridade?

Na década de 1970, na Itália, e na década de 1980, no Brasil, já se mostrava presente a necessidade de se diferenciar o tratamento jurídico ofertado à tutela dos direitos e interesses sociais, tratados pelos mesmos mecanismos oferecidos à tutela dos direitos e interesses individuais. Surgem, então, no cenário jurídico internacional e nacional, estudos e reflexões sobre a adoção de instrumentos de tutela coletiva na efetivação desses interesses e direitos sociais, refletidos a partir dos interesses e direitos coletivos, atendendo às necessidades das classes e/ou categorias de agrupamentos de pessoas. Nessa toada, tem início a fragmentação da clássica “*summa divisio*”, outrora introduzida pelo Direito Romano (Digesto) e que vem sendo utilizada por inúmeros ordenamentos jurídicos contemporâneos, desde então. A tradicional “*summa divisio*” adotou divisão dicotômica dos ramos do Direito, que o enquadrava no âmbito do direito “público” ou no âmbito “privado”, de acordo com interesses envolvidos (DAMASCENA; VILLAS BÔAS, 2004, p. 91-112).

Cappelletti (1997, p. 128-159) afirma a superação da “*summa divisio*” em razão da nova da realidade social daquele momento, que revela maior complexidade, sofisticação e articulação em face da dicotomia romana “público e privado” (reservado ao povo e ao Estado x pertencente à livre disponibilidade do indivíduo). Anota o autor (1997, p. 135) que novos interesses, conhecidos como “difusos”, além de atuais deveres e direitos que não públicos, sendo, todavia, coletivos, “desses ninguém é titular, ao mesmo tempo em que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares”.

Todavia, observa-se que a divisão romana “público e privado” vem sendo superada pela contemporânea divisão dicotômica de direitos “individuais e coletivos”, dispostos no texto da vigente Constituição da República Federativa do Brasil. Isso ocorre em razão das exigências da nova sociedade – das massas e dos riscos – que consagra a tutela de valores, situados além do âmbito dos direitos individuais. Os novos valores são preenchidos a partir de situações complexas, interdisciplinares e transver-

sais, oriundas da sociedade contemporânea, que abre espaço e caminhos aos valores consagrados por grupos, classes, categorias e/ou coletividades, traduzidos pelos direitos coletivos.

Nesse sentido, corroborando esse entendimento, afirmam Damascena e Villas Bôas que:

Em decorrência das novas relações que marcaram a sociedade do final do séc. XIX e da disseminação da doutrina de Mauro Cappelletti, fica fortalecido o entendimento de que a dicotomia “público e privado” não atende aos fenômenos da sociedade de massas. Fica evidente que já não se podia obter a definição daquilo considerado como “público” pela negação do que se considerava como “privado”, e daquilo que era “privado” pela negação do que era “público” (2004, p. 103).

Das lições de Cappelletti (1997, p. 154) se extrai a necessidade de superação do sistema de garantias processuais de caráter individual, em razão da ausência de adequação “à tutela e à salvaguarda dos múltiplos e novos grupos e corpos intermediários reclamando o acesso à justiça, na busca da proteção de seus interesses e direitos, observados num sistema social e coletivo”.

Das lições de Damascena e Villas Bôas se conclui que os direitos coletivos e difusos ganharam dimensão no período de transição do Estado liberal para o Estado social, valendo-se a doutrina nacional, da doutrina italiana, no disparo do “starter” da construção legal e doutrinária sobre referidos direitos. Nessa época, se iniciam conflitos próprios da esfera coletiva, denunciando situações danosas enfrentadas por grupos, classes e categorias de pessoas, colocando em evidência, reflexões sobre: superação da dicotomia pregada pela “summa divisio”; surgimento de divisão tricotômica dos direitos “público, privado e difusos e coletivos”; doutrinas acolhedoras da necessidade de desenvolvimento de um processo coletivo e mecanismos de tutela coletiva que pudessem favorecer a efetividade dos direitos coletivos demandados.

Humberto Dalla e José Roberto Porto (2020, p. 13) afirmam que a ação coletiva possui elementos estruturais próprios, considerados como consequência direta da percepção social da impossibilidade de se considerar que a jurisdição exclusivamente individualista, resolva todos os conflitos existentes no plano dos fatos. Traz o critério finalístico do processo coletivo para conceituá-lo - em comparação à conceituação a partir da

legitimidade processual, eis que “o crucial está na finalidade de tutelar interesses metaindividuais” por parte das ações coletivas, “alcançando faixa determinada do universo coletivo, mediante a coisa julgada” -, nos termos do conceito oferecido por Mancuso e Shimura para “processo coletivo”, identificando a preferência da tutela coletiva para a efetivação de direitos.

Ao abordar a evolução histórica da ação coletiva, Pizzol (2019, p. 70) fornece marcos teóricos da formação do processo coletivo como ferramenta protetiva de vulneráveis e fomentador de equilíbrio relacional na sociedade de risco, recordando lições de Kazuo Watanabe sobre a capacidade das ações coletivas de “molecularização dos conflitos”, afastando a abordagem atômica das demandas sociais e afirmando que “o processo coletivo atua como instrumento de mediação de conflitos sociais e não só como instrumento de solução de lides”.

Mancuso (2011, p. 413-414) se refere à prevenção da abordagem fragmentada pela perspectiva das demandas judiciais relacionadas aos megaconflitos, próprios das sociedades de massa, anotando que a judicialização de conflitos por demandas individuais propicia respostas judiciais dessemelhantes e insatisfatórias às necessidades resolutivas de “crises que vão além dos lindes jurídicos, estendendo-se por setores outros, de espectro social, econômico e político”.

Ora, o tratamento isonômico que a tutela coletiva propicia é especialmente caro aos grupos de vulneráveis, especialmente aqueles compostos por crianças, jovens e adolescentes.

Mancuso (2011, p. 413-414) registra prestígio do processo coletivo, adequadamente gerido, afirmando que ele fortalece e oferta “voz e voto” e “acesso à justiça”, concretizando interesses das massas, fato este que reforça a proteção das crianças, jovens e adolescentes, os quais não ocupam, naturalmente, lugar de destaque na sociedade, não conseguem manifestar os seus posicionamentos sobre matérias de interesses do grupo e, muitas vezes, não identificam suas reais necessidades e conflitos, englobadas em outras expostas por integrantes do grupo vulnerável.

Reconhece que o processo coletivo designa uma ferramenta em prol da paz social, sendo um veículo de expressão eficiente “(dado que as instâncias administrativas e legislativa sujeitam-se à vontade política e a outras injunções) ou se atomizariam em multifárias e repetitivas demandas individuais, com os efeitos deletérios daí decorrentes”. Afirma, ainda, que

o dever de ofertar os meios daqueles que desejam obter os fins relacionados à “distribuição da justiça oficial”, afirmando que “do contrário, o direito de ação torna-se peça de ficção, levando de envolta a credibilidade social da função judicial do Estado”. Entende, também, que a utilização dos caminhos da jurisdição singular para as demandas metaindividuais significa caminhar na contramão do “modus pelo qual se há de recepcionar judicialmente a explosão da litigiosidade, consistentes nos embates entre grandes e antagônicos massas de interesses: capital e trabalho; etc.” (MANCUSO, 2011, p. 413-414).

É visível a característica democrática do processo coletivo, ao autorizar o amplo acesso à justiça pela prolação de sentença coletiva, efetivando direitos de pessoas as quais, individualmente, enfrentariam obstáculos à demanda judicial. Nesse sentido, o processo coletivo fortalece o Poder Judiciário, possibilitando a sua participação na resolução de controvérsias nacionais de relevância social e política (PIZZOL, 2019, p. 70).

A temática central da presente pesquisa está sintonizada plenamente com a característica democrática do processo coletivo, ao argumentar e sustentar a superioridade da tutela coletiva à proteção dos direitos dos vulneráveis, notadamente das crianças, jovens e adolescentes, além da viabilidade do controle judicial qualificado de políticas públicas.

Suzana Henriques da Costa (2015, p. 13) se refere à universalização dos direitos sociais, exemplificando com o fornecimento de vagas nas escolas e de medicamentos, afirmando a sua possibilidade por meio das ações coletivas, e não individuais, apontando a ausência de preparo dos operadores do direito, inclusive do Judiciário, para atuarem em conflitos relacionados às políticas públicas. Reforça que o ensino-aprendizado praticado nas instituições de ensino superior não abrangem questões complexas e interdisciplinares, que exigem respostas que extrapolam a regra da “subsunção do fato à norma”.

Leciona Suzana Henriques que a respeito da necessidade de adaptação da técnica ao direito instrumental processual nacional, trazida pela judicialização da política, a maneira como o processo coletivo e individual vem sendo interpretado, exige mecanismos mais eficientes para lidarem com as demandas de justiça distributiva. Anota a necessidade de se redefinir a função judicial, de se criar outras ferramentas processuais e de se reinterpretar as técnicas que já são utilizadas nas demandas de massas –

estas caracterizadas “pela veiculação de direitos universais, essencialmente políticos e representativos dos valores mais caros à sociedade brasileira” (COSTA, 2015, p. 13).

Por derradeiro, entre outras características do processo coletivo, quais sejam: a molecularização das demandas sociais, a mediação dos mega conflitos sociais, a efetivação do acesso à justiça pela democratização participativa (na lide), a pacificação social oriunda da representação diversa no processo resolutivo, corroboram a aferição de uma maior qualificação de referido processo, fato este que oferta à sociedade soluções jurídicas mais isonômicas em face das demandas individuais.

2. DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU* DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) compõe o conjunto protetivo de direitos pertencentes ao microsistema de tutela coletiva, do qual faz parte, entre outros, o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 81 conceitua os direitos coletivos “*lato sensu*”, conforme disposto, a seguir: Artigo 81: A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Pinho (2020, p. 13) relata que a partir da conceituação relacionadas às pretensões coletivas, trazidas pelo citado artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que “a tutela será coletiva quando o direito protegido for coletivo, por essência (direitos metaindividuais – difusos e coletivos em sentido estrito), ou por opção legislativa (direitos individuais homogêneos)”. Nessa toada, a violação a um direito pode gerar, conforme o caso concre-

to, uma pretensão relacionada a um direito difuso, coletivo “stricto sensu”, individual homogêneo ou, ainda, uma pretensão individual pura. (PIZZOL, 2019, p. 78).

No mesmo sentido, Nelson Nery Jr.³ afirma ser preferível atrelar a caracterização de um direito, como coletivo ou individual, à tutela pretendida e não à matéria genérica do que ele aparenta cuidar, exemplificando, com o caso do acidente do “Bateau Mouche”, a situação fértil relacionada às pretensões possíveis, a partir de uma só violação (2017, p. 238-239).

A fertilidade do direito coletivo pode ser observada por um evento que divulga publicidade enganosa, originando direitos materiais difusos, coletivos e individuais, e coloca a possibilidade da escolha do processo coletivo, a partir da tutela que será oferecida ou, ainda, pela perspectiva protetiva selecionada à interpretação conforme argumentação exposta, a seguir:

Considerado o direito de todos à correção e à veracidade da publicidade, a natureza deste será difusa; Considerado o direito dos estudantes de determinada escola ao cumprimento de determinada oferta cujo objeto será indivisível, a hipótese será de direito coletivo stricto sensu; Considerado o direito de vários consumidores à reparação dos danos sofridos em razão da publicidade enganosa ou abusiva ou do não cumprimento da oferta pelo fornecedor, o direito será individual homogêneo. Assim, pode-se afirmar a existência de um direito material difuso, coletivo e individual (PIZZOL, 2019, p. 78).

Pensar as pretensões relacionadas às pessoas e aos grupos de pessoas identificadas (ou não), em face da referida fertilidade do direito coletivo, diante da população central da temática da presente pesquisa - população vulnerável das crianças, jovens e adolescentes - impõe conhecimentos e debates relacionados à matéria interdisciplinar, complexa e contemporânea, que sugerem questionamentos, sobre os quais indaga Veronese (1997, p. 84) a respeito da presença de legislação constitucional ou infraconstitucional “e até mesmo em documentos internacionais, uma série de direitos pertencentes à criança e ao adolescente, [...] como fazer valer tais direitos? Qual o alcance de toda essa legislação?”.

Alegam Domingo e Penteadó (2013, p. 248-277) que não bastam os textos legais à preocupação com a infância, sendo necessário alargá-los ao plano concreto, constando que o fato de as crianças, os jovens e os

adolescentes serem reconhecidos como sujeitos de direito, não os coloca, necessariamente, nessa categoria de sujeitos.

A promoção dos direitos dessa população vulnerável, por meio do processo coletivo, vem disposta no artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve entre outras soluções às situações de efetividade dos direitos infanto-juvenis, a tutela coletiva, a qual está, assim, prescrita no parágrafo §1º do referido artigo:

Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: I - do ensino obrigatório; II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; VII - de acesso às ações e serviços de saúde; VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes; X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação e medidas de proteção. § 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Veronese (1997, p. 16) afirma o estímulo oferecido pelos instrumentos coletivos à tutela de direitos infanto-juvenis, mostrando sua preferência por essa escolha. Destaca o tratamento isonômico na efetivação desses direitos, afirmando a viabilidade da tutela individual dos direitos infanto-juvenis ao destacar que “se apenas uma criança ingressasse em juízo exigindo a sua matrícula numa escola pública”, haveria maior isonomia quanto à efetivação de direito educacional, no caso da “mesma ação tentada em seu caráter difuso” e, ainda, estendendo “seus efeitos para todas as

crianças, daquela municipalidade”, situadas fora dos assentos das escolas.

A perspectiva da tutela dos interesses infanto-juvenis, exige a concessão de autonomia e o protagonismo ao grupo vulnerável, principal detentor de interesse do objeto da tutela coletiva, fato este possibilitado pelo processo coletivo. Vitorelli (2020, p. 32) opina sobre a necessidade de se entender a relevância do posicionamento de crianças e adolescentes, nas demandas centralizadas em seus interesses, lecionando que:

Vale registrar, em relação às pessoas externas ao grupo – como familiares, professores e políticos –, que sua opinião acerca da solução do litígio, quando comparada com o interesse dos sujeitos submetidos ao trabalho precoce, deve ser reputada irrelevante. É que o direito em questão – clássica e equivocadamente definido como difuso –, tem titular determinado: o grupo ou, mais precisamente, os seus membros. E a opinião de qualquer indivíduo externo ao grupo a seu respeito não deve ser considerada em detrimento dos interesses do próprio grupo. Ainda que algumas pessoas tenham opiniões diferentes quanto ao trabalho precoce – e defendam ou aceitem que crianças e adolescentes trabalhem, que considerem válido sacrificar a infância ou a adolescência para a preservação de um outro bem jurídico ou social (tais como, a manutenção dos vínculos familiares), que se beneficiem desse trabalho (familiares, empregadores etc.) –, essas opiniões são irrelevantes e devem ser desconsideradas. Elas violam o ordenamento jurídico pátrio, os tratados internacionais e, ainda, advêm de pessoas cuja posição, relativamente ao litígio, é externa ao grupo.

De fato, a situação jurídica trazida por Vitorelli se refere a demandas sobre trabalho infantil, e coloca no centro dos debates a questão da precocidade do trabalho dessa população vulnerável. Nessa seara, dos interesses de sujeitos submetidos ao trabalho precoce, o autor traz às reflexões uma analogia com outras demandas relativas aos interesses e às transgressões/violações dos interesses e direitos fundamentais desses vulneráveis.

A matéria reporta o intérprete ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, considerado primordial pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo governo brasileiro pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 da ONU, fato este que coloca

referido princípio no rol dos princípios constitucionais. Nesse sentido, as ações relacionadas às crianças devem ser interpretadas como um caminho plenamente desejável e possível à concretização desse princípio⁴ (ONU, 1989).

Lecionam Alckmin e Villas Bôas (2019, p. 29-43) que referida Convenção está sedimentada no princípio normativo da centralidade da criança, ditando direitos fundamentais assegurados para todas as crianças, os quais dizem respeito à sobrevivência, ao desenvolvimento, à participação e à proteção desses vulneráveis. E, mais: sendo a criança é considerada “prioridade absoluta, preconiza como princípio normativo a consideração do interesse maior da criança (artigo 3º)” nas ações governamentais e sociais, atinentes da infância”, sendo, inclusive, “de competência do Estado, da sociedade e da família, o dever da proteção dos direitos e interesses desses vulneráveis (artigos 2º, 3º 5º)”.

A efetividade do princípio refletido, implica a necessidade de o titular de direitos possuir autonomia suficiente que lhe permita se autodeterminar, objetivando a manifestação de seus interesses e a materialização de seus direitos, independentemente da consideração da sua capacidade, nos termos da legislação vigente.

Nesse sentido, exaltada a necessidade da autonomia do titular dos direitos indagados, que se alinha à trilha argumentativa do presente artigo, invoca-se a doutrina de Cíntia Domingo e Amanda Penteado (2013, p. 248-277), relativamente à concretização de direitos, destacado o direito de pleno acesso à justiça, direito este que “infelizmente, os responsáveis em espontaneamente concretizá-los, notadamente o Poder Público, por uma série de fatores (falta de vontade política, de organização orçamentária, corrupção de prioridades, etc.) não o fazem”.

Entre outras consequências, oriundas da prática da tutela coletiva de direitos - “a democratização do acesso à justiça por grupos naturalmente excluídos dos centros decisórios e o tratamento isonômico na efetivação de direitos” - pensadas a partir das necessidades específicas da infância e juventude e da sua proteção integral, que designa uma prioridade absoluta relacionada aos seus interesse -, tem-se que “é nesse contexto que se exalta a tutela da criança e do adolescente, por meio do processo coletivo, que permite assegurar a um maior número possível de indivíduos o acesso aos direitos indispensáveis a uma vida digna” (DOMINGO; PENTEADO,

2013, p. 248-277).

Necessário, nesse contexto, o incentivo e o engajamento dos detentores de “legitimidade legal para dar início às ações coletivas”, entre os quais se situam o Ministério Público, a Defensoria Pública e as Associações Civis⁵, “visto que muitas crianças e adolescentes, no Brasil, continuam à mercê de direitos, aquém da almejada proteção prevista pelo ordenamento jurídico” (DOMINGO; PENTEADO, 2013, p. 248-277). A tutela coletiva deve atender às necessidades protetivas da infância e juventude - população vulnerável -, observados os ambientes tradicionais de convivência, notadamente o ambiente digital, conforme proposto nas reflexões do presente estudo.

3. A TUTELA COLETIVA NA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS, JOVENS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE DIGITAL

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) revisou, em 2021, a sua Recomendação sobre a Proteção de Crianças Online, de 2012. O trabalho produzido por um grupo amplo de especialistas em governança de dados e privacidade, direitos e bem-estar digital infantil deu origem ao documento “Recommendation of the Council on Children in the Digital Environment”⁶. Integra esse documento uma nova tipologia de riscos⁷, abrangente da submissão de crianças e adolescentes no convívio de ambiente digital, apresentando dita tipologia, nos termos, a seguir expostos:

The Typology provides a high-level overview of the risk landscape, and outlines four risk categories and their manifestations. The Typology also identifies and analyzes risks that cut across these four risk categories, and that can therefore have wide-ranging effects on children’s lives⁸.

Referido texto, extraído da “Recommendation of the Council on Children in the Digital Environment” expõe que a Tipologia exhibe um olhar geral e de nível elevado sobre panorama de risco, o qual é eleito a partir de quatro categorias, trazendo as suas consequências. Além disso, essa Tipologia aprecia e identifica os riscos que transpassam referidas categorias, podendo gerar efeitos de grandes dimensões na vida das crianças.

E, quanto às categorias de risco ofertadas pela OCDE, estas podem ser apresentadas a partir de um Conteúdo, Conduta, Contato e Consumo.

Enquadram na primeira categoria “risco de Conteúdo”, entre outras, as manifestações de: a) conteúdo de ódio; b) conteúdo prejudicial; c) conteúdo ilegal e d) desinformação (OCDE, 2021, p. 7).

It is especially important to recognise hateful content as a risk manifestation, because the number of children affected by exposure to hate content in the digital environment is rising. For instance, while in 2010, only 12% of 11-16 years old children in the United Kingdom reported that they had been exposed to hateful content online, by 2019 half of 12-15 years old declared seeing such content⁹.

O texto anotado se reporta à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, dispondo ser relevante o reconhecimento dos conteúdos de ódio, considerado como uma manifestação de risco, já que ocorre um aumento do número de crianças expostas ao referido conteúdo no ambiente digital. Traz como exemplo a comparação entre 2010 e 2019, revelando que, em 2010, somente 12% das crianças, entre 11 e 16 anos, no Reino Unido, haviam sido expostas a conteúdo de ódio online, enquanto que, em 2019, metade daqueles, entre 12 e 15 anos, declaram serem expostos a tais conteúdos (OCDE, 2021, *idem.* p.7).

O documento, quanto aos “riscos de Conduta”, destaca que, em sua prévia tipologia, são excluídas as atividades do meio digital atinentes a riscos, entre outros, aqueles oriundos de crianças e aqueles destinados às crianças. São elas, atores desse cenário, nessa categoria de crianças e adolescentes, na troca interativa entre pares - incluídas as condutas em que elas próprias se colocam em situação de vulnerabilidade, como é o caso do sexting e do cyberbullying (OCDE, 2021, p. 9).

Quanto ao cyberbullying, recorda-se da problemática dos atores protetivos, relacionada à resposta adequada às condutas de crianças e adolescentes, no ambiente digital, condutas estas que vulnerabilizam os seus pares, a exemplo de:

A lack of agreement across policy actors and research as to what actually constitutes cyberbullying has resulted in countries addressing this concern in different ways – in many cases by criminal justice responses. However, where children are the perpetrators, a criminal justice response can be highly controversial and disproportionate as it can lead to the criminalisation of children unaware of the impact of their actions¹⁰ (OCDE, 2021, p. 9).

Informa o texto que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2021, p. 9) se reporta às dificuldades que os países possuem para adotarem interpretações similares a respeito do fenômeno “cyberbullying”, em razão da ausência de definição do vocábulo pelos atores políticos e pesquisadores da temática, muitas vezes, inclusive valendo-se, por vezes, da justiça criminal. Anota, que referido fato, qual seja, valer-se da justiça criminal para situações em que crianças ocupam papel de perpetradores, pode provocar desproporcionalidades e controvérsias, devido à possibilidade de serem elas (crianças) criminalizadas, mesmo desconhecendo o impacto de suas próprias ações.

Os “riscos de Contato”, resultam da vivência da criança no ambiente digital e das consequentes interações desenvolvidas nesse espaço, havendo quatro possíveis manifestações de risco, apontadas pela OCDE, a partir das referidas interações: a) a criança ou adolescente são expostos a encontros de ódio no ambiente digital; b) a interação ocorre com a intenção de causar prejuízo à criança e/ou adolescente; c) a interação constitui ação tipificada criminalmente; d) a interação é problemática, mas não pode ser submetida às categorizações anteriores (OCDE, 2021, p. 10.)

A OCDE apresenta, ainda, os “riscos de Consumo”, os quais na economia digital são, assim, explicitados:

The digital environment is a highly commercialized world that is characterized by hyperconnectivity and datafication. Since children depending on their age, maturity and circumstances may be more susceptible to misleading or fraudulent market practices, they are likely to be targeted in the digital environment based on the personal data that is collected from them¹¹ (OCDE, 2021, p. 11).

Pelo exposto, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2021, idem. p. 11) informa ser muito comercializado o ambiente digital, o qual se caracteriza pela dataficação e pela hiperconectividade. Baseados nas coletas de dados pessoais, a criança pode ser mais suscetível às práticas fraudulentas e, também, mais mirada no ambiente digital, a depender de sua maturidade, idade e circunstâncias em que vive.

As quatro manifestações de condutas de risco, assim identificadas pela tipologia da OCDE, designam os riscos de marketing, os riscos de perfilamento comercial, os riscos financeiros e os riscos de segurança, ma-

nifestações estas que podem afetar a preservação da privacidade dos vulneráveis no ambiente digital, ora estudados, designando pressão comercial e exposição a posts e/ou produtos inapropriados (OCDE, 2021, p. 11).

Estabelecido o panorama geral de riscos aos quais crianças e adolescentes estão submetidos, por meio de suas diversas interações e condutas no ambiente digital, revela-se imperioso o aprofundamento do significado do dever geral de cuidado com os infantes, dever este constitucionalmente estabelecido no texto do seu artigo 227, o qual merece ser compreendido com verticalidade, considerada a especificidade de sua aplicação no ambiente digital.

Enquanto Ana Frazão (2021, p. 40) aborda a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no ambiente digital, a partir do dever geral de cuidado, relativo ao ambiente das plataformas, em face das crianças e dos adolescentes, lecionando ser pacífico o entendimento da relação contratual entre as plataformas digitais e o usuário, e impossível a utilização da gratuidade de uso com objetivo de excluir a aplicação de normativas consumeristas protetivas; Bruno Bioni (2021, p. 40) afirma que, na economia da atenção, os dados pessoais são entendidos como moeda de troca em face dos bens de consumo “além da própria atenção e do tempo do usuário, da sua própria individualidade, não sendo poucos aqueles que afirmam que estamos falando de mercados de consciências”; Frazão (2021, p. 40) assevera que ao se transpor o raciocínio à proteção infanto-juvenil “os contornos do dever de cuidado precisam ser adaptados e compatibilizados com o ECA, que impõe parâmetros mais rigorosos do que aqueles relacionados às outras situações”, sustentando, conforme o artigo 3º do ECA, que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse sentido, Frazão revela ser inequívoca a necessidade de a proteção integral ser projetada nos contornos do dever de proteção e cuidado, exigidos das plataformas digitais, em face da prestação de quaisquer serviços que atinjam, ou possam vir a atingir, o público infanto-juvenil, direta

ou indiretamente, ensinando que todos devem ter cuidados e devem proteger as crianças e os adolescentes sobre os quais exerçam influências, e “com maior razão se pode e se deve exigir tal dever de agentes econômicos e profissionais que, a exemplo das plataformas digitais, lucram a partir da exploração do mercado infantil” (FRAZÃO, 2021, p. 42).

O caminho à efetiva garantia de direitos às crianças e aos adolescentes demanda “discussões robustas”, que respeitem o melhor interesse desses vulneráveis, envolvendo os diversos atores protetivos, sendo essencial que “respeitem o seu direito à participação nas decisões que os afetem”, necessitadas estas que podem ser efetivadas de maneira mais adequada e concreta, por meio da tutela coletiva, consideradas mais viáveis do que aquelas intentadas pela via individual (LATERÇA; FERNANDES, 2021, p. 10).

Nesse sentido, anota a Asociación por los Derechos Civiles (ADC) que:

O fato de o tratamento de dados pessoais poder afetar também grupos de indivíduos torna essencial a análise do fenômeno por meio da dimensão coletiva dos danos que podem ser causados a todos os indivíduos do grupo. A segmentação de publicidade comportamental a crianças e adolescentes, por exemplo, pode afetar todo o grupo de indivíduos que tiveram seus dados analisados, expondo-lhes a produtos perigosos ou à modulação comportamental. Mesmo quando há uma suposta anonimização dos dados, decisões tomadas sobre um grupo de crianças podem acabar se revelando enviesadas e extremamente prejudiciais (ADC, 2022, p. 53).

Referida Asociación por los Derechos Civiles (ADC) se refere à necessidade de se realizar uma análise do tratamento de dados pessoais, que podem afetar além dos indivíduos, também, os grupos de indivíduos, por intermédio da dimensão coletiva. Apresenta exemplos da segmentação de publicidade comportamental às crianças e adolescentes que afeta o grupo de indivíduos, cujos dados pessoais ao serem analisados lhes tornaram expostos a produtos perigosos ou modularam os seus comportamentos. Observa, ainda, que mesmo existindo uma anonimização dos dados, as decisões proferidas a respeito de um grupo de crianças podem se exibir enviesadas e muito prejudiciais.

Por derradeiro, o presente estudo aponta que a perspectiva coletiva, em tese, traz conceitos e instrumentos mais eficazes à possibilidade de concretude isonômica e democrática de se garantir a efetividade dos

direitos digitais infante-juvenis, de maneira a satisfazer às necessidades, interesses e tutela desses vulneráveis. Isso tudo considerado, a partir dos potenciais riscos a que estão eles expostos, no ambiente digital de hiperconectividade e dataficação das relações pessoais e comerciais a que são desafiados todo o tempo, nesse ambiente digital.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa aborda tema atual, relevante e se justifica pela necessidade de proteção integral da população vulnerável estudada, designada pelas crianças, pelos jovens e pelos adolescentes. O texto produzido se reporta à sociedade de risco, integrada à ambiência digital, a qual propicia demandas diferentes daquelas protegidas somente por instrumentos de tutela individual.

Ressalta que a tutela coletiva deve ser entendida como uma das ferramentas capazes de ofertar celeridade à atuação do Poder Judiciário, materializando a isonomia dos direitos e garantias, de maneira a exibir uma opção à concretização dos direitos dos mais vulneráveis, destacando o fato do desprezo da sociedade à autonomia, envolvida em demandas de seu interesse.

É nesse contexto que o presente estudo cumpre o objetivo de tratar a tutela coletiva como ferramenta protetiva dos vulneráveis, notadamente das crianças, jovens e adolescentes, exibindo as características do instituto, os caminhos intensificadores da pacificação social, as propostas de encaminhamentos de soluções aos conflitos de democratização do acesso à justiça e à construção de políticas públicas relacionadas aos vulneráveis, com foco central nos ambientes de convivência das crianças, jovens e adolescentes, principalmente, no ambiente digital de vigilância.

A pesquisa se justifica, notadamente pela atualidade dos temas abordados, entre os quais estão incluídos a busca contemporânea da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, além do público composto pelas crianças, jovens e adolescentes, valendo-se do dos métodos de pesquisa bibliográfica e documental, além do método de raciocínio dedutivo.

Ressalta a doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (obra: Teoria Geral do Processo, SP: Malheiros, 2009, p. 50), revelando a relevância da tutela coletiva e do seu fortalecimento como ferramenta de efetivação de direitos da

sociedade massiva, que exige que sejam utilizados instrumentos da proliferação de interesses e direitos supra individuais, os quais ultrapassam posturas individuais e particulares.

Nesse sentido, torna-se ratificada a busca da demonstração da relevância dos instrumentos relacionados ao processo coletivo, o destaque de suas características essenciais, as quais designam caminhos mais eficazes à pacificação social, quando desafiados por interesses coletivos em conflitos, fato este que ressalta a busca da conquista “da voz e do voto” e do “acesso à justiça” aos diversos grupos, naturalmente marginalizados ou desconsiderados, por grupos centralizadores de poder e tomadores de decisões político-jurídica - apontando que crianças, jovens e adolescentes, pertencem a referidos grupos, sendo historicamente destituídos de autonomia por atores de sociedade “adultocêntrica”, que maneja essa população de vulneráveis como objetos e não sujeitos de direito.

Por derradeiro, afirma a capacidade de a tutela coletiva de interesses infanto-juvenis conceder, em tese, autonomia aos participantes desse grupo social vulnerável, a formulação de políticas protetivas, públicas ou privadas, capazes de proteger os direitos de maneira isonômica e democrática, e a sua utilização como ferramenta protetiva adequada e efetiva, indispensável nos ambientes de exacerbação de vulnerabilidades, volatilidade e fertilidade de riscos, como é caso, principalmente do âmbito digital, que atinge as crianças, os jovens e os adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, M. A.; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. In Educação em Direitos Humanos: dos dispositivos legais às práticas educativas. Sarmento, Dirleia F; Menegat, J.; Wolkmer, A. Carlos (Orgs.), Porto Alegre: Cirkula, 2018 (p. 29-43).

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). ASSOCIAÇÃO DATA PRIVACY. INSTITUTO ALANA. **Dados e direitos na infância e adolescência no ambiente digital: caminhos para a proteção jurídica no Brasil e Argentina**. 2022. Disponível em: <<https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2022/07/dados-e-direitos-na-infancia-e-a-adolescencia-no-ambiente-digital.pdf>>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. ano 1990, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91585/codigo-de-defesa-do-consumidor-lei-8078-90#art-81>>.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Trad. Nelson P. R. de Campos. Ver. do Processo. SP, n.5, p. 128-159. Jan-mar, 1997.

DAMASCENA, C. V. e VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Aspectos relevantes da história dos Direitos Difusos e Coletivos**. Revista Direito & Paz, n. 11, Ano 06, 2º Sem/2004, p. 91-112

DOMINGO, Cíntia Oliveira. PENTEADO, Amanda Quiarati. **A Tutela Coletiva dos interesses metaindividuais da criança e do adolescente como mecanismo viabilizador do acesso à justiça e da cidadania**. Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNINOVE; coordenadores: Mônica Bonetti Couto, Maria dos Remédios Fontes Silva, Fernanda Tartuce. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af26bbca340bfec>>.

FRAZÃO, Ana. Parecer: **Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes**. Publicação encomendada pelo Programa Criança e Consumo, do Instituto Alana. 2021. Disponível em: <<https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/11/dever-geral-de-cuidado-das-plat-aformas.pdf>>.

LATERÇA, Priscilla Silva; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (Coords.). **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/10/Privacidade-e-Protecao-de-Dados-de-Crian%3A7as-e-Adolescentes-ITS.pdf>>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413-414.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OECD. **Children in the Digital Environment: Revised Typology of Risks**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9b8f222e-en.pdf?expires=1670122326&id=id&acc_name=guest&checksum=3C721B4FB7B-8DE9F4B2C69CB59198414>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina D.; PORTO, José Roberto M. **Manual de Tutela Coletiva**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva: processo coletivo e técnicas e padronização de decisões**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 16.

_____. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997, p. 84.

VILLAS BÔAS, Regina Vera e MOTTA, Ivan Martins. **Um olhar transdisciplinar aos sustentáculos da política ambiental brasileira** (p. 793-813). In “*40 Anos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: reminiscências, realidade e perspectivas*”. Coordenação Édis Milaré. 1ª ed. BH, SP: D’Plácido, 2021.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; ALKIMIN, M. A. **Os Direitos Sociais Fundamentais à Alimentação Adequada e à Saúde**. In Educação em Direitos Humanos: dos dispositivos legais às práticas educativas. Sarmento, Dirleia F; Menegat, J; Wolkmer, A. Carlos (Orgs.), Porto Alegre: Cirkula, 2018 (p. 111-127).

VINCI JÚNIOR, Wilson José. O Processo Coletivo como instrumento à efetivação dos Direitos Sociais (p. 375-394). In **A contemporaneidade dos Direitos Civis, Difusos e Coletivos: Estudos em Homenagem à Prof. Dra. Regina Vera Villas Bôas**. Org. Thelmo de Carvalho T. Branco Filho (et al). RJ: Lumen Juris, 2019, p. 375.

VITORELLI, Edilson; JR., Hermes Z. **Casebook de Processo Coletivo – Vol. II**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020.

'Notas de fim'

10 presente artigo é produzido no contexto do Projeto de Pesquisa “Diálogo de Fontes: Efetividade dos Direitos, Sustentabilidade, Vulnerabilidades e Responsabilidade” que integra a Área de Concentração “A efetividade dos Direitos de Terceira Dimensão e a Tutela da Coletividade, dos Povos e da Humanidade”, dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

2 VILLAS BÔAS, Regina Vera; ALKIMIN, M. A. Os Direitos Sociais Fundamentais à Alimentação Adequada e à Saúde. In Educação em Direitos Humanos: dos dispositivos legais às práticas educativas. Sarmiento, Dirleia F; Menegat, J.; Wolkmer, A. Carlos (Orgs.), Porto Alegre: Cirkula, 2018 (p. 111-127).

3 Anota que: “O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir a possibilidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas, ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que tem interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo MP para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)”.

4 Assim dispõe em seu artigo 3.1: “Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança”.

5 BRASIL. Lei nº 7.347/85, 24/07/1985. Lei de Ação Civil Pública. Assim dispõe em seu artigo. 5º- Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

6 “Recomendação do Conselho em Crianças no Ambiente Digital” (tradução livre). Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389%20>

7 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, Children in Thé digital environment: Revised typology of risks, 2021, Documents de travail de l'OCDE sur l'économie numérique, n° 302, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9b8f222e-en>.

8 “A Tipologia fornece uma visão geral de alto nível do panorama de risco e define quatro categorias de risco e suas consequências. A Tipologia também identifica e analisa riscos que atravessam essas quatro categorias e que podem, consequentemente, ter um efeito amplo na vida das crianças” (tradução livre).

9 “É especialmente importante reconhecer conteúdos de ódio como uma manifestação de risco pois o número de crianças expostas a este tipo de conteúdo no ambiente digital vem aumentando. Por exemplo, enquanto em 2010 apenas 12% daqueles entre 11 e 16 anos, no Reino Unido, haviam sido expostos a conteúdo de ódio online, em 2019 metade daqueles entre 12 e 15 anos declaram serem expostos a tais conteúdos” (tradução livre).

10 “Uma falta de entendimento entre os atores políticos e de pesquisa sobre o que realmente constitui o cyberbullying tem resultado em países abordando essa questão de maneiras diversas – em muitos casos por meio da justiça criminal. No entanto, onde as crianças são os perpetradores, uma resposta criminal pode ser altamente controversa e desproporcional diante da possibilidade de criminalização de crianças que desconhecem o impacto de suas próprias ações” (tradução livre).

11 “O ambiente digital é altamente comercializado e caracterizado pela hiperconectividade e dataficação. Considerando que crianças, dependendo de sua idade, maturidade e circunstâncias podem ser mais suscetíveis a práticas de mercado fraudulentas e ilusórias, eles também são comumente visados no ambiente digital, baseando este direcionamento na coleta de seus dados pessoais” (tradução livre).

DAS TRAMPAS DO DIREITO COMO FORMA À TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

FROM THE BAITS OF LAW AS A FORM TO THE CRITICAL
THEORY OF HUMAN RIGHTS

DE LAS TRAMPAS DEL DERECHO COMO FORMA A LA
TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Um direito pela forma; 2. Por uma teoria crítica dos direitos humanos; Considerações Finais; Referências.

RESUMO:

Essa produção resulta de um esforço reflexivo no campo da teoria do direito, buscando expandir a compreensão do direito como instrumento de poder e, a partir disso, propondo o seu preenchimento a partir da matriz da teoria crítica dos direitos humanos como forma de apropriação contra-hegemônica dessa ferramenta. Partimos do aprofundamento da reflexão do direito como forma a partir da obra de Brewster Kneen, Norbert Rouland, Homi Bhabha e Boaventura de Sousa Santos, entre outros que foram acionados no desenvolvimento. Após, a partir de Joaquim Herrera Flores entramos na teoria crítica dos direitos humanos, então, com a colaboração de Etienne Balibar, Alain Supiot, Alberto Luiz Warat e Edgar Morin, provocamos uma movimentação nas ideias, para visualizar um direito pluricêntrico e como possibilidade de ocupação emancipadora.

ABSTRACT:

This production is the result of a reflective effort

Como citar este artigo:
RODRIGUES,
Bruno, SOUTO,
Caio. Das Trampas
do direito como
forma à teoria crítica
dos direitos humanos.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 153-179

Data da submissão:
11/09/2023

Data da aprovação:
15/03/2024

1. Universidade Federal do Amazonas – UFAM – Brasil
2. Universidade Federal do Amazonas – UFAM - Brasil

in the field of legal theory, seeking to expand the understanding of law as an instrument of power and, based on this, proposing its completion based on the matrix of the critical theory of human rights as a form of counter-appropriation. hegemonic of this tool. We start from the deepening of the reflection of law as a form based on the work of Brewster Kneen, Norbert Rouland, Homi Bhabha and Boaventura de Sousa Santos, among others who were involved in the development. Afterwards, starting with Joaquim Herrera Flores, we entered the critical theory of human rights, then, with the collaboration of Etienne Balibar, Alain Supiot, Alberto Luiz Warat and Edgar Morin, we provoked a movement in ideas, to visualize a pluricentric right and as a possibility of emancipatory occupation.

RESUMEN:

Esta producción es el resultado de un esfuerzo reflexivo en el campo de la teoría jurídica, buscando ampliar la comprensión del derecho como instrumento de poder y, a partir de ello, proponer su realización a partir de la matriz de la teoría crítica de los derechos humanos como instrumento. forma de contraapropiación hegemónica de esta herramienta. Partimos de la profundización del reflejo del derecho como forma a partir del trabajo de Brewster Kneen, Norbert Rouland, Homi Bhabha y Boaventura de Sousa Santos, entre otros que intervinieron en el desarrollo. Después, a partir de Joaquim Herrera Flores, nos adentramos en la teoría crítica de los derechos humanos, luego, con la colaboración de Etienne Balibar, Alain Supiot, Alberto Luiz Warat y Edgar Morin, provocamos un movimiento de ideas, para visualizar un derecho pluricéntrico y como una posibilidad de ocupación emancipadora.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos Humanos; Teoria Crítica; Pluralismo.

KEYWORDS:

Human Rights; Critical Theory; Pluralism.

PALABRAS LLAVE:

Derechos Humanos; La teoría crítica; Pluralismo.

INTRODUÇÃO

O presente texto parte da necessidade de refletir no campo da teo-

ria do direito sobre a perspectiva do direito enquanto forma, enquanto instrumento político e de poder. Com isto, vamos enveredar pelo campo teórico buscando a aumentar o estoque de conhecimento no campo da teoria crítica do direito, acionando a bibliografia especializada para pensar o direito como ferramenta. Partimos do aprofundamento da reflexão do direito como forma a partir da obra de Brewster Kneen, Norbert Rouland, Homi Bhabha e Boaventura de Sousa Santos, entre outros que foram acionados no desenvolvimento

Propomos aqui um conjunto de reflexões que passa pela problematização da concentração e apropriação do Direito pelo Estado, que na história das ideias ocidentais é a forma por excelência de exercício do mesmo. Com isto, é necessário pensar as ideias de universalidade que se impregnam na teoria do direito para explicar o direito hegemônico, que se materializa historicamente pelo viés da razão colonizadora e colonialista, apropriando-se das diversidades para, ao fim, extirpá-las e homogeneizá-las.

A apropriação das dimensões plurais do Direito ocorre principalmente através da organização do Estado. Inicialmente, essa apropriação se deu por meio do princípio liberal e, posteriormente, do princípio neoliberal. Isso faz com que o Direito se torne um mecanismo-fetiche que produz direitos, mas não se compromete efetivamente com a sua efetivação.

Então, na segunda parte do texto, a partir da matriz da teoria crítica dos direitos humanos, acionamos Joaquim Herrera Flores, com a colaboração de Étienne Balibar, Alain Supiot, Alberto Luiz Warat e Edgar Morin, para impulsionar uma reflexão acerca de um direito pluricêntrico como possibilidade emancipatória, ou seja, como forma de produzir outras teias de significado sentido, encadeando aí novos sentidos e formas para e no sistema direito, onde a desordem é sinônimo de germinações em *ex potentia*.

1. UM DIREITO PELA FORMA

O ponto de partida é tratar em nível teórico uma percepção do Direito e, com isso, analisar sua potência enquanto fenômeno de regulação social e, enquanto instrumento, visualizar a capacidade de sua manipulação pelos atores sociais que o disputam. Razão a qual aportamos aqui a leitura a partir dos sistemas epistemológicos de Pierre Bourdieu e Boaventura de Sousa Santos como ancoragens possíveis como ponto de partida.

Brewster Kneen (2013) escreveu um livro que tem um título interessante e bastante pessimista para o Direito, qual seja, *La tiranía de los derechos*. Esta obra nos provoca a perceber uma realidade crua e vazia do Direito. O ponto ordinário de avaliação de Kneen é a associação entre Direito e lei, e com isso ele está indicando o Direito enquanto uma “casca de ovo”, só como forma, desprovido de essência e autoridade moral ontologicamente constituída. Kneen argumenta que a busca incessante por direitos individuais e privilégios pode levar à “tirania dos direitos”, na qual a sociedade é dominada por indivíduos ou grupos que buscam seus próprios interesses em detrimento do bem comum. Ele discute como essa ênfase nos direitos individuais pode afetar áreas como a economia, a política e a cultura. Para ele, o sistema econômico atual está impulsionado por uma lógica que prioriza a acumulação de riqueza e poder por parte de um pequeno grupo de elites em detrimento das necessidades e interesses da maioria da população e do meio ambiente. Ele acredita que a proteção excessiva dos direitos individuais pode permitir que essa lógica continue, em detrimento do bem-estar da sociedade como um todo. Não se pode então atribuir qualquer característica emancipatória ou conservadora, pois esta avaliação vai depender de sua manipulação pelos sujeitos e pelos movimentos políticos.

Kneen (2013), então, nos indica que não há instituições legais ou governamentais para que todos reclamem seus direitos e que a ideia de responsabilidade social é uma categoria que tem a ver com relações sociais, práticas e éticas, não se tratando, portanto, de uma categoria jurídica.

Por outro lado, Norbert Rouland (2008, p. 21) registra que há uma crescente demanda de direitos pelas minorias e, em termos de intenções e de discurso, estamos preparados para criá-los, da melhor classe possível formalmente, sem que isto implique qualquer melhora ou efetividade destes direitos. Kneen (2013, p. 3), por sua vez, acrescenta nesse mesmo sentido quando se trata do reconhecimento de direitos em âmbito internacional, indicando que fabricamos diversas declarações sem que se articulem quaisquer esforços para implementá-los, razão a qual os Estados são reiteradamente reclamados a efetivar direitos, pois é, por excelência, o seu principal violador. Em suma, Rouland argumenta que a justiça não deve ser vista apenas como uma questão de direito estatal, mas sim como um processo social que envolve múltiplos sistemas jurídicos em uma mesma

sociedade. Ele defende que o diálogo e a negociação entre esses sistemas são essenciais para a construção de uma justiça mais justa e equitativa.

Homi Bhabha (2013, p. 188) ressalta que a história nos apresentou o “nunca mais”: nunca mais ao holocausto, nunca mais ao escravismo, nunca mais a colonização, nunca mais a necessária migração dos excluídos e dos trabalhadores sem-terra, contudo, ao mesmo tempo essa mesma memória dizia “no cuenten conmigo para hacer lo correcto”¹. Isso nos mostra uma necessária separação entre forma e matéria, onde a forma desenha e escreve, enquanto a matéria é a realização fática dos direitos na vida das pessoas. Bhabha argumenta que a noção de direitos humanos é complexa e contraditória. Por um lado, os direitos humanos são fundamentais para a proteção dos direitos e liberdades individuais e coletivos, garantindo a igualdade e a justiça. Por outro lado, ele argumenta que a noção de direitos humanos pode ser usada para reforçar e justificar relações de poder desiguais e a dominação cultural e política. Bhabha critica a ideia de que os direitos humanos são universais e atemporais, afirmando que eles são moldados por contextos culturais e históricos específicos. Ele argumenta que a noção de direitos humanos é construída em relação a outras formas de poder, como a economia, a política e a cultura. Para Bhabha, a teoria crítica dos direitos humanos deve levar em conta as formas como as relações de poder e a cultura influenciam a concepção e aplicação dos direitos humanos. Ele defende que devemos examinar de perto as práticas e discursos que moldam a noção de direitos humanos, bem como as forças sociais e políticas que os moldam. Além disso, Bhabha argumenta que a teoria crítica dos direitos humanos deve levar em conta a complexidade e a ambiguidade da identidade. Ele defende que a identidade não é fixa ou estável, mas sim construída através da negociação e do diálogo entre diferentes culturas e perspectivas. Ele enfatiza a importância de reconhecer a natureza híbrida e fluida da identidade ao pensar em questões de direitos humanos. Na teoria geral do direito, a ideia do legalismo, segundo Judith Shklar orienta-se por um horror as generalidades vagas, por essa razão cultuam-se as categorias “permitido” e “proibido”, de forma bem determinadas e expressas em comandos normativos, dando a condição de possibilidade ao reclame de direitos (*apud* KNNEN, 2013, p. 8), o que Luhmann vai chamar de dimensão binária da linguagem jurídica (1983).

Os elementos que compõem e preenchem a lei, esse tal recipiente

vazio, dependem de “quién representa el Estado y quién ejerce realmente el poder de dicho Estado”²². Com isso, “el lenguaje de los derechos se convierte simplemente en una máscara moralista para el ejercicio del poder”²³. A linguagem do Direito não serviria para as intenções da justiça social, uma vez que está geralmente apropriado pelo poder colonial, onde este se converte em mera “ilusión de intenciones, que seguramente son buenas intenciones, detrás de las cuales se llevan a cabo la individualización y la privatización sin obstáculos”²⁴ (KNNEN, 2013, p. 8-11). O Direito é um instrumento de opressão das minorias e vetor de externalização de juízos de valor de um determinado setor social inclinado a utilizar o Estado para interesse próprio (ROULAND, 2008, p. 238).

O conceito e a linguagem dos direitos estão associados profundamente com a história e cultura ocidental (KNEEN, 2013), e esse Direito expressa uma congênita preferência por si mesmo e presume que vigora um acordo ampliado e universal em torno de suas próprias categorias, tornando-as hegemônicas. Ocorre que o Direito se fundamenta a partir do império da razão e essa é essencialmente helênica, portanto, ocidental (ROULAND, 2008, p. 244-6). Warat (1997) entende que essa racionalidade cria um imagético orgânico de homogeneidades das forças sociais, falsamente unívoca e coesa, que cria mecanismos de obediência e que legitima a ordem posta, a partir de uma democracia abstrata e alienada, que reproduz subjetividades reforçadoras do sistema.

Considerando então que a noção de Direito é essencialmente europeia e ocidental, vale destacar que o próprio termo definidor é inexistente em vários povos orientais, chegando inclusive a ser de difícil tradução e alinhamento a outras linguagens, pois a noção tradicional de Direito imprime a ideia de comando, normatividade e exercício de poder. Para os povos originários dos Andes, por exemplo, não existe a categoria “Direito” em sua linguagem. A filosofia andina, invoca a categoria *Suma Qanaña* para representar um viver bem e conviver bem, mas que não apresenta uma interface comunicativa direta com a noções de Direito, toda relação traçada então é forçada e não condiz com a essência do primeiro. Em Bangladesh também não existia a categoria do Direito na linguagem corrente local, houve a necessidade de criar a palavra *hoque*, e com ela o significado atribuído foi de responsabilidade coletiva e cuidar dos outros, novamente os elementos centrais que caracterizam o vernáculo Direito se

afastam. Kneen registra que Farhad Mazhar, líder de Nayakrish Andolon (Movimento Novo da Agricultura) de Bangladesh, disse-lhe que “qualquer discurso de los ‘derechos’ presupone un sujeto autónomo y ego-céntrico”⁵, o que não existe na percepção do *hoque*. Até o século XIX, o Japão também não tinha um conceito para satisfazer a demanda ocidental para um equivalente a Direito, então foi criado o termo *kenri*, que invoca o significado de autoridade, poder e vantagem. No mesmo sentido, na Coreia do Sul foi criado o *kwon-ri* para se referir ao Direito Legal, que associa a ideia de poder e interesse (KNEEN, 2013).

É evidente que a ideia de Direito (ocidental), e o modo como ela domesticou as culturas estranhas à sua origem, seguiu uma lógica imperialista e da subjugação, a partir de uma projeção intencional de representação, mais do que qualquer pretensão de descrição de realidade (KNEEN, 2013). Rouland diz que esse Direito é uma linguagem eminentemente colonialista, regrado por uma lógica unitarista que serve somente para a manutenção dos grilhões coloniais (2008, p. 266). Supiot (2007, p. 38), no mesmo sentido, diz que o Direito sob o qual vivemos, tatuado pelo carimbo dos Direitos Humanos, é basicamente ocidental e está preso em “la jaula de su propia visión del mundo y es ajeno al sentido que dan los otros hombres”⁶ e, portanto, é alienado ante a pluralidade de dimensões possíveis.

A pretensão universalista do Direito é claramente encontrada no texto *O que é o terceiro estado?* de Sieyès (2001), que trata sobre a revolução francesa e seus postulados: “Imagino a lei no centro de um globo imenso; todos os cidadãos, sem exceção, estão à mesma distância e ocupam apenas lugares iguais”. Nesta passagem, há uma clara conversão entre igualdade formal e direitos individuais, os quais restaram consolidados no momento histórico supramencionado.

O Direito, enquanto forma ocupada, ou seja, enquanto ferramenta preenchida com um ideal iluminista e eivado pela razão ocidental da modernidade é, portanto, universalizado a partir desses pressupostos. A perspectiva liberal orienta as classes e organiza a cultura, assim, essa cultura particular com data e local determinado na história dos vencedores, pretendeu universalizar-se e fez um trabalho bastante denso nas mais diversas estruturas sociais, desde a academia, com a produção de fundamentos epistemológicos, até as bases das relações sociais e institucionais mais

fáticas.

O modelo liberal encontrou um contexto já dado de teorias da modernidade alinhadas à experiência da “euromodernidade”, que buscava descrever a estrutura e formação das sociedades de maneira ampliada ou globalizada. A modernidade historicamente se alinhou com a reforma protestante, que deu vez para a revolução científica, misturando-se ainda as experiências do sistema colonial, que se engaja com formas de violência, de brutalidade, de escravidão e das guerras globais. No núcleo da modernidade está no cristianismo, na ciência, no capitalismo e na democracia, contudo, a palavra modernidade trouxe muitas ambiguidades e evidencia o problema de multiplicidade. Mas não foi a Europa sozinha que criou a modernidade, pois esta foi criada globalmente, na interação entre o Ocidente e o resto do ocidente, contudo, o esquema produzido se tornou universal, e o universal não é nada mais do que o particular hierarquizado no mercado de valores. Grossberg recorre a “transmodernidade” de Dussel para se referir ao processo de exteriorização do interior da versão da euromodernidade. Essa versão da modernidade foi mercantilizada no mercado de valores, determinando os futuros possíveis que são comercializados, limitando assim os diagramas possíveis e desejáveis (GROSSBERG, 2012).

Então, longe de um vazio moral ideológico, o Direito acaba sendo canalizado e apropriado por grupos de poder globais em interação com os locais, os quais desenham a expressão de produção do Direito e a formatação do Estado.

Nos dias atuais, o passado recente se conecta com a globalização tanto das relações sociais quanto do capital. Nessa linha, podemos identificar corporações sem fronteiras que adotam uma perspectiva neoliberal, buscando a desregulamentação da economia, a livre negociação e a equiparação da pessoa artificial (jurídica) com a pessoa natural (física). Isso faz com que a pessoa artificial assuma o papel do sujeito que demanda direitos, apresentando necessidades e desejos, como se fosse uma pessoa física. Esses fenômenos ficam evidentes durante as crises do capitalismo, quando a falta de recursos financeiros passa a ser demandada e apresentada ao Estado como uma ameaça de morte iminente. Nesse contexto, ocorre um apelo fraterno de auxílio e transferência de recursos públicos para a esfera privada, sob a alegação do bem maior: salvar empregos e o

sistema econômico. É como se o Estado estivesse lidando com uma pessoa doente que necessita de remédios e tratamento de saúde, e, em seu espírito humanitário, concede o remédio necessário (mais capital para sobrevivência). A perspectiva liberal parte do pressuposto de que os indivíduos existem antes do Estado e, portanto, os direitos estão ligados aos indivíduos considerados individualmente, não como membros de comunidades politicamente organizadas (RICOEUR, 1995). No final do século XX, essa perspectiva foi expandida e flexibilizada com a introdução de tratados internacionais que reconhecem os direitos sociais e coletivos. No entanto, os estados-providência, que enfrentaram repetidas crises do capitalismo, optaram por reduzir os direitos sociais e coletivos para diminuir o custo e enxugar o Estado. Ao mesmo tempo, eles garantiram a propriedade privada/individual e as obrigações contratuais, consolidando um sistema jurídico baseado na mercadoria, que é um dos princípios fundamentais do liberalismo.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, a transição do Direito, que antes era politizado, para um estado esvaziado e despolitizado, não é uma iniciativa liberal, mas sim neoliberal. Ele argumenta que essas forças não são características do liberalismo, mas sim de um conservadorismo antigo (SANTOS, 2003, p. 6-9). Enquanto o discurso defende a redução do Estado e a liberdade de mercado, os poderosos que se escondem por trás desse movimento utilizam os recursos públicos e limitam os investimentos em direitos sociais e coletivos. No entanto, eles não mexem em seus próprios privilégios, como cargos de confiança, auxílio-moradia para juízes e lista de auxiliares parlamentares. Esses instrumentos são projetados para manter os coronéis modernos que ocupam constantemente as instâncias do Estado.

Segundo Wendy Brown (2015), Dardot e Laval (2017), há uma diferença fundamental entre liberalismo e neoliberalismo. Enquanto o liberalismo defende a proteção da esfera privada contra a intervenção excessiva do Estado, o neoliberalismo vai além, exigindo a completa submissão da sociedade aos mecanismos de mercado e à lógica empresarial (BROWN, 2015; DARDOT; LAVAL, 2017). Nessa perspectiva, a competição e a busca pelo lucro são os principais motores da sociedade, e todas as dimensões da vida social devem ser submetidas a esses imperativos. Para Foucault, o neoliberalismo é uma forma de governamentalidade que busca produzir

sujeitos empreendedores de si mesmos, capazes de gerenciar suas próprias vidas de forma eficiente e racional (FOUCAULT, 2008). Essa é uma mudança radical em relação ao liberalismo clássico, que se preocupava principalmente com a proteção dos direitos individuais e da esfera privada contra a intervenção do Estado.

A crise, portanto, do estado-providência se dá a partir de um processo de bloqueio e resistência do processo de inclusão social gradual e continuada, configurando, a partir do exercício do monopólio de criar o Direito, um verdadeiro bloqueio da emancipação social e das reformas de Estado. Segundo Pierre Rosanvallon em seu livro *La Crise de l'État-providence*, a crise do Estado de bem-estar social, que ocorreu nas décadas de 1970 e 1980, foi resultado das transformações econômicas e sociais que levaram ao esgotamento do modelo de Estado providência. Para o autor, o Estado de bem-estar social estava baseado em uma concepção de justiça social que buscava garantir a todos os cidadãos a igualdade de oportunidades e a proteção contra os riscos sociais. No entanto, as mudanças estruturais no mundo do trabalho e na economia, como a globalização e a crise do petróleo, tornaram o modelo insustentável. O livro de Rosanvallon contribuiu para o debate sobre as alternativas ao Estado providência, incluindo as propostas do neoliberalismo.

A possibilidade de revolução desapareceu e as modernidades subalternas foram colocadas enquanto competidores e inimigos do Direito formal. Este contexto levou a um processo de exclusão crescente da população, que nas últimas décadas de expansão formal dos direitos, criaram expectativas de inclusão ou, ao menos, possibilidade dela. Boaventura de Sousa Santos entende que essa exclusão é de duas naturezas, pré e pós-contratuais, a primeira se dá por impedir o acesso àqueles que nunca tiveram direitos, já a segunda trata daqueles que assinaram o contrato e foram considerados destinatário de direitos e reconhecimentos, mas que foram excluídos no curso de vigência do contrato, e deles foram subtraídas as possibilidades de retorno (o que ele denomina de sociedade civil incivil). Enquadra-se aí àqueles os sujeitos que ganharam cidadania no ponto de vista formal, mas que do ponto de vista material a sua realidade em nada transformou, continuando subordinadas às faltas e ausências (SANTOS, 2003).

Do ponto de vista contratualista, mesmo que eventualmente tenham

concordado com os termos do contrato, ou não, os sujeitos são colocados em um estado de natureza junto com aqueles que não concordaram e são deixados de fora do castelo dos direitos. Essa situação cria uma constante angústia sobre o presente e o futuro, onde os sujeitos perdem o controle das expectativas e são considerados “cães”, reduzidos a atos de sobrevivência (SANTOS, 2003). Acrescente-se a isso a teoria de Giorgio Agamben (2002), que define o termo “nudez de direito” como a exclusão de certas pessoas da proteção da lei, ou seja, uma situação em que a vida nua fica desprotegida de qualquer garantia legal, fazendo com que ela seja tratada como uma mera vida biológica (*zoé*)⁷, destituída de qualquer valor político ou jurídico. Agamben argumenta que a biopolítica, que é a gestão da vida pela política, promove a redução da *bios* à *zoé*, transformando a vida política em vida nua, desprovida de qualquer proteção legal ou política. Nesse contexto, a gestão política da morte se torna um elemento crucial para entender como o Estado moderno produz a exclusão e a violência em nome do poder político. Segundo Achille Mbembe (2018), a necropolítica é a gestão política da morte, que se baseia em critérios econômicos e raciais de escolha sobre quem deve morrer. Isso significa que, em determinadas situações, algumas vidas são consideradas menos valiosas e podem ser sacrificadas em nome do bem comum, perpetuando assim a violência e a exclusão.

A narrativa do contratualismo, que moldou a racionalidade ocidental moderna, foi imposta sem a concordância de muitos indivíduos, incluindo aqueles que não tiveram a oportunidade de fazer parte do grupo privilegiado “dentro” e aqueles considerados inferiores por uma suposta “natureza”, que sequer foram convidados a assinar o contrato. A lógica de exclusão é fundamental para a modulação contratual do mundo e, portanto, para o constitucionalismo. Como uma alternativa epistêmica para justificar o desenho social, o contrato pressupõe a associação de indivíduos específicos para proteger o espaço privado com as ferramentas do espaço público. Aqueles que assinam o contrato são considerados cidadãos, excluindo, portanto, estrangeiros, imigrantes, mulheres, negros, indígenas e outros que não tiveram a oportunidade de assinar (SANTOS, 2008b).

Mancel contribui para a leitura desse contexto de exclusão a partir da dicotomia e complementariedade das categorias de afetados, dominados ou excluídos que, em processo circular, modelam um paradigma de direito hegemônico:

O afetado é o que sofre os efeitos de um acordo válido alcançado. Ter consciência que é afetado é já resultado de um processo de libertação. Assim, o ponto de partida radical é “... a situação na qual o/a afetado/a não têm consciência de ser afetado/a”. Tal é o escravo que acredita ser por ‘natureza’ escravo. O dominado é o afetado intra-sistêmico, como a mulher sob o machismo, a classe operária sob o capitalismo. O excluído: “Por último há o afetado que estritamente estão ou não em relação de dominação, e que são excluídos [...], como o pobre que, excluído do processo produtivo, não tem condições de satisfazer suas próprias necessidades, isto é, reproduzir sua vida” (MANCEL, 2000, p. 72).

Este contexto consolida, segundo Boaventura de Sousa Santos (2003, 40-45), o enraizamento do que ele chama de “fascismo social”, pois este deixou de ser um sistema político para se caracterizar enquanto perfil do atual estágio civilizacional, onde se naturaliza regimes de trocas desiguais. O fascismo aparece com diversas roupagens, mas de uma forma geral ele fragiliza a democracia pelo mercado, convivendo com práticas de usurpação do poder do Estado, modo pelo qual este resta neutralizado, com ou sem seu próprio consentimento. Mas ele aparece também na sua forma de dominação via território, quando faz surgir novas espécies de coronelismo, fenômeno no qual o capital extravagante coopta as instituições e compromete os territórios.

2. POR UMA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito ocidental, socialmente excludente e politicamente apropriado pelo capital dá, contrafaticamente, vida à noção tradicional de direitos humanos, que correspondem a “[...] procesos y dinámicas sociales, políticas, económicas y culturales que se desarrollan históricamente em estrecha relación con la aparición y expansión del modo de producción y de relaciones sociales capitalistas”⁷⁸ (FLORES, 2005, p. 18).

Os direitos humanos estão umbilicalmente associados a uma gramática linguística-individualista e, em razão disso, a teoria clássica vai apresentar os direitos humanos em três gerações progressivas, acumulativa e linear. A primeira fase é devedora do “derecho del ciudadano burgués”, essencialmente relacionado aos direitos individuais, e que está diretamente ligado a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão. Já na segunda fase, o processo de superação está associado a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que consolidou os direitos individuais e acresceu direitos

de ordem social, com a “[...] necesidad de concretar la idea de derechos humanos con la exigencia de desarrollo económico, la reivindicación de la interdependencia entre derechos humanos y política democráticas de decisión popular” (FLORES, 2005, p. 18-19). Ao cabo, a terceira fase, onde os direitos transindividuais e homogêneos, que englobam ideais de fraternidade e solidariedade, como o direito à paz, ao meio ambiente, as garantias do biodireito e orientações no plano da bioética e da proteção aos bens artístico, históricos, culturais paisagísticos e estéticos, tudo isso compatível com os direitos individuais e sociais citados anteriormente.

Para Herrera Flores (2005, p. 186-208), o Direito hegemônico ocidental pretende-se enquanto linguagem universal. O autor registra que o Direito que conhecemos detém uma perspectiva eminentemente individualizadora dos direitos, associado esse à perspectiva universalizante apoiada pelo modelo de exercício do poder no globo. Contudo, o problema do universalismo está exatamente na sua falta de contexto, nos vazios que produzem suas generalizações.

É interessante a expressão que Flores (2005, p. 217) compartilha para pensar a possibilidade hegemônica dos Direitos Humanos: “o son derechos universales o no son derechos humanos”⁹. O autor indica que um pequeno grupo de intelectuais, depois da segunda grande guerra, encurralou a racionalidade do Direito e eliminou estruturas de significantes alternativos, subordinando-o ao interesse dos agentes do capital econômico, que se orientam na perspectiva única do acúmulo de capital. E nessa perspectiva, ser racional é ser universal.

Con sólo observar el contenido “inicial” de los derechos humanos: libertad contractual, libertad religiosa, propiedad privada de uno mismo y de los medios de producción, el derecho de moverse libremente por todos los lugares que a uno le interesen (ius comunicaciones) y el derecho a comerciar con todo lo que uno se encuentre (ius commerci), considerando como guerra justa cualquier intromisión ilegítima e “ilegal” em tales premisas racionales [...] (FLORES, 2005, p. 217).¹⁰

Herrera Flores diz que há uma prioridade do Direito sobre o bem, das liberdades individuais frente aos projetos vitais, o que “[...] es de una circularidad peligrosa para los colectivos que han sufrido una marginación histórica [...]”¹¹. Daí sai a fórmula de que o Direito passa a ser um fim em si mesmo, convertendo-se em injustiça e desigualdade, em uma inclinação de subversão ideológica do próprio Direito (2005, p. 254-9).

O conceito e linguagem do Direito são categorias particulares das

culturas ocidentais e colonizadoras, as quais tiranizam outras a partir da constante deformação impositiva da linguagem e da cultura. A ideia de Direito é essencialmente eurocêntrica e iluminista, publicamente comunicada no DUDH em 1948, que anuncia um projeto fundado primordialmente na liberdade individual (KNEEN, 2013). O Direito nessa versão apresenta o homem como um fim em si mesmo, através de um catálogo universal de Direitos que atende a todas as suas necessidades, através de um messianismo ocidental, revelado às sociedades subdesenvolvidas enquanto remédio ao atraso, criando uma espécie de fundamentalismo (SUPIOT, 2007).

Para Supiot, o positivismo reduziu a lei e a dissolveu no direito, em um catálogo de direitos individuais supostamente universal, onde os sujeitos são um fim em si mesmo e, com isso, armou a cultura contra as culturas, a crença contra as crenças (2007), empurrando segundo Legendre, a uma concepção de humanidade a uma armadilha carniceira (*apud* SUPIOT, 2007).

Essa perspectiva foi incorporada pelo positivismo e se traduz no comportamento dos atores sociais, tanto dentro quanto fora do campo do Direito. Eis que os jargões jurídicos de máxima vinculação ao positivismo estão na ponta da língua de todos: “según el derecho vigente”¹². Isto tudo alicerçado na perspectiva da “la ratio legis (razón de la ley) no es ley ni el derecho, ni siquiera está dentro del derecho, sino fuera del derecho”¹³ (TROPER *apud* SUPIOT, 2007, p. 121), na medida que integra um imaginário social retro legitimador da ordem jurídica.

A formatação dos Direitos Humanos ocidentalizada e individualista, dentre os múltiplos significantes, acaba escolhendo uma, atribuindo o significado individualista aos Direitos Humanos, mesmo quando há um claro choque a noção de gerações harmônicas de direitos. A economia de mercado demanda a conversão de tudo em recurso, seja humano ou natural, tendo que virar propriedade para poder ser comercializado (KNEEN, 2013). É aí que a segunda e terceira fase/dimensões/geração de direitos humanos se subordinam a primeira.

Os Direitos Humanos acabam por se formatar enquanto um sistema ideológico, seguro e que não ameaça as elites, já que sua formatação em ação do Estado é nula e permite o exercício pleno dos direitos individuais das elites que dominam os meios de produção do próprio Direito. Nessa formatação o Estado não é uma ameaça, pelo contrário, serve aos indivíduos e a plena efetividade de seus direitos individuais (KNEEN, 2013), pois não interfere nos planos da acumulação de capital.

Flores (2005, p. 218) cita Giordano Bruno¹⁴ para definir o *universalis-*

mo, que seria uma tarefa de asnos contra asnos, e com isso indica a cegueira das pretensões do universalismo que, ao fim, não presta a quase ninguém, a não ser as fontes culturais e políticas que se pretende universalizar. E nesse sentido que o modelo de universalismo é um recorte agressivo e castrador da diversidade e da dignidade em sentido ampliado, seja ela de qual modelo for.

Todo aquello que está fuera del círculo de racionalidad “empolvado” y “privilegiado” valía exactamente igual, o, como décimos, no valía nada, siendo, por consiguiente, legítimo invadirlos, apoderarse de todos sus recursos naturales, someterlos a servidumbre legal y, al final, “civilizarlos” em lo que “valía universalmente”: la concepción occidental de la dignidad¹⁵. (FLORES, 2005, p. 218).

Homi Bahbah (2013, p. 25), citando Kristeva, diz que o conceito de dignidade humana, forjado no interior da teoria do Direito foi alijado pela euforia dos humanistas clássicos, que esconderam os dramas, as alienações e os caminhos sem saída convergindo para uma perspectiva sufocante de dignidade enclausurada pelo unilateralismo cultural.

Esse universo cosmológico da perspectiva homogeneizante se pauta no paradigma da construção de um lugar comum generalizado. Sobre isto, Supiot (2007) indica que “el problema no es elegir entre la disciplina colectiva y la libertad individual, sino redefinir su necesaria combinación¹⁶”, pois essa combinação acaba por alijar a segunda perspectiva. É necessário reconstruir esse lugar como um lugar de diversidade, dotado de positividade e criatividade, onde seja permitido o encontro do múltiplo (FLORES, 2005, p. 222).

A noção tradicional de Direitos Humanos criou um sistema de dimensões ou gerações de Direitos Humanos, colocando no primeiro degrau os direitos individuais, depois na segunda geração os direitos de igualdade e, por último, na terceira geração, os direitos de fraternidade, numa clássica replicação dos ideais franceses. Contudo, parece-nos, apoiados nas leituras de Herrera Flores, que essa escada de direitos é frágil, principalmente porque pressupõem um processo sequencial de superação. O que ocorreu, na verdade, foi a expansão dos direitos formais enquanto os degraus anteriores continuaram inacabados (2005, p. 234). E, nesses termos, Kneen entende que a “lenguaje de los derechos permanece como una abstracción jurídica impotente¹⁷” (2013, p. 153), ou seja, um conjunto histórico de direitos sem fundamentos ontológicos e transcendentais, “no

puede existir la implementación de los derechos humanos, sino que tampoco hay ‘derecho’ dentro de estos ‘derechos’”¹⁸ (BALIBAR, 2016, p. 133).

Tronti diz que os Direitos Humanos são, em verdade, uma massa de experiências humanas que, pela sua formação histórica, desenharam uma humanidade genérica e que estão intrinsecamente ligadas a história, as lutas e as articulações de diversas naturezas, genéricas ou particulares, fazendo aparecer imagens de desejos, de vontades, de atos, de ideias, de vitórias, de experimentos e de conhecimentos (apud FLORES, 2005, p. 20-21).

É neste espaço, nesta brecha, que Grossberg, citando Willians, indica que na modernidade existem espaços entre conhecido/conhecível, experiência/discurso e vivido/articulado, que albergam a emergência da criatividade ou de outras modernidades, assim, há outros diagramas concretos de realidade instalados na realidade e que representam outros esquemas possíveis de estar no mundo e de viver que devem ser explorados (2012).

Com isto, parece que podemos ter um primeiro palpite para a pergunta formulada por Flores quando indaga a pretensa universalidade do DUDH e ainda continua sem efetividade em grande parte do mundo? Com isso, o autor nos provoca a repensar os Direitos Humanos a partir de um esforço de interpretação da realidade por outros enfoques (FLORES, 2005, p. 21). Esforço o qual abre espaço para a produção de uma abordagem crítica daquilo que se convencionou chamar de teoria crítica dos Direitos Humanos, a qual apresenta, como ponto de partida, uma inflexão sobre a ideia sistêmica de violência social, a qual:

[...] ponen en juego dispositivos de captura, de difuminación y de extinción de la creatividad y capacidades sociales, dispositivos que articulan estratégicamente con ese fin conocimientos técnicos, normas jurídicas, relaciones de autoridad, saberes prácticos, morales, mecanismos de disciplina y de control, etc. Esta constatación, nos conduce a la afirmación de una teoría crítica de los derechos humanos que se oponga a las simplificaciones que proponen oponer - como única forma de resistencia - a la complejidad de esos dispositivos de captura y de extinción de la creatividad social una metodología puramente jurídica.¹⁹ (FLORES, 2005).

Essa violência social se reproduz em silêncio, que são para Homi Bahbah.

[...] síntomas de la muerte social, lugares de opresión y ex-

clusión, huellas de la negación de los derechos humanos, memoriales erigidos em honor de aquellos deliberados lapsus de la memoria encargados de enterrar el pasado de tantos pueblos desplazados y colonizados”²⁰ (2013, p. 170).

Uma sociedade expropriada pelo capital convive com o aniquilamento disfarçado como uma grande promessa de futuro e cria um mercado que se expande e fabrica um vazio político, buscando sua realização em espaços sem vínculos sociais, onde se abdica do direito de significar. Os Direitos Humanos foram expostos na pós-modernidade a uma miséria psicológica e submeteram tal miséria às massas humanas, que induz a produção padronizada da subjetividade, onde a leitura do mundo se dá por encadeamento vigiado e controlado da verdade que dependem da força de linguagem, o que leva a morte do desejo e a um absoluto terror instituído e internalizado, gerando povos famintos e sem perspectivas (WARAT, 1997).

Há uma quantidade incrível de intelectuais e políticos que dão cabedal teórico para o aprisionamento dos Direitos Humanos, que sustentam uma orientação de normalidade para o sistema, que foi constituída e escrita na versão historicamente consumada de Direitos Humano (WARAT, 1997).

O fundamentalismo aos Direitos Humanos na modernidade criou uma pretensão impositiva frente aos estados e as outras culturas, que o colocou em face de uma guerra antiocidental (SUPIOT, 2007). Contudo, Homi Bahbah (2013) é entusiasta de um movimento que permita uma reflexão para criar lugar para as narrativas da vida cotidiana, expandindo as oportunidades para que os povos possam contar suas histórias.

Parece que esse entendimento se coaduna com o pensamento de Rodrigo Calderón Astete (2005, p. 75), interessado na teoria crítica dos Direitos Humanos, indica que esta cria um psicopoder, inaugurando condições de possibilidade para que a teoria possa potencializar o olhar, o analisar, o julgar e, ainda, um produzir e reconstruir realidades através da associação do corpo com a psiqué, permitindo o preenchimento e orientações para as práticas de construção de outros mundos possíveis.

As condições iniciais da teoria crítica em Direitos Humanos acrescentam ainda dois outros elementos a serem considerados para a elaboração dessa perspectiva, qual seja, a satisfação dos desejos e a apresenta-

ção de necessidades renovadas. Trata-se de uma perspectiva que estimula novas práticas de antagonismo de combate para uma outra ordem social que tangencie a formatação neoliberal e hegemônica que deixou, e vem deixando, fissuras e sensações de vazio (FLORES, 2005, 22-7).

Na concepção de Santos, a possibilidade de ruptura com a teoria tradicional dos Direitos Humanos, cega essa para as questões do pluralismo e da diferença, está em dimensões de resistência e de linguagens de emancipação, isto a partir de movimentos do cosmopolitismo subalterno, na sua forma mais radical, seja a partir da desobediência civil, guerras, guerrilhas ou manifestações de rua. A resistência cria zonas de contatos, as quais são, para este autor, espaços de circulação de ideias e saberes, onde agências normativas se encontram e mutuamente se repelem, subvertendo a assimetria. É nessas zonas de disputa que novos códigos são inventados, a partir de uma experimentação antimonopolista de nítido reconhecimento, é a partir dessas zonas que se criam dignidades negociadas (2003).

Para este contexto, Flores (2005, 29) diz que é necessário: (1) uma visão realista e lúcida do mundo, essencialmente fragmentária e o que permite saber onde estamos e para onde vamos; (2) a formatação de um protagonismo combativo das minorias, com fundo ofensivo e; (3) ainda, a necessária apropriação, pelas coletividades, de espaços de poder, exigindo reconhecimento público, principalmente onde há mais fragilidades e menos resistência legal. Contudo, esse sistema teórico deve ser capaz de instrumentalizar as pessoas para o enfrentamento das opressões, exclusões e injustiças, as quais não se reduzam as dimensões meramente procedimentais, jurídicas e unicamente teóricas. Mas sim, por outro lado, conferindo aos sujeitos históricos um caráter real, que desafiem os caminhos universais, que é produto exclusivo do neoliberalismo (FLORES, 2005, p. 181-4);

Não é que a teoria crítica dos Direitos Humanos seja uma proposta salvadora e saída única para uma outra realidade possível, ela é, na verdade, um propulsor dos desejos e potências das camadas mais baixas, que estimula e capacita teoricamente a produção de novas realidades (FLORES, 2005, p. 30-1).

Uma perspectiva para e dos Direitos Humanos tem que voltar sua visão para o reconhecimento da diferença, enquanto chave de linguagem numa dimensão polimórfica:

[...] lo que enriquece nuestra realidad son las diferentes formas de vida, las distintas percepciones y modos de enten-

der el propio cuerpo, la continua experimentación social a la hora de ejercer prácticas sociales y comunitarias. Ahora bien, irrumpir en lo real a través de tales “procesos de diferenciación”²¹ [...] (FLORES, 2005, p. 39).

Rodrigo Caldeirón (2005, p. 87-9), registra que tanto os sujeitos quanto os direitos precisam de uma constante atualização, o qual deve ocorrer em diversos espaços imbricados na produção do Direito, seja na sua dimensão formal e institucionalizada, quando na sua esfera dilatada, alcançando a produção das relações concretas no mundo real, constituindo uma verdadeira teia. O ponto aqui é romper com a ideia de produção exclusiva de direito nas estruturas do Estado sem, ao mesmo tempo, negar que lá aconteça buscando tangenciar as dimensões burocratizadas de sua elaboração e disputa institucionalizada, seja na esfera legiferante (pelas regras da política), seja pela ideia do judicial (processo).

Embora Rodrigo Caldeirón Astete entenda que a luta pela ressignificação do Direito se dê majoritariamente no campo concreto de disputa, é também um entusiasta da luta possível pela via institucional do judiciário, indicando que os sujeitos concretos podem se apropriar do instrumento do Direito enquanto potencial de conquista de direitos, reconhecimento e respeito:

[...] el derecho puede ser una herramienta de esa lucha, un instrumento de enormes potencialidades y aplicaciones, que encuentra su fundamento precisamente en esa doble significación del derecho como norma y como sentido común de justicia, en la doble localización de lo institucional y lo social y que permite, por lo mismo, una reapropiación de esos espacios por los actores sociales que sean capaces de constituirse em sujetos jurídicos, políticos y sociales em forma integrada. El derecho, incluso el derecho formal e institucional puede ser utilizado y movilizado em beneficio de luchas sociales y/o como herramienta de defensa y conquista de espacios por los sectores sociales em lucha por sus necesidades y su dignidad, como bien lo demuestra la larga historia de lucha por los Derechos Humanos.²² (ASTETE, 2005, p. 90).

Sobre isto, Herrera Flores (2005, p. 222) indica que no interior dessa linguagem do Direito, enquanto ferramenta possível de luta, os Direitos Humanos deveriam ser o nosso instrumental mais direto de esgrima. Contudo não é bem assim que ocorre, pois a formatação teórica e a manipulação dos Direitos Humanos pela teoria tradicional fragilizaram sua posição de resistência, servindo inclusive para sustentar o modelo he-

gemônico do direito individual em face das demais classes de direitos, tais como os direitos sociais, direitos coletivos e direitos transindividuais, como se pode identificar estes esforços em Flávio Konder Comparato (2008), Flávia Piovesan (2016) e Ingo Sarlet (2010), entre outros. Para Herrera Flores (2008), pela teoria tradicional dos direitos humanos se justificam porque somos, por redundância, humanos, criando uma plataforma que viabiliza a busca do próprio direito, que estão, por sua vez, vinculados pela ideia de extensão e generalização.

Uma teoria crítica dos Direitos Humanos tem (1) que ser capaz de atacar e ressignificar os núcleos duros das teorias neoliberais de direito, conseguindo reutilizar, com versatilidade e flexibilidade seus códigos e, ainda, (2) apresentar formas de manejo dos desejos em moralidades obscurecidas (ASTETE, 2005, p. 93). Esse recorte de possibilidade permite repensar a produção de espaços autônomos e autogestionáveis no interior dos próprios Direitos Humanos, tangenciando o que Flores chama de *espaciídios* (2005), que deriva da falta de reconhecimento e determina as minorias ao enclausuramento puro e simples, com a limitação de locomoção, liberdades diversas e, ainda cerceia as condições de reprodução das identidades culturais, e outras repercussões.

Nessa inclinação de resistência, Rodrigo Caldeirón Astete (2005, p. 99-100) fala da necessidade de organizar um banco de dados da memória, ou melhor, de contramemória “de las luchas sociales y sus lecciones para la actuación política”²³, enquanto jeito de produzir e organizar as novas lutas a partir das contradições vividas, criando fugas da racionalização (MORIN, 2011), inserindo entropia no sistema direito e, com isto, permitindo novas potências de ordens outras.

Para Herrera Flores, uma teoria crítica dos direitos humanos demanda um processo de reapropriação temporal e histórica de suas próprias estruturas pelos sujeitos históricos, por isso seu resultado é sempre provisório, mas sempre promissor para expansão da vida e diversidade.

Por tanto, nosotros no comenzamos por “los derechos”, sino por los “bienes” exigibles para vivir con dignidad: expresión, confesión religiosa, educación, vivienda, trabajo, medio ambiente, ciudadanía, alimentación sana, tiempo para el ocio y la formación, patrimonio histórico-artístico.²⁴ (FLORES, 2008, p. 23).

Foi só no final do século XX que os mecanismos internacionais foram surgindo, a partir de processos de incorporação de tratados que res-

pondiam a demandas particulares de atualização, no Brasil essas pautas se traduziram na demanda pelo meio ambiente, das mulheres, da emissão de gases, das comunidades indígenas, dos deficientes, entre muitas outras. Uma teoria crítica dos Direitos Humanos tem uma tarefa bastante específica, que é produzir significado a partir de elementos de tolerância, coexistência e diversidade, os quais constituem o caminho para a dignidade de diversas naturezas (FLORES, 2005, p. 181-6).

Junto ao conhecido Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, celebrado ainda que com resistência do bloco capitalista que ditou o desenho do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no mesmo ano, avizinham-se pactos de equilíbrio entre as esferas dos reclames internacionais por direitos, como por exemplo a Carta Cultural da África da OUA (Organização da Unidade África) de 1976, substituída pela Carta da Renascença Cultural de 2006, além da Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos, de 1981, todas estas convenções destacam a universalidade dos Direitos Humanos, incluindo aí o reconhecimento e respeito aos valores tradicionais e culturais reconhecidos pelas comunidades, além da autodeterminação como elemento central, o que vemos também na Convenção 169 da OIT. Ao cabo, vale ainda citar a Proclamação do Teerã, de 1968, onde os direitos individuais são contrabalanceados com os direitos sociais e coletivos.

Com a ampliação das ferramentas e instrumentos internacionais de proteção jurídico-formal, temos experimentado uma sequência ininterrupta e continuada de Direitos Humanos em múltiplas dimensões. Foi a teoria universalista e unidimensional de Direitos Humanos responsável pelo alijamento da efetivação dos próprios Direitos Humanos, provocando processos sociais de reinterpretção das liberdades desde um ponto da política, onde os sujeitos são os emancipadores e construtores das condições sociais, econômicas e culturais (FLORES, 2005, p. 228-9). A diversidade deve ser considerada um critério da universalização dos Direitos Humanos, permitindo assim uma leitura dos direitos que se adeque as uma nova ecologia dos saberes, que permita a substituição do conhecimento-regulação pelo conhecimento-emancipação (SANTOS, 2005), que absorve pluralidades e modos de viver

De acordo com Warat (1997), as práticas de Direitos Humanos são práticas e discursos de preservação do amor, que precisam portar práticas

libertatórias, que permitam que o homem reencontre seus vínculos perdidos com a vida. Este encontro com a vida citado por Warat, seria compatível com a interpretação que Gilroy, citado por Grossberg (2012), que indica as possibilidades de interpretação da mordenidade, principalmente quando diz que esta se trata de uma ecologia particular de pertencimento, o que permite revelar diversos diagramas do viver constante no mundo.

Quando se ignora as incertezas dos desejos e do pensamento, os Direitos Humanos ficam reduzidos a crenças elaboradas as margens da realidade, impedindo a renovação e o compromisso do homem com o seu corpo, vida e histórica (WARAT, 1997).

Flores (2005, p. 245) cita que a maior dificuldade de implementação dos Direitos Humanos está no nível da efetividade na escala dos direitos sociais e coletivos, pois esses demandam um processo positivo de comportamento dos Estados, diferentemente dos direitos individuais, que clamam pela inércia do Estado. Nesse sentido, os direitos sociais, econômicos e culturais sofrem um processo de degradação, já que sua própria existência demanda uma intervenção que é resistida pela burguesia capitalista.

A faceta desse Direito é colonialista, o que para Santos, representa um “conjunto de trocas extremamente desiguais que assentam na privação da humanidade da parte mais fraca como condição para explorar ou para excluir como descartável” (2008a, p. 37).

Esse Direito detém características muito bem conhecidas por nós, é encapsulado pelo Estado, “cuyas instituciones y leyes, y sobre todo las Constituciones, están aparentemente inscritas en piedra” (SANTOS, 2010f, p. 111), e operava no império da disjunção, “redução e abstração cujo conjunto constitui o [...] paradigma da simplificação” (MORIN, 2011, p. 11), por esse paradigma ele destrói o conjunto e a totalidade do tecido social. Por essa “visão mutiladora e unidimensional, paga-se bem caro nos fenômenos humanos: a mutilação corta na carne, verte o sangue e expande o sofrimento” (MORIN, 2011, p. 12).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma teoria crítica dos Direitos Humanos, buscamos um paradigma de direitos que identifica suas fontes e cria pontos de encontro. Esses pontos de encontro permitem que as fontes possam colidir e gerar

focos de reconhecimento, em vez de retração, como as zonas de contato de Boaventura de Sousa Santos. A teoria crítica dos Direitos Humanos sugere algumas possibilidades positivas para usos alternativos dessa linguagem, que podem resultar em novas relações sociais e uma vida diferente. Apesar de representar apenas ilhotas de ações e princípios de pensamento não mutilante e, portanto, libertário, essas texturas embrionárias são significativas (MORIN, 2010b, p. 63).

Nosso estudo parte da concepção do direito como forma, despidendo-o de moralidade *a priori*, mas que é preenchida historicamente por processos e contextos sociais. Mapeamos aquilo que chamamos de Direito e o associamos a um fenômeno localizado no tempo e no espaço, identificando suas perspectivas eurocêntricas, as quais ganharam potência na história do direito, se projetando como espaço hegemônico e predador, ou seja, uma modalidade de direito bastante específica que se projeta para o mundo e se replicação sobre outros embriões do fenômeno jurídico, silenciando-os.

O direito ocidental criou a linguagem universal dos direitos humanos, em uma projeção de universalidade a partir de um contexto, mas esta particularidade sobrepujou outras, amordaçando suas potências regulatórias. Os direitos humanos na sua versão eurocêntrica passaram a ser a linguagem universal do silenciamento das particularidades.

A teoria crítica dos direitos humanos vai acionar outras linguagens, refletir sobre a pseudo-universalidade comunicada pelo paradigma tradicional dos direitos humanos, permitindo a renovação de seus elementos e criando espaços de fricção que permitem a germinação de outras possibilidades. O teor de dignidade da pessoa humana passa então por processos de reificações de significação, incorporando a complexidade da vida estranhas a tabulação tradicional. Por esta perspectiva, o pluralismo e outros neoconstitucionalismos do sul vão impulsionar novos processos de preenchimento dos signos do direito, permitindo o surgimento de novas ecologias de moralidade, de cosmovisões, de conhecimento e de integração.

Em resumo, podemos afirmar que a teoria crítica dos direitos humanos é uma resposta – não a única – às críticas de que a noção tradicional dos direitos humanos é eurocêntrica e comprometida com os valores do colonialismo e do neoliberalismo. De fato, a teoria crítica dos direitos

humanos aponta para a necessidade de construir um mundo não apenas mais justo, mas também mais pluridiverso, ou seja, que reconheça e valorize a diversidade cultural, étnica, religiosa, de gênero e de orientação sexual. A teoria crítica dos direitos humanos sugere possibilidades positivas para usos alternativos dessa linguagem, que podem resultar em novas relações sociais.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ASTETE, Rodrigo Calderón. Derechos, Seducción y Poder: A propósito de las luchas por los derechos humanos y la transformación social. In: MOURA, Marcelo de Oliveira (Org). **Irrompendo no real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos**. Pelotas: EDUCAT (Editora da Universidade Católica de Pelotas), 2005, p. 69-108.

BALIBAR, Etienne. Sobre la política de los derechos humanos. In: **Derecho y Crítica Social**. Vol. II, nº 2, 2016, p. 131-150.

BHABHA, Homi K. **Nuevas minorias, nuevos derechos**. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2013

BROWN, Wendy. **Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution**. New York: Zone Books, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Conferência Internacional de Direitos Humanos. **Proclamação do Teerã**, 13 de maio de 1968.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FLORES, Joaquín Herrera. Introducción General. In: MOURA, Marcelo de Oliveira (Org). **Irrompendo no real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos**. Pelotas: EDUCAT - Editora da Universidade Católica de Pelotas, 2005, p. 17-46.

_____, Joaquín Herrera. *La verdad de una teoría crítica de los derechos humanos*. In: MOURA, Marcelo de Oliveira (Org). **Irrompendo no real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos**. Pelotas: EDUCAT - Editora da Universidade Católica de Pelotas, 2005b, p. 179- 260.

_____. **La reivención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

GROSSBERG, Lawrence. Em busca de las modernidades. **Estudios culturales em tempo futuro: como es el trabajo intelectual que requiere el mundo de hoy**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

KNEEN, Brewster. **La tiranía de los derechos**. Itanzaigó: Cienflores, 2013

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo universitário.1983.

MANCIEL, E. A. Uma introdução conceitual às filosofias da libertação. **Revista Nova Fase: Libertação - Libertación**, Curitiba: IFIL, Ano 1, n.1, 2000, p. 25-80.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo, n-1 edições, 2018.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** Petrópolis: Vozes, 2010b.

OIT – Organização Internacional do Trabalho, **Convenção nº 169**, de 7 de junho de 1989 – Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 1948.

OUA – Organização da Unidade África. **Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos**, em 27 de julho de 1981, Nairóbi/Quênia.

OUA – Organização da Unidade África. **Carta Cultural da África**, de 1976.

OUA – Organização da Unidade África. **Carta da Renascença Cultural**, de 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Pedagógico, 1995.

ROSANVALLON, Pierre. **La Crise de l'État-providence**. Paris: Éditions

du Seuil, 1981.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o Direito ser emancipatório? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, maio, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sul**. Lima: Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Editora Civilização brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008b.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WARAT, Alberto Luiz. **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997

'Notas de fim'

1 “não contem comigo para fazer o correto” – tradução livre dos autores.

2 “quem representa o Estado e quem exerce realmente o poder do dito Estado” – tradução livre dos autores.

3 “à linguagem dos direitos se converte simplesmente em uma máscara moralista para o exercício do poder” – tradução livre dos autores.

4 “ilusão de intenções, que seguramente são boas intenções, por trás das quais se levam a cabo a individualização e a privatização sem obstáculos” – tradução livre dos autores.

5 “qualquer discurso dos ‘direitos’ pressupõe um sujeito autônomo e egocêntrico” –

tradução livre dos autores” – tradução livre dos autores.

6 “na jaula de sua própria visão de mundo e é alheio ao sentido que os otros homens dão” – tradução livre dos autores.

7 Bios se refere à vida em sua dimensão política, ou seja, a vida considerada em relação às suas possibilidades e à sua realização em sociedade, enquanto zoé se refere à vida em sua dimensão biológica, ou seja, a vida enquanto mera sobrevivência biológica.

8 “[...] processos e dinâmicas sociais, políticas, econômicas e culturais que se desenvolvem historicamente em estreita relação com a aparição e expansão do modo de produção e de relações sociais capitalistas” – tradução livre dos autores.

9 “ou são direitos universais ou não são direitos humanos” – tradução livre dos autores.

10 “Com somente observar o conteúdo “inicial” dos direitos humanos: liberdade contratual, liberdade religiosa, propriedade privada individual e dos meios de produção, o direito de ir e vir livremente para todos os lugares que lhe interesse (direito de comunicação) e o direito de comercializar com todo mundo que se encontre (direito comercial), considerando como guerra justa qualquer intromissão ilegítima e “ilegal” em tais premissas racionais [...]” – tradução livre dos autores.

11 “[...] é de uma circularidade perigosa para os coletivos que sofreram uma marginalização histórica [...]” – tradução livre dos autores.

12 “segundo o direito vigente” – tradução livre dos autores.

13 “a ratio legis (razão da lei) não é lei nem direito, nem sequer está dentro do direito, senão fora do direito” – tradução livre dos autores.

14 Giordano Bruno, foi um ex-monge e intelectual do campo da filosofia, de origem italiana, e produziu suas reflexões filosóficas no século XVI.

15 “Todo aquele que está fora do círculo de racionalidade “empoeirada” e “privilegiada” valia exatamente igual, ou, como dizemos, não valia nada, sendo, por conseguinte, legítimo invadi-los, apoderar-se de todos seus recursos naturais, submetê-los a servidão legal e, ao final, “civilizar-los” naquilo que “valia universalmente”: a concepção ocidental de dignidade” – tradução livre dos autores.

16 “o problema não é eleger entre a disciplina coletiva e a liberdade individual, senão redefinir sua necessária combinação” – tradução livre dos autores.

17 “linguagem dos direitos permanece como uma abstração jurídica impotente” – tradução livre dos autores.

18 “não pode existir implementação dos direitos humanos, mas também não existe ‘direito’ dentro desses ‘direitos’” – tradução livre dos autores.

19 [...] entram em jogo dispositivos de captação, obscurecimento e extinção da criatividade e das capacidades sociais, dispositivos que articulam estrategicamente para esse fim conhecimentos técnicos, normas jurídicas, relações de autoridade, saberes práticos e morais, mecanismos disciplinares e de controle, etc. Esta constatação nos leva à afirmação de uma teoria crítica dos direitos humanos que se opõe às simplificações que se propõem a opor - como única forma de resistência - à complexidade desses dispositivos de captura e extinção da criatividade social, uma questão puramente jurídica. – tradução livre dos autores.

20 [...] sintomas da morte social, lugares de opressão e exclusão, síntomas de la muerte social, lugares de opresión y exclusión, vestigios da negação dos direitos humanos, memoriais levantados em honra daqueles deliberados lapsos de memória encarregados de sepultar o pasado de tantos povos expulsos e colonizados” – tradução livre dos autores.

21 [...] o que enriquece a nossa realidade são os diferentes modos de vida, as diferentes percepções e formas de compreender o próprio corpo, a experimentação social con-

tínua no exercício das práticas sociais e comunitárias. Agora, entrar na realidade através de tais “processos de diferenciação” – tradução livre dos autores.

22 [...] o direito pode ser uma ferramenta desta luta, um instrumento de enormes potencialidades e aplicações, que encontra o seu fundamento precisamente nesse duplo significado do direito como norma e como sentido comum de justiça, na dupla localização do institucional e do social e que permite, pelo mesmo motivo, uma reapropriação desses espaços por atores sociais capazes de se tornarem sujeitos jurídicos, políticos e sociais de forma integrada. O direito, incluindo o direito formal e institucional, pode ser utilizado e mobilizado em benefício das lutas sociais e/ou como ferramenta de defesa e conquista de espaços pelos setores sociais na luta pelas suas necessidades e dignidade, como demonstra claramente a longa história pelos Direitos Humanos – tradução livre dos autores.

23 “das lutas sociais e suas lições para a atuação política” – tradução livre dos autores.

24 Portanto, não partimos dos “direitos”, mas dos “bens” necessários para viver com dignidade: expressão, confissão religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação saudável, tempo de lazer e formação, patrimônio histórico-artístico. – tradução livre dos autores.

OMUNDO DO TRABALHO NO SÉCULO XXI E AS DIFICULDADES DECORRENTES DO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL BRASILEIRO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

THE WORLD OF LABOR IN THE 21ST CENTURY AND THE
DIFFICULTIES ARISING FROM THE CURRENT BRAZILIAN
POLITICAL SCENARIO IN RELATION TO WORKERS RIGHTS

EL MUNDO DEL TRABAJO EN EL SIGLO XXI Y LAS
DIFICULTADES DERIVADAS DEL ACTUAL ESCENARIO
POLÍTICO BRASILEÑO PARA LOS DERECHOS DE LOS
TRABAJADORES

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. O cenário atual do mundo do trabalho; 3. As dificuldades dos trabalhadores no período Temer; 4. As dificuldades dos trabalhadores no período Bolsonaro; 5. Os direitos retirados pelo Estado e a reorganização dos trabalhadores; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente artigo analisa as relações trabalhistas e a legislação correspondente devido às mudanças introduzidas nos últimos anos. Tais mudanças no cenário desafiador verificado desde o final do século passado, no qual as mudanças tecnológicas atingiram um patamar bastante elevado, exigiram uma revisão das abordagens que o sindicalismo imprimia às suas atividades. Nessa situação, a ação do Estado, que devia buscar equilibrar as relações capital-trabalho, tem servido apenas para reforçar o padrão de exploração.

Como citar este artigo:
DA COSTA, Ataídes,
REIS, Suzete. O
mundo do trabalho
no século XXI e
as dificuldades
decorrentes do
cenário político atual
brasileiro aos direitos
do trabalhadores.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 181-199

Data da submissão:
27/12/2021

Data da aprovação:
14/02/2024

1. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - Brasil
2. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - Brasil

O presente estudo está fundado em indicações legais e doutrinárias e, aplicando a metodologia dedutiva, permitiu concluir que as alterações introduzidas no último período são prejudiciais aos trabalhadores.

ABSTRACT:

This article analyzes labor relations and the corresponding legislation due to changes introduced in recent years. Such changes, in the challenging scenario seen since the end of the last century, in which technological changes reached a very high level, required a review of the approaches that trade unionism took to its activities. In this situation, State action, which should change the balance of capital-labor relations, has only served to reinforce the pattern of exploitation.

This study is based on legal and doctrinal indications and, applying deductive methodology, a survey that concludes that the changes introduced in the period are harmful to employees.

RESUMEN:

Este artículo analiza las relaciones laborales y la legislación correspondiente debido a los cambios introducidos en los últimos años. Tales cambios en el desafiante escenario verificado desde fines del siglo pasado, donde los cambios tecnológicos alcanzaron un nivel muy alto, requirieron una revisión de los enfoques que el sindicalismo dio a sus actividades. En esta situación, la acción del Estado, que debería buscar un equilibrio de las relaciones capital-trabajo, ha servido solo para reforzar el patrón de explotación. Este estudio se basa en indicaciones legales y doctrinales y, aplicando la metodología deductiva, permitió concluir que los cambios introducidos durante el período son perjudiciales para los trabajadores.

PALAVRAS-CHAVE:

Reforma Trabalhista; Globalização; Inovações Produtivas; Sindicalismo.

KEYWORDS:

Labor Reform; Globalization; Productive Innovations; Trade Unionism.

PALABRAS CLAVE:

Reforma laboral; Globalización; Innovaciones productivas; Sindicalismo.

1. INTRODUÇÃO

O período recente tem sido marcado por intensas transformações tecnológicas. Notadamente as últimas quatro décadas foram pródigas nesse sentido. Se as mudanças mudaram nossa vida doméstica, com o surgimento de facilidades como o controle remoto da televisão, o vidro elétrico do carro e o telefone celular no bolso, elas foram intensas, também, no universo econômico, que agrega valor às atividades humanas e produz riquezas.

Nesse cenário, o mundo do trabalho foi ocupado por uma avalanche de mudanças, seja nos processos produtivos, seja nos direitos dos trabalhadores. E o movimento sindical, instrumento de defesa desses direitos, precisou responder rápida e criativamente às mudanças, apesar de precisar fazê-lo com extremas dificuldades.

Importante destacar o papel e a forma de intervenção do Estado nessa conjuntura. Com o papel de regular, harmonizar e equilibrar as relações entre os diversos atores sociais com o uso das ferramentas que lhe são inerentes, tais como o arcabouço legal e o poder de polícia, o que se vê é justamente o contrário, com uma ação pública que usa o discurso da necessidade de competitividade econômica para justificar a forma de sua influência, voltando-se a facilitar o processo de apropriação da riqueza pela classe empresarial, ora reduzindo direitos trabalhistas previstos em lei desde o período anterior, ora restringindo o poder de reação dos sindicatos.

As pesquisas serão desenvolvidas por meio de consultas de normas legais e da literatura especializada, visando destacar a relevância da matéria no momento atual, com enfoque nas consequências verificadas no cotidiano dos trabalhadores e na atuação esperada das entidades sindicais. O desenvolvimento do trabalho busca identificar quais aspectos na atividade sindical precisam ser revistos para ultrapassar o momento atual.

2. O CENÁRIO ATUAL DO MUNDO DO TRABALHO

As décadas finais do século XX experimentaram um grande salto tecnológico na área da eletrônica e microeletrônica, impulsionadas, principalmente, pela pesquisa voltada para a corrida espacial e para a indústria bélica. Essas inovações logo seriam introduzidas no ambiente da produção ao redor do mundo, principalmente nos ambientes industriais, produzindo

do um novo ciclo de crescimento calcado no aumento da produtividade, na melhora da qualidade e no ganho de harmonização e padronização dos produtos. No Brasil, ato contínuo, foi também nesse período que vimos emergirem novas lutas operárias, com uma intensidade que lembrava o começo do século e seus sindicatos independentes do governo.

O período era dos setores da ditadura militar e o consequente relaxamento do aparelho repressivo sobre os sindicatos permitiu que uma nova leva de lideranças sindicais renovasse as direções das entidades, desalojando sindicalistas “de carreira” com a vitória de várias chapas de oposição sindical país afora. Foi nesse período que ocorreu o surgimento das duas principais centrais sindicais do país, a Central Única dos Trabalhadores – CUT – e a Força Sindical.

O renascimento do movimento sindical deu-se em um ambiente de grande contestação da legislação trabalhista e sindical. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – foi duramente criticada em suas quatro décadas de existência, assim como as amarras legais à livre organização dos trabalhadores. A unicidade sindical era atacada, pois limitava a atuação das categorias, principalmente naquelas entidades que ainda estavam sob a direção de lideranças antigas e pouco combativas. Porém, a representação oficial das categorias definidas em lei impedia o surgimento de experiências autônomas, restando apenas a disputa eleitoral nas entidades reconhecidas pelo Governo para construir outra experiência de condução e práticas sindicais. A contribuição sindical obrigatória (hoje facultativa) também era alvo constante de críticas, seja pelos trabalhadores, seja pelas oposições e pelas novas direções sindicais. Foi possível perceber algumas experiências de sindicatos que devolviam o valor da contribuição sindical obrigatória aos trabalhadores que estivessem sindicalizados. Mas, de forma geral, pouco se avançou nessas experiências, não chegando a haver um movimento que promovesse alterações legislativas significantes.

O mesmo não se pode dizer dos ambientes produtivos, principalmente na indústria. A introdução da microeletrônica revolucionou os processos de trabalho, aumentou a produtividade e incrementou lucros, exigindo que um novo trabalhador fosse construído.

As mudanças ocorreram primeiramente na produção propriamente dita. Albuquerque (1990, p. 265) relata que a produtividade na década de 1980, por exemplo com a introdução de máquinas automatizadas pro-

gramáveis com comandos numéricos na indústria mecânica, cresceu de 3 a 20 vezes, dependendo do tipo de maquinário analisado. A Comissão de Fábrica da Ford de São Bernardo do Campo identificou o resultado dessas mudanças na instalação de uma nova planta, na qual a empresa fez uso intenso de robotização e automatização: a produção passou de 400 carros/dia em 1980, para 700 carros/dia em 1985, mantendo-se o número de empregados nos mesmos 10.000 trabalhadores. As mudanças chegaram também ao setor de serviços. No setor bancário, um dos que tiveram fortes investimentos em automação, o processamento da compensação de cheques cresceu 19,6% de 1979 a 1982, enquanto o número de trabalhadores envolvidos cresceu apenas 10,2%, a metade (1990, p. 266-267).

As mudanças foram estruturais, alterando o modo de trabalho de todos os setores produtivos, de uma forma ou de outra. A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP – apresentou os dados de atividade industrial e ocupação de mão de obra na década encerrada em 1987: crescimento de 34,2% no nível de atividade, mas de apenas 6,5% no nível de ocupação de pessoal (ALBUQUERQUE, 1990, p. 268). Ou seja, as novas tecnologias foram implantadas para poupar mão de obra, reduzir o número de pessoas envolvidas, ao invés de construir condições de trabalho menos estafantes ou mesmo jornadas de trabalho mais curtas, saudáveis e confortáveis.

A outra área que mais houve inovação, irmã siamesa da produção, foi exatamente o controle dessa produção: quanto se produz, como se produz, quanto tempo de trabalho é necessário para auferir receitas que paguem a folha de salários, como identificar e reduzir os poros¹ na produção, como reduzir o tempo de máquina parada, quanto insumo deve ficar em estoque e quando deve ocorrer a próxima entrega, qual o momento certo para fazer manutenção preventiva ou preditiva, etc. Questões que o empresariado passa a conhecer e dominar cada vez em maior profundidade. E qual a importância disso?

Se aceitarmos a assertiva de que a relação capital-trabalho se desenvolve nos ambientes de produção de forma, basicamente, a garantir a apropriação da riqueza gerada pelo trabalho, é natural que o conhecimento e o controle desse processo produtivo são fatores importantes. A disputa pela riqueza produzida pelo trabalho passa pelo conhecimento e controle sobre o processo de produção dessa riqueza. Ou seja, quem tiver

controle sobre o processo, controla a riqueza produzida e pode se apropriar dela e de seus resultados mais facilmente, sejam eles financeiros ou não. O controle gerencial sobre a produção tem a ver “com uma disputa política que se trava no interior da fábrica entre o poder empresarial e o movimento dos trabalhadores” (ALBUQUERQUE, 1990, p. 278). Por isso, o controle sobre o processo produtivo sempre foi um tema de profunda tensão entre sindicatos de trabalhadores e empregadores.

Peliano nos ensina que “a adoção da nova tecnologia (...) abriu a oportunidade de introduzir certos mecanismos na organização da produção que aumentam significativamente o controle técnico sobre o ritmo e a intensidade do trabalho”. Albuquerque vai além e arremata que o empresário, com essas iniciativas, está “buscando, em última instância, ampliar o seu controle sobre o conjunto do processo de produção, debilitando a capacidade de luta e defesa do movimento operário” (ALBUQUERQUE, 1990, p. 282).

A automatização das linhas de produção industrial incorporou alto controle do empresário sobre a produção, transformando o trabalhador em mera peça passiva na engrenagem, totalmente sem condições de interferir no ritmo do trabalho, cada vez mais intenso. A total automação aumenta o controle sobre o processo, tornando “mais fácil a identificação de ‘atrasos’ na linha e gerando um instrumento de pressão sobre o conjunto dos operários para acompanharem o ritmo geral da linha” (ALBUQUERQUE, 1990, p. 278), além das evidentes tensões entre os próprios trabalhadores, quando algum deles “não veste a camisa” ou não consegue acompanhar o ritmo. Em resumo, quem controla a linha de produção e o ritmo do trabalho passou a ser as máquinas e suas programações, quadro que se veria ficar mais agudo na virada do século.

E as mudanças não aconteceram apenas na escala local, no chão de fábrica, nos processos produtivos e de serviços. As mudanças tecnológicas também permitiram uma forte reconfiguração internacional do mundo do trabalho, comumente chamado de globalização. A produção adquiriu características de integração mundial, com cadeias produtivas e de consumo espalhadas em todo o planeta. Da mesma forma, empresas mundiais se multiplicaram, com uma profusão de *players* mundiais em diversos setores econômicos. Ao mesmo tempo que são mundiais, não estão em lugar nenhum.

É o que vemos hoje em dia nos serviços de aplicativos de transporte de passageiros e serviços de entregas, nos quais os trabalhadores, além de não terem nenhum vínculo de trabalho reconhecido, não identificam nenhum potencial empregador e não têm nenhuma ingerência no processo de trabalho. São remunerados apenas pelo rendimento objetivo, como se toda a renda fosse a antiga “comissão”. Não raro sofrem situações de exclusão ou banimentos temporários, quando uma avaliação dos contratantes não é positiva.

Assim, verifica-se alto grau de despersonalização das relações de trabalho, controladas pelas máquinas e algoritmos de programação. O processo produtivo segue gerando riqueza, mas não é possível identificar ou se relacionar com os responsáveis pelo empreendimento. No máximo, algum encarregado intermediário será conhecido, mas muitas vezes esse mesmo intermediário tem relações também virtuais com os administradores.

Até o setor público adota tais soluções tecnológicas, sendo a GED – Gestão Eletrônica de Documentos – a mais comum. Como não é usual questionar a implantação de inovações, expedientes administrativos e processos judiciais são informatizados em profusão, padronizando as etapas, controlando os tempos das tarefas e, principalmente, poupando mão de obra.

Como regra geral, a informalidade e a precariedade nas relações de trabalho passaram a imperar, uma situação que retira os trabalhadores e os empregadores do cenário tributário (deixam de contribuir com a Previdência, por exemplo) e sindical (deixam de participar financeiramente de suas respectivas entidades). O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – calculou a taxa de informalidade do mercado de trabalho em 40,8% no trimestre fechado em julho último². Com isso, é óbvio que vai ocorrer aumento das dificuldades das entidades sindicais em manter suas atividades, seja pela perda de arrecadação em categorias cada vez menos formalizadas, seja pela perda do “contato” com a classe trabalhadora.

Quanto mais trabalho informal e mais postos de trabalho precarizados, menos recursos terá o sindicato para defender os direitos dos trabalhadores em geral, inclusive daqueles que caem na informalidade e precariedade. Menores serão os salários, maiores serão as jornadas e os

acidentes de trabalho, mais necessária será a ação sindical e menos forças terão as entidades sindicais.

Ocorre que a utilização informal de mão de obra é um elemento central da nova organização mundial das relações do trabalho, como nos demonstram Ramalho e Santos:

Essa conformação responde tanto às demandas de flexibilidade organizacional da firma quanto expressa uma “estratégia política para o disciplinamento da força de trabalho” (PHILLIPS, 2011, p. 386). Dessa forma, “o processo dinâmico de informalização é central para essa estratégia, dirigido conscientemente pelas firmas e, em um sentido estrutural, instaurado pelas características da operação de rgps (*redes globais de produção*)” (Idem).

A informalidade da mão de obra no trabalho traz um elemento perverso, que é a competição entre as empresas em busca de menos custos em seus insumos. Isso leva as empresas a reduzirem, cada vez mais, as despesas com pessoal, um dos insumos preponderantes em vários setores. Usando o exemplo da rede de produção do etanol brasileiro, McGrath (2013) “demonstra como a ação econômica coordenada por compradores e pelo Estado brasileiro, por meio de pressões encadeadas sobre as firmas subordinadas, conforma as relações sociais ao longo de toda a rede, sendo funcionais a sua reprodução” (grifei). Daí, não surpreende a costumeira verificação de trabalho escravo ou análogo em vários setores econômicos com encadeamento internacional, como é o caso das *commodities* agrícolas.

Em uma situação desse porte, o poder estatal costuma ser provocado a intervir, de forma a garantir proteção ao elo mais fraco da corrente. Na prática, as ações estatais, sejam executivas ou legislativas, caminham no sentido contrário, amplificando o ciclo de perda de direitos iniciado pelo empresariado.

3. AS DIFICULDADES DOS TRABALHADORES NO PERÍODO TEMER

Se o mundo do trabalho foi gradualmente se virtualizando e colocando as relações de trabalho “na nuvem”, esperava-se que o arcabouço jurídico e a ação estatal pudessem proteger os trabalhadores, sabidamente a parte mais fraca na relação trabalhista. O que se viu foi o contrário.

Desde a troca abrupta de governo em 2016, quando a Presidenta Dilma Roussef sofreu processo de *impeachment* e foi substituída pelo seu vice, Michel Temer, uma sucessão de leis reduziu os direitos dos trabalhadores. A justificativa trazida à época não inovava. Segundo Teixeira, “o debate da flexibilização (reforma trabalhista e terceirizações) é visto como a única alternativa para alcançar maior competitividade (...)”. Para isso, é preciso usar “métodos que proporcionem redução de custos e elevação da produtividade do fator trabalho”.

Evidente que isso significou obter maior controle empresarial sobre os processos de geração de riqueza, sendo necessário reduzir a resistência e a oposição dos trabalhadores. Assim, enfraquecer o poder de reação dos sindicatos é fundamental. Teixeira afirma que estudos comparativos de vários países demonstram que:

[...] essas políticas (*de flexibilização*), além de não terem gerado empregos, ampliaram a informalidade multiplicando as formas de contratação atípicas, reduzindo o acesso à proteção social e contribuindo para o aumento da pobreza e da desigualdade através de rendimentos insuficientes para garantir uma vida digna, com forte impacto sobre as mulheres e os jovens, que veem suas perspectivas de trabalho reduzidas aos empregos mais precários e em tempo parcial.

Com a repetição da tese, nunca demonstrada, de que a redução dos direitos trabalhistas seria necessária para a volta do crescimento econômico, forçoso concluir que a culpa pela crise econômica estava sendo jogada nas costas dos trabalhadores, que, mesmo com direitos antiquados, insculpidos há 70 anos, em 1943, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, tornaram-se um estorvo ao país.

Antes da reforma trabalhista, tivemos a aprovação da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, a chamada Lei das Terceirizações, com abrangência tanto no setor privado como no setor público. Por seu intermédio, foi permitido que a subcontratação de pessoal por empresas terceirizadas pudesse atingir até a totalidade dos empregados de uma empresa, fragmentando as categorias e o poder de luta das entidades sindicais. Importante destacar que essa lei é fruto de um Projeto de Lei de 1998, de número 4.302, que aguardava análise pelo Congresso desde os tempos do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Já a reforma trabalhista, consignada na Lei nº 13.467/2017, reduziu

vários direitos trabalhistas e criou restrições à atividade sindical, bem como à sua própria sustentação. Temer enviou a proposta ao Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2016, portanto, apenas seis meses após tomar posse, cumprindo um item importante de sua “Ponte para o Futuro”.

Verdadeiro programa de governo com o qual Temer pretendia angariar apoios empresariais ao *impeachment* e, conseqüentemente, à sua posse, o documento “Uma Ponte para o Futuro” previa um horizonte aterrorizante para os trabalhadores. Lançado em dezembro de 2015 diante de empresários paulistas (CARVALHO, 2018, p. 109), indicava, dentre outros compromissos, que era preciso “na área trabalhista, permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos” (TEIXEIRA, 2017, p. 59), prevendo um pilar das mudanças por vir, a prevalência do negociado sobre o legislado. Bastaram alguns dias para que a Federação da Indústria do Estado de São Paulo – FIESP – declarasse apoio ao *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff (CARVALHO, 2018, p. 109).

Dentre as várias mudanças trazidas pela reforma trabalhista, pode-se destacar a criação do trabalho intermitente e do trabalho parcial, artigos que trouxeram legalidade à precarização das relações de trabalho, permitindo formas flexíveis de contratação dos trabalhadores, com menos direitos. Dessa forma, os trabalhadores perdem direitos e também sociabilidade de classe, deixando de se enxergarem pertencentes de uma categoria e de uma entidade sindical. Logicamente, sem motivos nem condições financeiras de participarem dessa entidade, seja atuando, seja contribuindo financeiramente.

Outro aspecto fundamental na reforma trabalhista é a prevalência do negociado sobre o legislado. Esse aspecto permite que as negociações coletivas, firmadas pelos sindicatos ou mesmo por representação de trabalhadores nos locais de trabalho sem acompanhamento do sindicato, tenham preponderância sobre a legislação federal. “Os Acordos ou as Convenções Coletivas historicamente têm como objetivo elevar os patamares civilizatórios mínimos expressos na lei, ampliando a tela de proteção social, fortalecendo o instituto da negociação, a representação sindical e os próprios trabalhadores” (TEIXEIRA, 2017, p. 61). A possibilidade de negociação por local de trabalho ou diretamente pelo empregado, sem a

entidade sindical, e a prevalência dos itens negociados nessas condições desfavoráveis sobre a legislação, colocam em risco mesmo aqueles direitos não sonogados pela reforma, esvaziam a ação sindical e fragmentam a luta dos trabalhadores. Poder-se-ia dizer que essas propostas ignoraram a evidente hipossuficiência dos trabalhadores na relação capital-trabalho, mas, talvez, exatamente por isso elas tenham sido defendidas.

O desejo de aumentar a lucratividade das atividades empresariais, além de reduzir direitos, ataca a justiça, como afirma Teixeira:

A pressão sobre a justiça do trabalho também se intensificou com o argumento de que há um ativismo judicial que gera “litigância de má fé”, ou seja, o trabalhador, protegido por um judiciário “militante”, favoreceria demandas não procedentes.

Assim, uma medida da reforma trabalhista foi, justamente, frear o ímpeto da judicialização para defender interesses dos trabalhadores, principalmente aqueles ofendidos pela própria reforma. A nova lei passou a exigir do trabalhador/reclamante o pagamento dos honorários de sucumbência e periciais, em caso de demanda frustrada³. A novidade impôs um risco financeiro de alta monta aos trabalhadores, que passaram a não mais buscar seus direitos trabalhistas. O número de ações ajuizadas, segundo o Tribunal Superior do Trabalho – TST –, sofreu grande queda, conforme abaixo:

Tabela 1 – Processos Trabalhistas em 1ª Instância (Fonte TST)

2014	3.650.252
2015	3.765.904
2016	3.958.237
2017	3.965.563
2018	3.222.252
2019	3.402.392
2020	2.867.673
2021	1.885.620

Fonte: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>

O novo capitalismo nos apresenta a já conhecida exploração das relações de trabalho tradicionais, mas, agora, sem permitir que os trabalhadores se defendam.

Por fim, talvez a medida mais significativa e estruturante da reforma trabalhista: o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical. Instituída no ano de 1940 (AROUCA, 2013, p. 358) com o objetivo de fortalecer sindicatos oficialistas e fiéis ao Governo Getúlio Vargas, a contribuição de um dia de trabalho no mês de março de cada ano, além de ser obrigatória aos trabalhadores (e também aos empregadores em relação às suas entidades sindicais específicas), ainda exigia que o empresário fizesse o desconto dos valores correspondentes na folha de pagamento de cada funcionário, repassando os recursos ao sistema financeiro, que deveria depositar os valores relativos a cada sindicato diretamente em uma conta bancária indicada pelo Ministério do Trabalho. Ou seja, a arrecadação financeira era altamente segura, dando uma tranquilidade para a manutenção das atividades sindicais desconhecida até então.

Com o fim da obrigatoriedade antes imposta aos trabalhadores, dando uma nova roupagem à liberdade, possibilitando que estes escolham querer ou não contribuir, o governo federal retira, na prática, a fonte de custeio preponderante para a maioria das entidades sindicais no país. Com os salários baixos e a crise de representatividade das entidades sindicais, deixar de ter essa despesa foi um alívio para milhares de trabalhadores. Porém, a medida reduziu o poder de reação dos sindicatos. O movimento sindical se viu na condição de enfrentar, ao mesmo tempo e com forte restrição de recursos, a nova realidade de mudanças no mundo do trabalho e os ataques da reforma trabalhista. Um trabalhador que já estava em um mercado de trabalho hostil, muitas vezes sem local de trabalho definido, com poucos direitos trabalhistas e até sem patrão concreto, agora também pode ficar sem organização sindical que o defenda.

Em resumo, o conjunto de medidas aprovadas “altera profundamente as relações de trabalho, retira direitos, intensifica a jornada e o ritmo de trabalho, expõe as pessoas a condições de insegurança com forte impacto sobre a saúde e segurança no trabalho, ampliando o controle do capital sobre o trabalho” (TEIXEIRA, 2017, p. 58-59).

4. AS DIFICULDADES DOS TRABALHADORES NO PERÍODO BOLSONARO

Com o início do Governo Bolsonaro, havia a expectativa de mais alterações no arcabouço jurídico trabalhista. As expectativas se confirmaram, em boa parte, mas de forma negativa. Já em abril de 2019, foi editada a MP nº 881, convertida na Lei nº 13.874/2019, chamada de Lei da Liberdade Econômica.

Não deixa de ser interessante que a “liberdade econômica”, aparentemente voltada à ação empresarial, envolva alterações na legislação trabalhista. Ou seja, mais uma vez é dado o recado de que os direitos trabalhistas eram um estorvo ao país. A referida lei promoveu menos alterações do que o governo pretendia, em função de intervenções promovidas pelos congressistas, pressionados pelo movimento sindical. As alterações mais importantes mantidas na Lei nº 13.874/2019, foram a dispensa de registro de ponto para empresas com menos de 20 empregados e a desresponsabilização patrimonial individual dos empresários diante de obrigações da pessoa jurídica.

Ainda naquele mesmo ano de 2019, mais uma medida provisória (MP 905/2019) trouxe as principais medidas propostas por Bolsonaro quanto às relações trabalhistas, prevendo a criação de contratos de trabalho já precarizados no nascedouro por lei, destinados a jovens e a pessoas com mais de 55 anos⁴. O Regime Especial de Qualificação e Inclusão Produtiva (Requip), voltado para jovens de 19 a 24 anos, previa contratos de trabalho de até dois anos sem carteira assinada e ganhando metade do salário mínimo (R\$ 550,00). A carga horária semanal seria de 22 horas e a remuneração seria tratada como uma bolsa, para evitar riscos trabalhistas em razão de algum empecilho jurídico. O trabalhador também não receberia qualquer indenização no fim do contrato de trabalho, como aviso prévio, férias e 13º salário proporcional.

Já o Programa Primeira Oportunidade e Reinserção no Emprego (Priore), destinado para jovens de 18 a 24 anos e também a trabalhadores com mais de 55 anos, previa pagar um salário mínimo e ainda uma bolsa de R\$ 550,00, desde que o trabalhador passasse por cursos de requalificação profissional. Por esse regime de contratação, o trabalhador não teria direito a 50% dos salários devidos no caso de demissão do emprego antes do prazo de vigência estipulado no contrato. A multa sobre o FGTS cairia

de 40% para 20% e as alíquotas depositadas no Fundo cairiam de 8% para 2% (no caso de microempresas), 4% (empresas de pequeno porte) e 6% (demais empresas). Em suma, a ideia geral das propostas era legalizar a precariedade, criando um trabalhador de segunda categoria. Felizmente, as propostas foram derrotadas no Senado Federal.

Por fim, é de se destacar a Reforma da Previdência, que, embora não tenha como foco principal as relações de trabalho, envolveu de forma bastante aguda o movimento sindical brasileiro. Bastante alterada pelo Congresso Nacional, a proposta foi legalizada por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019 com algumas medidas de forte impacto, principalmente para aqueles trabalhadores que começaram a trabalhar muito jovens. Foi extinta a aposentadoria por tempo de contribuição, ficando apenas a aposentadoria por idade. E foi criada a idade mínima para aposentadoria, de 65 anos para homens e 62 anos para as mulheres, independente do tempo de contribuição. Com isso, um homem jovem que inicie sua vida profissional aos 20 anos de idade, por exemplo, trabalhará 45 anos até se aposentar.

Quanto às relações de trabalho *per si*, uma alteração significativa diz respeito ao setor público, no qual a permanência dos trabalhadores aposentados em cargo, emprego ou função pública foi vedada em alguns casos. A Emenda Constitucional nº 103/2019 alterou o artigo 37, § 14º, da Constituição Federal, que passou à vigência com a seguinte redação: “a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição”.⁵

Outra área de intervenção do Governo Bolsonaro foi o desmonte da fiscalização do trabalho, com cortes frequentes de recursos orçamentários, ao ponto de que o valor orçado para 2021 é 36% daquele aplicado em 2016, ou seja, redução de 66 milhões para 24 milhões⁶.

Carlos Silva, Presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais (Sinait), afirma que “a fiscalização do trabalho, como qualquer outro serviço público, precisa de orçamento, de pessoal, de estrutura institucional para se manter”. Com menos auditores fiscais do trabalho circulando nas empresas urbanas e rurais, aumenta o número de infrações praticadas por parte de empresários, pois a presença e a atuação inibem o descum-

primento de normas.

Além de presenciarmos um quadro de retirada de direitos e asfixia dos sindicatos, vemos a própria ação estatal de poder de polícia para cumprimento da lei ser esvaziada por quem devia primar por ela.

5. OS DIREITOS RETIRADOS PELO ESTADO E A REORGANIZAÇÃO DOS TRABALHADORES

Um dos temas objeto de estudo acadêmico e debates jornalísticos costuma ser o papel que o Estado deve desempenhar na sociedade, notadamente na esfera econômica. Intervencionismo, liberalismo, nacionalismo, globalismo são abordagens comuns e, mais das vezes, conflitantes. Mas mesmo os mais liberais concordam que o Estado deve ter algum grau de regulação (nem que seja para lhes financiar os negócios a juro paternalis). De qualquer forma, a ciência política consolidou um entendimento sobre a forma pela qual as políticas públicas são gestadas e operadas. Rua (2009) ensina que:

As políticas públicas (*policies*) ocorrem em um ambiente tenso e de alta densidade política, marcada por relações de poder, extremamente problemáticas, entre os atores de Estado e da sociedade, entre agências intersetoriais, entre os poderes de Estado, entre o nível nacional e subnacionais, entre comunidade política e burocracia.

A fim de melhor compreender o processo de elaboração das políticas públicas, conceito em que incluímos uma alteração legislativa relevante com as regras trabalhistas, a autora recomenda a adoção da metodologia de “ciclo de política” (RUA, 2009, p. 36). Nessa metodologia, resumidamente, uma agenda política precisa ser identificada, isto é, um tema que perturba a sociedade, no qual se exige intervenção estatal, segundo os diversos atores ou boa parte deles. Ou, ainda, pelo menos aqueles mais influentes junto aos agentes de Estado. É quando a agenda política passa a ser reconhecida como um “problema político e sua discussão passa a integrar as atividades de um grupo de autoridades dentro e fora do governo” (idem, p. 37). Desse ponto em diante, em se tratando de alterações legislativas, os agentes políticos envolvidos vão apresentar sua proposta para discussão na arena política, nesse caso, o ambiente legislativo. Nesse momento, atores públicos e privados, “aqueles cujos interesses poderão ser

afetados, positiva ou negativamente, pelo rumo tomado por uma determinada política pública” (idem, p. 39), vão se enfrentar no debate político.

Foi o que se viu nas alterações promovidas na legislação trabalhista de 2016 para cá, pelas quais o setor empresarial movimentou-se com vigor na arena de debates, seja no legislativo, seja na mídia empresarial:

Defendida pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) (...) e pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), a aprovação do projeto das terceirizações e a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho para impor a prevalência de acordos coletivos sobre as regras dispostas na legislação foram eleitas como pautas prioritárias da reforma trabalhista defendida pelo governo interino do PMDB. O receituário previsto por Michel Temer atende a um clamor de longa data do empresariado nativo⁷.

A manifestação das entidades de trabalhadores não surtiu efeito equivalente favorável aos interesses da classe por elas representados, alinhando-se o poder legislativo ao projeto de lei apresentado pelo governo e defendido pelo empresariado, o que garantiu a aprovação da reforma trabalhista. Assim, cumpriu-se uma fase importante do “ciclo de política”, conforme preconiza Rua, embora não tenha sido construído um momento de debate e construção de consensos com os atores políticos privados impactados negativamente pelas medidas, identificados nos trabalhadores e suas entidades.

Ramalho e Santos identificam que “os sindicatos frequentemente ficam desorientados e sem clareza sobre seu papel no atual contexto, diante do poder das corporações empresariais, assim como da incapacidade dos governos de resistir às pressões por integração econômica” (2018, p. 20). Mas destacam que os sindicatos continuam como atores socioeconômicos relevantes e que os tempos difíceis “podem estimular um novo pensamento, trazendo novas oportunidades” (GUMBRELL-McCORMICK e HYMAN, 2013, p. 1).

Com efeito, é o que se tem visto. As entidades estão reformulando sua gestão interna para fazer frente à perda de arrecadação causada pelo fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, inclusive se desfazendo de patrimônios, tais como carros e sedes⁸. Com isso, elas estão conseguindo enfrentar suas dificuldades operacionais e manter sua atuação nas empresas. Essa tendência à reformulação e manutenção da atividade

sindical é destacada por Evans (2010), ao criticar posições que enfatizam a destruição do movimento trabalhista pelo neoliberalismo e pela globalização. Para ele, a globalização econômica, tanto pelo encolhimento do espaço social e geográfico, como pelas estruturas específicas do capitalismo neoliberal contemporâneo, estimula e facilita a mobilização da solidariedade do trabalho em nível transnacional, assim como a construção de organizações e redes do movimento trabalhista. O autor alerta, entretanto, que “a eficácia da resposta do trabalho não se encontra na invenção de uma única forma organizacional, mas na interconexão de diferentes formas” (Idem), diante dos desafios postos pelo contexto político e pelos diferentes tipos de capital. Esse cenário abre novas possibilidades, como o autor destaca ao afirmar que:

[...] o reconhecimento dessas oportunidades globais complementa a contínua centralidade dos conflitos políticos em níveis nacional e local nos quais se constituem os mecanismos de contestação. Dessa forma, sua contribuição direciona a atenção à arena global como uma fonte potencial de vantagem estratégica, em vez de pensá-la como a principal explicação para o declínio.

Assim, natural e importante que o movimento sindical, ao tempo em que se reformula para manter sua atuação junto a seus representados, precisa adentrar a esfera estatal, para recuperar legislação que lhe seja mais favorável, assim como deve usar a articulação global para inaugurar novo patamar de lutas e busca por direitos.

6. CONCLUSÃO

O atual momento de tensões e disputas quanto ao papel do Estado na sociedade e à legislação trabalhista resultante exige dos trabalhadores, de suas entidades representativas e dos operadores do direito a compreensão da natureza das dificuldades encontradas e das possibilidades a vislumbrar. Primeiramente, é preciso reconhecer o papel que o Estado desempenha nos dias de hoje, papel esse de mero reproduzidor, ou mesmo protetor, de um quadro de exploração nas relações sociais, incluídas as relações trabalhistas.

Reconhecer essa realidade não significa deixar de incidir sobre a arena política e social, notadamente sobre os espaços públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Mas, antes disso, assumir a necessidade de

criar permanentemente novos instrumentos de denúncia das condições desumanas do trabalho em cada vez mais setores econômicos. O cenário não é de destruição e enfraquecimento do movimento sindical, mas de necessidade de renovação, mobilização e defesa dos direitos cada vez mais básicos dos trabalhadores.

As formas organizacionais vinculadas à representação sindical precisam ser reconfiguradas incessantemente, buscando práticas corporativas em rede e se desenvolvendo a partir de repertórios históricos e inovações institucionais. Tanto no Brasil como em outras experiências, a ação sindical vem demonstrando o renovado potencial político dos sindicatos e sua contínua capacidade de pautar a agenda pública em torno da melhoria das condições e das relações de trabalho. Embora alguns insucessos, o freio a várias pretensões do Governo Bolsonaro é exemplo dessa capacidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo. *A Foice e o Robô*. As Inovações Tecnológicas e a Luta Operária. 1. ed. São Paulo: Página 7 Artes Gráficas Ltda, 1990.

AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil – Passado, Presente, Futuro*. 1. ed. São Paulo: LTR Editora, 2013.

CARVALHO, Laura. *Valsa Brasileira, do boom ao caos econômico*. 1. ed. São Paulo: Todavia Livros, 2018.

EVANS, Peter. Is it labor's turn to globalize? Twenty-first century opportunities and strategic responses. In: RAMALHO, José Ricardo e SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos, *Trabalho e ação sindical em redes globais de produção*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 30, n. 1, p.9-29, abril 2018.

GUMBRELL-MCCORMICK, Rebecca & HYMAN, Richard. Os sindicatos na Europa Ocidental: tempos difíceis, escolhas difíceis. In: RAMALHO, José Ricardo e SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos, *Trabalho e ação sindical em redes globais de produção*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 30, n. 1, p.9-29, abril 2018.

MCGRATH, Siobhán. Fuelling global production networks with slave labour? Migrant sugar cane workers in the Brazilian ethanol gpn. Geoforum. In: RAMALHO, José Ricardo e SANTOS, Rodrigo Salles Pereira

dos, *Trabalho e ação sindical em redes globais de produção*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 30, n. 1, p.9-29, abril 2018.

PELIANO, José Carlos. Tecnologia e Trabalho Industrial. In: ALBUQUERQUE, Eduardo. *A Foice e o Robô*. 1. ed. São Paulo: Página 7 Artes Gráficas Ltda, 1990. p. 277.

PHILLIPS, Nicola. Informality, global production networks and the dynamics of adverse incorporation. Global Networks. In: RAMALHO, José Ricardo e SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos. *Trabalho e ação sindical em redes globais de produção*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 30, n. 1, p. 9-29, abril 2018.

RAMALHO, José Ricardo e SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos, Trabalho e ação sindical em redes globais de produção. Tempo Social, *Revista de Sociologia da USP*, v. 30, n. 1, p. 9-29, abril 2018.

RUA, Maria das Graças. *Políticas Públicas*. 1. ed. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. A desintegração Social: desmonte da Previdência, do Mercado de Trabalho e dos Direitos Trabalhistas. *Revista Democracia Socialista*, São Paulo, n. 5, p. 51-65, maio 2017.

'Notas de fim'

1 Momentos de inatividade do trabalhador.

2 <https://www.istoedinheiro.com.br/informais-contingente-cresce-segue-desprotegido-e-com-renda-menor/>

3 Tal determinação foi revista pelo STF em 20 de outubro de 2021, ao julgar a ADI nº 5766.

4 <https://www.sindap-ba.org.br/index.php/2021/08/12/entenda-como-reforma-trabalhista-de-bolsonaro-prejudica-trabalhadores/>

5 <https://supercassius.jusbrasil.com.br/artigos/795270163/reforma-da-previdencia-demissao-por-aposentadoria>

6 <https://www.cut.org.br/noticias/bolsonaro-reduz-verbos-para-fiscalizacao-e-combate-a-trabalho-escravo-3b45>

7 <https://www.seaaccampinas.org.br/temer-prepara-uma-reforma-trabalhista-para-agradar-aos-empresarios/>

8 <http://www.fsindicalsp.org.br/portal/seis-meses-apos-reforma-trabalhista-arrecadao-de-sindicatos-desaba-88/>

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PASSAM DE MODA NO DIREITO DO TRABALHO?

DOES FUNDAMENTAL RIGHTS GO OUT OF FASHION INTO
LABOR LAW?

¿PASAN DE MODA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL DERECHO LABORAL?

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. O trabalho como um fato social relevante; 3. O direito do trabalho como um direito fundamental - o caso português; 4. No centro do direito do trabalho o papel do trabalhador; 5. A globalização e o papel do trabalhador moderno; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO :

O presente trabalho consiste em abordar uma visão epistemológica, que entende a globalização e a concorrência como trazendo inovações e mudança, que seguem proximamente aquilo que a realidade social consagra. A tudo isso o Direito do Trabalho não pode ficar indiferente e se deve adaptar. No entanto, se coloca a dúvida no sentido de saber se os Direitos Fundamentais inscritos nas Constituições continuam a ser a garantia que assegura um equilíbrio entre o capitalismo econômico, o desenvolvimento e os direitos dos trabalhadores, mediante aquilo que é o papel de omnipresença do Estado, enquanto grande produtor de bem-estar social. A partir do caso português se pretende, no artigo, aferir os efeitos da modernidade no atual quadro de Direito Trabalhista.

ABSTRACT:

The present work consists of approaching an

Como citar este artigo:

ALVES, Eduardo.

Os direitos

fundamentais

passam de moda no

Direito do Trabalho?

Argumenta Journal

Law, Jacarezinho – PR,

Brasil, n. 41 2023,

p. 201-214

Data da submissão:

15/09/2021

Data da aprovação:

14/02/2024

epistemological vision that understands globalization and competition as bringing innovations and consistent changes that matches what social reality enshrines. To all of this, the Labor Law cannot remain indifferent and must adapt. However, doubt arises as to whether the Fundamental Rights inscribed in the Constitutions continue, in the current form, to be the guarantor that ensures a balance between economic capitalism, development and workers' rights, through what is the omnipresence role of the Welfare State. From the Portuguese case, the article intends to assess the effects of modernity in the current framework of Labor Law.

RESUMEN :

El presente trabajo consiste en abordar una visión epistemológica que entiende que la globalización y la competencia trajeron innovaciones y cambios, que siguen de cerca aquello que la realidad social consagra. A todo eso el Derecho de Trabajo no puede ser indiferente por lo que debe adaptarse. Sin embargo, se pone en duda el sentido de saber si los Derechos Fundamentales prescritos en las Constituciones continúan siendo la garantía que asegura un equilibrio entre el capitalismo económico, el desarrollo y los derechos de los trabajadores, a través del papel omnipresente del Estado como un gran productor de bienestar social. A partir del caso portugués, el artículo pretende evaluar los efectos de la modernidad en el actual cuadro del Derecho del Trabajo.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito do Trabalho; Globalização; Direitos Fundamentais; Capitalismo.

KEY-WORDS :

Labor Law; Globalization; Fundamental rights; Capitalism.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Laboral; Globalización; Derechos fundamentales; Capitalismo.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento do chamado Estado Social (Welfare State), que co-

meçou a se desenvolver após a revolução industrial e teve seu declínio iniciado no penúltimo quarto do século XX, baseia-se em uma relação muito próxima entre Capital *versus* Trabalho, com a “proteção” do Estado.

Nessa equação, o equilíbrio é baseado em dois elementos essenciais: emprego pleno e segurança social, elementos relevantes para a inclusão e justiça social.

No entanto, a realidade é que esse modelo, que funcionou principalmente durante os períodos de reconstrução do pós-Segunda Guerra Mundial até quase o final do século passado, está esgotado. Diversos fatores, incluindo a globalização, tensões econômicas e o esgotamento do papel do Estado, considerando sua ação finita, contribuíram para a chamada crise do *Welfare State*.

Streeck afirma, de fato, que: “[...] a falta de crescimento econômico ameaçou a continuidade do modo de pacificação das relações sociais que pôs fim aos conflitos do pós-guerra.” (STREECK, 2015, p. 20).

No mundo do Trabalho, os reflexos acabam por ser sentidos, e o que antes era uma sociedade baseada em salários médios e na qual a maioria dos trabalhadores era absorvida, mesmo com os ajustes de mercado possíveis, agora se enfrentam altas taxas de desemprego e grandes dificuldades para incluir todos, havendo enormes contingentes fora do “emprego assalariado” (ALVES, 2020).

Sanson identifica três aspectos claros que marcam essa mudança. Primeiro, a crescente diminuição do papel do Estado como árbitro nas disputas entre Capital e Trabalho. Segundo, a evolução das forças produtivas, que alteraram substancialmente o modo de produção, permitindo produzir mais com menos empregos. Terceiro, a transferência da economia real para as finanças, um processo no qual há uma mudança dos investimentos do capital produtivo para o capital financeiro (SANSON, 2020, p. 153).

2. O TRABALHO COMO UM FATO SOCIAL RELEVANTE

O Trabalho é um fato fundamental na vida do ser humano como um ser social. Além de outras dimensões mais filosóficas, apenas o Trabalho contribui para tornar o indivíduo materialmente produtivo e para transformar a natureza no que ele precisa para viver e evoluir.

Em Weber (2010), encontramos uma explicação expressiva sobre como a transição da organização patriarcal para a organização capitalista resulta na mudança da tradição para a modernidade.

No entanto, hoje, o Trabalho, na forma tradicional em que foi concebido, está em uma encruzilhada. A antiga estrutura social do Trabalho foi fortemente influenciada pelas forças econômicas, com destaque para a competição internacional nos mercados e a globalização.

Além disso, o aumento da produtividade no trabalho é frequentemente alcançado por meio de fórmulas que acabam se voltando contra os trabalhadores - as máquinas. E essas máquinas, em conjunto com as forças de produção, não possuem a neutralidade desejada. Como resultado, o avanço na produção resultou na “fragmentação” do próprio ser humano, que deixou de desempenhar o papel central no processo produtivo.

Marx é conhecido por fazer uma das críticas mais contundentes a essa competição e, como resultado, à desumanização a que os trabalhadores estão sujeitos. Ele destaca que o trabalhador se exterioriza por meio do produto de seu trabalho e esses produtos se transformam em complementos do que ele e seus colegas produziram. Esses frutos dominam a consciência dos trabalhadores, dos capitalistas e também dos agentes de produção. A existência humana depende do trabalho, para que o indivíduo se sinta produtivo em relação aos outros e ao mundo (SPURK, 2005).

Além disso, para Smith, o Trabalho constitui a atividade produtiva do homem, simultaneamente, representando uma dimensão abstrata do que seria a sua objetivação como valor. Na obra de Smith, o Trabalho é um ponto central na reflexão e na vida em sociedade. Portanto, o Trabalho é a fonte da riqueza e torna-se uma mercadoria dentro do ciclo de produção e troca (MERCURE, 2005).

A crise capitalista, que está em evidência, enfrenta assim, problemas de superprodução, desemprego em massa, mercado consumidor limitado e insatisfação dos trabalhadores.

Como Harvey aponta, o esgotamento do modo de produção, seja ele Fordista ou Taylorista, como padrão de acumulação, é apenas mais um problema decorrente desse processo (HARVEY, 2010).

3. O DIREITO DO TRABALHO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL - O CASO PORTUGUÊS

Simultaneamente, o Direito ao Trabalho, bem como o Lazer, tornam-se premissas básicas e fundamentais para todo ser humano, sendo formas de alcançar sua realização plena.

Tanto é assim, que sua dimensão ontológica se tornou um patrimônio relevante de proteção e é agora um dos Direitos Fundamentais, amplamente consagrados nas Constituições dos Estados modernos.

Em Portugal, “Trabalho” e “Lazer” são princípios fundamentais protegidos constitucionalmente. O chamado “acervo do Direito do Trabalho”, previsto na Constituição da República Portuguesa (CRP), está incorporado em várias de suas áreas (BACELAR GOUVEIA, 2001; REBELO DE SOUSA, MELO ALEXANDRINO, 2000).

De fato, no início da “magna carta” portuguesa, na seção dedicada aos “Princípios Fundamentais”, essa temática é abordada, mesmo que indiretamente, como parte da realização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, resultantes do Estado Social e de suas responsabilidades:

“promover o bem-estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais” (artigo 9º, alínea d), da CRP).

Contudo, é na Parte I da CRP que encontramos o essencial.

Sob o título “Direitos e Deveres Fundamentais”, encontramos não apenas uma categoria única de direitos, liberdades e garantias: os “Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores” (MIRANDA, 1988), mas também algumas referências aos direitos dos trabalhadores sob a categoria de “Direitos e Deveres Econômicos” (MIRANDA, 2000).

Especificamente, na primeira dessas categorias, encontramos os direitos: da “liberdade de escolha da profissão” (artigo 47º, nº 1 da CRP); “direito de segurança no emprego” (artigo 53º da CRP); “direitos das comissões de trabalhadores” (artigo 54º da CRP); “liberdade sindical” (artigo 55º da CRP); “direitos das associações sindicais” (artigo 56º da CRP) e o “direito à greve e à proibição do *lock-out*” (artigo 57º da CRP).

Da mesma forma, na segunda categoria, podemos observar os seguintes direitos econômicos: “direito ao trabalho” (artigo 58º da CRP) e “direitos dos trabalhadores” (artigo 59º da CRP).

A CRP inscreve também, na sua Parte II, alguns princípios, naquilo que é designado por “Organização Económica”. São aqui descritos com força constitucional todos os aspectos relativos ao funcionamento da economia e à intervenção estatal neste setor, sem prejuízo de, naquilo que no presente nos ocupa, existirem referências relevantes ao Trabalho. Tanto assim, é no caso respeitante às unidades de produção do setor público, nas quais se devem salvaguardar a participação “efetiva dos trabalhadores na respectiva gestão (artigo 89º da CRP).

Outrossim, se poderá referir à Parte III da CRP. Trata-se aqui, fundamentalmente, da regulação do poder político em Portugal tendo, aliás, a epígrafe de “Organização do Poder Político” e onde o domínio respeitante ao Direito do Trabalho acaba por avultar de forma lateral, numa perspectiva morfológica de mera distribuição do poder legislativo pelos “atores” com competências constitucionais legislativas em Portugal, a saber: a Assembleia da República e o Governo, no âmbito da República; e, entre estes órgãos, e as Assembleias Legislativas regionais, nas relações entre o Estado e as Regiões Autónomas (REBELO DE SOUSA, MELO ALEXANDRINO, 2000).

O que nos merece destaque, ainda, em torno do Direito do Trabalho, nesta Parte III da CRP é o cuidado na delimitação que é apresentado – artigo 165º, nº 1, alínea b) da CRP – no considerado domínio da “reserva relativa de competência legislativa” da Assembleia da República em torno da matéria de “direitos, liberdades e garantias”, o que seguramente acaba por incluir o tratamento de vários direitos no plano laboral individual e coletivo (BACELAR GOUVEIA, 2003, p.30).

Particularmente, relevante, se atendermos à natureza competencial que as matérias poderão ter, também, ao nível regional, sabendo-se que Portugal é um Estado unitário regional ou politicamente descentralizado constituindo um Estado regional parcial, por só compreender duas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores (arts. 6.º e 224.º da CRP).

No caso, atendamos ao previsto nos Estatutos político-administrativos das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores. Nesses Estatutos, as matérias *juslaborais*, com o alcance que se assinalou, são, aqui, convo-

cadras regionalmente como matéria de interesse regional, tendo também as Assembleias regionais “espaço” para legislar¹.

Finalmente, torna-se elucidativo e sintomático, do impacto constitucional que é dado ao Direito do Trabalho e à importância que este acaba merecendo, por consequência, em termos de seu relevo, o fato de nas matérias para as quais a CRP considera existir irreversibilidade e, consequentemente, ser limite à própria revisão da Constituição, se incluir justamente os “direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais” (artigo 288º, alínea e), o que assegura ao Direito do Trabalho em Portugal uma importância de destaque no desenho constitucional da CRP.

4. NO CENTRO DO DIREITO DO TRABALHO O PAPEL DO TRABALHADOR

Nas Constituições dos Estados modernos, incluindo Portugal, observa-se a transição do constitucionalismo liberal, que se preocupava principalmente com a garantia da autonomia pessoal do indivíduo diante do poder do Estado, para o constitucionalismo social. Esse último é caracterizado pelo intervencionismo estatal com o objetivo de promover a solidariedade e a justiça social.

Nesse contexto, nos princípios do Direito do Trabalho, está claro que eles servem como uma forma de proteção ao trabalhador. Ao contrário do Direito comum (Civil), onde geralmente existe uma paridade entre as partes, no Direito do Trabalho existe uma flagrante desigualdade. De acordo com Monteiro Fernandes, o princípio fundamental que constitui o Direito do Trabalho é o princípio da proteção do trabalhador (MONTEIRO FERNANDES, 2006, p.15).

Nesse sentido, o que Leal Amado escreve sobre esse assunto é eloquente:

“Sendo a força de trabalho uma qualidade inseparável da pessoa do trabalhador, o que supõe um profundo envolvimento da pessoa deste na sua execução em moldes hétero determinados, isso implica que o Direito, embora centrado na relação laboral como relação patrimonial de troca trabalho salário, tenha em atenção essa envolvimento pessoal. A relação de trabalho é uma relação profundamente assimétrica, isto é, manifestamente desigualitária, marcada pela dependência económica e pela subordinação jurídica. Para o trabalhador

cumprir é, antes de mais, obedecer, não se limitando a comprometer a sua vontade no contrato, mas também a submeter-se a esse mesmo contrato.” (LEAL AMADO, 2009, p.13)

O Direito Fundamental ao Trabalho possui, portanto, não apenas uma dimensão defensiva, onde o titular do direito tem a garantia de exigir que o Estado o proteja e não interfira em sua plena fruição, mas também uma dimensão de atuação positiva, onde o Estado deve proteger o exercício da liberdade de trabalho contra qualquer interferência prejudicial por terceiros (NOVAIS, 2010).

Isso significa que a subjetividade inerente a esse dever de proteção deve ser assegurada de acordo com os princípios dos direitos fundamentais em cada situação, considerando o contexto factual e jurídico. Em outras palavras, em qualquer situação concreta em que os dois princípios constitucionais estejam em conflito - o princípio da livre iniciativa econômica do empregador e o direito ao trabalho -, o último deve prevalecer sempre que estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o valor fundamental que orienta todo o sistema jurídico, tornando assim o trabalhador o núcleo central do Direito do Trabalho.

Por todas essas razões, o Direito ao Trabalho, como Direito Fundamental, assume uma dimensão que garante a dignidade da pessoa humana e exige que o Estado atue positivamente na promoção de políticas públicas de emprego, apoio ao desemprego e formação profissional.

Além disso, o papel econômico da intervenção social dos empregadores não faz parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, nem se enquadra nos limites intrínsecos desses direitos. A reserva do financeiramente possível deve atuar apenas como um limite factual e jurídico dos direitos fundamentais. O Direito Fundamental ao trabalho desempenha um papel vital na promoção da dignidade humana, criando as condições adequadas para a autonomia e autodeterminação do indivíduo, tornando-o um sujeito de direitos subjetivos (IDEM, 2010).

5. A GLOBALIZAÇÃO E O PAPEL DO TRABALHADOR MODERNO

Como demonstrado, a globalização elevou o comércio mundial a um nível de competitividade sem precedentes, mas também de interdependên-

cia. Isso levou as empresas a se adaptarem e a buscar diversas alternativas para se ajustarem a essa competição global. A globalização transformou o cenário empresarial, permitindo que as empresas ultrapassem as fronteiras locais, regionais ou nacionais e interajam em um contexto global.

Os atores no mundo do trabalho, especialmente os empregadores e as empresas, tanto criam e reproduzem suas próprias dinâmicas quanto assimilam de maneira diferenciada as dinâmicas da sociedade global, como um todo, conforme observado por Ianni (2006). No entanto, como Granato (2015) destaca, é nos espaços onde o desenvolvimento é desigual, combinado e contraditório que as diversidades, localismos, singularidades, particularismos ou identidades se manifestam. Às vezes, os localismos, o provincianismo ou o nacionalismo podem se intensificar devido às diferenças, às potencialidades e às dinâmicas específicas de cada local e parte da sociedade, bem como devido às influências da dinâmica da sociedade global, das relações, processos e estruturas que afetam o todo abrangente (ALVES, 2018).

É inerente ao capitalismo que as formas sociais e técnicas de trabalho e produção se transformem estruturalmente, já que estão constantemente evoluindo em todos os lugares. Esse é um processo rápido, que torna as forças produtivas obsoletas, tanto em termos técnicos quanto sociais. As formas sociais e as técnicas de organização da produção e do trabalho se modernizam para mitigar o desenvolvimento desigual em nível nacional, regional e mundial (IANNI, 2006).

Na realidade, o cenário descrito acaba por aludir a uma diferente modalidade de prestação laboral e constatar, em nosso entendimento, que estaremos aqui perante, também, uma inevitável mudança organizacional das empresas. Para estas, isso significa alargar os “horizontes” daquele que era seu modelo de funcionamento, o que acaba por incluir as relações laborais e a forma como estas se desenrolam, dando-lhes uma conotação mais maleável e plástica, em virtude da dimensão real, que a complexidade da execução implica.

Conseqüentemente, o Trabalho, como era tradicionalmente concebido, está passando por mudanças significativas, muitas vezes criando uma lacuna entre diferentes tipos de trabalhadores. Portanto, é crucial que o Estado e a sociedade estejam atentos a essas mudanças, corrigindo-as conforme necessário e trabalhando para reduzir as desigualdades

(ALVES, 2014).

Hoje, devido a tudo o que foi demonstrado anteriormente, a produção do Capitalismo desenvolvido indica uma mudança no Trabalho, com a universalização da flexibilidade do trabalhador e a fluidez de sua função. Isso contrasta com a estabilidade duradoura e sólida do Capital em oposição à fragilidade e incerteza dos trabalhadores. É que, o processo do Trabalho, pela sua natureza, possui fundamentos tão precários, que justificam a existência dos trabalhadores, bem como suas funções parciais. Isto é, na realidade, eles se podem tornar inúteis e excedentes numerários, sem ao menos terem controle desse processo (SPURK, 2005).

6. CONCLUSÃO

Perante aquilo que se acabou de apresentar, o Direito do Trabalho contemporâneo, embora conservando sua característica inicial, centrada na ideia de tutela do trabalhador, deve procurar não ser obstáculo ao avanço da tecnologia e aos imperativos do desenvolvimento econômico.

Como afirma Nascimento (2011), a inevitabilidade é caminhar no sentido da flexibilização de alguns institutos jurídicos e não impedir que, principalmente perante o crescimento das negociações coletivas, os parceiros sociais possam, em cada situação concreta, pela via da negociação coletiva, compor seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao momento. Relevante continuará a ser, no entanto, defender o Trabalho mantendo sua qualidade e direitos (NASCIMENTO, 2011, p. 70).

Por outro lado, se afigura fundamental que todas as potenciais consequências e efeitos perversos da atual conjuntura de mudança, no mundo laboral, não se reflitam nas garantias, que o Direito do Trabalho e, acima de tudo, o Estado devem continuar a assegurar. Garantir pois, o bem comum e o desenvolvimento sustentável, a valorização e a dignidade do trabalhador é desígnio que deve mover todos os que têm responsabilidades trabalhistas.

O Direito do Trabalho acabou por sentir os reflexos da competitividade entre as empresas dos diferentes países. Isso, acabou por se dar a partir do momento em que os agentes econômicos aproveitaram as facilidades proporcionadas pela agilidade do comércio, no contexto econômico mundial, procurando assim encontrar seu “espaço” no mercado

concorrencial capitalista.

Se compreende, portanto, que as empresas se ajustem enfocando sua estratégia para todas as questões de redução dos custos da produção. Essa realidade acabou por implicar em tudo aquilo que respeita diretamente ao número de trabalhadores, salários, formas de contratação e jornada de trabalho das empresas, pressionando as legislações laborais dos países no sentido dessa almejada flexibilização. No entanto, ao Direito do Trabalho se exige que mantenha um equilíbrio, sem prejuízo de um ajustamento ao trabalho moderno. E este deve manter, como pilares, a solidariedade na realização do trabalho e a participação dos trabalhadores no seu resultado. Seguindo Ferrari *et al* a globalização dos direitos sociais só poderá ser equiparada perante a globalização econômica, quando ressalvada a dignidade do trabalhador (FERRARI *et al*, 2002, p. 76).

Converge aqui a dimensão internacional, perante aquela que é a referida dimensão global. A necessária atuação de organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), proporcionando, entre países, um alinhamento nos *outputs* técnico/jurídicos, tudo no sentido que faça alcançar uma vontade política -que vá muito além dos estritos limites de decisões firmes, na conjuntura local e nacional interna- e, se possível, a possa até orientar internacionalmente (ALVES, 2020).

A atualidade é sintomaticamente marcada pelos perigos criados por uma dinâmica global, aliados a uma concorrência internacional empresarial feroz, por vezes desregrada, que pode gerar diminuição do nível de condições de trabalho e desrespeito por direitos fundamentais. Entre os países existem níveis de proteção e reconhecimento de direitos de forma acentuadamente diferente e assimétrica. Todo o contexto atualmente em curso, associado ao processo de internacionalização da produção, ocorre num ambiente em que as instituições, a legislação e a regulação dos mercados permanecem ainda, essencialmente, assentes em dinâmicas nacionais definidas por cada país ou espaço econômico limitado.

A globalização recebeu o capitalismo acompanhado das forças e relações de produção e as consequências disso são inúmeras.

A questão subjaz e nos conduz à reflexão permanente. Saber como moldar uma formação social capitalista condizente com a supressão relativa e mudanças possíveis das necessidades dos trabalhadores -enquanto

seres sociais-, mas sem nunca condicionar ou prejudicar aqueles que são os Direitos Fundamentais consagrados pelo Direito do Trabalho e cuja inscrição formal radica nas Constituições dos Estados modernos?

Esse é, portanto, claramente, o desafio que se coloca, hoje, permanentemente, aos ordenamentos jurídicos dos Estados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eduardo. Globalização e Subsistema educativo regional. Políticas educacionais públicas da Madeira. **Revista Sensos** 8, 4, nº 2, p. 67-91, 2014.

ALVES, Eduardo. Modelo alternativo de Governança num espaço português. O caso paradigmático da administração educativa da Região Autónoma da Madeira. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, 34, p. 567-591, 2018.

ALVES, Eduardo. Do futuro do trabalho ao trabalho do futuro: o “tele-trabalho” em Portugal. In **A Patria Jornal da Comunidade Científica de Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://apatRIA.org/sociedade/do-futuro-do-trabalho-ao-trabalho-do-futuro-o-teletrabalho-em-portugal/> . Acesso em: 20 de agosto de 2021.

BACELAR GOUVEIA, Jorge. **Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar**. Lisboa, 2001.

BACELAR GOUVEIA, Jorge. **O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa**. Lisboa: O Espírito das Leis, 2003.

FERRARI, Ivani; Nascimento, Amauri; Martins Filho, Ives. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

GRANATO, Leonardo. **Brasil, Argentina e os rumos da integração: o Mercosul e a Unasul**. Curitiba: Appris, 2015.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEAL AMADO, João. **Contrato de Trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MERCURE, Daniel. Adam Smith: as bases da modernidade. *In* Daniel Mercure; Jan Spurk (org.). **O trabalho na história do pensamento ocidental**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

MIRANDA, Jorge. Liberdade de trabalho e profissão. **Revista de Direito e Estudos Sociais**, Ano XXX, p. 145 e ss, abr.-jun.1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, IV (3ª ed.). Coimbra, 2000.

MONTEIRO FERNANDES, António. **Direito do Trabalho** (13ª ed.). Coimbra: Almedina, 2006.

NASCIMENTO, Amauri. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho** (26ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Diário da República n.º 86/1976, Série I, de 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>. Acesso em: 23 ago.2021

PORTUGAL. **Lei n.º 39/80 de 1980 Aprova o Estatuto Politico-Administrativo da Região Autónoma dos Açores**. Diário da República n.º 179/1980, Série I, de 05 de agosto de 1980. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/470204/details/normal?p_p_auth=O3K7Fzsb. Acesso em: 23 ago.2021

PORTUGAL. **Lei n.º 9/87 Primeira revisão do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores**. Diário da República n.º 71/1987, Série I, de 26 de março de 1987. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/666494/details/normal?perPage=100&sort=whenSearchable&sortOrder=ASC&q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa>. Acesso em: 23 ago.2021.

PORTUGAL. **Lei nº 13/91 de 05 de junho Aprova o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira**. Diário da República n.º 128/1991, Série I-A, de 05 de junho de 1991. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/629666/details/maximized>. Acesso em: 23 ago.2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 61/98 Segunda alteração ao Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores**. Diário da República n.º 197/1998, Série I-A, de 27 de agosto de 1998. Disponível em: <https://dre>.

pt/web/guest/pesquisa/-/search/448681/details/maximized. Acesso em: 23 ago.2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 130/99 Primeira revisão do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira.** Diário da República n.º 195/1999, Série I-A, de 21 de agosto de 1999. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/434224/details/maximized>. Acesso em: 23 ago.2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 12/2000 Segunda alteração do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira.** Diário da República n.º 142/2000, Série I-A, 21 de junho de 2000. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/303585/details/maximized>. Acesso em: 23 ago.2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 2/2009 Terceira revisão do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores.** Diário da República n.º 7/2009, Série I, de 12 de janeiro de 2009. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/397322/details/maximized>. Acesso em: 23 ago.2021.

REBELO DE SOUSA, Marcelo; MELO ALEXANDRINO, José. **Constituição da República Portuguesa Comentada.** Lisboa, 2000.

REIS NOVAIS, Jorge. **As Restrições aos Direitos Fundamentais** (2ª ed.). Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

SANSON, Cesar. O Trabalho em tempos de crise: breve revisão teórica do debate entre os contemporâneos. **Revista Movimentação**, 7(13), p.142-156, jul./dez. 2020.

SPURK, Jan. A noção de trabalho em Karl Marx. In D. Mercure, & J. Spurk. **O trabalho na história do pensamento ocidental.** Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

STREECK, Wolfgang. A crise de 2008 começou há 40 anos. **In De pé ó Vitimas da Dívida.** p. 19-33, 2015.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo.** Oeiras: Editorial Presença, 2010.

'Notas de fim'

1 A este propósito Vide o artigo 40, alínea n), do Estatuto político-administrativo da Madeira aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de junho, com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Leis n.ºs 130/99, de 21 de agosto e 12/2000, de 21 de junho; e o artigo 61º do Estatuto político-administrativo dos Açores aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de agosto, com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: [Lei n.º 9/87, de 26 de março](#), [Lei n.º 61/98, de 27 de agosto](#) e [Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro](#).

MITIGAÇÕES AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL

MITIGATIONS TO THE OBLIGATORY PRINCIPLE: NON-PROSECUTION AGREEMENT AND CONSENSUAL DUE PROCESS OF LAW

ATENUANTES AL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD: ACUERDO DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y GARANTÍAS PROCESALES CONSENTIDAS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Dos principais instrumentos de justiça penal consensual; 2.1 Da lei dos juizados especiais cíveis e criminais; 2.2 Da lei de drogas; 2.3 Da lei das organizações criminosas; 2.4 Do acordo de não persecução penal; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo a análise da justiça penal consensual no Brasil até o advento da Lei 13.964/2019, que trouxe o revolucionário acordo de não persecução penal. Em sequência, buscamos a análise em torno do princípio da obrigatoriedade e do devido processo legal e sua revisão ante ao novel instituto, bem como sua aplicação prática no Ministério Público do Estado de São Paulo.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze the main consensual criminal justice until the advent of the Law 13.964/2019, which brought the revolutionary

Como citar este artigo:

AMPARO, André,
OLIVEIRA,
Edmundo,
AUGUSTO, José.
Mitigações ao princípio da obrigatoriedade: acordo de não persecução penal e devido processo legal consensual. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 41 2023, p. 215-238

Data da submissão:

21/05/2021

Data da aprovação:

19/10/2023

1. Universidade de Araraquara - Brasil
2. Universidade de Araraquara - Brasil
3. Universidade de Araraquara - Brasil

non-prosecution agreement. In sequence, we seek to analyse the obligatory principle and due process of law principle and it's revision in view of the new institute, as well as their practical application in the Public Prosecution of the state of São Paulo.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo analizar la justicia penal consensual en Brasil hasta el advenimiento de la Ley 13.964/2019, que trajo el revolucionario acuerdo de no persecución penal. A continuación, se analiza el principio de obligación y debido proceso legal y su revisión ante el nuevo instituto, así como su aplicación práctica en el Ministerio Público del Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE:

Justiça penal negociada; Justiça penal consensual; Acordo de não persecução penal; Princípio da obrigatoriedade; Princípio do devido processo legal.

KEY-WORDS:

Negotiated criminal justice; Consensual criminal justice; Non-prosecution agreement; Obligatory principle; Due process of law principle.

PALABRAS CLAVE:

Justicia penal negociada; Justicia penal consensuada; Acuerdo de no enjuiciamiento; Principio de coerción; Principio del debido proceso legal.

1. INTRODUÇÃO

A justiça negociada vem ganhando grande destaque no Brasil, especialmente em razão da sobrecarga de trabalho nos tribunais e órgãos de persecução penal, gerando a imprescindível necessidade de agilização da persecução penal e a promoção de sua efetividade.

No Brasil, foi com a Constituição Federal de 1988 que teve início o abrandamento da característica tipicamente repressiva da justiça penal, estabelecendo, em seu art. 98, inc. I, a possibilidade de realização de transação penal em crimes de menor potencial ofensivo. Desde então, em

razão da evidente redução do número de feitos e dos naturais benefícios para as partes, a justiça consensual vem se desenvolvendo sobremaneira no sistema jurídico brasileiro por meio de inúmeros diplomas, cujos principais serão tratados neste trabalho. Para tanto, foi necessário abandonar o tradicional conceito de obrigatoriedade da ação penal e de sua indisponibilidade, sem prejuízo do devido processo legal tradicional, inaugurando a obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regradada e o devido processo legal consensual, possibilitando ao Promotor de Justiça lançar mão da ação penal para celebrar um acordo de não persecução penal, a despeito de existir indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.

Serão analisadas brevemente as previsões constantes da Lei 9099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), da Lei 11.343/06 (Drogas) e da Lei 12.850/2013 (Organizações Criminosas) a fim de pontuar a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Empregar-se-á mais esforços para analisar a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que revolucionou a resolução conflitiva na justiça criminal com o acordo de não persecução penal.

O objetivo do presente artigo é apresentar a ampla gama de previsões normativas no que tange à gestão de conflitos presentes nos principais diplomas pátrios, até o recém inserido acordo de não persecução penal, de forma a verificar suas hipóteses de aplicação e pontos controvertidos, com a correspondente definição doutrinária e jurisprudencial de cada tópico. Para alcançar tais objetivos, a metodologia aplicada neste artigo foi a indutiva, com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica. O método se faz essencial ao alcance do quanto pretendido, no intuito de apresentar o campo teórico dos acordos na justiça penal e sua aplicabilidade prática em alguns julgados de tribunais superiores.

2. DOS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Por primeiro, interessante salientar que, em que pese muitos autores utilizarem o termo “justiça penal negociada”, parece-nos necessário realizar a diferenciação entre este e a justiça penal consensual. Ambas se orientam pelo consenso e pretensão de solucionar o conflito, todavia, o traço distintivo é que naquela há maior autonomia na formatação e construção das propostas e ajustes, enquanto que nesta última já existem parâmetros

legais preestabelecidos de atuação, devendo a construção do acordo ser realizado dentro de tais limites (ANDRADE, 2019).

Nesse sentido, considerando os instrumentos presentes em nosso ordenamento jurídico, e em vista dos parâmetros legal e previamente estabelecidos, melhor encaixamos os atuais institutos em instrumentos de justiça penal consensual, o qual passamos a analisar abaixo.

2.1 Da lei dos juizados especiais cíveis e criminais

A primeira delas, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criada em atendimento ao imperativo art. 98, inc. I, da CF/88, foi concebida com o objetivo de promover maior informalidade e celeridade à prestação jurisdicional, além de estimular o consenso entre as partes (LIMA, 2020). A norma aplica-se aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 02 (dois) anos e contravenções penais, cumulada ou não com multa, sejam ou não submetidos a procedimento especial (LIMA, 2015).

Em seu bojo, trazem as doutrinariamente nominadas medidas despenalizadoras, previstas nos artigos 72 a 76 (composição civil dos danos e transação penal) e 89 (suspensão condicional do processo).

A composição civil dos danos, prevista nos artigos 72 a 75 da Lei 9.099/95, é realizada em sede de audiência preliminar, oportunidade em que será esclarecido pelo magistrado a possibilidade de composição dos danos materiais, morais e estéticos. Esta, aplicável à ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação, deverá contar com a presença do representante do Ministério Público, do autor do fato e da vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados. Em havendo acordo entre as partes, este será homologado pelo juiz e ocasionará a renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74). A despeito disso, em caso de não cumprimento, o acordo homologado ainda caracteriza título executivo judicial, passível de execução junto ao juízo cível.

A referida renúncia, todavia, não se aplica aos crimes de ação penal pública incondicionada, o que, porém, não impede a composição dos danos que, se realizada até o recebimento da denúncia, caracterizará arrendimento posterior (art. 16 do Código Penal) e conferirá a redução da reprimenda no patamar de um a dois terços.

Em não sendo frutífera a composição civil dos danos nos casos de crime de ação pública condicionada à representação já ofertada pela vítima, ou mesmo no caso de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público deverá¹, desde que não se façam presentes as hipóteses impeditivas previstas no art. 76, parágrafo 2º, e não seja caso de arquivamento, propor a transação penal, com a imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. Esta será homologada pelo juiz e, se descumprida, retorna-se à situação anterior, possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial (súmula vinculante 35²).

Igualmente prevista na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, é a suspensão condicional do processo. Cuida-se de importante instituto despenalizador por meio do qual se permite a suspensão do processo – após o oferecimento da denúncia – por um período de prova que pode variar de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, nos casos de crimes apenados com pena mínima não superior a 01 (um) ano³, e desde que aceito pelo denunciado e observado o cumprimento de certas condições (como reparação do dano, proibição de frequência a certos lugares ou de se ausentar da residência sem autorização judicial e obrigação de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.) e requisitos favoráveis (como culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, circunstâncias e os motivos do crime). Impende destacar que a suspensão condicional do processo é baseada no *nolo contendere*, ou seja, uma modalidade de defesa em que aquele que foi acusado não combate a imputação realizada, mas também não reconhece inocência ou culpa. (LIMA, 2020).

O feito e sua prescrição, neste período, permanecem suspensos e, findo o período de prova com o consequente cumprimento do quanto acordado, estará extinta a punibilidade. De outro lado, se houver a revogação do benefício o feito prossegue com o recebimento da denúncia pelo magistrado.

2.2 Da Lei de Drogas

A Lei 11.343/06, como cediço, revolucionou o sistema à época, ao conferir tratamentos jurídicos diferentes ao traficante e ao usuário de drogas, ao tratar este último como um problema de saúde pública (LIMA,

2020). Mas não só. Também conferiu novos instrumentos à repressão da produção, venda, bem como das organizações criminosas e aos patrocinadores desta atividade. Neste enfoque, foi instituída a colaboração premiada, prevista no art. 41.

O dispositivo prevê que será beneficiado com causa de diminuição de pena, o investigado ou acusado que voluntariamente colaborar na identificação dos demais partícipes e coautores do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime (que pode ser a própria droga ou o valor obtido com sua venda). Sobreleva notar, todavia, que a mera confissão do acusado não é suficiente à obtenção dos benefícios, devendo ser também acrescido de informações eficazes e não previamente conhecidas pelos órgãos de persecução penal sobre os fatos (LIMA, 2020).

O instituto previsto na Lei de Drogas não gera maiores debates em torno da doutrina e jurisprudência, considerando que a fixação da causa de diminuição dependerá da maior ou menor colaboração na investigação ou processo criminal (GONÇALVES, 2017,). Despiciendo, ainda, a cumulação, para fins de obtenção do benefício, da identificação de demais coautores e partícipes junto à recuperação total ou parcial dos produtos, bastando apenas um deles (LIMA, 2020).

Neste tópico, destaca-se que há precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, entendendo como possível a aplicação simultânea da atenuante da confissão prevista no art. 65, inc. I, “d”, do Código Penal, junto à causa de diminuição prevista no art. 41 da Lei 11.343/06⁴ (LIMA, 2020).

2.3 Da Lei das Organizações Criminosas

Visando combater um dos maiores problemas do mundo globalizado, a lei 12.850/2013 trouxe regramento bastante específico a esta especial forma de macrocriminalidade, dentre eles o instituto da colaboração premiada, prevista no art. 4º da Lei 12.850/2013.

Através dele, o investigado ou acusado pode ser beneficiado, a depender da fase processual em que se encontre e das informações e resultados que ocasionar (art. 4º, incisos I a V), com o perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade, substituição por reprimenda restritiva de direitos àquele que voluntariamente colaborar efetivamente com a investigação e o processo penal, obtendo os resultados elencados nos incisos I a V do art. 4º.

Na forma em que ocorre na Lei de drogas, há também a exigência de confissão dos fatos por parte do delator, abrindo-se, portanto, mão de seu direito de permanecer em silêncio, acrescido de informações desconhecidas dos órgãos de persecução penal, que autorizem localização do produto do crime, identificação de partícipes e coautores, localização da vítima, revelação da estrutura hierárquica e prevenção de infrações que derivem da organização criminosa. Este, contudo, se classifica como meio de prova que deve ser unido a outros, sendo inadmitida a condenação exclusivamente com base nas palavras do colaborador (LIMA, 2020). O Ministério Público ainda poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento⁵.

Por mais que a existência desse acordo não seja essencial à concessão dos benefícios legais inerentes à colaboração ora referida, sua formalização, sempre acompanhado de defensor constituído, perante autoridade policial (com posterior manifestação do Ministério Público) ou órgão do Ministério Público, e subsequente homologação judicial, é necessária à eficácia do instituto, especialmente considerando a segurança e garantia conferida às partes, que não mais permanecem unicamente com expectativa de direito (LIMA, 2020). Este, contudo, poderá ser rescindido por qualquer das partes antes da referida homologação judicial, ocasião que as provas que caracterizem autoincriminação produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. O ajuste pode, ainda, ser rescindido em caso de omissão dolosa por parte do investigado ou acusado sobre os fatos objeto da colaboração.

2.4 Do Acordo de Não Persecução Penal

Apesar das inúmeras previsões em sede de Legislação Especial, não havia uma previsão expressa aplicável aos crimes de média potencialidade lesiva.

Foi nesse sentido que o Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício de sua competência regulamentar (art. 130-A, §2º, inc. I, da Constituição Federal), expediu a Resolução 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução 183/2018, que, entre outros temas, trouxe o “acordo de não persecução penal”. O instituto, todavia, era objeto de críticas ferrenhas em razão dos aparentes óbices principiológicos no sistema Ju-

rídico-Constitucional Brasileiro, tais como legalidade e obrigatoriedade (abarcando a indisponibilidade), sem prejuízo dos que consideravam que a matéria seria relativa a direito processual penal, demandando, assim, Lei em sentido formal (art. 22, inc. I da CF), o que a tornaria inconstitucional.

De mais a mais, a despeito dos debates ora referidos, destaca-se, que o Ministério Público Federal apontou que até 24 de janeiro de 2020 seus membros entabularam 1.199 acordos de não persecução penal referentes a diversos crimes em todo o território nacional, números que saltaram para 4.344 acordos, em 05 de agosto de 2020, representando quase o quádruplo de incremento no período (CNMP, 2020).

Da mesma forma, o uso do ANPP pelo Ministério Público do Estado de São Paulo cresceu. Em 2019, a Instituição havia celebrado 793 acordos de não persecução penal, sendo que em 2020, até 05 de agosto, foram pactuados 2.823 acordos em todo o Estado (MPSP, 2020).

Visando superar esta aparente antinomia é que veio a Lei 13.964/2019, trazendo, entre outras modificações, o instituto do acordo de não persecução penal, responsável por alterar sobremaneira a forma de solução de conflitos criminais, em patente abandono da postura contenciosa reativa e acolhimento de uma justiça penal não reativa e colaborativa (MELO, 2020).

Aduzia-se que a adoção de tal comportamento pelo órgão Ministerial, porém, afronta diretamente o conceito tradicional do princípio da obrigatoriedade, indisponibilidade e devido processo legal tradicional, demandando análise a respeito de sua amplitude. O primeiro princípio ora referido é compreendido como o dever, por parte dos agentes públicos, de dar início à persecução penal quando do conhecimento de fato indesejado dotado de justa causa.

Nas palavras de LIMA (2017, p. 229)

(...) de acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à

existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Para grande parte da doutrina, entretanto, o princípio da obrigatoriedade não tem status constitucional.

Em termos positivos, o Código de Processo Penal, em sua conformação original, pouco se deteve sobre a obrigatoriedade no exercício da ação penal. A Exposição de Motivos, quando menciona a ação penal, limita-se a afirmar que “o projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, como decorrente do reclamo de ‘completa separação entre o juiz e o órgão de acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal’”. Neste, a única disposição que se aproxima da materialização do princípio está no art. 24, que dispõe que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

No Código Penal, por sua vez, há a previsão do art. 100, §1º, dispondo que “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

A Constituição Federal estabeleceu no art. 5º, inc. II a legalidade ao cidadão – “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – e no art. 37, *caput*, a legalidade à Administração Pública, trazendo a vinculação de todo agir da administração à legalidade, à vinculação ao texto normativo. Este, todavia, é bom lembrar, embora imponha um regime de direito estrito nas opções levadas a efeito pelo Estado, não se afigura incompatível com a afirmação de um espaço decisório por parte dos órgãos e funções públicas.

A Carta Magna quando afirma expressamente a titularidade da ação penal pública, outorga-a privativamente ao MP (art. 129, inc. I). Na apresentação formal da instituição, sujeita-a à ideia de unidade e de independência funcional de seus membros, além de estabelecer sua missão institucional de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127). Nota-se, portanto, que os principais diplomas legais pátrios sobre persecução penal trazem

preceitos que mais reafirmam a titularidade da ação penal do Ministério Público que exatamente preceituam a obrigatoriedade no exercício dessa atribuição. A obrigatoriedade no exercício da ação penal, assim, expõe-se mais como uma cultura processual penal no Direito Pátrio, que propriamente mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação, passível, portanto, de reinterpretação nos textos e contextos (SUXBERGER, 2019).

É sob esta égide que ganhou força e fundamento a necessária revisão dos limites do princípio da obrigatoriedade, devendo ser entendido como o dever de resposta do órgão Ministerial, tal como ocorre no acordo de não persecução penal, que propriamente a obrigatoriedade de propositura de uma ação penal em todas as oportunidades em que confrontar indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.

Frisa-se que a obrigatoriedade da ação penal é derivada de um dogma processual penal, já que não há dispositivo legal na Constituição da República, no Código Penal ou Código de Processo Penal prevendo que o Ministério Público não poderá dispor da ação penal. Reforça-se que SUXBERG aponta que “a obrigatoriedade no exercício da ação penal, pois, figura-se mais como uma cultura processual penal no Direito brasileiro que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação” (2017, p. 39). Aliás, para quem o exercício do direito de ação penal deve ser a *ultima ratio*, já que somente será exercido caso a pretensão estatal não seja satisfeita por outro modo (SUXBERG, 2019).

Desmistificando esse dogma, o autor entende que nem sempre o Ministério Público estará obrigado a oferecer a denúncia, até mesmo porque dentre as atribuições institucionais da instituição está o poder de decidir sobre a ação penal pública.

A regra na ação penal pública, portanto, é oferecimento da denúncia diante da obrigatoriedade da ação penal, entretanto, diversos mecanismos têm mitigado essa incumbência do Ministério Público e obstado a deflagração da ação penal.

Vale mencionar que a obrigatoriedade da ação penal não impede que o Ministério Público, em alegações finais, pugne pela absolvição do acusado em caso de falta de provas ou inocorrência, pois, consoante ensina Renato Brasileiro de Lima, “ao Parquet também incumbe a tutela de interesses individuais indisponíveis, como a liberdade de locomoção” (2020, p. 324).

O princípio da indisponibilidade da ação penal (ou princípio da indesistibilidade), consectário lógico da obrigatoriedade, se aplica à fase processual e dispõe que ao órgão do Ministério Público não é autorizado dispor ou desistir do processo em curso ou do recurso voluntariamente interposto (LIMA, 2020). Cumpre, portanto, ao *Parquet* promover as medidas judiciais e necessárias (previstas em Lei) aos fins da aplicação do *jus puniendi*, sempre que esteja diante de fato típico e ilícito, bem como agente dotado de culpabilidade, sem prejuízo da justa causa (OLIVEIRA, 2017). Este, para a maioria da doutrina, deriva dos artigos 42 e 576, ambos do CPP, determinando, respectivamente, que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” e “o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto”.

Apesar disso, não há falar de sua aplicação irrestrita. Por primeiro, nenhum dos dispositivos prevê explicitamente o princípio. Em segundo lugar, a despeito da previsão da indesistibilidade do recurso que haja interposto, não há obrigação do órgão do Ministério Público recorrer ou pleitear sua condenação em segundo grau (MELO, 2011). Igualmente, nos termos do art. 385 do CPP, não há a obrigação de que o *Parquet* requeira a condenação do réu nas denúncias que oferecer.

Certo é, por fim, que o princípio da indisponibilidade, tal qual o da obrigatoriedade, necessitam revisitação, especialmente diante das relevantes inovações legislativas que vêm ocorrendo, com a subsequente modificação do paradigma, que passa de uma visão meramente punitivista para uma justiça consensual e restaurativa, que atente integralmente os princípios constitucionais e da administração pública, sem prejuízo de promover a ressocialização e reparação dos danos.

O Devido processo legal é previsto no art. 5º, inc. LIV, da CF, e dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Configura-se como uma das mais importantes garantias em prol da defesa dos direitos e liberdades fundamentais, que se estende desde a elaboração da Lei (devido processo legislativo), que deve ser razoável, contar com senso de justiça e enquadramento nos preceitos constitucionais (*substantive process of law*), passando pela aplicação das normas jurídicas através de hábil instrumento, que é o processo judicial (*judicial process*), e chegando até o *Fair Trail*, ou seja, a paridade de armas entre as partes, que

devem deferência ao processo judicial caso almejem a aplicação de norma jurídica em face de outrem (CRUZ, TUCCI, 1989). Nesse sentido, o Devido Processo legal se presta, como garantia constitucional, à consecução de direitos fundamentais por meio da efetivação do direito de ação (direito ao processo), materializado em procedimento regularmente desenvolvido em prazo razoável com respeito aos seus corolários (CUNHA, 2019).

São corolários do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXIII, da CF).

Pois bem. Delineados os contornos do princípio do Devido Processo Legal e de seus corolários, passemos à análise da adequação do modelo consensual a estes.

Nitidamente, a cláusula aberta do devido processo legal foi moldada no modelo conflitivo da justiça penal, cuja reestruturação, diante da inserção de instrumentos de consenso, é medida premente. Nessa perspectiva, após a Constituição Federal trazer em seu bojo o art. 98, inc. I (e a possibilidade de transação penal), restou inaugurado o devido processo penal consensual. Deve-se compreender neste aspecto, que há não mais uma, mas duas manifestações do princípio do Devido Processo Legal, quais sejam: o devido processo legal contraditório, ou tradicional; e o devido processo legal consensual destinado aos não acusados (CUNHA, 2019). Este último voltado às infrações de pequena e média potencialidade ofensiva, diante dos institutos de justiça penal consensuada a eles aplicáveis.

Devido processo consensual vincula-se à garantia da liberdade do autor do fato ante ao ajuste (DIAS, 1999), reforçando e estimulando a posição do acusado e o diálogo entre as partes, de modo a facilitar o acesso a efetividade e anseios político-criminais por meio da obtenção de solução consentida (CUNHA, 2019).

A adoção de tal método de forma alguma é abrir mão dos corolários ora referidos, ainda que eles tenham sido inicialmente delineados ao modelo conflitivo de justiça criminal, especialmente diante da cláusula aberta que é o devido processo legal. Há, contudo, em razão da busca por soluções consensuais, abreviação do procedimento e subsequente promoção da celeridade, há a necessidade de compreensão de tal categoria (justiça penal consensual) e de seu conteúdo mínimo.

Inicialmente, ainda que de maneira intuitiva diante do princípio da legalidade e do próprio devido processo legal, devem ser prévia e legalmente estabelecidos os parâmetros do ajuste, ou seja, os prêmios derivados da composição, crimes aplicáveis e o respectivo procedimento. Sem prejuízo, é essencial que seja respeitada e promovida a autonomia das partes, de um lado a discricionariedade do órgão acusador em relação à adequação e conveniência na promoção do acordo (sempre com base nos elementos e gravidade do fato, resposta punitiva estatal e celeridade). De outro, asseverar ao acusado livre e voluntária escolha, devendo, neste mérito, ser visto como efetiva capacidade (tendo em vista as desigualdades sociais) e autodeterminação de sua conduta. A livre escolha, neste ponto, perpassa a ausência de constrangimentos ou abusividades por parte do órgão acusatório, bem como a obrigatória assistência por procurador constituído e o integral esclarecimento sobre os fatos e termos do ajuste. Há ainda a integral aplicação da boa-fé objetiva, compreendida como a proibição de determinadas condutas tendentes a frustrar a confiança da outra parte. Logo, desde o início da avença entre acusação e defesa, decorrem legítimas expectativas de que as partes irão atuar dentro dos estritos ditames legais e no sentido do integral cumprimento do negócio jurídico celebrado. Por derradeiro, deve-se manter a busca da verdade processualmente válida. Apesar de estarmos falando de composição entre as partes, deve haver, ainda que em análise perfunctória (considerando a usual fase preliminar em que os ajustes ocorrem), deve haver a busca pela reconstrução fiel dos fatos e de como ocorreram, não apenas para assegurar a adequada verificação do cabimento, mas para autorizar a composição mais justa entre as partes (CUNHA, 2019).

Ao que se vê, a política criminal instalada no sistema jurídico nacional desde a CF, através do art. 98, inc. I, gerou uma necessária revisão também deste princípio, devendo ser compreendido de forma diversa do tradicional, já que este último é eminentemente voltado à justiça conflitiva. Neste enfoque, a revisão do princípio, a partir da sua divisão em devido processo legal e devido processo legal consensual, cada qual com seus respectivos corolários, se mostra plenamente adequado, especialmente diante da evidente mudança de paradigma através da Lei 13.964/2019, que trouxe a justiça penal consensual como solução não apenas à celeridade e redução de feitos, mas à pacificação social.

Superada a questão dos princípios ora referidos, passemos ao acordo de não persecução penal, que é conceituado como mecanismo consensual em que o imputado se conforma com a imposição de sanção (não privativa de liberdade) em troca de eventual benefício, como redução da pena e a não configuração de maus antecedentes (VASCONSELLOS, 2019).

Destaca-se que as condições não se confundem com penas propriamente ditas, pois estas somente podem ser impostas por meio de um processo penal acusatório, no qual, se condenado o acusado, o Estado fixará as mais adequadas considerando o caso concreto, independentemente da concordância do indivíduo.

As condições do ANPP, entretanto, trazem direitos e obrigações negociais que serão pactuadas entre o Ministério Público e o investigado, que poderá negociar com o órgão acusador as condições que devem ser fixadas. Importante dizer que a aceitação do investigado deve ser livre de qualquer coação, coerção ou ameaça, pois o que se busca é um ajuste consensual entre as partes. Para SUXBERG (2018) as cláusulas representam uma resposta despenalizante para a solução do conflito.

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) reforçam este entendimento pelo enunciado n. 25 “O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência”.

Por não se confundirem com penas, as condições não podem, em hipótese alguma, trazerem privações à liberdade do pactuante, isto significa que elas devem versar sobre “prestações claramente disponíveis (v.g., reparação do dano, renúncia a instrumentos do crime, etc.)” (LIMA, 2020, p. 230), sob pena de não homologação do acordo por inobservância das condições admissíveis.

A Lei 13.964/2019 inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal e, de maneira bastante objetiva, traz como pressupostos do acordo a existência de IP ou PIC; não ser o caso de arquivamento; pena mínima inferior a 04 anos (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto); delito cometido sem violência ou grave ameaça; dever de o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração

penal.

São condições do acordo a reparação do dano ou restituição da coisa, salvo impossibilidade manifesta; submissão à renúncia de bens e direitos; prestação de serviços à comunidade por período correspondente à pena mínima cominada, diminuída de 1/3 a 2/3 em local a ser indicado pelo juízo; prestação pecuniária; cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Além disso, não pode ser cabível transação penal; investigado não pode ser reincidente; ou se os elementos indicarem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; agente beneficiado nos 05 anos anteriores em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; crime praticado no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Diferente do que ocorre nos EUA, onde o acordo de não persecução penal – *non-prosecution agreement* (NPA), feito entre uma agência do governo e uma pessoa jurídica ou física que se encontra submetida a uma investigação civil ou criminal, independe de homologação judicial, a Lei nº 13.964/2019 dispõe, em seu art. 3º-B, inc. XVII, que a análise e controle da legalidade do referido acordo e salvaguarda dos direitos individuais compete ao juiz de garantias (CHEKER, 2020).

A figura, todavia, teve sua eficácia cautelarmente suspensa por prazo indeterminado por decisão do Ministro Luiz Fux, relator das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, o que perdura até a elaboração do presente ensaio.

Em prosseguimento, para a homologação do ANPP, segundo a Lei, será feita audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu procurador constituído, bem como sua legalidade (CPP, art. 28-A, § 4º). Apesar da intenção protetiva da norma, é notável que a obrigatória realização desta audiência burocratizará sobremaneira o processo, considerando que o interessado/ investigado terá de ser intimado por duas vezes, uma delas para a assinatura do ANPP junto ao Ministério Público, e outra para a verificação da legalidade, voluntariedade e homologação pelo Magistrado. A melhor conclusão seria deixar a análise da necessidade de tal verificação a cargo do juiz natural, cumprindo ao órgão Ministerial a adoção de métodos que

facilitem a fiscalização da supracitada voluntariedade, *v.g.* a gravação audiovisual quando da formalização do ajuste (CHEKER, 2020).

Homologado o ANPP pelo Magistrado, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. A regulamentação comporta nova crítica neste ponto, uma vez que o acordo não imporá qualquer pena para que tramite por aquele juízo (CHEKER, 2020).

Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Sem embargo da vontade legal, há *in casu*, verdadeira permissão para que o juiz amplie a sanção penal ainda durante a fase investigatória, o que viola o sistema acusatório.

Em não havendo o cumprimento, o acordo será rescindido e a denúncia será oferecida. Por outro lado, se for integralmente satisfeito haverá a extinção da punibilidade.

Analisando-se comparativamente a resolução 181/2017 (posteriormente alterada pela resolução 183/2018) e a Lei 13.964/2019, em relação ao acordo de não persecução penal, nota-se que o legislador em muito aproveitou as previsões já constantes da resolução emanada do CNMP, com algumas alterações.

A primeira que merece destaque, é que a resolução previa que não seria aplicável o acordo para prejuízos superiores a 20 salários-mínimos. A Lei 13.964/2019, de maneira acertada, deixou de adotar a limitação para a aplicação do acordo de não persecução penal de acordo com o montante do prejuízo, o que amplia sobremaneira a atuação do referido instituto. A segunda delas é a possibilidade de realização do acordo também em crimes hediondos ou equiparados. A novel Lei retirou tal limitação que se fazia presente na resolução, trazendo, assim, verdadeira hipótese de composição também aos crimes em geral, vez que poderá ser aplicado à quase integralidade dos crimes previstos.

A fim de aplacar a aparente possibilidade da proposta em delitos desta natureza, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) editaram o Enunciado 22 nos seguintes termos:

“Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Fundamenta-se, portanto, a impossibilidade do ANPP nestes casos, pois sua celebração seria incompatível com a necessária e suficiente reprovação e prevenção de crime, requisito imprescindível para a consecução do acordo. Há, porém, quem entenda cabível o ANPP aos crimes hediondos ou equiparados cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (ARAS, 2020, p. 194).

CABRAL, no mesmo sentido, aponta que a ausência de vedação não impede a celebração do ANPP em crimes hediondos, ressalta, porém, que como muitos deles são cometidos com violência e grave ameaça naturalmente não admitem o acordo. Não obstante, o autor, considerando apenas o critério da pena mínima, aponta possível a concessão nos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, organização criminosa e nos casos de tentativa do crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Apesar disso, critica tal possibilidade, pois ela afronta o mandado constitucional de criminalização trazido pela Constituição da República que determina a adoção de tratamento mais severo aos crimes hediondos (CABRAL, 2020, p. 208).

Em prosseguimento, interessante observar que a Lei 13.964/2019 conferiu ao órgão Ministerial considerável poder para definir se o acordo será necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, ainda que os demais requisitos estejam preenchidos (art. 28-A do Código de Processo Penal), o que representa condição subjetiva e cláusula aberta de controle. Em havendo discordância por parte do magistrado, cumprirá a ele devolver o conhecimento do caso ao Procurador Geral de Justiça (art. 28-A, parágrafo 14).

É cediço que o Ministério Público é o titular da ação penal, ou seja, cabe a ele a deflagração da ação penal pública quando presente a justa causa penal, função que decorre do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ocorre, porém, que os membros do Ministério Público são considerados agentes políticos (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 140), logo, em razão de suas prerrogativas, independência e dever funcionais insculpidos na Constituição Federal devem priorizar políticas criminais que vão ao encontro do que se espera da persecução penal (CABRAL, 2017, p. 30).

DOTTI (2005, p. 73) ensina que “a Política Criminal e o Direito Penal atuam como *vasos comunicantes* da realidade social”, o que significa que não basta a aplicação fria da lei, é preciso analisar se ela vai ao encontro dos anseios reais.

Sabe-se que dentre as finalidades do direito penal estão a aplicação da reprimenda ao agente infrator, a busca pela reparação da vítima e a devolução à sociedade da sensação de que não há impunidade (ou que não deveria haver), entretanto, é preciso buscá-las de acordo com a melhor política criminal, a quem compete, segundo DOTTI:

“fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a compreender o Direito à luz de considerações extraídas dos fins a que ele se dirige e aplicá-lo nos casos singulares em atenção a este fim (Liszt, Tratado, p. 3). Em síntese, pode-se afirmar que a Política Criminal é a sabedoria legislativa do Estado na luta contra as infrações penais” (DOTTI, 2005, p. 74).

Para LIMA (2020, p. 224-225), é dever do Ministério Público, como agente político, formular os acordos de não persecução penal nas infrações penais de baixa e média gravidade, isto por se tratar de alternativa célere que vai ao encontro da política criminal de persecução penal que cabe ao *Parquet*.

Vladimir Aras (2017, p. 263), que à época analisava o acordo de não persecução penal à luz da resolução 181/2017, com maestria, afirmou que:

“O Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor de política criminal do Estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução criminal em juízo, ou se, diante da franquia do art. 129, inciso I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a

opção pela Justiça Restaurativa ou pelos acordos penais.

Deste modo, por ser o titular da ação penal é que pode o Ministério Público, visando a melhor política criminal, deixar de promovê-la para propor ao investigado o ANPP, desde que o consenso represente, nos dizeres de CABRAL (2020, p. 84), “alternativas para dar respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade, por meio de acordo penais”.

Outrossim, o ANPP, nos dizeres de RESENDE, “amplia a esfera de proteção da liberdade de locomoção da pessoa”, pois lhe garante a não persecução penal em caso de infrações de pequena e média gravidade, observado o disposto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal (RESENDE, 2020, p. 1558).

O ANPP, negócio jurídico formulado entre o MP e o investigado, homologado pelo Poder Judiciário, portanto, tem como finalidade a aplicação da política criminal de não persecução penal quando houver real vantagem no caso concreto, consoante o disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Questão relevante era a possibilidade da realização do nominado “acordo de não continuidade da persecução penal”, por meio do qual seria celebrado um ajuste entre órgão Ministerial e acusado (acompanhado de seu defensor), no curso da ação penal, visando pôr fim ao litígio, desde que não fosse o caso de pedir absolvição e preenchidos os demais requisitos do art. 28-A do Código de Processo Penal (BARROS, 2020), porém, como se verá, os Tribunais Superiores entenderam que o ANPP deve preceder a denúncia.

Vislumbrava-se possível o instituto com fundamento nos princípios da retroatividade da Lei Penal e Processual mista mais benéfica (art. 5º, XL, da CF), já que possibilitaria a não aplicação de sanção, e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII. da CF), além da analogia (derivada do princípio da unidade) que se faz necessária, considerando que se beneficiaria o investigado e não o acusado sem uma razão própria, especialmente nas denúncias oferecidas antes da sanção da Lei 13.964/2019 (BARROS, 2020).

Destaca-se que a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal chegou a lavrar o enunciado n.º 98 neste sentido: “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação

penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19” (Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação, de 25/05/2020).

Ocorre, porém, que este posicionamento foi rechaçado por outros ramos do Ministério Público brasileiro, tanto que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) editaram o Enunciado 20 delimitando a possibilidade de ANPP para fatos cometidos antes da vigência da Lei n.º 13.964/19, entretanto, desde que não recebida a denúncia, pondo-se contra, portanto, ao “acordo de não continuidade da persecução penal”.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar a questão, encampou o entendimento contrário à possibilidade de ANPP após o recebimento da denúncia, pois o instituto funciona como óbice à deflagração da ação penal, ou seja, ao oferecimento da denúncia e não para pôr fim à ação penal. Neste sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA 5ª TURMA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. (...)

2. A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como “Pacote Anticrime”), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP).

3. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, DESDE QUE NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/

SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020).

4. No caso dos autos, a discussão acerca da aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) só ocorreu em sede de apelação criminal e no momento do recebimento da denúncia não estava em vigência a Lei nº 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 607.003/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020)

A despeito dos eventuais embates que poderão surgir com base na nova legislação, certo é que a atual conjuntura da saturação da justiça penal exigia atuação firme por parte do Poder Legislativo, o que felizmente deu origem a esta lei.

Aguardamos, todavia, que com a expressa previsão de um acordo a se realizar na esfera criminal haja novo delineamento dos contornos do conceito de obrigatoriedade, demandando, à luz dos princípios da eficiência (artigo 37 da Constituição Federal), proporcionalidade (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), celeridade (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e acusatório (artigo 129, I, VI da Constituição Federal), o entendimento de “obrigatoriedade” como o dever de atuação Ministerial, que caso constate a presença de elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal, ofereça o acordo de colaboração premiada (na macrocriminalidade) ou de não persecução penal (microcriminalidade) quando cabível e, caso este não seja aceito, que só então ofereça a denúncia, única forma, ao nosso sentir, de atender aos reclames sociais de uma justiça penal célere e efetiva, com adequada participação também da parte acusada na solução da lide.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: Juspodvm, 2019.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 25. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). *Acordo de Não Persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2018.

ARAS, Vladimir. *O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019*. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; VACCARO, Igor Pinheiro Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime comentada*. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2020.

BRASIL. Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019. *Lei anticrime*. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM). Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 08 mai 2021.

BRASIL. Acordos de não persecução penal celebrados no Estado de São Paulo. São Paulo, SP. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/justicapenalnegociada/anpp%20-%20graficos.pdf. Acesso em: 27 ago 2020.

BRASIL. Ministério Público: um retrato 2020. Brasília, DF. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato-2020>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu, CAOCRIM Boletim Criminal Comentado nº 100, 2020, disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20%20100.pdf>, acessado em 21.07.2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de não persecução penal à luz da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime)*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020.

CHEKER, Monique, A Lei nº 13.964/2019 e os acordos de não persecução penal, 2020, Jota, disponível em < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-no-13-964-2019-e-os-acordos-de-nao-persecucao-penal-2-06012020>, acessado em 08.01.2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR, José Paulo; *Legislação penal especial esquematizado*, 3ª ed., Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal Volume Único*, 5ª ed., Juspodvm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*, 8ª ed., Juspodvm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.*

MELO, Valber; Broeto, Filipe Maia, Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro, disponível em <<https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=917&artigo=acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro>>, acessado em 20.07.2020.

PALUDO, Januário *et al*, 2016, Novos Paradigmas da Justiça Penal Negociada. Aplicação imediata da pena em acordos de colaboração – Procedimento Abreviado, Ministério Público Federal, disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/artigos/docs/membros/Artigo%20Procedimento%20Abreviado%20-para%20aprovacao-_RQL.pdf>, acessado em 10.01.2020.

Procedimento de Estudos e Pesquisas n. 01/2017, Conselho Nacional do Ministério Público, 2017, disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf acessado em 03.01.2020

Relatório – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”), 2020, Migalhas, disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/1533F750ECA4DC_estudo.pdf>, acessado em 10.01.2020.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set.-dez. 2020. Disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/347/280>. Acesso em 07 mar 2021.

STF. HABEAS CORPUS: HC 88.797-0 RJ 2006, Relator Min. Eros Grau DJ: 15/09/2006. STF, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385928>> Acessado em 03.01.2020. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O acordo de não persecução

penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 102.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, *Acordo de não persecução penal “o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público”*, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2019.

VASCONSELLOS, Vinicius Gomes, *Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado* (PL 6.341/2019), 2019, Conjur, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>, acessado em 10.01.2020.

'Notas de fim'

1 A despeito da Lei dispor da palavra “poderá”, a jurisprudência do STF (HC 88.797) é sedimentada no sentido de ser causa de nulidade absoluta a recusa injustificada do oferecimento da proposta.

2 A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

3 A doutrina majoritária é tranquila ao dizer que devem ser levadas em conta qualificadoras, privilégios, causas de aumento e diminuição, bem como concurso de crimes.

4 STJ, 5ª Turma, HC nº 84.609/SP, R el. Min. Laurita Vaz, j. 04/02/2010, DJ 01/03/2010 e STJ, 5ª Turma, REsp 1.002.913/PR, Rel.

Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17/09/2009, DJ e 19/10/2009.

5 Conteúdo acrescido pela Lei 13.964/2019, que entrará em vigor no dia 24/01/2020.

POLÍCIA E(M) DEMOCRACIA: A PRODUÇÃO ACADÊMICA SOBRE VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL

POLICE AND DEMOCRACY: ACADEMIC PRODUCTION ON
POLICE VIOLENCE IN BRAZIL

POLICÍA Y (EN)DEMOCRACIA: PRODUCCIÓN
ACADÉMICA SOBRE LA VIOLENCIA POLICIAL EN
BRASIL

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Um recorte preliminar da produção acadêmica sobre “violência policial” no Brasil; 3. Contornos iniciais da meta-análise sobre “violência policial”; 4. “Violência policial” em que sentido? alguns percursos teóricos e metodológicos; 5. Limites à “violência policial” vs limites da “violência policial”; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO:

A pesquisa tem como tema o sentido dado à violência policial, tendo por base as delimitações analisadas desde a produção acadêmica sobre o tema no Brasil. O objetivo central da pesquisa está em apontar os limites de tais definições visando tornar visíveis dimensões ignoradas em geral nestas abordagens. Para tanto, realizou-se o levantamento de teses de doutorado, disponíveis no Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que possuem como objeto central de pesquisa a categoria “violência policial”. Tal enfoque justifica-se para se compreender qual o significado atribuído à expressão “violência policial” nas teses objeto da meta-análise. Parte-se, assim, dos

Como citar este artigo:

SANTOS, Lucas,
AMARAL, Augusto,
DIAS, Felipe. Polícia
e(m) democracia: a
produção acadêmica
sobre violência
policial no Brasil.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 239-267

Data da submissão:
22/04/2021

Data da aprovação:
03/07/2023

1. Pontifícia
Universidade
Católica do Rio
Grande do Sul - Brasil
2. Pontifícia
Universidade
Católica do Rio
Grande do Sul - Brasil
3. Faculdade
MeridionalI
IMED - Brasil

seguintes problemas de pesquisa: qual(is) o(s) significado(s) e/ou conceito(s) de “violência policial” atribuídos pelas teses de doutorado? Que tipo(s) de significados são construídos? A fim de responder a indagação, toma-se por base o método de abordagem prevalentemente indutivo, de análise qualitativa, empírica-documental e descritiva da produção acadêmica sobre a expressão “violência policial”, em conjugação com a técnica de pesquisa da documentação indireta com ênfase bibliográfica. Conclui-se que as violências imanentes da polícia brasileira e seu exercício de poder soberano, estruturalmente postos, são profundamente limitados por estes vieses, resumindo-se a produzir uma espécie de naturalização da sua condição de existência, apenas passível de alguma gestão de sofrimento.

ABSTRACT:

The research has as its theme the meaning given to police violence, based on the delimitations analyzed since the academic production on the theme in Brazil. The main objective of the research is to point out the limits of such definitions to make visible dimensions ignored in general in these approaches. For this purpose, a survey of doctoral thesis was mapped, available on the Catalog of Theses and Dissertations of the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES), whose main research object was the “police violence” category. Such an approach is justified to understand the meaning attributed to the expression “police violence” in the thesis object of the meta-analysis. Thus, it starts from the following research problems: what is (are) the meaning (s) and/or concept (s) of “police violence” attributed by doctoral theses? What kind (s) of meanings are constructed? In order to answer the question, the predominantly inductive method of approach is based on qualitative, empirical-documentary and descriptive analysis of the academic production on the expression “police violence”, in conjunction with the research technique of indirect documentation with emphasis on bibliography. It is concluded that the immanent Brazilian police violence and its exercise of sovereign power, structurally placed, are deeply limited by these biases, summing up to produce a kind of naturalization of their condition of existence, only subject

to some management of suffering.

RESUMEN:

El tema de esta investigación es el significado dado a la violencia policial, a partir de las delimitaciones analizadas en la producción académica sobre el tema en Brasil. El objetivo central de la investigación es señalar los límites de esas definiciones para hacer visibles dimensiones generalmente ignoradas en esos abordajes. Para ello, se realizó un relevamiento de tesis doctorales, disponibles en el Catálogo de Tesis y Disertaciones de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Enseñanza Superior (CAPES), cuyo objeto central de investigación es la categoría “violencia policial”. Este abordaje se justifica para comprender el significado atribuido a la expresión “violencia policial” en las tesis objeto del metaanálisis. El punto de partida son los siguientes problemas de investigación: ¿cuál es el significado o los significados y/o el concepto o los conceptos de “violencia policial” atribuidos por las tesis doctorales? ¿Qué tipo(s) de significados se construyen? Para responder a esta pregunta, utilizamos un abordaje predominantemente inductivo, analizando la producción académica cualitativa, empírico-documental y descriptiva sobre la expresión “violencia policial”, en conjunto con la técnica de investigación de documentación indirecta con énfasis bibliográfico. La conclusión es que la violencia inmanente de la policía brasileña y su ejercicio del poder soberano, estructuralmente vigente, están profundamente limitados por esos sesgos, reduciéndose a producir una especie de naturalización de su condición de existencia, que sólo puede ser gestionada por el sufrimiento.

PALAVRAS-CHAVE:

Violência Policial; Polícia; Democracia Securitária.

KEY-WORDS:

Police Violence; Police; Security Democracy.

PALABRAS CLAVE:

Violencia policial; Policía; Seguridad de la Democracia.

1. INTRODUÇÃO

As dinâmicas de violência e de segurança são fenômenos sociais de enorme envergadura e vastidão de tratamento. No entanto, desde uma lógica da defesa social, os discursos de segurança pública re/atualizam-se com novas nomenclaturas, não raro reverberando os antigos discursos e políticas já conhecidas que alimentaram regimes autoritários e ditatoriais na América Latina, mas nunca sem deixar, em alguma medida, de camuflar-se como discursos pacificadores, humanizados e promotores da “paz”.

O campo de pesquisas sobre polícia no Brasil é extenso e significativo, especialmente, a partir da década de 1990, onde o tema expandiu-se e consolidou-se na agenda de pesquisadores e pesquisadoras, além de estudos interdisciplinares em torno da polícia e suas formas de atuações violentas. Por se tratar de um objeto de pesquisa amplo e complexo, questões como o alto índice de letalidade, vitimização de policiais, militarização da segurança pública, heranças autoritárias, controle interno e externo e, principalmente, discussões sobre os limites do uso da força, são constantemente analisadas em pesquisas.

Do mesmo modo, quando se debate o que se convencionou chamar de “violência policial”, as narrativas e as definições sobre “legitimidade” e/ou “legalidade” da violência de Estado possuem um lugar destacado, marcado por dissensos e consensos nas diferentes abordagens acadêmicas, normalmente envolvendo uma linha tênue no estabelecimento de critérios para a classificação/enquadramento, mensuração de letalidade e de outras violências ocasionadas a partir das intervenções policiais.

As organizações de defesa de direitos humanos, estudos acadêmicos, organismos nacionais e internacionais (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016), vêm denunciando há muito a barbárie produzida em termos policiais. Aliás, normalizou-se a frase: “a polícia brasileira: a que mais mata e morre no mundo”. Registra-se o retrato das cifras oficiais das vítimas da violência letal no Brasil, foram 47.773 mortes violentas intencionais, o que perfaz uma taxa de 22,7% por cem mil habitantes, 39.561 homicídios, 172 policiais assassinados, e 6.357 mortes a partir de intervenções policiais. O perfil das vítimas da violência letal no Brasil é composto por 74,4% negros, 51,6% jovens até os 29 anos, gerado por um sistema prisional em permanente expansão que, em 2019, privou de liberdade 755.274 pessoas (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p. 13).

A partir desse contexto de expansão contínua de violências seletivas e desiguais da polícia, bem como diante de uma vasta literatura específica sobre a temática, considera-se de suma importância resgatar e debater, de modo profundo, as abordagens já realizadas por pesquisadores/as acerca do entendimento da violência policial, especialmente em nível de produção acadêmica de teses de doutorado. Portanto, o artigo aduz como problemas de pesquisa: qual(is) o(s) significado(s) e/ou conceito(s) de “violência policial” atribuídos pelos trabalhos acadêmicos analisados? A partir dele(s), que tipo(s) de sentidos podem ser recolhidos como linha hegemônica de entendimento quando o tema é “violência policial”? O objetivo geral, em suma, é compreender o significado da expressão “violência policial” veiculada nos trabalhos, no sentido de constatar que tipo de discurso se produz e se limita quanto às dimensões de violências operacionalizadas pela polícia brasileira.

Assim, a partir de uma leitura política e criminológica (AMARAL, 2020), busca-se examinar o significado atribuído à “violência policial” pelas teses, tendo como hipótese um recorte adstrito à análise da letalidade ou abuso de poder (visando a uma moderação e gestão de tal poder), e não apontando para a violência inerente ao seu próprio exercício.

Para tanto, o artigo inicialmente aponta suas escolhas metodológicas. Apresenta o percurso do levantamento do campo para, posteriormente, realizar a meta-análise das teses por meio do método de abordagem prevalentemente indutivo, de análise qualitativa, empírica-documental e descritiva da produção acadêmica sobre a expressão “violência policial”.

Colaciona-se ainda construções dedutivas, com o auxílio da técnica de pesquisa da documentação indireta, e ênfase bibliográfica, fazendo-se uso de artigos, livros, pesquisas, dissertações, teses e outros documentos que almejam sustentar as considerações projetadas durante a delimitação na apreciação das teses.

2. UM RECORTE PRELIMINAR DA PRODUÇÃO ACADÊMICA SOBRE “VIOLÊNCIA POLICIAL” NO BRASIL

Essencial explicar os métodos de abordagem e recortes metodológicos empregados no artigo para apresentar o campo de análise. Os critérios adotados no mapeamento e seleção das pesquisas objeto da meta-análise foram os seguintes: primeiramente, optou-se pelo catálogo de teses e dis-

sertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Após a definição do catálogo, através da ferramenta “busca textual”, utilizou-se a expressão “violência policial”¹, com o objetivo de verificar o número de teses e dissertações sobre a temática.

A partir dessa busca textual constatou-se um número substancial de pesquisas acadêmicas sobre violência policial, especialmente dissertações, merecendo destaque, pois, evidencia como a temática se consolidou na agenda dos pesquisadores e das pesquisadoras em nível de doutorado e mestrado em todo país. Sendo assim, foi necessário efetuar novos recortes em razão do número expressivo de pesquisas, utilizando-se da ferramenta “refinar meus resultados”: tipo de pesquisa: Doutorado (Tese), para selecionar apenas as teses, excluindo as dissertações.

O levantamento realizou-se no mês de março de 2019, localizando o total de 37 teses de doutorado produzidas entre os anos de 1998 até o ano de 2018, nos seguintes Programas de Pós-Graduação: Administração Pública e Governo; Antropologia; Ciência Política; Comunicação; Direito; Educação; História; História do Brasil; Interdisciplinar; Letras; Linguística; Psicologia; Psicologia do Desenvolvimento Humano; Psicologia Social; Psicologia do Desenvolvimento e Escolar; Saúde Coletiva; Saúde Pública; Serviço Social; Sociologia.

Entretanto, mesmo utilizando a palavra-chave “violência policial” na busca textual, visando mapear as pesquisas do campo de escrita, algumas teses de doutorado não possuíam como objeto de estudo e/ou problemática central de pesquisa a “violência policial” no Brasil. Assim, a partir da leitura dos títulos, sumários e resumos das 37 teses, foram excluídas 19 teses (em razão da violência policial não ser objeto central de estudo), além de 03 teses que, mesmo possuindo o enfoque na violência policial, não estavam disponíveis na plataforma da CAPES, pois não havia autorização para divulgação das pesquisas pelos autores e pelas autoras.

As teses objeto deste estudo foram produzidas nos Programas de Pós-Graduação em: Administração Pública e Governo; Ciência Política; Direito; História; Psicologia; Psicologia Social; Psicologia do Desenvolvimento e Escolar e Sociologia, todas disponíveis no catálogo de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

No total, são 15 teses, produzidas no período entre os anos de 2004 a

2018, que seguem em ordem cronológica e pelos seus títulos: 1) Violência policial, segurança pública e práticas civilizatórias no Mato Grosso (COSTA, 2004); 2) O Trabalho policial: estudo da polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul (HAGEN, 2005); 3) Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos de 1960 e 1990 (ROSA, 2007); 4) A formação social de oficiais da polícia militar: análise do caso da Academia da Brigada Militar do Rio Grande do Sul (RUDNICKI, 2007); 5) A violência policial e o poder judiciário: estudo sobre a (i)legitimidade da ação violenta da polícia e a impunidade (SUDBRACK, 2008); 6) Letalidade da ação policial e teoria interacional: análise integrada do sistema paulista de segurança pública (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008); 7) Violência policial militar em Goiás: sofrimento e resistência (CARVALHO, 2013); 8) Violência policial contra minorias sociais no Brasil e na Espanha: justificativas para o posicionamento de estudantes universitários (OLIVEIRA, 2013); 9) Confiança e reciprocidade entre policiais e cidadãos: a polícia democrática nas interações (SUASSUNA, 2013); 10) O regime militar e a ação policial civil: a tortura como meio, o poder como fim (PAGLIONE, 2014); 11) Os sentidos e significados da violência policial para jovens pobres da cidade de Goiânia (RODRIGUES, 2015); 12) Violência e paz: construção de conceitos, valores e posicionamentos de oficiais da polícia militar (MOREIRA, 2016); 13) Matar muito, prender mal. A produção da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP (SCHLITTLER, 2016); 14) O “kombão da morte” ditadura e polícia - um estudo de caso em Uberlândia-MG dos anos de 1980 aos anos de 1990 (OLIVEIRA, 2018); 15) Trabalho sujo ou missão de vida? persistência, reprodução e legitimidade da letalidade na ação da PMESP (NUNES, 2018).

Entre as pesquisas selecionadas para a meta-análise dos estudos sobre “violência policial” entre os anos de 2004 a 2018, depreende-se uma gama de textos produzidos por autores e autoras de diferentes áreas do conhecimento, programas de pós-graduação e unidades da federação. Ao visualizar a distribuição das teses por regiões do país, constata-se que o eixo com maior produção se encontra na região Sudeste, com 07 teses, em seguida, as regiões Sul 04 teses; Centro-Oeste 03 teses; e Nordeste 01 tese. No que diz respeito à distribuição das teses por áreas dos programas de pós-graduação: Sociologia 06 teses; Psicologia 04 teses; História 03 teses; Direito 01 tese; Administração Pública 01 tese; Ciência Política 01 tese.

Em resumo, no referido campo de estudo, verificam-se abordagens interdisciplinares que partem de revisões teóricas e bibliográficas variadas, análises empíricas, qualitativas e quantitativas – o que ratifica a tendência e adesão de pesquisadores/as no debate sobre a problemática da “violência policial” no Brasil.

3. CONTORNOS INICIAIS DA META-ANÁLISE SOBRE “VIOLÊNCIA POLICIAL”

Antes de adentrar na meta-análise proposta, importa sublinhar que os estudos sobre a polícia no Brasil a partir da década de 90 receberam maior atenção quantitativa e qualitativa, havendo um amplo campo de pesquisa sobre polícia, violência e segurança pública. São múltiplas as abordagens e possibilidades produzidas, reflexões teóricas e opções metodológicas utilizadas, observando-se uma produção científica em plena atividade, especialmente no nível de mestrados acadêmicos. Logo, as investigações científicas sobre as organizações policiais partem de diferentes caminhos, matrizes teóricas, metodologias, técnicas de pesquisa, mapeamentos, revisões bibliográficas, análises qualitativas e ou quantitativas (MUNIZ; CARUSO; FREITAS, 2018, p. 147-8). A violência policial, enquanto objeto de estudo, constitui-se como problemática central na produção científica brasileira nas últimas décadas² e propriamente um campo multidisciplinar, movimentando diversas pesquisas não apenas jurídicas e sobre direitos humanos (*Idem*, p. 148), mas vertida como interesse de inúmeras áreas como as ciências sociais, história, administração pública e psicologia etc...

Assim, para enfrentar temática tão importante, deve-se realizar uma meta-análise das teses de doutorado por meio de uma abordagem qualitativa, empírica-documental e descritiva da produção acadêmica sobre “violência policial” no Brasil, partindo-se de dados particulares constatados através da análise do campo, com o objetivo de compreender o(s) significado(s) atribuído(s) pelas pesquisas à “violência policial”.

Utiliza-se do método prevalentemente indutivo, embora existam construções dedutivas a serem realizadas durante a apreciação dos dados. Em “uma pesquisa prevalentemente indutiva, parte-se da observação de um fenômeno, com alguns postulados, para que uma (ou mais) hipótese(s) ou afirmações sejam geradas” (CAPPI; BUDÓ, 2018, p. 35-36).

Assim, neste primeiro momento, na apreciação das teses, o método de abordagem que prevalece é o indutivo, articulando-se com o método dedutivo, uma vez que o caráter dedutivo serve para fundamentar o objeto parcialmente conhecido, e testar de forma imediata certa solidez das hipóteses (CAPPI; BUDÓ, 2018, p. 36).

Portanto, os questionamentos que orientam a meta-análise são: a) qual(is) o(s) significado(s) atribuído(s) ao conceito(s) de “violência policial” pelas teses? b) que tipo de conceituações se produziu em torno da chamada “violência policial” c) quais são os aportes teóricos e metodológicos eleitos pelos/as autores/as para respaldar tais sentidos e definições?

4. “VIOLÊNCIA POLICIAL” EM QUE SENTIDO? ALGUNS PERCURSOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS

Como salientado anteriormente, as pesquisas sobre “violência policial” nas últimas décadas tomaram ponto de destaque na produção acadêmica no Brasil, em nada limitada às abordagens jurídicas ou legislativas, forjando um objeto de debate, entre outras áreas do conhecimento e disciplinas, pelas ciências sociais, história, psicologia e administração pública. Como ponto de partida, as teses constroem um mosaico plural que apresenta divergências de revisões bibliográficas, técnicas de pesquisa, metodologias e abordagens. Em que pesem os dissensos sobre as instituições policiais, organização, cultura, treinamentos, é notória a preocupação e motivação dos/as pesquisadores/as na apresentação de prescrições e propostas de políticas públicas, com a tônica nas reformas orientadas a moderar o poder policial.

Ademais, representando o ponto privilegiado da presente análise, observa-se a óbvia controvérsia no entendimento sobre “violência policial”. Todavia, a despeito da plêiade de aproximações realizadas sobre a expressão, mais ou menos aprofundada e, em geral, ressaltada pelas teses a dificuldade na elaboração conceitual, poder-se-ia identificar um circuito discursivo desde palavras e expressões como: “abusos e excessos”; “violência ilegítima”; “uso ilegal da força”; “atos de força na legalidade”; “atos de violência na ilegalidade”; “uso ilegítimo da utilização da força física”; “monopólio do uso da força”; “limites do uso da violência”; “ações ilegais da polícia”; abuso de autoridade policial”; “brutalidade”; “poder ilegítimo”; “violência física legítima”; “violência simbólica”; “atos de

corrupção”; “desvios”; “coação” (COSTA, 2004; HAGEN, 2005; ROSA, 2007; RUDNICKI, 2007; SUDBRACK, 2008; OLIVEIRA JÚNIOR, 2008; CARVALHO, 2013; OLIVEIRA, 2013; SUASSUNA, 2013; PAGLIONE, 2014; RODRIGUES, 2015; MOREIRA, 2016; SCHLITTER, 2016; OLIVEIRA, 2018; NUNES, 2018).

Pode-se dizer que, a partir da análise bibliográfica das pesquisas, a dimensão jurídico-penal atravessa de modo permanente os debates propostos pelos/as autores/as acerca da “violência policial”. Em síntese, há uma ênfase nos estudos (em que pesem as diferenciações no tratamento) de uma concepção soberanista do poder policial, fundada na premissa da legitimidade e monopólio do uso da força pelo Estado, noção que só alcança, como desdobramento lógico, as violências quando vistas como excessivas.

Trata-se, em certa medida, da expressão do estado geral da pesquisa na área criminológica no Brasil. Como assevera Amaral, o saber criminológico acaba por funcionar, neste viés, senão como uma esfera normativa de uma teoria política, operando como “organizador” da *práxis*. Nestes termos, quando a criminologia se submete a uma mera função corretivo-integradora vinculada ao governo, acaba sendo cooptada por ele e o pensamento criminológico crítico acaba rendido pelas estratégias de poder (AMARAL, 2020, p. 18).

Se pretende-se registrar, como nas teses de Costa (2004), Hagen (2005), Rosa (2007), Carvalho (2013), Rodrigues (2015), Schlitter (2016), Oliveira (2018) e Nunes (2018), a preocupação principal dos estudos, mesmo quando se propõem a analisar mais propriamente as violências envolvidas nas práticas policiais, o tom reside essencialmente em classificá-las em ilegais ou legais/legítimas ou ilegítimas a partir de uma série de parâmetros e critérios que já pressupõem uma condição aceitável de existência desta forma de governo.

Outro aspecto a ser evidenciado, apesar das diferentes perspectivas teóricas e das áreas de conhecimento, está em perceber a presença marcante de alguns autores e autoras nas discussões propostas, formando um espectro discursivo homogêneo e de pouca variação, que acaba por reproduzir as mesmas questões sobre

o “uso da força pelo Estado”, “violência dentro dos parâmetros legais”, “violência legítima ou ilegítima” e “polícia no contexto democrático”: Sérgio Adorno, Max Weber, Roberto Kant de Lima, Paulo Mesquita Neto, Ignácio Cano, Jacqueline Muniz, José Vicente Tavares dos Santos, Carlos Magno Nazareth Cerqueira, Marcos Luiz Bretas, César Barreira e Maria Stela Grossi Porto.

Os percursos metodológicos traçados pelos/as autores/as para construir suas pesquisas, apesar de diferentes, apresentam perspectivas comuns, além das revisões teóricas sobre o tema, vinculadas às abordagens qualitativas e empíricas³. Importa mencionar ao menos três eixos de análises empíricas. Um primeiro enfoque centrado nas vítimas, como no caso de Rosa (2007), Carvalho (2013), Oliveira (2013), Suassuna (2013), Rodrigues (2015), ou seja, através de entrevistas individuais ou coletivas, grupos focais com as vítimas de incursões violentas da polícia, além de interlocuções com familiares que perderam seus entes queridos/amigos pela violência mortal da polícia. O segundo eixo de trabalhos centrados em etnografias policiais, como no caso de Costa (2004), Rudnicki (2007), Paglione (2014), Moreira (2016), Oliveira (2018) e Nunes (2018), em que as pesquisas dedicaram-se a entrevistar policiais, oficiais da polícia militar, cadetes, alunos-oficiais, individualmente e em grupos focais, visando a compreender como os policiais (com suas narrativas) “explicam” a necessidade do uso da violência, também trazendo relatos de ex-integrantes de grupos de extermínio formados por ex-policiais que cometeram tortura física e psicológica. O terceiro eixo volta-se à análise da posição do Poder Judiciário frente à violência policial, como exemplificativamente em Subdrack (2008), analisando-se processos judiciais e inquéritos policiais arquivados, nos quais figuravam como réus policiais militares pela prática de homicídio doloso contra civis.

Quanto às análises qualitativas, emergem objetos diferentes. Oliveira Júnior (2008) dedicou-se à análise de 1.111 (mil cento e onze) boletins de letalidade de não-policiais, durante os anos de 2001 até 2003. Hagen (2005) estudou o trabalho oficial da polícia civil do estado do Rio Grande do Sul. Schilitter (2008) buscou a partir da análise da atuação policial nas ruas e nas delegacias, identificar quais são os critérios de

seleção de suspeitos pela polícia militar de São Paulo.

5. LIMITES À “VIOLÊNCIA POLICIAL” vs LIMITES DA “VIOLÊNCIA POLICIAL”

Ao se procurar melhor compreender a aproximação das teses sobre o fenômeno da “violência policial”, percebe-se desde logo um traço comum que pode ser antecipado: o problema circunscreve-se, de modo geral, à forma da atividade policial realizada, pressupondo uma violência legítima, jamais o problema alcançando a crítica ao conteúdo da violência policial em si. Noutros termos, o campo aponta uma premissa consolidada: existe um exercício de violência policial legítimo que precisa apenas ser governado, limitado, gerido, enfim, moderado. Uma espécie de limite que deveria ser dado à violência policial, não se encontrando a própria limitação *da* violência policial como exercício de poder soberanamente ilegítimo por sua imanente desigualdade e seletividade – portanto, como forma de governo de populações que traduz a guerra em termos políticos, numa espécie de “golpe de Estado permanente” (FOUCAULT, 1999, p. 22; FOUCAULT, 2006, pp. 364 e 388). Será a partir de um enfrentamento dialogado, direto com o material das teses, de acordo com o levantamento proposto, é que se comprovará tal hipótese.

Começa-se por verificar que, em especial numa delas, dedicam-se dois capítulos à realização de grupo focal, entrevistando soldados, agentes policiais, delegados e coronéis, na tentativa de compreender a possibilidade de “práticas civilizatórias” dentro do ofício policial. Percebe-se a “violência policial” como representação da “violação de direitos humanos” (COSTA, 2004, p. 186), problema essencialmente que precisa de reflexões interdisciplinares, multifocais e interinstitucionais. Como frisado (COSTA, 2004, p. 08), parte da compreensão da violência legítima ou ilegítima, ficando perceptível a atenção do pesquisador para as violências físicas: “bater, torturar, ou até eliminar criminosos”. Assim, para a limitação da violência policial é preciso, segundo o autor, formação e qualificação dos agentes da segurança pública, com isso, o desempenho institucional seria melhorado e adequado aos preceitos do Estado de Direito, “melhorar o policiamento ostensivo e investir na qualificação da investigação criminal, são formas de prevenirmos e combatermos a impunidade” (COSTA, 2004, p. 347).

Saliente a atenção permanente às propostas reformistas da polícia e o estímulo à “educação” de policiais, voltada aos direitos humanos e ao respeito pelas prerrogativas constitucionais, por mais que pareçam lógicos, em especial, não percebem a irracionalidade em se “prescrever” uma espécie de aperfeiçoamento de uma instituição de controle social do sistema capitalista, e a ingenuidade em se acreditar no controle da polícia e na sua conseqüente redução natural de violências (AMARAL, 2020, p. 214). Nesse norte, treinamentos, protocolos, cursos em direitos humanos acabam por legitimar a noção de que os “excessos”, “uso abusivo da força” são situações excepcionais e necessárias a partir da compreensão da situação *in loco* pelos policiais, em uma dinâmica de “requestrar” os casos de violência policial vinculados pela mídia, ou que receberam mais atenção da sociedade, reforçando os discursos de uso da “violência legítima” para o combate à criminalidade organizada (AUGUSTO et. al., 2020, p. 04).

Outro estudo significativo nesta direção apresenta procedimento metodológico de caráter qualitativo, através de oitivas individuais com vítimas de violência policial, do sexo masculino, faixa etária entre 18 a 29 anos, da cidade de Goiânia, segundo o autor, fundamentado na matriz teórica da psicologia sócio-histórica de Lev Semionovitch Vygotsky (RODRIGUES, 2015, p. 12). Assim traz a diferenciação jurídica e sociológica sobre a violência policial:

Na área jurídica, a violência policial é compreendida a partir da diferenciação entre os conceitos de atos de força na legalidade e atos de violência na ilegalidade. Para essa concepção, a violência policial é a utilização da força física, de forma ilegal, contra uma pessoa (...) O prisma da área política/sociológica, também distingue os conceitos de força e de violência, não nos parâmetros jurídicos, mas, principalmente, na ilegitimidade da utilização da força física, a violência policial é compreendida como uso ilegítimo da força física contra uma pessoa (...) Esses prismas sobre a violência policial e suas manifestações, revelam que a questão posta diante da violência policial, é o uso da força física nas ações policiais (RODRIGUES, 2015, p. 67-68).

Conforme já se alertou, apesar das diferentes áreas de conhecimento, o prisma soberanista-jurídico segue enraizado nos trabalhos da área. Em trabalho que também utiliza o mesmo marco teórico, agora com objetivo

de, a partir de relatos vivenciados direta ou indiretamente pelos depoentes (vítimas de violência policial), jornais impressos, audiência pública, compreender como se articula a experiência de perder entes queridos pela violência letal da polícia, o pesquisador entende que as expressões das violências articuladas pelo Estado estão vinculadas à “subjetividade-e-cultura” associadas a ideologias autoritárias e ao problema da obediência (CARVALHO, 2013, p. 29). Em tal abordagem, diferentemente da grande maioria das teses analisadas, há a inserção de dimensões mais profundas sobre a violência policial, especialmente no tratamento dos aspectos psicológicos e estruturais do exercício das práticas policiais. Nota-se a atenção do pesquisador para as análises acadêmicas, midiáticas ou corporativistas da polícia, no sentido de reforçar a falsa premissa de responsabilização individual “dos maus policiais”, ou seja, justamente na permanente estratégia de blindar as violências policiais e rotular os “excessos” como erros individuais e que fogem à regra das ações e operações policiais.

Atento o trabalho, portanto, ao aparato discursivo de responsabilização individual dos agentes policiais que acaba por intensificar a violência policial, visto que o processo de estigmatização – representado na tentativa de separar os “maus policiais” (violentos) dos “bons” policiais – aciona a mesma dinâmica maniqueísta da dicotomia “cidadão de bem” e “criminosos” (DIAS, 2017, p. 95), como se os problemas que envolvem a violência policial ficassem restritos à identificação de maus profissionais e a sua consequente responsabilização jurídica, quando, pelo contrário, é preciso um giro de análise para a compreensão de que os próprios policiais fazem parte deste circuito de violências legitimadas.

Noutra investigação, atinente à hipótese de que a violência policial é mais tolerada quando a vítima integra uma minoria social, analisou-se o contexto Brasil/Espanha desde a questão da discriminação racial e do preconceito. Utilizando-se da Teoria Universal dos Valores Humanos de Schwartz, dos valores psicossociais e a teoria da crença no mundo justo, concebida por Melvin Lerner, o pesquisador indicou a tolerância da violência policial quando dirigida a minorias sociais, todavia, reduzindo-se novamente a classificar a violência policial em violência física e psicológica e delimitar a noção de ações legítimas da polícia desde o parâmetro legislativo. Em suma, como se pode perceber desde os dados coletados, o conceito de “violência policial” acaba por ser recortado de modo cons-

tante e dirigido às reflexões sobre a legalidade e a legitimidade da atuação policial, manobrando-se juridicamente na linha tênue do uso adequado da força policial.

A ausência de qualquer indagação estrutural sobre a legitimidade, montagem e emergência do poder policial que mereceria ser feita acaba por permitir e relegitimar a ordem estabelecida, em especial, no Brasil. Os aparatos de Estado têm responsabilidade direta pelo punitivismo, repressão, violências e controle social. Longe de situações pontuais de uma crise, trata-se de atuações permanentes, muitas vezes justificadas para o combate de ameaças virtuais, em prol de abstrações jurídicas como assegurar alguma “ordem” específica (ANDRADE, 2015, p. 21).

Seguindo na direção de outra pesquisa que, preferencialmente investiga a questão da tortura praticada no Brasil na ditadura civil-militar, no que se refere à polícia e violência, o autor aponta como o pensamento oficial e a mentalidade do período autoritário fixam-se na realidade brasileira. Parte-se de um pressuposto de que “violência estatal depende mais da ideologia de poder do governo instalado do que da forma política por ele adotada” (PAGLIONE, 2014, p. 343), advertindo que cada período histórico possui uma forma peculiar de definir o conceito de violência. Por isso, seria preciso a definição de critérios legais para determinar os limites do uso da violência (legal e ilegal) no contexto democrático. De modo central, ao debater a violência estatal por meio das corporações policiais, direciona-se vez mais a atenção para as violências físicas, como tortura, agressões e violências verbais/morais para extorsão de confissões. A pesquisa insiste na necessidade de mudança de paradigma, da “doutrina de segurança nacional” para pautar os temas policiais na direção da “doutrina dos direitos humanos” de respaldo democrático. Em outras palavras, sem a mudança efetiva da mentalidade não haverá êxito em reformar ou construir uma nova polícia. Primeiro seria necessário estabelecer os princípios democráticos para posteriormente se assentar uma nova ideia de polícia que não viole os limites da legalidade (PAGLIONE, 2014, p. 369).

O *viés* jurídico-reformista que decide pela soberania política da polícia é bem expresso também por sua aptidão em resistir e atualizar-se frente às mudanças, também quando o assunto são as investigações em geral na área. Aliás, trata-se de sua característica incessante de “negociar” com o poder repressivo por meio de reformas, acabando por compartilhar

o aprimoramento da ordem das coisas (AMARAL, 2020, p. 211). Perde-se completamente de vista que a “violência policial” é a subsistência de desigualdades e seletividades, que se intensificam cada vez mais, aliás, ignorando que a polícia é que assegura a existência do Estado, por isso, onde o Estado é mais fraco, a polícia atua de forma ainda mais violenta do que o usual (AUGUSTO et. al., 2020, p. 08).

Hagen (2005) também optou por uma pesquisa com enfoque qualitativo e empírico, a pesquisadora analisou o trabalho oficial da polícia. A pesquisadora define a polícia de acordo com Max Weber, de que o Estado moderno possui o monopólio do uso legítimo da violência física (HAGEN, 2005, p. 30). A autora também segue a noção de violência legal, o uso da força segundo critérios legais, que a depender da circunstância *in loco* pode chegar ao uso da violência mortal pela polícia. Todavia, Hagen (2005) faz o alerta sobre a não limitação do conceito de violência policial ao uso da força física, e denomina como “outras formas de ação policial ilícita”, como peculato, corrupção, condescendência criminosa, etc. (HAGEN, 2005, p. 235).

A tônica, como no caso de Hagen (2005) e Sudbrack (2008), na matriz teórica weberiana para debater a violência policial, naturalmente, não conseguirá fugir da noção de que a legitimidade do monopólio estatal para o uso da violência é “personificada” nas forças policiais e de segurança, preceituando que a garantia das democracias contemporâneas residiria justamente no monopólio legítimo/legal do uso da força e da violência pelo Estado. Apropriação que, para dizer o menos, ignora diretamente que no Brasil, como assevera Góes, “a morte negra é sustentáculo da arquitetônica racista brasileira, manifestada no âmbito formal com o controle de nossos corpos através do uso da violência legítima, monopolizada pelo Estado e, por quase quatro séculos, legalizada pela escravidão” (GÓES, 2021, p. 26). A abolição formal da escravatura não impediu e não impedirá a distribuição de mortes e violências contra a população negra, expondo a estrutura escravocrata do sistema penal brasileiro apenas envernizada pelo regime democrático. Não há como deixar de reconhecer, neste sentido, as dinâmicas das instituições policiais e de suas culturas/mentalidades de organização como intrinsecamente autoritárias, preservadas pelos ideários de Segurança e Justiça e fixadas no extermínio de outrem. A legitimidade dessas atuações assenta-se em pressuposições que

não compreendem ou não querem compreender a intensidade das violências cotidianamente normalizadas (KOHARA, 2017, p. 172).

De modo objetivo, a polícia comprova a realidade do poder do Estado, o que torna imprescindível repensar o que significaria “violência legítima” ou “excessos” da “violência policial” e questionar os aspectos que foram naturalizados no transcurso histórico. Se as forças policiais, de segurança privada e forças armadas possuem como instrumento de trabalho a sua relação inerente com a violência, essa relação não pode ser mediada exclusivamente por critérios de direito (AUGUSTO et. al., 2020, p. 04-05). Em outros termos, o monopólio do uso da força estatal/pública configura um poder amplo e ilimitado, que autoriza o uso da violência para se fazer cumprir a “legalidade”, para o cumprimento da garantia da “ordem” e da “Justiça”. A partir do exercício deste poder, a polícia se enxerga como responsável não apenas pelas Leis do país, mas igualmente pensa estar servindo à Justiça (AUGUSTO et. al., 2020, p. 07).

Em outra pesquisa de fôlego, buscou-se aprofundar a atuação do grupo de extermínio “Kombão da morte”, que atuou na cidade de Uberlândia, no Estado de Minas Gerais, entre as décadas de 1980 e 1990. Como fonte de pesquisa, foram entrevistados quatro policiais militares que integraram o grupo de extermínio. Em complemento às entrevistas, utilizaram-se documentos encontrados em jornais de maior circulação da cidade e da região (OLIVEIRA, 2018, p. 08). A tese insiste na relevância em diferenciar poder e violência, em razão da pluralidade e ambiguidade que esses termos suportam a depender das variações temporais e espaciais em determinado contexto histórico e cultural. A abordagem direciona-se a captar as atuações dos grupos de extermínios, caracterizando-as como crimes de lesa humanidade no período democrático, novamente utilizando-se como parâmetro os códigos e legislações especiais (OLIVEIRA, 2018, p. 91).

Quando outra pesquisa encontra a perspectiva das histórias das vítimas de violência policial entre as décadas de 1960 e 1990 na cidade de Porto Alegre/RS, analisando sete casos de vítimas fatais de intervenções policiais, nos quais reflete sobre a vida e a morte a partir do conceito de biopolítica de Michel Foucault, lidos a partir dos conceitos de vida nua e estado de exceção de Giorgio Agamben, novamente é trazido ao debate as noções de violência e poder, também com o referencial em Walter Benjamin e com a distinção de Hannah Arendt entre poder, autoridade, força e

violência (ROSA, 2007, p. 07). Ao debater violência policial no contexto brasileiro, baseia-se no conceito de estado de exceção: “ao adotar a ideia de estado de exceção e vida nua, considerando o estado de exceção como regra no mundo ocidental, preciso indagar como exceção e violência policial se entrelaçam no Brasil contemporâneo” (ROSA, 2007, p. 39). Com efeito, mesmo buscando desvincular-se das noções de violência lícita e ilícita ou legítima e ilegítima, ao menos no sentido mais formal, acaba indicando os parâmetros legais da exceção, expondo a lei como instrumento de governo biopolítico. Mesmo repisando a urgência em conceber conceitos mais amplos que “os maus tratos físicos e psicológicos”, das definições conceituais de órgãos nacionais e internacionais, ou seja, considerar mais profundamente as relações entre polícia, política e poder (ROSA, 2007, p. 208), perde de vista o essencial: é a polícia como um todo que testemunha a imagem definitiva do soberano, quer dizer, é sob ela que há com mais clareza a troca constitutiva entre violência e direito da imagem soberano. A exceção não é uma zona gris entre o estado de direito e sua violação, é antes sua base constitutiva que emerge na própria prática policial. Como assevera Amaral, é “no movediço terreno da contiguidade entre violência e direito que a polícia se apresenta” (AMARAL, 2020, p. 223).

Interroga-se também a “violência policial”, em outro trabalho, agora sob o prisma da análise da “confiabilidade policial”. No cenário urbano da cidade de Brasília/DF, por meio do método da etnografia, foram observadas as interações no que o autor denominou de “prestadores e usuários do serviço da polícia”, em delegacias, conselhos comunitários e vias públicas, utilizando-se de narrativas de cidadãos que se “percebem” como vítimas de violência policial: “nesse sentido, a violência policial não é aqui entendida em seu aspecto de agressão física ou psicológica, mas como quebra da confiança na relação da polícia com determinados cidadãos, levando à desintegração social dos últimos” (SUASSUNA, 2013, p. 136). A partir da análise das interações entre policiais e cidadãos na cidade de Brasília, defende a tese uma maior relação de reciprocidade entre os usuários e prestadores de serviços policiais, proximidade esta que seria benéfica e potencializaria o uso adequado da força pela polícia. Em resumo, uma interação mais solidária entre os cidadãos e a polícia estabeleceria um vínculo e, apesar de não possuir caráter institucional, possibilitaria uma espécie de controle externo da polícia e com isso o direito à segurança

(SUASSUNA, 2013, p. 47). Naturalmente, a premissa da mensuração da confiança da polícia está ligada diretamente ao uso de força “adequada”. Não obstante, se a polícia, a sua maneira, realiza o trabalho soberano obscuro conduzido pela política, quer dizer, cria perenemente zonas de indiferenciação que expõem seus vínculos inexoráveis com a violência, mais uma vez pode-se identificar na percepção sustentada uma espécie de estratégia de naturalização/proximidade de sua violência exatamente por quem mais a sofre.

Numa perspectiva voltada a investigar a letalidade da polícia militar do Estado de São Paulo, por outro lado, Nunes (2018) buscou identificar quais eram os mecanismos e estratégias que corroboram a violência letal dentro da instituição. A pesquisa avaliou desde técnicas qualitativas e quantitativas, boletins de ocorrência e documentos oficiais relacionados a mortes a partir de intervenção policial, entrevistando policiais militares condenados por homicídio e aliada, ainda, a observações em seus perfis públicos no *Facebook*. A diferenciação, para esta pesquisa, entre uso da força legítima/legal e o uso abusivo da força depende de uma série de fatores: tipo de governo, legislações e cultura de cada país que reagem socialmente às violências perpetradas pela polícia. Destacando a ambiguidade do ofício policial, visto que concomitantemente deve assegurar direitos e possui a responsabilidade pela repressão, insiste que tal discricionariedade não pode ser traduzida em arbítrio (NUNES, 2018, p. 47).

A seu turno, em tese que aprofunda a investigação no *modus operandi* do policiamento ostensivo de São Paulo, com o objetivo de verificar a identificação entre “bandidos” e “cidadão de bem”, foram utilizadas entrevistas com policiais para analisar as narrativas e justificativas para a realização da abordagem policial.

A questão dos limites do uso da força das polícias, dentro de parâmetros de legalidade democrática, tornou-se uma questão para a garantia dos direitos civis diante de processo de ampliação de crimes em escalas globais (como o narcotráfico), mundialização das conflitualidades e crime organizado (Adorno, 2014 e Tavares dos Santos, 2014). A questão colocada é como o estado controla a violência criminal sem, para tanto, recorrer ao emprego da violência. Qual o limite entre um uso adequado e constitucional da força repressiva para conter o crime organizado e suas violências? (SCHITTLER,

2016, p. 227).

A autora traz a controvérsia de pesquisadores dos campos de estudos sobre violência, segurança pública e polícia, apresentando a perspectiva de Chevigny (1991) e Cano (1997), que procuram determinar a (i)legitimidade da atuação policial. Complementa, ainda, com o viés de Mesquita Neto (1999), que a definição de violência policial depende de como a sociedade interpreta sua noção de violência, não havendo uma definição fixa da arbitrariedade/violência policial que, logo, geraria desigualdades na aplicação de normas por agentes policiais e nos procedimentos do sistema judicial (SCHITTLER, 2016, p. 227).

Ambos os estudos, sofisticados em seus esforços, ao levantarem a discussão sobre como estabelecer o abuso policial, não deixam de encobrir a lógica jurídica intrínseca do proibido/permitido através da suposta diferenciação entre o “uso da força” e a “violência”, exatamente para oferecer segurança jurídica aos integrantes da área de segurança pública e do Judiciário. O efeito óbvio é conduzir as expressões de “violência policial” na direção normatizada das agressões, lesões corporais, brutalidade, letalidade, tortura, etc.. Noutros termos, como destaca Marques, não fogem do tripé clássico da socialdemocracia ocidental pautado por “Direitos Humanos-Democracia-Segurança Pública”, em que a violência policial neste caso é posta como um desafio administrativo, em especial um problema de democratização das instituições de controle (MARQUES, 2018). Sobretudo, garante-se fôlego ao sistema penal através de uma estratégia que faz das tecnologias policiais, principalmente, uma questão de monitoramento e qualidade democrática, como se alguma legalidade libertária fosse possível num campo de violências inerentes às suas práticas (AMARAL, 2020, p. 89).

Ademais, como adverte Galtung, é fundamental um conceito amplo de violência, uma vez que a noção de violência pode ser compreendida de diversas formas. Entretanto, neste sentido, mesmo que não exista uma definição conceitual ou tipologia totalmente satisfatória que englobe todos os tipos de violências, é imprescindível considerar as dimensões significativas de violência que podem levar a pensar em um conceito amplo o suficiente que vislumbre as violências visíveis, diretas e indiretas, reais e potenciais, bem como as invisibilizadas: estruturais, institucionais, sociais, raciais, etc., ou seja, dimensões sofisticadas e ocultadas (GALTUNG,

1969, p. 255-257).

Assim, como explica Beiras, a noção de violência pode ser entendida de diversas maneiras:

A ideia e a noção de violência podem ser entendidas de diferentes maneiras. Em um sentido etimológico, violência vem do latim *vio.lentia* que, por sua vez, toma a raiz *vio* (força) para adicionar o sufixo *lentia* (que significa ação constante). Assim, a palavra violência, desse ponto de vista, significa o uso da força continuamente. Já em outra dimensão gnoseológica, os estudos sobre a violência referem-se à sua oposição, à busca ou ao estudo da paz (BEIRAS, 2014, p. 253, tradução nossa).

Por tais razões, a relevância em retomar o conceito de violência, sobretudo a partir das práticas policiais examinadas, e a suas múltiplas formas, mais precisamente, deveria impor uma tarefa fundamental aos pesquisadores e as pesquisadoras, que se alijasse apenas de situar a problemática “diferenciação” entre o proibido/permitido. O objeto de pesquisa sobre “violência policial”, ao menos desde os trabalhos apanhados, conduz a uma concepção estrita, reducionista e limitada sobre o fenômeno, isto é, além de centrar-se no campo majoritário de localizá-la sob a dimensão visível (física) ou ainda individualizada (direta), peca sobre a invisibilização do exercício de poder policial, que não poderá abrir mão de uma violência intrinsecamente desigual e seletiva.

Na sequência, em outra perspectiva empírica, analisando-se mil cento e onze casos letais registrados no Estado de São Paulo, juntamente à Comissão de Letalidade Policial da Secretaria de Segurança Pública, o trabalho defende que tal modelo teórico interacional é necessário para possibilitar uma dimensão analítica racionalista, institucional, contextual e ecológica. Apontando lacuna do tratamento no campo desde o modelo teórico empregado sobre a ação policial, afirma que “a ação letal da polícia está diretamente relacionada a uma gama extensa de fatores sociais” e que “o policial toma decisões individuais em um ambiente altamente complexo e com várias dimensões envolvidas” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, pp. 22 e 89). Com perspectiva cultural, semiótica e construtivista semelhante, outra tese busca debater os conceitos de paz e violência no contexto da polícia militar de um Estado da Federação não identificado através de revisão bibliográfica e entrevistas individuais semiestruturadas com grupo

de cadetes da Academia de Polícia Militar, tenentes e capitães (oficiais da polícia). Sobre o conceito de violência, novamente a tônica: “a violência é frequentemente associada à ideia de agressão, onde o limite estabelecido pela necessidade de respeito e consideração pelos outros é ultrapassado, seja em nível pessoal ou institucional” (MOREIRA, 2016, p. 48-49).

Merece destaque, ainda, algo que de alguma forma está presente nas vigorosas teses apresentadas, mesmo que de maneira latente, aquilo que se poderia chamar de um certo conteúdo pedagógico e na direção de uma “saída” pela formação e aperfeiçoamento em direitos humanos. Tom de um iluminismo ingênuo que, por exemplo, busca relacionar o ensino policial na atuação (*habitus*) dos integrantes da corporação para refletir sobre recrutamento, educação, procedimentos, padrões de seleção, currículos dos cursos e treinamentos. Como se fosse possível dirigir, através da preparação dos policiais militares, suas práticas para a “proteção do cidadão”. Como se tratasse de falta de conhecimento ou déficit de investimento disciplinar idealizando uma força policial democrática.

Refletir sobre o uso da força, da violência, remete, novamente, à questão de que o policial, agente do Estado, pouco qualificado em relação aos outros, possui o poder de restringir a liberdade dos seus concidadãos, mesmo de infringir-lhes dor ou morte. Suas possibilidades são inúmeras, e seu poder decorre de quase nada (...) Mas, ainda que todas as formas de policiamento estejam limitadas em suas técnicas ao previsto pela lei (desde o texto constitucional) até os regulamentos das secretarias de segurança e dos comandos das Polícias), a atuação do profissional nas ruas se pautará em muito na sua compreensão, *in loco*, dos fatos (RUDNICKI, 2007, p. 112).

De forma majoritária, as teses analisadas trazem o debate sobre o limite do uso da força, da violência “legítima” ou “legal”. Mesmo reconhecendo os altíssimos índices de violências e de intervenções mortais por parte da polícia brasileira, diferenciando as formas de violências executadas e articuladas pela polícia, no entanto, percebe-se a redução do pressuposto da legitimidade da violência policial, que apenas extravasado os limites legais dá origem a violências física, psicológica, brutalidade, tortura ou mesmo letalidade. Linha explícita, portanto, de uma violência “necessária”, marcando as discussões desde o uso abusivo e/ou excessivo dela, pautadas nos critérios de legalidade.

Assim, o máximo de tensão possível é com relação à forma, não quanto ao conteúdo próprio das práticas policiais. Por isso a insistência na defesa das reformas institucionais, administrativas, organizacionais, estruturais, com a crença numa polícia em consonância com os preceitos democráticos e respeitadora dos direitos humanos. Acaba-se por desperdiçar a experiência de testemunhar que o regime democrático no capitalismo não conterà e nem acabará com a violência estatal. Pelo contrário, os governos democráticos respondem às ameaças (criminalidade organizada, tráfico de drogas, etc.) com dispositivos de exceção que recaem sobre as minorias sociais, afinal, é o poder soberano quem decide sobre a decretação do estado de exceção (PASSETTI, 2011, p. 51-52).

Em resumo, retomando o objetivo central proposto pelo artigo na direção de intensificar e deslocar os limites do conceito de “violência policial”, desde as presentes teses de doutorado, não está em jogo aqui apenas expandir e apresentar uma nova tipologia sobre a “violência policial”, mas evidenciar a linha de força majoritária no estabelecimento de seu trato convencional. Nesse sentido, identifica-se uma certa anemia crítica como reflexo analítico sobre o tema. Verticalizar os debates sobre o poder de polícia e suas formas de exercício é indispensável para o aprofundamento da discussão, visto que a polícia é um dos principais elementos de produção da ordem social. Logo, é intrínseco à instituição policial o exercício violento para cumprir sua função de construir e reconstruir uma ordem social e, fundamentalmente, uma ordem organizada em torno dos interesses do Estado capitalista (NEOCLEOUS, 2015, p. 16).

O poder de polícia estrutura-se e operacionaliza-se belicamente. É a guerra o seu estofó, e por isso que a história da organização do Estado e seu “poder de guerra” vincula-se à própria história do policiamento interno das sociedades civis. O nascimento do Estado como um poder de guerra capaz de garantir a soberania de ameaças externas, como destaca Neocleous, foi simultâneo ao nascimento do Estado com o Poder de Polícia, projetado para lidar com uma condição de guerra civil, sem sujeição a um poder para “amarrar suas mãos”. Práticas contra aqueles que desobedecessem à lei, adágio liberal de defesa da ordem social. Seu operador será sempre a guerra, combinando violência direta com a coerção econômica. Guerra à qual todas as guerras policiais estão conectadas e às quais todas as outras guerras policiais correspondem (NEOCLEOUS, 2000, p 11). Por

investir os estudos, de modo geral, numa revisão mistificadora do poder de polícia de cariz liberal, acabam por suprimir o problema fundamental: a polícia opera essencialmente por ações violentas, esse é o instrumento de trabalho das forças policiais.

A guerra e a polícia são formas conjuntas do poder estatal para a fabricação da ordem social (NEOCLEOUS, 2015, p. 21). O poder de polícia é o que possibilita a fabricação da ordem e, assim, distribui riscos e perigos que devem ser geridos (HARCOURT, 2011, p. 185). Diante disso, ignorar tal complexidade do poder de polícia e do poder do Estado, ou ainda, aferrar-se aos exames restritos desde a mitologia de sua legitimidade, desde a gestão de níveis “aceitáveis” de violências por critérios jurídicos, potencializa a naturalização das violências estatais a paraestatais. Para se pensar em algum imperativo democrático, este não poderia distar da abolição de um órgão que distribui violências de forma seletiva e desigual.

6. CONCLUSÃO

A meta-análise proposta a partir da produção acadêmica sobre o termo “violência policial”, naturalmente, não tem qualquer pretensão de ser exaustiva. Não obstante, alcança de maneira suficiente a preocupação central de analisar o modo como o exercício do poder policial é trazido ao debate, em geral, a partir das noções de legalidade/ilegalidade e legitimidade/ilegitimidade.

As abordagens direcionam-se desde a premissa da legitimidade policial e do uso adequado da violência, de forma a indicar, juridicamente: (I) as violências físicas, mortes provocadas pela polícia, tortura, violência psicológica, moral, verbal etc.; (II) os reflexos institucionais desta condição no poder judiciário, ministério público, corregedorias de polícia, ouvidorias etc.; (III) as denúncias de violências por meio de pesquisas nacionais, internacionais, sobretudo, sobre índices de letalidade. A partir destes contornos limitados da questão, as propostas e prescrições privilegiam a contenção e minimização dessas violências.

Ao passo que, paradoxalmente, o conteúdo das teses dirige-se supostamente a complexificar a análise da atuação violenta da polícia, pois derivada de uma série de fatores, critérios de mensuração e índices, longe de haver consenso no campo, de modo mais ou menos intenso, as propostas cristalizam-se seja na direção de uma cultura da “paz” nas instituições po-

liciais, fruto da idílica formação em direitos humanos, seja na crença em mais controle democrático. Garante-se, em suma, novo fôlego ao sistema penal através de uma estratégia que faz das tecnologias policiais, principalmente, uma questão de monitoramento e qualidade democrática.

Em síntese, o campo aponta uma premissa limitada: existe um exercício de violência policial legítimo que precisa apenas ser governado, limitado, gerido, enfim, moderado. Uma espécie de limite que deveria ser dado à violência policial, não se encontrando uma teoria crítica do próprio poder de polícia que interrogue sua legitimidade desde qualquer parâmetro que se disponha.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: [Homo Sacer, II, I]. Boitempo Editorial, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da criminologia**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3 ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

AUGUSTO, Acácio; SCHALCHER, Alline; LUZ, Ana Beatriz; GOTTBORG, Augusto; FANTI, Fabíola; WILKE, Helena; FERREIRA, Ivo; GUSMÃO, João Paulo; TIBIRIÇA, Júlia; JANOT, Mariana; MARESTONI, Matheus; CUNHA, Milena; LÁZARO, Pedro; MACIEL, Tadeu; MENDONÇA, Thaian; MARMUND, Tiago. Manifesto pela supressão geral da polícia nacional. In **Boletim (Anti)Segurança N.1**. Laboratório de Análise em Segurança Internacional e Tecnologias de Monitoramento (LASIn-Tec). 2020. Disponível em: <https://lasintec.milharal.org/files/2020/08/Boletim-AntiSeguran%C3%A7a-n1-1.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BEIRAS, Iñaki Rivera. Retomando el concepto de violencia estructural: La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo. In **Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social**: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos, 2014.

CAPPI, Riccardo; BUDÓ, Marília de Nardin. Curso metodológico: a teoria fundamentada nos dados para a análise de discursos políticos e

mediáticos. In BUDÓ, Marília de Nardin; CAPPI, Riccardo (Orgs.). **Punir os Jovens: A centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

CARVALHO, Luiz do Nascimento. **Violência policial militar em Goiás: Sofrimento e resistência**. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2013.

COSTA, Naldson Ramos da. **Violência policial, segurança pública e práticas civilizatórias no Mato Grosso**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2004.

DIAS, Felipe da Veiga. A violência (mortal) do Estado contra crianças e adolescentes: um estudo a partir do retrato midiático do caso Jhonata Dalber Mattos Alves. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 130, ano 25, p. 75-104. São Paulo: Ed. RT, abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población. Curso en el Collège de France (1977-1978)**. Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública 2020**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

GALTUNG, Johan. “Violence, peace and peace reserach”. **Jornal of peace research**, 1969.

GÓES, Luciano. Ebó criminológico: malandragem epistêmica nos cruzos da criminologia da libertação negra. **Boletim IBCCRIM**, ano 29, n. 339, fevereiro/2021.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O trabalho policial: Estudo da polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2005.

HARCOURT, Bernard E. **The Illusion of Free Markets:** punishment and the myth of natural order. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Good cops are afraid:** the toll of unchecked police violence in Rio de Janeiro. 2016.

KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. Letalidade policial e segurança pública. Uma análise metapsicológica da violência legítima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 130, ano 25, p. 145-176. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2017.

MARQUES, Adalton José. **Humanizar e expandir: uma genealogia da segurança pública em São Paulo**. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

MOREIRA, Letícia de Sousa. **Violência e paz:** Construção de conceitos, valores e posicionamentos de oficiais da polícia militar. Tese (Doutorado em Processos e Desenvolvimento Humano) – Curso de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade de Brasília - UNB, Brasília, 2016.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; CARUSO, Haydée; FREITAS, Felipe da Silva. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. **BIB**, São Paulo, n. 84, 2/2017, 2018, pp. 148-187.

NEOCLEOUS, Mark. **A Critical Theory of Police Power:** The Fabrication of Social Order. Verso: London-New York, 2000.

NEOCLEOUS, Mark. A. La lógica de la pacificación: guerra-policía-acumulación. **Athenea Digital**, n. 16(1), 2016, pp. 9-22.

NUNES, Samira Bueno. **Trabalho sujo ou missão de vida?** Persistência, reprodução e legitimidade da letalidade na ação da PMESP. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Curso de Pós-Graduação em Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas - FGV, São Paulo, 2018.

OLIVEIRA, Thiago Morais. **Violência policial contra minorias sociais no Brasil e na Espanha:** Justificativas para o posicionamento de estudantes universitários. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade Federal da Paraíba – UFBA, Paraíba, 2013.

OLIVEIRA, Wagner Jacinto de. **O “kombão da morte:** Ditadura e polícia – um estudo de caso em Uberlândia-MG dos anos de 1980 aos anos

de 1990. Tese (Doutorado em História Social) – Programa de Estudos Pós-Graduados em História Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Emmanuel Nunes de. **Letalidade da ação policial e teoria interacional**: Análise integrada do sistema paulista de segurança pública. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Curso de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2008.

PAGLIONE, Eduardo Augusto. **O regime militar e a ação policial civil**: A tortura como meio, o poder como fim. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014.

PASSETTI, Edson. Governamentalidade e violências. **Currículo sem Fronteiras**, v. 11, n. 1, pp. 42-53, jan./jun., 2011.

PONTEL, Evandro. **Estado de exceção em Giorgio Agamben**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Curso de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

RODRIGUES, Divino de Jesus da Silva. **Os sentidos e significados da violência policial para jovens pobres da cidade de Goiânia - Goiás**. Tese (Doutorado em Psicologia) – Curso de Pós-Graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-Goiás, Goiânia, 2015.

ROSA, Susel Oliveira. **Estado de exceção e vida nua**: Violência policial em Porto Alegre entre os anos de 1960 e 1990. Tese (Doutorado em História) – Curso de Pós-Graduação em História, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

RUDNICKI, Dani. **A formação social de oficiais da polícia militar**: Análise do caso da academia da brigada militar do Rio Grande do Sul. Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2007.

SANTOS, Lucas da Silva. **Polícia versus Democracia**: a produção acadêmica sobre violência policial no Brasil. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

SCHLITTLER, Maria Carolina. **“Matar muito, prender mal”**: A pro-

dução da desigualdade racial como efeito do policiamento ostensivo militarizado em SP. Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de São Carlos - UFSCar, São Carlos, 2016.

SUASSUNA, Rodrigo Figueiredo. **Confiança e Reciprocidade entre policiais e cidadãos: A polícia democrática nas interações.** Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília - UNB, Brasília, 2013.

SUDBRACK, Aline Winter. **A violência policial e o poder Judiciário: Estudo sobre a (i) legitimidade da ação violenta da polícia e a impunidade.** Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2008.

'Notas de fim'

1 Naturalmente, é cediço que nem todas as teses que abordam a chamada “violência policial” acabam por catalogá-la em suas palavras-chave. Isto, porém, reforça a hipótese.

2 Fundamental a leitura do ensaio escrito por Muniz, Caruso e Freitas (2018), em que os/as pesquisadores/as apresentam um balanço/levantamento sobre a produção científica brasileira das ciências sociais sobre polícia a partir dos anos 2000 até o ano de 2018. São pelo menos 400 (quatrocentas) publicações analisadas pelos/as autores/as (MUNIZ; CARUSO; FREITAS, 2018, p. 159).

3 Todas as teses possuem uma seção/parte dedicada à análise empírica de questões que envolvem a polícia, boletins de ocorrência, depoimentos, etnografia, entrevistas, grupos focais, decisões judiciais etc.

A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB O PRISMA PENAL: LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA

THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS UNDER THE
CRIMINAL PRISM: NEGATIVE AND POSITIVE FREEDOM

LA TUTELA DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD BAJO
EL PRISMA PENAL: LIBERTAD NEGATIVA Y POSITIVA

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Os direitos da personalidade; 1.1 Pessoa e personalidade; 1.2 Os direitos da personalidade como projeção do direito natural; 1.3 Direitos da pessoa considerada em si mesma: direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos; 2. A tutela dos direitos da personalidade; 2.1 Da tutela sanção e/ou da tutela reparação: tutela da liberdade negativa; 2.3 Da tutela positiva dos direitos da personalidade - liberdade positiva; Conclusão; Referências.

RESUMO:

Objetiva-se analisar os direitos da personalidade, demonstrando a efetivação de tais direitos concretamente pela ação de reparação de danos, entre outras, via reflexa no âmbito penal. Para tal, é necessário o reconhecimento da tutela negativa, perante terceiros e o Estado, diante de um direito da personalidade ofendido (tutela reparação) ou da eminência de violação (tutela inibitória), e o reconhecimento da tutela positiva na valoração da liberdade e da autonomia privada do indivíduo para a autodeterminação de sua personalidade na construção de um ser humano digno. Trata-se de um estudo teórico, partindo de um

Como citar este artigo:
CORAZZA, Thais,
ÁVILA, Gustavo. A
tutela dos direitos da
personalidade sob o
prisma penal: liberdade
negativa e positiva.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 269-291

Data da submissão:
14/04/2021
Data da aprovação:
16/08/2023

1. Centro Universitário
de Maringá – Brasil
2. Centro Universitário
de Maringá – Brasil

raciocínio hipotético-dedutivo.

ABSTRACT:

The objective is to analyze the personality rights, demonstrating the realization of such rights concretely through the action of repairing damages, among others, reflexively in the criminal sphere. For such, it is necessary to recognize negative protection, before third parties and the State, in the face of an offended personality right (reparation protection) or the imminence of violation (inhibitory protection), and the recognition of positive tutelage in the valuation of freedom and private autonomy of the individual for the self-determination of his personality in the construction of a worthy human being. This is a theoretical study, based on hypothetical-deductive reasoning.

RESUMEN:

El objetivo es analizar los derechos de la personalidad, demostrando concretamente la realización de tales derechos mediante la acción de reparación de daños, entre otras, de manera reflexiva en el ámbito penal. Para ello, es necesario el reconocimiento de la tutela negativa, frente a terceros y al Estado, ante un derecho de personalidad ofendido (tutela reparación) o de la inminencia de la violación (tutela inhibitoria), y el reconocimiento de la tutela positiva en la valoración de la libertad y de la autonomía privada del individuo para la autodeterminación de su personalidad en la construcción de un ser humano digno. Se trata de un estudio teórico, en base a un razonamiento hipotético-deductivo.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos da Personalidade; Direito Penal; Tutela Negativa e Positiva.

KEYWORDS:

Personality Rights; Criminal Law; Negative and Positive Guardianship.

PALABRAS CLAVE:

Derechos de la personalidad; Derecho penal; Tutela negativa y positiva.

INTRODUÇÃO

O Direito vive em constante evolução, buscando acompanhar não somente a evolução tecnológica, mas também a evolução subjetiva e complexa do ser humano. Com o reconhecimento de direitos se ampliando, mostra-se necessário também a tutela efetiva deles para que possa se concretizar a proteção da vida humana.

Diversas são as relações que compõe a vida em sociedade na atualidade (familiares, igreja, trabalho, grupo social), o que culmina em inúmeras situações complexas que discutem o respeito dos direitos individuais de cada membro, chamados de direitos da personalidade. Isso porque, como ser social, o homem vive inserido em uma sociedade que gera conflitos de interesses diversos.

Os Direitos da Personalidade são direitos essenciais e necessários para a livre e concreta formação e proteção da personalidade de cada indivíduo, como a integridade física, a vida, a moral, entre outros, sendo essencial para a formação da dignidade humana. No entanto, não bastam a existência de tais direitos, se faz necessário a existência de instrumentos que os amparem.

No presente estudo busca analisar exatamente esses meios de tutela. Em um primeiro momento se discorrerá sobre os direitos da personalidade e algumas peculiaridades. Após, se analisará os direitos das pessoas em si mesmo, quais sejam, direitos humanos, fundamentais e da personalidade e a relação e convergência entre eles. E por fim, se estudará as tutelas que protegem a concretização de tais direitos, em especial no âmbito penal, analisando a tutela sanção e ou tutela reparação, a tutela inibitória ou preventiva e a tutela positiva dos direitos da personalidade.

O presente artigo tem como objetivo elucidar as diversas tutelas existentes no ordenamento jurídico aos direitos da personalidade, análise essencial para o entendimento completo da proteção da vida humana digna.

Trata-se de um estudo teórico, partindo de um raciocínio hipotético-dedutivo, fundamentado na bibliografia existente sobre o tema trabalhado. Realizou-se levantamento bibliográfico, de forma a trazer ao leitor diferentes doutrinadores estudiosos sobre o tema e proporcionar uma visão concreta sobre os direitos da personalidade e as formas de como eles são tutelados no direito brasileiro - negativa e positivamente. A pesquisa será bibliográfica e documental, onde se buscará alcançar uma exata com-

preensão por meio de materiais como leis, sites oficiais e doutrina jurídica aplicável ao tema (livros, artigos científicos, dissertações, teses, entre outros), nacional e internacional.

1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são os atributos relacionados à condição de pessoa humana, sendo direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e positivá-los. Tais direitos estão em constante inovação e juntamente com a evolução da sociedade e o desenvolvimento da dogmática desses direitos, cada vez mais, um novo aspecto da personalidade precisa ser promovido e tutelado (CARNEIRO, 2017, p. 129).

Qualquer tentativa de classificação será insuficiente para demonstrar a diversidade de possibilidades que esses direitos oferecem para a promoção e tutela da personalidade (CARNEIRO, 2017, p. 129). Para seu estudo, se faz essencial a análise sobre os termos pessoa e personalidade, que se passa a expor.

1.1 Pessoa e personalidade

O estudioso Otavio Luiz Rodrigues Junior (2018) trata da pessoa e da personalidade sob o aspecto filosófico e jurídico. O termo “pessoa” origina-se do latim “persona”, conferida à linguagem teatral na antiguidade romana que significava “máscara”. Isso porque os atores adaptavam ao rosto uma máscara, munida de arranjo especial, destinada a dar eco às suas palavras. Daí o significado de “personare” que queria dizer ecoar, fazer ressoar. Portanto, a “máscara” era uma “persona”, vez que fazia ressoar a voz de uma pessoa. Posteriormente, “pessoa” passou a significar o papel que cada ator representava e, após, traduziu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, a palavra passou a exprimir o próprio indivíduo que representa esses papéis, sentido este utilizado atualmente (MONTEIRO, 2012, P. 58).

Na acepção vulgar, “pessoa” corresponde ao ente humano, homens e mulheres, não podendo ser utilizada juridicamente, pois inegável que há entidades que não são humanas e detêm direitos (pessoas jurídicas), bem como ao longo da história já houve humanos sem direitos (escravos) (MONTEIRO, 2012, p. 58).

Desse modo, “pessoa” significa juridicamente sujeito de direitos e

obrigações, estando intimamente ligado ao termo personalidade, que significa a aptidão genérica para contrair obrigações e adquirir direitos, qualificando-o como atributo de cada pessoa (DINIZI, 2003, p. 315).

A originalidade de Monteiro reside na explicação dos conceitos de capacidade e personalidade. Para ele a capacidade de direito ou de gozo é a aptidão para adquirir direitos e os exercer, enquanto a personalidade é o conjunto dos poderes constituídos pela capacidade e concretizados em uma dada pessoa. O autor se baseia na teoria natalista, segundo a qual a condição para o reconhecimento da personalidade é o nascimento com vida. Assim, “*Capacidade exprime poderes ou faculdades, personalidade é a resultante desses poderes, pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes*” (MONTEIRO, 2012, p.61-63).

Nesse sentido, personalidade é a faculdade que se reconhece os seres humanos como indivíduo perante o ordenamento jurídico, ressaltando-se que não se identifica com direitos e obrigações, sendo pré-condição (fundamento e pressuposto) para os mesmos (CUPIS, 2004, p. 21). Portanto, trata-se de qualidade jurídica produzida pelo direito positivo e não previamente constituída na natureza, motivo pelo qual o ordenamento jurídico é absoluto na atribuição da personalidade (CUPIS, 2004, p. 19).

A existência do homem como pessoa possibilita que o mesmo seja sujeito nas relações jurídicas. Contudo, a personalidade é a condição essencial que torna o homem apto a figurar como sujeito de direito, ou seja, que efetivamente o torna capaz de ser titular de direitos e obrigações (PEREIRA, 1976).

O atributo da personalidade acompanhará o homem por toda sua vida e somente cessará com a morte (venosa, 2009, P. 153), frisando a diferença entre personalidade e direito da personalidade (NERY, 2015). O que não significa dizer que após a morte os direitos da personalidade deixem de existir, pois as partes do corpo e a memória do falecido (entre outros) são direitos inquestionáveis (ALEIXO, 1995, p. 364). Em outras palavras, somente com a morte, real ou presumida, cessa a personalidade da pessoa natural e, em regra, os direitos inerentes a ela. Contudo, a morte não impede que bens da personalidade física e moral do defunto influam no curso social e perdure nas relações jurídicas. Por isso, há uma proteção *pos-mortem*, onde o bem jurídico tutelado não é o morto, mas os aspectos da sua personalidade, em face da sua memória. São direitos que

se evidenciavam enquanto seu titular era vivo e com sua morte, e recebem proteção através da legitimidade dada seus sucessores legais para defender tais direitos (BELTRÃO, 2005, p. 85 e 88).

Finalmente, os direitos da personalidade constituem “o *mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade, são direitos que, diferentemente dos patrimoniais, têm por objeto os modos de serem físicos ou morais da pessoa*” (CHAVES, 1982, p. 39), ou seja, são direitos subjetivos da pessoa, cujo papel é resguardar aquilo que lhe é próprio como a sua integridade moral (dignidade, honra, recato, intimidade, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem, identidade pessoal, familiar e pessoal), a sua integridade física (vida, alimentos, corpo, partes separadas do corpo vivo ou morto); e a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) (MORAES, 2002, p. 33).

1.2 Os direitos da personalidade como projeção do direito natural

O Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, reconhece e regulamenta o direito da personalidade. Quando se fala em constitucionalização dos direitos da personalidade não se pode esquecer que a defesa da pessoa pelo Direito é anterior a qualquer ideia de Constituição. A pessoa é uma pré-realidade, além do Direito (sobre a natureza das coisas como aquilo que é pré-dado para depois se tornar objeto de valoração e regulação jurídica vide LARENZ, 1997, p. 183), servindo como seu fim e fundamento (MIRANDA, 1993, p. 166). O Direito (natural) existe antes do Estado e pela própria natureza do homem (BITTAR, 1999, p. 08) e independe de escolas ou ideologias.

O homem possui direito a determinados bens pelo simples fato de ser considerado pessoa. Estes são os bens da personalidade, inerentes da pessoa, que começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º, do Código Civil) (BRASIL, 2002). Assim sendo, os direitos da personalidade são sobre os bens da personalidade e não sobre a pessoa, motivo pelo qual se pode dizer que “*a personalidade não é um direito em si, mas sim um conjunto de caracteres sobre o qual se apoiam os direitos que dela se irradiam*” (TELLES JUNIOR, 2003, p. 316). Considera-se atualmente que o objeto dos direitos da personalidade são as projeções físicas e psíquicas da pessoa ou suas caracte-

rísticas mais importantes (BORGES, 2005, p. 20), portanto, o objeto não é a pessoa em si, mas um atributo da mesma, que lhe é obrigatoriamente conexo (BELTRÃO, 2005, p. 24).

Com base no exposto, percebe-se que é errôneo considerar que a pessoa tem direito à personalidade. Na realidade, a pessoa tem direito a determinados bens que lhe são dados pela natureza, de maneira subjetiva, direta e primordial. Tais bens, quando ameaçados, tornam-se direitos, com o intuito de defender a personalidade que lhe é própria, motivo pelo qual se denominam direitos da personalidade (TELLES JUNIOR, 2003, p. 316).

1.3 Direitos da pessoa considerada em si mesma: direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos

Diversas denominações são atribuídas para os direitos em análise. Frequentemente, são utilizados como sinônimos direitos humanos e direitos fundamentais, termos que, apesar da doutrina não especializada empregar indiscriminadamente, referem-se a instituições diferentes (LOPES, 2011, p. 11). Fato é que independentemente da terminologia adotada, estes direitos terão como objetivo último a tutela da dignidade da pessoa humana em sua amplitude.

Em que pese grande parte das normas referentes aos direitos da personalidade sejam também tratados como direitos e garantias fundamentais, fato é que existem distinções que devem ser consideradas (LOPES, 2011, p. 11). Lúcia Souza d'Aquino (2020) trata mais especificamente sobre o assunto no seu artigo intitulado “Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais: Indisponibilidade, Disponibilidade Relativa ou Exercício de Direitos?”, porém, tais distinções podem ser resumidas, de forma simplista, de acordo com o enfoque que será dado ao respectivo direito, especificamente no caso concreto.

Assim, quando o caso em análise enfoca situações que afetam diretamente a própria personalidade serão denominados direitos da personalidade. Já os direitos fundamentais enfocam as situações que abrangem os direitos do cidadão perante o Estado, enfatizando a estruturação constitucional (BELTRÃO, 2005, p. 47).

Nota-se que apesar das amplas zonas de coincidência, as projeções da perspectiva desses direitos são distintas. Isso porque os direitos da per-

sonalidade pertencem ao domínio do direito privado, estritamente no que diz respeito às relações particulares no âmbito dos direitos pessoais (BELTRÃO, 2005, p. 47) enquanto os direitos fundamentais pertencem ao âmbito do direito público, no que diz respeito ao cidadão frente aos poderes do Estado (âmbito político e socioeconômico).

Para efeito de proteção do indivíduo em face do estado, o objeto dos direitos do homem ou direitos fundamentais da pessoa natural são as relações de direito público, sendo frequentemente utilizados como sinônimos. Contudo, é importante distinguir tais expressões. *“Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”* (BELTRÃO, 2005, p. 48).

Já os direitos da personalidade abarcam uma proteção entre os homens, ou seja, envolve relações entre os particulares, compondo os aspectos intelectuais e morais da pessoa humana. Em tempo, José Sebastião de Oliveira e Diego Prezzi Santos tratam esse direito sob uma perspectiva garantista (2020, p. 343-358). Deste modo, fazem referência ao direito ao nome, à reserva sobre a própria intimidade e privacidade, à honra, à imagem, à liberdade de manifestação e pensamento, à liberdade de consciência e religião, entre outros.

2. A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A presença de direitos da personalidade no direito positivo brasileiro é constante no Código Penal, Código Civil e inserida em preceitos especiais com repercussão no Direito Comercial, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, do Trabalho, e sobretudo Constitucional (PEREIRA, 1976, p. 09). Assim, um único ato pode gerar lesão em mais de um âmbito.

Em que pese o reconhecimento da existência dos direitos da personalidade, não basta serem reconhecidos e previstos pelo ordenamento, é preciso que esses direitos essenciais e inatos também sejam protegidos e efetivamente garantidos a seus titulares.

Ao se estudar tutelas, deve-se pensar na ideia de guarda, amparo, proteção. Teori Albino Zavascki assevera que *“quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos*

direitos dos indivíduos” (ZAVASCKI, 2000, p. 05). Assim, a tutela jurisdicional deve ser entendida como um dever estatal, de cumprimento eficaz, para que não ocorra a falência do convívio social e do Estado de Direito (ZAVASCKI, 2000, p. 06).

Tutela jurisdicional é o provimento que acolhe o direito material de uma das partes, ou seja, é o processo como garantia do direito material, é “*A técnica processual a serviço de seu resultado*” (BEDAQUE, 1998, p. 25).

Existem diversas espécies de tutela jurisdicional, se diferenciando pelas “*circunstâncias inerentes à situação da vida que clama pela proteção jurisdicional*” (BEDAQUE, 1998, p. 27).

O artigo 12 do Código Civil em vigor, aduz a existência da tutela preventiva (cesse a ameaça, ou a lesão) e da tutela reparatória (reclamar perdas e danos) dos direitos da personalidade, ao preceituar que se pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Sobre as funções das tutelas, Carlos Alberto Bittar assevera que:

A tutela geral dos direitos da personalidade compreende modos vários de reação, que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados, estruturáveis, basicamente, em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente” (BITTAR, 1999, p. 48-49).

Nas esferas civil e administrativa do ordenamento jurídico pátrio, a via de proteção dos Direitos da Personalidade mais comum é a de Ação de Reparação de Danos, que tem finalidade a repressão e recompensa do ato lesivo à personalidade. Por outro lado, caso a conduta lesiva seja tipificada como crime pelo Código Penal, poderá haver a sanção penal quantificada pelo artigo correspondente, ressaltando-se que as sanções penais não inibem as cíveis ou administrativas. Complementa Carlos Alberto Bittar que:

As figuras delituosas previstas no estatuto repressivo – e que levam em conta diferentes bens jurídicos que compõem a personalidade humana – espriam-se desde os crimes contra a vida, com o homicídio (art. 121); o induzimento a suicídio (art. 122); o infanticídio (art. 123) e o aborto (art. 124); aos crimes de periclitção da vida e da saúde, com diversas si-

tuações de perigo (arts. 130 a 136) e à rixa (art. 137); aos crimes de lesões corporais (art. 129); aos crimes contra a honra, compreendendo a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140); aos crimes contra a liberdade individual, com o constrangimento ilegal (art. 146), a ameaça (art. 147), o seqüestro e o cárcere privado (art. 148), e a redução à condição análoga à de escravo (art. 149); aos crimes contra a inviolabilidade do domicílio (art. 150) e aos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152, incluídas as de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e a de correspondência comercial), e, por fim, aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (comum e profissional) (arts. 153 e 154) (BITTAR, 1999, p. 50-51).

Existem ações que buscam ainda à confissão ou negativa de um direito da personalidade. Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que a tutela dos direitos da personalidade é exercida mediante sanções que devem ser solicitadas pelo ofendido, que pleiteando a indenização do dano moral ou a cominação de uma pena, em ações que podem ser cumuladas. Ainda se permite as que se destinam a confessar ou negar especificamente um direito de personalidade, completando-se, dessa forma, o sistema de tutela privada de tais direitos, o qual pode ser movimentado independentemente das sanções penais cabíveis (GOMES, 1999, p. 163).

O autor Rubens Limongi França aborda a tutela dos direitos da personalidade como uma “sanção”, de natureza pública ou privada. Explica que a sanção de natureza pública é a tradicional, resultante de uma primeira evolução da *actio injuriarum* do Direito Romano, aliada à definição dos direitos dos cidadãos contra o Estado. Apresenta duas feições: a constitucional e a penal. A primeira ocorre por meio de institutos como o *habeas corpus*, destinado à garantia da liberdade de ir e vir. A segunda se externa na definição de certos crimes como a injúria, a calúnia, a difamação, entre outros. Já a sanção privada A sanção privada, até recentemente, se restringia ao ressarcimento pela responsabilidade civil, porém, esta não é uma tutela dos direitos da personalidade sob o seu aspecto privado, nem se revelava como suficiente para propiciar-lhe a devida garantia. Por isso, a Doutrina, a Jurisprudência e a própria legislação evoluíram e passaram a reconhecer ações específicas,

de natureza declaratória e negatória, destinadas a negar e a afirmar a existência dos diversos direitos da personalidade no caso em concreto. De outro lado, a consagração do ressarcimento por dano moral vem completar definitivamente a tutela privada dos direitos em consideração (FRANÇA, 1999, p. 940-941).

Ocorre que mesmo com a evolução na tutela dos Direitos da Personalidade, ainda há uma lacuna no ordenamento jurídico de forma específica de tutela desses direitos, com o fito de tornar mais eficaz e imediata a sua defesa (FRANÇA, 1999, p. 941). Ao operador do Direito cabe a tarefa delicada e complexa da escolha da tutela mais adequada para o caso concreto, buscando sempre uma proteção e efetividade maior do direito tutelado.

Assim, a tutela de proteção da liberdade negativa analisa as tutelas reparação e inibitória, que exigem ou um ressarcimento do dano causado ou a prevenção de futuro ou eminente dano. É a proteção do titular do direito perante o Estado e terceiro. Já a tutela de proteção da liberdade positiva garante ao titular dos direitos da personalidade liberdade e autonomia para o exercício desses direitos para autodeterminação de sua personalidade.

Se faz necessária a distinção dessas duas tutelas – negativa e positiva – para que o sujeito seja amplamente considerado, valorizando-o na totalidade de sua dignidade. Isso porque se a dignidade da pessoa humana e, portanto, os direitos de personalidade, forem apenas considerados em seu aspecto negativo como ocorre no direito penal, a tutela desses direitos não estará completa, já que na realidade deve-se valorizar a possibilidade e a presença da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, reconhecendo seu aspecto positivo que se liga à liberdade jurídica. Esse aspecto positivo é realizador da liberdade jurídica e deve ser respeitado. É necessário admitir o exercício amplo da liberdade que não afete direitos de terceiros, lembrando que muitos direitos da personalidade podem ser exercidos de forma positiva, por meio da autonomia privada (BORGES, 2007, p. 123).

Portanto, somente diante da proteção ampla e exauriente dos direitos da personalidade é que se torna possível defendê-los e exercê-los em sua completude.

2.1 Da tutela sanção e/ou da tutela reparação: tutela da liberdade negativa

No presente tópico busca-se discutir sobre a natureza da indenização dos danos extrapatrimoniais, ou seja, a tutela cível mais comum (que tutela via reflexa o direito penal): a Ação de Perdas e Danos. Tal ação é proposta pelo lesado contra agente lesivo que cometeu um ato danoso à sua personalidade. A indenização cível tem natureza de tutela da liberdade negativa quando busca entender o seu caráter reparatório e/ou punitivo.

Chamada de tutela reparadora dos direitos da personalidade por Elimar Szaniawski, essa garantia é utilizada quando já houve violação contra vítima, titular de um direito; a vítima tem direito inclusive de ser reparada moralmente, independente de eventual reparação de dano patrimonial (ZANIAWSKI, 2005, p. 251).

Diante de uma lesão a um direito da personalidade, é comum a vítima pretender uma indenização ou reparação do dano sofrido como forma de amenizar a dor provocada pelo agressor. A tutela reparadora dos direitos da personalidade se dá nos casos em que já houve ilícito e é regida pela Responsabilidade Civil, que busca tutelar os interesses personalíssimos e os patrimoniais da pessoa humana. O equilíbrio particular e social será alcançado pela responsabilidade civil, com o fito de reparar as lesões sofridas, patrimoniais ou não patrimoniais. Quando não for possível evitar a ocorrência de danos, a proteção final à dignidade da pessoa se dá através da responsabilidade civil (ZANIAWSKI, 2005, p. 251).

A tutela sanção ou o caráter punitivo também é conhecido como “pena privada”. Para Luis Orlando Andorno *“a reparação moral teria o caráter de uma sanção exemplar, pois se trataria de uma pena privada que se agrega à pena pública aplicada, quando há delito de direito criminal”* (ANDORNO, 1986, p. 270-271).

A citada teoria da pena privada surgiu diante da dificuldade de se mensurar a quantidade de sofrimento pelos danos extrapatrimoniais no momento em que a satisfação desses danos passou a ser vista como um elemento penal inserido no âmbito do Direito Civil (SEVERO, 1996, p. 183). Alguns autores afirmam que essa teoria acaba por limitar o montante das condenações de indenização, vez que são como punição ou de caráter exemplar. É comum esse tipo de indenização no direito norte americano que até mesmo classifica determinados danos em *“danos exempla-*

res ou punitivos” (*exemplary or punitive damages*) (SEVERO, 1996, p. 184):

A indenização de caráter exemplar ou punitivo [...] é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes. Nesta esfera, embora não haja uma regra específica regulando o quantum compensatório, devem ser consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, de forma a estabelecer um montante proporcional (SEVERO, 1996, p. 184).

Os adeptos da teoria da reparação afirmam que todo dano é passível de uma compensação, seja ela pecuniária ou *in natura* (SEVERO, 1996, p. 184). Porém, dentro desta teoria existem autores que não aceitam a compensação diante da impossibilidade de se avaliar de forma pecuniária o valor do dano, aceitando a satisfação. Assim, “*trata-se de uma reparação de caráter satisfatório, uma vez que o interesses extrapatrimoniais não podem ser objeto de uma indenização na sua acepção estrita v. g., de reposição ao status quo ante*” (SEVERO, 1996, p. 184). Ainda, existem autores que mesmo dando maior relevância ao caráter de satisfação, reconhecem a existência do caráter preventivo, surgindo então uma teoria mista. A teoria considerada dominante no Brasil (SEVERO, 1996, p. 189) é a de natureza dupla mesclando os objetivos da responsabilidade civil e da responsabilidade penal: reparação e prevenção (SEVERO, 1996, p. 187).

Roberto Brebbia traça os três papéis que que uma indenização desempenha, sendo eles a compensação, a satisfação e a punição. Compensação, quando o dano pode ser avaliado de maneira aproximadamente exata; satisfação, quando esta valoração não for possível; e punição, quando não se busca compensar o prejudicado e sim impor penalidade pela infração da norma legal. Assim, tratando-se de dano moral “*a sua função não poderá ser outra senão a satisfação; tratando-se de dano patrimonial, na maioria das vezes o ressarcimento tem caráter compensatório e, em alguns casos, quando se torna impossível determinar o montante do prejuízo, assume também função satisfatória*”. (BREBBIA, 1998, p. 244).

Clayton Reis completa que a conjugação de todos os três fatores – dissuasão, compensação e punição – é essencial para atender aos reclamos sociais, satisfazer a pretensão ressarcitória da vítima e, igualmente, exercer o poder sancionatório presente em todo e qualquer ordenamento jurídico hodierno. Assim, devem ser considerados válidos todos os elementos

que possam contribuir para a causa final do processo indenizatório dos danos não patrimoniais, até mesmo porque, na medida em que os julgadores tenham à sua disposição maiores elementos de avaliação do *quantum debeat*, poderão estabelecer valores que sejam os mais razoáveis e proporcionais ao evento danoso em concreto. Por isso, todos os fatores que possam dar ao julgador maior precisão e aferição dos elementos que produziram o dano, poderão ser considerados para a quantificação indenizatória (REIS, 2002, p. 183-184).

Portanto, na discussão da natureza da indenização nas ações de perdas e danos contra ato lesivo a algum ou alguns Direitos da Personalidade, apenas o caráter de satisfação não fundamenta o montante indenizatório, devendo-se levar em conta as características de reparação e punição da indenização.

2.2 Da tutela inibitória ou preventiva

Há no ordenamento jurídico pátrio uma lacuna na tutela dos Direitos da Personalidade, vez que não há uma ação específica para a sua proteção, como existe o *Habeas Corpus* ou o Mandado de Segurança. Assim, após o cometimento de um crime tem-se utilizado, civilmente, a Ação de Indenização por Perdas e Danos, tema do tópico anterior. Porém, antes disso, a preocupação principal centra-se na prevenção dos delitos dessa natureza, evitando assim sua ocorrência.

Luiz Guilherme Marinoni¹ afirma que o fundamento maior da tutela inibitória está no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 ao dispor que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (MARINONI, 2000, p. 30), sendo imprescindível um ordenamento que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e que busca realmente garantir a inviolabilidade dos direitos da personalidade, e não apenas proclamá-los (MARINONI, 2000, p. 253).

A Tutela Inibitória nasceu com a preocupação de se prevenir o acontecimento, a continuidade ou repetição de um ato lesivo (MARINONI, 2000, p. 26) e busca impedir a prática, o prosseguimento e a repetição de um ilícito, sendo que “*não tem qualquer relevância o ato ilícito que já foi praticado e cuja repetição ou continuação não se teme*” (MARINONI, 2000, p. 22-23).

A tutela preventiva é chamada também de tutela específica pelo fato

de não visar o equivalente em dinheiro, mas uma categoria de bens específicos, tratando-se, assim, de uma execução específica. Para Ramón Daniel Pizarro (2000, p. 341), a tutela preventiva específica se realiza através da imposição de deveres a determinados indivíduos, destinados a controlar e diminuir “*os riscos da atividade por eles desenvolvida, através da adoção de medidas ou mecanismos de segurança adequados que visem prevenir a consumação do dano ou estancar os efeitos de uma ação lesiva já iniciada*” (tradução livre).

Já para Eduardo Talamini (2001, p. 224) a tutela é específica porque “*visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária*”.

A respeito da tutela inibitória nos direitos da personalidade e sua importância para efetivação dos direitos, Ana Catarina Piffer Gonçalves afirma que:

[...] pode-se afirmar que o procedimento afeito à tutela inibitória, por utilizar-se de técnicas que têm o escopo de prevenir a ocorrência do dano, torna-se de extrema importância no resguardo dos direitos da personalidade, não por guardarem elas conformidade com determinações constitucionais, mas por serem um dos instrumentos processuais mais palpáveis à tutela dos direitos e seus resultados serem visíveis mundo fático, configurando-se como o mais lúdimo mecanismo de acesso e realização da Justiça (GONÇALVES, 2012, p. 230).

Conclui-se assim que a tutela inibitória é fundamental para o ordenamento jurídico pátrio baseado no princípio da dignidade da pessoa humana para a defesa da inviolabilidade dos direitos não patrimoniais, especialmente os direitos da personalidade. À doutrina cabe a interpretação do art. 461 do CPC e do art. 84 do CDC para o surgimento de uma tutela verdadeiramente preventiva e de acordo com sistema jurídico brasileiro (MARINONI, 2000, p. 253 e 257).

O doutrinador Elimar Szaniawski aponta algumas ações típicas da tutela preventiva de proteção ao direito da personalidade como a ação inibitória antecipada, a ação de preceito cominatório, a tutela antecipada e as medidas cautelares típicas, como busca e apreensão e sequestro, e as medidas cautelares atípicas (SZANIAWSKI, 2005, p. 248), ressaltando-se que se pretendeu aqui apenas estudar a tutela inibitória, essencialmente preventiva.

2.3 Da tutela positiva dos direitos da personalidade - liberdade positiva

As tutelas de reparação e prevenção tratadas são reconhecidas mais facilmente pelos juristas, o que não ocorre com a tutela positiva dos direitos da personalidade decorrente da discussão doutrinária e prática da (in) disponibilidade desses direitos.

A relativa disponibilidade dos direitos da personalidade, pautada na liberdade e na autonomia privada para livre desenvolvimento da pessoa, fez surgir a tutela positiva, com o fito de proteger o ser humano na sua totalidade, em sua liberdade de fazer o que quiser, como quiser e quando quiser (CANTALI, 2009, p. 153). Não se objetiva contrariar as duas tutelas já estudadas, mas ampliar a mente do jurista para entender que a personalidade não pode se limitar a questões patrimoniais ou no dever de abstenção por terceiro. A prevenção, a precaução e o ressarcimento são insuficientes para as diversas situações jurídicas que apresenta a personalidade (CANTALI, 2009, p. 153).

O fundamento da tutela positiva dos direitos da personalidade está na autonomia privada de cada ser humano e o princípio da autonomia privada ampara-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos, inclusive, o de fazer escolhas no âmbito da própria vida (Teixeira, 2007, p. 77-78).

Assim, deve ser respeitada a característica da disponibilidade de um direito da personalidade. Para o titular desse direito, há *“um poder básico de disposição, já que sua vontade é também juridicamente relevante nesta sede”* (CANTALI, 2009, p. 156). O reconhecimento da relatividade da indisponibilidade é também o reconhecimento da autonomia privada de cada um, da liberdade em escolher o caminho para se desenvolver como ser humano, digno de direitos e garantias, os quais engloba a tutela positiva, já que nada pode ser imposto, ou seja, não pode haver imperatividade dos direitos da personalidade. Igualmente, a disponibilidade deve ser adequada, como medida de proteção ao indivíduo (JABUR, 2000, p. 54). Nesse sentido que se protege a vida privada de cada ser humano. Antes de qualquer lesão, não se pensa aqui em danos ou em sua prevenção, mas sim na proteção ao ser humano de forma profunda. Nesse aspecto, Gilberto Haddad Jabur assevera que:

É, pois, mais do que razoável que se atribua proteção ade-

quada ao isolamento sagrado de cada ser humano. O direito à vida privada é um agregado do qual também depende a manifestação livre e eficaz da personalidade, porque o bem-estar psíquico do indivíduo, consubstanciado no respeito à sua esfera íntima, constitui inegável alimento para o desenvolvimento sadio de suas virtudes (JABUR, 2000, p. 254).

Veja-se que antes de qualquer outra tutela dos direitos da personalidade, a liberdade deve ser vista como um poder e um direito. Poder, pois o homem quer, tem vontade, faculdade de autodeterminação. Direito, porque se materializa na forma de agir humano de ir e vir, de crer, de expressar, enfim de se permitir (JABUR, 2000, p. 142-143).

Após fazer um estudo da dicotomia entre o direito público e privado, Roxana Cardoso Brasileiro Borges traz a existência da tutela positiva dos Direitos da Personalidade asseverando que tais direitos precisam ser vistos a partir das noções de autonomia individual e autonomia privada, necessitando de tutela adequada (BORGES, 2007, p. 73 em diante).

[...] a antiga concepção de direitos de personalidade enquanto direitos de liberdade negativa, isto é, o direito de proteger sua pessoa, enquanto sujeito passivo, contra a violência de terceiros ou do Estado, ou de conservar sua existência, com enfoque na segurança particular das pessoas, pode ser satisfatoriamente tutelado pelo direito público. Mas, se pensarmos nos direitos de personalidade como direito de liberdade positiva, verificaremos que são as noções de autonomia jurídica individual em sentido amplo e de autonomia privada e, portanto, de direito privado, que são necessários para uma tutela adequada (BORGES, 2007, p. 90).

Assim, após a garantia dos direitos básicos e mínimos para a existencialidade do ser humano (materialização da dignidade da pessoa humana) e estabelecidas as garantias para se evitar lesão por terceiros, resta ao direito resguardar a liberdade dos indivíduos, bem como proporcionar instrumentos para exercê-la de acordo com seus próprios interesses (BORGES, 2007, p. 105). Igualmente, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que o Estado tem o dever de garantir as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, reconhecendo em favor do cidadão um direito subjetivo, exigível judicialmente, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 256).

Para explicitar a disponibilidade a doutrina exemplifica o uso da

imagem por programas televisivos, jornais, propagandas, a aceitação de situações de ofensa à honra (JABUR, 2000, p. 55), a participação em realities shows, a exposição da vida e privacidade em *Orkut*, *Facebook*, entre outros (CANTALI, 2009, p. 172).

Nesse sentido, há muitas situações em que a liberdade serve como base para análise de um direito da personalidade. As normas não conseguem abranger todas as situações do cotidiano surgidas e em constante mudança e a cláusula geral de tutela da personalidade, fundamentada na dignidade da pessoa humana, tem função especial para que esta seja alcançada ainda que seja necessário dispor, renunciar ou transmitir algum direito da personalidade em face do bem maior do titular desse direito.

Na defesa da proteção do exercício dos direitos da personalidade fundados na autonomia privada e para finalizar a tutela positiva, deve-se analisar que:

A realização dos direitos de personalidade ou a materialização do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana está diretamente ligada a expressões de liberdade jurídica, que têm uma das suas maiores expressões na autonomia privada e em seu instrumento, o negócio jurídico. Essa realização não se dá apenas, como vê a doutrina, na proteção desses direitos contra a lesão de terceiros: cada vez mais a realização desses interesses se dá pelo exercício ativo de tais direitos, pelo exercício positivo dos direitos de personalidade (BORGES, 2007, p. 107).

Ressalta-se que a disposição do direito da personalidade deve ser consciente e livre, sendo seu consentimento claro e incontestável, já que o titular que dispõe do direito não pode alegar lesão se assim consentiu. Porém, o consentimento é revogável a qualquer momento, pois a voluntariedade é requisito para o mesmo. Assim, admite-se a revogabilidade em virtude da essencialidade dos direitos tratados, sendo a disponibilidade resultado da vontade única de seu titular (CANTALI, 2009, p. 165-167).

CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade estão presentes, de forma constante, no direito positivo brasileiro como no Código Penal, Código Civil e inserida em preceitos especiais com repercussão no Direito Comercial, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, do Trabalho, e sobretudo Constitucional

(PEREIRA, 1976, p. 09).

Mas, o puro reconhecimento, mesmo que legal, tornaria esses direitos “letra morta”, portanto, se faz necessária a efetivação de cada um deles. É justamente na concretização da proteção deles que se pode enxergá-los de forma concreta. Tais direitos essenciais e inatos devem protegidos e efetivamente garantidos a seus titulares, já que um único ato pode gerar lesão em mais de um âmbito.

As tutelas mais conhecidas são as de reparação, sanção ou indenização, mostrando que diante de uma violação de um direito da personalidade é possível a patrimonilização seja pelo dano material, seja pelo dano moral, o que tutela via reflexa o direito penal. Outra tutela é a inibitória, uma das tutelas de prevenção. Considerada uma criação nova do ordenamento jurídico brasileiro, visa inibir a existência de eventual violação a direitos da personalidade, bem como a não repetição de lesões ocorridas.

Ainda, além de garantir um ressarcimento perante um dano ou a garantia da inviolabilidade dos direitos da personalidade, é necessário que haja a proteção da liberdade do indivíduo para que possa exercer esses direitos como, quando e se quiser, com a possibilidade de dispor deles utilizando-se da autonomia vontade individual.

Portanto, é de suma importância a proteção da liberdade do titular dos direitos da personalidade, seja negativa ou positivamente, tendo como pilar o ser humano, a fim de que sejam resguardados os seus direitos de maneira a permitir sua autodeterminação como máxima da dignidade humana, pois não basta reconhecer os direitos, deve-se protegê-los, e mais que isso, a tutela deve ser efetiva, ampla e concreta.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Rabindranath Valentino; SOUSA, Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDORNO, Luis Orlando. La reparación del dano moral. Premio Academia 1986. *Separata do tomo XXV de Anales*. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba, 1986.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do di-*

reito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho ALVIM; Coord. Renan Lotufo).

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 24/03/2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: 2009.

CARNEIRO, Rosane Machado. Os direitos de personalidade como direitos Fundamentais, p 117-139. *In: Teorias da justiça e a morfologia dos direitos fundamentais*. Org. Narciso Leandro Xavier Baez, Edson Antonio Baptista Nunes, Douglas Cristian Fontana. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

D'AQUINO, Lúcia Souza. Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais: Indisponibilidade, Disponibilidade Relativa ou Exercício de Direitos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 48, n. 1, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer; MARTIN, Andreia Garcia. Os direitos à intimidade e à privacidade sob a perspectiva processual: a tutela

inibitória dos direitos de personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Me-strado*. Maringá. v. 12. n.1, p. 205-235, jan/jun. 2012.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A era dos direitos de Bobbio: Entre a historicidade e a atemporalidade. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 192, p. 07-19, out./dez. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 44. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Walter. Direito da personalidade. In: SAHM. Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade” uma disciplina própria. *Dout-rinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 473-478, ago. 2015. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000170ca92ac5377e358ac&-docguid=Ic2984e20470811e5ba8e010000000000&hitguid=I-c2984e20470811e5ba8e010000000000&spos=4&epos=4&td=29&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11/03/2021.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. Dignidade, direitos fundamentais e direitos da personalidade: uma perspectiva garantista para a democracia substancial. *Revista Jurídica - UNICURITBA*, v. 2, n. 59, p. 343-358, abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria; teoria geral do direito civil*. 5. ed. v. 1. Rio de Janeiro:

Forense, 1976.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición; el daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise na perspectiva da doutrina e judicatura do ministro Carlos Ayres Brito. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (coord.). *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Coord.). *Direitos Fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Brito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Pessoa, personalidade, conceito filosófico e jurídico de pessoa: espécies de pessoas no direito em geral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 281–291, jul./ago. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37504750/PESSOA_PERSONALIDADE_CONCEITO_FILOS%3%93FICO_E_CONCEITO_JUR%3%8DDICO_DE_PESSOA_ESP%3%89CIES_DE_PESSOAS_NO_DIREITO_EM_GERAL_Prova_escrita_do_concurso_de_livre-doc%3%AAncia_-_Otavio_Luiz_Rodrigues_Jr?auto=download . Acesso em: 02/03/2021.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: CPC, art. 461; art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Envelhecendo com autonomia. In: *Direito Civil, atualidades II - da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. v.1. São Paulo:

Atlas, 2009.

VON THUR, Andrés. *Derecho civil: teoria general del derecho civil aleman*. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1946.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

'Notas de fim'

1 Luiz Guilherme Marinoni destaca que as tutelas antecipatória, cautelar e condenatória não possuem função preventiva, nem determinam um fazer ou não fazer, não podendo, assim serem confundidas com a tutela específica (MARINONI, 2000, p. 20-22).

TEORIA DOS FILTROS MIDIÁTICOS E DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A DEMOCRACIA

THEORY OF MEDIA FILTERS AND THE RIGHT TO
INFORMATION: A REFLECTION ON DEMOCRACY

TEORÍA DE LOS FILTROS DE MEDIOS Y DERECHO
A LA INFORMACIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA
DEMOCRACIA

SUMÁRIO:

1. Introdução: Informação e Democracia; 2. Teoria dos filtros; 2.1 Concentração da propriedade; 2.2 Propaganda; 2.3 Fontes de notícias; 2.4 Bateria de reações negativas; 2.5 Ideologia dominante; 3 Conclusão: notícia valorada e fortalecimento da Democracia; Referências.

RESUMO:

A teoria dos filtros do modelo de propaganda descreve o padrão de comportamento e performance da mídia, que se trata de um sistema para comunicação de mensagens e símbolos inserido no sistema mercadológico e exerce as mais diversas influências na sociedade. O objetivo deste artigo é apresentar os cinco filtros midiáticos e correlacioná-los com o exercício do direito à informação para a participação esclarecida nos processos de tomada de decisão política. Conclui-se que imprimir valor ao noticiado e ao silenciamento midiático pode ter a capacidade de ampliar a autonomia da opinião política e de fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Como citar este artigo:
ALBUQUERQUE,
Carolina, VICENTINI,
Juliana. Teoria dos
filtros midiáticos e
direito à informação:
uma reflexão sobre
a democracia.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 293-312

Data da submissão:
21/06/2021

Data da aprovação:
24/07/2023

ABSTRACT:

The filters theory of the advertising template describes a pattern of behavior and performance in the media, that is a communication system of messages and symbols in the marketing system and exerts the most diverse influences in society. The purpose of this article is to present the five filters and correlate them with the exercise of the Right to Information, which involves the right to understand the media functioning, to the enlightened participation in political decision-making processes. It is concluded that make value the reported and the media silencing may have the capacity to expand the autonomy of political opinion and to strengthen the Democratic Rule of Law.

RESUMEN:

La teoría de los filtros del modelo publicitario describe el patrón de comportamiento y desempeño de los medios, que es un sistema de comunicación de mensajes y símbolos insertado en el sistema de marketing y que ejerce las más diversas influencias en la sociedad. El propósito de este artículo es presentar los cinco filtros y correlacionarlos con el ejercicio del Derecho a la Información, que implica el derecho a comprender el funcionamiento de los medios de comunicación de masas, para una participación en los procesos de decisiones políticas. Se concluye que dar valor a las noticias y el silenciamiento mediático puede tener la capacidad de ampliar la autonomía de la opinión política y fortalecer el Estado de Derecho Democrático.

PALAVRAS-CHAVE:

Teoria dos filtros; Modelo de propaganda; Mídia; Direito à informação; Democracia.

KEYWORDS:

Filters theory; Advertising template; Media; Right to information; Democracy.

PALABRAS CLAVE:

Teoría de filtros; Modelo de publicidad; Medios de comunicación; Derecho de información; Democracia.

1. INTRODUÇÃO: INFORMAÇÃO E DEMOCRACIA

A informação está no cerne da noção de democracia (KHAN, 2009). A democracia é o “estado social, a lei das leis que determina o direito político” (TOCQUEVILLE, 2010, p. 51). O direito à informação diz respeito ao livre fluxo dela para a coletividade (ROTHBERG; NAPOLITANO; RESENDE, 2013).

Somente um cidadão bem-informado sobre as intenções e ações de seus líderes eleitos pode contribuir efetivamente para os processos de tomada de decisão que afetam seu futuro. No sentido mais básico, a participação democrática depende da capacidade do cidadão de acessar as informações necessárias para se apropriar da sociedade¹ (CYRANEK et al., 2009, p. 2).

Na sociedade informacional (CASTELLS, 2000), há uma circulação de informação intensa. No entanto, a multiplicidade de artefatos tecnológicos não é sinônimo de pluralidade de informação e tão pouco garante o direito a ela.

A informação sobre o mundo é uma “interpretação interessada, se não interesseira dos fatos” (SANTOS, 2010, p. 41). Isso está relacionado às técnicas da informação serem “particularmente utilizadas por um punhado de atores em função de seus objetivos particulares” (SANTOS, 2010, p. 39). Os “punhados de atores” são os grandes grupos que detém a concentração midiática e os “objetivos particulares” podem ser de ordem econômica, política ou ideológica.

O direito à informação passa pelo direito de compreender o funcionamento da mídia de massa. O objetivo deste artigo é revisitar criticamente o modelo de propaganda cunhado por Herman e Chomsky (2003), dialogando com a sua influência no Estado Democrático de Direito, considerando que Democracia é o regime político caracterizado pela efetiva participação do povo soberano nas decisões políticas, em busca da realização de valores de convivência humana (ALÁRCON *In* DIMOULIS, 2007, p. 106). Nesse contexto, Rousseau (2020) quando trata do Contrato Social, afirma que os indivíduos abrem mão de parte de sua liberdade em prol da convivência social, através, necessariamente, da democracia direta.

Estados com territórios amplos, crescimento populacional e universalização do sufrágio inviabilizaram a realização da democracia direta,

demandando a criação de alternativas representativas, evoluindo o conceito democrático para abarcar dois componentes: um formal, que implica na organização social que viabilizaria a participação efetiva do povo, e um material, garantidor de acesso aos direitos fundamentais, afastando a ditadura da maioria (ALÁRCON *In* DIMOULIS, 2007, p. 108).

Dahl (2001, pp. 49-50 e 53) aponta cinco critérios para um governo democrático, no sentido de igualdade dos membros para a participação nas decisões políticas: (1) participação efetiva, (2) igualdade de voto, (3) entendimento esclarecido, (4) controle do programa de planejamento e (5) inclusão dos adultos.

As consequências desejáveis oriundas da democracia são: que ela garante a seus cidadãos direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não concedem; garante uma liberdade pessoal mais ampla; ajuda as pessoas a protegerem seus próprios interesses fundamentais; proporciona oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade de autodeterminação; proporciona uma oportunidade máxima de exercício de responsabilidade moral; promove o desenvolvimento humano mais pleno; promove um grau relativamente elevado de igualdade política (DAHL, 2001, pp. 73-74).

Apesar de a desigualdade parecer a condição natural da humanidade, é necessária a defesa da igualdade política em razão do princípio da igualdade intrínseca. As decisões estatais devem dar peso igual a todos os interessados por tais decisões, por fundamentos éticos, prudência e maior probabilidade de consenso e do princípio da competência cívica. Todos os adultos sujeitos às leis do Estado devem ser considerados suficientemente bem-preparados para participar do processo democrático de governo do Estado, contando com a ajuda de especialistas e instituições políticas e sociais que permitam aos cidadãos terem uma compreensão esclarecida das questões públicas (DAHL, 2001, pp. 75-94).

Assim, a democracia em larga escala exige: funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes; autonomia para associações; cidadania inclusiva, que implica em entendimento esclarecido; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas.

Sartori (1994) investiga como as opiniões políticas se formam e aponta que ela está relacionada a três processos: (1) a disseminação das opiniões a partir da elite, (2) o borbulhar de opiniões a partir das bases e

(3) as identificações com grupos de referências.

A formação da opinião se dá a partir de múltiplos fatores. Os meios de comunicação de massa, os formadores de opinião, os influenciadores digitais e diversas ferramentas da internet, são agentes e recursos complexos que compõem os entendimentos sobre os mais diversos temas. Além disso, o resultado global não pode ser totalmente planejado por qualquer fonte de influência isolada, pois há reorganização entre a mensagem emitida e a recebida.

A limitação da transmissão vertical está nos grupos aglutinados em torno de ideias e a sua localização, como é o caso das instituições de ensino superior, além das identificações com grupos de referência como a família, os grupos de trabalho, religiosos e étnicos, isso tudo ainda devendo considerar que o indivíduo pode ter opinião sem informação, resistente à mídia (SARTORI, 1994, p. 132-135).

As condições que permitem uma opinião relativamente autônoma dependem da existência de um sistema de educação (não de doutrinação) e de uma estrutura global de centros de influência e informações globais e diversos. O totalitarismo nesse ponto é bem-sucedido se cria desinformação geral e sistemática, o que apresenta o problema da qualidade da informação, portanto, um sistema competitivo de multiplicidade de informantes permite a correção de informações.

A crítica está em que maximizar não significa necessariamente otimizar, mas “todo o edifício da democracia repousa, em última instância, em relativa equidade, imparcialidade ou correção das informações transmitidas ao público” (SARTORI, 1994, p. 139 e segs.), através da ética do respeito pela verdade

O Constitucionalismo² defende a necessidade de uma Constituição escrita que limite o poder do Estado e garanta os direitos do cidadão, por meio de mecanismos que efetivem Direitos Fundamentais e limitem o exercício da vontade do indivíduo e do Estado, considerando os campos de atuação de cada um e sua inter-relação (ARNAUD, 1999), conferindo a Direitos como o a Informação, publicidade, clareza e segurança.

A Constituição Federal de 1988 trata especificamente da liberdade de informação jornalística no artigo 220, §1º, garantindo a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; garantindo a liberdade de pensamento e afastando-se da censura.

Tal interpretação da normativa constitucional se reforça com a declaração de inconstitucionalidade da lei de imprensa pelo Supremo Tribunal, na ADPF 130, em razão de institutos restritivos ao referido direito.

Conforme o ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADPF, a imprensa é vista “como ferramenta institucional que transita da informação em geral e análise da matéria informada para a investigação, a denúncia e a cobrança de medidas corretivas sobre toda conduta que lhe parecer (a ela, imprensa) fora do esquadro jurídico e dos padrões minimamente aceitáveis como próprios da experiência humana em determinada quadra histórica”, assim, a característica multifuncional da imprensa atesta o “status de civilização avançada” para todo um povo, considerando-a verdadeira irmã siamesa da democracia.

Apesar disso, é necessário refletir sobre os limites para que a imprensa seja capaz de informar, somado ao fato de que a mídia também pretende influenciar o comportamento das pessoas e ideologia dominante (KELLNER, 2001).

Apesar de os processos de informação serem acusados de insuficiência quantitativa, tendenciosidade e pobreza qualitativa, há condições necessárias (alfabetização) e condições suficientes (padrão de vida digno) capazes de aumentar a capacidade participativa (SARTORI, 1994, p. 150 e segs). Nesse contexto, é necessário elucidar o modelo de propaganda midiático (HERMAN; CHOMSKY, 2003) para o exercício mais amplo do Direito de se informar.

2. TEORIA DOS FILTROS

O modelo de propaganda (HERMAN; CHOMSKY, 2003) foi cunhado há mais de trinta anos, nos Estados Unidos, num contexto histórico e econômico diverso do atual. Contudo, ele é extremamente pertinente para auxiliar na reflexão e discussão dos mecanismos, ou melhor dizendo, dos filtros do modelo de propaganda (HERMAN; CHOMSKY, 2003) como contribuidores para o manejo das notícias pela mídia.

Daquela época até o presente, o modelo tem sofrido uma série de críticas e tem sido alvo de “clichês superficiais³” (HERMAN, 2003, p. 5), a exemplo de ser acusado de ser parte da teoria da conspiração e de ser simplista (HERMAN, 2003). No entanto, um de seus criadores esclarece que eles “nunca afirmaram que o modelo de propaganda explicava tudo

ou que ele mostrava a completa onipotência e eficácia na manufaturamento do consenso. Ele é um modelo de comportamento e performance da mídia, e não dos efeitos da mídia⁴⁷ (HERMAN, 2003, p. 3).

A mídia tem a capacidade de exercer as mais diversas influências na sociedade (KELLNER, 2001), mas para isto, ela necessita de um modelo de propaganda, de um conjunto de filtros que permitam o seu funcionamento.

A mídia de massa serve como um sistema para comunicar mensagens e símbolos à população em geral. A função dessas mensagens e símbolos é divertir, entreter, informar e incutir nas pessoas os valores, credos e códigos de comportamento que as integrarão às estruturas institucionais da sociedade maior. O cumprimento desse papel, em um mundo de má distribuição de renda e de importantes conflitos de interesse de classes, requer uma propaganda sistemática (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 61).

O modelo de propaganda sistemática parte do princípio de que a mídia está imersa no sistema mercadológico (HERMAN, 2003) e é utilizada para atender aos interesses da elite. Ele “traça as rotas pelas quais o dinheiro e o poder são capazes de filtrar as notícias adequadas para serem impressas, marginaliza as opiniões contrárias e permite que o governo e os interesses privados dominantes transmitam suas mensagens ao público” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 62). Em outras palavras,

O modelo sugere que a grande mídia, como instituições da elite, comumente enquadra notícias e permite o debate somente dentro dos parâmetros da perspectiva das elites; e então quando a elite é realmente preocupada e unificada, e/ou quando cidadãos comuns não estão cientes da sua própria participação em uma edição ou estão imobilizados pelo efeito da propaganda, a mídia serve aos interesses da elite intransigente⁵ (HERMAN, 2003, p. 4).

Este sistema é composto por cinco filtros: (1) concentração da propriedade; (2) propaganda; (3) fontes de notícias; (4) bateria de reações negativas⁶; (5) ideologia anticomunista (HERMAN; CHOMSKY, 2003). Juntos, eles têm potencial para legitimar a prática comunicacional metonímica e transformar os respectivos silenciamentos que dali se desdobram, em algo cada vez mais corriqueiro. A fim de organizarmos a linha de raciocínio, eles serão discutidos separadamente, no entanto, os filtros se interagem e se reforçam mutuamente.

2.1 Concentração da propriedade

Este primeiro filtro trata do grande número de veículos de comunicação e do restrito número de controladores destes meios nos Estados Unidos. Em 1980, havia mais de 25 mil entidades de mídia (HERMAN; CHOMSKY, 2003), as quais englobavam jornais, revistas, estações de rádio e de TV, editoras de livros e estúdios de cinema. Contudo, todas elas eram de propriedade de apenas 24 gigantes de mídia (HERMAN; CHOMSKY, 2003). Na atualidade, o mercado de mídia global é basicamente controlado por apenas sete corporações: *Disney, AOL-Time Warner, Sony, News Corporation, Viacom, Vivendi e Bertelsmann* (MCCHESENEY, 2003). São essas empresas, esse “segmento superior, juntamente com o governo e as agências de notícias, que define a agenda de notícias e fornece a maior parte das notícias nacionais e internacionais aos segmentos inferiores da mídia, e daí ao público em geral” (HERMAN, CHOMSKY, 2003, p. 65). Cabe esclarecer que este grupo do primeiro escalão é completado por empresas do segundo escalão que são potências nacionais ou regionais, ou que controlam nichos de mercado, sendo que muitas delas foram criadas através de impérios editoriais ou televisivos (MCCHESENEY, 2003).

Desregulação (MORAES, 1998) e privatização (MCCHESENEY, 2003) dos meios de comunicação podem ser considerados como alguns dos fatores impulsionadores da concentração midiática. Além disto, a própria tendência mercadológica, a necessidade de expansão contínua dessas corporações, seu ingresso em outros setores econômicos e a dificuldade financeira para ingressar no mercado das comunicações, acarretam em mais fusões e conseqüentemente, mais concentração (PEDRO, 2009). No contexto brasileiro, soma-se a esses fatores a branda legislação (CAPARELLI; LIMA, 2004), a qual não se constitui como um instrumento de ação efetiva contra essa prática (FADUL, 1998).

No Brasil, o mercado de mídia está nas mãos de um número restrito de proprietários, em sua maioria grupos familiares, políticos e religiosos (VICENTINI, 2013). Trata-se de corporações “que visam o lucro, de propriedade de, e controladas por pessoas muito ricas” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 66). Apenas oito grupos controlam praticamente toda a informação que circula no território nacional: “Globo, Record, Band, SBT, Abril, Folha, Estado e Rede TV!” (PASTI, 2013, p. 97).

Ao considerarmos apenas o setor de jornais diários, os números são

ainda mais impressionantes: apenas quatro grupos controlam quase todo este setor, sendo que os três primeiros possuem abrangência nacional e o último, regional, são eles: Grupo Folha, Grupo Globo, Grupo Estado e Grupo RBS (BRASIL, 2015).

Todos aqueles mesmos agentes sociais estão no topo do campo jornalístico há muitos anos. A esse respeito, “as posições de dominação, relativamente estáveis, ocupadas [...] no campo jornalístico nacional e nos subcampos regionais são reveladoras do quanto qualquer subversão é lenta e custosa” (BARROS FILHO; MARTINO, 2003, p. 130). Tal característica reforça ainda mais a concentração de propriedade e, inevitavelmente, limita a pluralidade da produção de conteúdo.

Em suma, pelo próprio sistema ou por forças externas, há concentração da informação e esta gera consequências diretas na sociedade, pois, “quem já controla informações sobre a realidade social é, em maior ou menor medida, capaz de exercer poder naquela realidade” (JENSEN, 1986, p. 12). Deste modo, uma mídia concentrada, de propriedade de poucos, provavelmente não promoverá uma pluralidade de informação. O atual perfil mercadológico dos meios faz com que haja uma preocupação de cumprimento de critérios comerciais em detrimento aos informativos (PEDRO, 2009). Entre os tantos critérios comerciais existentes, um deles é a propaganda.

2.2 Propaganda

O segundo filtro aponta a força que os anunciantes exercem na manutenção e no controle da mídia. Este está intimamente relacionado ao primeiro filtro. Simultaneamente à concentração midiática, houve uma concentração do setor publicitário. Na atualidade, menos de dez agências dominam tal mercado (PEDRO, 2009) e três quartos do investimento global em publicidade vão para cerca de 20 empresas midiáticas (MCCHESENEY, 2008).

A propaganda tem tido um importante papel no aumento da concentração midiática (HERMAN; CHOMSKY, 2003). Tendo em vista que a produção e a veiculação de produtos midiáticos são demasiadamente caras, as corporações de comunicação tornaram-se majoritariamente dependentes das receitas publicitárias para sobreviver. Esta lógica oferece aos meios de comunicação “subsídio de propaganda que lhes dá vantagens

de preço, marketing e qualidade, que lhes permite abusar de seus rivais que não utilizam propaganda (ou que ficam em desvantagem) e enfraquecê-los ainda mais (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 73). Isto significa que, é cada vez mais difícil a permanência de meios independentes e simultaneamente, o ingresso de novos atores nesse mercado.

No caso do jornal impresso, aqueles de perfil popular que representavam a classe trabalhadora, por exemplo, deixaram de existir, pois este sistema leva “à marginalidade as empresas e os tipos de mídia que dependem unicamente das receitas de vendas” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 73).

Os anunciantes são entidades com finalidades lucrativas (HERMAN, 2003). Dada a dependência da mídia desse segmento, fica evidente a existência de uma concentração de capital e de poder, a qual configura a publicidade enquanto uma espécie de censura (CACHERO, 2001) para os meios.

Esta intimidação pode ocorrer de duas maneiras: busca incessante por audiência de qualidade e controle dos conteúdos veiculados (HERMAN; CHOMSKY, 2003). Podemos pensar em um sistema de retroalimentação entre mídia-audiência-anunciantes. Nesta lógica a mídia de massa está interessada em atrair a audiência que seja fiel a sua programação/conteúdo, mas não é qualquer público, e sim aquele que possua “alto poder aquisitivo” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 75). Este tipo de público é aquele que pode adquirir os produtos/serviços dos anunciantes. Publicidade que vende é aquela que amplia suas receitas, logo, é a mesma que pode aumentar a introjeção financeira na mídia. E é a partir desta lógica que a mídia se torna mais competitiva.

Os anunciantes obviamente almejam divulgar os seus produtos em meios que lhes deem suporte e como já dissemos anteriormente, a mídia depende desses grupos. Por conta disto, comumente esta mesma mídia molda seus produtos para atrair os seus anunciantes e conseqüentemente a audiência (HERMAN; CHOSMKY, 2003), e assim, alimentar a lógica esclarecida acima. Ao mesmo tempo, “os anunciantes também selecionam os programas com base em seus próprios princípios. Com raras exceções, esses programas são cultural e politicamente conservadores” (HERMAN; CHOSMSKY, 2003, p. 76). Isso significa que, conteúdos com cunho crítico e que possam manchar a imagem de tais empresas que subsidiam as mídias raramente serão patrocinados, em outras palavras,

não há financiamento para conteúdos ideológicos que caminhem na direção contrária àquela pretendida pelos detentores de capital, nesses casos, o que há, é o silenciamento da informação. Os conteúdos midiáticos refletem as perspectivas dos vendedores (anunciantes) para atrair potenciais compradores (audiências) (CHOMSKY, 1989; HERMAN, 1999). Sem patrocínio a produção de conteúdo se torna mais difícil, logo, não terão sucesso e por fim, sairão de circulação. Determinados conteúdos “não vendem e não podem ser sustentados por um sacrifício financeiro, e [...], além disso, eles podem ofender anunciantes poderosos (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 76).

Com os passar das décadas, perante as mudanças econômicas e nas indústrias de comunicação, “os dois primeiros filtros – propriedade e publicidade – se tornaram ainda mais importantes⁸⁷” (HERMAN, 2000).

Isto nos mostra o quão grave é essa concentração de informação e essa dependência entre setores tão poderosos e importantes, como o midiático e o econômico. Nesse jogo de interesses mútuo, não há espaço para a produção de discursos contra hegemônicos, alternativos às elites que possam questionar e nos fazer refletir sobre tudo que circula diariamente. Isto implica em uma série de ocultamentos temáticos que não atendem aos interesses predominantes, ou seja, acarreta desinformação. Nos oferecem conteúdos rotulados como informação, mas na verdade, são mercadorias interessadas e principalmente ideológicas.

No Brasil, sem muito esforço, aos folharmos revistas semanais e jornais impressos diários, podemos verificar claramente que uma expressiva parte deles não é composta unicamente por notícias, mas são dedicadas à publicidade. Fato que nos mostra o poder desta enquanto integrante da manutenção e do controle midiático.

Tamanha fragilidade econômica dos jornais, por exemplo, em virtude do alto custo de produção dos mesmos, faz com que haja uma dependência direta dos impressos às receitas provenientes da publicidade. Simultaneamente, os jornais utilizam o seu poder simbólico dentro do campo jornalístico (BOURDIEU, 2005a) para agregar valor a cada centímetro de seu espaço destinado a esse fim. Quanto mais pessoas lerem o jornal e visualizarem a publicidade, maior será o interesse dos anunciantes, e conseqüentemente, isso encarecerá o espaço concedido. Conseqüentemente, jornal e publicidade se retroalimentam e são dependentes.

Em 2015, os anunciantes compraram R\$132 bilhões em espaço para publicidade na mídia de massa, sendo que o jornal impresso recebeu 13% desse montante, perdendo apenas para a TV aberta que ficou com 53% do valor (KANTAR IBOPE MEDIA, 2016).

2.3 Fontes de notícias

Este terceiro filtro mostra a dependência que a mídia possui das fontes de notícias. As fontes de notícias são “pessoas, organizações, grupos sociais ou referências; envolvidas direta ou indiretamente a fatos e eventos de quem os jornalistas obtêm informações de modo explícito ou confidencial para transmitir ao público, por meio de uma mídia” (SCHMITZ, 2011, p. 9).

A mídia de massa é levada a um relacionamento simbiótico com as poderosas fontes de informação pela necessidade econômica e pela reciprocidade de interesses. A mídia precisa de um fluxo constante e confiável de matérias-primas para notícias. Ela tem demandas diárias e programações imperativas de notícias que precisa atender (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 77).

Os meios precisam de notícias para compor a sua agenda, no entanto, não podem despender muito tempo e dinheiro para checar as informações que recebem. Ao mesmo tempo, a mídia dificilmente possui condições financeiras e logísticas de ter correspondentes com suas respectivas equipes em todos os lugares que possam vir a ter um acontecimento relevante. Por isso, possuem determinados grupos de fontes consideradas confiáveis que facilitam o recebimento de notícias e que tornam a checagem de confiabilidade de conteúdo das mesmas desnecessária. Entre elas temos: juntas governamentais, corporações, instituições econômicas e órgãos policiais.

As fontes oficiais são as favoritas da mídia. Trata-se de “alguém em função ou cargo público que se pronuncia por órgãos mantidos pelo Estado e preservam os poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário), bem como organizações agregadas (juntas comerciais, cartórios, companhias públicas etc.)” (SCHMITZ, 2011, p. 25). Herman e Chomsky (2003, p. 78) esclarecem que “as fontes governamentais e corporativas também têm o grande mérito de ser reconhecíveis e confiáveis por seu *status* e prestígio, o que é importante para a mídia de massa”.

A fim de que a mídia não precise se aprofundar ou editar as notícias disponibilizadas pelas fontes oficiais, estas

fazem o máximo possível para tornar as coisas mais fáceis para as organizações de mídia. Fornecem a essas organizações instalações para reuniões, antecipam cópias de discursos e de relatórios a jornalistas, programam coletivas de imprensa em horários que permitam que os jornalistas cumpram seus prazos para a edição de notícias, escrevem *press releases* em linguagem adequada, e organizam cuidadosamente suas coletivas de imprensa e sessões ‘possibilidades de fotos’ (CHOMSKY; HERMAN, 2003, p. 80-81).

Tal dependência recíproca entre a mídia e as fontes de notícias faz com que essa última de certa forma intimide a primeira.

Devido a seus serviços, ao contato contínuo e à dependência mútua, os poderosos podem utilizar relacionamentos pessoais, ameaças e recompensas para influenciar e coagir ainda mais a mídia. A mídia pode se sentir obrigada a divulgar matérias extremamente dúbias e a realizar uma censura apenas velada para não ofender suas fontes e causar distúrbios em um relacionamento íntimo (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 81).

Isto significa que a mídia não possui liberdade para editar as notícias recebidas por suas fontes. No caso específico das fontes oficiais, estas podem “falsar a realidade, para preservar seus interesses ou do grupo político” (SCHMITZ, 2011, p. 25). Ademais, “é muito difícil tachar de mentirosas as autoridades de quem se depende para notícias diárias, mesmo que elas estejam contando inverdades exageradas” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 81). Assim, até o momento, temos duas formas veladas de censura que fazem com que a mídia manipule as notícias (publicando-as ou silenciando-as) para atender às demandas de grupos específicos: os anunciantes (segundo filtro) e as fontes (terceiro filtro).

Além destas fontes de notícias disponibilizarem conteúdos muitas vezes distorcidos, elas utilizam outros mecanismos que também controlam aquilo que será veiculado pelos meios. Um destes consiste numa espécie de inundamento de histórias, o qual ajuda a “afastar reportagens indesejadas da primeira página ou até mesmo de toda a mídia” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 82). Com o objetivo de omitir determinados fatos, as fontes de notícias normalmente oferecem informações que desviem a

atenção de temas principais que podem possuir cunho polêmico e gerar reações negativas por parte da população, por exemplo.

É importante notar que há um sistema de manipulação que ocorre em cadeia: quando as fontes manipulam a notícia, a mídia é automaticamente manipulada e o público é igualmente manipulado.

Além das fontes oficiais, há os especialistas que “fornecem visões dissidentes com grande autoridade” (HERMAN; CHOSMKY, 2003, p. 82). São uma espécie de consultores sobre os mais variados temas, a exemplo de acadêmicos, jornalistas, economistas, funcionários de corporações, entre outros que são legitimados por sua profissão ou por seu cargo. Neste caso, a “mídia lhes confere *status* e os transforma em candidatos óbvios para emissão de opiniões e análises” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 84). Mas, isso não significa que estes se constituem enquanto fontes alternativas de notícias, que são críticos ou que são uma ameaça às demais fontes hegemônicas, pois em muitos casos, eles refletem os mesmos discursos das fontes oficiais, por exemplo.

Assim, as próprias mídias são legitimadas pelas vozes que elas autorizam a integrar o seu discurso. Isso significa que as fontes de notícias reforçam a posição das mídias (VICENTINI, 2013). Simultaneamente, a visão de mundo propagada pelas fontes é legitimada por elas. Isso nos mostra que, a partir do momento em que há predominância de tipos específicos de agentes sociais, certamente determinada ideologia comporá as publicações midiáticas.

2.4 Bateria de reações negativas

Este quarto filtro aborda as sanções que a mídia recebe ao produzir e veicular conteúdos que porventura desagradem poderosas instituições, como o governo, fontes de notícias, anunciantes e público em geral.

A bateria de reações negativas a uma declaração ou a um programa de mídia pode ter a forma de cartas, telegramas, petições, ações judiciais, discurso e projetos de lei perante o Congresso, e outras formas de queixas, ameaças e de ação punitiva. Por ser organizado de forma tanto central como local, ou pode consistir em ações completamente independentes por parte de pessoas físicas. Se a bateria de reações negativas for produzida em grande escala, por pessoas físicas ou grupos com recursos substanciais, pode ser tanto

desconfortável quanto dispendiosa para a mídia (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 84).

Além das sanções elencadas acima, podemos incluir as retaliações que circulam pela internet e até mesmo manifestações publicadas nas redes sociais, as quais mobilizam dezenas de milhares de pessoas e ganham uma repercussão sem precedentes em poucos instantes.

Um dos principais atores que impõe restrições/disciplina a mídia é o governo.

Os geradores de reações negativas somam suas forças e reforçam o comando da autoridade política em suas atividades de gerenciamento de notícias. O governo é o principal produtor de reações negativas, atacando, ameaçando e ‘corrigindo’ regularmente a mídia, tentando refrear quaisquer desvios da linha estabelecida (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 85).

Além do Estado não admitir a veiculação de mensagens que contradigam aos seus interesses, os anunciantes também não aceitam aquelas que não compactuem com os seus ideais. Além disso, os patrocinadores também não querem seus produtos associados a notícias que desagradem o público, por exemplo. Neste sentido, o corte de receitas provenientes da publicidade pode ser uma das retaliações sofridas pela mídia.

Em suma, conteúdos que possam chocar a opinião pública, ou os patrocinadores, ou ainda desagradar a classe política são silenciados

2.5 Ideologia dominante

Como já mencionado, o modelo de propaganda foi escrito nos anos 80 e àquela ocasião, era pertinente considerar o anticomunismo como um mecanismo de controle ideológico. Naquele contexto, o comunismo era rotulado como “mal supremo” que aterrorizava as grandes elites por ameaçar “sua posição de classe [e] seu *status superior*” (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 88).

Essa ideologia ajuda a mobilizar a população contra um inimigo comum, e como o conceito é obscuro, pode ser utilizado contra qualquer um que defenda políticas que ameacem os interesses de proprietários ou apoie a acomodação com países comunistas e com o radicalismo (HERMAN; CHOMSKY, 2003, p. 88).

Com a desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

cas – URSS, o anticomunismo enquanto uma ameaça não se adequa ao cenário econômico, político e social corrente. Por essa razão, podemos pensar neste filtro enquanto uma submissão da mídia à ideologia dominante (HERMAN, 2003).

Cabe à mídia, em parceria com as elites, criar e sustentar a construção dicotômica da sociedade entre o bem e o mal, ou seja, entre os adeptos ao sistema e os inimigos. Trata-se de uma produção de personagens que acaba por construir um mundo permeado por incertezas e contaminado pelo medo e por ameaças. Atualmente, há dois inimigos socialmente construídos: (1) terrorismo e (2) postura não mercadológica.

Sobre a primeira situação,

A guerra contra o terrorismo e o antiterrorismo constituem um dos elementos da ideologia dominantes mais relevantes hoje, já que permite essa divisão do mundo muito entroncada na ideia de Choque de Civilizações e da superioridade moral do Ocidente para intervir em outros países para o bem-estar da população mundial. A categoria é suficientemente ampla e difusa como para poder englobar qualquer inimigo oficial e poder justificar guerras e sanções contra os inimigos, a violação do espaço aéreo de outros países ou programas de segurança e espionagem intrusivos, para citar apenas alguns exemplos⁹ (PEDRO, 2009, p. 218).

Com relação à segunda construção de inimigos, o mercado é compreendido como uma espécie de religião, pelo menos entre as elites, as quais o vêm de maneira benéfica e os mecanismos contrários a ele são vistos como suspeitos (HERMAN; CHOMSKY, 2003).

Em outras palavras, podemos pensar este quinto filtro enquanto uma convergência ideológica entre a mídia e o neoliberalismo vigente.

As empresas e grupos financeiros são os atores que alimentam aquele modelo e as empresas de comunicação são integrantes desse processo e “contribuem decisivamente para a circulação quase universal da doxa intrusiva e insinuante do neoliberalismo” (BOURDIEU, 2001, p. 95). O setor de mídia

Não apenas legitima o ideário global, como também o transforma no discurso social hegemônico, propagando valores e modos de vida que transferem para o mercado a regulação das demandas coletivas. A doxa neoliberal procura neutralizar o pensamento crítico, reduzir o espaço para ideias

alternativas e contestadoras, ainda que estas continuem se manifestando, resistindo e reinventando-se (MORAES; RAMONET; SERRANO, 2015, p. 46).

3. CONCLUSÃO: NOTÍCIA VALORADA E FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

Se a Democracia se caracteriza pela participação, necessário tanto igualdade na decisão política, quanto acesso à compreensão esclarecida das questões públicas. Apesar das dificuldades verificadas na formação livre da opinião política, certo está que o fortalecimento do sistema de educação e uma estrutura global de centros de influência e informações globais e diversos permitiriam uma opinião relativamente autônoma, com informações prolatadas com base na ética do respeito pela verdade, defendido pela Constituição Federal. Dessa forma, a imprensa tem papel salutar neste equilíbrio, a qual, apesar de amplificar a informação, também influencia ideologicamente o comportamento das pessoas.

O modelo de propaganda é capaz de auxiliar na reflexão dos cinco filtros no manejo das notícias pela mídia, vez que a mídia se insere no sistema mercadológico, quais sejam: (1) concentração da propriedade; (2) propaganda; (3) fontes de notícias; (4) bateria de reações negativas; (5) ideologia anticomunista, capazes de legitimar a prática comunicacional metonímica.

Tais filtros precisam ser reconhecidos e debatidos, como buscou-se realizar neste trabalho, para a difusão de ferramentas aptas a imprimir valor tanto ao que é noticiado, quanto ao silenciamento midiático para a ampliação da autonomia da opinião política efetivamente informada, indispensável à construção e ao fortalecimento da democracia.

REFERÊNCIAS

ALÁRCON, P. Democracia. In DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva 2007.

ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROS FILHO, C. MARTINO, L. M. *O habitus na comunicação*. São Paulo: Paulus, 2003.

BOURDIEU, P. *Contrafogos 2: por um movimento social europeu*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. The political field, the social science field and the journalistic field. In:

BENSON, R.; NEVEU, E. *Bourdieu and the journalistic field*. Cambridge: Polity Press, 2005. p. 29-47.

BRASIL. *Pesquisa brasileira de mídia – 2015*. Brasília: SECOM, 2015.

CASTELLS, M. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. In: *A Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CYRANEK, G. et al. Prólogo. In: MENDEL, Toby. *El derecho a la información en América Latina*. Quito: UNESCO, 2009. p. 2-3.

CAPARELLI, S.; LIMA, V. DE. *Comunicação e televisão: desafios da pós-globalização*. São Paulo: Hacker, 2004.

CACHERO, A. P. El modelo de propaganda de Noam Chomsky: médios. **Âmbitos**, v. 6, p. 191-210, 2001.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FADUL, A. M. *A internacionalização da mídia brasileira*. *Comunicação e Sociedade*, v. 30, p. 67-91, 1998.

HERMAN, E. *The myth of the liberal media*. New York: Peter Lang Publishing, 1999.

HERMAN, E. The propaganda model: a retrospective. *Against all reason: propaganda, politics, power*, v. 1, p. 1-14, 2003.

HERMAN, E.; CHOMSKY, N. *A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia*. São Paulo: Futura, 2003.

JENSEN, C. *Making sense of the News: toward a theory and a empirical modelo of reception for the study of mass communication*. Langelands-gade: Aarhus University Press, 1986.

KANTAR IBOPE MEDIA. *A compra de espaço publicitário em 2015*. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://www.kantaribopemedia.com/a-compra-de-espaço-publicitario-em-2015/>. Acesso em: 20 de março de 2020.

KELLNER, D. *A cultura da mídia*. Bauru: Edusc, 2001.

KHAN, A. W. Introdução. In: MENDEL, Toby. *Liberdade de informação um estudo comparado*. Brasília: UNESCO, 2009. p. 2-6.

MCCHESENEY, R. Mídia global, neoliberalismo e imperialismo. In: MORAES, D. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2003, p. 2017-242.

MORAES, D. *O planeta mídia: tendências da comunicação na era global*. Campo Grande: Letra Livre, 1998.

PASTI, A. *Notícias, informação e território: as agências transnacionais de notícias e a circulação de informações no território brasileiro*. Campinas: UNICAMP, 2013.

PEDRO, J. Evaluación crítica del modelo de propaganda de Herman y Chomsky. *Revista Latina de Comunicación Social*, v. 64, p. 210-227, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Disponível no site: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_rousseau_contrato_social.pdf>. Acesso em 23/jan./2020.

ROTHBERG, D.; NAPOLITANO, C. J., RESENDE, L. P. Estado e burocracia: limites de aplicação da lei de acesso à informação no Brasil. *Fronteiras*, v. 15, n. 2, p. 108-117, maio/ago. 2013.

SANTOS, M. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2010.

SARTORI, G. *A teoria da democracia revisitada: O debate contemporâneo*. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITZ, A. A. *Fontes de notícias: ações e estratégicas das fontes no jornalismo*. Florianópolis: Combook, 2011.

TOCQUEVILLE, A. *A democracia na América*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

VICENTINI, J. O. *O discurso ambiental da TV: a Amazônia do Globo Repórter*. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2013.

'Notas de fim'

1 Only a citizenry that is well-informed about the intentions and actions of their elected leaders can contribute effectively to decision making processes that affect their future. In the most basic sense, democratic participation depends on a citizen's ability to access the information needed to take ownership within society.

2 Para um estudo histórico-conceitual do Constitucionalismo e dos Direitos Huma-

nos vide BARROS, 2003.

3 “superficial clichés”

4 We never claimed that the propaganda model explained everything or that it shows media omnipotence and complete effectiveness in manufacturing consent. It is a model of media behavior and performance, not of media effects.

5 The model does suggest that the mainstream media, as elite institutions, commonly frame news and allow debate only within the parameters of elite perspectives; and that when the elite is really concerned and unified, and/or when ordinary citizens are not aware of their own stake in an issue or are immobilized by effective propaganda, the media will serve elite interests uncompromisingly.

6 Em inglês, flak.

7 “who ever controls information about social reality is, to a greater or lesser extent, able to exert power in that reality”

8 The first two filters – ownership and advertising – have become even more important

9 La Guerra contra el Terrorismo o el Anti-terrorismo constituye uno de los elementos de la ideología dominante más relevantes hoy, ya que permite esa división del mundo muy entroncada en la idea de Choque de Civilizaciones y de la superioridad moral de Occidente para intervenir en otros países en pos del bienestar de la población mundial. La categoría es lo suficientemente amplia y difusa como para poder englobar a cualquier enemigo oficial y poder justificar guerras y sanciones contra los enemigos, la violación del espacio aéreo de otros países o programas de seguridad y espionaje intrusivos, por poner sólo algunos ejemplo.

PARADIGMAS JURÍDICOS NO BRASIL: DE ESTRANGEIROS A CIDADÃOS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LEGAL PARADIGMS IN BRAZIL: FROM FOREIGNERS TO
CITIZENS OF A DEMOCRATIC STATE OF LAW

PARADIGMAS JURÍDICOS EN BRASIL: DE EXTRANJEROS
A CIUDADANOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DERECHO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Do século XIX até os anos 30: o papel do imigrante no desenvolvimento econômico brasileiro; 3. Da “Era Vargas” aos anos 70: a CLTe a seletividade do estrangeiro “desejado”; 4. Dos anos 80 à contemporaneidade: inferências do regime militar e transformação dos fluxos migratórios; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo objetiva compreender as especificidades da migração internacional no Brasil e como o Estado tratou desta questão através das mudanças em sua legislação ao longo da história. Notou-se que, até os anos 1930, o Brasil tratou a imigração de forma bastante utilitarista. Durando a “Era Vargas”, predominaram as diretrizes da doutrina de segurança nacional. Nos anos 1980 o Estatuto do Estrangeiro reforçava a ideia do estrangeiro como inimigo. Com a Constituição Federal, o Brasil ampliou os direitos sociais dos migrantes, contudo, o próprio texto constitucional mostrou-se discriminatório. A Lei de Migração de 2017 avançou em prol dos Direitos Hu-

Como citar este artigo:
FERNANDES,
Duval, CORREA,
Marina, ALMEIDA,
Valquíria. Paradigmas
jurídicos no Brasil:
de estrangeiros a
cidadãos de um Estado
Democrático de
Direito. *Argumenta
Journal Law*,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 313-346

Data da submissão:
19/04/2021

Data da aprovação:
04/08/2023

1. Pontifícia
Universidade Católica
de Minas Gerais - Brasil
2. Academia da
Polícia Militar de Minas
Gerais - Brasil
3. Universidade Federal
de Minas Gerais - Brasil

manos, no entanto, não foi suficiente para superar a lógica do controle e do interesse nacional.

ABSTRACT:

This article aims to understand the specificities of international migration in Brazil and how the State has handled this issue through changes in the legislation throughout history. It was noted that, until the 1930s, Brazil treated immigration in a very utilitarian way. During the “Vargas Era”, the national security doctrine guidelines prevailed. In the 1980s, the Foreigner Statute reinforced the idea of the foreigner as an enemy. With the Federal Constitution, Brazil expanded the social rights of migrants, however, the constitutional text itself proved to be discriminatory. The 2017 Migration Law advanced in favor of Human Rights; however, it was not enough to overcome the logic of control and national interest.

RESUMEN:

Este artículo pretende comprender las especificidades de la migración internacional en Brasil y cómo el Estado ha tratado esta cuestión mediante cambios en su legislación a lo largo de la historia. Se observa que, hasta la década de 1930, Brasil trató la inmigración de forma muy utilitaria. Durante la “Era Vargas”, predominaron las directrices de la doctrina de seguridad nacional. En la década de 1980, el Estatuto del Extranjero reforzó la idea de los extranjeros como enemigos. Con la Constitución Federal, Brasil amplió los derechos sociales de los migrantes, pero el propio texto constitucional se reveló discriminatorio. La Ley de Migración de 2017 supuso un avance en favor de los derechos humanos, pero no fue suficiente para superar la lógica del control y el interés nacional.

PALAVRAS-CHAVE:

Migração Internacional; Jurisdição brasileira; História da migração no Brasil; Estatuto do Estrangeiro; Lei de Migração.

KEYWORDS:

International Migration; Brazilian jurisdiction; History of migration in Brazil; Foreigner’s Statute; Migration Law.

PALABRAS CLAVE:

Migración Internacional; Jurisdicción Brasileña; Historia de la Migración en Brasil; Estatuto de los Extranjeros; Derecho Migratorio.

1. INTRODUÇÃO

A migração não é um fenômeno recente. O deslocamento humano é presente desde as culturas antigas, ao processo de formação das colônias da América, passando pela migração dos países do primeiro mundo, acarretando transformações expressivas na sociedade e na forma dos povos do mundo se inter-relacionarem. Na atualidade, a migração internacional corresponde ao processo de deslocamento de indivíduos de uma unidade geográfica para outra, através de uma fronteira política ou administrativa, de maneira temporária ou permanente. Sua motivação é ensejada por vários fatores, tais como: econômicos, ambientais, culturais, guerras, dentre outros.

A mobilidade populacional foi um fator determinante para a constituição dos Estados nacionais e processos de geração de riqueza dos países. A exemplo, os países desenvolvidos recorreram à imigração para suprir a demanda de mão-de-obra, com o objetivo de contribuir para o processo de desenvolvimento interno e constituição de riquezas. Na perspectiva dos sujeitos, a migração estava associada à sobrevivência, seja em busca de melhores condições de vida, fuga de conflitos bélicos, catástrofes naturais, regimes políticos autoritários, conflitos étnicos, dentre outros (SILVA, 2017). Deve-se considerar também o impacto das guerras no processo de mobilidade e os fluxos de refugiados.

A América Latina representa um destino importante ao longo da história das migrações internacionais. Segundo Moya (2018), esse continente é o único a ser formado inteiramente por imigrantes de todos os demais continentes, incluindo seus aborígenes, a maior parte deles, oriundos do nordeste da Ásia, há cerca de 15.000 anos, ou seja, de 30.000 a 70.000 anos mais tarde do que em outros continentes. O início do século XIX e as primeiras décadas do século XX foram marcados por uma intensa mobilidade de pessoas do considerado “velho” para o “novo” continente. Segundo Lanza e Lamounier (2015), estima-se que 42 a 60 milhões de europeus migraram nesse período.

A Revolução Industrial foi outro evento histórico influente para os fluxos migratórios modernos. Nesse período ocorrem vultuosas migrações em massa para o “novo mundo”, motivadas pelo expressivo desemprego decorrente das novas tecnologias.

A composição populacional da América Latina sofreu impactos relevantes de processos migratórios singulares e distintos em comparação à outras formações territoriais. Sua identidade nacional carrega reflexos dessas mobilidades e interações, o que se deflagra nos processos históricos e sociais dos países que a compõem, como é o caso do Brasil. Desde a formação do país, com o processo de colonização, diversos imigrantes vieram para o território brasileiro e contribuíram com o seu desenvolvimento e constituição enquanto nação.

Desde então, os deslocamentos populacionais se tornaram mais complexos e passaram a exigir novas respostas frente às questões emergentes, como burocracias estatais, entraves burocráticos e questões relativas à cultura e identidade, além de dilemas econômicos. É importante destacar que esse processo não é constituído de modo linear. Ele é anacrônico, visto que é marcado por avanços e retrocessos.

De 2011 a 2018 foram registrados no Brasil 774,2 mil imigrantes, considerando todos os amparos legais. No ano de 2018 predominaram os fluxos oriundos do Sul Global, com destaque para haitianos e venezuelanos que tiveram o maior número de carteiras de trabalho emitidas (14,7% e 39%, respectivamente) (OIM, 2018). No que tange apenas à situação dos refugiados, até dezembro de 2018, o Brasil possuía um acumulado de 11,231 mil pessoas refugiadas reconhecidas pelo Comitê Nacional para Refugiados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CONARE) e 161,057 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado em trâmite (CONARE, 2019). Tais dados justificam a relevância do tema.

Esses movimentos humanos têm ganhado múltiplas formas e gerado desdobramentos legais, sociais, culturais e econômicos, nas últimas décadas. Assim, a migração “global”, que agrega pessoas e riqueza, implica novos comportamentos e estratégias por parte dos grupos sociais envolvidos na sua prática política, no conhecimento das leis e direitos dos migrantes, nas condições para os recém-chegados, conexões oficiais e burocráticas, dentre outras questões. Nesses termos, essa interlocução entre migração internacional e globalização, sobretudo para compreender os diversos

efeitos e variáveis ocasionados pela integração global, faz com que a migração hoje ganhe contornos e relevos múltiplos.

Entendendo a relevância da questão da migração internacional não só na contemporaneidade, mas também a historicidade do fenômeno e como ele impacta nos contextos sociais como um todo, o presente artigo objetiva compreender as especificidades da migração internacional no Brasil e como o Estado brasileiro vem tratando desta questão através das mudanças em sua legislação ao longo da história.

Com o intuito de facilitar a compreensão deste fenômeno migratório no Brasil, abordaremos o contexto histórico em três fases: a primeira, compreendida entre o século XIX até os anos 30, que tem como ênfase o papel do imigrante no desenvolvimento econômico brasileiro; a segunda abordará da “Era Vargas” até os anos 70, onde enfatiza-se a emigração no período pós-crise, sua ênfase nas questões laborais com a formulação da CLT e seletividade; a terceira fase concentra-se dos anos 80 até os dias atuais, que retrata a migração no contexto contemporâneo e suas transformações.

Argumenta-se que ao observar a transição na legislação migratória brasileira, é possível distinguir os avanços e retrocessos na organização e atuação do Estado, bem como dos setores que compõem a sociedade, de forma a captar o contexto e os objetivos políticos, econômicos e sociais que envolvem a composição burocrática da administração pública.

2. DO SÉCULO XIX ATÉ OS ANOS 30: O PAPEL DO IMIGRANTE NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO

Antes do século XIX, o Brasil recebeu uma leva de imigrantes para atender aos interesses da Coroa Portuguesa. Posteriormente, até o início do século XX, várias pessoas vieram para o país, sobretudo a partir de uma migração laboral, diante da necessidade de mão-de-obra para a agricultura e trabalhadores para a indústria¹. Segundo informações do atlas “A Migração Internacional do Estado de Minas Gerais” (2015), esse processo foi possibilitado pela intervenção governamental, a fim de atender principalmente a agricultura cafeeira e a industrialização decorrente da sua expansão.

Para além da necessidade de mão de obra, intensificada pela abolição da escravatura, que ocorreu em 13 de maio de 1888, o início do processo

republicano também estimulou a imigração no território brasileiro a partir do século XIX. Tratava-se de uma estratégia para ocupação das terras devolutas no país, sobretudo visando incentivar o seu desenvolvimento e expansão e, em contrapartida, essa possibilidade atraía europeus que visualizavam a possibilidade de uma nova vida no território (FIGUEIREDO; ZENALLATO, 2017). Nesse âmbito, outros fatores somam-se ao incentivo do governo pela vinda de mão de obra qualificada para atuar no país, quais sejam:

a) Os efeitos das guerras e povoamento do território europeu, acarretando crises agrícolas diante da dificuldade de oferecer condições de subsistência alimentar para a população, bem como esgotamento das terras habitáveis, tendo em vista o crescimento acentuado da população;

b) Os conflitos entre a classe trabalhadora e os donos de fábrica, simultaneamente ao desemprego e condições de trabalhos degradantes do processo de desenvolvimento do capitalismo na 2ª revolução industrial, sendo que a indústria passou a não conseguir absorver a mão de obra existente. Nesse sentido, fez emergir a migração laboral, na qual o indivíduo passa a deixar seu país em busca de trabalho e melhores condições de vida;

c) A política dessa época estava relacionada com o crescimento do Brasil, bem como com o fomento da imigração visando o “branqueamento” da população, além de contribuir com o governo português, no sentido de ocupar um território que havia sido “descoberto”.

Essa nova condição migratória, engatilhada pela necessidade de mão de obra livre, demandou, já na primeira metade do século XX, a necessidade de revisão da regulamentação quanto a esse deslocamento no território brasileiro. Nessa perspectiva, seguem-se às leis que determinam o fim do tráfico internacional de escravos sobre as terras devolutas, aprovadas em 1850, novas determinações que objetivavam melhores resultados para as políticas de imigração. Nesse mesmo período, se deram as primeiras experiências com mão-de-obra livre nas fazendas, sobretudo no município de São Paulo, onde em 1880 foi implantada uma política imigrante e, em 1886, uma política de subsídios, responsável por um volume considerável da entrada de imigrantes (LANZA; LAMOUNIER, 2015).

Ainda no século XIX surgiram as políticas oficiais de imigração. Dentre essas políticas, previa-se um escritório para acolhimento dos imigrantes e, além disso, era adotado, como forma de incentivo, a cessão de terras para que eles pudessem residir e cultivar o café por sua conta, permitindo que eles também pudessem expandir a produção do café no país (VASCONCELOS, 1941). Contudo, esse aparente benefício estava associado a um processo de endividamento, pois os donos de terra financiavam as despesas de transporte para a chegada desses trabalhadores no Brasil, além da subalternidade estabelecer um processo de semiescravidão no país.

Segundo Vasconcelos (1941), no período de 1882 a 1886, vieram ao Brasil, em média, 6.000 estrangeiros por ano. O mesmo autor ressalta que após a Constituição de 1891, os estados passaram a ter o aval e autonomia para legislar sobre a imigração, de modo a promovê-la, levando em conta as necessidades de cada território. Nesse sentido, o Governo da União, que até então promovia a entrada de imigrantes em território nacional, deixou de fazê-lo. Portanto:

[...] depois dos primeiros anos da República, observou-se uma expressiva alteração do fluxo migratório dirigido aos diversos estados. São Paulo, que em 1878 havia recebido apenas 9,2% dos imigrantes que entraram no país e 17,1% em 1883, recebeu 67% do total em 1887 e 84,1% em 1901 (VASCONCELOS, 1941, p. 05).

No ano de 1898, a peste bubônica alastrada no Município de Santos, em São Paulo, fez com que as entradas e saídas fossem transferidas para o porto do Rio de Janeiro, refletindo na expansão de imigrantes para o estado do Rio. No mesmo período, houve um declínio do movimento migratório subsidiado no Brasil, em decorrência de uma maior fiscalização dos imigrantes laborais que vinham ao país:

O Relatório de 1899 atribui também a diminuição das entradas dos imigrantes subsidiados naqueles últimos dois anos às condições contratuais da imigração e à crise da agricultura no período: Com efeito, pagando o Estado a passagem somente aos imigrantes agricultores, depois de verificada essa condição na Hospedaria, é bem claro que as dificuldades que assoberbam a lavoura não são propícias para avolumar a vinda de braços para ela, assim como, exigindo a fiscalização rigorosa dos contratos, que sejam glosados as passagens dos

imigrantes não agricultores, à medida que as glosas tomam maior vulto os contratantes veem-se obrigados a maiores cautelas para não concederem passagem a imigrantes que, ao embarcarem se dizem agricultores e aqui chegados declaram-se artistas, o que, de certo, obrigando a uma maior seleção por parte dos agentes não pode fazer avultar os embarques (RSASP, 1899, p. 79).

Em contrapartida, houve um aumento da imigração espontânea para o país. Para Fausto (1998), esse processo estava ligado a diversos fatores, dentre eles: as condições econômicas do país de origem; condições sociais no que tange ao acesso a bens, serviços e qualidade de vida; a conjuntura internacional da economia brasileira, sobretudo pela produção cafeeira, que era o principal produto da economia nessa época. Segundo o autor: “O período de 1890 a 1900 foi o de maior entrada de imigrantes tanto no Brasil quanto em São Paulo, e a crise econômica e a recessão na Itália entre 1885 e 1895 estimularam a emigração” (FAUSTO, 2000, p. 24).

Contudo, o que se considerava em plena expansão, entre o final dos anos de 1890 e começo dos anos de 1900, configura-se em uma crise de superprodução cafeeira, o que ensejou a criação de novas medidas econômicas no Brasil, por exemplo, o Convênio de Taubaté, assinado em 1902, que limitou a produção. Cabe ressaltar, também, que os países originários de imigrantes passaram a adotar medidas restritivas à emigração, dentre elas, o Decreto de Prinetti (1902), na Itália, que proibiu a emigração subsidiada para o Brasil, devido às condições precárias de vida pelas quais estavam passando os imigrantes italianos nas fazendas de café no país. No que tange à nacionalidade, os italianos representaram o maior grupo de imigrantes e sua maioria se dirigiu para o estado de São Paulo, sendo que nos últimos anos do século XIX, a América recebeu mais da metade do total de imigrantes saídos da Itália. Vários fatores contribuíram para esse processo, como a facilidade da língua e modos de vida e cultura mais próximos.

Durante o século XIX e início do século XX ocorreu o grande movimento migratório de Portugueses para o Brasil. Conforme Gasparetto Júnior:

É ao longo do século XIX e na metade inicial do século XX que ocorre a grande migração portuguesa no Brasil. A perda de colônia gera problemas econômicos para Portugal, que

fica incapaz de sustentar sua população adequadamente. A Europa passa por momentos revolucionários e contestatórios no século XIX, oferecendo outro elemento para a emigração. Mas, no caso do Brasil, é principalmente pela necessidade de mão-de-obra na lavoura e nas nascentes indústrias que faz impulsionar a imigração. Neste contexto, os portugueses ficam atrás apenas dos italianos como corrente migratória que chegaram no Brasil. O crescente, embora lento cenário de abolição do escravo desperta nos cafeicultores o interesse pelo trabalhador livre estrangeiro (GASPARETTO JÚNIOR, 2014).

Contudo, o processo de migração para o Brasil não foi fácil. Os imigrantes europeus chegavam no país com o sonho de melhores condições de vida e ganho de terras cultiváveis, permitindo sua subsistência e a de sua família. Entretanto, ao chegar, se deparavam com um sistema de subalternidade e endividamento, onde, inclusive era previsto a prisão por dívida, demonstrando que, apesar da tentativa de estabelecimento de trabalho, ainda permanecia uma semiescravidão, somada às dificuldades de adaptação ao território, ante o enfrentamento dos nativos e animais silvestres. Tais fatores contribuíram para um processo de desencantamento e redução do número de imigrantes para o país.

Todos esses fatores confluíram para o declínio da entrada de imigrantes no território brasileiro. Durante algum período a imigração teve uma diminuição considerável, voltando a recuperar o fluxo ainda nos primeiros anos de 1900, com novo declínio perante a Primeira Guerra Mundial, em consequência do fechamento das fronteiras brasileiras.

Conforme exposto, o Brasil tratou a imigração de forma bastante utilitarista, com a preocupação primordial de obtenção de mão-de-obra, bem como constituição de uma identidade nacional. Embora o Brasil seja considerado um país acolhedor, suas políticas e legislações não acompanharam esse estereótipo, uma vez que o país foi consubstanciando com uma legislação bastante restritiva quanto aos direitos dos imigrantes. Como salienta Silva (2007):

[...] o sujeito estrangeiro deveria se ajustar a uma mensagem que se exigia dele, a de identidade de trabalhador honesto, qualificado e exemplar e sempre ausente das questões políticas nacionais, razão pelo qual no era permitido qualquer tipo de manifestação que interferisse na ordem nacional,

principalmente aquelas ligadas a natureza política, sindical ou operária (SILVA, 2007, p. 142).

Contundente com o apontamento de Silva (2007), o primeiro estatuto do Estrangeiro que vigorou no país (Decreto-lei número 406 de 1938) determinava que nenhum núcleo colonial, centro agrícola ou colônia, fosse constituído por estrangeiros de uma mesma nacionalidade. Outros dispositivos normativos comungavam e reforçavam essa ideia nos moldes da chamada “Lei dos indesejáveis”, criada em 1907, tendo por objetivo a expulsão de estrangeiros acusados de anarquismo, exploração sexual, vagabundagem, vigarice e delitos patrimoniais. Essa legislação permite falar de um processo de desumanização do imigrante no país, no qual ele é tratado como um objeto que, quando não for de interesse, pode ser descartado (SILVA, 2007).

No Brasil, o diploma legal que marca a questão da migração no país é o Decreto Presidencial n. 6.455, de 19 de abril de 1907, que aprova as bases regulamentares para o serviço de povoamento do solo nacional. Esse texto legal estabelece em seu artigo 2º que:

Serão acolhidos como imigrantes os estrangeiros menores de 60 anos, que, não sofrendo de doenças contagiosas, não exercendo profissão ilícita, nem sendo reconhecidos como criminosos, desordeiros, mendigos, vagabundos, dementes, ou inválidos, chegarem aos portos nacionais com passagem de terceira classe, à custa da União, dos Estados ou de terceiros; e os que, em igualdade de condições, tendo pago as suas passagens, quiserem gozar dos favores concedidos aos recém-chegados (BRASIL, 1907).

O mesmo decreto determinava a criação de “núcleos coloniais”, onde o imigrante iria se estabelecer e desenvolver as suas atividades vinculadas à terra, podendo ser a agricultura ou a agropecuária. Em seguida, o Decreto Presidencial nº 9.081, de 3 de novembro de 1911, cria e estrutura as bases de regulamentação do Serviço de Povoamento do Solo Nacional, que previa a doação de terras selecionadas pelo governo para imigrantes (BRASIL, 1911), sobretudo aos europeus que estavam saindo de seu país de origem em virtude das guerras. É importante destacar que essa norma traria benefícios para os imigrantes, contudo, apresenta algumas restrições, como no mencionado caso dos estrangeiros idosos, que já não mais se encontravam com boa capacidade produtiva. Nesse sentido, observa-se

que a legislação continua a ter como objetivo atrair imigrantes com mão de obra ativa e desejável, com habilidades para a vida no campo (COTINGUABA, 2009).

Segundo Geraldo Cotinguaba (2009) os imigrantes eram atraídos por essa política de estímulo ao povoamento e constituição do país, sendo que os desejáveis seriam os brancos, pois, os demais colocavam em risco a construção da identidade nacional. Tal medida política se refletia na norma, particularmente na edição de atos normativos que foram publicados a partir dos anos 20, como o Decreto número 4.242, sancionado no dia 06 de janeiro daquele ano, que atribuiu competência ao Poder Executivo para impedir a entrada em território nacional de imigrantes considerados indesejáveis, tais como: aqueles que portavam alguma deficiência física, problemas mentais, população em situação de rua, aqueles que eram detentores de problemas de saúde incurável, idosos, dentre outros. (BRASIL, 1921).

3. DA “ERA VARGAS” AOS ANOS 70: A CLTE A SELETIVIDADE DO ESTRANGEIRO “DESEJADO”

Em consonância com o período anterior, o Decreto nº 16.761, de 31 de dezembro de 1924, mantém as restrições impostas pelo Decreto nº 4.247 de 1921, estabelecendo ainda que a entrada em território nacional somente seria permitida ao imigrante que apresentasse à autoridade competente, na fronteira ou porto de desembarque, os documentos devidamente autenticados e que provassem a sua boa conduta, bem como, o documento de identidade com fotografia, contendo ainda a indicação de idade, nacionalidade, estado civil e profissão, impressões digitais e características pessoais. No período entre 1930 e 1945, denominado “Era Vargas”, muitos textos jurídicos, cuja ênfase era a discriminação do estrangeiro, se justificavam a partir da alçada de promoção de políticas de nacionalização, que atingiram as populações nativas e estrangeiros no país (COTINGUABA, 2009).

Em contraponto, o Estado Novo, na chamada “Era Vargas”, propiciou forte impulso à industrialização nacional que, por sua vez, carecia de mão de obra com certas qualificações, abrindo assim espaços para que imigrantes recém-chegados da Europa ou já fixados na zona rural passassem a concorrer com trabalhadores brasileiros pelas mesmas vagas de

emprego, num mercado de trabalho basicamente sem regulamentações. Neste cenário é que ocorre a criação jurídica da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), em 1943.

A CLT trouxe também normas discriminatórias ao trabalhador imigrante, em seu Capítulo II - da Nacionalização do Trabalho - artigos 352 a 358, instituindo “uma reserva de vagas” para trabalhadores brasileiros nos estabelecimentos com três ou mais empregados, na proporcionalidade de 2/3. A garantia dessas vagas é destinada aos estabelecimentos previstos no artigo 352, § 1º, que enumera, não taxativamente, um grande número de “atividades industriais e comerciais” que estariam sujeitas à regra dos 2/3.

Já o artigo 358 da CLT, em seu parágrafo único, evidencia a nítida segregação legal entre trabalhadores nacionais e imigrantes, a positivação de uma xenofobia laboral: “[...] nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de brasileiros que exerça função análoga” (BRASIL, 1943).

Nota-se que, guiados por fatores externos e pela concepção de que o imigrante tornara-se indesejável ao país, por se constituir em uma ameaça nacional, a legislação trabalhista brasileira levou ao extremo a desigualdade entre nacionais e estrangeiros, ao adotar medidas como a prevista acima, que instituiu administrativamente o controle de vagas ocupadas por estrangeiros.

Nesse mesmo período, a edição do Decreto-Lei nº. 19.482, de 12 de dezembro de 1930, que ficou conhecido como a “Lei de nacionalização do trabalho”, pontuava quanto a “[...] entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para aumento da desordem econômica e da insegurança social” (BRASIL, 1930).

A solução apresentada pelo referido decreto foi restringir, durante o período de 01 ano a partir de janeiro de 1931, a entrada de estrangeiros imigrantes no Brasil. Abria-se exceção apenas à entrada de estrangeiros domiciliados e documentados (que possuíam passaportes expedidos pelo poder público), cuja vinda tivesse sido solicitada pelos interventores federais ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, exclusivamente pela necessidade de serviços agrícolas ou mediante solicitação pelos nomeados “bilhetes de chamada”, emitidos por “parentes a famílias de agricultores com colocação certa” e, ainda, no caso de estrangeiros agricultores, prove-

nientes de famílias regulares ou artífices, quando relacionados à demanda de indivíduos, associações, empresas ou companhias que satisfizessem “a todos os requisitos constantes do art. 6º, § 1º, do decreto número 16.761, de 31 de dezembro de 1924, e respectiva portaria de 30 de junho de 1925.” (BRASIL, 1930).

Esse contexto, com um conjunto de normativas que previa uma limitação dos direitos dos imigrantes, foi marcado por mais um recuo na abertura das fronteiras. Em 1934, foi introduzida uma emenda à Constituição, com o artigo 121, que ficou conhecida como “lei de cotas”. Esse dispositivo legal estabeleceu que a entrada de imigrantes no território nacional sofreria as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante. Em razão disso, a corrente imigratória de cada país não poderia exceder, anualmente ao montante de 2% (dois por cento) sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos 50 anos.

O que norteou a elaboração da “lei de cotas” foi a preocupação com a entrada de imigrantes não desejáveis, dentre eles os negros, amarelos, assírios iraquianos, etc; bem como as medidas restritivas adotadas por outras nações que visavam limitar a entrada desses imigrantes, tal qual se passava com os Estados Unidos da América, que editou o Immigration Act of 1924 (TAVARES, 2018, p. 55).

Em 04 de maio de 1938, foi editado o Decreto-Lei 406, que passou a regular a entrada de estrangeiros no território nacional e instituiu o “Conselho de Imigração e Colonização”. Seguindo o modelo restritivo de entrada de estrangeiros, esse texto jurídico limitou ainda mais a entrada de imigrantes, conforme rol exemplificativo constante em seu artigo 1º:

Art. 1º Não será permitida a entrada de estrangeiros, de um ou outro gênero:

I - aleijados ou mutilados, inválidos, cegos, surdos-mudos;

II - indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres;

III - que apresentem afecção nervosa ou mental de qualquer natureza, verificada na forma do regulamento, alcoolistas ou toxicômanos;

IV - doentes de moléstias infectocontagiosas graves, especialmente tuberculose, tracoma, infecção venérea, lepra e

outras referidas nos regulamentos de saúde pública;

V - que apresentem lesões orgânicas com insuficiência funcional;

VI - menores de 18 anos e maiores de 60, que viajarem sós, salvo as exceções previstas no regulamento;

VII - que não provem o exercício de profissão lícita ou a posse de bens suficientes para manter-se e às pessoas que os acompanhem na sua dependência;

VIII - de conduta manifestamente nociva à ordem pública, e segurança nacional ou à estrutura das instituições;

IX - já anteriormente expulsos do país, salvo se o ato de expulsão tiver sido revogado;

X - condenados em outro país por crime de natureza que determine sua extradição, segundo a lei brasileira;

XI - que se entreguem à prostituição ou a explorem, ou tenham costumes manifestamente imorais.

Parágrafo único. A enumeração acima não exclui o reconhecimento de outras circunstâncias impeditivas, não se aplicando aos estrangeiros que vierem em caráter temporário o disposto nos incisos I, V e VI. (BRASIL, 1938).

Conforme previsto acima, o artigo estabeleceu todos aqueles que seriam considerados estrangeiros indesejáveis pelo governo. Além disso, o artigo 2º do referido decreto determinou que a União faria jus ao direito de limitar ou suspender, por motivos econômicos e sociais, a entrada e permanência de pessoas de determinadas raças e países de origem depois de analisar o parecer do Conselho de Imigração e Colonização, que possuía, dentre outras, a incumbência “[...] de coordenar e sistematizar todas as questões relativas à imigração, à colonização e à concentração de estrangeiros no país. Foi extinto em 1954, ao ser criado o Instituto Nacional de Imigração e Colonização (INIC)”. (BRASIL, 1938).

Além das questões internas, fatores de ordem mundial também contribuíram para as mencionadas mudanças na orientação da legislação. Com o início da Segunda Guerra Mundial, a entrada de imigrantes no Brasil passou por um processo de redução. Em contrapartida, no período pós-guerra, sobretudo a partir da década de 50, o Brasil volta a ser um

local de destino, despertando novamente o interesse dos indivíduos, particularmente daqueles oriundos de países europeus e, também, de países asiáticos, como o Japão, em decorrência da devastação de seus territórios pela Segunda Guerra Mundial. Nesse período, os imigrantes passam a contribuir não só com a mão de obra agrícola, mas também industrial. Em nível legislativo, a retomada do interesse do Brasil em permitir a entrada de trabalhadores estrangeiros se manifestou na edição da CLT, sem que, contudo, essa aceitação perdesse o seu caráter seletivo, apontando o interesse do país em acolher estrangeiros nos termos que fossem favoráveis aos interesses nacionais da época:

A Segunda Guerra Mundial impôs a necessidade de rever a política imigratória brasileira acarretando a abertura da imigração no Brasil com a edição do Decreto-Lei 7.967/45 que retomava a questão para imprimir à política imigratória do Brasil uma orientação racional e definitiva, que atendesse à dupla finalidade de proteger os interesses do trabalhador nacional e de desenvolver a imigração que fosse fator de progresso para o país. Estavam então lançadas as premissas para a revisão da política imigratória a ser adotada no referido dispositivo legal: a imigração não seria feita sem critérios já que, além de proteger o trabalhador nacional, haveria também que alavancar economicamente o país e contribuir para a formação desejável do perfil da população brasileira, que deveria ser a mesma do homem branco europeu (PERES, 2018, p. 72).

Com o intuito de ilustrar a política seletiva imposta por esse Decreto, convém ressaltar que, anteriormente à sua edição, havia um grande debate na alta sociedade brasileira sobre o perfil do imigrante desejável para o país. Centralizava o debate a Revista de Imigração e Colonização, criada em 1940 pelo Conselho de Imigração e Colonização, e que tinha entre os seus colaboradores: médicos, psiquiatras, higienistas, jornalistas, juristas, educadores e diplomatas (PERES, 1997). Peres (1997) cita o artigo intitulado “Aspectos psicológicos na imigração após a guerra”, que teria sido publicado em junho de 1946, de autoria do psiquiatra Lira Cavalcanti, que, de certa forma, trouxe toda a orientação já incorporada pela legislação de 1945, afirmando que:

Cavalcanti toma a imigração como um problema que deve ser solucionado através “da verificação biotipológica do

imigrante e de suas qualidades eugênicas” para que se possa evitar a entrada de indivíduos “inaptos física e mentalmente”. A preocupação imediata era com a possível chegada dos chamados “egressos de guerra”, vistos como “psicopatas incubados”. Afirma que necessitamos de braços e técnicos e não de ociosos e aproveitadores, nem tão pouco de “raças estanques”, que não se misturam. Para dar crédito a suas conclusões, Lira Cavalcanti utiliza dados estatísticos recolhidos pelo prof. Pacheco e Silva, no hospital de Juqueri, entre 1921 e 1942, demonstrando que a maioria dos criminosos e alienados era constituída de refugiados de guerra (PERES, 1997, p. 56).

Compreende-se o porquê do Decreto-Lei nº 7.967/45 integrar o rol de textos jurídicos discriminatórios e potencializadores do ideal de “branqueamento” da população nacional, compreendido como um reflexo do ideal de implantação da raça ariana na Alemanha nazista. Esse texto jurídico é explícito ao adotar a “seletividade migratória”, privilegiando nacionalidades europeias e primando pela defesa do trabalho nacional, conforme o ditame prescrito no art. 2º do referido Decreto, que estabelecia o seguinte: “atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, 1945).

Além da seletividade migratória, o Decreto-Lei nº 7.967/45, também recepcionava a política de estabelecimento de cotas para a entrada de imigrantes estrangeiros, no mesmo montante do previsto no Decreto-Lei nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930. Observa-se que até o fim da Segunda Guerra a migração no Brasil é marcada por restrições, perante às quais a seletividade migratória privilegia determinadas identidades sociais como aquelas “mais adequadas” e que não colocam em risco a “segurança nacional”.

Na Constituição de 1946, o caráter restritivo e seletivo da Política Migratória também ficou evidenciado no artigo 162 da Constituição. O texto dispôs que a seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes estariam sujeitas, na forma da lei, às exigências do interesse nacional. No caso do Brasil, há um tratamento da situação do imigrante associado à atuação da Polícia Federal, que cuida da segurança do país, órgão responsável pelo atendimento aos imigrantes para concessão de sua documen-

tação brasileira.

Após os textos jurídicos supracitados, compreende-se o motivo pelo qual, o Estatuto do Estrangeiro adotou medidas ainda mais restritivas à entrada do estrangeiro. A década de 80 acrescentou às medidas restritivas de entrada de estrangeiros no território brasileiro, o componente ditatorial que passou a conceber o estrangeiro como questão de segurança nacional. A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, é promulgada num contexto ditatorial. Dessa forma, elenca fundamentos para uma nova política de imigração, que, conforme o art. 2º do referido Estatuto, deverá considerar a “segurança nacional”, a “defesa do trabalhador nacional”, os “interesses políticos, socioeconômicos e culturais” e a “organização institucional”.

Com a adoção dessa nova lei, o país buscou fechar a entrada de imigrantes, com exceção daqueles que possuíam alta qualificação profissional, nos termos do artigo 16 da Lei 6.815 de 1980:

A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos (BRASIL, 1980).

Assim, a política migratória é deslocada para o Ministério do Trabalho, exatamente por compreender que a migração se limitava tão exclusivamente ao “trabalho”.

Diante do exposto, conclui-se que a imigração nessa fase tinha um caráter laboral, tendo como característica uma migração muito restritiva que tinha como objetivo apenas responder a determinados interesses do país de acolhimento.

4. DOS ANOS 80 À CONTEMPORANEIDADE: INFERÊNCIAS DO REGIME MILITAR E TRANSFORMAÇÃO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS

A partir da década de 1980, o Brasil inaugura uma nova fase no tocante aos deslocamentos internacionais que atravessam o seu território. Fica nítido um crescimento do número de brasileiros que optaram por residir no exterior, fato que passou a ser observado, recorrentemente, tanto pela mídia como pelos pesquisadores da área. Assim, além de, histori-

camente, ser um receptor de imigrantes, o Brasil passa a ser também um “expulsor” de população (CARVALHO, 2004).

Na década de 80 o país enfrentou uma grande crise. O período ficou conhecido, na América Latina, como a “década perdida”: o projeto de desenvolvimento e matriz industrial esgotou suas forças, a crise da dívida externa se agravava, os capitais eram redirecionados, o Estado brasileiro entrava em falência financeira e a tudo isso se somava a ausência de um novo projeto nacional (BRUM, 2011). Nesses termos: “Nas décadas de 1980 e 1990 em decorrência das dificuldades da economia nacional, ocorreu um processo inverso, centenas e milhares de brasileiros foram buscar melhores condições de vida em outros países” (FIGUEREDO; ZANELATO, 2017, p 78).

Nessa época, uma série de destinos passaram a atrair a atenção dos brasileiros que almejavam uma melhoria na qualidade de vida, com destaque para os Estados Unidos, Japão e Inglaterra. Ademais, facilidades em outros territórios na própria América do Sul também estimulavam a saída do Brasil, como a disponibilidade de terras para moradia no Paraguai, que permitia a compra de terras com preços módicos; e a melhoria na qualidade de vida, como foi o caso da Bolívia e Uruguai. Nesse contexto, enquanto a questão econômica ganha expressão significativa para os brasileiros que demonstravam interesse em emigrar, o retorno para o convívio dos familiares motivava os imigrantes que se encontravam no Brasil.

Ainda no ano de 1980, no período da ditadura militar, foi criado o Estatuto do Estrangeiro (Lei número 6.825) que define a situação jurídica do estrangeiro e cria o Conselho Nacional de Imigração – CNIG, instância de articulação da política migratória brasileira, sendo composta por vários representantes do poder público e vinculando sua natureza administrativa ao Ministério do Trabalho e Emprego. Posteriormente, foi publicado o decreto número 840, de 22 de junho de 1993, que definia como suas atribuições:

I - formular a política de imigração;

II - coordenar e orientar as atividades de imigração;

[...] VI - estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos;

VII - dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes (BRASIL, 1993).

Para além do mencionado, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815 de 1980) também tinha como foco a preocupação com a Segurança Nacional, colocando o imigrante como um sujeito que merecia constante suspeição, como um risco eminente. O período de vigor desse documento foi marcado por uma jurisdição austera e pela ausência de políticas migratórias, além de reforçar a ideia do estrangeiro como um inimigo que deve ser evitado, fazendo com que o país passasse a ter a marca de um país de emigração.

Posteriormente, com a criação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passa a adotar o Estado Democrático de Direito, ampliando os direitos sociais e o titular desses direitos. Nesse sentido, passou-se a ter um conflito de normas infraconstitucionais do Estatuto do Estrangeiro com a nova constituição. Diante disso, a referida constituição traz novas balizas para a relação entre o Estado, a sociedade e os estrangeiros, de modo a privilegiar a igualdade e a solidariedade, conforme instituído em seu artigo 3º, ao afirmar que constituem objetivos fundamentais da CRFB/1988, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Há também, no texto constitucional, novas orientações para a política externa brasileira, consignando no parágrafo único do artigo 4º, que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (BRASIL, 1988). Após um período de pouco crescimento econômico no Brasil, vivenciou-se o início de um processo de redemocratização e de constituição de direitos humanos, que veio a culminar com legislações futuras e mudança de perspectiva do estrangeiro para um sujeito de direitos. Nesse sentido, Brum (2011) infere:

Em que pese o Brasil não ter crescido economicamente ao longo de um período de 12 anos (1981-1992), há que se valorizar os avanços sociais alcançadas neste período, onde foi possível construir instituições democráticas capazes de assegurar as liberdades políticas e resguardar os princípios da cidadania e os direitos individuais (BRUM, 2011, p. 78).

Com o sucesso do Plano Real, o governo brasileiro ganhou credibilidade no mercado internacional, havendo um ingresso maciço de investimentos estrangeiros no país, com destaque para a indústria automobilística, que trouxe para o Brasil mais de uma dezena de montadoras de automóveis, caminhões e motocicletas. Depois de sofrer os efeitos de várias crises internacionais nas duas décadas anteriores, o país começava a viver um período de expansão econômica (FIGUEIREDO; ZANELLA-TO, 2017).

Nessas três últimas décadas, surgiram novas modalidades da imigração internacional tendo o Brasil como destino. O país passa a receber coreanos, chineses, bolivianos, paraguaios, chilenos, peruanos e africanos, além de ser destino de refugiados procedentes de diversos países (AYDOS, 2010). Após o início da crise econômica em 2008, observa-se também um momento de retorno dos brasileiros que residem no exterior. Em 2010, o censo demográfico do Ministério da Justiça indicou a presença de 592.569 estrangeiros residentes no Brasil, além de 4.477 estrangeiros com estatuto de refugiados, procedentes de 77 países.

Na primeira década do século XXI, foi possível identificar um movimento de estrangeiros provenientes do Hemisfério Norte, que buscavam trabalho no Brasil. Os registros do Conselho Nacional de Imigração mostraram um persistente crescimento nas demandas de trabalho no país, de portugueses e espanhóis, assim como de pessoas de outras nacionalidades (BOTEGA, 2015). Esses imigrantes, na sua maioria com elevado índice de instrução, buscavam se posicionar no mercado de trabalho brasileiro que, por causa da preparação para os grandes eventos previstos para 2014 e 2016, estava em franca expansão. Ao mesmo tempo, se ampliava o fluxo de imigrantes vindos de países fronteiriços, principalmente Peru e Bolívia, que a partir de 2009, por conta do acordo de livre circulação de nacionais de países do Mercosul e países associados (BOTEGA, 2015).

A maior multipolarização econômica e estrutural e inserção brasileira na agenda internacional, durante o Governo Lula, fez com que o Brasil a despertar o interesse de imigrantes de diversos países do mundo (FIGUEIREDO e ZANELLA-TO, 2017). Conforme pontua Campos (2011, p. 195), “[...] com base nas estimativas apresentadas, nota-se que o Brasil teria experimentado um saldo migratório internacional positivo de mais de 2,2 milhões de pessoas na década de 2000”.

Paralelamente a estes fluxos de *inputs* econômicos, ganharam relevo também as migrações de haitianos e venezuelanos para o Brasil. A situação destes países, todavia, é diferente dos três grupos citados anteriormente pelo fato de estarem migrando, em sua maioria, forçadamente, devido a cenários de conflito, crise econômica e política e desastres naturais, como o caso dos terremotos no Haiti.

Em 2010, o país recebeu 268,5 mil imigrantes internacionais, 86,7% a mais do que em 2000 (143,6 mil). Em 2018, este número passou para 774,2 mil imigrantes internacionais, isto é, quase triplicou em menos de uma década (288,8% a mais que em 2010). Desse contingente, 207 mil vêm de outros países da América do Sul. O volume de sul-americanos que chegaram ao território brasileiro também aumentou 20% no mesmo período. Segundo o *World Migration Report 2018* da OIM, 70% de todos os movimentos migratórios na América do Sul são intrarregionais, ou seja, não envolvem deslocamentos para nações fora da região.

Em nível regional, quando desconsiderada a origem dos migrantes, a nação brasileira é a terceira com o maior contingente de estrangeiros, ficando atrás apenas da Venezuela, com 1,4 milhão de migrantes, e da Argentina, com quase 2,1 milhões. Todavia, a população de migrantes no Brasil representa apenas 0,3% de todos os habitantes do país, uma proporção bem inferior às das outras duas nações no topo do ranking, onde quase 5% da população é de estrangeiros. O levantamento da OIM (2018) indica, ainda, que o Brasil é o país com a segunda maior população de expatriados que deixam a América do Sul. Cerca de 1,3 milhão de brasileiros vivem em países fora do território.

Neste contexto de forte intensificação dos fluxos migratórios e de maior diversificação dos mesmos, o Brasil publicou a Lei nº 13.445/2017, também chamada de nova Lei de Migração, revogando o antigo estatuto do estrangeiro de 1980. Essa lei, com 125 artigos, 10 capítulos e 20 vetos, representou um marco importante na alteração da perspectiva sobre o migrante no Brasil, mudando a forma como o país percebe esta pessoa. Diferentemente do estatuto do estrangeiro, a nova Lei de Migração trata o imigrante como um sujeito de direitos, garantidos em todo o território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, incluindo uma série de direitos que anteriormente não eram concedidos, a saber:

Inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a

segurança e a propriedade;

Direitos e liberdades civis, culturais e econômicos;

Direito a liberdade de circulação em todo o território nacional;

Direito à reunião familiar do imigrante com o seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;

Direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país;

Direito de reunião para fins pacíficos;

Direito de associação, inclusive sindical;

Acesso a sérvios públicos de saúde e de assistência social e a previdência social, nos termos da lei;

Direito de abertura de conta bancária;

Direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente de pedido de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em residência;

Direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória; dentre outros. (GUERRA, 2017, p. 1724).

Um dos destaques no que se refere à ampliação de direitos dos imigrantes, diz respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal – STF em 20 de abril de 2017 de que os estrangeiros com residência permanente no Brasil têm direito a receber um salário mínimo por mês se comprovarem não ter recursos para arcar com a sua vida, denominado Benefício de Prestação Continuada – BPC. Tal decisão foi fundamentada no entendimento de que o estrangeiro não pode receber tratamento diferenciado dos nacionais. Nesse sentido, as pessoas com deficiência e idosos imigrantes com permanência no Brasil fazem jus ao benefício de prestação continuada.

Outra questão que chama atenção é que, desde a adoção da nova Lei de Migração, está previsto expressamente o cumprimento de obrigações e de normas de proteção, sem discriminação em razão da nacionalidade ou da condição migratória do trabalhador. Em síntese, a lei permite aos

migrantes requerer a carteira de trabalho e exercer uma profissão, tendo o solicitante de refúgio e refugiado algumas regras específicas. Outra questão que merece destaque diz respeito ao exercício de liberdade de associação dos imigrantes com a nova lei de migração, estando alinhada com as liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição de 1988, bem como as exigências dos direitos humanos com a Declaração dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos civis e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A partir dessa possibilidade, alguns movimentos começam a surgir, sobretudo com a criação de associações de imigrantes. A participação por meio de associações contribui para o processo de inclusão social e fomenta outras práticas, dentre elas, a integração entre imigrantes, organizações sociais e empresas que buscam criar iniciativas de negócios inclusivos que apoiam os empreendedores de baixa renda. Nesse sentido, tais atividades constituem o exercício do poder político, de modo que os sujeitos migrantes podem contestar a totalidade dos Estados-nação e reivindicar os seus direitos.

Uma das principais mudanças da nova lei foi a questão da nomenclatura, uma vez que ela abandona o termo “estrangeiro”, que remetia a um estrangeiro, uma ameaça à segurança nacional e passa a utilizar “migrante”, este considerado como sujeito de direito. A exemplo, o art. 117 dispõe que o documento de identificação passa a ser denominado de Registro Nacional Migratório (RNM), substituindo o então reconhecido Registro Nacional de Estrangeiro (RNE).

Outro aspecto de mudança foi a não criminalização do migrante. A nova lei proíbe a criminalização pelo simples fato da migração (artigo 3º, III), mesmo que ele se encontre em situação irregular, o que significa dizer que ninguém pode ser preso somente por estar em condição migratória. Nessa linha, estabeleceu-se que a eventual situação de deportação possa ser precedida de notificação pessoal do migrante, com o intuito de que ele possa regularizar sua permanência no país, sendo concedido um prazo para isso e resguardado o direito de livre circulação em todo o território nacional durante esse período. Garante, ainda, o acesso do migrante à justiça, bem como assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem não ter recursos financeiros.

Mais um dos elementos que merece destaque diz respeito a aspectos

da documentação. A nova lei, no seu artigo 113, propõe-se a:

[...] promover a entrada migratória regular e a regularização documental, permitindo a isenção de taxas e emolumentos consulares para a concessão de vistos ou demais documentos que visem a regularização dos imigrantes que se encontrem em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência econômica. (BRASIL, 2017).

Acrescenta-se como marco importante da nova lei mencionada o acesso a direitos sociais alinhados com os direitos fundamentais e sociais, dispostos no artigo 6º da CF/88. A Lei 13.445/17 estendeu aos migrantes – sem discriminação por sua condição migratória – a garantia de acesso à educação pública, aos serviços públicos de saúde e seguridade social (art. 4º, VIII e X), ao trabalho e moradia (art. 3º, inciso XI), além do direito ao serviço bancário.

Ressalta-se, ainda, quanto à acolhida humanitária. Nos termos do art.14, parágrafo 3º, inciso VI, o acolhimento humanitário será concedido em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, calamidade de grande proporção, desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário. Nessa hipótese, será concedido visto temporário ao apátrida ou ao nacional de qualquer país (BRASIL, 2017).

No que tange às políticas públicas ao migrante, a nova lei estabelece diretrizes de políticas públicas que vão nortear as ações de inclusão social em diversos aspectos da vida do imigrante. Além disso, a referida legislação instituiu a Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia, a ser implementada pelo Poder Executivo federal em cooperação com os entes públicos federativos, organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas. Prevê, ainda, a criação de banco de dados, produzindo informação quantitativa e qualitativa, de forma sistemática, sobre os migrantes, a fim de formular políticas públicas.

No que tange à retirada compulsória serão assegurados procedimentos judiciais com direito a ampla defesa e ao contraditório, inclusive com a notificação da Defensoria Pública da União (art. 48 a 60).

Restou vedada qualquer medida de retirada compulsória coletiva, entendendo-se tal a que não identificar de modo específico a situação migratória irregular de cada um (art. 61), bem como aquela que colocar em risco a vida ou a integridade

de pessoal do migrante. (art. 62). (BRASIL, 2017).

Por fim, com relação ao crime de promoção ilegal, a lei de migração criminaliza a prática de tráfico de pessoas, promoção de entrada ilegal de estrangeiro no Brasil, ou de brasileiro no exterior, acrescentando o art. 232-A ao Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940).

Adicionalmente, em 2018, foi criada a Lei 13.684/2018 que define ações de assistência emergencial para migrantes e imigrantes em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária (BRASIL, 2018). Tal lei foi motivada, sobretudo, pela crescente imigração de venezuelanos no Estado de Roraima que tiveram que deixar seu país em razão da crise política e econômica, além do fluxo de haitianos para o Acre, no período de 2012 a 2015.

A despeito do Decreto 25.681 de 2018, editado por Roraima, que contemplou medidas voltadas para segurança pública com o intuito de limitar o fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil e o acesso a serviços públicos desses imigrantes, foi prontamente deferida uma liminar – pela Ministra Rosa Weber – com vista a suspender o decreto citado com o fundamento de que a norma estadual inova, de forma ilegal, e solicitado que possam compreendê-la como um ato atentatório à justiça.

A ministra em sua decisão destacou que o caso em tela prevê a fixação de medidas alternativas que promovem restrição a estrangeiros, principalmente venezuelanos e com o intuito de intimidar os imigrantes e diminuir o fluxo migratório. Além disso, pontuou que a norma estadual afeta os princípios, além de alterar substancialmente o estado de fato e de direito, além de propiciar a obtenção dos resultados almejados pelo autor “de forma oblíqua”. A negativa do fechamento da fronteira foi fundada em princípios voltados às garantias individuais dos imigrantes e da leitura do decreto estadual, segundo a ministra, extraem-se indícios de que seu teor pode inviabilizar tais garantias.

Com base nesse e demais fundamentos, a ministra determinou a suspensão do decreto estadual e solicitou nova convocação das partes para tentativa de conciliação, pois, segundo ela, é dever do Supremo Tribunal Federal estimular a conciliação, além de evitar que controvérsia exclusivamente existente no campo da divisão de competências administrativas “[...] desborde para a ampliação do sofrimento de seres humanos” (WEBER, 2018, p.9).

Nesse contexto, destaca-se ainda as atuações da Defensoria Pública

da União (DPU), no que tange ao acesso a direitos dos imigrantes e refugiados, especialmente a partir da criação do Grupo de Trabalho (GT) Migrações e Refúgio da DPU187 que é composto por defensores públicos de todas as regiões do Brasil, responsável por articular as ações pertinentes à assistência jurídica integral e gratuita de imigrantes e refugiados, a promoção de seus direitos, inclusive mediante articulação com órgãos governamentais e organizações da sociedade civil. As ações do GT têm se dirigido, sobretudo, ao âmbito extrajudicial, se destacando, por exemplo, a atuação na crise migratória no Acre, em 2015, e em audiências públicas.

Além disso, uma segunda ação que merece destaque diz respeito à obtenção da DPU, em sede da ação civil pública 1994822 de 2015, da garantia de suas prerrogativas, como contagem de prazo em dobro, entrega dos autos com vista e intimação pessoal, também nos pedidos de refúgio, vez que tais medidas não vinham sendo adotadas pelo CONARE. Destacam-se os dois últimos parágrafos da decisão:

7. Quando a DPU atua no cumprimento de suas funções institucionais impõe-se a observância das prerrogativas a ela conferida por lei, não sendo possível no caso concreto, negar-lhe a intimação com recebimento dos autos com vista, sob o pretexto de que a Lei nº 9.474/97, a qual regula o mecanismo do processo de refúgio, determina apenas a notificação do solicitante e do Departamento de Polícia Federal acerca da decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado.

8. Não se deve descuidar dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, os quais norteiam os processos administrativos (CF, art. 5º, LV) a ensejar a correta aplicação da legislação atinente à atuação da DPU, máxime considerando-se que o indeferimento do pedido de refúgio enseja recurso ao Ministro de Estado da Justiça, na forma do artigo 29 da Lei nº 9.474/97, de forma que a ausência de intimação da instituição decerto gerará prejuízo de monta ao solicitante (BRASIL, 2015).

Como exposto, são iniciativas que permitem que as questões migratórias possam ter regras específicas, além de garantir o direito à defesa e ao contraditório para orientar os processos administrativos, permitindo que o imigrante possa ter condições processuais assertivas e que leva em conta sua situação de vulnerabilidade.

Por fim, uma última ação que merece conhecimento é a Resolução

Normativa do CONARE n.º 18, de 2014, mediante recomendação da DPU, que trouxe duas questões relevantes. A primeira delas, prevista no artigo 1º da Lei nº 9.474 de 1997 que destaca que: “O acesso ao procedimento de solicitação de refúgio é universal e não depende da demonstração prévia de quaisquer dos requisitos contidos no art. 1º da Lei n.º 9.474, de 1997” e o caput do art. 2º, que reza:

Recebido o Termo de Solicitação de Refúgio devidamente preenchido e colhidos os dados biométricos ou seu equivalente, a Unidade da Polícia Federal emitirá imediatamente o Protocolo de Refúgio, nos moldes do Anexo II da presente Resolução, independentemente de oitiva, ainda que agendada para data posterior (BRASIL, 1997).

Isto, porque anteriormente havia significativa demora no recebimento do protocolo das solicitações de refúgio.

Face ao exposto, observa-se que nas últimas décadas houve um avanço expressivo nas iniciativas que buscam garantir maior acesso a direitos dos imigrantes no Brasil. Além disso, observa-se o envolvimento de variados atores e a contribuição das instituições do terceiro setor e do Poder Judiciário, na busca da legitimação de direitos voltados para os migrantes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intenso deslocamento de pessoas ao redor do mundo, motivado por diversas causas e compreendendo distintas naturezas, impõe um desafio no sentido de compreender todos os termos que envolvem tal fenômeno, bem como a busca por alternativas e práticas para lidar com tal situação. O incremento de pessoas que se deslocam é uma marca do atual contexto, sendo necessário administrar os conflitos, dilemas e tensões que surgem a partir das dificuldades políticas na contemporaneidade.

Conforme exposto, até os anos 1930, o Brasil tratou a imigração de forma bastante utilitarista, com a preocupação primordial de obtenção de mão-de-obra, bem como constituição de uma identidade nacional. Embora o Brasil seja considerado um país acolhedor, suas políticas e legislações não acompanharam esse estereótipo, uma vez que o país foi consubstanciando com uma legislação bastante restritiva quanto aos direitos dos imigrantes. Neste período, a legislação pregava um processo de desumanização do imigrante (SILVA, 2007), ao listar aqueles desejáveis e in-

desejáveis. Esta concepção permaneceu em voga na referida “Era Vargas”.

No período compreendido entre os anos 1964 e 1985, predominaram as diretrizes da doutrina de segurança nacional, que serviu de legitimação ideológica para o regime instaurado pelo golpe militar em 1964. A doutrina, na época, correspondia à visão bipolar do mundo dividido entre os blocos capitalista e socialista, próprio da Guerra Fria, com o propósito de lutar contra o que era chamado pelas autoridades militares brasileiras de Movimento Comunista Internacional (MCI).

É importante destacar que o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815 de 1980), durante quatro décadas regulamentou a política migratória no país. Na época, já no primeiro artigo fica claro a preocupação do país com a segurança nacional. No segundo capítulo, faz menção à defesa do trabalhador nacional, dentre outros. O período de vigor desse documento foi marcado por uma jurisdição austera e pela ausência de políticas migratórias, além de reforçar a ideia do estrangeiro como um inimigo que deve ser evitado, fazendo com o que o país passasse a ter a marca de um país de emigração. Com a criação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passa a adotar o Estado Democrático de Direito, ampliando os direitos sociais e o titular desses direitos, de modo que as normas infraconstitucionais do Estatuto do Estrangeiro conflitavam com a nova constituição.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos dos imigrantes no Brasil encontram-se prescritos em sete artigos da seguinte forma:

Em primeiro lugar o princípio da igualdade no artigo 5º; 2) os requisitos e procedimentos para a concessão da nacionalidade brasileira no artigo 12; 3) a competência reservada à União para legislar sobre a naturalização, imigração e extradição no artigo 22; 4) o preenchimento de cargos públicos brasileiros no artigo 37; 5) a vedação de capital estrangeiro na assistência à saúde no artigo 199; 6) autonomia das universidades públicas para a admissão de estrangeiros no artigo 207; 7) sobre a adoção de estrangeiros no artigo 227 (BRASIL, 1988).

O caput do artigo 5º, dispõe sobre o princípio da igualdade, ou da não discriminação, ou seja, tem na palavra igualdade sua expressão maior, estando presente nas Convenções abordadas, sendo elevado a cláusula pétrea. O texto presta-se a indagações de toda espécie. Teoricamente o objetivo do constituinte foi ser o mais amplo possível, proibindo o legislador infraconstitucional de efetuar distinções de qualquer natureza, muito

menos as que eventualmente afrontem a igualdade reconhecida entre os brasileiros e estrangeiros.

Observa-se, no entanto, que a redação do próprio dispositivo é discriminatória: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, [...]” (BRASIL, 1988). O texto é discriminatório na medida em que reserva tais direitos aos estrangeiros residentes no país. Ora, o estrangeiro, mesmo que não tenha regularizado seu status de residente, não pode ser tratado de forma diferenciada do nacional, especialmente na seara criminal.

Além dos aspectos constitucionais, observa-se que notadamente na última década, a temática da migração ganhou relevância e foi impulsionada, principalmente com a chegada de sírios e haitianos, que deixou evidente o despreparo do país no processo de acolhimento dos imigrantes, engendrado pela falta de políticas públicas, somada ao excesso de burocracia para obtenção de documentos, discriminação e dificuldades de inserção social. Esses fatores passaram a ser reiteradamente discutidos no âmbito público, sobretudo, pressionado pela sociedade civil, fazendo com que se constatasse a necessidade de uma nova lei de Migração em sintonia com os pilares dos direitos humanos.

Com tais objetivos em mente, o Estatuto do Estrangeiro foi substituído pela Lei de Migração em 2017. Embora esta lei tenha feito avanços significativos em prol dos princípios de Direitos Humanos, os vetos parciais que sofreu, sua regulamentação e aplicação ainda refletem um caráter segregacionista e securitário. Apesar de a nova Lei ter ampliado as situações de visto temporário e a modalidade de residência a todas as situações enquadráveis dentro das hipóteses do visto temporário; ter estendido a residência a outras hipóteses; alterado a dinâmica da concessão; ela também reafirmou o caráter provisório do ingresso e permanência dos migrantes e manteve a restrição da expedição de vistos às embaixadas e consulados, além de não ter decretado o visto como um direito. De modo que, caso um migrante já esteja no Brasil, sem visto, a única possibilidade documental seria a solicitação de residência temporária, caso ele se enquadre nas condições estabelecidos, ou, via solicitação de refúgio.

Em suma, os direitos dos imigrantes no Brasil sofreram alterações, sobretudo pela mudança de paradigma de estrangeiro – ligada a um pe-

ríodo no qual ele era considerado inimigo e que a lei tinha o caráter de proteger o território nacional –, para cidadão de um Estado democrático de direitos, portanto, titular de direitos e deveres. Contudo, permanece nesta seara o condicionamento político e jurídico da pessoa do imigrante a um poder discricionário do Estado, que nega direitos e priva sujeitos por estarem fora de um vínculo político de nacionalidade/cidadania.

Perdura-se na política migratória brasileira uma estrutura baseada na classificação e discriminação restritiva das hipóteses de concessão de vistos e residência, reproduzindo novamente a lógica do controle e do interesse nacional. Nessa conjectura, é possível elencar a questão documental ainda atual na legislação brasileira ao conceito de permanente provisoriamente de Sayad (1998) no qual os mecanismos de controle pelas restrições e barreiras burocráticas de um Estado tendem a gerar sofrimento e sujeição, porque colocam o imigrante em uma condição eternamente marginalizada de sua situação de “estar”, que é um “nunca estar” ou estar em “um não lugar”. Nesse sentido, a colocação do sujeito migrante nesta posição ainda produz vulnerabilidade e exclusão.

REFERÊNCIAS

AYDOS, Mariana Recena. **Migração forçada. Uma abordagem conceitual a partir da imigração de angolanos para os estados de São Paulo e do Rio de Janeiro.** Brasil (1970 – 2009). Dissertação de Mestrado apresentando no Departamento de Demografia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas). Universidade Estadual de Campinas. Campinas: 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/279346>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

BOTEGA, Tuíla. **A interface entre migração internacional e mobilidade social: um estudo com migrantes retornados em Goiás.** 2015. Dissertação (Mestrado em estudos comparados). Universidade de Brasília, Brasília: 2015.

BRASIL. **Decreto N° 6.455, de 19 de Abril de 1907.** Aprova as bases regulamentares para o serviço de povoamento do solo nacional. [Legislação Informatizada]. Brasília, DF: Presidência da República. 1907. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-6455-19-abril-1907-502417-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.081, de 3 de Novembro de 1911.** Ementa: Dá novo regulamento ao Serviço de Povoamento. [Legislação Informatizada]. Brasília, DF: Presidência da República. 1911. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-9081-3-novembro-1911-523578-norma-pe.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.242 de 05 de janeiro de 1921.** Ementa: Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. Coleção de Leis do Brasil de 31/12/1921 - vol. 001. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/546087>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 19.482, de 12 de Dezembro de 1930.** Limita a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe, dispõe sobre a localização e amparo de trabalhadores nacionais, e dá outras providências. 1930. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-republicacao-82423-pe.html>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.010, de 20 de Agosto de 1938.** Regulamenta o decreto-lei n. 406, de 4 de maio de 1938, que dispõe sobre a entrada de estrangeiros no território nacional. [Legislação Informatizada]. 1938. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-3010-20-agosto-1938-348850-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. 1943. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL, **Decreto-lei Nº 7.967 de 18 de setembro de 1945.** Dispõe sobre a Imigração e Colonização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7967.htm>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Estatuto do Estrangeiro.** Link: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm> Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<http://www.plan->

alto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 840, de 22 de junho de 1993**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. [Legislação Informatizada]. 1993. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1993/decreto-840-22-junho-1993-449205-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Trabalhadores migrantes. Introdução ao conhecimento da Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares**. Brasília, CSEM, 1997.

BRASIL. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Lei N.º 13.684, de 21 de Junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Ementa. Ação Cível Pública. Defensoria Pública da União. Legitimidade Ativa. Processo Administrativo de Refúgio CONARE. **Intimação pessoal com vista dos autos L.C. 80/94 e L.C. 132/2009**. LEGITIMIDADE. São Paulo, 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4898595>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

BRUM, Argemiro J. **O desenvolvimento econômico brasileiro** (28a. ed.) Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

CAMPOS, Marden Barbosa de. **Reversão do Saldo Migratório Internacional Negativo do Brasil?** Evidências preliminares com base nos dados do censo 2010. Revista paranaense de desenvolvimento, Curitiba, n.121, p.189-200, jul./dez. 2011.

CARVALHO, José Alberto M. de. **Migrações Internacionais do Brasil nas duas últimas décadas do século XX: algumas facetas de um processo complexo, amplamente desconhecido**. Seminário de Migração Inter-

nacional – Ministério da Previdência Social. Brasília, julho 2004.

COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS - CONARE. Refúgio em Números 4ª edição, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em-nu%CC%81meros_ver%CC%83o-23-de-julho-002.pdf>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

COTINGUABA, Geraldo Castro. **Cadernos de debate de Refúgio, migração e cidadania**. Brasília, Instituto de Migrações e Direitos Humanos, V. 12, 2009. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAGio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

FAUSTO, Boris (org.). **Fazer a América**. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

FIGUEREDO, Luiz Orencio; ZANELATTO, João Henrique. **Trajatória da migração no Brasil**. Acta Scientiarum, Humam and Social Science. Maringá, volume 39, número 1, p. 77 – 90, Jan – Apr 2017.

GASPARETTO Júnior, A. **Imigração portuguesa no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/imigração-portuguesa-no-brasil/>> Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

GUERRA, Sidney. **A nova lei de migração: avanços e melhorias nos direitos humanos**. Revista de Direito da Cidade. Volume 09, número 04, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28937>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

LANZA, André Luiz. LAMOUNIER, Maria Lucia. **A América Latina como destino dos imigrantes: Brasil e Argentina (1870 – 1930)**. Cadernos Prolam – USP 14 (26), p. 90 – 107 (2015). Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/prolam/article/download/102283/100656/>> Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

MOYA, José. **Migração e formação histórica da América Latina em perspectiva global**. Sociologias, Porto Alegre, ano 20, número 49, set – dez 2018, p. 24 – 68. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/v20n49/pt_1807-0337-soc-20-49-24.pdf> Acesso em 11 de fevereiro de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **World Migration Report 2018**. Disponível em: <https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/china/r5_world_migration_report_2018_en.pdf> Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

PERES, Elena Pájaro. **“Proverbial Hospitalidade”?** A Revista de Imigração e Colonização e o discurso oficial sobre o imigrante (1945-1955). *Acervo*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 2, pp. 85-98, jul/dez 1997, p.85. Disponível em: <>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

RSASP. Relatórios da Secretaria da Agricultura. **Arquivo Público do Estado de São Paulo**. [1899/1929] Disponível em: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/acervo/repositorio_digital/relatorios_agricultura>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

SAYAD, Abdelmalek. **Imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Edusp, 1998.

SILVA, *Maria Aparecida M.* Destinos e trajetórias de camponeses migrantes. In: **VIII Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. Anais ABEP, v.3, 2007. p. 141-177.

SILVA, Romerito Valeriano da. **Migrações Internacionais: introdução as principais definições e abordagens teóricas**. In: Caderno de Formação de Técnicos em Direitos Sociais dos imigrantes internacionais. Grupo interdisciplinar de Pesquisa e Extensão dos Direitos Sociais e Migração e Grupo de Estudos da distribuição da População. Departamento de Serviço Social e Programa de Pós-Graduação em Geografia da PUC Minas. Belo Horizonte, 2017.

TAVARES, Natália Cintra de Oliveira. Onde as fronteiras terminam? Aspectos da securitização das migrações no Brasil. In: **Anais do III Seminário de imigração e emigração internacional e I Seminário do Observatório de Migração Internacional do Estado de Minas Gerais** – OBMinas, 2018. Disponível em: <http://www1.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20180816171134.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

VASCONCELLOS, Henrique Doria de. **Alguns aspectos da imigração do Brasil**. In: **Boletim do Serviço de Imigração e Colonização**, São Paulo, n. 03, março de 1941.

WEBER, Rosa. **Ação Cível Originária 3.121 Roraima**. Roraima: Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3121decreto.pdf>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2021.

'Notas de fim'

1 Atlas da Migração Internacional do Estado de Minas Gerais – PUC MINAS – Programa de Pós-Graduação em Geografia da PUC Minas.

O COMBATE À CORRUPÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA AUDITORIA CÍVICA SOBRE O CONTROLE DE GASTOS PÚBLICOS

FIGHTING CORRUPTION IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF CIVIC
AUDITING OF PUBLIC SPENDING CONTROL

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN BRASILEÑA:
UN ANÁLISIS DE LA AUDITORÍA CÍVICA SOBRE EL
CONTROL DEL GASTO PÚBLICO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Historial brasileiro da corrupção; 2.1. Breve histórico da corrupção no Brasil; 2.2. A corrupção e os seus inconvenientes; 2.3. A corrupção sob o controle governamental; 3. O combate à corrupção e o alcance do contributo social; 3.1. A conjugação de direitos e deveres dos cidadãos nacionais; 3.2. A pujança do controle social sobre os gastos públicos; 3.3. Auditoria cívica e gastos públicos; 4. Considerações finais. Referências.

RESUMO:

A corrupção, não de hoje, vem submergindo como uma questão de extrema preocupação para diversos cenários, entretanto, entre outros melindres da sociedade, o uso escorregado dos gastos públicos, mitigando a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Tem-se que a desvirtuação da verba pública conserva graves consequências que atingem toda a sociedade tupiniquim. Indicando para o tema pesquisado, demanda de todos os agentes, atenção peculiar, de tal sorte que a participação cidadã revela-se um

Como citar este artigo:

LIMA, Gabriela,
MOURA, Brígida. O
combate à corrupção
brasileira: uma análise
da auditoria cívica
sobre o controle
de gastos públicos.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 347-372

Data da submissão:
07/10/2023

Data da aprovação:
14/03/2024

1. Universitário Nilton Lins - Brasil
2. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia - Brasil

elemento imprescindível para a ingerência de controles de gastos públicos e de combate à corrupção. Nesta senda, o objetivo deste estudo buscou relevar os aspectos basilares da auditoria cívica e no que os seus mecanismos podem colaborar para minimizar a corrupção no cenário brasileiro. A justificativa do artigo foi a de demonstrar o combate à corrupção pelas formas de controle da administração, o processo participativo social como essencial componente em prol da luta contra a corrupção brasileira, que alavanca, consequências políticas, sociais e econômicas. Assim, expôs-se como hipótese que o controle de gastos públicos e a atuação para reduzir a corrupção seja um dever estendido. Devendo ser militado ativamente pela sociedade através da norma positivada, a destaque da Lei de Acesso à Informação, constituindo assim, a auditoria cívica, um elemento necessário e contributivo para as ações anticorrupção. Para tanto, o método de abordagem adotado foi o dialético-jurídico, com vias a discutir, argumentar e provocar o debate dentro da sua realidade em movimento, partindo de pesquisa bibliográfica e documental.

ABSTRACT:

Corruption, not just today, has become a matter of extreme concern in various scenarios, hindering, among other societal concerns, the proper use of public spending and mitigating the realization of fundamental rights and guarantees. The misuse of public funds has serious consequences that affect the whole of Brazilian society. The researched topic demands special attention from all agents, so that citizen participation is an essential element for the interference of public spending controls and the fight against corruption. The aim of this study was to highlight the basic aspects of civic auditing and how its mechanisms can help minimize corruption in Brazil. The justification for the article was to demonstrate the fight against corruption through forms of administrative control and the social participatory process as an essential component in the fight against Brazilian corruption, which has political, social, and economic consequences. Thus, it was hypothesized that the control of public spending and action to reduce corruption is an extended duty. It should be actively campaigned for by society through positive norms, such as the Access to Information Law, thus making civic auditing a necessary and contributing element for anti-corruption actions. To this end, the approach adopted

was the dialectical-legal method, with a view to discussing, arguing, and provoking debate within its reality in motion, based on bibliographical and documentary research.

RESUMEN:

La corrupción no es nueva en la actualidad, se ha ido sumergiendo como un tema de extrema preocupación por diferentes escenarios, obstaculizando, entre otras aprensiones sociales, el libre uso del gasto público, mitigando la efectividad de los derechos y garantías fundamentales. Es claro que la distorsión de los fondos públicos conserva graves consecuencias que afectan a toda la sociedad brasileira, indicando que, para el tema investigado, demanda de todos los agentes una atención peculiar, de tal forma que la participación ciudadana resulta ser un elemento esencial para la injerencia en los controles del gasto público y la lucha contra la corrupción. En ese camino, el objetivo de este estudio buscó resaltar los aspectos básicos de la auditoría ciudadana y cómo sus mecanismos pueden colaborar para minimizar la corrupción en el escenario brasileño. La justificación del artículo fue demostrar la lucha contra la corrupción a través de formas de control de la administración, el proceso de participación social como componente esencial a favor de la lucha contra la corrupción brasileña, que apalanca consecuencias políticas, sociales y económicas. Así, se expuso como hipótesis que el control del gasto público y la acción para reducir la corrupción es un deber extendido, y debe ser apoyado activamente por la sociedad a través de la norma positiva, destacando la Ley de Acceso a la Información, constituyéndose así en la auditoría cívica. Espíritu, elemento necesario y coadyuvante para las acciones anticorrupción. Para ello, el método de abordaje adoptado fue el dialéctico-jurídico con formas de discutir, argumentar y provocar debate dentro de su realidad cambiante, a partir de la investigación bibliográfica y documental.

PALAVRAS-CHAVE:

Auditoria cívica; controle de gastos públicos; combate à corrupção.

KEYWORDS:

Civic audit; control of public spending; fight against corruption.

PALABRAS CLAVE:

Auditoría cívica; control del gasto público; lucha contra la corrupción.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a corrupção vem se consolidando como um tema de extremada inquietação sociopolítica, que tem entorpecido, entre outras sensibilidades sociais, o uso escorreito dos gastos públicos, máxime desviando a busca de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Pode-se então aferir que a desvirtuação da verba pública conserva graves consequências que atingem a toda sociedade nacional.

E sendo tantas as consequências da corrupção, é factível conceber que esse é um tema que carece de imissão cívica mais proativa, embora tenha já seja ostentado por parte da administração pública brasileira, a busca pela transparência dos gastos públicos, o que, deveras, demonstra-se como um promissor avanço, mas que funestamente não tem se mostrado ser suficiente, fazendo-se imprescindível a participação social mais efetiva para o combate à corrupção.

Dessarte, a justificativa desse trabalho está na relevância de se maturar o alcance e os benefícios da ação social sobre esse tema tão dolorido para todo o povo brasileiro.

Nesta senda, constituem-se objetivos a serem alçados: apresentar a relevância da auditoria social como meio de combate à corrupção, através do controle de gastos públicos; sopesar o debate sobre o combate à corrupção com um sistema, múltiplo e interdependente, constituído por controle interno e externo, e pelo controle social; analisar as formas de controle da administração pública, demonstrando a relevância da participação social, considerando a progressista política de transparência governamental no país; e incentivar ações de combate à corrupção por meio de procedimentos sociais.

Atinando que a atuação estatal propensa ao combate à corrupção tem ocorrido transversalmente por via de auditorias internas e externas, do *compliance* e do *accountability*, é salutar discernir que embora da presença de normas que esquadrinhem a publicidade e a transparência dos gastos públicos – destaque para a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei da Transparência Pública –.

O fato é que mesmo defronte todos esses mecanismos, a corrupção ainda enturva o cenário sociopolítico brasileiro, evidenciando que o controle público por si só não tem razoável para sanar os resultados perniciosos sociais que veem sendo causados, pelo que faz reflexionar que falta uma participação deveras efetiva da sociedade relativamente ao acompanhamento dos gastos públicos.

Insta observar que a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 1º, *caput*, o Brasil como Estado Democrático de Direito, refletindo ainda no seu inciso II a cidadania como fundamento, investindo, deste modo, o indivíduo de direitos e deveres civis, sociais e políticos.

Com fulcro nesta elucidação constitucional, esse trabalho se proporá a maturar a hipótese do controle de gastos públicos e anticorrupção não apenas como um dever do Estado, mas também um dever cívico, exercido por meio da intervenção de toda a sociedade tupiniquim. Por conseguinte, o combate à corrupção seria engendrado como um sistema múltiplo e interdependente, constituído pelo controle interno e externo e, igualmente, pelo controle social.

Para tanto, essa pesquisa se valerá de pesquisa bibliográfica e documental desenvolvida a partir do método de abordagem adotado foi o dialético-jurídico, em que se proporá discutir, argumentar e provocar o debate dentro da sua realidade em movimento, com vias a apresentar a hipótese da atuação cívica como um elemento contributivo para as ações de combate à corrupção, com o propósito de analisar o contexto, cingindo-se à subjetividade e a não utilização de conceitos mensuráveis.

2. HISTORIAL BRASILEIRO DA CORRUPÇÃO

A corrupção destaca consequências que atingem a sociedade sob circunstâncias econômicas, políticas, sociais e administrativas, ou seja, possui efeitos nocivos sobre toda a coletividade, atingindo aspectos da vida humana de toda a sociedade.

Para compreender os resultados sociopolíticos e socioeconômicos da corrupção nacional, faz-se necessário preliminarmente refletir sobre a sua historicidade, a fim de que a elucidação temática melhor justifique as razões da presente pesquisa.

A discussão dessa seção do trabalho elucidará a corrupção como um microsistema que integra desde práticas mais comuns na sociedade até

ações mais vultuosas e complexas, numa rede interligada, que afeta diretamente o desenvolvimento nacional.

Dito isto, observa-se a necessidade de freá-la, para que a sociedade possa evoluir em todas as suas condições. E para isto, há certos controles governamentais imensuráveis para o combate à corrupção.

2.1. Breve histórico da Corrupção no Brasil

A corrupção atinge de forma universal as sociedades em diferentes contextos históricos e no Brasil não é diferente e nos últimos anos essa tem sido uma discussão cada vez mais recorrente, contudo, isso não significa que não tenha sido alvo de debate outrora, pelo contrário, tratando-se de um tema com efeitos colossais, Adriana Romeiro (2017, n.p.) realizou pesquisa na literatura, com recorte nos séculos XVI a XVIII, em busca de formulações a respeito do debate. Segundo a autora, há mais de cinco séculos a corrupção tem atraído a atenção dos que refletiram sobre os valores políticos presentes no mundo colonial. O que faz concluir que, notadamente, cuida de um assunto que não anulou na atualidade.

A malversação dos recursos públicos, assinalada por Lucas Rocha Furtado (2015, p. 15), revela que a fraude que sucedia com maior frequência no Brasil colônia, era a de mercadoria e o do contrabando de ouro, que ocorria até pelos clérigos, sem qualquer repressão.

Os primeiros registros de práticas ilegais no Brasil têm o seu marco no século XVI, no período da colonização portuguesa. Naquele tempo era comum que os agentes públicos da coroa de Portugal, designados para fiscalizarem o contrabando e outras infrações em solo tupiniquim, desviassem os seus ofícios para a prática do comércio ilegal de produtos brasileiros como pau-brasil, tabaco, especiarias, ouro e diamante, cuja comercialização era concebível apenas com expressa e exclusiva autorização do rei. Mas, apesar de saber da anormalidade no exercício das funções dos seus funcionários públicos, Portugal não se omitiu em resolver tais problemas. O interesse em cultivar rendimentos expressivos da camada aristocrática se sobrepunha a qualquer preocupação voltada ao controle dessas práticas ilegais. (MEIRELLES, 2015, p. 70)

Outro momento histórico que mancha a história brasileira no rol de ilegalidades perpetradas refere-se à extensa utilização da mão de obra escrava. Entre os anos de 1580 e 1850, a escravidão foi pensada como algo

indispensável, vigorando mesmo depois da proibição do tráfico de escravos, quando o governo se conservava condescendente com a prática e, de certo modo, aliavam-se com aqueles que burlavam a lei. Marquês de Olinda e Ministro da Justiça da época, Paulino José de Souza, por exemplo, consagraram-se políticos que incitavam o tráfico, compravam escravos africanos chegados ao Brasil, utilizando-os em suas propriedades. Houve denúncias de autoridades internacionais ao governo brasileiro sobre a situação, no entanto, de 1850 até 1888 (abolição da escravatura com a Lei Áurea), escassas foram as ações governamentais para restringir o tráfico negreiro, que rendia uma lucratividade muito alta aos partícipes do esquema ilegal. As intenções estrangeiras, entretanto, não eram totalmente desprovidas de interesses. A Inglaterra almejava o fim do tráfico escravo brasileiro, preocupada com a concorrência que a mão de obra escrava trazia às suas produções açucareiras nas Antilhas. A fiscalização estatal mais intransigente só veio depois do compromisso de reconhecimento da independência do Brasil. (MARQUES, 2020, *n. p.*)

Com a Proclamação da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, que representou a derrubada da monarquia, outros contornos de corrupção tomaram relevo, como o sistema eleitoral e a concessão de obras públicas, que abrangia construção, reforma e/ou conservação de obras que tivessem intrínseca o interesse público. Irineu Evangelista de Sousa, Visconde de Mauá, por exemplo, após ser autorizado a estabelecer e explorar um cabo submarino telegráfico (BRASIL, 1872), transferiu-se para uma empresa inglesa, vindo a se tornar diretor dela.

A corrupção eleitoral é um capítulo singular na história brasileira. Deve-se considerar que a participação na política representa uma forma de enriquecimento fácil e rápido, muitas vezes de não realização dos compromissos feitos durante as campanhas eleitorais, de influência e sujeição aos grupos econômicos dominantes no país (salvo exceções). No Brasil Império, 1822-1889, o alistamento de eleitores era feito a partir de critérios diversificados, pois somente quem possuísse uma determinada renda mínima poderia participar do processo. A aceitação dos futuros eleitores dava-se a partir de uma listagem elaborada e examinada por uma comissão que também julgava os casos declarados suspeitos. Enfim, havia liberdade para se considerar eleitor quem fosse de interesse da própria comissão. A partir disso ocorria o processo eleito-

ral, sendo que os agentes eleitorais deveriam apenas verificar a identidade dos cidadãos que constava na lista previamente formulada e aceita pela comissão. (BIASON, 2019. p. 77)

Ainda sobre a corrupção eleitoral, com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 no Brasil, foi instaurada a forma republicana presidencialista de governo, tendo sido instituído pela Constituição de 1891 o voto direto/aberto/não secreto, que ficou assinalado como o período como o voto de “cabresto”, considerando o comportamento dos coronéis, que ditavam aos seus empregados e dependentes, de alguma forma, em que eles deveriam votar, segundo os seus interesses particulares. Também era comum os empregados venderem os seus votos aos empregadores, transação que muitas das vezes se concretizava a partir do recebimento de pares de sapatos – no dia da eleição era entregue um pé do sapato e o outro era entregue pelo coronel após a apuração das urnas, se o candidato apoiado não fosse eleito, o empregado votante ficaria apenas com um pé de sapato -. (SPECK, 2003, *n. p.*)

Outros eventos históricos poderiam ser analisados no contexto histórico da corrupção brasileira, revelando que a desconfiança nos funcionários públicos brasileiros não é uma inquietação recente e/ou surgiu a partir de operações atuais, mas o que importa relevar é que a história não demonstrou progresso no combate à corrupção, pelo contrário, essa impregnou as suas mazelas em cada século transcorrido, de forma cada vez mais lúcida, tendo transpassado a monarquia e perdurado na república, que logo no seu início tem a marca contraproducente do voto de cabresto e não a pouco, exclamada com a malograda operação Lava Jato.

A corrupção exposta na denominada operação Lava Jato revisitou para investigar os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, tratando de um caso de bilhões de reais em fraudes que teriam ocorrido em licitações públicas e lavagem de dinheiro, que teve a participação de empresas de economia mista e privadas, e, por conseguinte, de diversos agentes públicos com o recebimento de propina para facilitarem as fraudes ocorridas nas licitações ocorridas com o poder público, que segundo esclarecimentos de Eduardo Carvalho Correa de Araújo *et al.* (2018, p. 7), envolveu a empresa estatal petrolífera Petrobrás, principal empresa de economia mista do país, na qual agentes públicos por meio do recebimento de propinas facilitaram o fechamento de licitações superfaturadas. Além da Petrobrás,

outras foram apontadas como participantes dessa rede de corrupção.

Sobre a operação Lava Jato, Vladimir Netto avaliou que:

A Lava Jato detonou a mais eletrizante sucessão de eventos da história recente do país. Houve vários momentos dramáticos, como o dia, em março de 2015, em que a lista do procurador-geral da República Rodrigo Janot foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, abrindo investigação contra 49 pessoas, dentre elas 47 políticos. Ou o dia em que a Polícia Federal bateu à porta do quarto de um hotel de Brasília, onde se hospedava o então senador e líder do governo Delcídio do Amaral. Ao ouvir a voz de prisão, ele perguntou: “Isso pode ser feito com um senador no exercício do mandato?” Nunca havia acontecido antes. A operação foi marcada por uma sucessão de acontecimentos surpreendentes. Rompeu todas as barreiras, derrubou mitos e tradições e mostrou que é possível mudar o que precisa ser mudado. (NETTO, 2016, p. 11)

O fato é que, errônea e recorrentemente, a deturpação moral que acarreta a corrupção na sociedade, vem sendo justificada pela forma com que o Brasil foi colonizado, edificado sem compromisso moral e ideológico. A esse respeito, Lucas Rocha Furtado pondera:

As raízes da corrupção brasileira não mais se encontram em nosso passado colonial, ou em características da personalidade do brasileiro. Não se pode atribuir à herança de Portugal culpa por não ter o Brasil conseguido, até os dias atuais, superar as dificuldades relacionadas ao combate à corrupção. Discordaremos, portanto, da visão dominante de que os elevados índices de corrupção praticados no Brasil [...] estão vinculados ao passado ou à identidade do brasileiro e que não podem, portanto, ser superados. (FURTADO, 2015, p. 18)

À vista disso, a carga histórica envolta na temática da corrupção de longe não poderia justificar e/ou avalizar o cometimento das inúmeras práticas transgressoras, mormente os aspectos desenvolvimentistas com que a sociedade, a economia, a política e o próprio direito nacional transpuseram, de modo que a ocorrência assídua da corrupção anuncia involução e retrocesso, carecendo então, superar o passado e para isso, deve-se conhecê-lo.

Nesta senda, não se pode hodiernamente responsabilizar e imputar às origens da cultura social brasileira aos elevados índices de corrupção.

Assim, essa atribuição só é útil aqueles que de alguma forma se beneficiam de desvio de verbas públicas. Enfim, os elevados níveis de corrupção no Brasil seriam decorrentes primordialmente do sistema jurídico administrativo e da convicção de impunidade, e que para sanar esses problemas depende da vontade política para reconhecer as fragilidades da legislação. (FURTADO, 2015, p. 18-19)

Por fim, embora sucinta a apresentação histórica, não reduz a dimensão do impacto causado à sociedade. Mostra-se relevante ressaltar que a corrupção não apenas demonstra deficiência moral, muito além, provoca diferentes consequências, que serão melhores abordadas a seguir.

2.2. A corrupção e os seus inconvenientes

A priori importante observar que o indivíduo corrupto, aquele que realiza ações de corrupção, não age necessariamente em benefício próprio, pode agir também para beneficiar terceiro ou um conjunto de pessoas, entidades, partidos políticos entre outros. Nesse sentido, a corrupção não pode e não deve ser visualizada como um fenômeno ao nível micro, ou seja, não pode ser percebida como uma transação entre duas ou mais pessoas. E decididamente, não incorre apenas no setor público, mas também na área privada, econômica e entre grupos não estatais. (BEYERLE, 2014, p. 1-2)

É indubitável que a corrupção está vinculada ao abuso de poder e desvio de finalidade pública com intuito de utilização privativa. Devendo ser execrada não apenas por ser imoral, mas, sobremaneira, porque traz prejuízos socioeconômicos desastrosos. Convém ressaltar que a corrupção é expressa de diferentes formas, tais como suborno, campanhas políticas subsidiadas ilegalmente, obtenção de favores e informações privilegiadas, entre outros; e provoca diferentes efeitos que não se limitam apenas na circunferência do país em que tenha sido praticada. (FURTADO, 2015, p. 23-44)

De acordo com Lucas Rocha Furtado (2015, p. 45-47), a corrupção pode apresentar efeitos políticos, econômicos e sociais e até administrativos. Os políticos estão relacionados aos partidos e a atuação dos eleitos, em que a preocupação mais súpera é o subsídio de campanhas, quando se utiliza financiamentos ilícitos; o panorama ainda pode ser pior, após a posse, os políticos podem realizar a distribuição de cargos responsáveis

pela gestão de contratos valorosos, e esses contratos serão as novas fontes de recursos para subsidiar as campanhas políticas. Outro efeito é o que recai sobre o preço das ações em capital aberto, como ocorreu na operação Lava Jato, em que reduziram o valor de mercado das empresas diretamente envolvidas com os escândalos de corrupção acima de variações que ocorreram no mercado. Já as empresas dos setores envolvidos, evidenciou-se um efeito positivo sobre o retorno anormal acumulado. Posto isto, percebe-se que as operações anticorrupção possuem potencial para reduzir diferenças de precificação existentes entre empresas que participam de contratos fraudulentos e demais empresas do mesmo setor. Esse ajuste pode estar associado à correção feita pelo mercado mediante os prejuízos trazidos pela concorrência desleal à competitividade. (ARAÚJO *et al.*, 2018, p. 2-27)

Nos efeitos econômicos e sociais, observa-se uma vinculação entre o nível de corrupção no país e o baixo nível de desenvolvimento, de tal modo que quanto mais inferior o nível de escolaridade, maior é a facilidade dos indivíduos que permeiam meios para atos corruptos. Se os cidadãos têm dificuldades de ter ciência acerca da utilização de recursos, tão-só podem se posicionar para denunciar irregularidades e fraudes. Já as consequências da corrupção sobre a economia são clarividentes, despontando-se na diminuição do consumo, elevação de gastos públicos, redução de investimentos, elevação da desigualdade social, entre outros. Assim, constata-se afetada a economia e, também, a qualidade de vida da sociedade, sendo as camadas mais baixas, que possuem a relação de necessidade com o Estado, que sofrem as mais graves consequências. Destarte, coexiste a relação prejudicial ao desenvolvimento econômico e à realização dos direitos humanos. (FURTADO, 2015, p. 49-50)

Visto assim, uma relação entre a corrupção e o desenvolvimento, em que a sociedade menos desenvolvida possui índices mais elevados de corrupção, e esta mantém o baixo nível da sociedade e perceptível desigualdade social. Isto pode ser alcançado através da precariedade da educação, tendo uma população que desconhecem muitas vezes seus direitos e deveres, ademais, no Brasil o próprio setor da educação é um dos que mais incorrem em fraudes, desvios de verbas, contratação de licitações fraudulentas entre outros meios corruptos de desvios de recursos e finalidades.

Outrossim, os efeitos administrativos devem ser analisados mediante a percepção de que a administração pública é um instrumento que deveria servir, entre outras funções, para atender às necessidades sociais. Assim, as consequências de tê-la corrupta são várias, por exemplo, o pagamento de suborno implica a contrariedade ao princípio da isonomia. Ademais, transtorna as políticas monetárias, conforme os contratos administrativos que se demonstram mais vultosos e elevam a cobrança tributária aos que não são isentos dela. Desta forma, a corrupção reduz a eficácia dos gastos públicos e da arrecadação de tributos, impelindo a elevação de juros do mercado, e ainda acarreta crescimento do endividamento público e estagnação da economia.

Percebe-se nos efeitos da corrupção anteriormente detalhados que a coletividade emerge como principal afetada. Enquanto nos efeitos políticos o interesse privado sobrepõe o público, nos efeitos sociais e econômicos a sociedade se vê na redução de investimentos e além, em prejuízo ao desenvolvimento econômico e falta de efetivação dos direitos humanos, e ainda por fim, nos efeitos administrativos vê-se o rompimento do princípio da isonomia e falha nos investimentos realizados. Enfim, observa-se em todas as situações que a sociedade padece ao custo da corrupção. (BONIFÁCIO; RIBEIRO, 2016, p. 16)

Perlustrando ainda as consequências da corrupção, ao se afunilar, observa-se de forma mais profunda e drástica, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso:

A corrupção é um crime violento, praticado por gente perigosa. É um equívoco supor que não seja assim. Corrupção mata: mata na fila do SUS, na falta de leitos, na falta de medicamentos, nas estradas que não têm manutenção adequada. A corrupção mata vidas que não são educadas adequadamente em razão da ausência de escolas, em razão de deficiências de estruturas e equipamentos. O fato de o corrupto não olhar a vítima nos olhos não o torna menos perigoso. (STF, 2018, *n.p.*)

Em virtude das disposições expostas, depreende-se que assim como as formas de corrupção, as consequências consistem em uma rede macro, interligada, em que cada ato não possui apenas uma consequência, mas inúmeras possibilidades, em diversos âmbitos, afetando de modo geral, em menor ou maior grau, a coletividade. Cumpre examinarmos, neste

passo, as principais formas de corrupção.

2.3. A corrupção sob o controle governamental

Percebida a complexidade da corrupção e principalmente os seus efeitos, cabe perquirir em como se dá o combate e a prevenção a este mal-estar social.

Nos últimos anos, veem-se desenvolvendo em todo o mundo uma força tarefa para diminuir e/ou mitigar práticas corruptas e fraudes. No Brasil, particularmente, depois de alguns eventos demasiadamente preocupantes, na última década abrolhou uma atuação mais proativa por parte do Estado com a implantação de políticas nacionais de combate a essa deformidade social, demonstrada através do instituto do *compliance*, que apresentou outros subsídios, tais como, auditorias internas e externas, adoção de *accountability*, tonificando ainda normas que buscam a publicidade transparência dos gastos públicos, com a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011). Vale ressaltar que muitas dessas ações possibilitaram aos cidadãos o acompanhamento da utilização de recursos públicos.

Enfim, são várias as formas de atuação visando frear a corrupção. O controle de gastos públicos foi incentivado pela atual Constituição da República, que possibilitou o controle interno, externo e social. Fato cujo objetivo seria subsidiar a administração pública no que tange ao cumprimento das normas jurídicas, incidindo em precisão e confiabilidade. Assim, surge no Brasil um governo *accountable*, ou seja, um governo que permite ao cidadão acesso ao conhecimento de que o governante estaria atuando em prol do interesse público. A este respeito, é importante grifar o conceito de *accountability*, que está interligado à obrigação de prestar contas quanto à utilização dos recursos públicos aos órgãos de controle e à sociedade. (CASTRO; CASTRO, 2014, p. 146-147)

O *compliance* – a palavra tem as suas origens no latim *complere* (CESAR; LEVORATO, 2018, p. 360), que no português literal é traduzido no substantivo, conformidade, significando um agir, cumprir, estar de acordo¹ com normas, regimentos corporativos, comandos e/ou manuais de condutas éticas, isto é, estar consoante as regras internas empresariais, em consonância com procedimentos éticos e com as normas jurídicas vigentes (nacionais e internacionais) – público surge como uma elabora-

ção normativa de integridade ou conformidade, dos órgãos e entidades da administração pública, buscando fortalecer a comunicação interna e a interação entre os órgãos e entidades da administração pública para ser possível garantir uma eficaz, eficiente e efetiva análise e gestão de riscos através da implantação de mecanismos e procedimentos quanto às políticas públicas, esse acompanhamento planejado de gestão acarreta maior transparência, e conseqüentemente, tem o condão de promover o incentivo à denúncia de irregularidades e controle da corrupção, permitindo garantir a função da administração pública. (MESQUITA, 2019, p. 147-182)

O conceito do *compliance*, contudo, não se restringe ao cumprimento puro de regras formais e informais, cuida de “[...] um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO *et al.*, 2012, p. 30).

Tem-se assim que o *compliance* surgiu com uma perspectiva de alinhamento social, cujas premissas basilares são deliberadas para gerar valor no seu raio de alcance. Assim, objetivando combater a corrupção, o fará com uma convicção de que se trata de uma unidade a ser implantada na esfera privada ou pública, na busca de um objetivo comum, refrear os riscos de transgressões éticas, morais e de conformidade. (LIMA, 2022, p. 55)

Afere-se assim que o controle na administração pública tem a finalidade de garantir que as pessoas estejam exercendo a função administrativa do Estado consoante os princípios e as regras, constitucionais e legais, que norteiam e limitam a atuação do poder público. Tanto o controle interno quanto o externo analisam os mesmos âmbitos (legalidade, legitimidade e economicidade) e tipos de controle (contábil, orçamentário, financeiro, patrimonial e operacional), no entanto, para se apreender a distinção desses dois controles, faz-se necessário retornamos à teoria de Montesquieu dos freios e contrapesos, em que se demonstrou a inviabilidade de manter todo o poder em um ser ou entidade, o que deveras foi um passo para o controle de gastos. Consoante a noção cediça, o controle interno ocorrerá no mesmo poder do qual o órgão faz parte, por exemplo, um órgão do poder executivo sofrerá controle por órgão do mesmo poder. Por sua vez,

no controle externo ocorre a intervenção de outro poder, como a tão citada função do poder legislativo de fiscalizar o poder executivo (CORBARI; MACEDO, 2012, p. 49-50).

Por conseguinte, a busca governamental para conter a corrupção tem se mostrado intensa. Inobstante a esse combate, observa-se ainda o elevado índice de percepção da corrupção. Deve-se ter em mente que não é possível mensurar a corrupção, não se sabe com exatidão o valor fraudado, tendo em vista esse fato, mede-se a percepção da corrupção. No ano de 2019 o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) no Brasil, foi de 35 pontos, a pontuação mais baixa desde 2012 – contabiliza-se de 0 a 100 –, quanto menor o número obtido, maior a percepção de corrupção no país (Transparência Internacional Brasil, 2020, *n.p.*).

Com efeito, tem-se que o controle governamental isoladamente, apesar de todo o seu progresso, tem deixado a mercê a função impoluta de frear a malversação dos recursos públicos e a gama interminável de resultados da corrupção, reclamando o seu combate mais plausível de outros atores numa conjuntura de contribuição.

3. O COMBATE À CORRUPÇÃO E O ALCANCE DO CONTRIBUTO SOCIAL

Viu-se que os procedimentos governamentais não têm sido suficientes para reprimir e/ou diminuir a corrupção no Brasil, e por isso mesmo nesse ponto da pesquisa refletirá como o exercício da cidadania no combate à corrupção pode ser eficiente.

Pode-se dizer, segundo María Laura Escuder (2007, p. 100), que a participação é a capacidade e possibilidade das pessoas de influenciar nas condições que afetam suas vidas, de exercer seus direitos e cumprir seus deveres. Nesse sentido, infere-se que a participação social se revela como uma oportunidade que indica aos cidadãos a possibilidade de proporem mudanças e de se envolverem nos processos de tomada de decisões que afetam os interesses particulares e da coletividade.

Dessa maneira, insta destacar, mais adiante, o conceito de cidadão, para que se possa extrair quais são seus direitos e deveres. Assim como, destacar as ferramentas de controle social que o cidadão possui ao seu dispor para participar do controle externo da Administração Pública, que o torna fiscalizador das atividades de interesse da coletividade, limitando

o poder estatal.

3.1. A conjugação de direitos e deveres dos cidadãos nacionais

A Carta da República de 1988 traz como um de seus fundamentos, a cidadania, que consagrou o texto como Constituição Cidadã.

Entretanto, a cidadania foi conceituada de diferentes formas no decorrer dos anos, conforme o contexto social brasileiro em cada período. Atualmente, adota-se como conceito mais usual de cidadão, o de sujeito de direitos e de deveres civis, políticos e sociais, como aponta Jaime Pinsky:

Afinal, o que é ser cidadão? Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. [...] não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou de sangue), mas também pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados nacionais contemporâneos. (PINSKY; PINSKY, 2013, p. 09)

Verifica-se que a cidadania apresentou duas faces simultâneas. Ao passo que investiria a pessoa de direitos, também a investiria de deveres. Exemplifica-se, constitucionalmente, o direito à liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no qual o dever do cidadão para exercer essa liberdade é atender legalmente as qualificações profissionais. Outro exemplo, retirado da Constituição, é a garantia de voto direto e secreto, como dever de se apresentar, a obrigação de participar das eleições dos representantes, mediante alistamento eleitoral e voto.

Mas como defendido, não só!

E neste sentido, José Elias Domingos Costa Marques, Renato Gomes Viera e Gustavo de Faria Lopes posicionaram-se: “Para os defensores desta proposta, o exercício da cidadania deveria se estender para além dos limites do processo eleitoral, pela demanda da participação efetiva e constante na construção do diálogo crítico sobre questões valorativas e normativas de interesse comum.” (MARQUES *et al.*, 2020, p. 93)

Muriel Cordeiro Silva (2018, *n.p.*) também relevou que o entendi-

mento de que os direitos possuem a respectiva dimensão de deveres é defendida pela Teoria das Normas Reflexas, em que os deveres seriam a outra face dos direitos, ou seja, a existência de deveres ser proporcional a existência de direitos. Por outro lado, em consonância com o autor, mostra-se válido o postulado de que os direitos fundamentais se reconhecem, enquanto os deveres fundamentais se prescrevem. Ademais, os deveres teriam a característica de suporte de existência/funcionamento de uma comunidade, cujo objetivo seria concretizar os direitos fundamentais.

Outra percepção que se mostra relevante abordar é a de Hannah Arendt (1989, p. 332), que reflete que a cidadania consiste no direito a ter direitos, ou seja, é inerente a todo indivíduo titular de direito nas situações de fato e jurídicas, sendo-lhe possível o exercício desses direitos conforme os ditames legais, conforme as garantias e proteções. Outrossim, ao passo que é conferida a titularidade de um direito, na outra extremidade coexiste o dever jurídico. Assim, novamente se ressalta a duplicidade do conceito de cidadania, que conduz o indivíduo componente da sociedade a possuir direitos e deveres. (RODRIGUES, 2014, p. 46)

Por conseguinte, cabe a cada cidadão o conhecimento não apenas de seus direitos, mas também de seus deveres. Para colaborar para a construção da sociedade objetivada na Carta Magna nacional – livre, justa e solidária. O que inclui a realização do controle social de gastos públicos, afinal, os principais afetados com o inadequado uso de recursos públicos são os cidadãos. inversamente, se o valor fraudado fosse utilizado eficazmente, o maior beneficiário seria a sociedade.

3.2. A pujança do controle social sobre os gastos públicos

Para compreender a relevância do controle social sobre os gastos públicos, inadiável memorar a primordial função do recolhimento de tributos que é o custeio dos serviços públicos, ou seja, cuida de relação que está diretamente interligada com a efetivação da justiça social e o bem-estar da sociedade.

Observada essa perspectiva, necessário considerar a relevância da eficiência que o gasto público precisa atingir na sociedade e nesse sentido, faz-se primordial romper com algumas falácias, e a primeira é relacionada à qualidade do gasto público, propagou-se a errônea crença de que quanto mais se investir recursos em determinadas áreas do setor público, sua qua-

lidade será melhor, entretanto, nem sempre gastar mais significa gastar melhor. O controle surge então como instrumento democrático de máxima relevância, que visa a limitação do poder e visa a eficiência através da fiscalização, avaliação e monitoramento das ações da administração pública. (ENAP, 2017, *n.p.*)

Tem-se assim que o controle da sociedade sobre as ações governamentais é uma forma de deliberar e decidir de forma direta sobre assuntos ligados às políticas públicas, já que essas influenciam a vida dos cidadãos, sendo nada mais justo que sofrer controle por estes.

O controle social figura uma forma de controle externo que, concisamente, pode ser definido como a prática exercida por intermédio da cidadania, correspondendo a participação e a fiscalização da sociedade sobre as ações do Estado. Com esse tipo de controle, os gastos podem ser acompanhados por organizações civis, desta forma, o papel do cidadão é, de forma individual ou coletiva, informar a administração pública das medidas que sejam de real interesse público, e, além disso, requisitar a prestação de contas do gestor público. Essa atuação cidadã é proeminente para colaborar com a prevenção contra a corrupção, e simultaneamente, sensibilizar a sociedade no que tange a função socioeconômica dos gastos públicos. (ENAP, 2017, *n.p.*)

Enfim, muito já se disse sobre a relevância da atuação social no controle de gastos públicos, entretanto, questiona-se como a sociedade poderia atuar de fato. De acordo com Shaazka Beyerle (2014, *n.p.*), algumas ações passíveis de serem realizadas pelos cidadãos seriam o monitoramento de funcionários públicos e autoridades, instituições, orçamentos, gastos, serviços públicos, projeto de desenvolvimento; resistência digital, por meio de tecnologias digitais e rede sociais; orientação e capacitação; iniciativas de empoderamento social e econômico; criação de instituição paralela; compromissos anticorrupção; manifestação; petições; protesto pacíficos; utilização das ouvidorias, conferências, audiências públicas e consultas públicas entre outros.

Frisa-se que a sociedade tem à sua disposição alguns marcos legais que institucionalizam a participação da sociedade para fiscalização de gastos públicos. Destacando-se entre eles a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal n. 101, de 2000), cuja finalidade é garantir ao cidadão o direito de averiguar o que o governo está fazendo

com os recursos públicos, a Lei da Transparência da Gestão Pública (Lei Complementar Federal n. 131, de 2009), por sua vez, visa impor aos entes federativos a obrigação de disponibilizar a qualquer pessoa (física ou jurídica), o acesso às despesas e receitas, a Lei de Acesso à Informação ([Lei Federal n. 12.527, de 2011](#)) regulamenta o direito previsto no Texto Constitucional de qualquer pessoa solicitar e receber dos órgãos informações públicas.

É certo que o controle dos gastos públicos é imprescindível para que a sociedade possa melhor se beneficiar com a destinação das verbas públicas de forma ordenada, sendo que quanto mais eficiente for, mais estará propensa a reduzir gastos desnecessários e evitará desperdícios, e para isso têm-se diversos dispositivos normativos que propõem meios de participação do cidadão, que tornam os gastos públicos transparentes para que toda a sociedade possa saber como está sendo empregado os tributos pagos. Contudo, ainda é explícita a desinformação do cidadão sobre todos os ângulos da discussão aqui montada, tolhendo o cidadão sequer de conhecer dos seus direitos e deveres, de participar mais ativamente do monitoramento do controle dos gastos, o que muito contribuiria diretamente para o bem-estar e o desenvolvimento social da coletividade.

3.3. Auditoria cívica e gastos públicos

A auditoria cívica tem como fundamento o controle social através da implantação e do desenvolvimento de políticas públicas. Trata-se de uma proposta disponível aos cidadãos para poderem realizar monitoramento e fiscalizações sobre a prestação do serviço público. É tido então como uma gestão cidadã que propõe que um grupo de cidadãos voluntários, a partir de informações e de uma educação adequada, sejam capacitados para desempenhar a função de fiscais, objetivando dominar o funcionamento do serviço público, a fim de que possa avaliar o procedimento correto ou não das suas repartições, sobressaindo aferições mais distintas do desempenho do serviço público prestado. (GOULART, 2013)

Os desígnios são fulgentes, indica realizar um controle que permite avaliar o serviço público de forma mais eficiente, com mais transparência e assim, dando a possibilidade de mostrar quais as fragilidades que cada parte do sistema apresenta, como e quais pontos realmente estão conforme o planejamento administrativo.

Neste cenário, a participação social demonstra-se elemento primordial, que vai do planejamento orçamentário ao acompanhamento da prestação de serviço público.

Em que pese o alcance elementar da auditoria cívica para o tema dos gastos públicos, tem-se ainda que se trata de um conceito insólito e pouco incentivado no Brasil. O seu alcance vem sendo observado nas áreas da saúde e da educação, a citar como exemplo, o idealizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná para diversos *campus* da Universidade Estadual do Paraná, nomeado Programa Anual de Fiscalização Social 2011/12, em que teve diversos resultados, entre eles o “despertar da cidadania”.

Outro exemplo sobre o êxito da auditoria cívica foi realizado no Instituto de Fiscalização e Controle (SINDILEGIS), tratando-se de uma instituição privada sem fins lucrativos, tem por objetivo facilitar o controle social e melhorar a gestão dos recursos públicos. Esse instituto atua ativamente na busca pela melhoria da gestão pública, alguns de seus projetos foram premiados, como o “De olho nas emendas”, que alçou o 1º lugar pela W3C Brasil, no concurso internacional de softwares para Dados Abertos. O IFC também é vencedor do III Prêmio República de Valorização do Ministério Público Federal e tem premiação de investimentos para ampliação de projetos de controle social pela ONG Internacional *Brazil-Foundation*.

Infere-se que por meio da auditoria cívica, o cidadão se torna mais consciente da sua responsabilidade de fiscalizar a utilização dos recursos obtidos por meio de tributos públicos e que deve ser utilizado para o bem-estar social. De acordo Geniberto Paiva Campos (2013, *n.p.*), a auditoria cívica na área da saúde é de tamanha relevância, que pode acarretar uma real perspectiva da “reinvenção do SUS”, pois conforme se estreita a relação Sociedade/Estado em busca da eficiência e excelência na prestação do serviço de saúde, melhores resultados se podem obter.

Os supraditos arquétipos, têm como fulcro demonstrar que essa forma de controle social, a auditoria cívica, deixa grandes expectativas de ser implementada em outros setores da administração, visto que na área da saúde e educação tem-se mostrado eficiente e eficaz.

Não obstante, é possível ultimar que o poder de revisitar como a auditoria cívica para o palco sociopolítico e socioeconômico seria crucial para o mais acertado controle de gastos públicos, visto que a situação oca-

siona diversos problemas, entre eles os gastos públicos.

A participação e o controle da sociedade na atuação da fiscalização, do planejamento e da utilização do orçamento público, levando as demandas obtidas ao Estado e exigindo atuação do mesmo para adequar sua gestão, revela uma resposta aliada aos mecanismos de combate à corrupção. Frente a isto, vê-se este instrumento como crucial para se revitalizar movimentos positivos para a sociedade brasileira, de modo que por meios das auditorias cívicas, mesmo diante de necessidades de compras imediatas/emergências, o controle perante a condução do governo do dinheiro público seria muito mais eficiente, podendo amenizar o afrouxamento das regras e evitar o desvio de recursos públicos para a realização de compras e contratação de serviços, levando certamente a um controle mais eficiente, que se pode concretizar com a primordial atuação social, quer seja por auditorias cívicas, quer seja por meio de realização de denúncias nas ouvidorias ou órgãos de controle.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par da discussão levantada, foi possível observar a relevância da atuação social no que tange o controle de gastos públicos, visando-se frear a corrupção no Brasil, que, não obstante a ocorrência da fraude e da inadequada utilização dos recursos públicos, logo no início da história brasileira, não se pode atualmente culpar as origens culturais do país. Deve-se focar em meios para sanar este mal social, que possui diversificadas consequências.

Neste sentido, convém ressaltar que os efeitos da corrupção podem ser percebidos na política, na administração pública, na sociedade e na economia do país. Podendo as serem observadas em menor ou maior grau, mas que, independentemente disso, percebe-se que a corrupção não deve ser combatida apenas por ser vista como uma atuação antiética e imoral, mas igualmente, por ser um mal que prejudica diretamente a sociedade e o seu desenvolvimento.

Com isso, cabe amadurecer formas capazes de reduzir e de prevenir a malversação de recursos públicos, que por parte do Estado tem sido indicado como mecanismo a transparência pública e a atuação de fiscalização da utilização dos recursos públicos, por meio de controles interno e externo. Mas que por si só não tem surtido efeito, tendo em vista o aspecto

ainda bastante latente da corrupção no país.

Neste cenário precário, observa-se a relevância da participação social para o controle de gastos públicos, ora denominado controle social, observável de diversas formas, realizado individual ou coletivamente, sendo uma diretriz voltada aos cidadãos, que possuem diversos instrumentos capazes de efetivar essa finalidade. Tal qual se valerem da Lei de Acesso à Informação, usam-se adequadamente as redes sociais para manifestarem sobre atos e/ou suspeitas de corrupção, e utilizam-se das consultas públicas e das ouvidorias. Ademais, a sociedade pode realizar auditorias cívicas para fiscalizar a eficácia dos gastos públicos.

Assim, apesar da auditoria cívica ou social ainda não ser recorrente no Brasil, demonstra relevância ímpar para o combate à corrupção, constituindo-se complemento ao controle governamental. Cabendo por derradeiro ressaltar que, exerce o proeminente papel de conscientizar o cidadão de sua responsabilidade de exercer o controle de gastos públicos, dever este implícito no próprio conceito constitucional de ser cidadão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eduardo Carvalho Correa *et al.* Corrupção e valor de mercado: os efeitos da operação Lava Jato sobre o mercado de ações no Brasil. **Revista Catarinense da Ciência Contábil**, v. 17, n. 51, 2018. Conselho Regional de Contabilidade de Santa Catarina, Brasil. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=477556264004>. Acesso em 22 abr. 2022.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BEYERLE, Shaazka. **Abordagens para frear a corrupção.** Disponível em https://www.nonviolent-conflict.org/wp-content/uploads/0738/03/Curtailing-Corruption-Chapter-2-Brazilian-Portuguese_translation.pdf. Acesso em 11 maio 2022.

BIASON, Rita de Cássia. A corrupção na história do Brasil: sentidos e significados. **Revista da CGU**, v. 11, n. 19, p. 75-83, 2019.

BONIFÁCIO, Robert; RIBEIRO, Ednaldo. Corrupção e participação política no Brasil: diagnósticos e consequências. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 20. Brasília, maio-agosto de 2016, pp. 7-42. Disponív-

el em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/mSf9sx7LsZB6QCFx9YgrgL-h/?lang=pt>. Acesso em 14 maio. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 28 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 5.058 - de 16 de agosto de 1872**: autoriza o barão de Mauá a estabelecer e explorar um cabo telegraphico submarino entre o Imperio do Brasil e o reino de Portugal e suas possessões. Rio de Janeiro, RJ. Visconde de Itaúna. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/191607-autoriza-o-baruo-de-mauu-a-estabelecer-e-explorar-um-cabo-telegraphico-submarino-entre-o-imperio-do-brasil-e-o-reino-de-portugal-e-suas-possessues.html>. Acesso em 26 abr. 2022.

CAMPOS, Geniberto Paiva. **Auditoria cívica**: uma nova ferramenta da gestão pública. Brasília/DF, 2013. Disponível em: <http://www.assecor.org.br/noticias/artigos/auditoria-civica-uma-nova-ferramenta-da-gestao-publica>. Acesso em 05 mai. 2022.

CANAL DO TCE-PR. **Auditoria social de universitários gera resultados inéditos no Paraná**. Disponível em: [youtube.com/watch?v=IhqmpuPv3rA](https://www.youtube.com/watch?v=IhqmpuPv3rA). Acesso em 05 mai. 2022.

CANDELORO, Ana Paula P. *et al.* **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CASTRO, Ana Cristina; CASTRO, Claudia Osório. **Gestão pública contemporânea**. Curitiba: InterSaberes, 2014.

CESAR, Ana Maria Roux Valentini Coelho; LEVORATO, Danielle Cristine da Silva. O papel da cultura organizacional na implantação do programa de *compliance* na área de infraestrutura da Odebrecht engenharia e construção. *Compliance* no relacionamento com o governo. In: NOHARA, Patrícia Irene; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). **Governança, Compliance e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 351-378.

CORBARI, Ely Célia; MACEDO, Joel de Jesus. **Controle interno e externo na administração pública**. Curitiba: Inter Saberes, 2012.

ENAP. **Controle institucional e social dos gastos públicos**: módulo 1.

Curso desenvolvido em cooperação técnica FUB/CDT/Laboratório Latitudo e ENAP, 2017.

ESCUDEY, María Laura. **Auditoria ciudadana: la participación Auditoria ciudadana: la participación ciudadana en políticas públicas ciudadana en políticas públicas.** in: LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina; ZOVATTO, Daniel (Org.). *Democracia directa en Latinoamérica*. 1. ed. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007. Disponível em: <https://www.idea.int/publications/catalogue/democracia-directa-en-latinoamerica>. Acesso em 28 abr. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GOULART, Flávio (Org). **Auditoria cívica na saúde em Imperatriz-MA.** Inovações na participação em saúde: uma sociedade que constrói o SUS. Brasília-DF-DF: OPAS, Conselho Nacional de Saúde, 2013. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/49109/9789275717844-por.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 abr. 2022.

LIMA, Gabriela Eulalio de Lima. **A complexidade do mercado de consumo: um estudo sobre a (in)eficiência do compliance para o bem-estar social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MARQUES, José Elias Domingos Costa *et al.* Democracia e deliberacionismo: um debate necessário em tempos de crise da representação política. In: MEZACASA, Douglas Santos (Org). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito.** Ponta Grossa: Atena, 2020. p.94-108.

MARQUES, Leonardo. O ouro brasileiro e o comércio anglo-português de escravos. In: RÉ, Henrique Antonio; SAES, Laurent Azevedo Marques de; VELLOSO, Gustavo. **História e historiografia do trabalho escravo no Brasil: novas perspectivas.** São Paulo: Publicações BBM, 2020. Disponível em: <https://www.bbm.usp.br/pt-br/publica%C3%A7%C3%B5es-bbm/hist%C3%B3ria-e-historiografia-do-trabalho-escravo-no-Brasil-novas-perspectivas/>. Acesso em 26 abr. 2022.

MEIRELLES, Juliana Gesuelli. **A família real no Brasil: política e cotidiano (1808-1821).** São Bernardo do Campo: Editora UFABC, 2015. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/j56gd/pdf/meirelles-9788568576960.pdf>. Acesso em 26 abr. 2022.

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é *compliance* público? Partindo para uma teoria jurídica da regulação a partir da portaria n. 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 147-182, maio 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/20587>. Acesso em 28 abr. 2022.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato**: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bressanezi (Orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Cidadania é direito**. Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/03-oswaldo-peregrina.pdf>. Acesso em 02 maio 2022.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil**: uma história, séculos XVI a XVIII. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SILVA, Muriel Cordeiro. **Paradigmas constitucionais**: o que são deveres fundamentais? Disponível em: <https://brasiljuridico.com.br/artigos/paradigmas-constitucionais-01-o-que-sao-deveres-fundamentais> Acesso em 02 maio 2022.

SINDILEGIS, Canal Oficial. **IFC faz Auditoria Cívica na Saúde em Planaltina Goiás**, 2015. Vídeo (2min42seg.) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sr-zl3Y81X8>. Acesso em 11 maio 2022.

SPECK, Bruno Wilhelm. A compra de votos: uma aproximação empírica. **Opinião Pública**, v. IX, n. 1, 2003, p. 148-169, mai. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/kkXRttxsbfCQySBmZHj5H3j/?lang=pt>. Acesso em 29 abr. 2022.

STF. **Plenário suspende julgamento sobre indulto natalino concedido pelo presidente Temer**. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397081>. Acesso em 10 maio 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de Percepção da corrupção 2019. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20

Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=CjwKCAjwqpP2BRBTEiwAf-piD-6qQ-C_RSCG88dCbEAGhgCmUSOVB36vd5SP6J- 7j_AGm101Y_ ehC2BoCR_4QAvD_BwE. Acesso em 10 maio 2022.

'Notas de fim'

1 “Agir de acordo com” ou “cumprir determinado preceito” significa conformar-se a uma regra, o que explica muito do conceito da palavra. O significado da palavra compliance está relacionado à conduta de pessoas físicas e jurídicas com as normas internas e externas.

RECONFIGURACIONES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL PARA FORTALECER LA GOBERNANZA EN MÉXICO

CONSTITUTIONAL RECONFIGURATIONS OF THE
PRESIDENTIAL REGIME TO STRENGTHEN GOVERNANCE IN
MEXICO

RECONFIGURAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO REGIME
PRESIDENCIAL PARA FORTALECER A GOVERNANÇA
NO MÉXICO

SUMÁRIO:

I. Estado de la cuestión: una necesaria transformación del sistema político mexicano para el proceso de consolidación democrática; II. El parlamento como instrumento en el debate discursivo-racional en la democracia constitucional y el carácter directivo del gobierno; III. El control parlamentario como control político en los regímenes políticos presidenciales; IV. El diseño original del Régimen Presidencial mexicano y su evolución: el nulo respeto a los principios constitucionales y las facultades metaconstitucionales; V. La racionalización del sistema presidencial a través del control parlamentario; VI. La adopción de instituciones de control parlamentario en el presidencialismo mexicano, objeciones y dilemas; Conclusiones; Bibliografía.

RESUMEN:

El presente artículo busca dejar en claro las distintas funciones que tienen tanto el parlamento como órgano deliberativo en el debate discursivo-racional, y su naturaleza directiva del poder ejecutivo en su calidad de responsable de la gestión pública. Por otro

Como citar este artículo:
SÁNCHEZ, Rogelio,
MORALES, Xóchitl,
RODRÍGUEZ, Diego.
Reconfiguraciones
constitucionales del
régimen presidencial
para fortalecer la
gobernanza en México.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 373-396

Data da submissão:
11/03/2023

Data da aprovação:
13/03/2024

1. Universidad Autónoma de Nuevo León - México
2. Universidad Autónoma de Nuevo León - México
3. Universidad Autónoma de Nuevo León - México

lado, también se efectúa un estudio del control parlamentario en la clasificación dentro de la teoría del poder político, como un control de naturaleza política. Posteriormente, se lleva a cabo un análisis sobre la tipología del control político del quehacer gubernamental, a través del diseño constitucional del control parlamentario desde una perspectiva crítica la evolución que ha tenido el sistema presidencial mexicano, a partir de la racionalización de los sistemas. Se concluye que es a través de la adopción de figuras del sistema parlamentario que se realiza la fiscalización de los actos del gobierno.

ABSTRACT:

This article intention is clarifying the different government powers of parliament as a deliberative body in the discursive-rational debate, and its inherent directive and executive power as a responsible of public management. Otherwise, is made a study of parliamentary control that is also carried out in the classification within the theory of political power. Subsequently, an analysis is carried out on the typology of political control of government work, through the constitutional design of parliamentary control from a critical perspective in the evolution of Mexican presidential system to the rationalization of the system. It is concluded that it is through the adoption of figures of the parliamentary system that the accountability is carried out.

RESUMO:

Este artigo procura esclarecer as diferentes funções desempenhadas pelo parlamento e pelo órgão deliberativo no debate discursivo-racional e seu caráter diretivo do poder executivo na qualidade de responsável pela gestão pública. Por outro lado, também é realizado um estudo do controle parlamentar na classificação dentro da teoria do poder político, como controle de natureza política. Posteriormente, é realizada uma análise sobre a tipologia do controle político do governo, através do desenho constitucional do controle parlamentar. desde uma perspectiva crítica a evolução que o sistema presidencial mexicano vem tendo, desde a racionalização dos sistemas. Conclui-se que é por meio da adoção de figuras do sistema parlamentarista que ocorre o controle dos atos governamentais.

PALABRAS CLAVE:

Rediseño constitucional; Derecho político; Control del poder.

KEYWORDS:

Constitutional redesign; political right; Control of power.

PALAVRAS-CHAVE:

Redesenho constitucional; direita política; Controle do poder.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: UNA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO MEXICANO PARA EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA

La transición política en nuestro país trajo consigo innumerables cambios de paradigmas en nuestro sistema político. Uno de ellos, se relaciona con la necesidad de transparentar los procesos de decisión de la administración pública. La legitimidad, desde la perspectiva ciudadana, ha ido transitando de la mera legitimación carismática del “buen gobernante”, hasta la institucionalización de figuras constitucionales para la rendición de cuentas. Pero lo más importante, es que los actores políticos han ido transformando la cultura política hacia un respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico, inescindibles entre sí, tales como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Es en este último valor donde encuentra inspiración el presente ensayo. Por este motivo, creemos que es necesario descifrar la magnitud del pluralismo político en el marco del Estado Constitucional mexicano, así como sus implicaciones para el mismo sistema político. El artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue base fundamental para el reconocimiento y consagración del principio de división de poderes en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas. Éste tiene a su vez antecedentes en la filosofía política del siglo XVII, sostenida por John Locke, y durante el siglo XVIII, por Montesquieu.

En los países latinoamericanos, paulatinamente se ha ido despojando de esa extrema “rigidez” al principio de división de poderes, convirtiéndolo en un esquema efectivo de cooperación y de relaciones interinstitucionales de controles recíprocos, incluso, más allá de lo que conoce la doctrina constitucional alemana como “división de funciones”. De esta

forma, se procura alcanzar la fórmula ideal de “pesos y contrapesos”, que limite de manera óptima el poder político, y permita a su vez la gobernabilidad.

En este sentido, coincidimos en que el concepto de Constitución trae aparejado como elemento inseparable el control. Pero es necesario precisar que solamente podemos hablar de control político cuando hacemos alusión o nos encontramos en un Estado Democrático y Social de Derecho; es decir, aquél complejo institucional que reconoce figuras que permiten fiscalizar el quehacer gubernamental, por medio del diálogo y procesos discursivos-rationales, maximizando así la transparencia y rendición de cuentas.

De esta manera, cabe entonces formular las siguientes cuestiones: ¿cómo se logra alcanzar la fórmula ideal de pesos y contrapesos? ¿es posible lograr una efectiva limitación del poder político? Y centrándonos en el tema de debate del presente ensayo: ¿qué naturaleza tiene el control ejercido por el parlamento? ¿es compatible el control parlamentario con el sistema presidencial mexicano? Y en caso de ser afirmativa la respuesta, ¿qué figuras son más pertinentes para limitar dicho poder?

El presente trabajo tiene la modesta finalidad de acercarnos un poco al estudio de la cuestión relacionada con el límite al poder político, especialmente a la administración pública gubernamental, a través del control parlamentario. Pero no solamente pretende quedar reducido a este aspecto, sino que busca analizar la pertinencia de determinadas figuras constitucionales que históricamente han pertenecido al sistema parlamentario, pero que progresivamente han sido adoptadas por los regímenes presidenciales, con la finalidad de mejorar la rendición de cuentas. Lo anterior, en el marco de la reforma política del Estado mexicano.

II. EL PARLAMENTO COMO INSTRUMENTO EN EL DEBATE DISCURSIVO-RACIONAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y EL CARÁCTER DIRECTIVO DEL GOBIERNO

El parlamento como partícipe en el debate discursivo-rationale en el marco de la democracia constitucional es resultado de la evolución que tuvo el sistema inglés y la progresiva limitación de poderes, en detrimento del rey y a favor del parlamento (Biscaretti, P., 1998). En este sentido, en dicho sistema se trata de mantener una constante colaboración entre el

poder legislativo y el poder ejecutivo, buscando el control recíproco, ya sea a través del voto de censura y el poder de disolución, respectivamente (Biscaretti, P., 1998). El origen de la responsabilidad del rey ante el parlamento se remonta al siglo XVII, cuando el gabinete se disoció del Rey, convirtiéndose en responsable político frente a la Cámara de los Comunes (Hurtado, J., 1998).

Con el paso del tiempo, la figura del rey fue separándose del primer ministro, pasando a dividirse la función de administración gubernamental para éste, y la del jefe de estado, en el rey. Para los efectos que aquí interesan, cabe destacar que nos encontramos ante una sola legitimidad, ya que el parlamento designa al jefe de gobierno y no la ciudadanía de manera directa, como sucedería en el sistema presidencial, de esta manera, la obligación de responder y rendir cuentas, la tiene ante el parlamento, pero aquél a su vez, puede eventualmente disolver la asamblea, en caso de ser necesario (Fix-Zamudio, H., 1998).

En síntesis, en el régimen parlamentario el ejecutivo es bicéfalo, es decir, existe una distinción entre quien es responsable de la administración pública y el jefe de estado, quien desempeña un papel simbólico y de estabilidad dentro de este régimen. Sin embargo, con la finalidad de garantizar el efectivo contrapeso con otros poderes, existen ciertos requisitos que éste debe cumplir, entre los que se encuentran: la independencia de los miembros del parlamento, la forma de designación de los parlamentarios a través de elecciones y el sistema de inmunidades parlamentarias en el ejercicio de sus funciones (Duverger, M., 1982).

En la actualidad, el parlamento se ha convertido en una pieza fundamental del Estado Constitucional democrático, ya que sin él la democracia formal y sustancial carecería de sentido. Es decir, para hacer efectivo el principio fundamental de pluralismo político hacen falta garantías constitucionales que permitan su pleno desarrollo, dichos elementos se encuentran precisamente en la institucionalización del debate parlamentario como formas racionales de deliberación para la efectiva toma de decisiones.

En este sentido, uno de los intelectuales más destacados de la Escuela de Frankfurt, ha descrito que, en la democracia constitucional, las reglas del juego deben ser claras, permitiendo de esta forma, que los actores del mismo tengan la oportunidad de decidir cuándo es más conveniente

adoptar tal o cual política pública. Quizá sea importante preguntarnos ahora, ¿qué es lo que diferencia al parlamento de otros órganos que permite la deliberación racional para la toma de decisiones? La respuesta es sencilla, en él se encuentra la legitimidad de la voluntad popular, a través de la designación directa de parlamentarios que compiten en un sistema de partidos de distintas ideologías, afianzando de esta manera el principio constitucional de pluralismo político.

Ahora bien, debemos matizar que no todas las decisiones merecen ser discutidas en el parlamento, dada la rápida solución y ejecución que requieren los conflictos que se presentan ante el gobierno, pero esto no significa que éstas queden sin supervisión. Esto podemos verlo claramente en el control de fiscalización que lleva a cabo la Auditoría Superior de la Federación, al revisar las cuentas públicas anualmente y hacer comparecer en el Congreso a los responsables de determinada asignación de recursos públicos.

Podemos distinguir ahora entonces, que la naturaleza que tiene la función gubernamental en sentido estricto, comprende o abarca aquellas acciones tendientes a implementar y ejecutar las políticas públicas, en manos del poder ejecutivo, titular y responsable de la administración pública. Éste debe respetar en todo momento las garantías explícitas que en el marco de su competencia, le permite la propia Constitución, sujetándose al principio de reserva de ley, en relación con las facultades del parlamento.

III. EL CONTROL PARLAMENTARIO COMO CONTROL POLÍTICO EN LOS REGÍMENES POLÍTICOS PRESIDENCIALES

A manera de estudio previo a la cuestión medular de este apartado, nos gustaría llevar a cabo ciertas precisiones en torno a los regímenes parlamentario y presidencial. Esto, con la finalidad de tener claros cuáles son las características particulares que interactúan en cada sistema, dado que la propuesta realizada en el último apartado de este ensayo, consiste en la posible incorporación de determinadas instituciones del sistema parlamentario para tener mejor control del poder político.

Una de las principales diferencias del sistema parlamentario con el sistema presidencial es su carácter bicéfalo entre el Jefe de Gobierno (con la actividad administrativa) y el Jefe de Estado (actividad protocolaria). El Jefe de Estado tiene una legitimación dinástica o voluntad popular y

actúa solamente como poder moderador, mientras que el Jefe de Gobierno recae en un representante elegido directamente por el parlamento, al cual tendrá que rendir cuentas y responderá por todas y cada una de sus actuaciones como Jefe de Gobierno. Dicho sistema podemos verlo representado en países como Inglaterra, Italia (primer ministro), Alemania (Canciller), etc.

Situación distinta ocurre en el Régimen Presidencial. Este sistema, de acuerdo a los elementos apuntados, puede ser definido como: “aquel en el cual el Jefe de Gobierno – que también es el Jefe de Estado – mantiene una relación de independencia acentuada con el Poder Legislativo, en razón de la legitimidad democrática directa que ambas instituciones políticas presentan” (Nuñez, M., 2006). Los diferentes matices que puede tener un régimen de esta clase varían conforme a cada país. Mientras que en México y Brasil contamos con un sistema marcadamente presidencial, en Perú se cuenta con un sistema presidencial con tintes parlamentarios, al igual que en Argentina. Para el profesor Jorge Carpizo, algunas de las características definitorias de este sistema serían las siguientes:

1. El Poder Ejecutivo es unitario, está depositado en un presidente, que es, al mismo tiempo, jefe de Estado y jefe de gobierno
2. El presidente es elegido por el pueblo, y no por el poder legislativo, lo que le da independencia frente a éste
3. El presidente nombra y remueve libremente a los secretarios de Estado
4. Ni el presidente ni los secretarios de Estado son políticamente responsables ante el congreso
5. El presidente puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del Congreso
6. El presidente no puede disolver el Congreso, pero el Congreso no puede darle un voto de censura. (Carpizo, J., 2004)

Dicho lo anterior, nos gustaría iniciar este capítulo con el análisis sobre la naturaleza del control parlamentario. Para ello, creemos que es indispensable plantear las siguientes cuestiones: ¿qué naturaleza tiene el control parlamentario? ¿cuál es su objeto y finalidad? ¿tiene algún límite? Los especialistas en la teoría del control del poder político coinciden

de manera unánime que la Constitución encierra en sí la idea de control (Aragón, M., 1987). De manera genérica, Manuel Aragón ha clasificado en controles sociales, políticos y jurídicos las distintas modalidades que existen para limitar y controlar el poder. El control social se distingue del resto de los otros por la titularidad del mismo, el cual reside en la sociedad civil organizada, es decir, apartado del marco institucional (Valdés, D., 1998).

Por otra parte, el control jurídico guarda ciertas características peculiares que lo diferencian del control político. La primera de ellas es el carácter objetivado del mismo, es decir, el parámetro o canon de control existe previamente y no es disponible por quien lo ejerce, mientras que el control político es subjetivo, queda entonces a la libertad del político ejercerlo con determinada intensidad. La segunda diferencia se refiere a las razones jurídicas que motivan los actos jurídicos, en este sentido, el control jurídico se encuentra sometido a actos de verificación, a diferencia del control político, donde prevalece el principio de oportunidad. Otra peculiaridad es el carácter necesario del control jurídico, en donde necesariamente debe imponerse una sanción establecida previamente en las normas legales, cosa que no ocurre con el control político, sujeto al principio de oportunidad. La última cualidad que advierte el referido autor es la autoría, es decir, es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especiales conocimientos técnicos para la interpretación de las normas, mientras que el otro control lo ejercen los políticos (Aragón, M., 2003).

En este sentido, el control político, será aquel “cuyo parámetro de actuación lo constituye un orden jurídico, y su resultado siempre se basa en razones jurídicas. Es un control de oportunidad que se efectúa cuando la situación lo amerite a consideración del órgano controlante, pero no necesariamente acarrea una sanción” (Huerta, C., 2010). Conforme con lo anterior, el control parlamentario se clasifica entonces como un control político, dada la finalidad u objeto del mismo, de controlar el ejercicio del poder ejecutivo en su función de supervisor y fiscalizador de la administración pública gubernamental.

Una vez resuelta la primera cuestión, relacionada con la naturaleza del control parlamentario como control político, y en consonancia con el hilo conductor de este apartado, brindaremos una definición del mismo,

para después señalar su finalidad y sus límites. En este sentido, el control parlamentario es definido como la “actividad parlamentaria encaminada, a través de una multiplicidad de mecanismos, a la comprobación de la actividad del poder ejecutivo y a la verificación de su adecuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, susceptible de producir consecuencias diversas, y entre ellas, la de exigencia de la responsabilidad política del Gobierno” (Montero, J., 1984).

Conforme a lo expuesto, el objeto del control parlamentario es la actividad gubernamental. Y es aquí donde entra el principio de pluralismo político que hemos tratado de explicar en la introducción del presente trabajo, ya que la oposición parlamentaria es quien principalmente ejerce la crítica responsable en contra del gobierno. Por este motivo, no puede existir un efectivo control parlamentario si no existen mecanismos internos al interior del congreso para otorgar garantías efectivas de protección a las minorías parlamentarias. Incluso, podemos afirmar sin lugar a dudas, que las principales funciones del control parlamentario son además del control y la fiscalización de los actos de la administración pública, la publicidad y debate ante la opinión pública, así como la función de dirección política (Aragón, M., 2003).

Ahora bien, creo que resulta pertinente responder la última pregunta planteada al inicio del presente apartado: ¿tiene el control parlamentario algún límite? En definitiva creemos que sí, ya que entre las obligaciones que impone la Constitución a las minorías parlamentarias se incluye que éstas deben ser respetuosas del sistema constitucional al cual están insertas, es decir, no puede existir una democracia plural si existen minorías intolerantes o que por medio de actos violentos traten de acceder ilegalmente al poder político.

En este sentido, si bien es cierto que las minorías necesitan de protección constitucional para poder ejercer activamente su derecho a la crítica propositiva, es necesario también que éstas respeten en todo momento las reglas consagradas constitucionalmente, con el fin de evitar el bloqueo de poder hacia el ejecutivo, en su carácter de titular de la administración pública gubernamental (Valdés, D., 1998). Una vez dicho lo anterior, pasemos al análisis del control parlamentario en el sistema presidencial mexicano.

IV. EL DISEÑO ORIGINAL DEL RÉGIMEN PRESIDENCIAL MEXICANO Y SU EVOLUCIÓN: EL NULO RESPETO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS FACULTADES METACONSTITUCIONALES

Desde la perspectiva del maestro Fix Zamudio, el estudio del régimen presidencial mexicano y su vinculación con el llamado modelo de división de poderes es sumamente complejo, y para su debida comprensión, se requiere del análisis de diversos ángulos de las disciplinas sociales en sus aspectos jurídicos, políticos, sociológicos, económicos e incluso antropológicos y psicológicos. Durante el siglo XIX la mayor parte de los sistemas políticos se caracterizaron por una continua y preocupante inestabilidad de las leyes fundamentales y una obstinada fe en la Constitución escrita. Este sentimiento fue mantenido por mucho tiempo, y ocasionaba la triste idea de que tal documento por sí sólo resolvería la adolescencia política (Fix-Zamudio, H., 1980).

En nuestro país, han sido dos grandes textos constitucionales los que dieron grandes aportes a la construcción del régimen político: la Constitución de Cádiz y la Constitución de Norteamérica; ambos textos aportaron elementos para la configuración del régimen político que habría de implementarse en el país. De la Constitución Gaditana, comenta González Oropeza, "... pueden considerarse algunos aspectos como el referendo ministerial y las relaciones entre el Congreso y los secretarios de despacho, que tenemos en nuestro texto constitucional vigente [...] sin embargo, el hecho de establecer una monarquía constitucional aleja a esa constitución del sistema presidencial conocido dentro de la república (González, M., 2004)".

Las propuestas mayormente discutidas en ese entonces para la formación del naciente Régimen Político destaca la propuesta de Miguel Ramos Arizpe y la de Demetrio del Castillo, sobre el Sistema Presidencial y Parlamentario respectivamente; el primero consideraba que el Poder Ejecutivo unitario debía contar con la energía suficiente para afrontar las emergencias a las que el país enfrentaba. Por otra parte, Del Castillo, proponía que el ejecutivo estuviera en manos de tres personas: el presidente, el vicepresidente y el presidente designado, que entraría en funciones de presidente al concluir el periodo del primero. El motivo era que con ello se garantizaría la energía y, a la vez, la concurrencia de varias inteligencias en

la toma de decisiones evitaría la precipitación de las mismas.

La fórmula defendida por Ramos Arizpe prevaleció sobre las demás y fue aprobada el 14 de julio de 1824, aunque el poder ejecutivo unitario fue asesorado y supervisado por un consejo de gobierno que funcionó de 1825 hasta 1853. La segunda etapa en el desarrollo del presidencialismo inicia el 13 de noviembre de 1874, ocurrió cuando se promulgaron las reformas constitucionales (...) las cuales reforzaron la posición del poder ejecutivo federal al restablecerse el senado de la república, así como el veto suspensivo en beneficio del propio ejecutivo (Fix-Zamudio, H., 1980).

De 1877 hasta 1911 se vivió en México el Porfiriato, en este periodo hubo un retroceso en el sentido de vulnerar el sentido del texto constitucional y poner por encima las prácticas políticas, en menoscabo de la división de poderes, tal como la destitución de funcionarios de la Suprema Corte de Justicia y del Ministerio Público (Fix-Zamudio, H., 1980). En 1917, Venustiano Carranza, apoyó la idea del poder ejecutivo unitario y fuerte. Nos parece destacable en su mensaje hacia ese Congreso Constituyente, la especial referencia que realiza sobre las cualidades o características que debía tener el poder ejecutivo por encima del parlamento. Incluso, ante la propuesta de la posibilidad de contar con un sistema parlamentario, el barón de las Cuatro Ciénegas niega totalmente dicha posición, afirmando que con dicha propuesta se crearía un ejecutivo débil y vulnerable, situación que nos parece fundamental para comprender la configuración del sistema político mexicano de las posteriores décadas.

Los constituyentes de 1857 concibieron bien el poder ejecutivo: libre en su esfera de acción para desarrollar su política, sin más limitación que respetar la ley; pero no completaron el pensamiento, porque restaron al poder ejecutivo prestigio, haciendo mediata la elección del presidente, y a su elección fue, no la obra de la voluntad del pueblo, sino el producto de las combinaciones fraudulentas de los colegios electorales (...) Si se designa al presidente directamente por el pueblo, y en contacto constante con él por medio del respeto a sus libertades, por la participación amplia y efectiva de éste en los negocios públicos, por la consideración prudente de las diversas clases sociales y por el desarrollo de los intereses legítimos, el presidente tendrá indispensablemente su sostén en el mismo pueblo (...) ¿Qué es lo que se pretende con la tesis del gobierno parlamentario? Se quiere nada menos que

quitar al presidente sus facultades gubernamentales para que las ejerza el Congreso, mediante una comisión denominada “gabinete”. En otros términos se trata de que el presidente personal desaparezca, quedando de él una figura colectiva.

¿En donde estaría entonces la fuerza del gobierno? En el parlamento. Y como este, en su calidad deliberante, es de ordinario inepto para la administración, el gobierno caminaría siempre a tientas, temeroso a cada instante de ser censurado”

Tal como pudimos advertir, en este mensaje, el Jefe del ejército constitucionalista aducía que en el régimen parlamentario requería un sistema de partidos perfectamente organizado y hombres en los cuales se pudiera distribuir las funciones fundamentales, de lo cual carecía México por lo que a consideración de Carranza se estaría expuesto a crisis ministeriales. Asimismo, en dicho mensaje argumentó que en los países latinoamericanos donde se había implementado el parlamentarismo como forma de gobierno había tenido poco éxito.

De esta manera, la mejor forma de gobierno para Venustiano Carranza era la República Presidencialista respetando los principios de la libertad, igualdad y seguridad de los derechos de los ciudadanos, en esta misma reforma proponía la abolición de la vicepresidencia y un nuevo mecanismo de sustitución de las faltas temporales y definitivas de presidente de la república. Así, los instrumentos aprobados por el constituyente de 1917 para obtener el nuevo reforzamiento constitucional del presidente de la república a partir de la elección directa del presidente de la República, el enjuiciamiento únicamente por delitos graves de orden común y traición a la patria, así como la limitación a los periodos ordinarios del Congreso de la Unión (Fix-Zamudio, H., 1980).

Fue a inicios de los años cuarenta cuando intelectuales destacados empezaban a percibir la excesiva concentración del poder en el ejecutivo. Por ejemplo, en 1946, Daniel Cosío Villegas decretó la muerte de la revolución mexicana, ya que los principios de justicia social y mejora económica en el campo y la ciudad habían sido desvirtuados o abandonados. En este sentido, dicho autor apuntaba que las dos piezas centrales del sistema político mexicano eran básicamente dos: la presidencia de la república y el partido oficial (PRI) calificando al régimen político como una monarquía sexenal hereditaria en línea transversal (Cossío, V., 1974).

La excesiva concentración del poder durante el priismo mexicano ocasionó un grave deterioro en el normal funcionamiento del sistema político. Jorge Carpizo llegó a identificar a las atribuciones extralegales del Ejecutivo de la Unión como “facultades metaconstitucionales” (Carpizo, J., 2004), es decir, aquellas que no están plasmadas en ningún texto legal constitucional ni inferior, pero que implícitamente, por cuestiones del sistema le pertenecían, eran inherentes al jefe máximo, personificado en el Presidente de la República. Entre algunas de las facultades de hecho que tenía el Presidente se encontraban las siguientes: Jefatura Real del PRI (Partido Revolucionario Institucional), designación de su sucesor, designación de los gobernadores, remoción de los gobernadores, atribución de “palomear” candidaturas a diputados y senadores de su partido, cómo definir algunas presidencias de los municipios más grandes del país, la injerencia que tiene para determinar los liderazgos de las cámaras del Comité Ejecutivo Nacional de su partido; y finalmente, poder destituir a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la cual fue derogada con la reforma al Poder Judicial del año de 1994).

Una vez descritos los principales acontecimientos por los cuales el sistema presidencial mexicano inició su agotamiento, pasaremos al análisis del régimen político, a partir del inicio del proceso de apertura del sistema político, así como el estudio de los principales paradigmas que trajeron como consecuencia un proceso de democratización progresiva y un control cada vez más constante hacia el poder ejecutivo.

El *nuevo contexto político mexicano* (Prado, J., 2006) comienza a partir de progresivas etapas que van debilitando el régimen político, primero en el año de 1988 donde el presidente no obtuvo la mayoría calificada en el Congreso para emprender las reformas constitucionales que necesitaba y en el año de 1997, con la pérdida de la mayoría en la Cámara de Diputados, propiciando de esta forma el pluralismo manifestado en un sistema de partidos.

De tal manera, para el año de 1991, los principales factores que han contribuido al cambio vertiginoso del presidencialismo mexicano según Jorge Carpizo, son:

Las transformaciones profundas que ha tenido la sociedad mexicana;

Las crisis económicas de los últimos años;

Un factor psicológico: la ruptura del tabú de que no se debía criticar al presidente de la República;

Fortalecimiento de los poderes Legislativo y Judicial federales;

La influencia más intensa de los grupos de presión;

El paso de un sistema de partido predominante a un multipartidista;

Las frecuentes e intensas manifestaciones de malestar popular;

Las reformas políticas promovidas desde la cúpula política, e

Una serie de factores internacionales¹.

El agotamiento del Sistema Presidencial era cuestión de tiempo. En el año 2000, vivimos un proceso de transición política muy importante, y que ha sido fundamental para el mejor funcionamiento de nuestro naciente Estado Constitucional Democrático. En este sentido, han surgido infinidad de propuestas, con la finalidad de racionalizar el régimen político actual. Para concluir este apartado, nos gustaría realizar diversas interrogantes al lector: ¿Es necesario un ejecutivo fuerte para mantener el orden y estabilidad constitucionales tal y como lo previó el constituyente de 1917, incluso el mismo Venustiano Carranza? ¿el hecho de contar con un régimen presidencial, vuelve al mismo sistema político susceptible a concentrar el poder? ¿qué diseño es el más idóneo para conseguir la estabilidad en un régimen presidencial? Desde nuestra perspectiva, la racionalización del sistema es la mejor opción, cuestión que será abordada en el siguiente capítulo.

V. LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIAL A TRAVÉS DEL CONTROL PARLAMENTARIO

La principal interrogante que debe surgir al inicio de este apartado es la siguiente: ¿por qué se plantea “racionalizar” al sistema presidencial mexicano? Esta propuesta guarda íntima relación con la teoría del control del poder político. La idea principal que persigue dicho control es evitar la arbitrariedad del gobernante, así como la actuación desproporcionada que ocasione perjuicio a la administración pública. En síntesis, se busca que los ciudadanos puedan prever el posible actuar de la administración

pública en caso de infracción a la ley, y en relación con los otros órganos de gobierno, se pretende que ningún órgano prevalezca sobre el otro, y evitar de esta manera la invasión o confusión de poderes.

Racionalizar y parlamentarizar el sistema presidencial han sido algunas de las principales propuestas en el marco de la reforma de estado, realizada por los principales teóricos en nuestro país y otros destacados legisladores (Valadés, D., 2007). Incluso, me atrevería a decir que se ha ofertado como la gran panacea en el rediseño institucional del sistema político mexicano en el marco de la reforma política del Estado. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la idea de parlamentarizar o modificar los sistemas de gobierno como la única respuesta para mejorar la gobernabilidad y restar o disminuir el poder político al jefe del ejecutivo, es errónea.

La historia nos ha demostrado que adoptar o implantar un régimen político no asegura la estabilidad y la gobernabilidad a un Estado. Aunque se dice que el parlamentarismo fomenta la negociación y el debate público, esto no asevera que se vaya a respetar el Estado Constitucional. La misma Alemania nacionalsocialista antes de serlo, tenía un sistema parlamentario, y eso no evitó la gran catástrofe de desmantelamiento progresivo al Estado constitucional que se avecinó después. El problema, creemos, es más agudo, y tiene relación con la ausencia y falta de respeto a los principios que sustentan el moderno Estado Constitucional.

Las facultades metaconstitucionales durante el llamado “presidencialismo mexicano”, forman parte de esta grave patología de anormalidad constitucional (Carpizo, J., 1998). La principal característica de este “presidencialismo” es precisamente la falta de respeto a los principios del Estado Constitucional, con las repercusiones que esto implica, tales como la concentración excesiva de facultades, el deterioro progresivo al estado de Derecho y la grave desconfianza hacia los órganos públicos.

Remontándonos a los principales factores que ocasionaron las graves deficiencias en el sistema presidencial mexicano, investigadores han advertido sobre los complejos problemas que se encuentran relacionados incluso con otras disciplinas, tales como la sociología, la economía, hasta la antropología y la psicología (Fix-Zamudio, H., 1980), siendo el denominador común de estas afectaciones el menoscabo al principio de división de poderes, por medio de la prevalencia del poder ejecutivo federal sobre los otros poderes. El impulsor de la Constitución de 1917, Venustia-

no Carranza, pugnaba por crear un poder ejecutivo fuerte, que tuviera la legitimidad popular directa, advirtiendo que en el régimen parlamentario se necesitaba un sistema de partidos perfectamente organizado y hombres en los cuales se pudiera distribuir las funciones fundamentales, de lo cual carecía México, por lo que a consideración de Carranza, adoptar un parlamentarismo, se estaría expuesto a crisis ministeriales. La historia política probaría que el sistema presidencial mexicano fuerte, propuesto y diseñado por el constituyente de 1917, disminuiría progresivamente el respeto al principio de división de poderes, en menoscabo del poder legislativo y el mismo judicial, favoreciendo los acuerdos de unas cuantas élites políticas, por encima del Estado Constitucional.

Tal y como pudimos advertir de líneas anteriores, el presidencialismo mexicano constituyó un problema de anormalidad constitucional bastante complejo, ya que ocasionaba la sumisión de cualquiera de los dos Poderes de la Unión a favor del poder ejecutivo federal. Aunque para algunos autores, esta cultura autoritaria aún prevalece y ha sido trasplantada en algunos Estados de la República a los Gobernadores, causando un fenómeno inverso de control del poder y erosionando el equilibrio de poderes local.

De esta manera, racionalizar el sistema presidencial mexicano no significa otra cosa que garantizar el funcionamiento efectivo del principio de equilibrio de poderes y también implica un sólido fortalecimiento de las garantías constitucionales para proteger las minorías parlamentarias, respetando de esta forma el principio de pluralismo político, y que éstas, puedan ejercer a su vez el control parlamentario efectivo, para lograr el cumplimiento de la fórmula de “pesos y contrapesos” en el Estado Constitucional. Racionalizar, también implica crear mecanismos procesales que permitan el control de la administración pública por la oposición del gobierno, sin ocasionar ingobernabilidad.

VI.LA ADOPCIÓN DE INSTITUCIONES DE CONTROL PARLAMENTARIO EN EL PRESIDENCIALISMO MEXICANO, OBJECIONES Y DILEMAS

En nuestro país, se ha despojando de su extrema “rigidez” al principio de división de poderes, convirtiéndolo paulatinamente en un esquema más efectivo de cooperación y de relaciones interinstitucionales de

controles recíprocos (Polibio, 2008), incluso, más allá de lo que conoce la doctrina constitucional como “división de funciones” (Loewestein, 1970). De esta forma, se procura alcanzar la fórmula ideal de “pesos y contrapesos”, que limite de manera óptima el poder político, y permita a su vez la gobernabilidad. Luego, el concepto de Constitución trae aparejado como elemento inseparable el control, pero es necesario precisar que solamente se habla de control político en el marco de un Estado Constitucional, es decir, aquél complejo institucional que reconoce figuras que permiten fiscalizar el quehacer gubernamental, por medio del diálogo y procesos discursivos-rationales, maximizando así la transparencia y rendición de cuentas (Ackerman, 2006).

Hoy en día, se ha vuelto una tarea imprescindible la reconfiguración del sistema político a partir de un esquema más democrático de rendición de cuentas, en el marco de la reforma política sucedida en años recientes. Los términos como: “racionalizar” el sistema presidencial, han sido algunas de las principales propuestas desde el inicio de la reforma de estado, hasta la concreción de las principales modificaciones, como consecuencia de la reforma política más reciente (Febrero de 2014), de ahí que sea indispensable remontarse a la gran cantidad de estudios teóricos de gran calado efectuadas en los últimos años para alcanzar una mejor comprensión de este fenómeno (Valadés, D., 2008).

En este capítulo trataremos de responder a la cuestión relacionada con la compatibilidad y pertinencia de determinadas instituciones o figuras que son empleadas comúnmente en el sistema parlamentario, y que pudiesen ser aplicables al sistema presidencial mexicano como forma de control del poder ejecutivo.

La adopción de instituciones de derecho comparado tiene una relación inexorable con lo que los académicos conocen como circulación o adopción de un modelo, esto se refiere a la implantación de una figura o institución igual, que pudiera funcionar de manera distinta en dos países diferentes (Volpi, M., 1998). De esta forma, ¿cuál será el parámetro a partir del cual podamos medir o evaluar la pertinencia de determinada institución del control parlamentario al sistema presidencial mexicano? Creemos que la respuesta a esta interrogante, guarda íntima relación con las necesidades de mejoramiento que tiene en la actualidad el sistema presidencial mexicano. Asimismo, se debe hacer énfasis en las posibilidades

de bloqueo de poder en caso de la implantación de los instrumentos de control.

El control parlamentario podemos dividirlo en tres clases: el control de la legislación, el control presupuestal y el control político (en sentido estricto) (Lanz, J., 1987). El control legislativo se refiere a las facultades legislativas del Presidente (iniciativa, participación en la discusión de la ley, veto, publicación y la ejecución, facultad reglamentaria y facultades extraordinarias); el control presupuestal, es la forma en que el ejercicio del gasto público puede ser fiscalizado antes, durante o posterior a su ejercicio. Finalmente, el control político abarca aquellas instituciones como la responsabilidad política a los altos servidores públicos (declaratoria de procedencia y juicio político), otorgamiento de permisos al presidente y la ratificación de nombramientos (Huerta, C., 2010).

En este sentido, el control político, será aquel “cuyo parámetro de actuación lo constituye un orden jurídico, y su resultado siempre se basa en razones jurídicas. Es un control de oportunidad que se efectúa cuando la situación lo amerite a consideración del órgano controlante, pero no necesariamente acarrea una sanción” (Huerta, C., 2010). Conforme con lo anterior, el control parlamentario se clasifica entonces como un control político, dada la finalidad u objeto del mismo, de controlar el ejercicio del poder ejecutivo en su función de supervisor y fiscalizador de la administración pública gubernamental. De acuerdo con la opinión de Manuel Aragón, “la diferenciación neta entre Legislativo y Ejecutivo fue el gran esfuerzo ilustrado encaminado a racionalizar el modo de producción de la voluntad estatal poniendo orden en la confusa situación precedente” (Huerta, C., 2010). Sin embargo, en todo caso, no sólo por razones de carácter democrático hemos de reivindicar la posición destacada del órgano legislativo popular dentro del procedimiento legislativo previsto formalmente en nuestra Constitución (arts. 71 y 72) (Huerta, C., 2010), sino por otras más de carácter materialmente constitucionales, como su actuación principalísima dentro del proceso de revisión constitucional, sobre todo las reservas de ley en diversas materias dispuestas en su mayoría en el artículo 73; es decir, materias reservadas por imperativo constitucional al Parlamento, y en consecuencia mandatadas al legislador a que sea él quien legisle (Otto, I., 2008).

El control legislativo ejercido por el parlamento tiene conexión con

el principio de reserva legal, el cual permite al ejecutivo federal legislar a través de la vía reglamentaria únicamente aquellas materias para las cuales se encuentra expresamente facultado (García, E., 2001). En este sentido, el aumento progresivo de demandas por invasión de competencias del ejecutivo federal, presentadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el Congreso de la Unión, demuestra el respeto por el diseño constitucional de ambos poderes, o por lo menos, la aceptación de las reglas del juego para dirimir los conflictos (Cossío, V., 2007).

Lo mismo puede advertirse a través del control presupuestario, con la creación de la Auditoría Superior de la Federación y su renovado espíritu de imparcialidad, con la reforma constitucional de 2001, se le ha otorgado mayor autonomía operativa y técnica. En esta tesitura, la ASF quedó inserta en el marco de esta nueva gerencia pública, y progresivamente ha adoptado mecanismos de medición y evaluación de la gestión pública a través de parámetros técnicos y funcionales (Ackerman, J., 2007). De esta forma, las diversas clases de gestiones (estratégica, de procesos, de servicios, exógena, y gestión de competencia-conocimiento) son algunas de las nuevas directrices bajo las cuales se rige este mecanismo de control.

Otras de las figuras de control parlamentario que han llamado nuestra atención, resultan ser la ratificación de nombramientos realizados por el Presidente de la República, en el caso de designación de Procurador, Ministros de la Suprema Corte, principalmente. En la actualidad, una de las propuestas de rediseño institucional, consiste en someter a consideración del Congreso la designación de los miembros del Gabinete, con la finalidad de controlar el quehacer gubernamental de manera más efectiva. Deseamos advertir, que tal y como se encuentran las cosas en el sistema de partidos actual, dicha propuesta puede constituir un posible y latente peligro para la estabilidad de los gobiernos, dadas las distintas legitimidades que ostentan tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo, pudiendo provocar en este caso, parálisis gubernamental, debido a las necesidades inmediatas para operar de parte del ejecutivo federal y la necesidad de esperar la aprobación de parte del Congreso.

El Parlamento contemporáneo, en tanto que órgano responsable de la integración plural del Estado, detenta importantes facultades que le acompañan desde la temprana época de su origen. Sin embargo, su desarrollo y perfeccionamiento, acompasado con un nuevo modelo de gestión

de gobernanza caracterizado por la eclosión de un sinnúmero de instituciones especializadas de naturaleza gubernamental, ha robustecido sus facultades hasta llegar ejercer una incidencia en ámbitos de naturaleza gubernamental, como por ejemplo, tratándose de su participación en la designación de los titulares de dichos órganos.

En la inteligencia de que el Parlamento es en esencia un órgano de legitimación en clave intensa y estructuralmente pluralista, se le considera un punto de arranque –sobre la legitimación directamente electiva– de la función de orientación y de dirección política en sociedades avanzadas (López, J., 1997). Desde el punto de vista subjetivo, la orientación política puede ser identificada con la voluntad del Estado y, en concreto, con su voluntad directora y de coordinación; y desde el punto de vista objetivo esta identificación se produce con el conjunto de fines determinados para dirigir la acción futura de los poderes públicos (Canosa, R., 1990).

Ahora bien, en aras de garantizar el principio de estabilidad gubernamental, el control parlamentario no pretende necesariamente derribar al Gobierno, salvo casos excepcionales, sino más bien, mantenerlo continuamente sujeto a control, lo que ciertamente implica algún nivel de responsabilidad, pero que no necesariamente habrá de conducir a su dimisión (Álvarez, E., 2000). En consecuencia, habida cuenta que de acuerdo con la doctrina, el principal promotor del control parlamentario es la oposición política, el principal destinatario del mismo habrá de ser la opinión pública (Enríquez, G., 2010).

En la inteligencia de que el Parlamento es en esencia un órgano de legitimación en clave intensa y estructuralmente pluralista, se le considera un punto de arranque –sobre la legitimación directamente electiva– de la función de orientación y de dirección política en sociedades avanzadas (López, J., 1997). Desde el punto de vista subjetivo, la orientación política puede ser identificada con la voluntad del Estado y, en concreto, con su voluntad directora y de coordinación; y desde el punto de vista objetivo esta identificación se produce con el conjunto de fines determinados para dirigir la acción futura de los poderes públicos (Canosa, R., 1990).

Las preguntas y las interpelaciones forman parte del control parlamentario de naturaleza política, las mismas no se encuentran plenamente reguladas en nuestro ordenamiento constitucional ni infralegal de manera formal, para ser utilizadas por los parlamentarios en la rendición de cuen-

tas y la fiscalización de la actividad gubernamental. Las primeras permiten cuestionar a determinado Secretario de Estado de manera escrita u oral sobre un asunto en particular, de parte de alguna fracción parlamentaria al interior del Congreso de la Unión. Por otra parte, la interpelación constituye aquellas cuestiones planteadas por los mismos legisladores hacia los Secretarios de Estado sobre la justificación de su actuar en la aplicación de determinada política pública, en materias de mayor trascendencia política (Dugit, L., 2005). La diferencia entre estas dos figuras son los efectos que tiene, mientras que en las preguntas se trata de evidenciar ante la opinión pública determinado actuar gubernamental en perjuicio del patrimonio público, con la interpelación se busca incidir en el electorado.

La moción de censura constituye también otro importante instrumento dentro del sistema de gobierno parlamentario, que no tendría razón de ser el en sistema presidencial mexicano. A través de ésta, puede exigirse responsabilidad política al gobernante. Los efectos de la misma tienen una lógica muy sencilla dentro del sistema parlamentario: retirar la confianza al gobernante y permitir que el electorado decida sobre las nuevas políticas que han de aplicarse, quizá por ello algunos autores se han referido ella como una “técnica jurídico-política hiperracionalizada, que contribuiría a la estabilidad gubernamental”. Reiteramos, esto es racional dentro del sistema parlamentario, pero en un sistema presidencial quedaría fuera de toda lógica la posibilidad de que el titular del ejecutivo federal pudiera ser removido por un órgano que no lo designó.

De igual forma, la dirección política puede concretarse mediante instrumentos normativos de habilitación o autorización en sede parlamentaria. Como se afirmó anteriormente, existen potestades que para su debido ejercicio –por ejemplo la gubernamental– ocupan la autorización previa de otro órgano del Estado, en virtud del diseño institucional previsto para contrapesar el poder de un órgano respecto al resto de los demás. En la forma de gobierno presidencial adoptada por la Constitución mexicana, el Poder Legislativo Federal ostenta un importante protagonismo en la función de dirección política del Gobierno mediante algunos mecanismos de control, como lo son las autorizaciones para la realización de determinados actos por parte del propio gobierno, o de ciertas acciones que tendrán incidencia directa en la gobernabilidad, como por ejemplo, los ejercicios de consulta popular.

Finalmente, creemos que la adopción de cualquier mecanismo de control parlamentario al sistema presidencial mexicano debe de analizarse detenidamente a través de los efectos que éste pudiera producir en el sistema político en su integridad. Es decir, existen instituciones que por su propia naturaleza son incompatibles con el sistema presidencial, tales como la moción de censura y la disolución del parlamento por el jefe de gobierno. Pero existen otras, que dada su naturaleza, pueden adoptarse plenamente, ya que los efectos de las mismas son generar a través del debate público-racional, una mejor toma de decisiones y una efectiva rendición de cuentas sobre los asuntos de la administración pública, tales como la interpelación, la pregunta y la comparecencia, todo ello, con la finalidad de generar una mejor calidad en el control del poder político (Alcantara, S., y García, M., 2005).

CONCLUSIONES

El control parlamentario responde al principio constitucional de pluralismo político y que tiene las características de necesidad, oportunidad e importancia. La adopción de cualquier institución o figura contemplada previamente en el sistema parlamentario, y que pretenda implementarse en el actual sistema presidencial mexicano, debe ser analizada a partir de los efectos que produzca. Asimismo, debe analizarse la pertinencia en relación con el esquema de responsabilidades para cada órgano que participe en la adopción de dicha institución.

Desde nuestra perspectiva, en el actual diseño constitucional, los controles parlamentarios que existen para limitar o restringir el poder político del ejecutivo federal no han sido del todo eficaces, debido a múltiples fenómenos metalegales. Los principales obstáculos que impiden la plena realización de esta actividad fiscalizadora son, entre otros, los siguientes: el estado de partidos existente (partidocracia), la corrupción elevada (en la esfera pública), la cultura política al interior del Congreso para debatir tal y como sucede en un auténtico Parlamento, la ausencia de mecanismos efectivos para ejercer responsabilidad administrativa a los servidores públicos (declaratoria de procedencia y juicio político), la idea equívoca de inmunidad por desempeñar un alto cargo en la administración pública y la falta de una ciudadanía activa que ejerza el poder de crítica hacia la esfera gubernamental. Factores metalegales que quizá darían lugar a otro

debate en otro espacio de discusión más amplio: el de la cultura política. Por ahora, nos hemos limitado al diseño institucional. Esperemos haber cumplido con nuestro objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón, M. (2013), *Estudios de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Álvarez, E. (2000) *Curso de Derecho Constitucional*. Tecnos.

Ackerman, J. (2005), *Social accountability for the public sector: a conceptual discussion and Learning Module*. The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank.

Aragón, M. (2002), *Constitución, democracia y control*. UNAM-III.

Biscaretti Di Ruffia, P. (1998), *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Fondo de Cultura Económica.

Carpizo, J. (2003), *La constitución mexicana de 1917*, México, UNAM-III, 1997; *Temas constitucionales*. Porrúa-UNAM.

Canosa, R. (1990), “La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional”. *Estudios Políticos*.

De Vega, P. (1982), “Constitución y democracia” en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*. Fondo de Cultura Económica.

Duverger, M. (1982), *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Ariel.

Enríquez, G. (2009), *La revaloración del control parlamentario en México*. UNAM-III.

Enríquez, G. (2010), *El principio de información y de investigación parlamentaria*. En Sánchez, M. (2010), (Coord.), *Los principios parlamentarios*. Porrúa.

Eraña, M. (2004), *La protección constitucional de las minorías parlamentarias (Estudio comparado sobre la funcionalidad del pluralismo político en México y España)*. Porrúa-Universidad Iberoamericana.

Escuin, C. (2008), *El Parlamento en el Derecho*. Congreso de los Diputados.

Fernández, F. (1997), *El sistema constitucional español*. Dykinson.

Fix-Zamudio, H. y Valencia, S. (1998), *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. Porrúa.

Habermas, J. (2004), “¿Qué significa política deliberativa?”, en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*. Paidós.

Huerta, C. (2010), *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. UNAM-IIIJ.

López, J. (1997), *Control parlamentario: centralidad y funcionalidad del Parlamento*. En *Revisa de Ciencias Jurídicas*. 2(22). Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

Loewestein, K. (1970), *Teoría de la constitución*, trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Ariel.

Montero, J. (1984), *El control parlamentario*. Tecnos.

Montesquieu, C. (2007), *Del espíritu de las leyes*, (introducción de Enrique Tierno Galván) trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tecnos.

Núñez, M. (2006), *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución (El paradigma de Venezuela y España)*. Porrúa-UANL-Universidad Iberoamericana.

Otto, I. (2008), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.

Polibio, (2008), *Historias de Roma, Libro VI*. Alianza Editorial.

Santamaría, J. (1997), *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político)*, (prólogo de Gregorio Peces-Barba), Dykinson-Universidad de Burgos.

Valadés, D. (2007), *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. UNAM-IIIJ-El Colegio Nacional.

Valadés, D. y Carbonell, M. (2001), *Estrategias y propuestas de una reforma de Estado*. UNAM-IIIJ.

Weber, M. (1981), *Economía y sociedad (Esbozo de una sociología comprensiva)*, (Edición preparada por Johannes Winckelmann y nota preliminar de José Medina Echavarría). Fondo de Cultura Económica.

'Notas de fim'

1 Entre las que podemos señalar, la presión de organismos internacionales como la Unión Europea que puso como condición al gobierno mexicano la democratización para poder facilitar las relaciones multilaterales.

A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: UMA REVISITAÇÃO DO TEMA À LUZ DAS PREMISSAS DOCTRINÁRIAS

THE RULE OF PROPORTIONALITY: A REVISIT OF THE
THEME IN THE LIGHT OF DOCTRINAL PREMISES

LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD: UNA REVISIÓN
DEL TEMA A LA LUZ DE LAS PREMISAS DOCTRINALES

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Metodologia; 3. A distinção entre regras e princípios; 3.1 A distinção entre regras e princípios nas lições de Robert Alexy; 3.1.1 O conflito entre regras; 3.1.2 A colisão entre princípios; 3.1.3 O caráter *prima facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras; 3.1.4 Regras e princípios enquanto razões; 3.1.5 O critério da generalidade; 3.2 As demais lições doutrinárias acerca da distinção entre regras e princípios; 3.3 Os direitos fundamentais como regras e como princípios nas lições de Lothar Michael; 4. A proporcionalidade; 4.1 Breve relato histórico; 4.2 A conceitualização doutrinária da proporcionalidade; 4.3 Subprincípios da proporcionalidade; 5. A proporcionalidade enquanto regra ou princípio; 6. conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem por escopo revisar o tema das regras e princípios, explorando, delineando e apresentado os seus conceitos, especialmente a distinção entre essas normas de direitos fundamentais, para, então, adentrar no tema da proporcionalidade, demonstrando a divergente posição doutrinária

Como citar este artigo:

DUARTE, Joel,
DE OLIVEIRA,
Jadson. A regra da
proporcionalidade:
uma revisitação
do tema à luz das
premissas doutrinárias.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 397-428

Data da submissão:
08/05/2021

Data da aprovação:
03/08/2023

acerca de sua classificação enquanto regra ou princípio e, introduzindo também o seu conceito e especificidades, estabelecer uma conclusão pela classificação mais adequada, recorrendo-se, para tanto, especialmente, à pesquisa bibliográfica e documental, além de publicações em periódicos, artigos científicos, dissertações sobre o tema.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to revisit the theme of rules and principles, exploring, outlining and presenting their concepts, in addition to the distinction between these norms of fundamental rights, to then enter the theme of proportionality, demonstrating the divergent doctrinal position on its classification as a rule or principle and, also introducing its concept and specificities, establish a conclusion by the most appropriate classification, using, especially, bibliographic and documentary research, in addition to publications in journals, scientific articles, dissertations on the theme.

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo revisar el tema de las reglas y principios, explorando, delineando y presentando sus conceptos, especialmente la distinción entre estas normas de derechos fundamentales, para luego adentrarse en el tema de la proporcionalidad, demostrando la divergente posición doctrinaria acerca de su clasificación como regla o principio e introduciendo también su concepto y especificidades, estableciendo una conclusión sobre la clasificación más adecuada, recurriendo para ello especialmente a la investigación bibliográfica y documental, además de publicaciones en revistas, artículos científicos y tesis sobre el tema.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípios; Regras; Distinção; Conflito; Colisão; Proporcionalidade.

KEYWORDS:

Principles; Rules; Distinction; Conflict; Collision; Proportionality.

PALABRAS CLAVE:

Principios; Reglas; Distinción; Conflicto; Colisión; Proporcionalidad.

1. INTRODUÇÃO

As normas constitucionais são consideradas como normas de direito fundamental, se inscritas na seção assim intitulada pela Carta Constitucional de 1988, bem como, quando forem garantidoras de direitos individuais ou refletirem normas de direitos fundamentais atribuídas, advindas de precedentes jurisprudenciais apoiados em normas “diretas” de direitos fundamentais.

Como se sabe, o caráter aberto das normas constitucionais, mormente no que tange os direitos fundamentais, enseja dificuldades de várias ordens. Estruturalmente, as normas de direito fundamental podem ser de dois tipos: regras ou princípios.

O Direito e o ordenamento jurídico se assentam em valores e interesses sociais relevantes que se projetam em princípios. Os direitos fundamentais, portanto, consiste em um conjunto de princípios, complementados por regras.

O conceito, delimitação, conteúdo essencial e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais podem variar segundo o conceito de princípio ou regras que se adote, assim como, são também as críticas às teorias da eficácia das normas constitucionais determinadas a partir desses conceitos.

Bem assim, o conceito de conflitos normativos é alvo de diversos debates doutrinários, especialmente no caso das colisões entre normas e contradições normativas. Por este motivo, é imperioso estudar o conflito normativo à luz do conflito entre regras e colisão entre princípios.

A análise da abordagem doutrinária das regras e princípios, bem como, da proporcionalidade é o objeto do presente trabalho, que aborda a temática trazendo o escopo de, revisitando o tema, estabelecer uma conclusão pela classificação mais adequada da proporcionalidade enquanto princípio ou regra.

Para atingir o fim acima delineado, incursiona-se, no primeiro capítulo, pela conceituação e lições doutrinárias acerca de princípios e regras e sua distinção, assim como, apresenta as lições de Robert Alexy acerca dos conflitos e colisões, para ao final, apresentar um compilado de lições doutrinárias acerca do tema.

No capítulo seguinte, discorre sobre a proporcionalidade, fazendo uma breve introdução histórica e, na sequência, apresentando o conceito

e especificidades do princípio (regra da proporcionalidade), tratando, inclusive, dos seus subprincípios.

Reservando-se, no capítulo seguinte, a discorrer sobre a proporcionalidade enquanto princípio, regra, postulado ou máxima, para situar o leitor acerca da existência de divergência doutrinária quanto à sua classificação, de modo que, ao final, possa concluir o presente trabalho pela adoção do conceito mais adequado.

O tema a ser desenvolvido ao longo do trabalho possui inequívoca relevância, aferível no efetivo interesse que desperta no campo doutrinário e jurisprudencial e por afetar diretamente interesses de feições que norteiam todo o ordenamento jurídico vigente, haja vista que, sem aprofundar a investigação acerca das regras, princípios e da proporcionalidade no ordenamento jurídico, não é possível compreender a natureza, essência e rumos dos direitos fundamentais na contemporaneidade.

2. METODOLOGIA

No que concerne à metodologia, esta visou obter uma compreensão abrangente do estado atual do conhecimento sobre o assunto em questão.

Com isso, o presente artigo utiliza-se do método de pesquisa bibliográfica, partindo-se da análise das lições de Robert Alexy, em razão da expressiva influência na Teoria dos Princípios, sendo um dos autores mais debatidos e influentes deste campo.

Propõe-se ainda a utilização do método logico-dedutivo desenvolvido por Popper (2004). De acordo com o autor (Popper, 2004, p. 19-22), todo conhecimento inicia com um problema, o que acontece também na pesquisa científica.

Enquanto método de procedimento foi utilizada a pesquisa explicativa, sendo realizada a estruturação do estudo de forma colaborativa entre as fontes secundárias e terciárias, através de livros, manuais e artigos, tendo o autor, através dos meios citados, buscado enquanto fonte aprofundada da coleta de dados para o desenvolvimento das teorias expostas a pesquisa através da bibliografia.

Bem assim, partiremos das teses popperianas (Popper, 2004, p. 28) no desenvolvimento dos conceitos relativos à verdade e à explicação, que tornam possível a análise do conceito da “aproximação da verdade” e do “poder explicativo” ou “conteúdo explicativo” de uma teoria.

Neste passo, a análise precisa dos livros e artigos do autor Robert Alexy foram fontes essenciais e enriquecedoras para produção do presente artigo, possibilitando uma visão crítica do leitor quanto ao tema em questão.

Para garantir a representatividade e abrangência da pesquisa, foram utilizadas tanto fontes nacionais como estrangeiras. Isso possibilitou tratar dos aspectos intrínsecos às regras, princípios e proporcionalidade de forma mais completa, considerando diferentes contextos e abordagens teóricas.

Destarte, para a materialização da presente pesquisa, buscou-se a utilização de fontes de pesquisa bibliográficas e documentais, decorrente do cunho hegemonicamente doutrinário das premissas acerca do panorama de estudo proposto, recorrendo-se às doutrinas nacionais e estrangeiras para tratar dos aspectos intrínsecos ao estudo das regras, princípios e proporcionalidade.

3. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

Como bem asseveram Gilmar Mendes e Paulo Branco, as normas constitucionais pertencem a um sistema normativo que “lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico” (Mendes e Branco, p. 71).

Estruturalmente, como dito anteriormente, as normas podem ser enquadradas em dois tipos normativos: regras e princípios.

A fim de delinear as nuances do estudo das regras e princípios, apresentaremos, primeiramente e de forma mais aprofundada, as lições de Robert Alexy, tanto em razão da expressiva influência na Teoria dos Princípios como, mormente, por servir de embasamento aos demais posicionamentos que serão apresentados após em um compilado doutrinário.

3.1 A distinção entre regras e princípios nas lições de Robert Alexy

Ao apresentar lições acerca das normas de direito fundamentais, Robert Alexy esclarece que diversas são as diferenciações teórico-estruturais possíveis, todavia, para a teoria dos direitos fundamentais, a de maior importância é a distinção entre regras e princípios.

Isso porque, na concepção do autor, através da aludida distinção, soluciona-se não apenas problemas como os efeitos dos direitos fundamen-

tais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento, mas também constitui “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”. (Alexy, p. 85)

As normas de direitos fundamentais são comumente caracterizadas como princípios. Porém, faz-se referências a estas como regras, quando se afirma que a Constituição “deve ser levada a sério como lei”. Contudo, “essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões. O que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção”. (Alexy, p. 86)

Como Alexy faz questão de destacar em suas lições, existe uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos e tratar ambos os conceitos em questão, regra e princípio, como normas, pois ambos ditam o que “deve ser”.

A fim de distinguir essas normas entre si, utiliza-se, com mais frequência, o critério da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. (Alexy, p. 87)

Em nota de rodapé, Alexy esclarece, porém, que o conceito de generalidade de uma norma tem que ser estritamente distinguido do conceito de universalidade. Assim, a despeito de ser uma possibilidade mais genérica do que a autora, as normas são universais, pois se aplicam a todos os indivíduos de uma classe aberta.

Além do critério da generalidade, Alexy entende como outros possíveis: “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para ordem jurídica. (Alexy, p. 88)

Ademais disso, os princípios e regras também podem ser diferenciados “com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.”. (Alexy, p. 89)

Com base nesses critérios, o autor elucida três teses distintas acerca da diferenciação entre regras e princípios: a *primeira* “sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos

princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso”; a *segunda*, por sua vez, salienta que apesar de ser possível a diferenciação, esta é somente de grau; enquanto a *terceira*, - tese que o autor considera correta -, “sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”. (Alexy, p. 90)

Nesse sentido, Alexy apresenta a classificação de princípio como mandamentos de otimização, explicando que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

Assim, esta seria a principal diferença entre regras e princípios, vez que estes “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, enquanto as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. (Alexy, p. 91)

Segundo o autor, sendo válida a regra, deve ser feito exatamente aquilo exigido por ela, razão pela qual diz que as regras contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”

Dessa forma, o autor conclui que a distinção entre regras e princípios é, não de grau, mas sim qualitativa, reafirmando que “toda norma ou é uma regra ou um princípio”. (Alexy, p. 91)

Outra hipótese nas quais se visualiza mais facilmente a distinção entre os princípios e regras é nos casos de colisões daqueles e conflitos destas, situação em que, conforme ensina Alexy, o que ocorre é o fato de duas normas, aplicadas isoladamente, levarem a resultados contraditórios. E a forma de solução dessa contradição no caso de conflitos ou colisão é outra forma de diferenciar as regras dos princípios.

3.1.1 O conflito entre regras

Alexy apresenta estudos acerca da solução dos conflitos também com o fim de diferenciar os princípios das regras, afirmando que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”

Todavia, o autor faz questão de esclarecer que, não sendo possível

esse tipo de solução através da cláusula de exceção, necessariamente uma das regras deverá ser invalidada e, portanto, retirada do ordenamento jurídico, pois, “ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é.” (Alexy, p. 92)

No que concerne à forma como deverá se solucionar o conflito na hipótese de não ser possível a cláusula de exceção, o autor destaca que a invalidade deverá respeitar regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogati legi generali*, como também, pela importância de cada regra em conflito.

3.1.2 A colisão entre princípios

Em sentido diametralmente oposto ao que se vislumbra no conflito entre regras, quando a situação contraditória recai sobre princípios, “um dos princípios terá que ceder”. Apesar disso, explica Alexy o princípio cedente não deve ser declarado inválido e tampouco deverá ser inserida nele uma cláusula de exceção. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (Alexy, p. 93)

Através disso, é possível compreender que, enquanto “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade”, as colisões entre princípios “ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (Alexy, p. 94)

O que Alexy afirma veemente, é que não se pode solucionar uma colisão entre conflitos com base numa precedência absoluta de um deles sobre o outro. Mas sim, “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes” cujo objetivo é “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”

Tem-se, pois, que, diferentemente do que ocorre com o conflito de regras, não se invalida um dos princípios e tampouco se inclui uma cláusula de exceção em algum deles, mas estabelece-se uma “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.”

Faz-se mister, por ora, esclarecer que do sopesamento dessas normas conflitantes, advém normas de direitos fundamentais atribuídas.

Alexy faz referência a essas normas, que são aquelas que, apesar de não ser diretamente estabelecida pela Constituição Federal, possuem uma

correta fundamentação referida a direitos fundamentais, para explicar que “se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se presume-, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva”, e, diante disso, o autor afirma que de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. (Alexy, p. 100)

Com isso, o autor pretende esclarecer que, ainda que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas (pela constituição) tivessem estrutura de princípio, o que não ocorre, haveria ainda normas de direitos fundamentais com ambas as estruturas, tanto de regras quanto de princípios. Considerações essa, que Alexy entende conduzir à “aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais”. (Alexy, p. 103)

3.1.3 O caráter *prima facie* dos princípios e o caráter definitivo das regras

Como não poderia ser diferente, diante do que fora apresentado até agora, decorre-se o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

Enquanto os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e, dessa forma, “não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”, as regras “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam” e possuem “uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”. (Alexy, p. 104)

Dito isso, o Alexy aduz que poderia se pensar que “os princípios tem sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo”. Tanto é, que essas são as lições de Dworkin, quando ensina que “regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão”, mas em seu entendimento, o autor considera inadequado, por ser muito simples e carente de um modelo diferenciado. (Alexy, p. 104)

Tal necessidade de um modelo diferenciado, na concepção de Alexy, decorre “da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso” e, ocorrendo tal situação, “a regra perde seu caráter definitivo”.

Apesar do que, o autor entende que não é possível ter absoluta certeza de que, “em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção. Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção”. (Alexy, p. 104)

Todavia, como ele bem conclui em suas lições, “as regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito”, porém, o “caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo é muito diferente daqueles dos princípios”. (Alexy, p. 105)

Nesse sentido, como Alexy ensina, diferentemente dos princípios, que cedem lugar a outros que, no caso concreto, possuem peso maior, a regra não é superada simplesmente quando se atribui peso maior ou menor ao princípio que a sustenta ou conflita com este.

É imprescindível, nesta situação, que sejam “superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”. (Alexy, p. 105)

Tais princípios, por sua vez, são denominados “princípios formais” e, segundo o autor, quanto mais peso se atribui a estes princípios, mais forte é o caráter *prima facie* das regras deles advindas, e “somente quando se deixa de atribuir algum peso a este tipo de princípios, é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*”. (Alexy, p. 105)

Destaca o texto, contudo, que o fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios não o aproxima do caráter *prima facie* das regras, haja vista que o “caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou determinadas classes de princípios”. (Alexy, p. 106)

O que autor afirma, nessa situação, é que “somente a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras” e “mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de prece-

dência no caso concreto” e, por este motivo, regras e princípios possuem caráter *prima facie* distinto. (Alexy, p. 106)

3.1.4 Regras e princípios enquanto razões

Reafirmando o entendimento anteriormente apresentado, Alexy demonstra ainda, que regras e princípios são razões de naturezas distintas pois, enquanto princípios são sempre razões *prima facie*, as regras, não havendo o estabelecimento de exceções, são razões definitivas. (Alexy, p. 106)

Ainda assim, o autor faz questão de elucidar que regras e princípios são razões para ações ou razões para normas e, “enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais e/ou individuais. (Alexy, p. 107)

Diferentemente do entendimento de Raz, que considera normas razões para ações, Alexy considera que regras e princípios são razões para normas e, em que pese, afim de diferenciar regras e princípios, há quem estabeleça que princípios são razões para regras e somente para regras, Alexy há por bem em discordar, posto que, nesse caso os princípios não poderiam servir de esteio pra decisões, o que ocorre.

Dito isso, Alexy compreende que “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas”. Mas, ainda assim, entende como um ponto acertado, que princípios sejam considerados também como razões para regras, pois difere o caráter das regras e dos princípios como “razões para juízos concretos do dever-ser”. (Alexy, p. 107)

Assim, o autor considera regra como “razões definitivas” pelo fato de serem razões para um determinado juízo concreto, e os princípios como “razões *prima facie*”, pois, isoladamente, refletem apenas direitos *prima facie*. E, conquanto o princípio possa percorrer um caminho de razão *prima facie* para razão definitiva, tal caminho se dá através da definição de uma regra, conforme determina a lei de colisão.

Isto posto, com esteio nas lições de Esser e Kant, Alexy conclui que “em si mesmos, princípios nunca serão razões definitivas”. (Alexy, p. 108)

3.1.5 O critério da generalidade

Segundo Alexy, princípios “são relativamente gerais, porque ainda

não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo” e, quando estivessem efetivamente nessa relação é que se chegaria a um sistema diferenciado de regras. (Alexy, p. 108)

Todavia, o ilustre professor faz questão de deixar claro que “a existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto” e, normas como essas são comumente tidas como princípios, apesar de não serem, o que exemplifica que a teoria da generalidade leva ao “desvio do uso corrente da linguagem”. (Alexy, p. 109)

Por este motivo, esclarece que as razões para atribuir inúmeras características aos princípios são óbvias, como o conteúdo axiológico mais facilmente identificado e sua importância substancial ao ordenamento enquanto razões decisivas para regras e sua relação à ideia de direito, que “decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral ao mais especial”. E, principalmente, que “a contraposição dos princípios, enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normais ‘criadas’ deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita. (Alexy, p. 109)

3.2 As demais lições doutrinárias acerca da distinção entre regras e princípios

A doutrina pouco diverge das lições de Alexy, que, em razão do pioneirismo e brilhantismo, por vezes é o embasamento teórico dos posicionamentos dos demais doutrinadores.

Para Gilmar Mendes e Paulo Branco, “tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de categorias deontológicas comuns às normas – o mandado, a permissão e a proibição”. (Mendes e Branco, p. 72)

Quanto à sua distinção, muito comumente emprega-se a generalidade e abstração como critério, quando os princípios seriam normas mais abertas e abstratas do que as regras. Bem como, que princípios refletiriam normas que carecem de mediação concretizadora pelo legislador, ao passo em que, regras seriam aplicadas imediatamente. (Mendes e Branco, p. 72)

Para os autores, “a separação entre regras e princípios é sugerida como sendo devedora do critério da importância da norma para o conjunto do ordenamento jurídico, especialmente sob o aspecto de ser a nor-

ma o fundamento de outras normas, quando então integraria a modalidade do princípio”. (Mendes e Branco, p. 72)

Diferentemente das regras, nas lições de Mendes e Branco segundo Canotilho, os princípios desempenhariam função argumentativa, vez que são mais abrangentes que as regras e assinalam padrões de justiça e, assim, tornam-se instrumentos norteadores da razão de ser de uma regram ou de outro princípio menos amplo. (Mendes e Branco, p. 72)

Em outra perspectiva, porém, o ceticismo dos que consideram a pluralidade de normas um obstáculo à situação da norma em uma ou outra classe também reflete em posicionamentos doutrinários que sustentem a diferença entre regra e princípio apenas em nível de “grau”, posicionamento que não representa notável expressão e, por isso, faz-se despidiênda a apresentação.

Dworkin, por sua vez, propõe fazer uma releitura dos ensinamentos de Hart, a partir do reexame dos conceitos por ele oferecido, afirmando que “denomina de ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, bem como “denomina de ‘princípio’ um padrão que estabelece um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, p. 39)

Faz-se mister esclarecer, porém, que segundo Alexy, princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto coletivos e, como tais, carecem da “criação ou manutenção de situações que satisfaçam critérios que vão além da validade ou satisfação de direitos individuais”.

Diferentemente de Dworkin, que define princípios apenas como “aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais”, enquanto normas que se refiram a interesses coletivos “são por ele denominadas como ‘políticas”.

Mas, apesar disso, Alexy conclui que “não é nem exigível e nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual” e que as características lógicas comuns a ambos os princípios, que versem sobre direitos individuais ou coletivos, “aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios e indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio”.

Jorge Miranda afirma que os princípios “aditem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis”. Todavia, nem por isso o legislador ou operador jurídico pode deixar de lhes dar o devido cumprimento. (Miranda, p. 267)

Para Paulo Bonavides, com homenagens à Luís-Diex Picazo, a ideia de princípio advém da premissa de “onde designa as verdades primeiras”, e, portanto, são “princípios” premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”. (Bonavides, p. 260)

Seguindo essa compressão, Bonavides, apresenta lições de Picazo que consideram os princípios como “critérios de inspiração às leis ou normas concretas” de um Direito Positivo e, ainda, como “normas obtidas mediante processo de generalização e decantação dessas leis”.

Todavia, o autor entende por deveras defeituosa essa e outras conceituações de princípios que desconsiderem o traço de sua normatividade.

Sendo assim, considerando sólida e excelente a conceituação de Crisafulli, Bonavides apresenta princípio como “toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.”

Em suas lições, o autor reafirma as teses de Alexy para instituir a distinção entre regras e princípios, conceituando ambos enquanto normas, sem deixar de destacar os demais critérios distintivos presentes da doutrina estrangeira, que no presente estudo não se mostram relevantes, mas, a título de informação, apresenta-se: a “determinabilidade dos casos de aplicação”, de Esser; o da origem; da diferenciação entre normas criadas e medradas, de Schuman e Eckhoff; o da explicação do teor de valoração, de Canaris; o da relação com a ideia de Direito, de Larenz, ou com a lei suprema do Direito, de H. J. Wolff; e o da importância que tem para a ordem jurídica, de Peczenik e Ziembinski.

Bonavides repisa, ainda, as lições de Dworkin, para quem a distinção entre regras e princípios é também ponto central da concepção de normas jurídicas. Como bem assevera o autor, e, como anteriormente exposto, os ensinamentos de Dworkin em muito se coaduna com as lições de Alexy.

Para Dworkin, as regras se aplicam da maneira “tudo ou nada”. Assim, “se ocorrerem os fatos por elas estipulados, a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a

regra nada contribuirá para a decisão”. (Bonavides, p. 288)

Dworkin, apresentando exemplos de casos e decisões jurídicas, afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”, porque “as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (...)” (all-or-nothing-fashion), que é mais visível no estudo do funcionamento das regras, bem como deve ser interpretado a partir de uma dimensão de validade e aceitação.

Ainda, ressalta-se que a regra pode ter uma ou mais exceção, mas, mesmo quando estão presentes, não funcionam como princípio, porque não apresentam consequências jurídica diretas. Mantendo-se na natureza lógica, Dworkin assegura que os princípios possuem uma dimensão – importância – que as regras não possuem. (Dworkin, p. 41)

Esse conceito de tudo ou nada, portanto, é incompatível com a dimensão de peso, que é inerente à natureza do princípio e somente estes possuem. Bem como previu Alexy, Dworkin infere que um princípio “aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado”, o que não ocorreria num sistema de regras, posto que uma não possui mais peso que a outra e não se admite a prevalência de uma sobre outra. (Bonavides, p. 288)

Até porque, existindo um conflito entre princípios, dever-se-á levar em consideração a “força relativa” de cada um. Assim, as regras não possuem a referida dimensão, pois são “funcionalmente” (des)importantes, sendo, em caso de conflito, uma mais importante para regulamentar o comportamento em questão. (Dworkin, p. 43)

Contudo, ainda esclarecem que os sistemas jurídicos podem prevê regras próprias para regulamentar os conflitos das regras, à exemplo, de temporalidade da promulgação ou, também, qual a sustentação principiológica é mais importante (Dworking, p. 44)

Lothar Michael e Martin Morlok também distinguem as normas fundamentais entre regras e princípios. Para os autores, as regras “são sempre aplicadas quanto se verificarem os pressupostos que nelas são definidos normativamente. (Michael, p. 60)

Para Virgílio Afonso da Silva, a principal distinção entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que cada um desses assegura, de sorte que regras são garantidoras de direitos definitivos (ou impositoras de deveres), ao passo em que, princípios são garantidores de direitos *prima*

facie, o que considera segundo a teoria dos princípios.

Em outras palavras, da Silva considera que “se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente”, enquanto nas normas principiológicas, “em geral a realização é apenas parcial”, porquanto “no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. (Silva, p. 45)

Assim como Alexy, da Silva considera princípios como mandamentos de otimização que podem ser realizados em diversos graus, sendo que, preferencialmente, deverão buscar a “máxima realização”, o que pode não ser possível por faltar-lhes a condição jurídica ideal, diferentemente do que ocorre no caso das regras, que independem das condições jurídicas do caso concreto, do que decorre as diferentes formas de aplicação dessas duas normas jurídicas: o sopesamento e a subsunção. (Silva, p. 46)

Quanto aos conflitos entre regras, da Silva apresenta o conhecido raciocínio do “tudo ou nada” para determinar que, quando duas regras preveem consequências jurídicas diferentes para o mesmo fato, há necessariamente a invalidade de uma delas no todo ou em parte, inexistindo a possibilidade de “relativização”. (Silva, p. 47)

Apesar disso, quando se verificar uma incompatibilidade apenas parcial entre as regras, institui-se uma cláusula de exceção, o que não significa qualquer relativização, mas sim que, apenas na hipótese de ocorrer ato/fato atribuído naquela exceção, uma regra é válida e a outra não, em todos os outros casos em que seus preceitos não são incompatíveis, ambas as regras permanecem válidas.

Assim, na hipótese de conflito entre duas regras jurídicas, há de se resolver no plano da validade, sempre que a incompatibilidade for total, deverá ser uma das regras declarada inválida. E, quando a incompatibilidade for parcial, poderá se instituir uma cláusula de exceção, com declaração parcial de invalidade. (Silva, p. 49)

Neste mesmo sentido, Michael explica que “se uma regra colidir com uma regra contrária, então actuam regras próprias que decidem este conflito, as chamadas regras de colisão”. São essas, a de hierarquia, anterioridade e especialidade. (Michael, p. 61)

Diferentemente do que ocorre com as regras, na colisão entre princípios, da Silva ensina que deverá ser resolvido através de relações condicio-

nadas de precedência, haja vista que são estes mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível. Um princípio não pode estabelecer exceção ao outro, mas poderá prevalecer sobre o outro, quando se considera a relação de precedência. (Silva, p. 50)

Michael compartilha da mesma compreensão quando afirma que na colisão entre princípios, um deles “não se impõe plenamente conforme uma regra de colisão, excluindo o outro. Pelo contrário, procura-se deixar que ambos os princípios se desenvolvam o mais possível”. (Michael, p. 61)

Para o autor, aqui se tem a “otimização” dos dois objetivos, sem que um suprima completamente o outro e, apesar de se ponderar “até que ponto se pode realizar um deles”, nenhum deles será de logo sacrificado e, por tanto, são os princípios preceitos de otimização.

Apesar disso, o autor esclarece que os princípios são relativamente abstratos e, por isso, muitas vezes não se consegue “verificar se uma situação de fato é abrangida ou não por eles”, de sorte que os princípios carecem de especificação, o que se realiza, normalmente, por meio de lei. (Michael, p. 61)

Ao passo em que, quando os direitos fundamentais se dão através das regras, para Michael, seu efeito jurídico “é uma consequência obrigatória da subsunção”, mas, ao extraí-los de princípios, seu efeito jurídico se observa no caso concreto, da ponderação entre outros princípios.

Uma novidade apresentada nas lições de da Silva em relação aos estudos de Alexy, é a colisão entre regras e princípios.

Nesses casos, da Silva explica que nenhuma das soluções anteriores é adequada, seja a de conflito entre regras ou de colisão entre princípios. Para o autor, a resposta mais comum seria um sopesamento entre o princípio e a regra.

Contudo, esse sopesamento não se refere especificamente à regra e ao princípio, mas sim ao princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, o princípio norteador da regra em conflito.

Ainda assim, da Silva critica tal solução por considerar que “o aplicador do direito está sempre livre para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento”, o que, por sua vez, acarreta um elevado grau de insegurança jurídica. (Silva, p. 52)

3.3 Os direitos fundamentais como regras e como princípios nas lições de Lothar Michael

Em que pese a distinção entre regras e princípios e o estudo da proporcionalidade e sua classificação enquanto regra ou princípio seja o objeto principal da presente pesquisa, em razão da didática e excelência com a qual discorre sobre os direitos fundamentais enquanto regras e princípios, merecem destaque as lições de Lothar Michael.

Assevera o autor, que pelos defensores da teoria “apolítico-liberal”, exige-se que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais se interprete de maneira estática e restrita, “isentos de ponderação” no que tange seu conteúdo mínimo. Dessa forma, pelo estudo anteriormente apresentado, os direitos fundamentais deveriam se concretizar enquanto regras.

Para Michael, tal teoria seria positiva na garantia absoluta de determinados conteúdos essenciais, na simplicidade da forma de lidar com os direitos fundamentais e na previsibilidade dos resultados advindos da aplicação dos direitos fundamentais, mormente porque a avaliação se daria por um processo político. (Michael, p. 63)

Todavia, o autor faz questão de destacar que as normas de direitos fundamentais “não podem, de modo algum, ser absolutizadas “em termos fundamentalistas que as avaliações são, por vezes, deslocadas para o âmbito de proteção e encobertas, em vez de serem expostas como ponderação necessária”. (Michael p. 63)

Contrários à esta posição, por sua vez, tem-se os defensores da teoria “político-social”, que “interpretam os âmbitos de proteção de maneira tipicamente ampla e dinâmica, mas submetem sua garantia a uma ponderação”.

Neste cenário, “enquanto princípios, os direitos fundamentais são relativizados no caso de colisão, para otimizar globalmente o nível dos direitos fundamentais” o que, para o autor, faz com que o seu conteúdo essencial não seja entendido “de maneira absoluta mas relativa, porque a essência dos direitos fundamentais reside na sua qualidade de princípios de ponderação”. Apesar disso, tal concepção, porém, não implica na arbitrariedade subjetiva, mas dá origem à proibição do excesso, ponderação e à proporcionalidade. (Michael, p. 63)

Enquanto vantagens desta teoria, o autor considera “a abrangência a realidade dos direitos fundamentais em comparação a outros valores não

menos fundamentais”, bem como, o fato de sua metodologia se fundar em processos de ponderação inevitáveis, de modo que os efeitos dos direitos fundamentais “se propagam e se otimizam”.

Também aqui, porém, o autor destaca que certos conteúdos essenciais acabam por ser relativizados, o que reflete flagrante prejuízo a efetividade dos direitos fundamentais.

O que o autor conclui, portanto, é que “a metodologia orientada pelas regras e a metodologia orientada pelos princípios não se excluem categoricamente” mas devem ser apreciadas em conjunto, porquanto “os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios que são susceptíveis e necessitados de ponderação”, mas, dentro desses, deve se considerar também a existência de princípios que não se devem ponderar em prol de todo e qualquer interesse público, mas somente em determinados interesses. (Michael, p. 64)

Por assim dizer, o autor apresenta a doutrina dos limites dos direitos fundamentais, através da qual, existem regras sobre quais os interesses e com que direitos fundamentais podem ser ponderados os princípios e, neste aspecto, “as regras estão antepostas à ponderação de princípios”. Bem assim, inúmeras vezes os resultados da ponderação dos princípios também se exprimem como regras, quando se tratar de casos típicos e clarividentes. (Michael, p. 65)

Gilmar Mendes e Paulo Branco, em igual sentido, expressam que “as constituições, hoje, são compostas de regras e princípios. Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade (...) um sistema que consagrasse apenas os princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações”, face ao caráter aberto dos princípios. (Mendes e Branco, p. 75)

4. A PROPORCIONALIDADE

4.1 Breve relato histórico

Segundo ensina Bonavides, “o princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo”, presente há mais de 200 (duzentos) anos, cujo a aplicação se dá, normalmente, no Direito Administrativo. (Bonavides, p. 407)

Os postulados liberais da proporcionalidade podem ser encontrados antes mesmo da vigência direta dos direitos fundamentais, no direito

policial dos séculos XVIII e XIX. Em Aristóteles, a ideia de proporcionalidade se apresentou desde logo como ideal de justiça. (Michael, p. 482)

De sua origem até a configuração hodierna, a proporcionalidade “acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito” e com o intuito de exercer controle sobre o poder monárquico ilimitado. Assim, considera-se o “germe” da proporcionalidade a pretensão de dar garantias à liberdade individual, decorrentes das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII. (Suzana de Toledo Barros, p. 37)

Como bem assevera Miranda, “a ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas: a reação deve ser proporcional à ação e a distribuição das coisas deve fazer-se com justiça. E é, por conseguinte, conatural ao Direito e à justiça”. (Miranda, p. 323)

Por sua vez, a constitucionalização deste princípio (regra) condicionou-se ao sistema jurídico proveniente dos estados modernos, nascidos no século XVIII na América e na Europa Continental. (Barros, p. 39)

Conforme ensina Jorge Miranda, no Direito Português, foi através do Direito Penal, à égide do iluminismo, que a proporcionalidade foi elevada a “princípio matriz”, ao passo em que, “com as revoluções e transições constitucionais democráticas das últimas décadas”, a proporcionalidade difundiu-se como vetor básico do Estado de Direito Material na Constituição Portuguesa, que foi uma das cartas constitucionais que mais se aprofundou na apresentação do princípio como “instrumento de limitação de poder e de realização do Estado”. (Miranda, p. 325)

Para Bonavides, com a proporcionalidade “nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações”.

4.2 A conceitualização doutrinária da proporcionalidade

Bonavides, em brilhante uso das palavras de Xavier Philippe, inicia suas lições acerca da proporcionalidade asseverando que se trata de um princípio muito mais fácil de compreender, do que de definir.

Os fundamentos da proporcionalidade são elencados de forma divergente pela doutrina. Enquanto parte tende a sustentar que sua base

reside nos direitos fundamentais, doutro lado tem-se quem sustente que o princípio configura expressão do Estado de Direito e, ainda, os que a consideram um postulado jurídico enraizado no direito suprapositivo. (Mendes e Branco, p. 218)

Antes de fundamentar o princípio da proporcionalidade, Michael explica que “quando uma limitação aos direitos fundamentais se mostra formalmente justificada, deve-se controlar por fim a justificação material” através da qual é possível verificar a existência de ingerências e violações por parte do Estado, que não pode reduzir arbitrariamente as liberdades. (Michael, p. 480)

Assim, o autor explica que o princípio da proporcionalidade se fundamenta na sua expressão original como “proibição do excesso”, para impedir ingerências excessivas, justificando-o tanto do ponto de vista jurídico-fundamental como do Estado de direito. (Michael, p. 481)

Como ele explica mais a diante, “os direitos fundamentais podem ser limitados pra fins muito diferentes”, de sorte que “as ingerências podem servir tanto interesses públicos, como privados”. (Michael, p. 486)

A fim de sintetizar uma relação custo-benefício, Michael aduz que a proporcionalidade “trata-se de um cálculo de racionalidade econômica, da relação entre custo (neste caso: restrição de direitos fundamentais) e benefício (neste caso: objetivos das medidas estatais)”.

O princípio da proporcionalidade, para Pier Muller, consoante lições de Bonavides, “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. (Bonavides, p. 402)

Para Canotilho, “as regras do direito constitucional de conflitos devem se construir com base na harmonização de direitos e, no caso de isso ser necessário, na prevalência de um direito ou bem em relação ao outro” (Canotilho, p. 42).

Neste aspecto, o princípio da proporcionalidade, segundo Suzana de Toledo Barros, funciona como parâmetro técnico para se verificar se os fatores de restrição utilizados são “adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes” e, assim, a proporcionalidade “tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência”. (Barros, p. 30)

Por sua vez, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais” e, a partir de então, atribui-se a ele “um prestígio e difusão tão largos quanto outros princípios cardeais e afins”. (Bonavides, p. 404)

O princípio (regra) da proporcionalidade há de ser examinado como norma da Constituição Brasileira de 1988 que independe de uma formulação textual específica, mas que pode ser extraído de outros princípios constitucionais, caracterizando-se, assim, sua aplicação pelos Tribunais e sua aplicação enquanto norma constitucional o torna fundamento de Recurso Extraordinário. (Barros, p. 93)

A aplicação da proporcionalidade se dá no campo dos direitos, liberdades e garantias, ou em razão da colisão ou pela necessidade de um direito ser afetado para garantir outro direito ou interesse constitucionalmente garantido. Além destes, a proporcionalidade se aplica também aos direitos sociais. (Miranda, p. 329)

Os fins almejados pela afetação ao direito fundamental devem ser considerado de maneira objetiva de forma que interessam todos os motivos de justificação, inclusive aqueles que o legislador sequer pensou e os que surgem posteriormente, colocando-se, em primeiro lugar, a legitimidade desses fins porquanto, verificando-se que a ingerência serve à qualquer fim ilegítimo, sequer se avalia a proporcionalidade. (Michael, p. 487)

Quando se fala em restrições a direitos fundamentais, certamente se fala em violação de princípios cujo conteúdo carece do exame do judiciário quanto à compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim.

É neste contexto que a proporcionalidade se apresenta como de extrema importância “na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana”. (Barros, p. 27)

O aumento da colisão entre direitos fundamentais, advindo de um suporte fático amplo destes, amplia também a intervenção estatal restritiva desses direitos que, para serem consideradas constitucionalmente válidas, têm necessariamente que passar pelo exame da proporcionalidade. (Silva, p. 181)

Em suas lições, Jorge Miranda entende por princípio da proporcionalidade aquele através do qual “hão de ser resolvidas as colisões de direitos e entre direitos e deveres, apuradas as restrições constitucionalmente

admissíveis a direitos fundamentais, ou a suspensão e (de certo modo) feitas as opções relativas à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais”. (Jorge Miranda, p. 263)

Por sua vez, o “apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática”. (Miranda, p. 325)

4.3 Subprincípios da proporcionalidade

Mendes e Branco explicam que, na doutrina constitucional moderna, havendo imposição de restrições a determinados direitos, faz-se imperioso indagar acerca da compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade, orientação que “permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional” e pressupõe não apenas a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como também a adequação destes a prossecução do objetivo pretendido e a necessidade de sua utilização. (Mendes e Branco, p. 227)

Nesse sentido, Canotilho destaca que, pela proporcionalidade, toda e qualquer limitação legal a direitos deverá ser “apropriada, exigível e na justa medida”, o que se reflete no tríptico cânone da proporcionalidade em sentido amplo: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Canotilho, p. 617).

Em igual compreensão, que é uníssona em todos os doutrinadores aqui apresentados, Michael explica que, na justificação material, distingue-se três níveis de controle da proporcionalidade que deverão ser analisados sucessivamente: a adequação, a indispensabilidade/exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (Michael, p. 483)

Para Barros, a proporcionalidade em sentido amplo abrange “consideração sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”, o que, por sua vez, implica em distinguir a proporcionalidade em sentido estrito. (Barros, p. 75)

Assim como a maioria dos doutrinadores, Miranda se debruça sobre a análise alemã para explicar que derivam da proporcionalidade a idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e a racionalidade ou proporcionalidade *strictu sensu*. (Miranda, p. 325)

Em suas lições, Miranda apresenta a idoneidade ou adequação na

adoção de um meio adequado à prossecução do fim objetivado, a necessidade ou exigibilidade como a aferição de que o meio é o que melhor satisfaz, no caso concreto, o objetivo perseguido, de forma menos custosa e com mais benefícios que outros meios possíveis, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito ou racionalidade se dá pela “justa medida”, ou seja, que se proceda a avaliação das providências em termos quantitativos e qualitativos, para se garantir que não fique “aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido” (Miranda, p. 326)

Repisa Barros, também adotando a concepção estrutural alemã acerca da proporcionalidade, que a proporcionalidade é formada por três sub-princípios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação ou Idoneidade, para a autora, deve ser o primeiro aspecto a se considerar na análise da proporcionalidade e consiste em avaliar se o meio escolhido para intervir no direito fundamental em questão contribui para a obtenção do resultado pretendido. (Barros, p. 78)

Aqui, portanto, não se avalia o grau de eficácia dos meios utilizados, questão que vai adentrar na análise pela necessidade, mas sim se a medida restritiva é “idônea à consecução da finalidade perseguida”.

A objeção arguida pela autora no que tange a adequação recai sobre o questionamento da adequação ser total ou parcial. Ainda assim, com esteio nas lições de Pedraz Penalva, Barros entende que o juízo de adequação se faz perante uma situação concreta na qual a lei é uma previsão abstrata “cujas virtualidades só com o decurso do tempo vão-se revelando”. Por isso, “apenas quando inequivocamente se apresentar como idônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada”. (Barros, p. 80)

Segundo da Silva, a intervenção estatal no âmbito de proteção de um direito fundamental deve, necessariamente, objetivar um fim constitucionalmente legítimo, através de um meio adequado ao fomento da realização do objetivo perseguido, o que se entende por adequação. (Silva, p. 170)

Para Michael, “um meio já é apropriado quando serve um fim geral, quando, portanto, lhe é útil de uma qualquer maneira visível” e, por esse motivo, “só se revelam desproporcionais aquelas ingerências que são inúteis” e não servem nenhum fim legítimo. Sendo assim, uma “aptidão parcial é suficiente” e basta a mera possibilidade de se alcançar determinado

fim para que seja considerado adequado. (Michael, p. 490)

Bem assim, quando se fala em necessidade (ou, segundo o autor, exigibilidade), da Silva esclarece que não se confunde com situação de necessidade ou urgência, mas sim, que a realização desse objetivo constitucionalmente legítimo não seja possível na mesma intensidade através de outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. (Silva, p. 171)

Ou seja, segundo da Silva, a necessidade se consolida quando se constata que o meio empregado para o atingimento do fim perseguido seja o realmente necessário e menos danoso, avaliando-se a eficiência das medidas e o grau de restrição ao direito fundamental atingido.

Para o autor, a diferença entre a necessidade e adequação se dá no fato de que, nesta o teste é absoluto e linear relacionado unicamente ao meio e fim da medida e do objetivo, naquela tem-se o elemento comparativo, que considera medidas alternativas para se obter o mesmo fim. (Silva, p. 171)

Para Barros, “o princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, menos gravosa”. Sendo assim, a autora sintetiza os dois núcleos referidos por LERCHE: “o meio mais idôneo e a menor restrição possível”. (Barros, p. 81)

Nesse sentido, Barros explica que para uma medida seja considerada inexigível ou desnecessária num exame de proporcionalidade, faz-se necessário demonstrar outra medida menos gravosa e apta a atingir igual ou melhor resultado. (Barros, p. 82)

A análise da necessidade pode se dar tanto qualitativa, quanto quantitativamente, o que ocorre em casos nos quais a longa duração no tempo torna inadequada a medida restritiva, quando, apesar de inicialmente necessária e adequada, com o decorrer do tempo, tem-se inequívoca perda dessa necessidade. (Barros, p. 83)

Para Michael, “um meio só é indispensável quando não há um meio mais suave que alcançar todos os fins relevantes” e, por isso, “só se houver meios que atinjam todos os fins com a mesma eficácia é que a medida é inconstitucional”, ao tempo em que, “um meio alternativo é mais suave quando for mais precautório dos direitos fundamentais do que a ingerên-

cia efectuada”. (Michael, p. 490)

A esta altura do estudo apresentado, merece destaque a seguinte conclusão apresentada por Barros: “o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação”. O que se conclui, neste cerne, é que aquilo que é necessário, pode ser inadequado, mas somente o que é adequado, pode ser necessário.

Nesse sentido, faz-se mister o destaque idêntico trazido por Mendes e Branco quando asseveram que “adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado” e apresentam as lições de Pieroth e Schilink. (Mendes e Branco, p. 227)

Para os autores, “a prova da necessidade em maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final” (Pieroth e Schilink, p. 141, apud Mendes e Branco, p. 227).

Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito, vem para acrescentar ao binômio da “adequação e necessidade” um exame final, que consiste no “sopesamento entre os direitos envolvidos, com função de evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo seja capaz de justificar” (Silva, p. 175).

Isso porque, se fossem consideradas apenas a adequação e a necessidade, poder-se-ia considerar constitucional medidas que fomentassem eficientemente certo direito fundamental, mas restringissem profundamente diversos outros direitos, apenas por ser “adequada e necessária”.

Por assim dizer, o juízo de adequação e proporcionalidade tornam-se insuficientes à concluir pela real justiça da medida restritiva adotada em detrimento de uma “justa medida”, de sorte que faz-se necessária a aplicação da proporcionalidade *strictu sensu*, para aferir se o meio utilizado está em razoável proporção com o fim objetivado através de uma ideia de “equilíbrio entre valores e bens” (Barros, p. 85).

Para Barros, a diferença entre a proporcionalidade em sentido estrito e a necessidade se dá pelo fato de a necessidade cuidar “de uma otimiz-

ção com relação as possibilidades fáticas”, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito “envolve apenas otimização de possibilidades jurídicas” (Barros, p. 86).

Não apenas isso, a proporcionalidade *strictu sensu* se apresenta nas lições de Barros também como “um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus” e, portanto, deve ser coligida a partir de uma ponderação de bens, na qual “o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direitos é bastante amplo”. (Barros, p. 87)

Por este mesmo motivo, da Silva afirma que inúmeros autores criticam esse terceiro elemento por considerá-lo ofensivo à objetividade, alegando que a proporcionalidade deveria se ater apenas à adequação e à necessidade. (Silva, p. 177)

Todavia, para da Silva, o grau de objetividade (neste caso, subjetividade) na adequação e na necessidade não se afasta muito da objetividade contida na proporcionalidade em sentido estrito (leia-se, novamente, subjetividade). Inclusive, para o autor, existem casos em que “o exame da necessidade pode ser muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito”. (Silva, p. 178)

Michael entende que a “ponderação entre o fim e o meio só se efetua no terceiro nível da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito)”, que somente se dá após uma apreciação pormenorizada, abstrata e concreta dos meios e dos fins, ponderando-se os fins de proteção não alcançados e os fins colidentes alcançados, para avaliar se os fins colidentes compensam as restrições do direito fundamental a proteger ou se são esses intoleráveis. (Michael, p. 491 e 504)

Bonavides, com esteio nas lições de Pier Muller, afirma que a utilização da proporcionalidade se defronta com uma obrigação e uma interdição, quais sejam: a obrigação de utilizar dos meios mais adequados e a interdição de uso de meios desproporcionados. E, por conta deste duplo caráter, a proporcionalidade “tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos”, de forma que “a proporção adequada se torna assim condição da legalidade”. (Muller, p. 212, apud Bonavides, p. 407)

Merece destaque, nas lições de da Silva, a distinção entre a propor-

cionalidade e o sopesamento.

Segundo o autor, sempre que se falar em proporcionalidade, implica-se que existe uma medida concreta que será testada, exatamente em virtude do necessário exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Situação diferente ocorre quando ainda não há qualquer regra infra-constitucional restritiva do direito fundamental que discipline a colisão entre dois princípios. Nestes casos, quando a situação de colisão ainda não foi objeto de ponderação por parte do legislador, aplica-se diretamente o princípio constitucional ao caso concreto, o que se faz através do sopesamento (Silva, p. 179).

Importa destacar ainda, segundo as lições Miranda, que a violação ao princípio da proporcionalidade “consiste no excesso de interferência legislativa, afetando o conteúdo ou o exercício de um direito” e, também “por insuficiência e incumprimento por parte do Estado de deveres de proteção” (Miranda, p. 331).

Enquanto para Pier Muller, “há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados à realizar um fim não são por si só apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”.

5. A PROPORCIONALIDADE ENQUANTO REGRA OU PRINCÍPIO

A conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade recai sobre o fato da natureza dos princípios implicar na máxima da proporcionalidade e o contrário. Por isso, segundo Alexy, “a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, decorre logicamente da natureza dos princípios” (Alexy, p. 116).

Nesse sentido, Alexy compreende que, enquanto mandamentos de otimização, o conflito de princípios exige o sopesamento e a relativização das possibilidades jurídicas, assim, tem-se a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Bem assim, ainda considerando a característica de princípios enquanto mandamentos de otimização e existência de conflito entre estes, no sopesamento e relativização das possibilidades fáticas, tem-se as máxi-

mas da necessidade e da adequação.

A fim de demonstrar sua concepção, Alexy apresenta raciocínio que, pela extensão, dispensa reprodução, mas que o leva a conclusão de que “vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência que ‘o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.” Entendimento que o autor reincide no cerne da adequação (Alexy, p. 118).

Por fim, segundo Alexy, essas deduções são “fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio” (Alexy, p. 120).

Para Penalva, “a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas, porquanto ‘é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo em que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que direitos e liberdades sejam lesados’” (Bonavides, p. 404).

Pier Muller, porém, entende que o “princípio” da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder (apud Bonavides, p. 402).

Para da Silva, a proporcionalidade não segue o raciocínio atinente aos princípios, haja vista que esses são mandamentos de otimização que deverão ser realizados na maior medida possível, enquanto a proporcionalidade impõe um dever definitivo, completo, independente das condições jurídicas do caso em questão, representando uma estrutura normativa de regra (Silva, p. 168).

Destarte, em suas lições, da Silva exclui a terminologia “princípio da proporcionalidade” e discorre acerca das possíveis determinações, a saber: máxima, regra ou postulado.

Enquanto máxima, tem-se a tradução literal do direito alemão, termo que o autor não considera adequado em razão da sua escassa utilização no direito brasileiro e da possibilidade de considerar “máxima” uma mera recomendação, não um dever.

Por postulado, termo que Humberto Ávila sugere, a proporcionali-

dade seria uma “norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, ou seja, uma metanorma”. Tal conceituação é criticada por da Silva por considerar que, apesar da proporcionalidade ser, sim, uma regra de aplicação de outras regras, não se trata de uma regra comum, e o termo postulado tão somente serviria para complicar a sua concepção, posto que existem diversas outras regras que também versam sobre a aplicação de regras, como é o caso das regras de resolução de antinomias.

Por este motivo, da Silva entende por mais adequado atribuir à proporcionalidade a terminologia de regra, que considera como “regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra” (Silva, p. 169).

6. CONCLUSÃO

Como se pôde observar do estudo doutrinário aqui apresentado, o posicionamento doutrinário majoritário segue as premissas do professor alemão Robert Alexy para diferenciar regras e princípios.

Destaca-se, dentre os critérios utilizados, uma tendência pela distinção em razão da forma de solução de conflito e colisão, através do qual o conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, pela declaração de invalidade total de uma das regras ou pela instituição de cláusula de exceção, enquanto a colisão entre princípios se resolve através da ponderação, considerando-se o aspecto valorativo do peso, dimensão ou importância, mantendo-se a validade de ambos os princípios conflitantes.

A proporcionalidade, por sua vez, é a forma através da qual se afere a constitucionalidade e validade de uma restrição a determinados direitos, quando são observados os meios utilizados e os fins almejados através da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito para concluir se uma restrição é justa.

Em que pese a doutrina majoritária utilize a terminologia “princípio da proporcionalidade”, termo inclusive utilizado por este autor no decorrer do texto apenas por apego à tradição literária, é latente a busca de sua consolidação enquanto regra fundamental de apoio e proteção a direitos fundamentais.

Nesse sentido, considera-se mais adequada a adoção da terminologia “regra da proporcionalidade”, posto que não se trata de um mandamento de otimização, mas de um dever definitivo, perfeito e latente, de imediata

aplicabilidade, característica inerente à estrutura normativa de regra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. Título original: *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag: 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/cf1988. Acesso em: 21 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

COIMBRA, Maria de Nazaré Costa Trigo. **O círculo da escrita**. O texto argumentativo e a consciência (meta) linguística no ensino secundário. 2012. 289 f. Tese (Doutorado em Educação) – Instituto da Educação. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Lisboa. 2012, p. 59

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, P.33-34.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. 6. Tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1988, p. 46-48.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

MICHAEL, Lothar e MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antonio Franco. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2017.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antonio Franco. 2 ed. São Pau-

lo: Saraiva Educação, 2019

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.14-15, 28-29.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; São Paulo: Malheiros, 2020, 43^a edição.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

UMA ANÁLISE SOBRE A SUBUTILIZAÇÃO DO ITCMD COMO INSTRUMENTO DE ATENUAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS INTERGERACIONAIS SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

AN ANALYSIS ABOUT THE SUBUTILIZATION OF "ITCMD"
AS AN INSTRUMENT FOR THE ATTENUATION OF
INTERGENERATIONAL SOCIAL INEQUALITIES FROM THE
PERSPECTIVE OF JUSTICE AS FAIRNESS OF JONH RAWLS

UN ANÁLISIS SOBRE LA SUBUTILIZACIÓN DEL ITCMD
COMO INSTRUMENTO PARA LA MITIGACIÓN DE LAS
DESIGUALDADES SOCIALES INTERGERACIONALES
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO
EQUIDAD DE JONH RAWLS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A situação do ITCMD e sua importância para a atenuação das desigualdades sociais intergeracionais; 3. A teoria da justiça de John Rawls; 3.1. O conceito e os princípios da justiça rawlsiana; 3.2. A igualdade democrática; 3.3. A questão da meritocracia; 3.4 Os impactos no aspecto da eficiência econômica; 3.5 A importância da posição original e do véu de ignorância no pensamento rawlsiano; Conclusões finais; Referências.

RESUMO:

Apesar de ser um dos países com maior carga tributária da América Latina, o Brasil não tem utili-

Como citar este artigo:
SANTOS, Antonio,
TEJERINA-
VELAZQUEZ,
Victor. Uma análise
sobre a subutilização
do ITCMD como
instrumento de
atenuação das
desigualdades sociais
intergeracionais sob a
perspectiva da justiça
como equidade
de John Rawls.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 429-460

Data da submissão:
26/03/2021

Data da aprovação:
28/07/2023

1. Pontifícia
Universidade Católica
de São Paulo - Brasil
2. Universidade Mayor
de San Andrés,
La Paz - Bolívia

zado adequadamente o Imposto sobre Transmissão ‘causa mortis’ e doações (ITCMD) como instrumento de atenuação das desigualdades intergeracionais. De fato, o ITCMD cobrado pelos estados brasileiros é ínfimo perto de países como EUA, Japão, Alemanha, França e Inglaterra. Sob a perspectiva da justiça como equidade de John Rawls, o presente trabalho procurará demonstrar que o Brasil deve mudar sua concepção sobre o referido tributo, garantindo que os benefícios atribuídos aos mais afortunados trazem vantagens inequívocas aos mais necessitados.

ABSTRACT:

Despite of being one of the countries with the highest tax burden in Latin America, Brazil has not made full use of the Transmission ‘Causa Mortis’ and Donations Tax (ITCMD) properly as an instrument to mitigate intergenerational inequalities. In fact, the ITCMD charged by Brazilian states is minimal in comparison with other countries as the USA, Japan, Germany, France, and England. From the perspective of justice as fairness by John Rawls, the present work will seek to demonstrate that Brazil must change its conception of the referred tax, guaranteeing that the benefits attributed to the most fortunate will bring unequivocal advantages to the neediest.

RESUMEN:

A pesar de ser uno de los países con mayor carga tributaria en América Latina, Brasil no ha utilizado adecuadamente el Impuesto sobre Transmisión ‘causa mortis’ y Donaciones (ITCMD) como instrumento para mitigar las desigualdades intergeneracionales. De hecho, el ITCMD cobrado por los estados brasileños es ínfimo si comparado con países como Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia e Inglaterra. Desde la perspectiva de la justicia como equidad de John Rawls, el presente trabajo intentará demostrar que Brasil debe cambiar su concepción del referido impuesto, garantizando que los beneficios atribuidos a los más afortunados traigan ventajas inequívocas a los más necesitados.

PALAVRAS-CHAVE:

Justiça como equidade; John Rawls; ITCMD; Desigualdade intergeracional.

KEYWORDS:

Justice as fairness; John Rawls; Transmission ‘Causa Mortis’ and Donation Tax; Intergenerational inequality.

PALABRAS CLAVE:

Justicia como equidad; John Rawls; ITCMD; Desigualdad intergeneracional.

1. INTRODUÇÃO

O Imposto sobre Transmissão *causa mortis* e doações (ITCMD), tributo de competência dos Estados, mas com alíquota máxima definida pelo Senado Federal (art. 155, I e §1º, IV da Constituição Federal), não vem sendo utilizado adequadamente pelo Brasil como instrumento de combate às desigualdades sociais intergeracionais. Pior ainda, a situação se tornou mais complexa, enquanto, o Supremo Tribunal Federal declarou, em 26/02/2021, a inconstitucionalidade de leis estaduais que regulamentam a cobrança do ITCMD sobre doações e heranças instituídas no exterior.

Comparativamente a países como EUA, Inglaterra, França, Alemanha e Japão, a alíquota brasileira sobre ITCMD é ínfima, pouco servindo para desconcentrar as riquezas acumuladas pelas famílias mais abastada, para atenuar as desigualdades sociais intergeracionais e para equilibrar as questões de meritocracia entre pobres e ricos e da arbitrariedade desse fator social.

Ainda que haja aprovação da proposta no Senado Federal n. 57/2019, no sentido de dobrar o atual limite da alíquota do ITCMD, o tributo brasileiro permanecerá muito aquém do patamar cobrado pelos citados países.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) deixa claro que a política fiscal pode ser forte instrumento de combate às desigualdades sociais, inclusive comparando os baixos índices de desigualdade de países que adotaram maior carga de impostos diretos com os altos índices de desigualdade de países, como o Brasil, que deixam de adotar tais impostos diretos para redistribuição de riquezas.

Ainda segundo o PNUD, o Brasil figura como um dos países mais desiguais do mundo, em que o 1% mais rico detém 28,3% de toda a riqueza.

za nacional, enquanto os 40% mais pobres possuem apenas 10,6% dessa riqueza.

O sistema tributário brasileiro é caracterizado pela sua alta carga de tributos na América Latina, especialmente os indiretos, em regra regressivos e notadamente cobrados sem a necessidade de aferição da capacidade contributiva do cidadão, do contribuinte de fato.

No Brasil, o ITCMD, tributo classificado como progressivo que incide principalmente sobre o patrimônio da camada mais abastada da sociedade, deve se adequar às exigências de uma estrutura social justa e mais equânime, como já fizeram diversos países que hoje apresentam baixos índices de desigualdade.

Recente estudo da Universidade de São Paulo (USP) demonstrou que a garantia de mais R\$ 125 para os 30% mais pobres através do aumento da tributação do 1% mais rico da sociedade, preferencialmente sobre sua renda e patrimônio, geraria aumento de 2,4% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

O FMI vem defendendo, inclusive, o aumento da tributação sobre as empresas, sobre os mais ricos e sobre os menos afetados pela pandemia da Covid-19, especialmente os ganhos de capital, propriedades de luxo e fortunas.

Dentro do pensamento rawlsiano, a atual configuração do ITCMD no Brasil não busca garantir efetivamente uma igualdade democrática, apenas consolida um sistema de aristocracia natural, em que há nítido favorecimento daqueles que já são beneficiados por circunstâncias sociais extremamente benéficas.

Para a justiça como equidade de John Rawls, é extremamente importante a adoção de mecanismos que evitem o acúmulo excessivo de propriedades e de riqueza e proporcionem maiores oportunidades e vantagens para as pessoas mais necessitadas. Além disso, também será fundamental que a sociedade não procure estabelecer mais privilégios às pessoas que já foram beneficiadas pela “loteria social ou natural”, sendo essencial, numa sociedade verdadeiramente justa, que os talentos naturais e as circunstâncias sociais sejam postos em favor dos menos afortunados.

Nesse sentido, para Rawls, do ponto de vista moral, ninguém pode ser merecedor de benefícios decorrentes de fatores arbitrários, que fogem do seu próprio controle, ou seja, não há que se falar em meritocracia em

nascer milionário ou dotado de qualidades mentais e físicas excepcionais. Todavia, a sociedade deve ser estruturada de uma forma que tais circunstâncias sejam aproveitadas em favor dos menos afortunados.

Assim, Rawls proporá dois princípios fundamentais na sua Teoria da Justiça que refletirão os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, conjugando a defesa do maior conjunto de liberdades fundamentais com a necessidade de ampla abertura dos cargos relevantes e de responsabilidade e a exigência de que as desigualdades sociais e econômicas sejam estabelecidas de uma maneira que se beneficie os menos afortunados.

Rawls também abordará a própria questão de eficiência econômica, deixando claro que tal aspecto não pode ser analisado de forma desvinculada dos princípios morais e dos pressupostos de uma estrutura social verdadeiramente justa.

A Teoria da Justiça de Rawls é uma concepção de justiça política e social focada na estrutura básica de uma sociedade democrática e nos arranjos institucionais necessários para a concretização dos próprios princípios de justiça. Rawls relembra que a sociedade democrática é caracterizada como um empreendimento cooperativo destinado a promover o bem de todos os seus participantes e que a justiça como equidade propõe um modelo de estrutura social que procura preservar o pluralismo moral e de interesses nessa sociedade.

Sendo uma teoria de justiça substantiva que adota uma concepção contratualista, Rawls defende que os princípios e as instituições propostos serão acolhidos voluntariamente pelos integrantes do grupo social numa situação de igualdade, somada a uma posição original hipotética e com desconhecimento de suas particularidades ('véu de ignorância').

O presente trabalho, através dos métodos dialético e argumentativo, seguindo uma linha jurídico-exploratória e adotando a perspectiva contida na Teoria da Justiça de John Rawls, procurará demonstrar a atual subutilização do ITCMD como instrumento de combate às desigualdades sociais intergeracionais no Brasil.

2. A SITUAÇÃO DO ITCMD E SUA IMPORTÂNCIA PARA A ATENUAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS INTERGERACIONAIS

Apesar de possuir a segunda maior carga tributária da América La-

tina em relação ao seu PIB, atrás apenas de Cuba¹, o Brasil subutiliza um poderoso instrumento de atenuação da desigualdade intergeracional: o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD (OCDE, 2021).

O Brasil, além de não ter instituído o tributo sobre grandes fortunas previsto no artigo 153, VII, da Constituição Federal, possui uma baixíssima carga tributária sobre heranças e doações, cuja média é de 4% (ODILLA; PASSARINHO; BARRUCHO, 2020). A baixa alíquota sobre o ITCMD pode ser percebida comparando-a a de países como França², Japão³, Alemanha⁴, Suíça⁵, EUA⁶, Inglaterra⁷ e Chile⁸ (FOLHA, 2020).

De fato, no Brasil, o Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis (ITCMD), de competência dos Estados, possui alíquota máxima de 8%, conforme artigo 155, §1º, IV da Constituição Federal, combinado com a Resolução n. 05/92 do Senado Federal:

Constituição Federal

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993)

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993)

[...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993)

[...]

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

Resolução n. 05/92-Senado Federal

Art. 1º A alíquota máxima do imposto de que trata a alínea a inciso I, do art. 155 da Constituição Federal será de oito por cento, a partir de 1º de janeiro de 1992.

No Estado de São Paulo, a alíquota cobrada é de apenas 4%, a média nacional, nos termos da lei estadual n. 10.705/00:

Artigo 16 - O imposto é calculado aplicando-se a alíquota de 4% (quatro por cento) sobre o valor fixado para a base de

cálculo. (Redação dada ao artigo pela Lei [10.992](#), de 21-12-2001; DOE 22-12-2001; Efeitos a partir de 01-01-2002)

Há projeto de nova resolução tramitando no Senado sob n. 57/2019, de autoria do Senador Cid Gomes, propondo o aumento da alíquota máxima para 16% (SENADO, 2021).

A situação do ITCMD se tornou mais complexa enquanto o Supremo Tribunal Federal (STF, 2021) declarou que:

Os estados e o Distrito Federal não possuem competência legislativa para instituir a cobrança do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) nas hipóteses de doações e heranças instituídas no exterior. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, firmou esse entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 851108, com repercussão geral reconhecida ([Tema 825](#)), em sessão virtual encerrada em 26/2.

Resumidamente, o julgado do STF determinou que:

- Os estados da federação não podem editar leis instituindo a cobrança com base na competência legislativa concorrente, pois a Constituição de 1988 determinou que cabe especificamente à lei complementar federal regulamentar a competência e instituição do ITCMD sobre doações e heranças instituídas no exterior;

- O caso julgado, apesar da repercussão geral, analisou a pretensão tributária do Estado de São Paulo, que questionava acórdão do Tribunal de Justiça local (TJSP) que negado a competência do governo estadual em cobrar o ITCMD sobre doação testamentária instituída por cidadão italiano, domiciliado em seu próprio país, em favor de brasileira. Assim, o TJSP havia declarado a inconstitucionalidade de dispositivo da lei estadual n. 10.705/2000, que regulamentava tal cobrança do ITCMD;

- O voto do Ministro Relator, Dias Toffoli, foi pelo desprovimento do recurso do governo paulista, tendo sido seguido pela maioria dos Ministros do STF. O Ministro Relator entendeu que, em regra, no campo da competência concorrente para legislar, inclusive sobre direito tributário, o artigo 24 da Constituição Federal estabelece a competência da União para editar normas gerais, podendo os demais entes federativos suplementarem tais normas gerais, ou, caso inexistam normas gerais, podem exercer a competência plena para editar a necessária legislação de forma ampla,

até que sobrevenha norma federal específica. Nesse exato sentido, os artigos 24, §§1º ao 4º da Constituição Federal;

- Todavia, para o STF, a competência concorrente do artigo 24 da Constituição e a autorização do artigo 34, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não podem ser utilizadas para fundamentar a existência de um direito dos estados e do Distrito Federal para legislar sobre a matéria tributária em questão sem a necessária da lei complementar federal. Assim, para o STF, a lei complementar exigida não tem o sentido único de norma geral ou de diretrizes, mas de diploma necessário à fixação nacional da exata competência dos estados, equalização de conflitos de competência;

- Porém, a maioria dos Ministros decidiu pela modulação dos efeitos, para que a decisão passasse a produzir efeitos a contar da publicação do acórdão, ressaltando as ações judiciais pendentes de conclusão; e

- Por fim, a tese de repercussão geral firmada (Tema 825) foi de que “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

De qualquer forma, ainda que haja sintonia entre o Senado Federal e os Estados no sentido de aumentar sensivelmente a alíquota do ITCMD dentro do território nacional, o tributo ainda permanecerá bem aquém de países europeus como Inglaterra e França, dos EUA e até mesmo do Chile.

Sem dúvida, a política fiscal é poderoso instrumento de correção de desigualdades, como se pode observar do comparativo das fortes políticas redistributivas adotadas pelos países com economia avançada com as fracas políticas adotadas pelos países em desenvolvimento (PNUD, 2021, p. 241):

A política fiscal pode ser um grande contributo para a correção da desigualdade ao nível do rendimento e das oportunidades. Uma comparação da desigualdade de rendimento entre as economias avançadas e emergentes revela o efeito redistributivo dos sistemas de transferências e impostos diretos [...]. Ao passo que, nas economias avançadas, as transferências e os impostos diretos reduzem o coeficiente de Gini em 0,17 pontos (de 0,48 para 0,31), essa redução é muito inferior, cifrando-se em 0,04 (de 0,49 para 0,45), nas economias emergentes e em vias de desenvolvimento, que abrangem países latino-americanos com níveis de desigualdade que se

incluem entre os mais acentuados do mundo. Por conseguinte, em média, o impacto redistributivo das transferências e dos impostos diretos sobre o rendimento explica, quase na totalidade, a diferença entre a desigualdade de rendimento nas economias avançadas e emergentes.

No Brasil, em que 1% dos mais ricos detém 28,3% de toda a riqueza nacional (PNUD, 2021, p. 303), não parece moralmente aceitável que o Estado permita que esse grupo extremamente afortunado possa manter, geração a geração, praticamente 96%, em média, da sua riqueza mediante heranças e doações aos seus descendentes.

Mister destacar que, no seu ‘Relatório do Desenvolvimento Humano de 2019’, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (2021, pp. 302 e seguintes) considerou o Brasil, dentre os ranqueados pelo coeficiente Gini⁹, um dos países mais desiguais do mundo, somente a frente de Zâmbia, Lesoto, África do Sul e República Centro-Africana. De fato, enquanto o 1% mais rico detém 28,3% de toda a riqueza nacional, os 40% mais pobres detém apenas 10,6% da riqueza nacional.

Thais Carrança (2021) reporta que recente estudo do Centro de Pesquisa em Macroeconomia das Desigualdades da Universidade de São Paulo (USP), adotando como base a Pesquisa de Orçamentos Familiares realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), concluiu que é possível o aumento do PIB brasileiro em aproximadamente 2,4% através do simples aumento da tributação sobre o 1% mais rico da sociedade, preferencialmente sobre sua renda, em montante suficiente para garantir R\$ 125 para os 30% mais pobres.

Dentro do atual cenário nacional, em que o 1% mais rico detém 28,3% de toda a riqueza nacional e os 40% mais pobres detém apenas 10,6%, a proposta de transferência de renda apresentada pela USP não é nada absurda. Também como se verá adiante, tal proposta está em sintonia com a Teoria da Justiça de John Rawls.

Esta baixa tributação sobre heranças e doações incentiva a perpetuação de desigualdades, inclusive entre gerações, e impacta fortemente a tentativa de estruturação de um sistema meritório real, como bem ressaltado por Marc Morgan Milá no ‘Brazil Forum UK’ (ODILLA; PASSARINHO; BARRUCHO, 2020).

O ITCMD certamente não vem sendo utilizado no Brasil como ins-

trumento de redução das desigualdades sociais. Além disso, o sistema tributário brasileiro é caracterizado pela sua forte carga de tributos indiretos (PINTOS-PAYERAS, 2020), em regra regressivos e notadamente cobrados sem a necessidade de aferição da capacidade contributiva do cidadão, do contribuinte de fato.

Luciano Amaro (2016, p. 112) explica a diferença entre impostos progressivos e regressivos:

Os tributos podem ser *regressivos* e *progressivos*. Denominam-se *regressivos* quando sua onerosidade relativa cresce na razão inversa do crescimento da renda do contribuinte. E *progressivos* se a onerosidade relativa aumenta na razão direta do crescimento da renda. Suponha-se que o indivíduo “A” pague (como contribuinte de direito ou de fato) 10 de imposto ao adquirir o produto X, e tenha renda de 1.000; o imposto representa 1% de sua renda. Se esta subisse para 2.000, aquele imposto passaria a significar 0,5% da sua renda, e, se caísse para 500, o tributo corresponderia a 2%. Assim, esse imposto é regressivo, pois quanto menor a renda, maior é o ônus *relativo*.

No Brasil, o ITCMD, tributo classificado como progressivo que incide principalmente sobre o patrimônio da camada mais abastada da sociedade, deve se adequar às exigências de uma estrutura social justa e mais equânime, como já fizeram diversos países que hoje apresentam baixos índices de desigualdade.

O FMI vem defendendo, inclusive, o aumento da tributação sobre as empresas, sobre os mais ricos e sobre os menos afetados pela pandemia da Covid-19, especialmente sobre ganhos de capital, propriedades de luxo e fortunas (CARRANÇA, 2020).

Aproveitando a lição de Rawls, Thomas Piketty (2015, pp. 118 e 119) é bem claro sobre a necessidade de que fatores arbitrários devem ser controlados dentro do possível e sobre a importância da justa tributação e da redistribuição para a redução das desigualdades:

Com efeito, vigora um amplo consenso quanto aos objetivos fundamentais da redistribuição pura: a redistribuição justa é aquela que permite fazer progredir o máximo possível as oportunidades e condições de vida dos indivíduos mais desfavorecidos, como exprime, por exemplo, o princípio rawlsiano do maximin [...].

A concepção pragmática de justiça social expressa pelo princípio do maximin, segundo a qual a desigualdade torna-se tolerável a partir do momento em que qualquer redistribuição suplementar vá contra o interesse dos mais desfavorecidos, continua a suscitar oposições de princípio, principalmente sob a forma da recusa do sistema de preços e do egoísmo individual como modo de organização econômica. No entanto, as pesquisas sobre as atitudes individuais a respeito da justiça social e da redistribuição mostram certo consenso entre os indivíduos quanto à ideia de que as desigualdades provocadas por fatores não controláveis devem ser corrigidas na medida do possível [...].

O PNUD (2021, pp. 74 e 75) ressalta a relação entre a mobilidade intergeracional, a desigualdade e o desenvolvimento humano:

Nos países com um grau elevado de desigualdade de rendimento, a associação entre o rendimento dos pais e o dos seus filhos é mais vincada — ou seja, a mobilidade intergeracional ao nível do rendimento é inferior. [...] Quanto maior for a desigualdade no desenvolvimento humano, maior será a elasticidade intergeracional ao nível do rendimento — ou seja, menor será a mobilidade. [...] A desigualdade de oportunidades constitui, deste modo, um elo de ligação entre a desigualdade e a mobilidade intergeracional: Se um maior grau de desigualdade dificulta a mobilidade, tal deve-se, provavelmente, à distribuição mais desigual das oportunidades de progresso entre as crianças. Inversamente, uma mobilidade inferior pode contribuir para a persistência das desigualdades através, precisamente, da acentuada diferenciação dos conjuntos de oportunidades dos filhos de famílias abastadas e dos que descendem de pessoas pobres.

Rawls (2008, p. 22) entende que numa sociedade justa é inaceitável que as pessoas sejam favorecidas ou desfavorecidas pelo simples acaso, ou por circunstâncias sociais arbitrárias, sendo que ninguém deve ser considerado merecedor, do ponto de vista moral, de benesses circunstanciais que fogem do seu próprio controle. De fato, ninguém pode se considerar merecedor de ter nascido extremamente rico.

Porém, para a justiça como equidade, a distribuição de heranças e doações entre ascendentes e descendentes não deve ser proibida, mas tal hipótese está condicionada à existência de claros benefícios para os mais

desfavorecidos, pois “ninguém deve beneficiar-se dessas contingências, a não ser de maneira que redundem no bem-estar dos outros”. Nesse sentido, a justiça por equidade, em harmonia com o seu segundo princípio da justiça, propõe a mitigação das circunstâncias sociais e da sorte natural, com o escopo de favorecer aqueles oriundos de posições sociais menos favoráveis, (RAWLS, 2008, pp. 119 e 120).

Portanto, no caso do Brasil, do ponto de vista moral, é plenamente justificável o aumento do ITCMD visando beneficiar as camadas mais pobres da população.

Rawls (2008, p. XLI) também entende que é essencial que as instituições garantam a dispersão contínua do capital e de recursos, impedindo a concentração desses bens em pequenos grupos familiares:

A ênfase recai sobre a dispersão contínua ao longo do tempo da propriedade de capital e de recursos por intermédio das leis de herança e doação, sobre a igualdade equitativa de oportunidades garantidas por provisões para educação e treinamento, etc., bem como sobre as instituições que apoiam o valor equitativo das liberdades políticas.

Dessarte, Rawls (2008, p. 88) declara que “talvez valha a pena recordar a importância de se evitar o acúmulo excessivo de propriedades e riqueza e de se manterem oportunidades iguais de educação”.

3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A obra ‘Uma Teoria da Justiça’ de John Rawls, também denominada justiça como equidade, foi escrita na década de 1960 e lançada em 1971 (LOVETT, 2013, p. 11), após praticamente um século de ausência de uma grande teoria no campo da filosofia política (VITA, 2008, p. XII).

O próprio John Rawls (2008, pp. XXXV a XXXVII) explica que ‘Uma Teoria da Justiça’ passou por revisões consideráveis até chegar à sua versão final em 1975, especialmente nos tópicos relacionados com a teoria da liberdade questionado por H.L. A. Hart e com a interpretação dos bens primários.

Rawls (2008, p. XLIII) também explica que ‘Uma Teoria da Justiça’ é resultante da reunião de trabalhos redigidos a partir do final da década de 1950, mas apresentado de uma forma mais detalhada e aperfeiçoada.

De fato, a obra é dividida em três partes distintas, sendo que a pri-

meira parte engloba os trabalhos denominados ‘Justice as Fairness’¹⁰ e ‘Distributive Justice: Some Addenda’¹¹, a segunda engloba os trabalhos ‘Constitutional Liberty’¹², ‘Distributive Justice’¹³ e ‘Civil Disobedience’¹⁴ e, por fim, a terceira engloba o trabalho ‘The Sense of Justice’¹⁵. Rawls (2008, p. XLIII) expressa que “embora as ideias principais sejam mais ou menos as mesmas, tentei eliminar incompatibilidades, bem como ampliar e fortalecer a argumentação em muitos pontos”.

Álvaro de Vita (2008, p. XXXII) explica que a obra Teoria da Justiça de John Rawls está dividida em três partes, em que primeira parte se destina à concepção de justiça política e social mais apropriada para estrutura básica da sociedade democrática, a segunda busca estabelecer os arranjos institucionais necessários para concretizar os dois princípios de justiça propostos inicialmente e a terceira se dedica a analisar a estabilidade do sistema de justiça proposto.

Desde o início, Rawls (2008, p. XXXVI) deixa claro que a ‘justiça como equidade’ também visa apresentar uma concepção alternativa ao Utilitarismo por meio de uma teoria convincente sobre a prioridade e importância dos direitos e liberdades fundamentais e sobre a interpretação da igualdade democrática, que conjuga o princípio da igualdade de oportunidades com o princípio da diferença.

Rawls (2008, p. 15) explica que o termo “justiça como equidade” não deve passar a percepção de que os conceitos de justiça e equidade sejam idênticos, mas apenas a ideia de que os princípios de justiça devem ser definidos por consenso em uma situação inicial equitativa. Também declara que sua obra versa sobre justiça substantiva, que pretende “generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social tal como formulada por Locke, Rousseau e Kant” (p. XLIV) e que seu principal foco é a estrutura básica da sociedade, ou seja, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social (p. 8).

Para Rawls (2008, p. 72), a existência concomitante da justiça formal, do Estado de Direito e do respeito às expectativas legítimas em regra garante a existência da justiça substantiva.

A influência kantiana na obra de Rawls é clara, especialmente no racionalismo metodológico, na escolha dos princípios fundamentais, na

lógica da ideia da escolha original, no pressuposto de estabilidade do sistema, da exigência de publicidade dos princípios e instituições escolhidos para reger o sistema social e o respeito ao ser humano, visto como um fim em si:

A teoria resultante é de natureza fortemente kantiana. Na verdade, não tenho pretensões à originalidade nas teses que apresento. As principais ideias são clássicas e bem conhecidas. Minha ideia foi organizá-las em uma estrutura geral, recorrendo a ferramentas simplificadoras para que se possa perceber toda sua força. (2008, p. XLIV)

3.1. O conceito e os princípios da justiça rawlsiana

O “equilíbrio apropriado entre exigências conflitantes, de uma concepção de justiça, entendida como um conjunto de princípios correlacionados que objetiva identificar as considerações relevantes que determinam esse equilíbrio” é o conceito de justiça adotado por Rawls (2008, p. 12).

Partindo da premissa de que a sociedade é um sistema de cooperação destinado a promover o benefício mútuo de todos os seus participantes, Rawls utiliza a ideia do contrato social para formular seus princípios de justiça e apontar a concepção de instituições justas.

Como se verá mais adiante, o contrato social adotado por Rawls é meramente hipotético e racional, buscando apenas demonstrar que pessoas numa situação de equidade na posição original adotariam a justiça como equidade como a estrutura básica de sua organização social e que seu modelo de justiça substantiva seria o mais próximo de um sistema social voluntário.

Rawls, assim, apresenta dois princípios de justiça que sustentarão a sua teoria, o primeiro relacionado com a defesa de um sistema mais extenso possível de liberdades fundamentais, compatível com o sistema das outras pessoas e o segundo com a equidade de oportunidades e de acesso aos cargos e posições. Para Rawls (2008, p. 127), esses dois princípios contemplam os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Álvaro de Vita (2008, p. XV) relembra que a obra de Rawls também teve o mérito de tentar equilibrar dois valores políticos centrais da tradição democrática ocidental e que costumeiramente são considerados

conflitantes entre si: liberdade e igualdade.

A justiça como equidade versa principalmente sobre justiça substantiva, ainda que englobe o aspecto do procedimento da justiça procedimental pura. Assim, o compromisso normativo substantivo da obra de Rawls é de natureza liberal-igualitária.

A Teoria da Justiça, através da prioridade dos direitos e liberdades fundamentais e da importância da igualdade democrática, também tem como escopo ser uma concepção de justiça alternativa ao Utilitarismo. Para Rawls, o Utilitarismo é uma doutrina falha que se equivoca ao adotar a maximização da satisfação e da felicidade como preceito máximo, sendo feita independentemente de um critério justo e sem priorizar as liberdades individuais fundamentais.

Bittar e Almeida (2012, p. 451) expressam alguns dos objetivos da justiça como equidade:

Seus propósitos são claros, absolutamente claros, enquanto se ferramenta para discutir e desbançar o intuicionismo e o utilitarismo. Ao mesmo tempo que estabelece essa frente de combate, não adere a qualquer postulado perfeccionista, segundo o qual a sociedade dever-se-ia guiar pelo que é melhor para o homem. E, ainda que haja fortes traços de economicidade em suas proposições teóricas, o que se há de dizer é que também qualquer sistema econômico está baseado em uma ideia de justiça. Isso porque, devemos dizer desde já, não há justiça sem moral, política ou economia, para Rawls.

Álvaro de Vita (2008, p. XIX) explica o conceito de doutrinas morais e políticas perfeccionistas, não adotada por Rawls:

Devemos entender, sob esta última denominação (“perfeccionismo”), todas aquelas doutrinas que estão comprometidas com uma determinada concepção sobre os fins últimos da vida humana e que, em suas variantes políticas, atribuem à autoridade política o papel de guiar os membros da comunidade política, por meio da distribuição dos recursos e oportunidades, da educação e mesmo da coerção, na direção do ideal de excelência prescrito.

A justiça como equidade, não sendo uma doutrina perfeccionista ou teleológica, acaba respeitando o “pluralismo moral profundo das sociedades contemporâneas” (VITA, 2008, p. XVIII). Como se verá melhor adiante, Rawls (2008, pp. 104 e 112) adotará a justiça procedimental pura

não só para preservar o pluralismo moral, mas também para respeitar os objetivos de vida de cada pessoa e para tornar desnecessário “se levar em conta a infinidade de circunstâncias [...] e posições relativas mutáveis de pessoas específicas”.

A sociedade democrática, apesar ser um empreendimento cooperativo destinado a promover o bem dos seus participantes, está marcado, evidentemente, por um conflito de interesses, em que cada pessoa possui seus valores e seus objetivos de vida. A justiça como equidade propõe um modelo de estrutura social que procura preservar esse pluralismo moral e de interesses, buscando promover o bem de todos numa organização em que “(1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e, em geral se sabe que atendem, a esses princípios” (RAWLS, 2008, p. 5).

Sobre a sua justiça como equidade, Rawls (2008, pp. 60) e deixa claro que se trata de uma “teoria dos sentimentos morais”, que “é presumível que todas as teorias contenham erros em alguns pontos” e que o “verdadeiro problema em qualquer situação é saber qual das visões já propostas constitui a melhor aproximação como um todo”. Esse é o verdadeiro objetivo de Rawls: demonstrar que sua teoria, apesar de não ser perfeita, apresenta a melhor visão para a construção de uma sociedade justa.

De fato, Rawls (2008, pp. 5, 73, 75) concebia a sociedade como um sistema de cooperação criado para promover o benefício mútuo dos seus participantes e, como base de uma sociedade justa, formulou os dois princípios de justiça que sustentavam sua teoria:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

Rawls (2008, pp. 91 e 100), deixando claro que a estrutura social não deve garantir melhores perspectivas para quem já está em melhor situação, salvo se isso for vantajoso para os menos afortunados, complementa

o enunciado do segundo princípio:

As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Rawls (2008, p. 100) utiliza a expressão “princípio lexical da diferença” para expressar a sequência ideal e preferencial de ganhos, iniciando pelo indivíduo representativo na pior posição, após aquele que estiver na segunda posição e assim por diante até o indivíduo na melhor situação. Reconhece, porém, que tal aplicação “princípio lexical da diferença”, na prática, é muito improvável. Assim procurará focar no primeiro passo, priorizando os ganhos dos menos afortunados.

Esses dois princípios de justiça se destinam principalmente à estrutura básica da sociedade e visam estabelecer os critérios para a atribuição de direitos e deveres e para a distribuição de vantagens sociais e econômicas.

Ao expressar que na “justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para o benefício de todos”, Rawls (2008, p. 102) também deixa claro que a sociedade deve se preocupar com todos, não só com sua maioria.

Rawls (2008, p. 75) explica que todos os valores sociais, como liberdade, oportunidade e riqueza, “devem ser distribuídos de forma igual, exceto se uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos”.

O primeiro princípio garante o direito a liberdades fundamentais iguais, englobando a liberdade política, de expressão, de reunião, de consciência, bem como o direito à propriedade pessoal e à proteção contra prisões arbitrárias, enquanto o segundo se destina a regular a distribuição de riqueza e o acesso amplo aos cargos de autoridade e de responsabilidade (RAWLS, 2008, p. 74).

Os dois princípios estabelecidos são aplicados em “ordem serial ou léxica”, ou seja, o primeiro princípio, o da liberdade igual, deve ser aplicado prioritariamente sobre o segundo, que estabelece critério para a existência de desigualdades sociais e econômicas. Assim, a “ordenação em série evita, então, a necessidade de equilibrar princípios” (RAWLS, 2008,

p. 52). Assim, pela “ordem serial ou léxica” o primeiro princípio não pode ser limitado pelo segundo princípio, visto que as liberdades fundamentais somente podem ser restringidas quando houver conflito com outras liberdades fundamentais, não sendo possível sua redução em razão de questões relacionadas com a distribuição de renda e riqueza, por exemplo.

É possível perceber que para a justiça como equidade não é aceitável ou justa a adoção de medidas que diminuam a desigualdade social ou econômica ou que aumentem os ganhos econômicos mediante redução de liberdades fundamentais.

Mister esclarecer que a ordem serial ou léxica utilizada por Rawls na aplicação dos dois princípios da justiça (em que o primeiro princípio da ampla liberdade tem prioridade absoluta sobre o segundo princípio da diferença e do amplo acesso aos cargos de responsabilidade) é distinta da ordem serial ou léxica utilizada em relação ao princípio da diferença, em que a sequência ideal de “vantajosidade” deve partir da classe mais desfavorecida para a classe subsequente e assim sucessivamente. Enquanto a ordem serial ou léxica dos dois princípios da justiça é pressuposto fundamental da teoria rawlsiana, a ordem serial ou léxica é apenas um ideal muito improvável.

A exigência de que a abertura de cargos e posições a todos em condições de igualdade evita o sentimento de injustiça dos excluídos, ainda que pudessem se beneficiar dos esforços daqueles que estão autorizados a ocupá-los (RAWLS, 2008, P. 102). Trata-se, evidentemente, de garantia às legítimas expectativas, beneficiando todos os integrantes do conjunto social, e devem cooperar para o bem comum.

Para Rawls (2008, pp. 18 e 75), não há injustiça em benefícios maiores recebidos por alguns, desde que tal situação melhore a situação das pessoas menos afortunadas, pois a injustiça reside em desigualdades que não sejam benéficas para todos. De fato, na Teoria da Justiça de Rawls, a “concepção geral da justiça não impõe restrições quanto aos tipos de desigualdade permissíveis; ela só exige que a situação de todos melhore”.

Há concordância com Aristóteles quanto à rejeição da ‘pleonexia’ na sua concepção de justiça, ou seja, a necessidade de que não se tome, indevidamente, algo pertencente a outrem para obtenção de vantagem própria ou de que se negue a alguém o que lhe é devido (RAWLS, 2008, p. 12).

É importante reiterar que para Rawls (2008, p. 17), o Utilitarismo,

teoria que sustenta a maximização da satisfação e da felicidade do grupo social, é inaceitável em uma sociedade concebida como um sistema cooperativo destinado a promover o bem de todos os seus integrantes, pois permite, por exemplo, o sacrifício de minorias para a maximização da felicidade dos demais.

Sobre os bens primários, Rawls (2008, p. XXXVIII) explica que “são agora caracterizados como aquilo de que elas precisam em seu status de cidadã livres e iguais e de membros normais e plenamente cooperativos da sociedade durante toda a vida”.

Os indivíduos deverão cumprir suas obrigações e deveres quando as instituições respeitarem os dois princípios de justiça e que as pessoas tenham aceitado livremente os benefícios do arranjo social ou tirado proveito das oportunidades ofertadas, pois “não devemos lucrar com os esforços cooperativos de outrem sem ter contribuído com nossa quota justa” (RAWLS, 2008, p. 134).

3.2. A igualdade democrática

Para explicar o segundo princípio da justiça e interpretar as expressões “benefício de todos” e “acessíveis a todos”, Rawls abordará quatro interpretações: o sistema de liberdade natural, a aristocracia natural, a igualdade liberal e a igualdade democrática.

O sistema de liberdade natural é caracterizado como um sistema social aberto em que as carreiras estão abertas aos talentos por meio de uma igualdade formal de oportunidades, correspondendo, grosso modo, a um sistema de livre mercado. Nesse sistema, apesar da distribuição inicial de recursos sofrer forte impacto das contingências naturais e sociais, não há maiores esforços em se buscar uma maior igualdade substancial (RAWLS, 2008, p. 80 e 87).

Por sua vez, o sistema de igualdade liberal tenta buscar uma maior igualdade de oportunidades, garantindo mecanismos estruturais que propiciem que pessoas com mesmo nível de talentos e capacidade tenham as mesmas oportunidades, independentemente da sua origem no sistema social. Apesar de ser preferível ao sistema de liberdade natural, a igualdade liberal não evita que a desigualdade na distribuição de riquezas ocorra em razão da “loteria natural”. Para Rawls, o resultado decorrente de uma loteria natural de talentos é arbitrário do ponto de vista moral. (2008, pp. 88 e 89).

Ainda em relação à igualdade liberal, Rawls (2008, p. 89) também relembra o impacto das estruturas familiares no desenvolvimento das aptidões naturais, vulnerando o sistema de incentivo à igualdade entre mesmos talentos e capacidades.

Já o sistema de aristocracia natural não visa limitar ou regular a arbitrariedade da contingência social inicial e que “a situação melhor daqueles que são favorecidos por esse sistema só é considerada justa quando aqueles que estão em situação inferior ficariam com ainda menos caso as vantagens dos primeiros fossem reduzidas” (RAWLS, 2008, pp. 89 e 90).

Dentro do pensamento rawlsiano, a atual configuração do ITCMD no Brasil não busca garantir efetivamente uma igualdade democrática, apenas consolida um sistema de aristocracia natural, em que há nítido favorecimento daqueles que já são beneficiados por circunstâncias sociais extremamente benéficas (2008, pp. 89 e 90).

Partindo do pressuposto de que, do ponto de vista moral, a loteria natural de talentos e a fortuna social são arbitrários, Rawls (2008, p. 90) adotará a interpretação democrática do segundo princípio, refutando a justiça na distribuição de riqueza e no acesso aos cargos de autoridade e de responsabilidade a partir desses eventos arbitrários:

Uma vez que tentemos encontrar uma interpretação que trate a todos igualmente como pessoas morais, e que não meça a parcela de cada pessoa nos benefícios e nos encargos da cooperação social segundo sua fortuna social ou sua sorte na loteria natural, a interpretação democrática aparecerá como a melhor escolha dentre as quatro opções.

A interpretação democrática buscará, de um lado, evitar o incentivo às arbitrariedades sociais e naturais e, de outro, combinar o princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença, via uma estrutura de instituições que vise a liberdade igual e a mencionada igualdade equitativa de oportunidades. O princípio da diferença terá como foco principal melhorar a situação dos menos afortunados (RAWLS, 2008, pp. 91 e 96).

Sandel (2014, p. 189-190) exemplifica os pressupostos estabelecidos por Rawls para que a desigualdade seja aceitável e justa:

O que dizer do alto salário de Michael Jordan ou da grande fortuna de Bill Gates? Essas desigualdades seriam coerentes com o princípio da diferença? Evidentemente, a teoria de Ra-

wls não pretende avaliar se o salário dessa ou daquela pessoa é justo; ela se refere à estrutura básica da sociedade e à forma como ela distribui direitos e deveres, renda e fortuna, poder e oportunidades. Para Rawls, a questão é saber se a fortuna de Gates é parte de um sistema que, todo, trabalha em benefício dos menos favorecidos. Por exemplo, sua fortuna está sujeita a um sistema progressivo de impostos sobre a renda do rico para favorecer a saúde, a educação e o bem-estar do pobre? Em caso positivo, e se esse sistema melhorou as condições do pobre em relação ao que elas poderiam ter sido em um regime mais rigoroso de distribuição de renda, então essas desigualdades seriam coerentes com o princípio da diferença.

Rawls (2008, p. XL e XLI) esclarece que sua teoria não pode ser confundida com a ideia de bem-estar social, visto que nesta ideia não há preocupação em dispersar a propriedade de riquezas e capital e em impedir que uma pequena parte da sociedade controle a economia e, via de consequência, a vida política. De fato, Rawls ressalta que o estado de bem-estar social procura manter padrão de vida razoável para todos mediante o recebimento de determinadas proteções sociais, não havendo grande preocupação em estabelecer mecanismos que impeçam a acumulação de grandes desigualdades de riquezas, inclusive hereditárias, o que acaba tornando a equidade de oportunidades ineficaz diante das enormes disparidades de riqueza e de poder político.

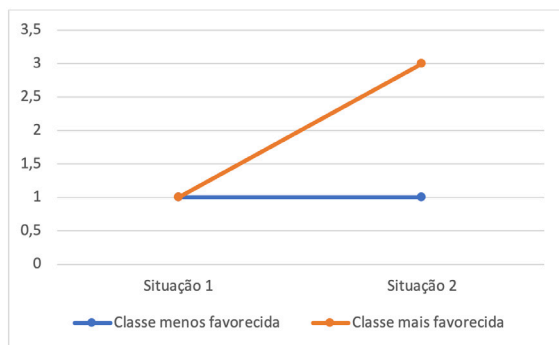
Diferentemente do utilitarismo, a justiça como equidade não admite que diferenças de renda e de posições de autoridade e responsabilidade sejam justificadas através do argumento de que as desvantagens de uns são compensadas com as vantagens de outros.

Rawls (2008, p. 81) adota como princípio de eficiência o parâmetro contido na “ótimalidade de Pareto”:

O princípio afirma que determinada configuração é eficiente sempre que é impossível modificá-la para melhorar a situação de algumas pessoas (pelo menos uma) sem, ao mesmo tempo, piorar a situação de outras pessoas (pelo menos uma). [...] A distribuição de bens ou um sistema de produção será ineficiente quando houver meios de melhorar ainda mais a situação de alguns indivíduos sem piorar a de outros. Vou presumir que as partes, na posição original, aceitam esse princípio para avaliar a eficiência de arranjos econômicos e sociais.

Porém, para a justiça como equidade, é necessário adequar a “ótimalidade de Pareto” ao segundo princípio estabelecido pelo próprio Rawls (2008, pp. 73 e 100). O gráfico 1 abaixo demonstra que, apesar da situação 2 ser compatível com a “ótimalidade de Pareto”, ou seja, com uma sensível melhora da classe mais favorecida sem a piora da classe menos favorecida, tal situação é incompatível com a justiça como equidade, por não representar qualquer para situação dos menos afortunados.

Gráfico 1



Ainda no gráfico 1, parece importante perceber que do ponto de vista da máxima eficiência, no cenário 2 é considerado melhor que o primeiro.

A situação inversa, com melhoria apenas da classe menos favorecida sem prejuízo dos mais afortunados, é admissível pela justiça como equidade, mas não representa o “esquema perfeitamente justo”, em que há melhora de todas as classes (RAWLS, 2008, p. 95).

Rawls complementa, declarando que todos “os valores sociais [...] devem ser distribuídos de forma igual, exceto se uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos” (2008, p. 73).

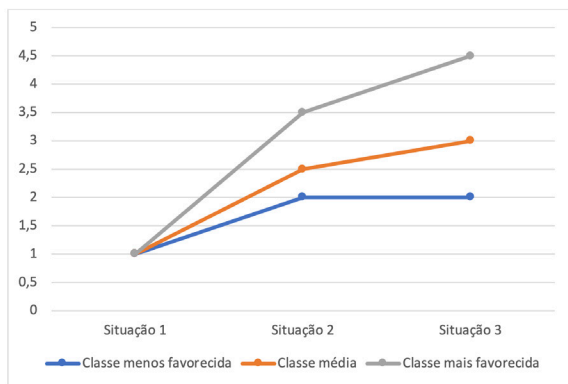
Já o gráfico 2 abaixo demonstra 3 situações e 3 classes distintas, em que o primeiro cenário demonstra uma igualdade absoluta entre todas as classes, o segundo um ganho de todas as classes e o terceiro um ganho apenas das duas classes superiores (apesar de inexistir prejuízo para a classe menos favorecida).

Nesse gráfico 2, a justiça como equidade adotará a situação 2, em que todas as classes estão em melhor situação que na primeira situação, ainda que as duas classes mais afortunadas tenham tido um ganho mais

expressivo. Todavia, a justiça como equidade rejeitará a situação 3, em que a classe mais desfavorecida não terá ganho algum, ainda que a situação represente uma melhoria do ponto de vista da mera eficiência econômica.

O utilitarismo, desde que as duas classes mais favorecidas representem a maioria dos envolvidos na sociedade, acolherá a situação 3 do gráfico 2.

Gráfico 2



Parece importante destacar que Rawls (2008, pp. 109 e 110), para a aplicação do princípio da diferença e para fins comparativos, em primeiro lugar adotará o método de escolha do ‘indivíduo representativo’ de cada grupo, para que possa identificar de que ponto deve-se julgar o sistema social, e, sem segundo lugar, definir a questão dos bens primários sociais, como quaisquer coisas que um indivíduo racional pretende e a categoria ampla de direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza.

Bem, esclarece Rawls (2008, p. 111), “é a satisfação do desejo racional”.

Em relação ao indivíduo representativo, Rawls (2008, p. 114) deixa claro que nem todas as posições sociais são relevantes¹⁶. Assim, “as posições sociais relevantes são, por assim dizer, os pontos de partida generalizados e agregados de uma forma apropriada”.

Rawls (2008, pp. 117 e 118) reconhece que é impossível evitar certa discricionariedade na identificação do grupo menos afortunados, seja pelo seu posicionamento social, seja pelo seu posicionamento de renda e riqueza, mas que é essencial se analisar o sistema social de uma posição de cidadania e dos diversos níveis de renda e riqueza.

Algumas outras posições podem ser levadas em conta às vezes, como diferenças baseadas em sexo, raça e cultura, mas, tais “desigualdades raramente trazem, se é que chegam a trazer, vantagens para os menos favorecidos e, por conseguinte, numa sociedade justa, o menor número de posições relevantes deveria bastar” (RAWLS, 2008, p. 118).

3.3. A questão da meritocracia

A Teoria da Justiça de Rawls (2008, p. 22) parte do pressuposto de que “parece razoável e de modo geral aceitável que ninguém seja favorecido ou desfavorecido pelo acaso, ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios”.

A justiça como equidade não visa favorecer aqueles que foram beneficiados pela loteria social ou natural, mas procurará utilizar os talentos naturais e as circunstâncias sociais em favor dos menos afortunados.

O baixo ITCMD cobrado no Brasil, cuja média é pelo menos dez vezes menor que países como EUA, Japão, Alemanha, França e Inglaterra, favorece claramente o sistema de aristocracia natural já existente, beneficiando claramente aqueles que já são beneficiados por circunstâncias sociais arbitrárias extremamente benéficas (RAWLS, 2008, pp. 89 e 90)

Portanto, a justiça por equidade procurará mitigar as consequências das circunstâncias sociais e da sorte natural, pois “ninguém deve beneficiar-se dessas contingências, a não ser de maneira que redundem no bem-estar dos outros”. A preocupação da sociedade deve ser com aqueles com menor talento inato e aqueles oriundos de posições sociais menos favoráveis (RAWLS, 2008, pp. 119 e 120).

Nesse mesmo sentido:

Os dois princípios mencionados aparentam ser uma base equitativa sobre a qual os mais favorecidos por talento natural, ou os mais afortunados em posição social, duas coisas das quais não nos podemos considerar merecedores, possam esperar a cooperação voluntária dos outros quando algum sistema viável seja uma condição necessária para o bem-estar de todos. (RAWLS, 2008, p. 18)

No pensamento de Rawls (2008, pp. 119 e 120), a justiça como equidade não procurará colocar todos nas mesmas condições, numa igualdade absoluta, restringindo os mais talentosos até o nível daqueles com

menor talento inato, mas estruturará o sistema social num sentido de que os menos talentosos possam se beneficiar dos maiores talentos, pelo seu próprio plano de vida.

Rawls (2008, p. 122) destaca a necessidade de se configurar o sistema social de uma forma que ninguém seja prejudicado ou beneficiado por circunstâncias naturais e sociais arbitrárias:

[...] configurar o sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido a seu lugar arbitrário na distribuição dos dotes naturais ou de sua posição inicial na sociedade sem dar ou receber benefícios compensatórios em troca. [...] A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que se nasça em determinada posição social. Isso são meros fatos naturais. Justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. [...] Na justiça como equidade, os homens concordam em só se valer dos acidentes da natureza e das circunstâncias sociais quando fazê-lo resulta em benefício comum.

Rawls (2008, p. 129) pensa que “em geral não é benéfico para os menos afortunados propor políticas que reduzam os talentos dos outros” e que os talentos superiores devem ser considerados “bens sociais a serem usados para o bem comum”.

Por sua vez, Álvaro de Vita (2008, p. XXII) relembra que não é justo que as perspectivas de vida das pessoas sejam determinadas meramente por circunstâncias aleatórias, sociais ou genéticas:

[...] uma sociedade que objetiva assegurar essa forma de igualdade humana fundamental em suas instituições sociais e políticas não pode permitir que as perspectivas de vida de seus membros sejam determinadas pelo acaso social ou genético. [...] não é justo que, em uma sociedade democrática, as pessoas sofram os efeitos de fatores que respondem pela produção de desigualdades socioeconômicas e que estão fora do seu próprio controle.

3.4 Os impactos no aspecto da eficiência econômica

Como abordado no tópico sobre igualdade democrática, Rawls (2008, p. 81) adota a “otimalidade de Pareto” como princípio de eficiência, em que uma situação é considerada eficiente quando houver a possibilidade de melhora de uma ou mais pessoas sem que haja piora na situação de outra(s) pessoa(s).

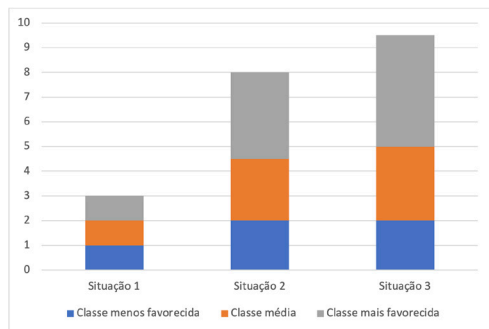
Todavia, também como abordado anteriormente, há necessidade de se adequar a “otimalidade de Pareto” ao segundo princípio estabelecido por Rawls (2008, pp. 73 e 100), visto que não se admite, por exemplo, a melhora da classe mais abastada sem que a classe menos afortunada seja beneficiada, não bastando, assim, a ausência de prejuízo dessa classe.

O gráfico 3 representa a mesma situação do gráfico 2, mas é apresentado de outra forma para melhor visualização dos quantitativos máximos de cada uma das 3 situações, ou seja, para melhor visualizar a questão da máxima eficiência.

Desta forma, do ponto de vista da máxima eficiência e da otimalidade de Pareto, a situação 3 (maior total, configurando o melhor cenário para as classes média e alta, sem prejuízo da classe baixa) é melhor que a situação 2 (total menor que a situação 3, sem prejuízo de nenhuma classe), que por sua vez é melhor que a situação 1, em que há uma igualdade absoluta entre todas as classes e total inferior aos demais cenários.

O Utilitarismo também aceitará a situação 3 como melhor hipótese, desde que as duas classes mais favorecidas representem a maioria dos envolvidos na sociedade.

Gráfico 3



Porém, a situação 2 do gráfico 3 é o cenário para a justiça como equidade, em que todas as classes estão em melhor situação em relação à primeira situação. A situação 3, em que a classe mais desfavorecida não terá ganho algum, é inaceitável para a justiça como equidade, ainda que tal situação represente uma melhoria do ponto de vista da máxima eficiência econômica.

Rawls (2008, p. 38) deixa claro que a característica principal da justiça como equidade é de que o justo tem prioridade sobre o bem e que “os desejos e aspirações individuais são restringidos desde o início pelos

princípios de justiça que especificam os limites que os sistemas humanos de objetivos devem respeitar”.

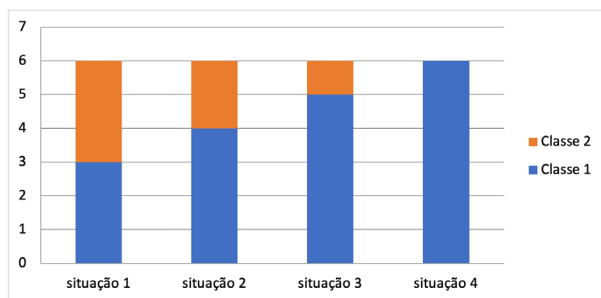
Nesse mesmo sentido, Rawls (2008, p. 84) declara que “na justiça como equidade os princípios de justiça têm prioridade sobre considerações de eficiência”. Assim, critérios justos de distribuição devem prevalecer sobre critérios estritos de eficiência.

Bittar e Almeida (2012, p. 451) relembram que os sistemas econômicos não devem estar desvinculados da ideia de justiça:

E, ainda que haja fortes traços de economicidade em suas proposições teóricas, o que se há de dizer é que também qualquer sistema econômico está baseado em uma ideia de justiça. Isso porque, devemos dizer desde já, não há justiça sem moral, política ou economia, para Rawls.

De fato, os sistemas econômicos não devem estar desvinculados da ideia de justiça e de um sistema social considerado justo. O gráfico 4, por exemplo, representa situações que são indiferentes do ponto de vista da máxima eficiência econômica, pois a soma de cada uma das 4 situações é a mesma, seja de uma igualdade absoluta retratada na situação 1, seja de absoluto domínio de uma só classe retratada na situação 4 (RAWLS, 2008, p. 83).

Gráfico 4



Rawls é enfático ao declarar que “o princípio da eficiência não pode servir sozinho como concepção de justiça”.

Para a justiça como equidade, dentre as 4 situações apresentadas, a 1ª é a única aceitável, pois reflete uma igualdade, enquanto as demais situações expõem um ganho apenas de uma classe em detrimento da outra, pois “se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas [...], deve-se preferir a distribuição igualitária” (RAWLS, 2008, p. 91).

Argumentos exclusivamente econômicos, portanto, tem sido insuficiente para fundamentar a própria existência da propriedade intelectual, especialmente quando tais aspectos econômicos têm privilegiado apenas uma minoria mais abastada. O regime jurídico da propriedade precisa, desta forma, ser repensado, bem como os seus fundamentos jurídicos, políticos, econômicos e sociais.

3.5 A importância da posição original e do véu de ignorância no pensamento rawlsiano

A necessidade de alteração do ITCMD brasileiro, para poder garantir maiores benefícios para os mais necessitados, ficará evidenciada através da ideia do ‘véu de ignorância’ e da importância da equidade na posição original de escolha dos próprios princípios da justiça.

A posição original combinada com o véu de ignorância na escolha dos princípios e das instituições justas reflete a base contratualista da justiça como equidade.

Nessa posição original hipotética, Rawls (2008, p. 23) parte do pressuposto de que as partes nessa situação original são iguais, tem os mesmos direitos na escolha dos princípios de justiça e não estão em vantagem ou desvantagem em razão de circunstâncias arbitrárias naturais, ou sociais.

Alvaro de Vita (2008, p. XXXI) destaca a importância da equidade na teoria de Rawls:

[...] o real ponto de partida da argumentação normativa da teoria de Rawls é uma noção de igualdade humana fundamental ou de valor intrínseco igual dos seres humanos. Uma sociedade justa ou, o que vem ser o mesmo, uma sociedade democrática, é aquela cujas instituições sociais, econômicas e políticas tratam seus membros como pessoas moralmente iguais.

A escolha dos princípios da justiça nessa posição original deve ser feita mediante um véu de ignorância, em que as pessoas desconhecem as particularidades da sua situação e até mesmo das circunstâncias sociais a que serão submetidos, como explica Rawls (2008, p. 15):

Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligên-

cia, força e coisas do gênero. [...] Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais.

Dentro desse racionalismo, o véu de ignorância proposto por John Rawls (2008, p. 22; 23; 165) também ressalta a importância de que todas as pessoas, sem exceção, tenham seus direitos e interesses preservados, pois as pessoas, desconhecendo as informações sobre sua posição social e econômica no momento da escolha dos princípios de justiça que regerão sua sociedade, certamente terão uma posição menos egoísta e defenderão os interesses de todos os integrantes do seu grupo social.

Ora, se uma pessoa não sabe se será rica ou pobre numa determinada sociedade, certamente garantirá, se tiver essa oportunidade, as maiores vantagens e direitos possíveis em qualquer uma dessas situações. O véu de ignorância impedirá, por exemplo, que bilionários sejam contra a adequação do ITCMD com vistas a garantir maior redistribuição de renda e maiores ganhos das pessoas menos afortunadas.

Por uma análise meramente argumentativa e lógica, apesar da justiça como equidade não adotar critérios probabilísticos para a escolha dos princípios da justiça numa posição original, é possível perceber que as pessoas escolheriam uma carga maior do ITCMD caso ignorassem sua condição particular no atual cenário brasileiro, em que há enorme probabilidade de uma pessoa nascer pobre ou sem patrimônio. Nessa hipótese, desconhecendo as particularidades de sua situação, as pessoas escolheriam uma estrutura social que, de um lado, garantisse a possibilidade de transmissão de bens aos seus herdeiros (para hipótese de serem pessoas afortunadas) e, de outro, tributasse tal transmissão de bens para a necessária redistribuição de renda e patrimônio (para a hipótese de não serem pessoas afortunadas).

Semelhantemente, Rawls (2008, p. 101) utilizará ainda o critério econômico 'maximin' para demonstrar que, por trás desse véu de ignorância, as pessoas procurarão identificar, dentre as possibilidades disponíveis, a alternativa que não seja pior que as demais, ou seja, todos se colocarão na posição menos privilegiada e escolherão os princípios e garantias que preservem as garantias e as vantagens mínimas necessárias para a sua condição.

Por todos esses aspectos, não há dúvida de que o ITCMD vem sendo

subutilizado pelo Brasil no combate às desigualdades sociais intergeracionais, na busca de uma igualdade democrática e na criação de uma sociedade verdadeiramente justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Imposto sobre Transmissão 'Causa Mortis' e Doações (ITCMD) não vem sendo utilizado adequadamente como instrumento de atenuação das enormes desigualdades sociais intergeracionais no Brasil e pouco tem contribuído para a efetiva implementação de uma igualdade democrática.

Diferentemente do que ocorre em vários países com baixos índices de desigualdade, o Brasil vem permitindo a concentração de renda e patrimônio por uma minoria abastada por uma baixa alíquota do ITCMD.

Através do seu princípio da diferença, a justiça como equidade de John Rawls deixa claro que a existência de desigualdades somente é justificável quando houver vantagens inequívocas para os mais necessitados. Rawls também salientará que as questões econômicas devem estar submetidas aos princípios morais e respectivas instituições (não o contrário) e que, sob o aspecto moral, ninguém pode ser considerado merecedor de circunstâncias arbitrárias, como nascer rico.

Através dessa perspectiva rawlsiana, especialmente diante da ideia dos princípios da justiça escolhidos por trás do véu de ignorância numa posição originária de equidade, é possível concluir que o ITCMD brasileiro precisa ser corrigido, para que as classes menos abastadas também sejam beneficiadas.

O ITCMD não mais pode ser visto meramente como uma fonte orçamentária, mas deve começar a ser visto também como um poderoso instrumento de combate às desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 21ª ed. SP: Saraiva. 2016.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 10ª ed., rev. e ampl. SP: Atlas. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União. 05 de outubro de 1988.

CARRANÇA, Thais. **Bolsa Família: taxar ricos para financiar política**

social elevaria PIB em 2,4%, diz estudo da USP. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56049425>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2021.

_____. **FMI defende taxar mais ricos para lidar com aumento da dívida no pós-pandemia.** Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/fmi-defende-taxar-mais-ricos-para-lidar-com-aumento-da-divida-no-pos-pandemia.shtml>>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

FOLHA. **Herança x Doação no mundo.** Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/graficos/d4A1J/>>. Acesso em 23 de novembro de 2020.

OCDE. **Revenue Statistics in Latin America and Caribbean 2020 – Brazil.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/tax-policy/revenue-statistics-latin-america-and-caribbean-brazil.pdf>>. Acesso em 8 de março de 2021.

ODILLA, Fernanda; PASSARINHO, Nathalia; BARRUCHO, Luis. **‘Como defender meritocracia quando Brasil é o país que menos taxa herança?’, diz discípulo de Piketty.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44020436>>. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade.** Traduzido por André Telles. RJ: Intrínseca. 2015

PINTOS-PAYERAS, José Adrian. **Análise da progressividade da carga tributária sobre a população brasileira.** Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5097/1/PPE_v40_n02_Analise.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2021.

PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano de 2019.** Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf>. Acesso em 7 de janeiro de 2021.

RAWLS, Jonh. **Uma Teoria da Justiça.** 3ª ed. traduzido por Jussara Simões. SP: Martins Fontes. 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 16ª ed. RJ: Civilização Brasileira. 2014.

SÃO PAULO. **Lei estadual n. 10.705, de 28 de dezembro de 2000.** Disponível em: <<https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/lei10705.aspx>>. São Paulo: **Diário Oficial do Estado.** 29 de dezembro de 2000.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Resolução n. 57/2019**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/590017/publicacao/15785996>>. Acesso em 07 de janeiro de 2021.

_____. Resolução n. 05, de 05 de maio de 1992. Brasília: **Diário Oficial da União**. 06 de maio de 1992.

STF. **Lei estadual não pode instituir imposto sobre doação e herança no exterior**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461416&ori=1>>. Acesso em 22 de março de 2021.

VITA, Álvaro de. Apresentação da Edição Brasileira. In RAWLS, Jonh. **Uma Teoria da Justiça**. 3ª ed. traduzido por Jussara Simões. SP: Martins Fontes. 2008. P. XI a XXXIII.

'Notas de fim'

1 Segundo a OCDE, a tributação no Brasil equivale a 33,1% do seu PIB, atrás, na América Latina, apenas de Cuba, com o equivalente a 42,3%. A média dos tributos dos países integrantes da OCDE equivale a 34,3% dos respectivos PIBs, enquanto a média dos países da América Latina é de 23,1%.

2 60% sobre heranças e 45% sobre doações.

3 55% sobre heranças e doações.

4 50% sobre heranças e doações.

5 50% sobre heranças e doações.

6 40% sobre heranças e doações.

7 40% apenas sobre heranças.

8 25% sobre heranças e 35% sobre doações.

9 De acordo com o coeficiente Gini, quanto maior o índice possuído por um país, mais desigual ele é.

10 Justiça como Equidade, de 1958.

11 Justiça Distributiva: Alguns Adendos, de 1968.

12 Liberdade Constitucional, de 1963.

13 Justiça Distributiva, de 1967.

14 Desobediência Civil, de 1966.

15 O Senso de Justiça, de 1963.

16 Rawls utiliza como exemplo a existência de vários tipos de produtores rurais, como os de laticínios e de grãos e os agricultores.

THE RIGHTS OF REFUGEES AND INTERNALLY DISPLACED PERSONS IN ARMED CONFLICTS

OS DIREITOS DOS REFUGIADOS E DOS DESLOCADOS
INTERNOS EM CONFLITOS ARMADOS

LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS Y DE LOS
DESPLAZADOS INTERNOS EN CONFLICTOS ARMADOS

SUMMARY:

The rights of refugees and internally displaced persons (IDPs) in armed conflicts encompass a complex interplay of legal, humanitarian, and socio-political dimensions. These individuals, often fleeing violence, persecution, or upheaval within their own countries, face numerous challenges and vulnerabilities.

This scientific article delves into the legal, humanitarian, and socio-political aspects concerning the rights of refugees and internally displaced persons during armed conflicts, emphasizing their vulnerability and the challenges they face. Explores the legal foundations such as international humanitarian law, human rights treaties, and the Refugee Convention that establish the rights and protections for displaced populations during armed conflicts. Examines the various factors leading to displacement, whether direct consequences of conflict violence or indirect effects and highlights the significant human and security costs associated with displacement.

Discusses the available measures and mechanisms, including the roles of states, international organizations, and non-state actors, in providing protection, humanitarian aid, and support to refugees and IDPs. Notes the encountered by displaced populations, including access to basic needs, vulnerability to abuses,

Como citar este artigo:
SLINKO, Kateryna,
ALVES, Fernando.
The rights of refugees
and internally
displaced persons
in armed conflicts.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 41 2023,
p. 461-489

Data da submissão:
14/03/2024
Data da aprovação:
18/03/2024

1. University of
Northern
Paraná - UENP
2. University of
Northern
Paraná - UENP

discrimination, and difficulties in achieving durable solutions. Provides practical illustrations through case studies or real-world examples of specific conflicts or regions, demonstrating the complexities and nuances of protecting the rights of displaced persons.

Concludes with recommendations aimed at improving the legal frameworks, policies, and international interventions to better protect the rights of refugees and IDPs in armed conflicts.

KEYWORDS:

Refugees; Internally Displaced Persons (IDPs); Armed Conflicts; International Humanitarian Law; Human Rights Treaties; Displacement; Protection of Civilians; Vulnerability.

INTRODUCTION

The rights of refugees and internally displaced persons (IDPs) in armed conflicts are critical aspects of international humanitarian law and human rights. As conflicts persist globally, millions of individuals find themselves forced to flee their homes either as refugees, crossing international borders, or as IDPs within their own countries.

Armed conflict frequently causes people to flee either as a direct consequence of violence or due to the indirect or cumulative effects of war. The human and security costs of displacement can be high, as civilians become particularly vulnerable to different types of harm, and situations of conflicts can be exacerbated and protracted. Therefore, preventing and addressing displacement has been frequently recognized in the UN Security Council's Protection of Civilians agenda. The actions of States and their militaries, as well as armed non-state actors in situations where they effectively control people and territory, affect the protection of displaced persons in conflict zones. Compliance with the law and ensuring the provision of adequate humanitarian assistance can help prevent displacement and improve protection during displacement. Conversely, violations of applicable international law in armed conflict can cause displacement, suffering during displacement, and impede durable solutions to displacement [1].

Importantly, States and relevant non-state armed actors, need to sup-

port and cooperate with other actors with international mandates for the protection of displaced persons such as the UNHCR and the ICRC [1].

International legal frameworks, including the Refugee Convention and various human rights treaties, establish the rights of displaced populations during armed conflicts. This article will explore the fundamental rights afforded to refugees and IDPs, emphasizing the importance of upholding these rights amid the complexities of armed conflicts.

REFUGEES AND INTERNALLY DISPLACED PERSONS

Refugees and Internally Displaced Persons (IDPs) in armed conflicts are populations forced to leave their homes due to violence and persecution. Refugees cross international borders, seeking safety, while IDPs remain within their country. Both groups face significant challenges, including the risk of violence, limited access to essential services, and legal and protection issues.

Those displaced by armed conflict are usually (but not always) civilians, and have various protections afforded to them under international humanitarian law, international human rights law, and international refugee law. Displacement is not a uniform phenomenon, and an individual's displaced status is legally determined by the specific context of each situation, the actors involved, the causes of displacement, and specific protection needs [1].

International humanitarian law and human rights frameworks, such as the Refugee Convention, provide the basis for safeguarding their rights. Addressing the needs of refugees and IDPs requires a comprehensive approach, including humanitarian assistance, protection measures, and long-term solutions addressing the root causes of conflict.

In considering the legal protections afforded to displaced persons under international law, there is a distinction between the status of refugees, who flee across international borders, and internally displaced persons (IDPs), who flee their habitual place of residence but stay within their country of origin. Such classifications can be useful to determine legal status or for understanding specific protection needs that often arise in the context of displacement. Nevertheless, it is worth noting that such classifications often group together non-homogeneous groups and are not sufficient to understand the full breadth of diverse protection needs in a

given situation. Furthermore, individuals who have not been displaced, such as those unable to leave or those responsible for hosting other displaced persons, also have their own protection needs as civilians affected by conflict [1].

The classification of displaced persons based on their status as refugees or IDPs is valuable for determining their legal standing and addressing specific protection needs that may arise in each context. However, it is crucial to recognize the limitations of such classifications, as they often group together diverse and non-homogeneous populations, making it challenging to fully comprehend the range of protection needs within a given situation.

The customary international legal principle of non-refoulement, incorporated in international refugee law, international humanitarian law, and human rights law, prohibits States from returning any individual to a situation where their life or freedom would be threatened. International refugee law imposes responsibilities on States about certain displaced persons who arrive in their territory and jurisdiction. However, this protection is restricted to specific circumstances based on a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion. It does not protect people fleeing for reasons other than persecution, for instance, due to natural disasters/degradation, or those who do not leave their country of nationality, such as internally displaced persons [1].

In examining the complexities of legal protections for displaced persons, it is crucial to acknowledge the broader spectrum of protection needs, including those of individuals who have not been displaced but are affected by conflict, such as those unable to leave or those hosting displaced persons. A comprehensive approach to addressing the diverse circumstances and needs of affected populations is essential to ensure the effective implementation of legal protections and the safeguarding of human rights in situations of displacement.

Many displaced individuals do not fall under the international law definition of refugees. The majority of people displaced by conflict today are internally displaced persons who have not left their country of origin and are not covered by international refugee law. Nevertheless, all displaced individuals retain protection under IHL in situations of armed

conflict and under IHRL and have the right to enjoy the same rights and freedoms that accrue to other persons in their country, under domestic and international law, without discrimination. Furthermore, displaced civilians who remain in or flee to areas of armed conflict remain entitled to protection as civilians under IHL. The Guiding Principles on Internal Displacement provide practical guidance on addressing the needs of IDPs, by identifying IHRL and IHL principles that guarantee the rights relevant to the protection and assistance of IDPs, as well as their resettlement and reintegration upon return to their place of habitual residence. While the aforementioned Guiding Principles are not legally binding, they are still authoritative since they are derived directly from IHL and IHRL [1].

REFUGEES

Who are refugees?

The 1951 Refugee Convention defines a refugee as “someone who is unable or unwilling to return to their country of origin owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion.” There are different types of refugees, for instance, Asylum Seekers, Internally displaced persons, stateless persons, Religion or political affiliation refugees, Hunger refugees, War refugees, climate change refugees, and refugees of gendered violence. driven by factors such as armed conflicts, political instability, environmental crisis, and economic factors due to which people flee in search of safety and better opportunities. This displacement leads to the loss of homes, livelihoods, and communities. Socioeconomic impacts affect both hosts and refugees, with limited access to employment, healthcare, and education, along with increased competition. However, the existence of certain international legal frameworks such as the 1951 Refugee Convention defines the rights and obligations of refugees, while the UNHCR is entrusted with their protection. In addition, the 1967 Protocol expanded the Convention’s scope highlighting that people displaced before 1951 or outside of Europe are also eligible for protection under the Convention. The UNHCR advocates for refugee rights, offers assistance, and seeks durable solutions, in this regional instruments also supplement the global efforts [4].

The UNHCR’s advocacy for refugee rights, provision of assistance,

and pursuit of durable solutions underscores the global commitment to addressing the needs of displaced populations. Additionally, regional instruments complement these efforts, emphasizing the collaborative approach required to navigate the intricate landscape of refugee protection. Together, these mechanisms strive to provide a comprehensive and compassionate response to the challenges faced by refugees worldwide.

According to the UNHCR's Global Trends Report 2022, 108.4 million worldwide people at the end of 2022 were forcibly displaced as a result of persecution, conflict, violence, human rights violations, and events seriously disturbing public order [4].

By the end of 2022, more than half of all refugees (52%), including others in need of international protection, were from Syria, Ukraine and Afghanistan [5].

War refugees are individuals who have been forced to flee their home countries due to armed conflict, violence, persecution, or the breakdown of societal order. These individuals seek safety and protection in other countries, often crossing international borders. The status of "refugee" is conferred upon them based on the conditions outlined in international law, primarily the 1951 Refugee Convention and its 1967 Protocol.

After 12 years of war, Syria remains the world's largest refugee crisis. More than 6.8 million Syrians have been forced to flee their country since 2011, and another 6.8 million people remain internally displaced [5].

The escalation of the war in Ukraine in February 2022 created the fastest displacement of people in Europe since the Second World War. In the first days, as many as 200,000 refugees a day crossed into neighboring countries. At this point, over 8.3 million refugees have fled the country, while a further 5.4 million people remain displaced within Ukraine [5].

Since the shift in power in Afghanistan, humanitarian needs across the country have skyrocketed, making it now the world's largest-ever humanitarian appeal. An estimated 3.4 million people have been internally displaced and as the country endures the worst drought in 27 years, these numbers are likely to continue to soar [5].

Efforts to address the needs of war refugees involve both short-term humanitarian responses, such as providing emergency aid, and long-term solutions that address the root causes of conflict and promote conditions for safe and sustainable return or resettlement. International cooperation

is essential in managing and supporting the global population of war refugees.

PROTECTION UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Whereas refugee law contains a specific definition of refugee, humanitarian law is very vague and only rarely employs the term. All the same, this does not mean that refugees are neglected by humanitarian law since they are protected by it when they are in the power of a party to a conflict [3].

During international armed conflicts, nationals of a State who flee hostilities and enter the territory of an enemy State are protected by the Fourth Geneva Convention as aliens in the territory of a party to the conflict (Articles 35 to 46 of the Fourth Convention). This Convention requests favorable treatment for refugees on the part of the host country; since, as refugees, they do not enjoy the protection of any government, they must not be treated as enemy aliens solely based on their nationality (Article 44 of the Fourth Convention). Protocol I reinforces this rule while also referring to the protection of stateless persons (Article 73 of Protocol I). Refugee nationals of a neutral State who find themselves in the territory of a belligerent State are protected by the Fourth Convention when there are no diplomatic relations between their State and the belligerent State. Article 73 of Protocol I maintains this protection even when diplomatic relations exist [3]. Protocol I further reinforces these protections and extends them to stateless persons, emphasizing the humanitarian imperative to shield vulnerable populations during armed conflicts.

The Fourth Geneva Convention plays a crucial role in protecting nationals of a State who flee hostilities and seek refuge in the territory of an enemy State. Articles 35 to 46 of the Fourth Convention outline the rights and protections afforded to these individuals, emphasizing the need for favorable treatment by the host country.

This Convention further stipulates that “In no circumstances shall a protected person be transferred to a country where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs” (principle of non-refoulement, Article 45, para. 4 of the Fourth Convention) [3].

Additionally, the Convention provides special protection for refugees during the occupation of a territory. If refugees, during this period, fall into the power of a State of which they are nationals, the Occupying Power is prohibited from taking actions such as arresting, prosecuting, convicting, or deporting them from the occupied territory, as stated in Article 70, paragraph 2 of the Fourth Convention.

It is crucial to note, however, that nationals of a State who seek refuge in the territory of a State not involved in an international conflict are not automatically protected by international humanitarian law. Their protection depends on the presence of internal armed conflict in the receiving State, in which case Article 3 common to the Geneva Conventions and Protocol II come into play. In such situations, refugees may find themselves victimized by conflicts both in their home country and in the country providing refuge, highlighting the complexities and challenges faced by displaced populations.

What is a refugee crisis?

A refugee crisis is defined as when many displaced people move from their home country to another, difficulty or dangerously. The term refugee crisis can refer to displacement happening in the country of origin, the country of arrival, or to problems and dangers facing refugees whilst they are on the move. A crisis can refer to the perspective of the refugees, the country to which they flee, or, in many cases, both [6].

A refugee crisis in armed conflicts occurs when there is a significant and often abrupt increase in the number of people fleeing their homes and seeking refuge due to the impacts of armed conflict. Armed conflicts can create complex and urgent situations that lead to mass displacement, overwhelming the affected regions and often necessitating international humanitarian responses.

The plight of refugees is characterized by the sudden and often harrowing nature of their displacement. Many refugees, having fled their homes, find themselves with nothing more than the clothes on their backs, lacking access to basic necessities such as food and clean water. The transformation into a refugee can occur in an instant, highlighting the urgency and unpredictability of the circumstances they face. The crises in Gaza, Syria, Ukraine, and Afghanistan have resulted in some of the largest refugee crises in recent history. Currently, there is more conflict in the world

than ever before, which is driving displacement and creating refugees.

What causes a refugee crisis? The biggest causes of a refugee crisis are:

- conflict and war
- hunger and poverty
- persecution and violence and
- climate change.

Conflict and war are the most common causes of mass displacement of people, leading them to become refugees. In some cases, people can become refugees literally overnight when violence erupts in a country due to war or political unrest [6].

While conflict remains a primary driver, other factors such as hunger, poverty, persecution based on gender or sexual orientation, and the impacts of climate change contribute significantly to the displacement of large groups of people. The multifaceted nature of these challenges underscores the complexity of addressing the diverse reasons that force individuals to flee their countries.

Promoting peace, addressing the root causes of conflicts, and ensuring the protection and well-being of displaced populations are crucial components of managing and resolving refugee crises in the context of armed conflicts. International cooperation and adherence to humanitarian principles are essential for an effective response.

PERSONS DISPLACED WITHIN THEIR OWN COUNTRY

Who are internally displaced persons?

According to the Guiding Principles on Internal Displacement, internally displaced persons (also known as “IDPs”) are “persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized border [2].

Internally displaced persons face numerous challenges, particularly in situations of armed conflict, which heighten their vulnerability across various domains. They experience significantly higher mortality rates compared to the general population and are exposed to threats such as

physical attacks, sexual assault, and abduction. Moreover, the deprivation of adequate shelter, food, and health services adds to the hardships faced by IDPs.

The overwhelming majority of internally displaced persons are women and children who are especially at risk of abuse of their basic rights. More often than refugees, the internally displaced tend to remain close to or become trapped in zones of conflict, caught in the crossfire, and at risk of being used as pawns, targets, or human shields by the belligerents [2]. Their precarious situation underscores the urgent need for focused efforts to address the specific vulnerabilities and risks faced by internally displaced persons.

Int Internally displaced persons (often referred to as IDPs) have been forced to flee their homes because of war, violence, or persecution, but have not crossed an international border. At the end of 2022, over 62.5 million people around the world were internally displaced, including 6.8 million in Syria and 5.4 million in Ukraine [5]. Internally displaced persons (often referred to as IDPs) have been forced to flee their homes because of war, violence, or persecution, but have not crossed an international border. At the end of 2022, over 62.5 million people around the world were internally displaced, including 6.8 million in Syria and 5.4 million in Ukraine [5]. ernally displaced persons (often referred to as IDPs) have been forced to flee their homes because of war, violence, or persecution, but have not crossed an international border. At the end of 2022, over 62.5 million people around the world were internally displaced, including 6.8 million in Syria and 5.4 million in Ukraine [5].

What is the difference between an internally displaced person and a refugee?

The key distinction is that IDPs remain within their own country, while refugees have crossed an international border. Both groups, however, share common challenges and vulnerabilities and require humanitarian assistance and protection. International organizations, governments, and NGOs play crucial roles in addressing the needs of both internally displaced persons and refugees.

According to the 1951 Convention on the Status of Refugees, a “refugee” is a person who, “owing to well-founded fear of being persecuted

for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.” Subsequent international instruments (such as the Cartagena Declaration on Refugees and the Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa) have expanded this definition for some states to persons fleeing the general effects of armed conflict and/or natural disaster [2].

A crucial requirement to be considered a “refugee” is crossing an international border. Persons forcibly displaced from their homes who cannot or choose not to cross a border, therefore, are not considered refugees, even if they share many of the same circumstances and challenges as those who do. Unlike refugees, these internally displaced persons do not have a special status in international law with rights specific to their situation. The term “internally displaced person” is merely descriptive.

THE RIGHTS OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS

Like all human beings, internally displaced persons enjoy human rights that are articulated by international human rights instruments and customary law. In situations of armed conflict, moreover, they enjoy the same rights as other civilians to the various protections provided by international humanitarian law [2].

The Guiding Principles on Internal Displacement, created in 1998, restate and compile existing international human rights and humanitarian law germane to the internally displaced and also attempt to clarify grey areas and gaps in the various instruments about situations of particular interest to the internally displaced [2]. These principles aim to address gaps and uncertainties in various instruments, focusing on issues specifically relevant to the internally displaced.

Overall, the Guiding Principles on Internal Displacement establish a comprehensive framework to safeguard the rights and well-being of internally displaced persons in diverse and challenging circumstances.

The Guiding Principles note that arbitrary displacement in the first

instance is prohibited (Principles 5-7). Once persons have been displaced, they retain a broad range of economic, social, cultural, civil, and political rights, including the right to basic humanitarian assistance (such as food, medicine, and shelter), the right to be protected from physical violence, the right to education, freedom of movement and residence, political rights such as the right to participate in public affairs and the right to participate in economic activities (Principles 10-23). Displaced persons also have the right to assistance from competent authorities in voluntary, dignified, and safe return, resettlement, or local integration, including help in recovering lost property and possessions. When restitution is not possible, the Guiding Principles call for compensation or just reparation (Principles 28-30) [2].

PROTECTION UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

As previously seen, during armed conflict the civilian population is entitled to an immunity intended to shield it as much as possible from the effects of war. Even in times of war, civilians should be able to lead as normal a life as possible. In particular, they should be able to remain in their homes; this is a basic objective of international humanitarian law [3].

However, when civilians are forced to leave their homes owing to serious violations of international humanitarian law, they are still a fortiori protected by this law. This protection may come from the law applicable either to international or to internal armed conflicts, as both types of conflict may result in displacements of people within their own country [3].

The Guiding Principles on Internal Displacement, established in 1998, serve as a crucial framework that reaffirms and consolidates existing international human rights and humanitarian law applicable to internally displaced persons. These principles aim to address gaps and uncertainties in various instruments, focusing on issues specifically relevant to the internally displaced

The protection to which displaced persons, as civilians, are entitled in the event of displacements due to international armed conflict is set forth in considerable detail (Protocol I, for example, dedicates a major section to it — Articles 48 ff.). The civilian population is also entitled to receive items essential to its survival (Article 23 of the Fourth Convention;

Article 70 of Protocol I). The same holds true for the population of occupied territories (Articles 55 and 59 ff. of the Fourth Convention; Article 69 of Protocol I). In addition, the civilian population cannot be deported from occupied territory. Generally speaking, the civilian population enjoys the fundamental guarantees stipulated in Article 75 of Protocol I. Civilians fleeing from an internal armed conflict enjoy protection very similar to that during international armed conflicts. Although the fundamental principles of this protection have been clearly spelled out, it must be admitted that the rules are less specific. Owing to the predominance nowadays of internal armed conflicts, a fairly detailed description will be given here of the relevant rules [3]. Overall, the Guiding Principles on Internal Displacement establish a comprehensive framework to safeguard the rights and well-being of internally displaced persons in diverse and challenging circumstances.

How does conflict impact children?

Children are especially vulnerable to the effects of war and frequently represent at least half of the population in a conflict area. They suffer fear and insecurity, and disruption to every aspect of their lives. Children who have been displaced are at an increased risk of sexual and physical violence, disease and malnutrition, and separation from family members. As displaced persons or refugees, they may experience severe poverty, abuse, exploitation, and psychosocial distress [13].

Refugee children in armed conflicts face significant challenges that impact their well-being and future prospects. These challenges include forced displacement, exposure to violence, loss of family and community support, limited access to education and healthcare, and the risk of exploitation.

At the end of last year, more than 450 million children – or one in six – were living in a conflict zone, the highest number in 20 years. A record 36,5 million children were displaced from their homes as a result of conflict, violence, and other crises. The conflict in Ukraine has caused two million children to flee their country and displaced some three million internally. Every child living under these circumstances is a child deprived of their basic rights and protection. They need support with water, food, shelter, healthcare, education, and protection [10].

Families are forced to flee their homes to escape conflict, disasters, and humanitarian emergencies, with 72% of refugees coming from five countries: Syria, Gaza, Venezuela, Ukraine, Afghanistan, and South Sudan [10]. These families are confronted with the harsh realities of displacement, often lacking access to essential elements such as water, food, shelter, healthcare, education, and protection.

Addressing the needs of these vulnerable populations requires concerted efforts from the international community to provide the necessary support and resources. Every child living in such challenging circumstances deserves the opportunity to enjoy their basic rights, and it is crucial to prioritize their well-being and protection amidst the complex challenges posed by conflicts, disasters, and humanitarian emergencies.

THE LINK BETWEEN CONFLICT AND REFUGEES

Conflict is one of the leading causes of displacement and people becoming refugees. When armed conflicts, civil wars, ethnic tensions, or other forms of violence break out, people are often forced to flee their homes in search of safety [6].

In many cases, families flee their homes to escape violence or persecution, becoming refugees overnight. Once they have fled, child refugees often face several challenges. They may struggle to find shelter, clean water, and food, or to access basic services like healthcare and education. Child refugees are more vulnerable to abuse, exploitation, and extreme poverty [6]. Addressing the root causes of conflicts, providing immediate humanitarian aid, and implementing long-term solutions for displaced populations, especially vulnerable groups like child refugees, are imperative for mitigating the impact of crises on human lives.

Because of long-standing conflicts in countries like [Syria](#), many children may spend half their lives as refugees. Escaping the hardships of their home country is only the beginning of a dangerous journey that many refugees face. Many refugees end up living in camps where access to shelter, clean water, and toilets is not always guaranteed [6].

Humanitarian responses need to prioritize the unique needs of refugee children, ensuring access to safe shelter, education, healthcare, and psychosocial support. Protection measures should be in place to prevent child recruitment, trafficking, and other forms of abuse. Long-term solu-

tions should focus on addressing the root causes of conflict, promoting peace, and creating conditions for the safe return and sustainable reintegration of refugee children into their communities.

GIVING REFUGEE CHILDREN A FUTURE - WHAT MUST BE DONE

1. Prevent human rights abuses

People must speak out and campaign against the human rights violations that cause children and their families to flee their homes. We must demand that our governments, the United Nations, and regional organizations uphold those rights, hold accountable those who violate them, and bring pressure to bear to stop the abuses [11].

The call to action involves not only condemning violations but also exerting pressure on those responsible for these abuses. It is through sustained efforts, both at the grassroots and international levels, that we can create a world where human rights are respected, protected, and upheld. By fostering a global commitment to justice and accountability, we can strive towards a future where every individual, irrespective of their background, can live in dignity and security. Ultimately, preventing human rights abuses requires a united front that prioritizes the well-being of vulnerable populations and actively works towards a world free from injustice and oppression.

2. Protect the rights of all refugees

Safeguarding the rights of all refugees necessitates a concerted effort by governments to not only ratify but also diligently implement international treaties related to refugees and asylum-seekers. Governments must ratify and implement the international treaties relating to refugees and asylum-seekers. The majority of the world's states have ratified the 1951 UN Convention relating to the Status of refugees and its 1967 Protocol (146 countries). However, some have not. Many of those who have ratified the Convention and Protocol flout its most basic principles [11].

To truly protect the rights of refugees, it is essential for governments to not only commit to these treaties but also adhere to their core principles. This involves providing refuge to those fleeing persecution, ensuring

access to fair and efficient asylum processes, and upholding the principle of non-refoulement. International collaboration is crucial to hold nations accountable for their commitments and to address instances where the rights of refugees are compromised.

Moreover, addressing the root causes of forced migration, such as conflict, persecution, and human rights abuses, is integral to creating an environment where people do not have to flee their homes in the first place. The protection of refugee rights should be seen as a shared global responsibility, and efforts must be made to foster empathy, cooperation, and understanding among nations to build a world where the rights and dignity of all individuals, including refugees, are respected and upheld.

3. Protect the human rights of refugee children and provide for their special needs

Governments in asylum countries, and the international agencies that assist them, must fully apply international guidelines and standards relating to children and child refugees, in particular those relating to detention and asylum procedures. The 1989 Convention on the Rights of the Child has enjoyed near universal ratification by UN Member States. Children (defined as “every human being below the age of eighteen years unless, under the law applicable to the child, the majority is attained earlier”) are intended to enjoy all the rights under the Convention without discrimination, and the UNHCR has adopted the Convention as its guiding principles, incorporating its standards in the UNHCR Policy on Refugee Children [11].

To effectively meet the special needs of refugee children, it is essential to provide not only for their physical well-being but also for their educational, psychological, and social needs. A holistic approach that considers the unique vulnerabilities of refugee children is crucial. Governments and international organizations must work collaboratively to create environments that promote the dignity, safety, and development of refugee children, fostering a future where these young individuals can thrive and contribute positively to society.

4. Provide an advocate for refugee children in situations of armed conflict

Since so many refugees and displaced children are fleeing situations of armed conflict, special attention should be focused on ways to protect them from human rights abuses in times of war, including those occurring in the context of child recruitment. Whoever is appointed to the newly-created post of UN Special Representative of the Secretary-General on the Impact of Armed Conflict on Children must act as an advocate for the right of children in this situation to flee, and for the protection of their rights until it is safe for them to return home [11].

Addressing the specific challenges faced by refugee children in armed conflict requires a comprehensive and sustained approach. This includes actively engaging with governments, international organizations, and local communities to enforce measures that prevent child recruitment, provide psychological support, and ensure access to education and healthcare. By taking on the role of a strong advocate, the UN Special Representative can play a pivotal part in shaping policies and initiatives that prioritize the protection and rights of refugee children affected by armed conflict, ultimately contributing to a safer and more secure future for these vulnerable individuals.

5. Provide resources to match the scale of the problem

International monitoring mechanisms on human rights matters must be given the funds and staff they need to be effective. The Committee on the Rights of the Child, entrusted with monitoring children's rights worldwide, is composed of 10 part-time members — they meet for only 12 weeks each year. The secretariat comprises three staff members at the UN Centre for Human Rights. As yet, it is unclear whether the Special Representative on the Impact of Armed Conflict on Children will have any permanent staff exclusively assigned to work with them, or whether they will have to rely on secondments and part-time assistance from other UN agencies [11]. Similarly, the newly-established position of the UN Special Representative on the Impact of Armed Conflict on Children requires dedicated resources to fulfill its mandate effectively. Permanent staff and adequate funding are crucial for this representative to carry out their advocacy and monitoring responsibilities comprehensively. Relying on secondments and part-time assistance from other UN agencies may compromise the effectiveness of their efforts.

Refugee children in armed conflicts face severe challenges, including displacement, exposure to violence, and loss of support networks. Humanitarian efforts must prioritize their unique needs, ensuring access to education, healthcare, and psychosocial support. Protection measures are essential to prevent recruitment, trafficking, and abuse. Long-term solutions should address the root causes of conflict, promote peace, and facilitate the safe return and sustainable reintegration of refugee children into their communities.

FACTS ABOUT WHAT REFUGEE WOMEN FACE

Refugee women in armed conflicts face significant challenges, including heightened vulnerability to gender-based violence and displacement. They often encounter difficulties accessing essential services such as healthcare and education. Humanitarian responses must be gender-sensitive, addressing the specific needs of women, including reproductive health and psychosocial support.

With women often suffering the brunt of displacement – from being subjected to sexual and gender-based violence as they flee their homes and occupy camps, to being responsible for rebuilding the lives of their families and communities after conflict – the challenges women refugees face are immense. Refugee women and girls face specific challenges including discrimination, psychosocial trauma, sexual and gender-based violence, and risk of human trafficking.

When experiencing armed conflicts and forced migration, women face challenges related to changed living conditions, gender-based violence, and health-related consequences. Consistently, women are targets of severe structural and personal violence, while lacking access to even the most basic healthcare services. Societal changes are needed to improve the protection and rights of women in these settings. Despite facing considerable trauma, these women display considerable resilience and endurance by finding strength through social support and internal resources. Synthesized qualitative research illustrates that women value social support, including peer support. Peer support is a promising intervention that needs to be evaluated in future experimental studies [12].

Legal and protection issues, such as obtaining asylum and addressing statelessness, are common. Empowering refugee women through

education, skills training, and economic opportunities is crucial for resilience. Meaningful participation in decision-making processes and attention to family dynamics, especially for mothers, are essential. Long-term solutions require addressing root causes, emphasizing conflict prevention, peacebuilding, and supporting safe return and reconstruction for refugees, including women.

Fact 1: 1 in 5 women refugees experience sexual violence.

Women refugees and internally displaced women suffer from marginalization, sexual and gender-based violence, and child marriage. Some experience sexual and gender-based violence as they flee conflict.

In camps or due to poverty, some women and girls may be kidnapped, trafficked, or forced into marriage. 9 out of 10 countries with the highest rates of child marriage are considered either fragile or extremely fragile states, where long-ingrained gender norms pressure girls into vulnerable situations. And we have seen the number of women raped and sexually abused while internally displaced due to the war in Ukraine soar too [7].

Fact 2: Women and children make up most of the people forcibly displaced by renewed conflict in Syria.

Before the Türkiye-Syria earthquakes, Syria's 12-year war had already displaced half of the country's pre-war population of 23 million.

Now, there are 6.7 million people displaced within Syria and more than 18,000 registered refugees and asylum-seekers in the country. Nearly 70% of their population is women and children - and too many are forced into surrounding areas, some in camps where resources are scarce and weather conditions harsh.

In places like Syria, where women have been making advances in gender equality, disease, and displacement threaten that progress. And for many displaced by the earthquakes, estimated to be over 50,000 families in Syria alone, this is their second experience of displacement.

Fact 3: 50 percent of refugees, internally displaced, or stateless populations are women and girls.

Of the over 100 million people who have been forced into displacement, over half are women and girls. Women are often the first responders when a crisis hits yet their voices are often left out of policies that are designed to protect them. In addition to poverty and other issues that all refugees may face, women refugees have an added layer of oppression

from gender discrimination [7].

Fact 4: South Sudanese and other refugees in Sudan have been forced to return to their home countries as conflict has soared.

Even before the recent uptick in conflict, Sudan was battling extreme weather, social and political unrest, and rising food prices - exacerbated by the war in Ukraine global impact. Nearly 1.4 million people have been displaced from their homes. For many, this is not the first time.

With no end to the violence in sight, people are desperately seeking safety, both within Sudan itself and in bordering countries, such as Chad, South Sudan, Egypt, Ethiopia, and the Central African Republic. For hundreds of thousands of people, this has meant returning to their home countries under dangerous conditions [7].

Fact 5: Refugee women could generate and contribute \$1.4 trillion to the annual global GDP.

Contrary to the myth that refugees are unskilled and uneducated, many of them have much to contribute. While some refugees might have never had the chance to gain formal education, many are highly educated and highly skilled [7].

Refugee women in armed conflicts face heightened vulnerability, experiencing gender-based violence and displacement. Humanitarian responses must be tailored to their specific needs, including reproductive health and psychosocial support. Legal and protection challenges, such as asylum issues and the risk of statelessness, are prevalent. Empowering refugee women through education and economic opportunities is crucial, along with fostering their meaningful participation in decision-making. Family dynamics, especially for mothers, warrant attention. Long-term solutions require addressing root causes, prioritizing conflict prevention, peacebuilding, and facilitating safe return and reconstruction for refugee women.

Many refugees face barriers to inclusion in local economies, which makes finding stability for their families a challenge. For women refugees, the barriers are even higher as gender discrimination closes doors or leads to lower pay. Yet if we invested in economic opportunities for women refugees, we could help close gaps in poverty, gender equality, and inclusive work – all while helping economies on a local and global scale [7].

TRAFFICKING IN PERSONS AND REFUGEE STATUS

Persons who have been trafficked across an international border, in transit, or at a destination, may need international protection as refugees based on this experience. Ensuring protection against their refoulement and access to procedures that can determine their refugee status is therefore critical. Despite this, victims of trafficking continue to face barriers in receiving the assistance and protection they need, not only as victims of trafficking but also as potential refugees [9].

The intersection between trafficking in persons and refugee status necessitates a robust and comprehensive approach to ensure the protection of those who have experienced such exploitation. Individuals who have been trafficked across international borders, during transit, or at their destination often require international protection as refugees, given the unique challenges they face. It is paramount to guarantee protection against refoulement and facilitate access to procedures that can accurately determine their refugee status.

Unfortunately, victims of trafficking encounter persistent barriers in receiving the necessary assistance and protection, both as victims of trafficking and as potential refugees. Overcoming these obstacles is essential to address the dual vulnerabilities they face. Efforts should be intensified to enhance awareness, streamline legal frameworks, and improve collaboration between relevant authorities and organizations to create a supportive environment for victims of trafficking seeking refugee status.

Additionally, addressing the root causes of trafficking and creating comprehensive strategies to prevent and combat this heinous crime is integral to ensuring the rights and well-being of vulnerable individuals. Governments, international organizations, and civil society must work collaboratively to establish and implement policies that recognize the intricate link between trafficking and refugee status, thereby fostering a more humane and just response to those who have endured such traumatic experiences. By bridging gaps in protection, we can aspire to a world where victims of trafficking are not only recognized and supported but also afforded the opportunity to rebuild their lives under the umbrella of international refugee protection.

WHAT IS THE RELATIONSHIP BETWEEN THE REFUGEE DEFINITION UNDER INTERNATIONAL LAW AND TRAFFICKING IN PERSONS?

While not all victims of trafficking are refugees, depending on the circumstances, some victims of trafficking will qualify for refugee status under the 1951 Refugee Convention or regional refugee instruments.

UNHCR's Guidelines on International Protection No. 7 set out when the 1951 Convention refugee definition applies to victims of trafficking and persons at risk of

being trafficked. This is particularly relevant in situations where:

- a) victims who have been trafficked abroad seek international protection as a refugee in the State in which they are currently present;
- b) victims who have been trafficked inside their own country and then fed abroad seek international protection as a refugee;
- c) persons who, although having never been trafficked, fear becoming a victim of trafficking in their country of origin and have fed abroad in search of international protection as refugees [9].

Under Article 1(A) of the 1951 Refugee Convention, victims of trafficking or persons who fear being trafficked are refugees if they have a well-founded fear of persecution in their country of origin where the state is unable or unwilling to protect them. Persecution is considered to include fear of serious harm or serious human rights violations such as threats to life or freedom. That persecution must be linked to their actual or imputed race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, also known as the five Refugee 'Convention Grounds' [9].

In the context of trafficking, the perceived persecution may arise from various sources, including exploitation based on ethnicity or minority group, the risk of reprisals or re-trafficking by the original traffickers in the individual's country of origin, and severe ostracism, discrimination, or punishment by state authorities or community members due to their status as a trafficking victim. This risk is particularly significant among those who have been trafficked for sexual exploitation.

In trafficking contexts, the persecution feared by an individual or group can include, for example, exploitation based on one's ethnicity or minority group or reprisals and/or re-trafficking by their traffickers

in their country of origin. It can also result from severe ostracism, discrimination, or punishment by State authorities or community members for having been a victim of trafficking - whether at home or abroad. This risk is particularly pertinent among those who were trafficked for sexual exploitation [9].

TRAFFICKING IN SITUATIONS OF ARMED CONFLICT AND VIOLENCE AND REFUGEE STATUS

UNHCR's Guidelines on International Protection No 12 guides claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence. It highlights that such situations are a major cause of refugee movements today, and are often rooted in, motivated, or driven by, ethnic, racial, religious, political, gender, or social group divides. UNHCR's Guidelines on International Protection No. 1, on the needs of persons feeling gender-related persecution further explains that sexual and gender-based violence, human trafficking, sexual slavery, and conjugal slavery/ forced marriage, are common forms of persecution in many situations of armed conflict and violence.

The intersection of trafficking in persons and refugee status in armed conflicts poses significant challenges for humanitarian responses. Efforts should focus on strengthening legal frameworks, improving identification mechanisms, and ensuring that the unique needs and vulnerabilities of trafficking victims among displaced populations are addressed within the broader context of refugee protection and assistance [9].

WHAT ARE THE CHALLENGES IN PROVIDING INTERNATIONAL PROTECTION AS REFUGEES TO VICTIMS OF TRAFFICKING?

Providing international protection as refugees to victims of trafficking in armed conflicts presents significant challenges. The complexities of identifying trafficking situations amidst the chaos of conflict, coupled with the specific vulnerabilities of trafficking victims, create obstacles to effective protection.

Gaining access to asylum systems is a particular challenge that victims of trafficking often face. Victims of trafficking may be unaware of their right to apply for asylum and they may not receive timely informa-

tion about how they can do so. This can be especially difficult for children and women when the information about procedures for making an asylum application is not available in a child-friendly or gender-sensitive manner. At times, language barriers, accessibility, and illiteracy pose additional problems to victims of trafficking. In other cases, legislative, regulatory, or policy deficits may mean that immigration authorities, courts, or even NGOs, only consider identified victims of trafficking as eligible for national protection schemes specific to victims of trafficking, and not as eligible for protection as refugees, or for a subsidiary or complementary protection status. Further, asylum authorities are often ill-equipped to identify victims of trafficking from among asylum-seekers and may also lack the capacity to assess the relationship between an asylum-seekers actual or feared trafficking experience and their potential need for international protection as refugees [9].

These challenges are in addition to:

- a) the fear that many victims of trafficking have of stigmatization, deportation by the authorities, or retaliation by their traffickers, should they report that they have been, or are being, trafficked;
- b) the frequent lack of systems that systematically identify victims of trafficking from among migrant and refugee populations.

Article 14 of the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons emphasizes the importance of implementing the Protocol in accordance with international human rights and refugee law. This underscores the need to ensure that efforts to combat trafficking do not impede an individual's right to seek asylum. Additionally, assistance should not be conditioned on a victim's willingness to appear as a witness in legal proceedings against their traffickers. Caution is warranted to avoid linking the merits of an asylum claim with a victim's participation in legal actions, preserving the integrity of the asylum process and respecting the rights of trafficking victims.

A comprehensive and collaborative approach involving governments, international organizations, NGOs, and local communities is essential. Strengthening legal frameworks, improving coordination mechanisms, enhancing the capacity of humanitarian actors, and prioritizing the specific needs of trafficking victims within the broader refugee protection framework are crucial steps toward mitigating the challenges in

providing international protection to victims of trafficking in the context of armed conflicts [9].

TRAFFICKING RISKS TO REFUGEES

Refugees and asylum-seekers are particularly vulnerable to abuse and exploitation at different stages of their flight, including at their destination. They may be compelled to use smugglers as their only means to free persecution, conflict, and violence without travel or identity documents, to cross dangerous terrain, and to circumvent border controls that prohibit access to asylum-seekers, exposing them to risk. Once at their destination they may encounter discrimination, restrictions on freedom of movement, inadequate or nonexistent livelihood or educational opportunities, and experience limited access to humanitarian assistance or other support systems. This can push them to solicit smugglers to move in search of better protection and/or opportunities, or into the hands of traffickers who may prey on refugees and asylum-seekers residing in camps, reception centers, or other settlements [9].

Regrettably, the vulnerabilities of refugees and asylum-seekers in camps, reception centers, or settlements make them potential targets for human traffickers. Exploitation and abuse may occur, as traffickers take advantage of the precarious situations faced by those seeking refuge.

In summary, the trafficking risks faced by refugees and asylum-seekers are multifaceted, encompassing perilous journeys, discrimination, limited access to essential services, and susceptibility to exploitation by traffickers. Addressing these challenges requires comprehensive efforts at both national and international levels to enhance protection, support systems, and the overall well-being of individuals seeking refuge.

WHAT STATES CAN DO

To ensure that international protection as a refugee is available to victims of trafficking who need it, asylum authorities must be able to identify links between trafficking and refugee protection needs. National procedures for protecting victims of trafficking, children, and asylum-seekers should be linked, and referral systems in place to ensure that the best available assistance and solutions are found in every case [9].

States should provide child-friendly, gender-sensitive, accessible,

and widely available information on how to report trafficking and on how to apply for asylum, including what support services and protection are available if they do.

States have a responsibility to prevent refugees and asylum-seekers in their jurisdiction from falling victim to trafficking in the first place. This can be done by:

- taking steps to protect the places where refugees and asylum-seekers reside;
- having fair and efficient asylum procedures in place;
- training relevant stakeholders on the risks of trafficking to these populations – including how to identify victims of trafficking from among them;
- making available appropriate livelihood and educational opportunities to eliminate the need for negative coping mechanisms and mitigate against the risk of exploitation.

Finally, States are urged to:

- ensure access to their territory to refugees fleeing persecution, conflict, and violence to avoid them resorting to smugglers/traffickers;
- provide effective protection and assistance in countries of asylum so that refugees are not motivated to move onward, potentially by resorting to smugglers/traffickers;
- provide more targeted and safe legal migration and admission pathways to reduce the need for dangerous and irregular movement in the first place [9].

In implementing these measures, states can contribute significantly to enhancing the protection and well-being of refugees and asylum-seekers, particularly those who are vulnerable to trafficking. Coordination and collaboration at national and international levels are crucial to building comprehensive and effective systems that address the complex challenges faced by individuals seeking refuge.

CONCLUSION

The plight of refugees and internally displaced persons (IDPs) in armed conflicts underscores the urgent need for comprehensive and effective responses. Both groups face significant challenges, including the risk of violence, lack of access to essential services, and legal complex-

ities. International humanitarian and human rights frameworks provide a foundation for protecting their rights, emphasizing the importance of upholding these principles amid the complexities of conflict. Addressing the needs of refugees and IDPs necessitates a multifaceted approach, combining immediate humanitarian assistance, robust protection measures, and long-term solutions that address the root causes of conflict and facilitate safe and sustainable reintegration into communities.

IHL and IRL are separate legal frameworks that aim, in their own way, to protect those affected by conflict. While IHL concerns all persons affected by conflict (including combatants, IDPs, refugees, etc.), IRL is specifically designed to offer protection to refugees. These two frameworks often overlap because armed conflict and violence activate the application of IHL, and such situations often result in mass movements of refugees. It should be appreciated that both IHL and IRL offer a comprehensive structure aimed at protecting those groups of people who are perhaps the most vulnerable. Most displacements, whether externally or internally, are as a result of violence and armed conflict. Most refugee movements, such as the Syrian Refugee Crisis, are a result of armed conflict. Reprehensibly, however, major conflicts around the world have tripled since 2010, which means that more people than ever are at risk due to armed conflict and the violence that ensues. The mismanagement of refugees at international borders reflects a lack of interest as well as hesitation from states. Moreover, it illustrates that there is a dire need to improve the current instruments created for the protection of such individuals.

REFERENCE

1. Displacement in Armed Conflict and the Protection of Civilians, civiliansinconflict.org/wp-content/uploads/2023/09/CIVIC_Displacement_Brief_Draft2.pdf. Accessed 12 Dec. 2023.
2. About Internally Displaced Persons | OHCHR, www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-internally-displaced-persons/about-internally-displaced-persons. Accessed 12 Dec. 2023
3. International Humanitarian Law and Human Rights Law, international-review.icrc.org/sites/default/files/S0020860400071539a.pdf. Accessed

12 Dec. 2023.

4. Drishti IAS. "Armed Conflict and Refugee Crisis." Drishti IAS, 20 June 2023, www.drishtias.com/blog/armed-conflict-and-refugee-crisis.

5. 110 Million People Displaced around the World: Get the Facts. The IRC in the EU, www.rescue.org/eu/article/110-million-people-displaced-around-world-get-facts?gad_source=1&gclid=CjwKCAiA04arB-hAkEiwAuNOsInHI-iiXQTmQ26l9UJSyco5DSyASgFlaKAVy9j4fBqeSG-pfnCdVd8xoCLggQAvD_BwE. Accessed 12 Dec. 2023.

6. What Is a Refugee and a Refugee Crisis?: World Vision UK. What Is a Refugee and a Refugee Crisis? | World Vision UK, www.worldvision.org.uk/about/blogs/what-is-a-refugee-and-what-is-a-refugee-crisis/. Accessed 12 Dec. 2023.

7. Facts about What Refugee Women Face. Women for Women International, 15 June 2023, womenforwomen.org.uk/blog/5-facts-about-what-refugee-women-face.

8. Amad, Eman. "International Refugee Law and International Humanitarian Law: Regime Interaction and Overlap." DLP Forum, 9 Mar. 2023, www.dlpforum.org/2023/03/09/international-refugee-law-and-international-humanitarian-law-regime-interaction-and-overlap/.

9. Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal - United Nations, icat.un.org/sites/g/files/tmzbd1461/files/publications/icat_brief_tip_for_or_final.pdf. Accessed 12 Dec. 2023.

10. Children Affected by Armed Conflict and Violence | Ohchr, www.ohchr.org/en/speeches/2022/07/children-affected-armed-conflict-and-violence. Accessed 12 Dec. 2023.

11. A STOLEN FUTURE Protecting the rights of refugee children. (n.d.). <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/2021/06/act310041997en.pdf>.

12. Jolof, L., Rocca, P., Mazaheri, M., Okenwa-Emegwa, L., & Carlsson, T. (2022, September 7). Experiences of armed conflicts and forced migration among women from countries in the Middle East, Balkans, and Africa: a systematic review of qualitative studies. *Conflict and Health*. <https://doi.org/10.1186/s13031-022-00481-x>

13. Children Affected by Armed Conflict and Displacement | Better Care

Network. (2023, November 18). <https://bettercarenetwork.org/library/particular-threats-to-childrens-care-and-protection/children-affected-by-armed-conflict-and-displacement>

14. Universal Declaration of Human Rights - Digitallibrary.Un.Org, digitallibrary.un.org/record/815442/files/human-rights-booklet.pdf. Accessed 12 Dec. 2023.

15. UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> [accessed 13 December 2023]

16. Hathaway, James C. "The Architecture of the UN Refugee Convention and Protocol." In *Oxford Handbook of International Refugee Law*, edited by Cathryn Costello, Michelle Foster, and Jane McAdam. Oxford: Oxford University Press, 2021.

17 Adeola, Romola. *The Internally Displaced Person in International Law*. Edward Elgar, 2020.

TESES E DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS 2023 (setembro / dezembro)

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO

TEORIAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA E EXCLUSÃO

LINHAS DE PESQUISA

Estado e responsabilidade: questões críticas

Função Política do Direito

Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça

Função Política do Direito e Teorias da Constituição

Direitos e Vulnerabilidades

TESES

**O custo da investigação criminal: abuso de direito criminal
e a epistemologia das externalidades**

Doutorando: Everson Aparecido Contelli

Data: 01/12/2023

Banca:

Dr. Ilton Garcia da Costa - Orientador

Dr. Irineu Francisco Barreto Junior

Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

Dr. Mario Furlanetto Neto

Dra. Priscila Luciene Santos de Lima

**Controle jurisdicional no processo político de impeachment:
análise da questão de mérito e legalidade**

Doutorando: Marcelo Agamenon Goes De Souza

Data: 01/12/2023

Banca:

Dr. Valter Foletto Santin - Orientador

Dr. Luiz Sales do Nascimento

Dr. Sergio Tibiriçá Amaral

Dr. Robson Martins

Dr. Mario Coimbra

A seguridade social dos invisíveis: as fissuras normativas que promovem exclusão dos vulneráveis

Doutoranda: Heloísa Helena Silva Pancotti

Data: 07/12/2023

Banca:

Dr. Renato Bernardi – Orientador

Dra. Carla Bertoncini

Dra. Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro

Dr. Andre Luiz Del Negri

Dr. Marco Aurélio Serau Júnior

A legitimação das decisões governamentais pela participação e pelo controle social: o caso do Conselho do FUNDEB do Paraná

Doutoranda: Hirminia Dorigan de Matos Diniz

Data: 08/12/2023

Banca:

Dr. Vladimir Brega Filho – Orientador

Dr. Gilberto Giacoia

Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi

Dra. Claudia Mansani Queda de Toledo

Dr. Rafael Rodrigues Viegas

Conciliação, corresponsabilidade e coletivização: a compatibilização dos tempos de vida e de trabalho para alcance da equidade de gênero

Doutoranda: Ana Paula Sefrin Saladini

Data: 19/12/2023

Banca:

Dra. Carla Bertoncini – Orientadora

Dr. Marcos César Botelho

Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Dra. Ynes da Silva Félix

Dra. Melina Girardi Fachin

As novas emergências do constitucionalismo digital e a ressignificação da jurisdição constitucional: o oxímoro da alteridade nas redes sociais e os desafios dos direitos essenciais na era virtual

Doutorando: Rafael Altoé

Data: 19/12/2023

Banca:

Dr. Fernando de Brito Alves – Orientador

Dr. Arthur Ramos do Nascimento

Dr. Dirceu Pereira Siqueira

Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini

Dra. Tânia Lobo Muniz

DISSERTAÇÕES

Da aplicação do compliance no setor público brasileiro e sua efetividade no combate à corrupção: análise à luz da boa administração pública como direito fundamental

Mestrando: Diogo Ramos Cerbelera Neto

Data: 09/11/2023

Banca:

Dr. Marcos César Botelho – Orientador

Dra. Márcia de Souza Bronzeri

Dra. Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla

Vulnerabilidade e exclusão do trabalhador em condição análoga à de escravo: uma análise da Emenda Constitucional nº 81/2014

Mestranda: Renata Eleutério Lechinewski

Data: 07/12/2023

Banca:

Dr. Mauricio Gonçalves Saliba – Orientador

Dra. Lívia Mendes Moreira Miraglia

Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini

Notificação compulsória por profissionais da saúde à autoridade policial em casos de violência contra mulheres: um cavalo de troia no enfrentamento à violência doméstica e familiar

Mestrando: Leonardo Bocchi Costa

Data: 07/12/2023

Banca:

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak – Orientador

Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Dra. Gisele Mendes de Carvalho

O exercício da função jurisdicional no estado democrático de direito brasileiro a partir do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero

Mestranda: Silvana Aparecida Plastina Cardoso

Data: 08/12/2023

Banca:

Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi – Orientador

Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches

Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Exposição pornográfica não consentida no ciberespaço: uma análise a partir da perspectiva de gênero

Mestranda: Ligia Binati

Data: 13/12/2023

Banca:

Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas – Orientador

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin

Modalidade individual de ensino no Brasil: efetivação do objetivo de pleno desenvolvimento a partir da função pedagógica e social da educação

Mestranda: Vitória Moinhos Coelho

Data: 15/12/2023

Banca:

Dr. Edinilson Donisete Machado – Orientador

Dr. Jairo Néia Lima

Dra. Vivianne Rigoldi

Desjudicialização e as on-line Dispute Resolution (ODR): um novo paradigma do acesso à ordem jurídica justa no Brasil

Mestrando: Saulo Capelari Junior

Data: 15/12/2023

Banca:

Dr. Jaime Domingues Brito – Orientador

Dr. Jairo Néia Lima

Dra. . Jéssica Amanda Fachin

Refreamento da racionalidade penal moderna por meio da ênfase à participação comunitária restaurativa

Mestrando: André Del Grossi Assumpção

Data: 15/12/2023

Banca:

Dra. Samia Saad Gallotti Bonavides – Orientadora

Dr. Vladimir Brega Filho

Dra. Cristina Rego de Oliveira

O papel limitativo da federação brasileira diante da crise provocada pela pandemia da COVID-19

Mestrando: Leonardo Inácio Nunes

Data: 18/12/2023

Banca:

Dr. Vladimir Brega Filho – Orientador

Dr. Jairo Néia Lima

Dra. Simone Cristine Araujo Lopes

A (in)viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do direito

Mestrando: Matheus Teodoro

Data: 19/12/2023

Banca:

Dr. Fernando de Brito Alves – Orientador

Dr. Edilson Donisete Machado

Dra. Claudia Maria Barbosa

Democracia e autoritarismo no sistema penal brasileiro na perspectiva da necropolítica

Mestranda: Isadora Ribeiro Correa

Data: 19/12/2023

Banca:

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak – Orientador

Dr. Décio Franco David

Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Paradigma proibicionista: a expansão do estado punitivo e o pânico moral na necropolítica de guerra às drogas no Brasil

Mestranda: Carla Graia Correia

Data: 19/12/2023

Banca:

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak – Orientador

Dr. Décio Franco David

Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

A atuação do supremo tribunal federal no caso da ação penal n. 470 e sua relação com a crise de legitimidade democrática brasileira

Mestranda: Amanda Mendes Gimenes

Data: 19/12/2023

Banca:

Dr. Marcos César Botelho – Orientador

Dr. Fernando de Brito Alves

Dr. Dirceu Pereira Siqueira

(RE)pensando crime e gênero: contribuições para uma criminologia crítica, feminista e interseccional

Mestranda: Ana Carolina D'avanzo De Oliveira Cândido

Data: 19/12/2023

Banca:

Dr. Mauricio Gonçalves Saliba – Orientador

Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Dra. Gisele Mendes de Carvalho

AUTORES QUE PUBLICARAM NESTE NÚMERO

AMANDA CAIXETA DE OLIVEIRA

Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Contato: amandacaixetac@gmail.com

DEILTON RIBEIRO BRASIL

Pós-doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da graduação e do PPGD da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA). Contato: deilton.ribeiro@terra.com.br

KLEBER SOUZA SILVA

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2017), graduação em História pelo Centro Universitário Claretiano (2016), Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás - UFG, especialista em Direito dos Contratos pela Faculdade Unyleya (2017), especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Dom Alberto (2018). Associado ao IBHD - Instituto Brasileiro de História do Direito. Membro da ABDE - Associação Brasileira de Direito e Economia. Contato: klebercym@gmail.com

ANDRÉ FELIPE SOARES DE ARRUDA

Doutor em Direito das Relações Sociais (Direitos Difusos e Coletivos) pela PUC/SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES/SANTOS Universidade Metropolitana de Santos (2010). Especialista em Direito do Consumidor pela ESA-OAB/SP Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (2008). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2004). Professor do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Goiânia - Mestrado e Doutorado em Direito Agrário. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Federal de Goiás - Regional Goiânia - Especialização em Propriedade Industrial ? Patentes. Professor do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Jataí. Vice-Coordenador do PPGDA/UFG Programa de Pós_graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás - Regional Goiânia (2023/2025). Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Jataí (2014/2016). Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal de Jataí (2018/2022). Professor Convidado da Pós-Graduação Lato Sensu das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor Convidado da Pós-graduação Lato Sensu da Faculdade Damásio de Jesus. Professor Convidado da Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Paulista da Magistratura. Foi professor do Curso de Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Foi professor do Curso de Graduação da Faculdade de Direito Carlos Drummond de Andrade. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado e Direitos Difusos e Coletivos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, direito do consumidor, direito empresarial, direito agrário, direito ambiental, direito urbanístico, direito constitucional e direito processual. Contato: andre.arruda@ufg.br

GABRIEL SCUDELLER DE SOUZA

Mestrando em Direito e Estado na Era Digital no Centro Universitário Eurípides

de Marília (UNIVEM). Pós-graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG e em Direito Público pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pelo UNIVEM. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais (DIFUSO). Mediador Judicial. Advogado. E-mail:Contato: gabrielscudeller2@gmail.com.

ROBERTO DA FREIRIA ESTÊVÃO

É graduado no Curso de Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã Sp (1980), especialização em Processo Penal pela PUC-SP, mestre em Direito pelo UNIVEM/FUNDAÇÃO, Doutor em Ciências Sociais pela UNESP-Marília, líder do grupo de pesquisa “DIFUNDE - Direitos Fundamentais, democracia e exceção”. Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/Fundação, de Marília, Professor do Curso CERS/AD VERUM, e Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo - Procurador de Justiça Aposentado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito. Tem como principais atuações e temas: processo penal, direitos fundamentais, retórica e direito; procedimento do júri, teorias do direito e história do Direito. Ministra palestras e cursos sobre Retórica, Oratória e Direito, temas de Direito Processual Penal, Direito Processual Penal Constitucional, Direito Penal, Direito Penal Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais e História do Direito. Atua (2018) como líder do Grupo de Pesquisa DIFUNDE - Direitos Fundamentais, democracia e exceção. Contato: roberto_freiria@terra.com.br

VIVIANNE RIGOLDI

Doutora em Direito, área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino- ITE (2017). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2009). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (2002). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1999). Graduada em Direito (1994). Docente do Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. Membro do Conselho de Curso, do Núcleo Docente Estruturante da Graduação em Direito e do CEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão do UNIVEM. Editora Adjunta da Revista EM TEMPO (Qualis B1). Pesquisadora cadastrada no CNPq na área de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Tem experiência em gestão acadêmica e docência superior na área do Direito, atuando em Direito Constitucional, Sociologia do Direito, Direitos Humanos e Legislação da Educação. Contato: rigoldi@univem.edu.br

THAÍS FERREIRA VITURINO BOUERES

Procuradora do Município de João Pessoa - PB. Advogada. Mestre em Direito na área de concentração: Direito e Desenvolvimento Sustentável. Conselheira Nacional formada pelo Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais. Possui graduação no curso de Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG 2010) e pela Universidade de Brasília (UnB 2007 - Intercâmbio). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Uniderp. Autora de artigos publicados na Revista Consulex, Jornal Tribuna do Brasil e Jornal Constituição e Democracia. <https://orcid.org/0000-0001-6530-8880>.

Contato: thaisboueres@gmail.com

PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA

Possui graduação em Direito - Institutos Paraibanos de Educacao (1989), mestrado

em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2002) e Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB (2013). Ocupa o cargo de Juiz Titular da 5a. Vara do Trabalho de João Pessoa. Professor Titular no Unipê (Centro Universitário de João Pessoa) e Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado) daquela instituição. Professor Adjunto da UFPB. Professor convidado da Esmat 13 (Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba/Especialização Lato Sensu em Direito Material e Processual do Trabalho). Coordenador Acadêmico do PPGD/Unipê (mestrado em Direito).

Contato: prof.paulohenriquetavares@gmail.com

ROGÉRIO MAGNUS VARELA GONCALVES

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1996). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2002) e Doutor em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra (2010). Doutorado revalidado pela Universidade Federal da Paraíba. Professor titular do Centro Universitário de João Pessoa. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro Universitário de João Pessoa. Professor colaborador da Fundação Educacional Jayme de Altavila. Fundador do Instituto Eduardo Correia, professor da pós-graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba, professor da pós-graduação da Escola Superior da Advocacia, professor da pós-graduação da Escola Superior da Magistratura Trabalhista, professor da pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e professor da pós-graduação da Universidade Potiguar. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo e Municipal. Contato: rogeriovarela@bol.com.br

REGINA VERA VILLAS BÔAS

Bi-Doutora em Direito das Rel. Sociais e em Direitos Difusos, Mestre em Direito Rel. Sociais, todos pela PUC/SP. Pós-Doutora em Democracia e DH (Univ. Coimbra - Ius Gentium Conimbrigae). Prof/Pesq. PPG e PPGD de Direito (Núcleo Difusos), Coord. do JEC e do PP “Diálogo de Fontes: Efet. Dir., Sustent., Vulnerab. e Responsab. – todos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Contato: revillasboas1954@gmail.com

CAMILA COSTA REIS RODRIGUES DE PINHO

Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pelo PPGD da PUC/SP. Especialista em Direito de Família, Infância e Juventude pelo Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público do Maranhão. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3286729194075357. Contato: camila.costareis1993@gmail.com

BRUNO DE OLIVEIRA RODRIGUES

Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF); Mestre em Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (PPGS/UFF); Graduado em Direito, Ciências Sociais, Sociologia e Pedagogia; Vice-Lider do Laboratório de Estudos de Movimentos Sociais, Trabalho e Identidade (LEMSTI), do UFF/UFAM; Professor da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor do Programa de Pós-Graduação Sociedade e Cultura na Amazônia (PPGSCA/UFAM); Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS/UFAM). Membro da Associação Brasileira de Antropologia (ABA). Coordenador da Especialização em Sociologia e Direito (SD/UFAM). Contato: brunorodr@gmail.com

CAIO AUGUSTO TEIXEIRA SOUTO

Professor Adjunto do Departamento de Filosofia da Universidade Federal do Amazonas, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Sociedade e Cultura na Amazônia (PPGSCA) da mesma instituição. É Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos (2013-2019) com estágio na Sorbonne-Panthéon Paris-I (2017), Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos (2010-2012), Licenciado em Filosofia pela Universidade de Franca (2015-2017) e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004-2008). Advogado. Concluiu estágio de Pós-Doutorado na linha de Filosofia de Psicanálise vinculada à Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2021-2022). É membro do GT Filosofia Francesa Contemporânea, do GT Filosofia e Psicanálise e do GT Neokantismo e Filosofia da Cultura, da ANPOF. É líder do Grupo de Pesquisa “BIOS: Grupo de Estudos Biopolíticos no Norte e Nordeste”, com as seguintes linhas: 1) Biopolítica e necropolítica como governamentalidade; 2) Saúde e vulnerabilidade de grupos sociais; 3) Resistências e modos de vida outros. Tem experiência de pesquisa na área de epistemologia histórica e filosofia contemporânea, em especial a partir de autores como Georges Canguilhem, Gaston Bachelard, Simone Weil, Jean Cavailles, Alexandre Koyré, Michel Foucault e Friedrich Nietzsche. Também tem interesse nas epistemologias do sul, no pensamento africano, afrodiaspórico, latino-americano, ameríndio e brasileiro, sob uma perspectiva decolonial. É o criador do canal Conversações Filosóficas, no YouTube. Site: www.caiousouto.com.

Contato: caiousouto@ufam.edu.br

ATAÍDES LEMOS DA COSTA

Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2020). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FEMARGS/RS e Escola Superior do Ministério Público - FMP (2016). Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2006). Integrante do Subgrupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”, vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogado atuante no Direito do Trabalho e Direito Sindical. Contato: ataides.costa@terra.com.br

SUZETE DA SILVA REIS

Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre em Direito - Área de Concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior - CAPES, pela UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na contemporaneidade”, vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC. Professora em cursos de Especialização *Latu Sensu* na área de Direito do Trabalho, em diversas universidades. Graduada em Pedagogia, pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1990). Contato: sreis@unisc.br

EDUARDO ALVES

Professor Adjunto Convocado do Departamento de Direito. Investigador integrado no Centro de Investigação do ISAI e do Centro em Estudos Regionais e Locais da Universidade da Madeira. Doutor em Ciências do Trabalho pela Universidade de

Cádiz, Espanha. Pós-Graduado em Estudos Europeus, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Licenciado em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Assembleia-Geral da Associação Regional de Administração Educativa (Madeira). Contato: eduardo.alves@isal.pt

ANDRÉ LUIZ BRANDINI DO AMPARO

Mestrando no Programa de Mestrado Profissional em Direito pela Universidade de Araraquara - Uniara, com área de concentração em Gestão de Conflitos; Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011); Graduado em Direito pela Universidade de Araraquara (2007). Atualmente, é Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo - Araraquara/SP. Possui experiência nas áreas de Direito Civil, Empresarial, Penal, Ambiental, Infância, Juventude e Idoso. Contato: andre_amparo@hotmail.com

EDMUNDO ALVES DE OLIVEIRA

Professor Doutor e orientador pela Universidade de Araraquara – UNIARA. Contato: eaoliveira@uniara.com.br

JOSÉ GUILHERME SILVA AUGUSTO

Mestrando em Direito pela Universidade de Araraquara – UNIARA. Contato: jose-guilhermeaugusto@hotmail.com

LUCAS DA SILVA SANTOS

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Graduado em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Integrante dos Grupos de Pesquisa: Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica” (PUCRS), coordenado pelo Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral e “Criminologia, Violência e Controle” (IMED), coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias. Advogado. Contato: lucassantospf@gmail.com

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

Doutor em Altos Estudos pela Universidade de Coimbra (Portugal) e Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado/Doutorado) da PUCRS. Contato: guto_jobim@hotmail.com

FELIPE DA VEIGA DIAS

Pós-doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com período de doutorado sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Mestrado. Professor do curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo – RS, Brasil. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Controle” (IMED). Advogado. Contato: felipevdias@gmail.com

THAIS ALINE MAZETTO CORAZZA

Doutoranda e Pesquisadora Capes do Programa de Pós-Graduação, Doutorado, em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá. Mestre e graduada em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Contato: thaiscorazza@hotmail.com

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Realizou Estágio de Pós-Doutoramento, sob a supervisão da Profa. Dra. Lilian Milnitsky Stein, no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Campus Maringá). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá. Também é Professor da Especialização em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá, ABDConst, Universidade Ceuma, PUCPR, Univel, Universidade Feevale e Instituto Paranaense de Ensino. Contato: gusnavila@gmail.com

CAROLINA DE ALBUQUERQUE

Doutora em Ciências (Ambiente e Sociedade) pelo PPGI em Ecologia Aplicada (ESALQ/CENA) da Universidade de São Paulo - USP (2017), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - Unimep (2006), Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCamp (2004) e Bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes - UMC (2002). Atualmente é Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e docente na Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), com ênfase em Direito Ambiental e Direitos Fundamentais. Contato: carolinadealbuquerque@yahoo.com.br

JULIANA DE OLIVEIRA VICENTINI

Pós-doutoranda na Universidade de São Paulo. Doutora em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação Interunidades em Ecologia Aplicada (Escola Superior de Agricultura 'Luiz de Queiroz' - ESALQ; Centro de Energia Nuclear na Agricultura - CENA / Universidade de São Paulo - USP). É Mestra em Ciências (Ecologia Aplicada) também pela Universidade de São Paulo. Graduada em Geografia, pelo Instituto Superior de Ciências Aplicadas. Orientadora no PECEGE/USP. Contato: ju_vicentini@yahoo.com.br

DUVAL MAGALHÃES FERNANDES

Doutor em Demografia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor visitante na Universidade Peruana Cayetano Heredia, Lima. Pesquisador do Centro de Investigação em Sociologia Econômica e das Organizações-Socius do Instituto Superior de Economia e Gestão - ISEG da Universidade de Lisboa. Contato: duvafernandes@hotmail.com

MARINA APARECIDA PIMENTA DA CRUZ CORREA

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Especialista em Elaboração, gestão e avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais - APMMG. Coordenadora do Setor Jurídico da Geoline Engenharia. Contato: profmarinapimenta@gmail.com

VALQUIRIA ALMEIDA

Mestre em Demografia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Tecnóloga em Gestão das Organizações do Terceiro Setor pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Contato: valquiria.almeida93@hotmail.com

GABRIELA EULALIO DE LIMA

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, campus Frutal. Autora de livros e de artigos jurídicos científicos. Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI desde 2014. Advogada, Professora, Coordenadora de curso de graduação em Direito e Pesquisadora líder do grupo de pesquisa Novos Direitos na Amazônia. Foi pesquisadora bolsista, pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG, com o trabalho de iniciação científica “Dignidade da Pessoa Humana sob a Incumbência do Estado”. Contato: gabrielaeulalio.adv@hotmail.com

BRÍGIDA HELEN GOMES DE OLIVEIRA MOURA

Atualmente possui cargo efetivo como Auxiliar em Assuntos Educacionais, exercendo as atribuições de Pregoeira e Coordenadora de Compras e Licitações do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia - Campus Jaru. Graduada em Direito pela UNIRON - Porto Velho/RO. Graduada em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Contato: gabriela.eulalio@gmail.com

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

Professor da Universidad Autónoma de Nuevo León – México. Contato: lo6sa.de-recho@gmail.com

XÓCHITL AMELIA ARANGO MORALES

Professor da Universidad Autónoma de Nuevo León – México. Contato: lo6sa.de-recho@gmail.com

DIEGO CRISTÓBAL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Professor da Universidad Autónoma de Nuevo León - México.
Contato: diego.rodriguezrdr@uanl.edu.mx

JOEL MEIRELES DUARTE

Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2009) e mestrado em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social pela Universidade Católica do Salvador (2017). Atualmente, cursa mestrado em Direito, também, pela Universidade Católica do Salvador (2020), além de exercer a advocacia, atua como Coordenador Jurídico da Primeira Secretaria da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (ALBA). Tem experiência na área de Ciência Política, Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Administrativo e Direito Urbanístico. Contato: joelmeireles@live.com

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos, pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC/CDH, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2017). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (2014). Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário e formado no curso de preparação à Magistratura e demais carreiras jurídicas, ambos ministrados pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMape (2008), em Recife - PE. Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada do Recife - FIR (2006). Professor do curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro e da Universidade Católica do Salvador - UCSAL, graduação e mestrado. Advogado. Contato: jadson.oliveira@pro.ucsal.br

ANTONIO RICARDO SURITA DOS SANTOS

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e Procurador do Município de São Paulo. Contato: ricardo.surita@yahoo.com.br

VICTOR HUGO TEJERINA-VELAZQUEZ

Possui graduação em Direito, Ciências Sociais e Políticas - Universidade Mayor de San Andrés, La Paz, Bolívia; graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor titular da Universidade Metodista de Piracicaba e Titular em Direito Civil e Propriedade Intelectual do Instituto Adventista de Ensino. Docente dedicado às pesquisas relacionadas com propriedade intelectual (inclusive Biotecnologia, Informática, Fármacos e Medicamentos), direitos humanos e desenvolvimento, direito civil, direito e globalização, função social da propriedade intelectual, política industrial e de inovação, contratos contemporâneos e ética. Contato: vhtejerina@yahoo.com.br

KATERYNA SLINKO

Ph.D., Visiting professor at State University of Northern Paraná – UENP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3887-6596> . Contato: katyaslinko7@gmail.com / katyaslinko@uenp.edu.br

FERNANDO DE BRITO ALVES

Professor of Law, Professor of the Graduate Program in Legal Sciences at State University of Northern Paraná – UENP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8917-4717>. Contato: fernandobrito@uenp.edu.br

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1) Informações gerais:

A revista *Argumenta Journal Law*, de periodicidade semestral, destina-se à publicação de textos originais de Ciência Jurídica, Ciências Sociais Aplicadas, e Ciências Humanas, que estejam dentro de suas linhas editoriais, com o propósito de difundir, em nível nacional e internacional, as reflexões dos pesquisadores de temas relacionados com a Justiça e a Exclusão Social.

O Conselho Editorial recomenda que os trabalhos que lhe forem encaminhados sejam inéditos ou apresentados em eventos científicos, como seminários, congressos, encontros, simpósios. Preferencialmente serão publicados artigos, resenhas de obras recentes (publicadas nos dois últimos anos), e resumos de dissertações e teses.

Os autores cedem os direitos autorais dos artigos publicados para o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Os dados e conceitos emitidos, bem como a exatidão das referências são de inteira responsabilidade dos autores.

As colaborações deverão seguir rigorosamente as normas abaixo.

São publicados textos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano e Francês.

As submissões devem ser feitas exclusivamente por via eletrônica, pelo endereço eletrônico: seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta.

2) Preparação dos originais:

Os trabalhos, que não devem exceder a 30 laudas, redigidos em papel formato A4 (21 cm por 29,7 cm), redigido preferencialmente em MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 ou versão superior para Windows (PC), com fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, alinhamento justificado, e margens de 1,5 cm (superior e inferior) e de 2,0 cm (esquerda e direita). O cabeçalho deverá ter 1,5 cm e o rodapé 1,0 cm, os parágrafos devem ser de 1,25 cm, bem como as citações com recuo especial.

Os trabalhos devem obedecer à seguinte seqüência: título (caixa alta, em negrito, centralizado); autor (em itálico, alinhado à direita, apenas o sobrenome em maiúscula, seguido da primeira nota que se referirá à qualificação acadêmica e profissional do autor, colocada em nota de rodapé; resumo seguido de abstract e resumen (em fonte 10, com no máximo 100 palavras, versão em inglês e espanhol); palavras-chave seguidas de keywords e palabras clave (em fonte 10, com até 5 palavras, versão em inglês e espanhol, os títulos dos tópicos devem ser em negrito); texto (subtítulos sem adentramento, distinguidos por números arábicos, em negrito, apenas a primeira letra maiúscula); Referências bibliográficas (sem adentramento, em negrito). Evitar o uso de negrito no corpo do texto,

utilizando-o apenas nos tópicos indicados.

Evitar também excesso de notas de rodapé, priorizando a identificação parentética das fontes no próprio texto (Ex.: PASOLD, 1999, p. 23).

Observar as normas da ABNT (NBR-6023).

3) Normas específicas:

Citação no texto: de preferência, parentética (entre parênteses, citar sobrenome do autor, ano de publicação e número da página transcrita); se tiver mais de três linhas, redigi-la com o mesmo recuo dos parágrafos;

Referências bibliográficas: apresentar em ordem alfabética, iniciando pelo sobrenome do autor, com destaque gráfico (em caixa alta), Nome do autor. O título principal em itálico. Número da edição. Cidade: Editora, ano de publicação. As linhas seguintes à primeira não devem ser redigidas com deslocamento. Obedecer normas da ABNT para todo tipo de fonte bibliográfica.

4) Processo de Seleção dos Artigos:

Todo artigo será submetido a dois pareceristas por meio do sistema *doble blind per review*, sendo um Conselheiro Editorial, e outro Conselheiro Técnico-Científico. Os pareceristas não conhecerão a autoria dos artigos submetidos. Caso o texto obtenha dois pareceres favoráveis será encaminhado para o banco de artigos aprovados e publicado nas edições subseqüentes da revista.

Caso haja pareceres divergentes, ou sugestões de modificação do texto, caberá recurso ao Conselho Editorial, sendo que o Editor Chefe designará relator, que fará parecer definitivo sobre o mérito acadêmico científico do artigo.

Os originais não serão devolvidos em nenhuma hipótese.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: ppgd@uenp.edu.br

Argumenta Journal Law - argumenta@uenp.edu.br

RULES FOR SUBMISSION

1) General Information:

The Journal *Argumenta* is intended to publish the original texts of Juridical Science, Applied Social Sciences and Humanities, which are within their editorial lines, with the purpose to disseminate, at national and international reflections by researchers of issues related to Justice and Social Exclusion.

The Editorial Board recommends that the texts that have been sent be unpublished or presented at scientific meetings, seminars, congresses, conferences, symposia. Preferably publish articles, reviews of recent works (published in the last two years), and abstracts of dissertations and theses.

The authors transferring copyright of published articles for the Masters Program in Juridical Science at the State University of Northern Paraná.

The data and concepts presented, as well as the accuracy of the references are the sole responsibility of the authors.

The collaborations should strictly follow the rules below.

Texts are submitted in portuguese, english and spanish.

Manuscripts may be submitted electronically or via regular mail, though electronic submissions are strongly encouraged and greatly appreciated. Manuscripts submitted via e-mail should take the form of attachments formatted in Microsoft Word and should be e-mailed to Journal *Argumenta*, at seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta.

2) Preparation of documents:

The work, which should not exceed 30 pages, written on paper format A4, preferably written in MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 or later for Windows (PC) in Times New Roman, size 12, single spaced, justified, and 1.5 cm margins (top and bottom) and 2.0 cm (left and right). The header should be 1.5 cm and 1.0 cm bottom, paragraphs should be 1.25 cm, and quotes with special retreat.

Entries must have the following sequence: title (all caps, bold, centered), author (in italics, left aligned, just a last name in capital letters, followed by the first note will refer to the academic and professional qualifications of the author, placed in a footnote, summary followed by abstract (in font 10, with a maximum of 100 words in English or Spanish version) keywords followed by keywords (in font 10, with up to five words, in English or Spanish version, the Titles should be in bold) text (captions without getting through, distinguished by Arabic numerals, bold, only first letter capitalized) References (without getting through, in bold). Avoid the use of bold in the text, using it only in the subjects shown.

Also avoid excessive footnotes, parenthetical prioritizing the identification of the sources in the text (eg PASOLD, 1999, p. 23).

Observe the ABNT (NBR- 6023).

3) Specific rules:

Citation in text: preferably parenthetical (in parentheses, cite the author's surname, year of publication and page number of transcript), if more than three lines, I wrote it with the same indentation of paragraphs.

References: in alphabetical order, starting with the author's name, especially graphic (in capitals), author's name. The main title in italics. Issue number. City: Publisher, year of publication. The following lines should not be the first written with displacement.

Obey ABNT for all types of source.

4) Selection Process for Articles :

Every article will have two referees through the system per review double blind, and an Editorial Board, and other Scientific-Technical Advisor. The referees did not know the authorship of articles submitted. If the text gets two favorable opinions will be forwarded to the bank of articles adopted and published in subsequent editions of the magazine.

If there are divergent opinions or suggestions for modification of the text may be appealed to the Editorial Board, and appoint the Chief Editor rapporteur, who will make final opinion on the academic merit of the scientific article.

STATE UNIVERSITY OF NORTHERN PARANA - UENP
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRE OF APPLIED SOCIAL SCIENCES
Master and PhD Program - Juridical Science

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: ppgd@uenp.edu.br
Argumenta Journal Law - argumenta@uenp.edu.br

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE TEXTOS

1) Información general:

La revista ARGUMENTA Journal Law en seis meses, tiene por objeto publicar textos originales de Ciencias Jurídicas, Ciencias Sociales y Humanidades, que son dentro de sus líneas editoriales para el fin de difundir, tanto a nivel nacional como internacional, las reflexiones de los investigadores de las cuestiones relacionadas con la Justicia y la Exclusión Social.

El Comité Editorial recomienda que los trabajos que se envía sean originales.

Los autores ceden los derechos de autor de los textos publicados para el Programa de Maestría en Ciencias Jurídicas de la Universidad Estatal del Norte de Paraná.

Los datos emitidos y conceptos, así como la exactitud de las referencias, son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Las contribuciones deben seguir estrictamente las reglas a continuación.

Textos se publican en portugués, Inglés y español.

Las presentaciones deben hacerse en su totalidad por vía electrónica, por correo electrónico: seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta.

2) Preparación de los documentos:

El trabajo, que no debe exceder de 30 páginas, escrito en papel de tamaño A4 (21 cm x 29,7 cm), escrito preferentemente en MS-Word 7.0 (95), MS-Word 97 o superior para Windows (PC) Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, justificado, y márgenes de 1,5 cm (superior e inferior) y 2,0 cm (izquierdo y derecho). La cabecera debe tener 1,5 cm y 1,0 cm de pie de página, párrafos debería ser de 1,25 cm y citas con retiro especial.

Las entradas deben cumplir con el siguiente orden: título (mayúsculas, negrita, centrado); Autor (en cursiva, alineado a la derecha, sólo el apellido en mayúsculas, seguido de la primera nota se referirá a las cualificaciones académicas y profesionales del autor, situado en una nota al pie, resumen seguido de abstracto y resumen (en tamaño de fuente 10, con un máximo 100 palabras, la versión en Inglés y Español); palabras clave seguidas de las palabras clave y key words (en tamaño de fuente 10, con un máximo de 5 palabras, la versión en Inglés y Español, los títulos de los temas deben ser negrita), texto (títulos sin sangría, distinguido por números arábigos, en negrita, sólo la primera letra en mayúscula); Referencias (sin sangrado, en negrita) Evite el uso de negrita en el texto, su uso sólo en los temas indicados.

También evite las notas excesivas, entre paréntesis priorizar la identificación de las fuentes en el propio texto (Ej.: Pasold, 1999, p. 23).

Observe la ABNT (NBR-6023).

3) Normas específicas:

Citación Texto: preferentemente entre paréntesis (soportes, citar el apellido, año de publicación y número de página de la transcripción del autor); si usted tiene más de tres líneas, que escribió con la misma sangría de los párrafos; Referencias: visualización en orden alfabético, comenzando por el apellido del autor, con resaltado gráfico (en mayúsculas), nombre del autor. El título principal en cursiva. Número de la edición. Ciudad: Editorial, año de publicación. Las siguientes líneas a la primera no se deben escribir con el desplazamiento.

Obedecer las normas de la ABNT para todo tipo de fuente bibliográfica.

4) Los artículos Proceso de Selección :

Todos los artículos son sometidos a dos árbitros a través del sistema ciego dub por review, un miembro del Consejo de Redacción, y otra Técnico y Asesor Científico. Los árbitros no conocen la autoría de los artículos presentados. Si el texto de obtener dos opiniones favorables serán remitidos al Banco de artículos aprobados y publicados en las ediciones posteriores de la revista.

Si existen opiniones divergentes, o sugerencias de modificación de texto pueden ser apeladas ante el Consejo de Redacción, y el Editor Jefe nombran ponente, que hará que la opinión científica definitiva sobre el mérito académico del artículo.

UNIVERSIDAD ESTATAL DE NORTE DE PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES APLICADAS
Programa de Maestria e Doctorado em Direito

Avenida Manoel Ribas, 711 – Centro – Caixa postal 103

Jacarezinho – PR – CEP 86400-000 – BRASIL

Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354

Site: <http://www.uenp.edu.br>

<http://www.uenp.edu.br/index.php/pos-direito> – e-mail: ppgd@uenp.edu.br

Argumenta Journal Law - argumenta@uenp.edu.br



**Universidade Estadual do Norte do Paraná
Campus de Jacarezinho
Centro de Ciências Sociais Aplicadas**

Avenida Manoel Ribas, 711 | Centro
Caixa postal 103 Jacarezinho | PR | CEP 86400-000 - BRASIL
Tel.: +55 (43) 3511-4350 e + 55 (43) 3511-4354
[http: www.uenp.edu.br/index.php/argumenta](http://www.uenp.edu.br/index.php/argumenta)
argumenta@uenp.edu.br